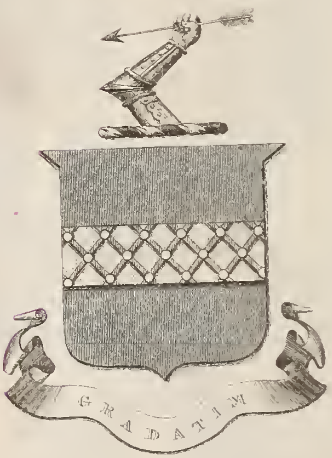


William Proudfoot.

JACOBI

CUJACII

IC. TOLOSATIS

OPERA

AD PARISIENSEM FABROTIANAM EDITIONEM

DILIGENTISSIME EXACTA

IN TOMOS XIII. DISTRIBUTA

AUCTIORA ATQUE EMENDATIORA

Continuatio Partis Tertiae

TOMUS QUARTUS

PRATI
EX OFFICINA FRATR. GIACHETTI
M. DCCC. XXXVII.

JACOBI CUJACII JC.

AD AFRICANUM

TRACTATUS IX.

EDITORIS VENETI MONITUM.

Ægidii Menagii de Sexto Cæcilio Africano brevis in Cujacium Animadversio non inepta habita est quæ Cujacianis ad Africanum Tractatibus præponeretur. Minus iracundius in Tractatus eosdem velim irrupisset Albericus Gentilis, non ineruditus alioquin Jurisconsultus, neque ingenii obtusioris. At enim perpetuo ille abripitur æstu in universa Cujacii opera, universa dilaniat, ut acceptis quasi stipendiis in interitum politioris tunc primum reviviscentis Jurisprudentiæ videatur decertavisse. Africanum (*inquit*) adii; ita tamen offensus a principio sum, ut non legerim nisi hoc unum: *delicatulum mehercule Censorem, et egregium, quo ne obiter quidem visa audacter dijudicentur! Nec morarer si alicubi in Africanum obscurum Cujacium diceret. Omnium tamen commodissime fecit, qui in eo interpretando Accursium et Jasonem ubertate, soliditateque doctrinæ Cujacio longe prætulerit, ut vel hac una iniquitate judicii (quod omnes intelligunt) reliqua pariter refellantur. Tametsi nedum in hoc opere solum, sed præsertim in libris* Observationum, *quibus succum omnem Cujacianæ Sapientiæ ait contineri, tria redarguit peccata graviora. Primum est, elinguem Cujacium nil ex se dicere, alienis spoliis ditescere. Proximum huic, intemperantem licentiam sumi in emendandis veteribus Legibus, ut parvifaciendæ Cujacii divitiæ sint, in quibus tot majorum thesauri deperierint. Demum, in minimis quibusque nimiam sæpe operam collocari, eamdemque non necessariam: perinde vero aut nimium sit, cui nihil possis detrahere, aut non necessarium, sine quo sensum integrum Legum assequi nequeas; laudatissimo exemplo Hominum doctissimorum, qui non raro de minima vocula, aut de apice etiam, quo vis Legis contineretur, morosius disceptaverint. Nec ignoro non omnes omnino Cujacianas emendationes probari omnibus; et nihilominus vere liceat asserere, aut prorsus nemini concedendam restitutionem Legum depravatarum, aut si uno alicui, concedendam sane Cujacio, qui ad eam rem non tam institutus quam natus esse videtur. Denique bene habet, quod alienis opibus divitem Cujacium prædicat. Nimirum hæc certa via est qua in Jure aliquantulum proficiamus, si testis Legum memoria temporum e' coævis historicis repetatur, si in concilium vocentur ii, qui quod florentibus adhuc Legibus viverent, germanam earumdem significationem et energiam ignorare non poterant, tandem si eruditiorum Interpretum (recitatis diligentissime auctoritatibus) calculus ineatur. Hæ præclaræ opes sunt, spolia sunt hæc insigniora; sic enim Leges exploratius tutiusque ad intimiorem rationem exigi valeant. Præcipue vero Gentilis in Cujacium debaccatur* VI. *omniumque postre-*

mo Dialogorum , quos de Juris Interpretibus *edidit Londinii anno* MDLXXXII. *Iidem recusi sunt Lipsiæ anno* MDCCXXI. *cum recensionibus Christiani Godofr. Hoffmanni , qui non melius illius famæ consultum iri putavit , quam si Gentilem diceret in iis Dialogis ludicra ludere : velim lepidiora lusisset. Verumtamen ridentem , si placet , hominem salse ridet, et recte magnus ille nostræ ætatis splendor Joseph. Aurelius de Januario in* Republica Jurisconsultorum.

DE SEXTO CÆCILIO JURISCONSULTO

Ægidius Menagius Amoenitat. Jur. Civ. Cap. xxiii.

Verba Gellii hæc sunt Noctium Atticarum libro xx. capite i. *Sextus Cæcilius in disciplina Juris, atque Legibus Populi Romani noscendis interpretandisque scientia, usu, auctoritateque illustri fuit.* Hujus Sexti Cæcilii Jurisconsulti plurima mentio in Digestorum libris. Jacobus Cujacius, vir acerrimi judicii et doctrinæ singularis, Tractatu i. ad Africanum, statim initio, et Observationum lib. vii. cap. 2. eumdem esse existimabat Sextum illum Cæcilium ac Africanum Jurisconsultum. Idem Guidoni Pancirolo videbatur. Atque id ipsum, sed dubitanter, scripsit Ant. Augustinus libro de Propriis Nominibus Pandectarum, vir et ipse doctissimus, et judicii limatuli. Ut ita existimaret Cujacius, movebatur *lege* 3. *D. de Agnoscendis liberis*: ubi dicitur Julianum Sexto Cæcilio Africano respondisse, locum esse præjudicio, si quæratur an uxor sit. Putabat scilicet vir summus, aut certe summo proximus, hæc de Africano Jurisconsulto accipienda: cum, inquit, et in lege 39. *de Legatis primo*, dicatur Africanus Julianum per Epistolam consuluisse. At pace tanti Viri liceat dixisse, id non dicitur in dicta lege: sed hoc tantum, *Africanus libro XX. Epistolarum apud Julianum quærit.* Quæ verba (quod jam pridem Bertrandus in Vita Africani observavit) non eum habent sensum, ut Julianum Africanus per Epistolam consuluerit: verum, ut Africanus hoc ipso in libro quæstionem a Juliano agitatam retulerit, et in ejus disceptatione judicium adhibuerit suum. Nec displicet conjectura Bertrandi, existimantis scriptum fuisse, *Africanus libro IX. Quæstionum apud Julianum quærit*: nisi potius dicamus, libros Quæstionum Africani et libros ejus Epistolarum eosdem fuisse, quod cap. xx. (*Amœnitat. Jur. Civ.*) de libris Quæstionum Labeonis, ejusque Epistolarum libris observabamus: tum quod alibi librorum Epistolarum Africani, (at cujus viri?) mentio nulla exstet, (quos numero saltem viginti fuisse oportuit; siquidem vicesimus ibi laudatur) tum quia libri Quæstionum Africani ad Juliani scripta maxime spectasse videantur. Certe illius auctoritate in his utitur frequenter: adeo ut, cum ita simpliciter scribit, (scribit autem sæpissime) *ait*, *existimavit*, *negavit*, *putavit*, *inquit*, *respondit*, *placet*, *notat*, non de se, sed de Juliano intelligere, verissime præstantissimus Cujacius existimarit. Idem existimasse observo et Græcos ad *legem* 15. *de Statu liberis*, in his Africani verbis: *mortuo hærede, si statu liber locupletiorem hæreditatem tanta pecunia, quantam dare sit jussus, fecerit, statim eum ad libertatem esse venturum* existimavit: nam ad hoc postremum verbum *existimavit*, scripsit Græcus Scholiastes lib. 48. Basilicorum Tit. 5. 12. καὶ λέγει Ἰουλιανὸς, ὡς ἀν'αφέρει αὐτὸν ὁ Ἀφρικανὸς, παραχρῆμα ἐλευθερῶσαι τον οἰκέτην. Ita ad legem 22. de Manumissis testamento, ubi simpliciter Africanus scripserat *respondit*, eodem libro 48. Basilicorum Tit. iii. 23. Scholia habent, ἀπεκρίνατο Ἰουλιανός. Paulus quoque *leg.* 45. *de Actionibus empti et vend.* Juliani sententiam referre scripsit Africanum: *idque*, inquit, *et Julianum agitasse Africanus refert.* Quod addit amplissimus Bertrandus, hæc verba in dicta lege 39. *Africanus lib.* 20. *Epistolarum apud Julianum quærit, putatque sumptum præstandum*, aperte significare Africanum per Epistolam de specie proposita Julianum non consuluisse, quando ipse suam sententiam exponat, nihil moror: cum qui alios de re aliqua consulunt, soleant et ipsi quid sentiant priores dicere. Cujus rei

exempla suppeditat lex. 28. de Rebus auctoritate Judicis possidendis: *Me illud maxime movet, quod præceptoribus tuis placet* etc. Item lex 26. de Usufructu legato *Movet enim me, quod dies legati* etc. et lex. 4. Quibus ad libertatem proclamare non licet: *Movet me exemplum cujusvis liberi hominis*. Adde legem 39. de Actionibus empti et venditi. Putabat autem vir ille amplissimus, contra quam Cujacius, et Pancirolus putarunt, Africanum recte a Lampridio sub Alexandro reponi; atque alium esse, et a Sexto illo Cæcilio Africano, qui Julianum consuluisse dicitur, et a Sexto Cæcilio, de quo passim in Digestis, et de quo Gellius dicto loco. Ad ætatem Africani quod attinet, fallitur procul dubio: nam Africanum inter Consiliarios Alexandri non sedisse, et Discipulum Papiniani non fuisse, nulla dubitatio est. Ante tempora Imperatorum Severi et Antonini, quibus vixit Papinianus, vixisse Africanum, patet ex *lege* 109. *de Legatis primo*, quæ desumpta est ex libro Quæstionum ejus sexto, et cujus hæc sunt verba: *Si quando quis uxori suæ ea quæ vivus donaverat, vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his quæ jure valituræ non sunt. alioquin et frustra legaturus sit. atque si ita exprimat*, quæ uxori jure donavero. *vel ita*, quæ uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego: *nam inutile legatum futurum est.* Inde patet, temporibus Africani res uxori a marito donatas, non aliter uxoris factas, nisi a marito legatæ fuissent; nec morte donatoris donationem silentio confirmatam: quod post dictum Antoninum frustra scripsisset, ut ad dictam legem acute Cujacius observabat: cum ex ejus Oratione, quam ante excessum patris sui Severi in Senatu habuit, non fuerit necesse uxori res ipsi donatas legare. Scilicet constituit, ut donationes inter virum et uxorem silentio confirmarentur; et morte Donatoris, si non mutaverit voluntatem, *leg.* 32. *D. de Donat. inter virum et uxorem.* Adde, quod Papiniani Africanus nusquam meminit: cujus, qua erat in scientia Juris Civilis auctoritate, profecto meminisset; non modo si discipulus ejus, sed si ei, aut ætate posterior, aut etiam suppar exstitisset. Quamquam enim rarius aliorum testimoniis utitur tamen, non Juliani solum, de quo supra diximus, sed etiam Servii, Melæ, Atilicini, atque Fufidii. Ad locum Lampridii quod spectat, omnino mendosus est: ut jam supra monuimus: siquidem præter Africanum, multi alii Jurisperiti inter Consiliarios Alexandri inibi numerantur, qui ætate Alexandrum antecesserunt: quales sunt, Pomponius, Alphenus, Mæcianus, Tryphonius, Celsus, Proculus. Neque etiam hæc nomina in vetustis Membranis comparent: quarum ope Claud. Salmasius locum integrum sic verissime constituebat: *Et ut scias, qui viri in ejus consilio fuerint: Fabius Sabinus, Sabini, insignis viri, filius, Cato temporis sui: Domitius Ulpianus, Juris peritissimus: Antoninus Gordianus, Gordiani Imperatoris filius, et ipse Imperator, vir insignis: Julius Paulus, Juris peritissimus: Claudius Venatus, Orator amplissimus: Catilius Severus, cognatus ejus, vir omnium doctissimus: Ælius Serenianus, omnium vir sanctissimus: Quintilius Marcellus, quo meliorem ne Historiæ quidem continent.* Antea legebatur: *Et ut scias, qui viri in consilio ejus fuerunt: Fabius Sabinus, Sabini, insignis viri, filius. Cato temporis sui. Domitius Ulpianus, Juris peritissimus: Ælius Gordianus, Gordiani Imperatoris pater, et ipse revera vir insignis: Julius Paulus, Juris peritissimus: Claudius Venatus, Orator amplissimus: Pomponius, Legum peritissimus: Alphenus: Africanus: Florentinus: Martianus: Callistratus: Hermogenes: Venulejus: Tryphonius: Mœtianus: Celsus: Proculus: Modestinus: Hi omnes Juris Professores, discipuli fuere splendidissimi Papiniani, et Alexandri Imperatoris familiares, et socii, ut scribit Acholius, et Marius Maximus: Catilius Severus, cognatus ejus, vir omnium doctissimus: Ælius Serenianus,*

omnium vir sanctissimus : Quintilius Marcellus , quo meliorem ne Historiæ quidem continent. Qui locus vitiosus , mirum in quantos errores Bertrandum induxit, dum sanum esse contendit. Errandi occasionem dedit et Paulo Thomæ Giracio , viro alioquin doctissimo, qui in Replicatione ad Petrum Costardum, Alphenum et Africanum Jurisconsultos Longino Critico æquales facit. Ad Cæcilium redeo. Verebatur Antonius Augustinus , (nam , ut dixi , dubitanter eumdem illum esse ac Africanum pronuntiavit) an Africano paulo antiquior esset : quia apud Gellium , dicto loco , Sexti Cæcilii dissertatio super Legibus XII. Tabularum cum Favorino , qui temporibus Hadriani floruit , referatur. Addo, saltem sub Pio , ac primis imperii ejus temporibus , Sextum Cæcilium diem suum obiisse : ejus quippe , ut fato functi , meminit Gellius : *Sextus Cæcilius* , inquit , *in disciplina Juris , atque Legibus Populi Romani noscendis interpretandisque, scientia, usu, auctoritateque illustris fuit.* At Gellium sub Hadriano Noctes Atticas inchoasse, sub Antonino Pio perfecisse , certo scimus. Non minorem difficultatem habet , quod subjungit idem Augustinus , Cæcilii mentionem facere Jabolenum in lege 64. de Donationibus inter virum et uxorem , cujus verba superiori capite retulimus. Nam vixit Jabolenus sub Trajano, ut ex Plinii Epistola colligere licet : fuitque Juliani præceptor, vel ipso Juliano teste in *lege 5. de Manumissis vindicta.* Julianum autem sub Hadriano Edictum Perpetuum condidisse constat. Non igitur potuerit Jabolenus Africani auctoritate uti : quem scilicet Juliani discipulum faciunt , et Cujacius , et Augustinus, et Pancirolus, et Eberlinus (nam et de eo ambigitur), sed quem certe Jaboleno posteriorem multo fuisse , in dubium revocari non potest. Jaboleno quippe in tradenda Juris disciplina Julianus successit , ut est apud Pomponium in lege 2. de Origine Juris : Juliano Africanus , ut ex superioribus constat. Putabat igitur Antonius Augustinus , hæc verba , *quod Proculus et Cæcilius putant* , in dicta lege 64. non Jaboleni , sed Pauli , aut Triboniani esse. Quomodo Pauli esse possint , equidem non video. Existimabam aliquando, quod superiori capite (*Amœnit. Jur. Civ. cap. XXII.*) monui : *Cæcilii* nomen fuisse corruptum : et pro *Cæcilius* scribi debere, vel *Cassius* , vel *Cascelius :* sive potius *Cælius :* ita Sabinus vocabatur. Sed forte nihil mutandum ; et de Sexto Cæcilio intelligendus Jabolenus : quem quidem Sextum Cæcilium diversum fuisse ab Africano , ex his quæ supra memoravimus, verosimile est. Quibus adde, quod licet plurimis in locis et Sexti Cæcilii et Africani mentio fiat in libris nostris, nusquam tamen, præterquam in dicta lege 3. de Agnoscendis liberis, conjunctim legitur *Sextus Cæcilius Africanus*. Potuit vero Jabolenus Sexti Cæcilii testimonio uti : nam et temporibus Antonini Pii floruisse Jabolenum dicimus ex Capitolino in Pio. *Multa* , inquit , *de jure sanxit , ususque est Juris peritis , Vinidio Vero , Salvio Valente, Volusio Metiano , Ulpio Marcello , et Jaboleno.* Sed lege tertia de Agnoscendis liberis quid faciemus , ubi Sextus Cæcilius *Africanus* appellatur ? *Julianus Sexto Cæcilio Africano respondit.* An duos Africanos Jurisconsultos fuisse dicemus ; Sextum Cæcilium Africanum , qui vulgo *Sextus Cæcilius ;* et Africanum, qui simpliciter *Africanus* fuerit appellatus ? An potius dicemus , Sextum illum Cæcilium Africanum cui Julianus respondit , Consultorem aliquem qui Julianum consuluerit , non Jurisconsultum , fuisse? Ita sane videtur.

AD AFRICANUM

TRACTATUS I.

Ad L. Cum falsum. 46. D. de acquir. hæred.

Africanus, is videtur esse, qui Sex. Cæcilius dicitur a Gellio, et aliis juris auctoribus. Moveor ut hoc existimem *l. 3. D. de lib. agn.* quæ Julianum Sex. Cæcilio Africano respondisse ait, locum esse præjudicio, si quæratur an uxor sit. Puto enim hoc eum respondisse Africano Jurisconsulto: quum et in *l. 39. D. de leg.* 1. dicatur Africanus per epistolam Julianum consuluisse. Nec (ut testatus jam sum 7. Obs.) Lampridio fidem habeo, Africanum reponenti sub imperio Alexandri. Modestinus consulit Ulpianum *l. si quis uxori, D. de furt.* Rufinus Paulum *l. 4. D. quib. ad lib. procl. non lic.* Atilicinus Proculum *l. Atilicinus, D. de pac. dot.* Abfuit semper a viris probis, quamvis æqualibus, invidia, nec erubuit alter ab altero quod sciret appetere. Cui ergo mirum videbitur, si et consulat Africanus Julianum, cujus etiam auctoritate utitur frequenter libris novem Quæstionum? Et vero. quum (quod sæpe facit) ita simpliciter scribit, Ait, Existimavit, Negavit, Putavit, Inquit, Respondit, Placet, Notat, non de se (opinor) Africanus intelligit, sed de Juliano: et hujus rei argumentum præbet *l. tutor*, §. *ult. D. ad Vell. l. et hæc* §. *ult. D. loc. l.* 61. *D. de furt.* ut plane videatur Julianus Africano esse pro oraculo, ut illis Pythagoras respondentibus, Ipse dixit, vel (ut Accursius ait in *l. 16. D. de pec. leg. et l. 21. de fidejuss.*) pro magistro. Denique Africanus quantus quantus, Juliani discipulus est. Utitur etiam auctoritate Servii, Atilicini, Melæ, Fufidii, sed rarius. Porro ex his Africani Quæstionum libris novem, leges habemus sparsas in Pandectis cxxx. quas in unum coadunare et explicare constitui: nec erit (Deo favente) inutilis opera. Sed prius videamus quid Quæstionum appellatione significarit Africanus (quod quæri etiam potest de libris Quæstionum Papiniani, Scævolæ, Pauli, Tertulliani, Fufidii, Callistrati, Mætiani) et an aliquid distent libri responsorum a libris Quæstionum. Utrisque continentur consultationes, utrisque responsa. Sed libris Responsorum, nuda, præcisa, singularia responsa: libris Quæstionum disputationes diffusioresque tractationes. Quæstionum igitur libri, tractationum sunt potius quam quæstionum libri: et ita *l. qui cccc. D. ad leg. Falc.* quæstio, et tractatus pro eodem accipitur. Tractatus proprie, locus communis longe et late patens, ut si quæratur, quæ actio competat ex causa ob rem dati: quæ quidem quæstio minores amplectitur multas: vel si quæratur de facto aut de æquitate: nam et harum quæstionum varia, longa, difficilis definitio est. Quæstio de jure simplex est, eique præcise responderi potest, quia jus est certum, et hæc quæstio proprie, non tractatio: et hoc sensu Seneca v. Controversiarum: *Hoc non tanquam quæstionem, sed, ut illi mos erat, pro tractatione, aut loco.* Nec male ex Isidoro Accursius *d. l. qui cccc. et l. ult. D. si pars hæred. pet.* tractatum, esse multiplicem expositionem Illud certe male, dialecticos appellare tractatum, quæstionem τοῦ ψευδομένου. Ex libro autem primo Quæstionum Africani hæc prima se offert tractatio potius quam quæstio (quoniam multa complectitur). Quæ scire oporteat eum, qui hæreditatem adire volet in *l. 46. D. de acq. hær.* cujus hæc sunt verba: *Quum falsum testamentum diceretur, si quidem ipse hæres accusaretur quoniam certus esse debeat se falsum non fecisse, recte adibit hæreditatem. Sin autem alius argueretur citra conscientiam ejus, non potest adire, quasi dubitet verum esse testamentum.* Multa sunt quæ scire oportet eum qui hæreditatem adire volet, *l. illud, D. si pars hær. pet.* ac primum quidem causam acquirendæ hæreditatis, *l. pupillus, D. de acq. hær.*

Causa duplex est, Testamentum et Lex: et rursus legis causa duplex, Agnatio et Patronatus. Scire igitur debet, testamento an lege sibi deferatur hæreditas: et si lege agnationis an patronatus jure, *l. si is ad quem*, *D. eod.* et si testamento, jure institutionis an jure substitutionis. Igitur et de testatore, et de testamento certus esse debet, puta patremfam. testatorem fuisse, et mortuum esse, et verum, justum, non irritum, non ruptum testamentum esse, *l.* 17. *l.* 30. §. *ult. l.* 34. *l.* 51. *D. eod. tit.* nam qui de his dubitat, vel qui in his errat, neque adit, neque repudiat hæreditatem recte. Unde si dicatur testamentum falsum, et accusetur falsi hæres scriptus, cui liquet de innocentia sua, hæreditatem adibit recte, etiam pendente cognitione falsi. Sed si falsi conscius sibi fuerit, profecto improbe fecerit si adierit, nec dominium acquisierit, quum acquirendi deficiat causa. Quod si erraverit, ut si verum putaverit quod erat falsum, æque hæreditatem adierit frustra, quia deficit causa, *l.* 3. *D. ad leg. Corn. de fals.* et contra si falsum, quod erat verum, inanis etiam erit aditio, quia non putavit delatam sibi hæreditatem esse, *d. l.* 17. Erranti comparatur is qui dubitat, ut in plerisque aliis partibus juris: et ideo si alius accusetur falsum testamentum fecisse, pendente cognitione falsi, qui in eo hæres scriptus est, hæreditatem adire non potest, quia nondum liquet ei de testamenti jure, et hoc si, quemadmodum ait Africanus hoc loco, alius arguatur citra conscientiam hæredis scripti, id est, Si alius dicatur falsum testamentum subjecisse inscio hærede scripto, nam si liqueat scripto de innocentia rei, et hoc casu pendente cognitione falsi hæreditatem adire poterit, *l. Pannonius*, §. *rei*, *ff. de acq. hær.* Sive igitur ispe accusetur sive alius, modo certus sit falsum testamentum non esse, hæreditatem adibit recte. At quæro quis sit effectus hujus sententiæ, ut hæreditatem non adeat recte, nisi qui certus est de testamenti jure? Aditio obligat æri alieno, *l.* 8. *ff. eod. l.* 3. §. *ult. ff. quib. ex caus. in poss. eat.* et qui semel adivit recte, postea non potest repudiare, *l.* 3. *et* 4. *C. de rep. vel acq. hær.* Igitur si adierit quo tempore ipse accusabatur falsi, non audietur postea, si velit repudiare et se exolvere contracta per aditionem obligatione, hoc prætextu quod adierit pendente cognitione falsi testamenti: recte enim adivit. Sed si adierit dubitans, quo tempore alius accusabatur falsi, audietur postea si pœnitentia actus respuat hæreditatem, et dicat, Adivi pendente cognitione falsi. Aditio enim non recte facta, non obligat. Eademque causa est repudiationis: nam si recte repudiaverit, puta interim dum ipse arguitur falsi, non audietur postea si dicat, Repudiavi eo tempore quo falsum testamentum dicebatur. Si non recte, ut si interea dum alius argueretur falsi testamenti, cujus innocentiæ conscius ipse non erat, repudiaverit hæreditatem, non prohibebitur postea eam adire: quia repudiando nihil egit, *l.* 13. *l. qui superstites*, *ff. eod.* Et quod diximus de aditione, idem obtinet in gestione pro hærede, et in petitione bon. possessionis, *l.* 19. *l.* 22. *ff. eod.* nam et his modis obligatio contrahitur, *l. pen. ff. de separ.* nec facto licet resilire. Et eadem ratione idem in mistione, *l.* 4. *ff. quib. ex caus. in poss. eat.* Idem in legato repudiando, *l. in repudianda*, *de acq. hær.* Ergo et in agnoscendo, non quod agnitio legatarium obliget, sed quod ei qui legatum agnovit, non sit integra repudiatio, *l. Titia*, §. *Lucia*, *ff. de leg.* 1. Idem in missione in possessionem ex edicto Adriani vel Justiniani: nam hoc beneficium scriptis tantum hæredibus conceditur qui hæreditatem adierunt, quod *l.* 2. *C. de edic. D. Adr. tol.* demonstrat aperte, dum ait hæredem mitti in possessionem etiamsi inofficiosum dicatur testamentum: Nec enim inofficiosum dici potest nisi scriptus hæres adierit, quia querela inofficiosi testamenti est contra hæredem, non contra lignum, contra scriptum, non contra scripturam. Et in hoc quidem hæredi proficit missio, ut necesse non habeat cum possessore hæreditatis prius ordinario jure experiri, id est, petitione hæreditatis vel petere bon. possessionem, ac deinde agere interdicto Quorum bonorum, sed mittatur statim oblato testamento, et publice recitato in possessionem bonorum, salva principali quæstione hæreditatis. Est igitur missio sequela et appendix præcedentis aditionis. Eodem igitur jure eademque conditione regitur, et si fuerit aditio utilis, erit et missio, si inutilis aditio, et inutilis missio. His addamus si quæ sunt alia quæ scire oporteat eum qui hæreditatem adit. Hæres scriptus scire debet utrum pure an sub conditione hæres institutus sit: nam qui de hoc dubitat, et de eo dubitat delata sibi hæreditas sit necne, igitur non potest adire liquido, et si non liquido, nec recte. Denique inutilis inefficaxque aditio est, etiamsi revera fuerit institutus pure, vel etiamsi, quum esset institutus sub conditione, eo tempore quo adiit jam impleta conditio fuerit, *l. hæres institutus*, *ff. de acq. hær.* Idem dicemus in errante, videlicet, si quum esset institutus sub conditione, existimaverit se institutum pure, et adierit ante conditionem impletam vel post conditionem impletam sub qua se hæredem institutum esse nesciebat. Si ante conditionem impletam, quia quum adiit, nondum delata erat hæreditas. Si post conditionem impletam, quia nescierat conditionem institutioni insertam, nec eam expectaverat animo obtemperandi voluntati defuncti. Scientia exigitur

conditionis, qualis qualis sit conditio: nam, etsi potestativæ fato quodam et forte fortuna per se vel per alium paruerit hæres, non propensa obsequendi voluntate, obtemperasse voluntati defuncti non videtur, *l. 2. ff. de condition. et dem.* et si antequam casualis extiterit, non adierit, etiam non videtur obtemperasse voluntati defuncti, nisi sciens animo obtemperandi distulerit aditionem quoad conditio eveniret. Sed non idem dicemus e contrario, si quum esset institutus pure existimaverit se institutum sub conditione, et impleta conditione adiverit: nam hic error, quo quidem ductus ex abundanti conditionem expectavit, vel implevit, nihil ei obfuerit, nec periculum attulerit amittendæ hæreditatis, quasi non impleta voluntate defuncti, quum deterior sit causa instituti sub conditione quam instituti pure, et illam tamen quæ deterior est amplexus sit, *l. sed si de sua*, §. 1. *ff. de acqu. hær.* ubi etiam duo conditionum genera facit, potestativam et casualem, et sive hanc sive illam putaverit adscriptam, quum esset institutus pure, et idem utroque casu decernit, nihil ei hanc suspicionem obesse quo minus adeundo hæreditatem acquirat, et facilius in casuali quam in potestativa, propterea quod in casuali nihil facit ut adeat, in potestativa facit, dum implet eam ut adeat: quod aditioni vitium conscire videbatur. Sed non solent quæ abundant vitium adferre. Quod si qui sciebat se hæredem institutum sub conditione, erraverit in conditione, ut si hanc esse putaverit quum esset illa, exemplo ejus qui errat in parte, dicam eum adeundo nihil agere, *l. ex semisse*, *ff. eod.* et huic etiam dubitantem comparabo. Sed quid si prorsus conditionem ignoraverit, neque hanc esse putaverit potius quam illam, an adeundo hæreditatem acquiret, si extiterat jam conditio aditionis tempore? Scire debet hæres conditionem insertam institutioni, ut diximus supra. Quantitatem conditione comprehensam possit nescire, *l. qui putat*, *ff. eod.* Qualitatem autem conditionis non possit nescire stricto jure. Sed utilius visum est ut et qualitatis ignoratio non vitiet aditionem, si modo extiterit conditio, et ut impune possit ignorare conditionem impletam qui et conditionis qualitatem ignorat, conditionem tamen injectam esse non ignorat, idque argumento partis: nam stricto jure sane qui nescit partem, non potest adire. Sed utilius visum est Sabinianis, ut adire possit etiam qui nescit partem, modo cetera quæ eum scire oportet qui adit, non ignoret, *l. illud*, *ff. si pars hæred. pet.* atque ita *l. si quis extraneus*, §. *ult. ff. de acqu. hær.* (*) quum dixisset nihil gestioni pro hærede nocere ignorationem partis, consequens erat adnotari non hoc, nihil etiam nocere scientiam conditionis, quod est dissentaneum, sed nihil nocere ignorationem conditionis, si tamen extiterit conditio ante gestionem pro hærede. Igitur dempta negatione legendum *d.* §. *ult.* Quod et Cassius probat, si conditionem sub qua hæres institutus est ignorat, si tamen extiterit conditio sub qua institutus est. Separandus est is qui errat in conditione ab eo qui plane conditionem nescit, ut hic possit adire, ille non item, sicut is qui errat in parte ab eo separatur qui nescit partem: nam hic adeundo fit hæres, quia animus ei est adeundæ cujuscumque partis. Ille qui errat in parte, ut qui putat se hæredem ex quadrante, quum sit ex semisse, adeundo non fit hæres ex semisse, quia animus ei est quadrantis tantum adeundi. Sed neque ex quadrante, quia scindi hæreditas non potest, *d. l. ex semisse.* Et similiter qui putat se hæredem ex asse, quum sit ex parte, vel contra, adeundo nihil agit. Sed videtur obstare *l. si quis mihi bona*, §. *sed si mandavit*, *eod. tit.* Ex qua ratiocinari ita quis possit. Si mandavit pater filio, ut adiret quasi instituto ex parte, et adierit ex asse, valet aditio, quia meliorem conditionem patris facit. Ergo si institutus ex parte, adierit ex asse, valet aditio. Esset bona collectio, si ei etiam conveniret ratio eadem. At non convenit, quandoquidem hæres, qui ex majore parte adit, quam sit scriptus, in nullo meliorem conditionem suam facit, nec faceret etiam filius patris, nisi veritatem in adeundo sequeretur, patre in jubendo sequuto opinionem falsam. Non est igitur bona collectio, alioquin et hæc bona esset, Si pater mandavit filio ut adiret quasi ex testamento, et adierit filius ab intestato, quum et revera ab intestato ei deferretur hæreditas non ex testamento, valet aditio, quia plerumque melior est causa intestati, quam causa testati, propter onera legatorum, fideicommissorum, libertatum. Ergo si agnatus proximus justo testamento scriptus adierit ab intestato, valet aditio. Vitiosa est collectio. Hic enim erravit: filius non erravit. Hujus igitur aditio non valet, *l. si is ad quem*, *ff. eod.* et ei integrum est denuo adire, vel repudiare ex testamento, *l. mater*, *ff. de inof. test.* Ergo et ejus aditio non valet, qui institutus ex parte, per errorem adit ex asse. Restat illud ut quæramus quid sit dicendum, si sciierit hæres conditionem sub qua institutus est, et adierit ante quam sciret conditionem impletam, si aditionis tempore re ipsa fuerit impleta. Et constat non recte eum adiisse, quia nondum putavit delatam sibi hæreditatem esse, *l. multum*, *ff. de cond. et dem.* Sed contradicit palam *d. l. si quis extraneus*, §. *ult.* nisi audeas affirmare, quod est verissimum, negationem quam paulo ante in eo di

(*) *Vide Meriil. variant. ex Cujac. lib. 3. cap. 30.*

ximus abundare, esse in hunc locum transferendam hoc modo, Puto non posse adire hæreditatem. Aberrabat suo loco, sed restituenda est (ut dixi) et ut subjecta similitudo substituti cohæredis ignorantis cohæredem repudiasse, aperte demonstrat, quem nemo dixerit ex substitutione adire hæreditatem posse. Et hæc de hærede scripto sub conditione. De hærede scripto ex die, nihil dicimus: quia diei adjectio in hæredis institutione pro supervacua est: at in aditione supervacua non est, si hæredi scripto testator præfinierit diem ad adeundum, quod est hæredem instituere cum cretione. Et hic utique dies scienti tantum cedit ex verbis cretionis, Quibus scieris poterisque, atque etiam edicti successorii, *l.* 2. *ff. quis ordo in bon. poss. serv.* Sed quemadmodum multum interest, conditionem institutioni injiciat testator an lex, *l. multum, ff. de cond. et dem.* ita multum interest diem adjiciat aditioni, aut bonorum possessioni testator, an lex: nam si repudiaverit hæres intra tempus legitimum, substitutus, vel sequens ex edicto successorio statim admittitur non expectato ultimo die temporis legitimi, nec qui semel repudiavit, potest variare, etiamsi tempus legitimum largiatur, §. *pen. Inst. de bon. poss.* Sed si repudiaverit intra diem cretionis testamento scriptum, expectare debet substitutus ultimum diem cretionis, quia posteaquam repudiavit, vel adivit hæres scriptus cum cretione, quandiu supersunt dies cretionis, pœnitentiam agere potest, auctore Ulpiano in Fragmentis: et ob id in *l.* 72. *ff. de acquir. hær.* recte ponitur institutum antequam adiret decessisse, ut non expectet substitutus ultimum diem aditionis: nam si poneretur repudiasse, non decessisse, substitutus expectaret ultimum diem aditionis. Et hæc de prima quæstione Africani sufficiant.

Ad L. Si id quod. 10. *D. Si quid in fraud. patr.*

Sequitur alia de actione Fabiana, et Calvisiana, *l.* 10. *ff. si quid in fraud. pat.* cujus hæc sunt verba: *Si id quod a liberto in fraudem alienatum est, non extet, actio patroni cessat, quemadmodum si pecuniam in fraudem abjecisset, aut etiamsi is qui mortis causa a liberto accepisset, eam rem vendidisset, et bonæ fidei emptor eam usucepisset.* Fabiana patrono competit liberto testato, Calvisiana intestato, *l.* 3. §. *si intestatus, eod. l.* 2. *C. eod.* utraque datur patrono adversus eos, quibus libertus bona sua alienavit dolo malo in necem patroni, etiamsi fraudis conscii non sint, vel adversus eos, quibus mortis causa donavit libertus, aut legavit supra semissem bonorum, etiamsi non hoc dolo malo fecerit libertus: nam ut legata ac donationes etiam causa mortis ex constitutione Severi non possunt hæredem institutum fraudare Falcidia, ita nec patronum debita portione. Donationes inter vivos et aliæ alienationes fraudare patronum debita portione possunt, si modo fiant sine dolo malo, *l.* 1. §. 1. *l.* 9. *ff. eod. tit.* Idcirco agenti patrono Fabiana vel Calvisiana probandum est aut dolo malo, aut mortis causa factam alienationem, *d. l.* 1. §. 1. *l. patronus, ff. de probat.* Et utraque actione non in solidum revocat alienata, nisi quædam alienaverit libertus, quæ divisionem non recipiant, veluti servitutes, sed in partem debitam tantum, *d. l.* 1. §. *si pluribus, et* §. *quamvis*: et si plures sint patroni, omnes agunt in portionem unam, quia etsi plures sint, unus tamen est patronatus, et non personis quam patronatui debetur portio dimidia, sed eam partiuntur inter se pro virilibus portionibus, *l.* 3. §. *si plures, l.* 4. *eod. tit.* Hodie est tertia portio, olim fuit dimidia: et testato quidem liberto, si nullum ex liberis naturalibus successorem reliquisset, et nihil aut minus quam partem dimidiam bonorum patrono reliquisset libertus, contra tabulas liberti dimidiæ partis bonorum possessio dabatur, intestato liberto, si suum hæredem non naturalem reliquisset, æque patrono contra suum hæredem dimidiæ partis dabatur bonorum possessio, §. 1. *Institut. de success. lib.* Dabatur autem patrono dimidia portio non tantum eorum bonorum, quæ libertus habuisset mortis tempore, sed etiam eorum, quæ alienasset in fraudem, perinde ac si liberti dominio ea exissent nunquam, *l.* 3. §. *ult. ff. de bon. lib.* Et revocabatur ex alienatis rebus actione Fabiana testato liberto, ut dixi, actione Calvisiana intestato liberto. Revocatoria igitur et rescissoria utraque actio est, quia alienationes ipso jure valent, etiamsi factæ sint in fraudem patroni. Si valerent etiam libertates datæ in fraudem patroni, non possent revocari: ideoque his statim initio occurrit lex Ælia Sentia, ut nullæ sint ipso jure, non solum si in fraudem patroni, sed etiamsi in fraudem creditorum fiant, auctore Ulpiano in Frag. et Gajo in Institutionibus, et *l.* 27. *ff. qui et a quib. man. l.* 9. *ff. de lib. caus.* Hæc ita licet se habeant in patronis, nec suppetant similes Fabianæ et Calvisianæ actiones, quæ dentur liberis aut parentibus, nec revocetur omne quod in fraudem parentum aut liberorum factum est, quum tamen quodcumque factum est in fraudem patroni, per eas actiones revocetur pro modo portionis debitæ reverentiæ patronali, optima ratione, quia ingenuis æquum est ut sit liberior facultas alienandi res suas, quam libertinis, *l.* 2. *ff. si a par. quis fuer. man.* Attamen liberis et parentibus datur rescissio immensæ donationis, portionis le-

gitimæ intervertendæ causa factæ, per querelam inofficiosæ donationis, tam testato quam intestato donatore, *l.* 3. *et* 4. *C. de inoffic. donat.* non in solidum, sed in portionem legitimam, sive in extraneos sive in liberos collata sit donatio, *l.* 1. *C. eod.* Liberis, inquam, superstitibus donationis tempore: nam liberi nati post donationem, eam revocant in solidum, si sit collata in extraneos, *l. si unquam, C. de revoc. donat.* Si in alienos liberos, in partem legitimam tantum, *l.* 5. *C. de inofficios. donat.* Recidunt etiam liberi et parentes, sicut extranei, hæredes instituti donationes causa mortis, et legata pro modo Falcidiæ, non tantum exteris data, sed etiam ea quæ data sunt liberis, et parentibus, *l. pater, ff. ad leg. Falcid. l. scimus, C. de inoffic. testam.* Et liberi aut parentes non tantum ex testamento, sed etiam ab intestato recidunt. Falcidiæ jure non legata, quæ ab intestato jure veteri non relinquuntur, sed fideicommissa, *l. filiusfamil. ff. ad leg. Falcid.* Recidunt et mortis causa donationes non jure Falcidiæ, quia ab intestato mortis causa donationes non comparantur legatis, *l. si filius, ff. de leg. præst.* sed ex constitutione Alexandri ad Claudium Julianum de inofficiosis donationibus. Præteriti autem ea rescindunt in totum per bonorum possessionem contra tabulas, exceptis quibusdam, exhæredati æque in totum nullis exceptis per querelam inofficiosi testamenti. Patroni autem pro semisse tantum, et exceptis semper legatis, aut mortis causa donationibus relictis liberis, aut parentibus, *l.* 1. §. *quod autem, ff. si quid in fraud. patr. l.* 4. *ff. de cond. et demon. l.* 6. §. *si patronus, ff. si quis omis. cau. test. l. si ejus,* §. *ult. ff. ad Treb. l. ex asse, ff. ad leg. Falcid.* Sunt enim gradus pietatis et officiorum quidam, ex quibus post Deum, et patriam, prima liberis et parentibus, secunda patronis debentur, nec debet patronorum reverentia cohibere parentum pietatem erga liberos, vel contra: et eadem ratione licet liberis detur querela inofficiosæ dotis, quod non sit æquum nimia dote constituta filiæ, fraudari filios portione debita, non datur tamen patrono Fabiana vel Calvisiana dotis a liberto in filiam collatæ deminuendæ causa, *l.* 1. §. *sed si libertus, ff. si quid in fraud. pat.* Porro Africanus hoc loco docet, quod erat perspicuum satis, has actiones cessare si res alienata non extet, ut si pecuniam in fraudem patroni in mare projecerit, quia non est qui conveniri his actionibus possit quum nullus pecuniam acceperit. Nec enim in ipsum libertum dantur, sed neque in eum qui accepit, a liberto, si res sit usucapta. Duo notat summa genera rei amittendæ, quæ et in SC. de petitione hæreditatis his verbis notantur, Deperditum, Deminutum, et his in *l. deducta,* §. *ante diem, ff. ad Trebel.* Casus, Usus. Fraudem autem initio generaliter accipit, quum et de eo qui pecuniam abjecit dolo malo, exemplum ponat, et de eo qui mortis causa donavit, in quo dolus non exigitur. Et sane fraus, genus est: species, dolus et fraus: dolus in persona, fraus in re ipsa. Ait, *Et eam rem vendidisset*, dominio scilicet nondum acquisitio ante mortem liberti: alioquin emptor non usucaperet.

Ad L. In mortis. 22. D. de mort. cau. donat.

Puto autem huic legi coaptandum esse ejusdem Africani *l.* 22. *ff. de mort. cau. donat.* cujus hæc sunt verba. *In mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit.* Hoc modo, Fabiana aut Calvisiana non pertinet ad libertates in fraudem patroni datas, quia ipso jure nullæ sunt. Eadem ratione non pertinet ad alienationes factas in fraudem legis Papiæ, *l. si libertus, ff. de ju. patr.* Non ad donationes causa mortis, si mortis tempore donatarius incapax fuerit. Sed si capax fuerit mortis tempore, quamvis non fuerit etiam capax donationis tempore, quia non ideo minus valet donatio causa mortis, placet ad eam revocandam patrono Fabianam vel Calvisianam dari. Ergo in mortis causa donationibus quoties quæritur de capacitate donatarii, non donationis, sed mortis tempus spectatur. At in legatis etiam testamenti faciendi tempus spectatur, ex regula Catonis: nam qui incapax est testamenti tempore, licet capax sit mortis tempore non admittitur ad legatum. Imo admittitur uno casu, si in tempus capiendi legatum relinquatur, *l. si ita quis testamento, ff. de leg.* 2. *l. in tempus, ff. de hær. inst.* eadem ratione qua donatarius, qui incapax fuit donationis, capax mortis tempore, quia donatio nominatim confertur in tempus mortis. Nihil igitur a legatis hac in re distant donationes causa mortis, quæ ubique legatis comparantur, nedum in actione Fabiana et Calvisiana, *l.* 1. §. 1. *ff. si quid in fraud. pat.* At videtur in legatis etiamsi non conferantur in tempus mortis, generaliter intuendum esse tempus mortis duntaxat: et hæc est sententia *l. non oportet, ff. de leg.* 2. quod non admitto. Hoc enim tantum dicit, non quæri de conditione cujusquam, id est, fiscum non quærere de capacitate legatarii vel hæredis antequam hæreditas, vel legatum ad eum pertineat, id est, ante mortem testatoris: Nam si eo tempore capax fuerit, quamvis capax non fuerit testamenti tempore, legatum, vel hæreditas fideicommissaria, cujus restituendæ tacitam fidem interposuerat hæres, apud

hæredem remanebit, et fiscus excludetur, *l. 3. §. quando, ff. de jur. fis.* Sed excludetur etiam legatarius, aut fideicommissarius, qui incapax fuit testamenti tempore: nam ut in hæreditatibus, sic et in legatis utroque tempore capacitatem exigimus: alioquin inutile esset conferre legata in tempus capiendi. Sequitur alia apud Africanum quæstio de fideicommissaria libertate, his verbis l. 20. ff. de man. test.

Ad L. Servos. 20. D. de manum. testam.

Servos *legavit, et cavit ita, Rogo, si te promeruerunt, dignos eos libertate existimes. Prætoris hæ partes sunt, ut cogat libertatem præstari, nisi si quid tale hi servi admiserint, ut indigni sint, quo libertatem consequantur, non etiam ut talia officia ab his exigantur, pro quibus libertatem mereri debent. Arbitrium tamen ejus erit, qui rogatus sit, quo tempore quemque velit manumittere, ita ut si vivus non manumisisset, hæres ejus statim libertatem præstare cogatur.*

Recte, Si te promeruerint, ut *l. Thais, §. 1. l. fideicommissaria. 46. ff. de fid. lib. l. 11. §. sic fideic. ff. de leg. 3.* Quibus verbis non confertur plenum arbitrium daudæ libertatis in legatarii voluntatem, sed quasi bono viro committitur. Et prætoris fideicommissarii partes sunt, ut cogat libertatem præstari. Non potest cogere legatarium, quia in ejus arbitrio est quando velit manumittere, sed post mortem ejus, hæredem legatarii cogere statim potest. Quibus autem cogetur libertatem præstare? Bene meritis. An et nihil meritis? Certe omnibus, præterquam male meritis, id est, qui legatarium offenderint: et sic in querela inofficiosi testamenti, ubi meritorum æstimatio fit, et in fideicommissis pecuniariis, meriti videntur qui non offenderunt, *l. 22. C. de inof. test. l. quum pater, §. rogo, ff. de leg. 2.* Et recte Bartolus in hunc locum, Meruisse videtur qui non apparet demeruisse. Sic scripserat, non Meminisse videtur, qui non apparet dememinisse. In quo placebat verbum rarum, ut illo Martialis loco, *Ipse jubet mortis dememinisse Deus.* Sed in verbo, Demereri, præpositio de, auget ut in Deponere, Dedere, Deperire, et in Demagis, si Nonio, et glossis, quæ interpretantur σφόδρα, optius quam Festo, credimus. Debuit igitur Bartolus dicere, Meruisse videtur, qui non apparet offendisse, sed Ovidius dixit etiam demeruisse. Offendisse autem servi legatarium videntur quos legatarius vinxit aut torsit pœnæ causa, et quos administratione aut ministratione removit, *l. 51. ff. de man. test.*

AD AFRICANUM

TRACTATUS II.

Ad L. Si eum servum. 23. D. de reb. cred.

Ex libro secundo Quæstionum, quæ prima se offert quæstio, est in *l. 23. ff. de reb. cred.* cujus hæc sunt verba.

Si eum servum, qui tibi legatus sit, quasi mihi legatum possederim, et vendiderim, mortuo eo, posse te mihi pretium condicere Julianus ait, quasi ex re tua locupletior factus sim.

Multæ in hanc quæstionem quæstiones incurrunt. Ait, *Condicere.* Quæro qualis hæc condictio sit? Naturalem esse hæc verba demonstrant, *Quasi ex re tua locupletior factus sim*: quod scilicet natura æquum non sit ex re tua locupletari me. Quatuor autem sunt fere condictiones naturales, id est, quas æquitatis naturalis ratione jurisconsulti introduxerunt, Indebiti, Ob rem dati, Sine causa, De bene depensis, ad imitationem condictionis ex mutuo. Nam qui eis tenentur, perinde obligantur atque ii, qui mutuum acceperunt: et ideo earum tituli dantur post titulum hunc, qui præcipue est de condictione de rebus creditis, et condictione de bene depensis: ex mutuo illa est, hæc ex dato mutui causa. Sunt igitur velut illæ quatuor ex promutuo: ergo civiles, non prætoriæ: Hanc autem, quæ proponitur in hac specie, quum neque sit condictio indebiti, neque ob rem dati, neque de bene depensis, relinquitur esse sine causa: nam has tantum scimus condictiones naturales, et quod datur in hac specie condictio sine causa, congruit cum veteri definitione Sabinianorum, id quod ex non justa causa apud aliquem sit, condici posse, *l. perpetuo D. de condit. ob turp. caus.* quam ibidem adjicitur Celsum etiam probasse: idque apparet ex *l. si et me et Titium, h. t.* Eo igitur magis vera, quod receperint etiam eam diversæ scholæ auctores. Quod si quæ in specie proposita datur condictio, condictio est sine causa, specialis igitur est, non certi condictio generalis. Nam (*) etsi titulus hic, *De rebus creditis si certum petetur, et de condictione,* polliceatur tantum certi condictionem generalem, et specialem condictionem ex mutuo, tamen et in eo specialiter nonnunquam tractatur de aliis, quæ generali subsunt, veluti condictione ex stipulatione, condictione sine causa, condictione triticaria, condictione indebiti, condictione furtiva,

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 15*

condictione ob rem dati. Hæc vero verba rubricæ, *De rebus creditis si certum petetur,* non generalem titulum faciunt ad libros qui sequuntur, sed specialem, proprium, peculiarem hujus loci, quæ sic exaudio, ut quemadmodum in Cod. Theodosii alia proponitur actio, si certum petetur de suffragiis, alia, si certum petetur de chirographis, ita hic proponatur eadem forma nuncupata condictio, Si certum petetur de rebus creditis, non de pecuniis creditis, sed de rebus creditis. Quæ verba omnes contractus complectuntur quos alienam fidem sequuti instituimus: porriguntur etiam ad quasi contractus, et maleficia. Nam omnis obligatio, contractus est. Igitur illis rubricæ verbis promittitur generalis actio si certum petetur de rebus creditis, quæ et certi condictio dicitur, et de re certa credita a Quintiliano. Petitur vero per eam non pecunia tantum, sed etiam res quælibet certa, *l. 1. D. de interr. in jure fac.* Neque obstat *l. 1. D. de cond. trit.* Confertur enim in ea condictio si certum petetur, cum condictione triticaria. Utraque est generalis. In aliquo tamen altera plenior altera. Nam condictione si certum petetur, petitur pecunia numerata, quæ non petitur condictione triticaria, et retro condictione, Si certum petetur, incerta non petuntur, quæ tamen petuntur per triticariam, veluti servitus, et possessio, *l. 1. et 2. D. de cond. trit. l. 25. D. de furt.* Nomen putem habere a tritico, ut sementes et messes triticarias in veteri Kalendario, re omnium, quæ per eam condictionem petuntur, optima, et pretiosissima, ut Sibylla Erythræa apud Lactantium ait, Καί σί τοι, ὅπερ ἐςὶ βροτοῖς κάλλιςον ἁπάντων: quia (ut Stephanus ait) olim in antiqua formula condictionis triticariæ, quoties scilicet sua cuique actioni constituta erat formula, tritici fiebat mentio, propterea quod ei, qui hanc formulam sibi dari primus postulavit, forte res erat de æstimando tritico. His autem rubricæ verbis, *Et de condictione*, significatur actio ex mutuo: ut in Institutionibus, Ex mutuo nascitur actio, quæ vocatur condictio. Et alio loco; Qui indebitum accipit, perinde obligatur ac si mutuum ei daretur, et ideo condictione tenetur: et interpretes Græci: Κονδικτίκιος, ὁ ἀπαιτητικὸς λόγος τοῦ οἰκείου δανείου. Hæc est perspicua et certissima hujus rubricæ interpretatio. Pergamus ad reliqua. Quæro, an in hac specie concurrat condictio sine causa cum actione negotiorum gestorum: quod videtur, *l. ult. D. de neg. gest. l. 3. C. de rei vind.* Sed non ut verum est cum actione negotiorum gestorum: concurrere certi condictionem generalem, *l. 5. D. de exc. rei jud. l. in duobus*, *§. exceptio*, *D. de jurejur.* ita verum esse arbitror concurrere actionem neg. gest. cum condictione sine causa: nam hæc condictio datur ex bono et æquo, deficiente igitur justa actione. Ac sane ut cum condictione ex lege, ita cum condictione ex æquitate alia actio non concurrit, nisi generalis illa, quæ suo ambitu complectitur de re certa actiones omnes. Nec eodem casu in hac specie negotiorum gestorum datur actio et condictio sine causa. Si enim ratam venditionem non feceris, est condictio sine causa: si ratam feceris, est actio neg. gestorum. Nam etsi quasi meum non quasi tuum negotium gesserim, tamen ratihabitio tuum negotium constituit. Neque obstat *l. 6. §. sed si ego, D. de neg. gest.* quæ nihil agi ratihabitione ait, si pater filii non patris contemplatione gestum ratum habuerit: nec enim hoc vult omnino nihil agi, sed ratihabitione patrem non obligari in solidum, quæ tamen alias patrem obligat in solidum, si ratum habuerit quod filius gessit, *l. 1. D. quod jussu.* At ibi non quod filius gessit, ratum habuit, sed quod alius gessit pro filio, quæ ratihabitio etsi patrem non obligat in solidum, non tamen fuerit omnimodo inutilis. Nam non de peculio obligationem confirmaverit adversus patrem, (quod parvi momenti est) sed etiamsi nihil sit in peculio, catenus obligaverit patrem, quatenus ex gesto locupletior factus erit. At si rem tuam vendidi, et ratam venditionem facis, inutilis ratihabitio fuerit, nisi nos ultro citroque in solidum obligaverit. Ait, *Quasi mihi legatum possederim:* hac opinione, quasi mihi legatus esset: bona fide igitur. Qua de causa in id dumtaxat teneor, quo locupletior factus sum. Quid si mala fide possederim? Et hoc casu non condictione sine causa, sed rei vindicatione, vel ad exhibendum mecum agi potest, quia dolo desii possidere, exemplo petitionis hæreditatis, quod in hac re nos sequi eadem ratio cogit, *l. sin autem*, *§. sed is qui*, *D. de rei vind.* Et ea quidem actione conventus pretium restituam, quod accepi, etiamsi ex eo non sim factus locupletior, atque etiamsi justo fuerit uberius: vel si vilius vendidero, verum pretium eo casu, quo res non erat interitura, si vendita non fuisset, *l. item veniunt*, *§. ult. l. si a domino*, *§. si prædo*, *D. de pet hær.* Rursus ait, *Quasi mihi legatum.* Quid si possederim ex causa emptionis? Et hoc quoque casu si factus sim locupletior, condici mihi potest, ut si pluris vendiderim quam emerim. Nec separanda est (ut opinor) causa lucrativa a non lucrativa. Nam si est persequutio pretii per rei vindicationem re vendita, et suo fato perempta post litem contestatam, etiamsi venditor eam nactus sit ex causa non lucrativa, *l. 17. in prin. D. de rei vind.* cur deficiente vindicatione, eadem æquitate non erit condictio pretii saltem in quantum locupletior factus

erit, re vendita, et perempta ante litem contestatam? Ait, *Mortuo*, ut *l. ult. D. de neg. gest.* Quid usucapto? idem prorsus, *l. 1. C. de reb. alien. non alien.* Duobus his modis fit ut res non extet, *l. 10. D. si quid in fraud. patr.* Quid vivo, et non usucapto? Vindicare hominem ab emptore potes etiam non reddito pretio, *l. 3. Cod. de rei vind.* Condicere mihi, qui bona fide vendidi, pretium non potes: nec enim unquam recurritur ad condictionem sine causa, nisi quum rei vindicatio cessat: et vero quum pretii nomine tenear emptori de evictione, a quo tu rem evicisti per vindicationem, non est æquum etiam teneri me de pretio tibi. At contra, homine non evicto, ut si ratam venditionem feceris, de pretio quo factus sum locupletior, danda tibi erit negotiorum gestorum actio, vindicatio non erit in emptorem. Est enim amissa ratihabitione. Et hoc ita, si vendiderim bona fide. Quid si mala? Liberum est tibi agere vindicatione cum emptore, quia rem tuam possidet, aut mecum, quia dolo desii eam possidere. Sed si ratam feceris venditionem, amittis quam habebas in utrumque vindicationem, ac superest tibi tantum in me de vero pretio actio utilis negotiorum gestorum, *l. 1. C. de iis, qui a non dom. man. sunt*: quæ de manumissione loquuntur. Sed eadem est ratio in venditione. Et pretium (inquit) quanti interest, sine disjunctione, ut Græci legunt recte. Id autem est verum pretium. In bonæ fidei venditorem, nullo casu vindicatio est, etiamsi ratam venditionem non feceris, quia neque possidet, neque dolo desiit possidere. Nec obstat, quod pretium habet. Nam qui pretium habet, non tenetur vindicatione, sed qui rem possidet, aut dolo desiit possidere. Et quod dicitur, pretium succedere in locum rei, falsum est maxime in vindicationibus. Nam id quidem, quod ex re mea nascitur, meum est, pecunia tamen ex re mea, non est mea, quia non proprie ex re est, sed propter negotiationem percipitur, *l. venditor. 21. ff. de hær. vend.* et tantum abest ut pecunia, vel res ex re mea parata, sit mea, ut nec factam rem ex re mea, constet inter omnes esse meam. Sabiniani enim negant esse meam, Proculiani adfirmant esse meam: Erciscundi distinguunt, et meam esse ajunt, si resolvi possit in pristinam materiam, ut si ex ære meo facta sit statua, meam non esse, si resolvi non possit in pristinam materiam, et facta sit bona fide, meam esse, non si facta sit mala fide. Pecunia igitur ex re mea, non est mea: idcirco non vindicatur, sed æquum est eam mihi reddi, idcirco condicitur, ut in hac specie, et in specie *l. si ipsa, ff. Quod met. caus. et l. ult. ff. de neg. gest.* Obstat quod dicitur pecuniam ex re hæreditaria redactam esse quodammodo hæreditariam, et in hæreditatis petitionem venire, sive extet res hæreditaria, sive deperierit, *l. si et rem, ff. de pet. hæred.* Sed hoc in petitione hæreditatis propriam rationem habet. Ea enim actione tenetur is tantum, qui pro hærede possidet, vel etiam qui pro possessore possidet, qui etiam tanquam hæres agere præsumitur, et ob id solum tenetur petitione hæreditatis, ut Acc. recte docuit in *l. pen. C. in quib. caus. ces. lon. temp. præscr.* et eadem ratione non tantum corpora hæreditaria is unde petitur, hoc judicio restituit, sed etiam quod hæreditatis nomen patitur, jura et actiones, quas tanquam hæres paravit sibi ex rebus hæreditariis. Ergo actionem ex vendito præstat, si quam habet ex venditione rei hæreditariæ. Si actionem ex vendito, et pretium igitur quod exegit ejus actionis jure. Qui actionem præstare debet, et sic æstimationem quoque præstare debet, quam consequutus est, *d l. venditor in fi.* In vindicationibus singularibus, res tantum veniunt non actiones, et sic nec æstimationes, aut pretia. Dixi de pecunia ex re mea, an censeatur esse mea. De pecunia ex re mihi debita quid dicemus, an hæc mihi debetur sicut res ipsa, et an eadem actione in personam potest peti? Sic sane, si res non desiit deberi, id est, a quo rem petere possum personali actione, et pretium quod ex re mea fecit, petere possum. Sed si desierit res deberi, ut si perempta sit ante moram, nec pretii petitio est, *d. l. venditor*: et in specie *l. 10. ff. si quid in fraud. patr.* Si res translata sit in alium: verbi gratia, si is qui a liberto mortis causa accepit, eam rem vendiderit et tradiderit, et res extet apud emptorem, patrono est in emptorem Fabiana, quia hæc actio rei possessorem sequitur, *l. pen. ff. eod.* in venditorem non est, licet pretium habeat, quia desiit rem habere, dimissa possessione. Si res non extet, omnino perempta est actio Fabiana. Non extat quæ periit, vel quæ usucapta est. Usucapio morti est similis: qua de causa, quod ait hoc loco, Mortuo, ei adjungimus recte, Vel usucapto. Restabat quartum, an res ex pecunia mea, sit mea: quæ regulariter non est mea, *l. ad probationem, C. de probat. l. ex pecunia, C. de ju. dot.* ut docui 5. Obs. c. 29. explicata *l. res quæ, ff. de jur. dot.* ex qua vulgo male colligunt, pretium succedere loco rei, quum hoc potius innuat, Rem succedere loco pecuniæ. Sed utrumque tamen doctorum Catholicum plerumque falsum est: ergo pro regula adferri non debet. Regula enim juris non est nisi quæ plerumque, id est, quæ frequentissime vera est. Nulla est semper vera. Ait, *Ex re tua.* Quia res legata ipso jure acquiritur ex xii. tab. Sequitur alia Africani quæstio in *l. 46. ff. de hær. inst.*

Ad L. Quidam. 46. de hæred. instit.

Quidam *quum filiumfam. hæredem instituere vellet, ne ad patrem ejus ex ea hæreditate quicquam perveniret, voluntatem suam exposuit filio: filius quum patris offensam vereretur, petiit a testatore, ne sub conditione* Si a patre emancipatus esset, *hæredem eum institueret: et impetravit ab eo, ut amicum suum hæredem institueret: atque ita testamento amicus filii, ignotus testatori, hæres institutus est, nec quicquam ab eo petitum est. Quærebatur, si ille amicus aut adire nollet, aut aditam nollet restituere hæreditatem, an fideicommissum ab eo peti possit, aut aliqua actio adversus eum esset: et utrum patri, an filio competeret. Respondit, etiamsi manifestum sit scriptum hæredem fidem suam interposuisse, non tamen aliter ab eo fideicommissum peti posse, quam si et ipsum testatorem fidem ejus sequutum esse probaretur. Si tamen quum a filiofamilias rogaretur amicus, et aditurum se hæreditatem recepisset, et restiturum patrifam. facto, non absurde dici possit, mandati actionem futuram, et eam actionem patri inutilem fore, quia non sit ex bona fide, id ei restitui, quod testator ad eum pervenire noluerit, sed nec filio vulgarem competituram: verum utilem, sicuti dare placeret ei, qui quum filius familias esset, pro aliquo fidejussisset, ac paterfamilias factus, solvisset.*

Decreverat Titius filiumf. hæredem instituere sub conditione emancipationis: (ne scilicet per filium patri acquireretur hæreditas) cujus conditionis adjectio erat olim frequens, propterea quod non poterat contra jus publicum hæc lex testamento addi, ne per filium patri acquireretur hæreditas, illa autem salvis legibus addi poterat, ut hæres esset filiusfamilias, si a patre emancipatus esset. At hodie, quia ex constitutionibus Justiniani rei adventitiæ et hæreditariæ patri per filiumfamilias ususfructus tantum acquiritur, non proprietas, non multum offenderit jus publicum, qui hanc legem testamento adjecerit, ne ususfructus etiam a proprietate separetur, et patri acquiratur. Et sane probatur hæc lex, sive conditio *N.* 117. ut plane jam hodie nihil sit necesse hoc solo respectu, ne ad patrem perveniat hæreditas, apponi conditionem emancipationis, quam tamen olim fuisse frequentissimam constat, *l. ult. ff. de pet. hær. l.* 3. §. *si hæres, ff. de min. l. pen. ff. unde lib. l. Divi, ff. de in. cod. l. duos, l. avia, De cond. et dem. l. mater,* §. 1. *Si quis omis. cau. test. l. ult. C. de don. quæ sub. mo. l. filiis, C. de inoff. test. l.* 3. *C. de inst. et subst.* Plin. 8. Epist. *Curtius perosus generum suum, sub ea conditione filiam ejus neptem suam instituit hæredem, si esset manu patris emissa.* Svetonius in Vitellio: *Filium hæredem a matre sub conditione institutum, si de patris potestate exisset, manu emisit.* Frequentius autem matres sub hac conditione filios suos hæredes instituebant, propria quadam ratione, quia nec poterant pure. Maritum enim non poterat uxor hæredem facere: ergo nec filium, quia patri quæreretur, *l.* 5. §. *verbum, ff. de don. inter vir. et ux.* Quum ergo decrevisset Titius filiumfamilias hæredem instituere sub conditione emancipationis, filio exposuit ante testamentum quid haberet in animo. Filius veritus ne ea re offenderetur pater (quod, ut jucundiores sunt filii per quos patri obvenit hæreditas, ita nescio quo modo invidiosiores ii, quibus in tempus emancipationis hæreditates relinquuntur) hac ratione motus, rogavit Titium ne se hæredem institueret sub conditione emancipationis, sed amicum quendam suum ignotum Titio, quod et Titius fecit: et valet institutio etiam ignoti hominis, *l. extraneum.* 11. *C. de hæred. instit. l. in extraneos, C. de donat. Nov.* 89. et peregri nati, id est proculi, ut emendavimus, §. *ult. Inst. de hær. instit.* Illum vero hæredem suum amicum filiifamilias Titius non rogavit, ut filiofamilias: quum paterfamilias factus esset, hæreditatem restitueret. Et hoc est quod ait, Nec quicquam ab eo petitum est. Rogavit tantum filiusfam. hæredem scriptum, ut adiret, et restitueret sibi patrif. facto: recepit ille: et hoc est quod ait, manifestum esse scriptum hæredem fidem suam interposuisse, id est summissam et interpositam esse a filio personam hæredis scripti hæreditatis subeundæ et restituendæ causa, fidemque dedisse eum filio. Circa hanc speciem multa quæruntur. Tractatio igitur potius est quam quæstio, An ille cogi possit adire ex S. C. Pegasiano: vel, si adierit ultro, an fideicommissum ab eo peti possit: an aliqua actio adversus eum sit: et utrum patri an filio competat. Separat actionem a petitione fideicommissi, quia non per actionem, sed extra ordinem instituitur. Et quod ad priores duas quæstiones attinet, respondet Africanus, satis manifestum esse hæredem scriptum fidem dedisse filiofamilias de restituenda hæreditate, quum emancipatus esset, sed nisi probetur eandem fidem eum dedisse testatori, cogi eum non posse, ut adeat ex SC. nec si adierit, fideicommissum ab eo peti posse. Fides data filiofamilias fideicommissi petitionem non parit: fides data testatori, fideicommissi petitionem parit. Sed natura difficile est, ut Quintilianus ait, tacitum fideicommissum probare. Igitur quod ad priores duas quæstiones attinet, non jus deficit, sed probatio. Quod ad duas posteriores, respondet filio esse mandati actionem, quoniam eum filius

rogavit ut hæreditatem adiret, et sibi restitueret patrifamilias facto, et hæres amicus filiifamilias ita se facturum recepit. Verbis, Rogo, et Recipio, cum amicis contrahitur mandatum: ea vero actione filius experietur postquam emancipatus, vel alias sui juris factus erit. Dices, patri eam competere, quia in contractibus sub conditione factis spectatur non existentis conditionis, sed contractus tempus, an filius fuerit in potestate, *l. 78. D. de verbor. obligat.* Dicam actionem mandati esse bonæ fidei, et bonam fidem non pati, ut contra voluntatem defuncti pater habeat bonorum suorum persequutionem. Patri igitur competit mandati directa, sed repellitur exceptione doli: vel potius ipso jure patri nulla mandati actio competit, quia exceptio doli bonæ fidei judiciis tacite inest. Filio non competit directa (quam Africanus vulgarem vocat) quia recto jure acquisita videtur patri, sed competit utilis, sicut in alia specie mandati, Si mandato Titii filius pro eo fidejusserit, et solverit post emancipationem, filio datur utilis actio mandati, quæ in factum vocatur, *l. si vero non remunerandi, §. si filio, D. mand.* Per actionem enim in factum, intelligitur utilis mandati, quod verba illa innuunt. Verum est, id est, æquum. Æquitatis enim ratio causa est utilium actionum: et ita *l. in factum, D. de obligat. et act.* In factum actiones etiam filiifamilias exercere possunt, id est, utiles actiones ex omnibus causis, si qua justa ratio videbitur, ut puta absente aut negligente patre. Filio etiam in priori specie competit utilis (ut dixi) patri ipso jure nulla competit. Neque obstat *l. ult. D. de stipul. serv.* Se ipsam enim explicat satis his verbis, Si tamen dolo malo id fecerit: quod non fecit in specie proposita, dum ex mente testatoris hæreditatem per interpositam personam post emancipationem sibi restitui mandavit. Nihil etiam obstat *l. si mandavero, § fugitivus, D. mand.* cui sane non est quod respondeas, quum nec ullo modo quod Africano opponas. Nam servus in ea non mutavit conditionem, hic filius mutavit conditionem. Et stultus est Accursius dum respondet, hic non intervenisse contractum. Sequuntur duæ quæstiones Africani de vulgari substitutione in *l. si mater, D. de vulg. subst.* Priorem perstringit his verbis.

Ad L. Si mater. 33. D. de vulg. et pupill. subst.

Si mater ita testetur, ut filium impuberem, quum erit annorum XIV. *hæredem instituat, eique pupillaribus tabulis, si sibi hæres non erit, alium substituat, valet substitutio.*

Occurrebat hæc dubitatio primum, hæreditatem non posse dari ex die. Quod ita intelligitur, ut non possit dari ex die nominatim, veluti post quinquennium quam mortuus ero. Tacite enim diem recipere hæreditas potest, ut *l. quoties, §. pen. D. de hæred. inst.* et hic etiam tacite dies hæreditati adjicitur, his verbis, Quum erit dies annorum XIV. nec enim finitur dies certus, et conditio est potius quam dies, *l. si Titio, D. quan. dies leg. ced.* Expectanda igitur est pubertas. Occurrebat et alia, matrem filio facere non posse tabulas pupillares, quod est falsum. Substitutionem eam filio pupillarem facere non posse in secundum casum. hoc est verum. Et in specie proposita mater etiam filio non fecit substitutionem in secundum casum, sed in primum, his verbis, Si hæres non erit. Vulgaris igitur est, non pupillaris, quæ excludetur aditione filii, et mortuo filio intra pubertatem, admittitur in bona matris tantum, non in bona filii, quæ sunt conditiones, et effectus vulgaris substitutionis, non pupillaris. Tabulis ergo pupillaribus quas fecit mater filio, continetur vulgaris, non pupillaris substitutio, quæ tamen ideo non male dicuntur pupillares, quod fiant in casum mortis impuberis filii antequam in suam tutelam venerit. Collata enim institutione in tempus pubertatis, hæc verba, Si hæres non erit, sic accipiuntur si intra pubertatem decesserit. Posterioris verba hæc sunt:

Si filius, et ex eo nepos postumus ita hæredes instituantur, ut Gallo Aquilio placuit, et nepoti si is hæres non erit, Titius substituatur, filio hærede existente, Titium omnimodo, id est, etiamsi nepos natus non fuerit, excludi respondit.

Qui filium habet et nurum prægnantem, et filium ex parte aliqua hæredem instituit, ne in periculum rumpendi testamentum deducatur, nepotem etiam posthumum instituere debet hoc modo ex consilio Galli, Si filius me vivo morietur, tunc nepos ex eo post mortem meam natus hæres esto: et hoc modo uterque est institutus, filius et nepos, non filius institutus, nepos substitutus. Substitutus enim est is, cui sequenti loco deferri hereditatem testator voluit, quæ fuisset a morte, vel conditione ante alii delata, vel acquisita. Substitutus non est, cui sequenti loco datur hæreditas, ut adjectus cohæres: quia priore loco ei perinde ac priore loco scripto cohæredi defertur hæreditas. Et ita nepoti quidem posthumo secundo loco datur hæreditas, sed deferri eam ei voluit avus primo statim a morte sua. Institutus igitur est, non substitutus. Institutus est is, cui a morte vel conditione primo loco hæreditatem deferri voluit testator, licet non dederit primo. Institutio, datio hæreditatis nulli alii ante delatæ: substitutio, datio hereditatis delatæ, vel acquisitæ alteri. Vulgaris delatæ, non acquisitæ: pupillaris, delatæ et acquisitæ. Et ex eo etiam liquet, cur satis non habuerit Gallus nepo-

tem posthumum filio vulgariter substituere, hac nimirum ratione, quia in casum vulgaris substitutionis, quo scilicet priori filio deferretur hæreditas, nullus subest rumpendi testamenti metus, et in casum illum quo talis subest metus, non potest caveri testamento, nisi institutione nepotis. Est igitur (ut dixi) in formula Galli, filius et nepos, institutus uterque: nec tamen ideo cohæredes, ut in hæreditatem simul venire possint. Nam duo sunt institutionis gradus, *l. quum in testamento*, *D. de hær. inst.* proinde concurrrere in hæreditatem non possunt filius et nepos: ergo nec filius, et substitutus nepotis. Unde si nepoti datus sit substitutus, et nepos non extiterit, filius extiterit hæres, substitutus non admittetur una cum filio: Quia quamdiu primo gradui institutionis locus est, non patet locus secundo: ergo nec substituto secundi. Quærit Accursius quid sit dicendum, si filius hæres extiterit, sed abstinuerit se, et nepos natus non fuerit. Querit aliis verbis, sed his debuit uti. Et negat substitutum admitti: quod hanc rationem habet, quia nec nepos posset admitti si viveret, quia defecit conditio, Si filius me vivo morietur. At conditio data instituto, non videtur data substituto, *l. sub. conditione*, *ff. de hær. inst.* et pugnat opinio Accursii cum his verbis Africani, filio hærede existente, quæ cum effectu accipienda sunt, ut ita demum non nato posthumo, substitutus repellatur, si filius miscuerit se. Qui enim extitit hæres ipso jure tantum, non mistione, nec videtur extitisse, *l.* 1. §. *qui sunt*, *ff. si quis omis. cau. test.* et abstentio repudiationi comparatur, *l. pro hærede*, §. *pen. ff. de acq. hær. l. nam nec*, *ff. de leg.* 1. et mistio, non ἀνάφανσις, substitutum vulgarem excludit, sicut e contrario vulgaris substitutio ἀνάφανσιν non excludit. Quum ergo non extet hæres filius qui abstinuit se, nihil prohibet substitutum admitti. Existere igitur alias est ipso jure hæredem esse, exhæredatum non esse, quod est apparere, *l. ult.* §. *sin vero*, *C. de cur. fur.* et Græcis jurisconsultis ἀναφαίνεσθαι: alias Miscere se, quod est extare. Et alias institutum esse, *l.* 18. *De stip. serv.* Qua verborum distinctione conciliandam esse arbitror *l. cum patronus*, *cum* §. 1. *l. si operarum*, *ff. de op. lib.* Falsum etiam est quod ait Acc. hæc verba, Si hæres non erit, sic accipi, Si quum posset, hæres esse noluerit. Nam cui datur hæreditas delata alteri, quæ est natura substitutionis, et multo magis data tantum non delata. Datur testamento, Defertur a morte vel conditione. Acquiritur aditione, gestione, mistione, agnitione. Minus est dare quam deferre: minus deferre quam acquirere. Acquisitio vulgarem substitutionem excludit, pupillarem non excludit.

Ad L. Sed cum ea. 15. *D. de ju. codicill.*

Sequitur tractatio alia Africani in *l.* 15. *ff. de ju. codicill.* quæ pendet ex *l.* 14. et inde repetenda est: nec enim in decimaquinta exponitur plane. Ac primum quæramus quid sit Codicillus? Moschopulo, Correctio testamenti. Theophilo, Supplementum testamenti: utraque est vitiosa. Nam et sine testamento fieri codicillus potest, et qui neque corrigit, neque supplet testamentum, codicillus est. Codicillus igitur est intestati voluntas, vel testamenti sequela minus solemnis. Intestati voluntas, quia et ab intestato fieri codicillus potest, sed verbis precariis tantum. Ex testamento quoque si in eo confirmatus non sit verbis precariis tantum. Quod si confirmatus sit, verbis etiam directis dari, vel adimi in eo legata, libertates, tutelæ possunt, sed non hæreditates. Si detur hæreditas verbis directis, testamentum est, non codicillus. Quid enim testamentum? Directa hæredis institutio, aut brevius, Hæreditatis datio. Nam hæreditatis appellatione, directa intelligitur, *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* sicut libertatis, *l. in libertatibus*, *ff. de man. test.* Perficitur testamentum tribus verbis, Lucius hæres esto, *l.* 1. *ff. de hær. inst.* Quæ verba si absint, codicillus est, non testamentum. Dixi, Sequela: quia testamento facto, sive factus sit codicillus ante, sive post testamentum, jus testamenti sequitur, et ex eo vires accipit, adeo ut si non valeat testamentum, nec codicillus valeat: et si rumpatur testamentum, rumpatur et codicillus, *l.* 3. §. *ult. l. ab intestato, hoc tit.* Et est sequela, etiamsi factus sit ante testamentum, quia intellectu posterior est, ac valet etiamsi testamento confirmatus non sit, si modo voluntas ejus quocunque indicio retineatur, *l.* 5. *eod tit.* Dixi, minus solemnis ex §. *ult. Inst. de codicil.* quia nullæ in eo formulæ observantur, nulla certa verba, nullus ordo, nullus in eo libripens, nullus emptor familiæ, nec scribi aut signari debet testatoris manu, *l.* 6. §. *codicillos*, *eod. tit.* Est igitur codicillus, intestati vel testati voluntas minus solemnis. Testes non pono in solemnibus, alioquin omnes actus testium adhibitio faceret solemnes: sed neque signa. Solemnia enim quum dicimus, juris civilis solemnia dicimus, et signa sunt juris prætorii: qua de re Tractatu tertio, capite ultimo, dicturi sumus. Porro in hoc Tractatu de jure codicillorum, hæc est regula frequens, scripta in codicillis, perinde haberi atque si testamento scripta essent: quæ efficit ut rupto testamento, rumpantur etiam codicilli, et ut legatum testamento relictum servo proprio, valeat, quasi relictum cum libertate, si modo libertas codicillis adscripta sit, *l. conficiuntur*, §. *pen. h. t.* et ut recte codicillis non detur directa libertas servo, qui alienus fue-

rit tempore testamenti, licet tempore codicillorum fuerit testatoris. Unde e contrario statuendum est recte dari eam codicillis servo, qui testamenti tempore fuerit testatoris, licet codicillorum tempore alienus fuerit, et delenda negatio in *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* quam non possis tueri alia ratione, quam quod non possit dari directa libertas nisi iis, qui utroque tempore testatoris fuerunt, testamenti et mortis §. *pen. Institut. de sing. reb. per fideic. rel.* Quæ me tamen nihil movent: nam etsi codicillorum tempore servus fuerit alienus, qui testatoris proprius fuit testamenti tempore, possit etiam proprius testatoris esse mortis tempore; vel hæreditarius aditionis tempore: quod satis est, *l. verum, ff. de man. test.* propterea quod libertates ab aditione cedunt extraneo scripto, a morte, necessario scripto. Interim igitur non possis non recte datam libertatem dicere ob id solum, quod servus fuerit alienus codicillorum tempore, ante mortem vel aditionem. Media enim tempora non spectantur. Est autem superiori regulæ locus in his, quæ sunt juris, ut cum quæritur valeat aliquid necne, non in iis quæ sunt facti, *l.* 7. *hoc tit.* ut si legavero codicillis vestem quæ mea est, debetur quæ mea fuit codicillorum tempore, licet testamenti tempore fuerit aliena: ac similiter si codicillis ita legavero, si filius vivit, si tot annorum est, codicillorum, non testamenti tempus spectatur. Sed et in his, quæ sunt juris, non semper eam regulam sequimur. Nam si is, qui testamenti tempore non est solvendo, codicillorum tempore est solvendo, codicillis libertatem dederit, vel si minor xx. annis testamentum fecerit, major codicillos, et in eis libertatem dederit, libertas valet, *l.* 4. *hoc tit. l.* 1. *C. de test. man.* Strictius accepta l. Ælia Sentia, quia odiosa est (coercet enim libertates) et melius est hac in re judicium defuncti, quam subtilitatem, et fictionem juris spectare codicillos trahentem ad testamentum. Fictionibus enim iniquum est ampliari quæ sunt odiosa. Hoc quoque casu, si codicillis fideicommissum relinquatur extraneo, qui natus erat codicillorum tempore, in utero testamenti tempore, valet fideicommissum *l.* 2. *in princ. hoc. tit.* Nec mirum, cum etsi non inficier forsitan hac in re inter juris auctores fuisse controversiam: tamen plerisque videatur etiam testamento posthumo alieno, si non legatum, fideicommissum relinqui posse, *l.* 6. §. *ult. ff. de reb. dub.* Similiter (ut adjicit *d. l.* 2. et confirmat *l.* 6. §. *ult. et l.* 14. *hoc tit.*) si legetur codicillis mortuo, qui tamen vixit testamenti tempore, non in causa caduci erit legatum relatis codicillis ad testamentum, sed pro non scripto, ut potior sit hæredis, quam fisci causa. Odiosæ enim sunt leges caducariæ, et quantum potest, strictius accipiuntur, ut *l. ult. ff. de iis quib. ut ind. l. intercidit, ff. de cond. et demonst.* tantum abest, ut fictionibus latius extendantur. Cessat etiam his casibus superior regula, ut si miles testamentum fecit, paganus codicillos, quia jure communi codicilli valent, licet testamentum valeat jure militari, ac proinde quæ in testamento locum non habet lex Falcidia, locum habebit in codicillis, *l. si certarum*, §. *ult. sup. de mil. test.* Et contra si paganus testamentum facit, miles codicillos, codicilli jure militari valent, et in eis Falcidia locum non habet, testamentum jure communi valet, *l. ult. ff. ad leg. Falc. l. conficiuntur*, §. *si miles, hoc tit.* Nisi (inquit) militiæ tempore resignavit: sic legendum, ut § *pen. Instit. de mil. test.* atque ita etiam alias legi Accursius notat. Et similiter si civis testamentum fecit captivus codicillos, codicilli non valent, *l.* 7. *hoc tit.* His casibus non possis regula illa uti, quin abutare codicillorum jura conturbans, perinde ac si inde statueres hæreditatem codicillis directo dari, quod natura jusque codicillorum non patitur: nec igitur illud, ut codicillos faciat qui non potest testamentum facere, vel, ut faciat jure militari qui non est miles, vel, ut non faciat jure militari qui est miles. Personam facientis spectare debemus ante omnia, *l.* 4. *D. qui test. fac pos.* Deinde persona eorum quibus datur, et a quibus datur, tum juris rationem. Pendet ex his quæstio quæ sequitur, quamque sumpsimus explicandam, ex *l.* 14. *et* 15. de qua fuit controversia inter Sabinianos et Proculianos. Hæres ex asse mortuus est vivo testatore. Hæreditas non est in causa caduci, quia substitutum habuit qui fisco præfertur. Post mortem hæredis instituti, codicillis testamento confirmatis, atque adeo veluti ab instituto legata quædam adempta sunt. Utrum debentur a substituto vel non debentur. Si videntur adempta testamento, non debentur, si codicillis, debentur: quia legata relicta ab instituto, nec adempta, debentur a substituto, non ex constitutione Severi et Antonini solum, *l. licet, D. de leg.* 1. sed etiam ex tacita voluntate defuncti, *l. cum pater*, §. *ab instituto*, *D. de leg.* 2. quæ ratio ante eam constitutionem movit non paucos juris auctores, ut eandem quam perspicue constitutio repetitionem legatorum, approbarent. Non sunt autem adempta a substituto, sed neque videntur adempta ab instituto, qui mortuus erat ademptionis tempore. Et ita si codicillis data sint legata post mortem hæredis instituti, quæri potest, debeantur a substituto necne. Nam si videntur data testamento, proculdubio debentur, si codicillis, non debentur, quia nec sunt a substituto, nec videntur ab instituto data, qui mortuus erat dationis tempore. Sabiniani existimabant perinde valere ademptionem dationemque legatorum atque si testamento scripta esset secundum superiorem regulam, et

utebantur collectione hujusmodi. Legatum parte aliqua testamenti datum, a substituto debetur, ademptum a substituto non debetur, Codicillus est pars testamenti, ergo legatum codicillis legatum, a substituto debetur, ademptum, non debetur. Codicilli (inquiunt) pro parte testamenti habentur, observationemque et legem juris inde traditam servant, id est observatio et jus eorum ex testamento pendet, forma, origo, principium, *l. in bello*, §. *codicillis*, *D. de capt. et post.* Debent igitur quæ in eo scripta sunt perinde valere atque si testamento scripta essent, *d. l.* 14. ubi eleganter syllogismum, collectionem vocat, ut Seneca et Quintilianus, conclusionem Cicero. Ac sane syllogismus proprie est quæ fit ex propositione et assumptione collectio, et generaliter συλλογὴ quælibet. Proculiani autem, quorum sententia obtinuit, existimant non esse in hac specie referendos codicillos ad testamentum, et Sabinianorum collectioni occurrunt, proferentes similem casum, quo codicilli non referuntur ad testamentum, ut si mortuo legetur codicillis qui vixerit testamenti tempore. Est enim legatum nullius momenti, id est, pro non scripto, nec hoc Sabiniani negant. Julianus est Sabinianus, et is ipse id esse pro non scripto ait, *l.* 2. *hoc tit.* Nec abs re, quia remota odii causa, quam dixi sup. persona deficit cui detur, et ubi persona deficit cui detur, frustra quæras, an datum valeat. Est igitur potius quod datum est pro nullo sive pro non scripto, atque ita hoc casu codicilli non referuntur ad testamentum. Nam si referrentur ad testamentum, legatum esset in causa caduci, non nullius momenti. Et ad hæc adjiciunt Proculiani, tam esse pro non scripto quod a mortuo, quam quod mortuo datur, et ideo sicut codicillis inutiliter legatur mortuo, licet vixerit testamenti tempore, ita inutiliter legari a mortuo, id est, ab hærede mortuo codicillorum tempore, licet vixerit testamenti tempore. Codicillos igitur pro non scriptis habendos, et delationi locum non esse, ac proinde data in eis legata, non deberi a substituto quasi nec ab substituto data, nec ab instituto qui mortuus erat dationis tempore, adempta deberi, quasi ab instituto data et a substituto repetita, quia nec sunt adempta a substituto nec ab instituto qui mortuus erat ademptionis tempore. Denique ut mortuo, ita a mortuo frustra das vel adimis, aut certe neque das neque adimis. Et hæc ita si quis ex asse hæres institutus sit, dato substituto, et codicilli confirmati ab instituto, non a substituto, et facti tamen post mortem instituti. Idemque si plures sint hæredes instituti, datis substitutis, et mortui omnes ante codicillos scriptos. Sequitur inde alia quæstio *d. l.* 14. §. *quod si duo*, quid sit dicendum si non omnes hæredes instituti mortui sint codicillorum tempore. Finge: Testamento Primum et Secundum hæredes instituit, et singulis substituit in primum casum. Primus mortuus est vivo testatore. Post mortem Primi, testator codicillis legata dedit testamento confirmatis (alioquin non possent in eis legata relinqui) et scriptis ad institutos, quamvis Primus jam mortuus esset. Quæritur, an utilia sint legata? Si legata dedit sub appellatione hæredum, hoc modo, quisquis mihi hæres erit, dato, hoc sermone continentur omnes hæredes instituti, *l.* 43. 44. *D. de legat.* 2. non etiam substituti: quod tamen Bartolus tentat: et movetur *l. paterfamilias*, *D. de vulg. substitut.* quæ non est de appellatione hæredis, sed de articulo, Mihi, an mihi hæres extitisse videatur, qui extitit filio meo impuberi ex substitutione pupillari. Movetur et *l.* 3. *hoc tit.* quæ est non de codicillis ex testamento, sed de codicillis ab intestato, qui inter se plurimum distant. Nam codicillis factis ab intestato scripta verba hæc, Quisquis mihi hæres erit, fideicommissis obstringunt quemlibet successorem legitimum, etiam posthumum natum post codicillos. Nam etsi rumpantur agnatione posthumi codicilli facti ex testamento, non tamen codicilli facti ab intestato. Et ab intestato unus tantum est casus successionis ab intestato, quam qui amplectuntur, et codicillos amplecti debent *l. ab intestato*, *hoc tit.* Ex testamento plures incidunt casus, substitutionis, ruptionis, rescissionis. Et ad casum quidem substitutionis legata ab institutis inutiliter relicta non porriguntur: ad ceteros nec utiliter data. Moveri rationabilius potuisset, *l. si plures D. de leg.* 3. in qua tamen plures gradus non pro institutorum et substitutorum gradibus accipio, sed pro institutorum tantum, ut *l. cum in testamento*, *D. de hæred. instit.* Ut ita dixerit, Primus hæres esto: si Primus me vivo morietur, Secundus hæres esto: si Secundus me vivo moriatur, Tertius esto. Denique his verbis, Quisquis mihi hæres erit, dato, instituti tantum continentur non substituti, et si quidem viverent omnes, singuli deberent hæreditarias ipso jure, id est, ex XII. quæ etiam obligationes quibus defunctus obstrictus fuit, inter eos divisit pro hæreditariis portionibus, *l.* 1. §. *qui minorem*, *D. ut legat, cau. caveat. l. legatorum*, *D. de leg.* 2. Sed legato dato sub propriis nominibus hæredum, hoc modo: Primus et Secundus danto, si viveret uterque, singuli deberent viriles, *l. si hæredes nominatim*, *D. de leg.* 1. At vivit tantum Secundus: unde quæritur, utrum Secundus debeat legatum solidum, an substitutus Primi teneatur pro parte qua Primus, si viveret, teneretur. Portio enim Primi pervenit ad substitutum, vel, ut Scævola ait *l.* 14. Substitutus facit partem Secundo. Sed verius est tamen onus legati substitutum non sequi, quia nec ab eo relictum est, nec a Primo, quandoquidem relictum est post mortem Primi. Igitur solidum lega-

tum præstabit Secundus ex sua persona, perinde atque si ab eo solo relictum esset. Adjunctio enim Primi pro non scripta est: et hoc multo magis se admittere Scævola ait, si in legando sint propria nomina hæredum expressa. Cur multo magis? quia sub appellatione hæredum relicto legato, ex universis bonis legatum testator erogari voluit, atque adeo pro rata ejus tantum quod hæredi instituto cuique obvenisset. Propriis nominibus expressis, magis adstrinxit personas hæredum. Qua de causa et in virilem singuli tenentur, licet hæreditaria portio sit minor. Si in virilem, et in totum, altero mortuo ante dationem legati: nam virilis appellatio facile trahitur ad totum, *l. virilis, ff. de verb. sig.* Et hoc quidem palam ita definit Scævola *l.* 14. circa nomina expressa. De primo casu, videlicet si, Quisquis mihi hæres erit legatum sit, nihil palam definit. Sed quod deest Scævolæ, suppletur ex Africano l. 15. his verbis.

Ad L. Sed cum ea 15. *de ju. codicill.*

Sed cum ea testatoris voluntas fuerit ut ex universa hæreditate legata erogarentur, dicendum, scriptis hærebibus profuturam doli exceptionem, si amplius quam hæreditaria portio petatur.

Sed cum ea (inquit) testatoris voluntas fuerit, etc. ut cum ita legavit, Quisquis mihi hæres erit dato, quem casum Scævola proposuerat, non definiverat, dicemus, Secundum si conveniatur in solidum se defendere posse exceptione doli, ne ultra portionem hæreditariam teneatur. Quæ quidem verba de portione hereditaria, demonstrant Africanum hæc scripsisse tantum de illo casu, non etiam de altero quo personæ hæredum nominantur, quoque singuli viriles debent. Nam si utrumque casum complecti voluisset, sic scripsisset, Si amplius quam hæreditaria aut virilis portio petatur. Non igitur Scævolam (ut Bartolus voluit) corrigit Africanus, sed supplet tantum casum omissum a Scævola, ac proinde male colligit Bartol. ex hoc loco, utroque casu legata tantum valere pro parte Secundi, pro parte Primi, nec a Secundo deberi propter exceptionem doli, nec a substituto Primi. Vera tamen est conclusio Bartoli. Nam quod nominibus expressis, Scævola definit ut totum debeat Secundus, stricto jure verum est, de quo solo plerunque respondere solet. Æquitas aliud suadet, propterea quod substitutus ei partem facit: ac sicut codicillis factis ab intestato ab eo qui unicum filium se habere putabat, nec alium sperabat, ipso jure multum interest, ita fideicommiserit, quisquis mihi hæres erit, an a filio nominatim, illo enim casu pro parte tantum hæreditaria filius tenetur ad quem codicilli scripti sunt, pro parte posthumus, vel alius filius quem pater decessisse putabat, *l.* 3. *l ab intestato, hoc tit.* hoc casu filius tenetur in solidum, posthumus vel natus alter, nullo modo, auctoribus Scœvola et Marcello, *l. post emancipationem*, §. 1. *ff. de leg.* 3. *l. pen. hoc tit.* Æquitas tamen suadet ut et hoc casu filius, cum ei cohæres faciat partem, pro parte tantum sua teneatur, ut Ulpianus ad Marcellum notat *d. l. pen.* ita in proposito, si codicillis testamento confirmatis jam mortuo primo, legaverit testator nominatim his verbis, Primus et Secundus danto, cum Secundo substitutus Primi faciat partem, æquum est ne et hic ultra portionem virilem Secundus teneatur. Nota (*) Ulpiani *d. l. pen.* incipit ab his verbis, *Imo duntaxat partem debet.* Quod etsi in Florentinis non sit scriptum, tamen verissimum esse ostendunt, *l.* 27. *ff. de pign. l.* 28. *ff. de adm. tut.* Sequitur: Eorum tamen quæ pro parte præstari non possunt, nihil eorum præstandum. Ubi ne quid obstet, adnotandum, nihil eorum præstandum sive relicta sit servitus sive libertas fideicommissaria, nisi offeratur æstimatio partis, *l. cum filius, ff. de leg.* 2. nam. et solida ea filius præstare non potest, nisi redimat partem a cohærede, *l. qui, gravi, et seq. hoc tit.* Ex nota Ulpiani *d. l. pen.* nimis propere et inconcinne Marcelli verbis inserta sunt hæc, Pro parte dimidia, prima parte. Nam ut casu posito secunda parte palam filium, a quo pater nominatim codicillis fideicommissa reliquerat, Marcellus fideicommissis obligat in solidum, et simili modo (ut ipse ait) primo: utroque igitur casu in solidum Ulpianus utroque pro parte dimidia. Sequitur ex Africani *lib. secundo l.* 107. *de leg.* 1.

Ad L. Si a pluribus 107. *de leg.* 1.

Si a pluribus hæredibus legata sint, eaque unus ex his præcipere jubeatur, et præstare, in potestate eorum quibus sit legatum, debere esse ait, utrumne a singulis hæredibus petere velint, an ab eo qui præcipere sit jussus. Itaque eum qui præcipere jussus est, cavere debere cohæredibus, indemnes eos præstari.

Plures sunt hæredes instituti, ab omnibus legata data sunt: et unus ex iis jussus est ea legata præcipere et præstare, distribuere, dispensare. Quia ab omnibus data sunt legata, singulos legatarii convenire possunt pro hæreditariis portionibus, vel pro æqualibus, secundum distinctionem superiorem. Quia unus jussus est ea legata præstare, hunc legatarii convenire possunt in solidum. Est igitur in eorum arbitrio ut vel singulos conveniant pro parte, vel hunc in solidum. Hic dispensator est legatorum, et ita appellatur *Nov. Martiani de test. cler.* mini-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 11.

ster, et ὑπουργὸς Basilicis in *l.* 17. *ff. de leg.* 2. et ita plerumque testamentis constitui solent dispensatores legatorum sive exequutores testamentorum, quos etiam vocavere *ἐπι τρόποις*, sicut tutores pupillorum aut curatores adolescentium: et ex ea verbi ambiguitate nascitur quæstio in *Nov. Leonis* 68. an clerici qui sacris conciliis *ἐπί τροποι* esse vetantur, ne administratione curaque rerum pupillarium avocentur ministerio sacro, possint tamen esse *ἐπίτροποι*, id est, curatores et exequutores testamentorum: quod Leo concedit. In testamento Theophrasti et Stratonis apud Diogenem Laertium, dicuntur *ἐπιμεληταὶ τῶν ἐν τῇ διαθήκῃ γεγραμμένων*. Quia vero (ut diximus) in proposito hæres ille cui præcipue testator dispensationem legatorum commisit, conveniri in solidum a legatariis potest, Africanus ait, et ipsum præcipere debere legata officio judicis familiæ erciscundæ a ceteris cohæredibus, quæ distribuere jussus est, oblata cautione defensionis et indemnitatis, pura statim, conditionalia cum conditio extiterit. Potest etiam ab eis petere vulgarem satisdationem legatorum, *l. quidam*, §. *pen. ff. de leg.* 1. Dixi præcipere eum posse officio judicis familiæ erciscundæ. Quid si testator dispensatorem legatorum fecerit extraneum? An petitionem legatorum habet? Bartolus dedit extraordinariam in factum: quod facile concedo, propterea quod et ipse extra ordinem conveniri a legatariis potest. Ordinariam non dari probat *l. alio hærede, ff. de aliment. leg.* quæ de superfluo, id est, de reliquo quod Numerio relictum est extra causam alimentorum, dispensatori negat petitionem dari: atque ita multum interesse docet dispensatio alimentorum detur, an aliorum legatorum, dispensatorem cetera legata ab hærede non recte petere, ut *l. Lucius*, §. 1. *ff. ad Treb.* pecuniam in alimenta destinatam recte petere: cujus differentiæ ratio cognoscetur ex alia quæ proponitur in *l. pecuniæ, eod. tit. de alim.* Dispensatorem alimentorum esse perpetuum erogatorem alimentorum, et valde onerari præstationibus annuis aut menstruis, aut diurnis, verecundiam quoque pulsantibus, ut ait, quod lædatur dispensatoris verecundia, si quo forte casu eis præstandis defecerit, quæ tam necessaria sunt tamque impatientia moræ. Qua de causa et in eligendis alimentorum dispensatoribus testatores verecundiorem aliquam domum sequi solent, *l. cum unus, ff. eod.* Sed non onerari etiam dispensatorem alimentorum cautione præstanda hæredibus, Deficientium portiones reddi, id est, ut quisque ex alimentariis decesserit, vel alio modo in civitate esse desierit, si concivibus aut contribulibus alimenta relicta sint, eorum partes reddi, *l. Divus, D. si cui plus quam per legem Falcid.* nec utilem actionem hæredibus dari, quasi ex cautione tacita, *d. l. pecuniæ.* Unde sequitur lucrari eum deficientium partes, non hæredibus reddere, atque ideo non mirum si petitionem habeat pecuniæ in alimenta relictæ, cum speret lucrum ex ea, et legatarius sit. Ceterorum legatorum dispensator, non est legatarius, et ejus opera præsens momentariaque. Et idcirco cavet deficientium partes reddi, vel, nisi caverit utili tenetur, *d. l. pecuniæ* Sed et dispensator alimentorum electus ab hæredibus vel a judice, deficientium portionibus restituendis obstringitur, *l.* 5. *D. de alim. leg.* Nam et hic legatarius non est, Sequitur in *d. l. si a pluribus.*

Si quis servum, cui aliquid sine libertate legaverit, cum morietur ipse servus, leget: minime dubitandum quin utile legatum futurum sit, propterea scilicet quod moriente servo, id quod ipsi legatum erit, ad eum cui ipse legatus fuerit, perventurum sit.

Vetus est regula, Servo proprio inutiliter legari sine libertate. Cujus ratio evidens, ne idem sit debitor, et petitor legati. Nam si utile legatum dixeris, et id sibi ipsi adita hæreditate hæredem debere dixeris, ad quam rationem conniveremus tamen servo proprio relictis alimentis sine libertate, *l. servos, D. de alim. leg.* quæ sunt justa commoda testamentorum, quæ servis non negari Symmachus dixit in Epistolis. Hujus enim legati capaces sunt servi proprii: imo et omnium hodie, ex beneficio Justiniani, *l. pen.* §. *illo, C. de necess. serv.* Igitur conniventibus oculis servos dicemus hodie capere legata, quæ reliquit dominus sine libertate, nec per eum novo domino, id est, hæredi ea acquiri, *l. pen.* §. *illo, C. de nec serv.* sicut conniventibus oculis servos dicimus habere bona propria, *l.* 4. *D. de manumiss.* Seneca VII. De beneficiis: *Nunquid dubium est quin servus cum peculio domini sit. Dat tamen domino suo munus. Non enim ideo nihil habet servus, quia non est habiturus, si dominus illum habere noluerit.* Eadem conniventia dicimus servos facere testamenta. Plinius VII. Epist. *Permitto servis quoque quasi testamenta facere, eaque ut legitima custodio: mandant rogantaque quod visum, pareo ocius.* Ceterum regula juris antiqui hæc est, Servo proprio inutiliter legari sine libertate, et eadem ratione servo hæreditario, aut servo hæredis. Unde quæritur an etiam servo legato legetur inutiliter, quandoquidem et ita servo proprio sine libertate legatur? Sed placet utile legatum esse, quia legatum servo neque cedit, neque defertur antequam legatum servi delatum, et acquisitum legatario fuerit, retroacta acquisitione ad tempus aditionis, extraneo hærede scripto: necessario autem scripto mortis testatoris

tempore statim defertur, et acquiritur legatario servus, retroacta acquisitione ad mortem, deinde sequitur quod servo legatum est. Cedit igitur legatum servo legato relictum, non eo adhuc existente in hæreditate, antequam acquisitus sit legatario, sed eo jam legatario acquisito. Itaque licet inutile sit legatum, si pure legetur servo legato sub conditione, veluti cum morietur ipse servus, propterea quod legati puri cessio non potest produci ultra aditionem, et aditionis tempore non est servus legatario acquisitus. Non est tamen dubitandum qui utile sit, si servo pure legato legetur cum morietur ipse servus, quia dies legati servo cedit legato servi jam legatario acquisito. Male vulgo punctis distinctus erat hic §. qui ita distinguendus est ut proposuimus, et ut Accurs. docuit recte. Pergamus ad reliqua. Africanus eod. lib. de ornamentis uxori legatis sic scribit *l.* 2. *D. de auro, et arg. leg.*

Ad L. 2. De au. et arg. leg.

Qui tibi mandaverat ut ornamenta in usum uxoris suæ emeres, eidem uxori, uti adsolet, legavit quæ ejus causa parata sunt, tu deinde post mortem mandatoris, ignorans eum decessisse, emisti, non debebuntur mulieri, quoniam ea verba ad mortis tempus referuntur. At si vivente testatore, muliere autem mortua, emeris, non ineleganter dicetur inefficax hoc legatum esse: Quando non possit vere dici ejus causa paratum videri, quæ prius decessit. Eadem dicenda erunt, et si vivat quidem mulier, sed diverterit, et quæratur an post empta ei debeantur, quasi non videantur uxoris causa parata.

His verbis, *uti adsolet*, demonstrat ita vulgo maritum uxori legare, Quæ ejus causa parata sunt, vel erunt, ut in usu esse frequentissimum, *l. hoc legatum, De leg.* 3. Uxori donari inter vivos jure civili non potest. Adsignari tamen ei quæ usui ejus necessaria sunt, possunt, habituræ ea, quandiu viro libuerit, veluti ornamenta, vestes, mundus muliebris, lana, linum: et hæc possunt etiam ei a moriente legari, præter dotem et decimam bonorum, et tertiæ partis usumfructum. Nec locus erit Falcidiæ in dote, vel in emptis paratisque uxoris causa, *l.* 81. *D. ad leg. Falc.* Finge, mandavit maritus tibi ut emeres ornamenta in usum uxoris, deinde priusquam emisses, moriens legavit uxori quæ ejus causa parata erunt, tu post mortem mariti emisti ignorans: Quamvis morte mandatoris finitum sit mandatum, tamen quia ignorans emisti, ultro citroque est mandati actio, §. *recte, Inst. de mand.* et hæredibus mariti teneris hac actione ut præstes quæ emisti post mortem mariti. Quæritur an et hæc legato uxoris contineantur. Et respondet Africanus, non contineri, quod verbum Erunt, ad mortis tempus referatur, *l.* 2. *D. de reg. Cat. l. scribit*, §. *ult. hoc tit.* Quæ igitur mortis tempore parata erunt, debebuntur, non quæ post mortem a te ex mandato defuncti parata fuerint. At quid si vivo testatore, post mortem uxoris ea emeris? Et ait, non delinquere eum, qui dixerit inefficax esse legatum, id est, in postea emptis non consistere legatum, atque adeo postea empta fisco non vindicari, sed hæredi deberi judicio mandati, quando, etc. Cujus loci vim exposuimus X. Observationum cap. XVI. videturque id mox Africanus priusquam post divortium empta etiam non contineri scriberet, quod uxor esse desierit, confirmasse ex Fufidii jurisconsulti libris, his verbis, l. 5. eod. tit.

Apud Fufidium Quæstionum libro secundo ita scriptum est: Si mulier mandaverit tibi, ut sibi uniones usus sui causa emeres, si tu post mortem ejus, cum putares eam vivere, emeris: Atilicinus negat esse legatos ei cui mulier ita legaverit, Ornamenta quæ mea causa parata sunt, eruntve. *Non enim ejus causa videri parata esse, quæ jam mortua ea empta fuerint.*

Sequitur l. 31. *D. de cond. et demonst.*

Ad L. In testamento 31. de condit. et demonst.

In testamento ita erat scriptum: Stichus et Pamphila liberi sunto: et si in matrimonium coierint, hæres meus his centum dare damnas esto. *Stichus ante apertas tabulas decessit: respondit, partem Stichi defectam esse: sed et Pamphilam defectam condictione videri: ideoque partem ejus apud hæredem remansuram, sed et si uterque viveret, et Stichus nollet eam uxorem ducere, quum mulier parata esset nubere, illi quidem legatum deberetur, Stichi autem portio inutilis fiebat. Nam quum uni ita legatum sit*, Titio; si Sejam uxorem duxerit hæres meus centum dato, *si quidem Seja moriatur, defectus condictione intelligitur. At si ipse decedat, nihil ad hæredem suum eum transmittere, quia morte ejus conditio defecisse intelligitur. Utroque autem vivente, siquidem ipse nolit uxorem ducere, quia ipsius facto condictio deficit, nihil ex legato consequitur. Muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei debetur.*

Puto Africanum scripsisse aut sensisse, Stichi partem caducam esse, quia decessit ante apertas tabulas nondum impleta condictione, et ut ad leges caducarias scribens Ulpianus ait, legatum intercidit, id est caducum fit, si ea persona decesserit

cui legatum est sub condictione, *l. intercidit*, *hoc tit.* Cur autem etiam Pamphilæ pars non fit caduca, cum et ipsa ante apertas tabulas mortuo Sticho videatur condictione defecta, sed remanet pars ejus apud hæredem. Quia morte tantum legatarii, aut servitute defecto legato, leges caducariæ locum habent. Forsitan et peregrinitate, ut Ulpianus indicat *tit. de caducis.* Sed *d. l. intercidit*, probabilius esse ait, ne peregrinitatem morti comparemus: quod fictio in odiosis admitti non debeat. Rursus cur Pamphila (*) videtur defecta condictione, quum per eam non steterit quo minus impleretur? quia matrimonii contemplatione legavit testator alteri propter alterum, et fata matrimonium impediverunt. Nam et ita si libertis legata sint alimenta sub condictione, si cum filio morarentur, non tam libertorum, quam filii causa mortuo filio perimitur legatum, *l. illis libertis*, *hoc tit.* Alias si utilitatem tantum legatarii spectavit testator, mors alterius conditioni finem aut impedimentum adferens, legatum non perimit. Et ita respondere oportet *l. annua*, *ff. de annuis leg.* non speciale hac in re quicquam esse in alimentis, et *l. quæ sub condictione*, §. *quoties*, *ff. de cond. instit.* et aliis similibus: vel potius adhibenda distinctio tradita Obs. 17. c. 27. Quod autem dixit Africanus specie initio proposita partem Stichi caducam esse, partem Pamphilæ apud hæredem remanere, quoties utrique legatum est sub condictione, Si in matrimonium coiissent, idem juris similiter observari ait in legato uni ita relicto, Titio si Sejam uxorem duxerit, tot dato, ut si quidem Titius moriatur (ante apertas tabulas scilicet ut omnia congruant) nihil ad hæredem suum transmittat, id est, ut caducum fiat legatum, quia morte ejus defecisse condictio intelligitur. *d. l. intercidit.* Si Seja moriatur, defectus condictione intelligatur, et legatum remaneat apud hæredem, *l. 4. C. de cond. inser.* Ubi morte legatarii deficit condictio ante apertas tabulas, fisco locus est. Ubi morte ejus in cujus persona implenda est condctio, non legatarii, hæres retinet legatum. Similique modo, ut in hac specie si uterque vivat, et per Titium stet quo minus Sejam uxorem ducat, inutile est legatum, si per Sejam stet, utile: ita in priori specie utroque vivente, Sticho et Pamphila, si per Stichum mora fiat quo minus nuptiæ contrahantur, Pamphilæ legati pars debetur, quia non fatum condictionem impedivit, sed culpa Stichi, Stichi pars fit inutilis, ideoque apud hæredem remanet. Inutilia legata sunt quæ subsidunt apud hæredem. Quæ sunt in causa caduci, vel caduca, inutilia non dicuntur. Et idem e contrario, si Pamphila nolit Sticho nubere, Condictio cui debitor est impedimento pro impleta habetur, *l. jure*, *hoc tit.* Condictio etiam quæ deficit culpa ejus in cujus persona implenda condicio est, pro impleta habetur, *l. 5.* §. *item si qua*, *ff. quan. dies leg. ced. l. 1. C. de inst. et subst.* Condictio cui alius impedimento est, pro impleta non habetur, *l. inde Neratius*, §. *idem Julianus*, *ff. ad leg. Aq.* Idemque si ei mortalitas obstiterit, *d. l. 4. C. de cond. inser.* multoque magis si ejus, cui adscripta est, facto defecerit, *l. 3. C. eod. l. 2. C. de instit. et subst.* Transeamus ad alias Africani leges. Idem *l. 23. ff. de mort. cau. don.* ita scribit.

Ad L. Si filiofamilias 23. de mort. cau. don.

Si filiofam. mortis causa donatum sit, et vivo donatore moriatur filius, pater vivat, quæsitum est quid juris sit. Respondit, morte filii condictionem competere, si modo ipse potius filio quam patri donaturus dederit, alioquin si quasi ministerio ejus pater usus sit, ipsius patris mortem spectandam esse, idque juris fore, etsi de persona servi quæratur.

Donatio causa mortis est quæ ita fit ut morte donatoris confirmetur, ut Labeoni apud Festum, mortis causa stipulatio est, quæ ita fit ut morte promissoris confirmetur: ad quam pertinet *l. 34. hoc tit.* dum per stipulationem mortis causa ita donari demonstrat, si quis stipuletur sibi in annos singulos quandiu vixerit, X. dari, scilicet ut post mortem promissoris incipiat exactio. Exactio, non obligatio: alioquin inutilis stipulatio esset. Obligatio igitur est præsens, sed id agitur, ut a die stipulationis singulorum annorum pensiones non nisi post mortem promissoris exigantur: quæ est sententia *d. l. 34.* At quia (ut diximus) mortis causa donatio est, quæ ita fit ut morte donatoris confirmetur, ex eo intelligitur verum esse quod est in *l. non videtur*, *hoc tit.* non ante videri perfectam donationem causa mortis, quam mors insequatur donatoris. Quandiu enim vivit donator, revocari donatio potest, vel pœnitentia, vel convalescentia donatoris, vel morte donatarii priore. Et revocari condictione ob rem dati, re non sequuta ex sententia Cassianorum, quasi res mortis causa veluti fiduciaria detur, ut reddatur si convaluerit donator, vel si pœnitentiam egerit, vel si morte præventus fuerit is cui donatum est, *l. Senatus*, §. *1. hoc tit. l. quum quis ff. de cond. cau. da.* Sabiniani videntur dedisse utilem actionem. Et inde conjuncta (*) utriusque scholæ sententia, factum est (ut opinor) ut sit in arbitrio donatoris condictione rem donatam revocet, quasi

(*) *Vide Merill. variant. adject. cap. 4.*

(*) *Vide Merill. Variant. adject. cap. 4.*

re non sequuta, an utili actione quasi tacito jure ad se dominium redierit, vel a se numquam discesserit, *l.* 30. *hoc tit.* Ea enim actio utilis in rem actio est, *l.* 14. *et* 29. *hoc tit.* quæ et in factum actio appellatur, *l.* 18. §. 1. *hoc tit.* Hæc vero non sunt pugnantia. Nemo rem suam condicit. Omnis rem suam quasi alienam condicit, si condicere eam quam vindicare malit. Sed tractemus de quæstione jam ab Africano proposita. Filiofamilias vel servo, mortis causa donatum est, et vivo donatore vivoque patre, aut domino mortuus est, an condictioni locus est? Respondit condictioni locum esse. Mortem enim filii spectari vel servi, non patris aut domini, *l. ult. hoc tit.* Filium aut servum donatarium esse, non patrem vel dominum, *l. quum filio, ff. de leg.* 1. Finietur ergo donatio causa mortis, morte filii. Sed cur non finitur etiam ususfructus morte filii? *l. ult. C. de usufruct.* quia donatio ante mortem donatoris imperfecta est, ut diximus initio: ususfructus constitutio et acquisitio perfecta est, et ideo facile non finitur morte filii vivo adhuc patre: sicut nec contra morte patris, vivo adhuc filio. Non est omittendum quod adjicitur *l. ult. hoc tit.* etiamsi mors servi inspicienda sit, non domini, quoties servo donatum est mortis causa, post mortem tamen donatoris ante apertas tabulas ejusdem donatoris manumissum servum hanc donationem non sequi, sed apud dominum remanere, quasi jam perfecte ei quæsitam donatoris morte. Qua in re differentia est inter legata, et donationes causa mortis: nam si post mortem testatoris servus, cui legatum relictum est ante apertas tabulas, id est, antequam dies legati cedat ex legibus caducariis, manumittatur, legatum servum sequitur, *l.* 5. §. *ult. ff. quan. dies leg. ced. l.* 10. *ff. de opt. leg.* Donationes causa mortis cedunt a morte, legata ex apertis tabulis, non a morte, legibus caducariis, quæ strictius accipiendæ sunt, ut quod ex eis juris est in legatis, non temere protrahatur ad donationes causa mortis, odio caducorum. In odiosis donationes causa mortis non sunt instar legatorum. Sed et ab intestato non sunt instar legatorum, quia et ab intestato nulla legatorum comparatio occurrit, *l. si filius*, §. 1. *ff. de leg. præst.* adeo ut ab intestato non putem in donationibus causa mortis Falcidiæ locum esse, et constitutioni D. Pii, quæ de fideicommissis loquitur relictis ab intestato, ut addantur donationes causa mortis, opus esse constitutione nova, sicut opus fuit constitutione Severi, ut testamento facto quæ Falcidia obtinebat in legatis, obtineret etiam in donationibus causa mortis, et nova illa quam desidero etiam extat in *l.* 2. *C. de mort. cau. don.* Et eadem ratione existimo Calvisiana actione non revocari donationes causa mortis bona fide factas, quæ Fabiana tamen actione revocarentur. His vero exemplis quum interrogor cur dixerit Justinianus, Fere, in § 1. *Inst. de donat.* præter ea quibus utuntur vulgo non satis bene omnibus, equidem uti soleo, uno ex *l. ult. hujus tit.* altero ex *d. l. si filius.* Non est etiam omittenda exceptio, quam addit Africanus, ut mors filii spectetur nisi quum donaturus quis esset patri, non filio, pater filii ministerio usus sit, id est, jusserit ei dari. Tunc etiam pater donatarius est, et donatarii mors spectatur, non ministri. Addatur et alia, nisi ita quis filiofamil. donaverit mortis causa, si in patris potestate mansisset, ex *l.* 42. *ff. de cond. et demonstr.* quæ huic omnino conjungenda est. Nam quemadmodum legatarius est pater, non filius, quum filio ita legatum est, si in patris potestate mansisset, ut aperte Africanus ait *d. l.* 42. (magis enim in ea θετικῶς accipitur) ita et donatarius est, si filio sub eadem condicione donatum sit mortis causa. Verba l. 42. hæc sunt.

Ad L. Filiofam. 42. de condit. et dem.

Filiof. legatum est sub hac condicione, si in potestate patris mansisset, magis patri legatum videri ait, et patrem suo nomine legatum petere. Idem juris esse, et si servo similiter legetur. Argumentum rei est, quod, etsi cibaria servis Titii legentur, proculdubio domini est, non servorum legatum.

Conjunctio *l.* 25. *de mort. cau. don.* demonstrat, quæ sit vis hujus sententiæ, nempe ut in hoc legato mors patris vel domini spectetur, non filii vel servi. Itaque mortuo filio vivo testatore, vel post mortem testatoris, ante apertas tabulas, legatum non fiet caducum, si vivat pater. Et ita in argumento quo utitur de alimentorum legato, quod morte legatarii finiri solet, si legata sint cibaria servis Titii, morte Titii finietur legatum, non morte servorum. Si servis Titii legaverit nominatim, Sticho et Pamphilo cibariorum nomine menstrua tot dato, morte servorum finietur legatum. Idemque si ita legaverit, Sticho et Pamphilo servis Titii. Nam quod adjicitur, Servis Titii, demonstrat tantum contemplatione domini legari, *l. pen. C. de ju. delib.* non etiam domino legari. Idemque censeo, si ita legaverit, Servis Titii Sticho et Pamphilo. At si ita, Servis Titii, non expressis propriis nominibus, legari cibaria domino videntur, quibus familiam suam exhibeat: et domini morte finietur legatum, non servorum morte, quos habuit die legati cedente, vel permutatione, alienatione, manumissione. Restat ex eodem libro Africani *l.* 26. *ff. de bon. lib.* cujus hæc sunt verba:

Ad L. Liberto 26. de bon. lib.

Liberto LXXX. *habenti, fundus* XL. *legatus est. Is die cedente legati decessit, extraneo hærede instituto. Respondit, posse patronum partem debitam vindicare: Nam videri defunctum mortis tempore ampliorem habuisse rem centum, quum hæreditas ejus propter computationem legati pluris venire possit, neque referre, hæres institutus repudiet legatum liberto relictum, necne. Nam etsi lege Falcidia quæratur, tale legatum, quamvis repudiatum, in quadrantem hæreditatis imputatur legatariis.*

Africanus scripserat, filio hærede instituto et patronum partem dimidiam vindicare, secundum legem Papiam, quæ etiam testato liberto et filiis naturalibus institutis, uno vel duobus, patronum vocat in virilem portionem, si libertus major centenario fuerit. Sed Tribonianus verba Africani accommodavit ad constitutionem Justiniani, quæ ad successionem liberti majoris centenario, vel uno filio relicto patronum non vocat, extraneo hærede relicto, patronum vocat in partem tertiam. Id notandum valde, in hæreditatem legatarii computari legata quorum dies cessit vivo legatario, id est, quorum petitionem in hæredem suum transmisit, etiamsi ea repudiaverit hæres, quod potuit, *l. si fundum*, §. *si Titius, ff. de leg.* 1. argumento Falcidiæ in quam hæres imputat legata, quorum dies cesserat ante mortem testatoris, etiamsi ea repudiaverit: Nam et ea imputat quæ accipere potuit condicionis implendæ causa, licet noluerit accipere, *l. si hæres, ff. ad leg. Falcid.*

AD AFRICANUM

TRACTATUS III.

Ad L. In privatis 77. de judic.

Libro tertio Quæstionum hoc scripsisse Africanum proditum est *l. 77. ff. de judic.* quo loco quoque ordine, non possis divinare: sed nos sequimur ordinem Pandectarum, ut quæ in eis priores sunt ex quoque Africani libro, priores exponamus.

In privatis negotiis pater filium, vel filius patrem judicem habere potest. (*)

Quæ verba non tam de judice dato accipio, quam de magistratu, quem judicem appellari frequentissimum est, ut in privatis litibus, filium qui magistratum gerit, pater judicem habere possit, et contra filius patrem. Scio posse alterum in alterius re judicem dari, vel arbitrum sumi, *l. 6. ff. de recep. qui arb. rec.* Sed et si magistratus sit in re patris aut filii eum judicare, vel jus dicere posse ajo, nec quicquam hac in re inter judicare et jus dicere esse. Cui sententiæ congruit ratio quæ sequitur ex Paulo, quod judicare, munus sit publicum. Nam magistratus munus publicum est, et sic *l. ille a quo*, §. *ult. ff. ad Trebell.* quum dixisset, filium qui magistratum gerit posse patrem cogere ut adeat et restituat, quod est jus dicere *d. l. ille a quo*, §. *pen.* subjicitur eadem ratio, quod in his quæ pertinent ad jus publicum, jus potestatis non sequatur. Convenit etiam huic sententiæ ex eodem libro Pauli *l. apud filiumf. ff. de man. vind.* quæ filium ait apud patrem manumittere posse, quæ jurisdictio est voluntaria. Idem enim videtur admisisse in jurisdictione contentiosa, hac ratione, quod jus dicere, munus sit publicum. Verum (*) obstat *l. qui jurisdictioni, ff. de jurisd.* In hac Africanus dicit, Potest: in illa Ulpianus, Non debet. Hæc vero non sunt contraria, Potest, sed non debet: rectius enim fecerit si in re patris aut filii abstinuerit munere judicandi: uno verbo jus, altero honestas significatur. In publicis sane causis neque potest neque debet, id est, neque jus neque honestas patitur, ut judicet filius de capite patris, vel contra. Quam differentiam Græci interpretes hac ratione confirmant, quod si quid in privatis judiciis peccatum sit, emendari id facile possit remedio appellationis, in publicis multa interveniant, quæ corrigi posteaquam facta sunt, nullo modo possint, veluti carceres, tormenta, catenæ, verbera, vel (ut ipsorum verbis utar) *ἐτασμοὶ, ἀποκλεισμοὶ, φυλακισμοὶ*, *l. ult. C. de abolit.* quæ indignum sit a filio pati patrem. Ad *d. l. jurisdictioni*, licet dicat magistratum libertis vel comitibus jus dicere non debere, adnotatur posse tamen præsidem eis jus dicere, modo id faciat parcissime, ex *l. S. C. ff. de of. præsi.* quæ tamen de jurisdictione urbana loquitur, non de provinciali: et non tantum de libertis et comitibus præsidum, sed et de præsidibus ipsis, ut præside profecto in provinciam, de rebus ab eo contractis antequam proficisceretur in urbe parcissime jus dicatur quoad redierit, ne ista absentia ei noceat. De maleficiis, ut puta si injuriam vel furtum passus sit, ut interim duntaxat lis contestetur, et res ablata sequestro deponatur. Sequitur *l. Centum, ff. de eo quod cer. lo. dari oportet*: cujus verba hæc sunt:

Ad L. Centum Capuæ 8. De eo qu. cer. loc.

Centum Capuæ dari stipulatus fidejussorem accepisti: ea pecunia ab eo similiter ut ab ipso

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1 *cap.* 10.

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 10.

promissore peti debebit, id est, ut si alibi quam Capuæ petantur, arbitraria agi debeat: lisque tanti æstimetur quanti ejus vel actoris interfuerit eam summam Capuæ potius quam alibi solvi: nec oportebit, quod forte per reum steterit quo minus tota centum Capuæ solverentur, obligationem fidejussoris augeri. Nec enim hæc causa recte comparabitur obligationi usurarum. Ibi enim duæ stipulationes sunt, hic autem una pecuniæ credita est, circa cujus executionem æstimationis ratio arbitrio judicis committitur, ejusque differentiæ manifestissimum argumentum esse puto, quod si post moram factam pars pecuniæ soluta sit, et reliquum petatur, officium judicis tale esse debeat, ut æstimet quanti actoris intersit eam dumtaxat summam, quæ petetur, Capuæ solutam esse (*).

Titulus est de eo, quod certo loco dari oportet, quid si certo tempore dari oporteat: An quemadmodum ut alio loco detur, ita et alio tempore ut detur, actio arbitraria est? puta ut citeriore die detur? Minime. Quin et si certo loco certoque tempore dari oporteat, non nisi tempore finito, actio arbitraria est. Idemque si insit tempus, ut inesse intelligitur semper obligationi, certo loco dari, *l.* 2. §. *qui ita stipulatur, hoc tit.* Ante tempus agitur perperam: quia plus petitur tempore, *l.* 1. §. *ult. ff. quan. dies ususfruct. leg. ced.* ut et si plus petatur summa, *l.* 4. *ff. de compens.* Interveniente compensatione, quum totum (inquit) peto a reo, male peto: quod ita Paulus in Sententiis: *Interveniente compensatione, si totum peto, plus petendo causa cado.* Qui plus non petit, et habet actionem, ipso jure recte petit, etiamsi exceptione repelli possit: qui male petit, ipso jure rem amittet. Post tempus autem adfirmo equidem, quod negant abnormes Jurisconsulti, sive eo loci agatur quo dari convenit, sive alibi, temporis utilitatem æstimandam arbitrio judicis, *l.* 4. *in princ. hoc tit.* Quod si Ephesi (inquit) petatur, quo scilicet loco dari debuit, ipsa sola summa petetur, nec aplius quid. Non erit ergo arbitraria, sed pura, certa, stricta actio, cujus quantitas neque minui, neque augeri poterit arbitrio judicis. Et ita *l. ult. hoc tit.* si Capuæ petatur, quo loco dari debuit, cessare arbitrium judicis ait. Sed adduntur *d. l.* 4. exceptiones duæ. Prima hæc est, Si quid esset creditor stipulatus, ut puta usuras: nam hoc casu præter sortem usuræ petentur non actione arbitraria, sed propria certi condictione: quia duæ stipulationes sunt. Secunda hæc est, Si temporis utilitas intervenit, quo casu erit actio arbitraria facta mentione temporis quia utilitas temporis augere vel diminuere summam potest. Locus est singularis, quo demonstratur temporis quo dari debuit, utilitatem æstimari arbitrio judicis, nec præcise summam peti posse interveniente utilitate temporis. Ut igitur adjectio loci, ita et adjectio temporis actionem quæ erat certa, arbitrariam facit. Insunt arbitrariæ actiones bonæ fidei judiciis, *l.* 7. *hoc tit.* et idcirco in eis officio judicis inest, ut rationem habeat non tantum loci, sed etiam temporis quo dari debuit, *l. si ut certo, in pr. Commod.* Quamobrem si quis stipulatus fuerit, C. dari Kal. Martiis, post diem recte aget de eo, quod Kal. Martiis dari debuit. In qua actione æstimabitur judicis arbitrio utilitas actoris, si ob non solutam sua die pecuniam maxime trajectitiam forte in pœnam inciderit, quum tantundem alii eodem die deberet sub pœna: vel utilitas rei, si moram fecerit creditor in accipienda pecunia sua die, et nunc non ita levioribus usuris sit facile reo pecuniam comparare. Habebitur etiam ratio lucri (licet dissentiat Accursius) ut si actor merces solebat comparare et non comparaverit, atque ita ex negotiatione lucrum quod sperabat non fecerit ob non solutam sua die pecuniam. Nam non suo loco soluta pecunia maxime trajectitia habetur ratio lucri, *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* cur et non suo tempore? ut eadem sit ratio temporis et loci. Æque enim spectatur et æstimatur utilitas temporis ac loci; *d. l.* 4. *in pr.* Non insuper habemus utilitatem loci, cur insuper habebimus utilitatem temporis, quum et non minus lædamur ex tempore quam ex loco? Et vero quum habetur judicio arbitrario ratio utilitatis loci, habetur et temporis. Loco enim tempus inest: et remota igitur ratione loci, ut si eo loci petatur quo dari oporteret, superest temporis ratio. Non dico venire usuras ex mora in strictis judiciis. De arbitrariis enim loquor et de pœna, non de usuris. In judiciis arbitrariis dico haberi rationem damni dati et lucri intercepti ob non solutam sua die suove loco pecuniam, et adjectione temporis non minus quam adjetione loci judicium sui origine strictum, arbitrarium fieri. Non dico, verba illa *l.* 4. Si temporis utilitas intervenit, esse referenda ad condictionem triticariam. Nam in condictione triticaria non æstimatur utilitas, sed res quæ petitur: et non venit etiam in eam pecunia numerata, de qua tamen loquitur *d. l.* 4. Ait enim, Summa, id est pecuniæ quantitas (*). Sed tamen et condictionem triticariam arbitrariam esse ajo, et rationem admittere loci temporisque. Namque in ea tanti lis æstimatur officio judicis quanti merx vel res debita fuit eo die vel eo loco, quo dari debuit, *l. ult. ff. de*

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1 *cap.* 23.

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 17.

cond. trit. l. quoties in diem, *et seq. De verb. oblig. l. vinum, De reb. cred.* quæ accipiendæ sunt de condictione triticaria, non de condictione certi. Condictio certi est stricta. Condictio triticaria, arbitraria. In condictione certi judex servit scripturæ contractus, ut significatur initio §. *nunc de officio, l. 2. hoc tit.* Qua de causa plerique malunt omissa actione bonæ fidei, ex eadem causa agere certi condictione: quia periculosum est se committere judicis arbitrio. Sed et retro commodiores esse videntur actiones bonæ fidei et arbitrariæ, propterea quod sunt extra omne periculum plus petitionis. Incertæ enim omnes et positæ in arbitrio et religione judicantis, ut ipse æstimet quantum ferre actorem oporteat. In condictionibus certi periculum incurrit plus petitionis, *l. 1. ff. de inter. in jure fac.* In condictione triticaria judex non servit formulæ contractus, sed rem æstimat ex suo officio die vel loco adjecto quanti fuit eo die vel loco, quo dari debuit: modo igitur pluris quam fuit contractus tempore, modo minoris, non adjecto die vel loco quanti fuit litis contestatæ, vel rei judicandæ, ut dicam ad *l. 207. De verb. sig.* quæ est ex eodem Africani libro, et pertinet etiam ad condictionem triticariam. In condictione certi veniunt pecunia numerata et res omnes corporales, non incorporales: in condictione triticaria res corporales, et incorporales, non tamen pecunia numerata, ut docui Tractatu secundo supra. Cur ita vero? quia condictio triticaria datur ejus rei, quæ petitur æstimandæ causa. Pecuniæ autem una et certa æstimatio est, *l. 2. ff. de in lit. jur. l. 3. hoc tit.* non indiget igitur æstimatore. Ceterarum rerum varia et mutabilis æstimatio est pro diversitate locorum, et temporum, *l. pretia*, §. *ult. ff. ad leg. Falcid. d. l. 3. l. 2. C. Theod. de suariis.* Et inde etiam similis differentia condictionis triticariæ cum condictione arbitraria tituli hujus. In triticariam enim pecunia non venit, in arbitrariam pecunia venit: quia scilicet in triticaria res petita officio judicis æstimatur, pecunia autem æstimat non æstimatur, aut certe ejus ubique et semper una eademque æstimatio est. Arbitraria æstimat id quod interest. Cadit autem et in pecuniam id quod interest, *l. 3. hoc tit.* Sequitur ut doceam verbum *Dari*, in hoc tit. et reddendi et solvendi et tradendi significationem habere, *l. 5. 6. 7. hoc tit. l. si duo*, §. 1. *ff. de const. pec.* non etiam faciendi. Ut enim alio loco detur, est actio arbitraria: ut alio loco fiat insula, quam quis certo loco facturum se promisit, nulla est actio. Quid ergo actio arbitraria? Actio utilis qua id quod certo loco dari debuit, alio loco petitur, facta commemoratione ejus loci quo dari debuit. Recte stipulor mihi dari, etiam non adjecto loco. At non recte stipulor, insulam fieri, non adjecto loco, *l. 2.* §. *si quis insulam, hoc tit.* ac proinde natura hujus obligationis, Capuæ insulam fieri, hæc est ut quocumque directa actione agi ex ea possit in id quod intererest, *l. cum qui, ff. de judic.* quia incerti obligatio contracta intelligitur, id est, id actum videtur inter contrahentes ut promissor in id quod interest teneatur, sicut cum judicio sisti promisit. Natura autem hujus, Capuæ c. dari, hæc est, ut ex ea directo agi non possit alio loco quam Capuæ, quia certi obligatio est, cui si detrahas utilitatem loci, vel plus petitionis vel minus petitionis tibi periculum creaveris. Plus petitionis, si per reum non steterit quo minus Capuæ pecunia solveretur: minus petitionis, si per reum steterit. Qui autem plus petit, totum creditum amittit hoc jure: qui minus, reliquum. Male igitur egeris certi condictione: possis tamen agere citra periculum plus petitionis, facta mentione ejus loci quo dari debuit arbitraria actione: quæ totius causæ æstimationem ad arbitrium judicis referat, non destricte certam rem vel summam creditam petat. Adjectio loci actionem quæ erat certa, facit arbitrariam: et eadem ratione, adjectio temporis: recte igitur arbitraria appellatur. Hæc enim duo opponuntur, Certa et Arbitraria. Plautus Amphitryone, *Hoc quidem profecto certum est, non arbitrarium.* Et Pœnulo, *Nunc pol ego quidem perii certo, haut arbitrario.* Recte etiam, utilis, *l. 1. hoc tit.* An qui efficax, ut Accursius voluit, ut plerumque Græci Utilem interpretantur ἐνδύναμον, ἰσχυρόν. An quod contineat executionem ejus quod interest, ut *l. stipulatio*, §. *si quis insulam*, *l. qui servum*, *ff. de verb. obl.* id est utilitatis quæ competitura esset reo vel actori, si eo loci quo convenerat dari data merx vel pecunia fuisset. Nihil enim aliud est id quod interest (ut et hoc generaliter definiamus (quam utilitas, quæ competitura esset reo vel actori, si neque damnum datum neque lucrum interceptum fuisset: aut brevius, utilitas quæ mihi abest quamve apisci potui. An utilis, quia ex æquitate datur, deficiente directa: quod esse verius *d. l. 1.* hæc verba demonstrant, quia iniquum erat, etc. Est igitur hæc actio ex stipulatu, utilis, si quis stipulatus fuerit sibi dari certo loco, *l. 2.* §. *1. hoc tit.* vel utilis ex testamento, *l. 5. hoc tit.* vel utilis condictio ex mutuo, *l. 6. hoc tit.* vel utilis de constituta, *l. si duo*, §. 1. *de const. pec.* Omnes eæ actiones sunt strictæ. Bonæ fidei judicio alio loco agi potest quam quo convenit dari, *l. 7. hoc titul. l. si ut certo, in prin. Commod.* Inest actio arbitraria bonæ fidei judiciis, sicut actio doli. Stricto judicio alio loco agi non potest, quam quo dari debuit, sed arbi-

trario agitur, id est, pure et stricte agi alio loco non potest, ne plus petatur loco, cum adjectione loci quo dari debuit, alio loco congruo agitur recte, §. *loco*, *Inst. de act.* hæc duo opponuntur, Pure et Cum adjectione loci, *l. fidejussor*, §. 1. *ff. de fidejuss.* Adjectio loci vel temporis injicit judici arbitrium, id est, facultatem æstimandæ utilitatis loci vel temporis conventi nec observati: ac proinde licet origine sit actio stricta, in ea tamen arbitrio judicis quantitas contractus minuitur vel augetur habita ratione utilitatis loci vel temporis cujus in actione mentio fit. Non omnes actiones strictæ sunt ejusdem qualitatis. Aliæ serviunt quantitati contractus, quæ non sunt arbitrariæ. In his non habetur ratio ejus quod interest. Et recte Theophilus puram actionem, id est, certam et strictam consumere rationem ejus quod interest, *d.* §. *loco*: recte Accursius, in judiciis strictis non haberi rationem lucri, quia nec damni, et generaliter non haberi in eis rationem ejus quod interest. Aliæ non serviunt quantitati contractus: et eæ sunt arbitrariæ, in quibus liberum est arbitrio habita ratione ejus quod interest actoris vel rei, pluris aut minoris reum condemnare, imo et interdum absolvere, ut proponitur *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* quia non utilitatem tantum spectat in eis judex, id est, id quod interest, sed etiam æquitatem: quod commune est cum omnibus aliis actionibus vel interdictis arbitrariis, quarum definitio generalis hæc est. Actiones arbitrariæ sunt in quibus rei vel utilitatis æstimatio omnis refertur ad arbitrium judicis, et quæ duas clausulas admittunt, unam de solutione vel restitutione, vel exhibitione, vel noxæ deditione, alteram de condemnatione. Alia etiam in re strictæ actiones non eodem omnes jure censentur: actio ex testamento hoc commune habet cum actionibus bonæ fidei, ut in ea usuræ debeantur ex mora, et ut ante diem cautionem exigat, et actio ex stipulatu de dote quæ marito competit æque, ut usuræ in eam veniant ex mora biennii, quod aliæ strictæ actiones non habent. Ac similiter bonæ fidei actiones non omnes sunt ejusdem qualitatis, aliæ famosæ, aliæ non, aliis compensationi locus, aliis non item. Sed de his satis. Id modo tractemus, quemadmodum in actionem arbitrariam de eo quod certo loco dari oportet, veniat tam actoris quam rei utilitas: et quicquid statuero de loco, idem meminisse oportebit nos jam ante statuisse de tempore. Nec discriminis ratio ulla adferri potest. In actionem arbitrariam venit utilitas tam actoris quam rei, *l.* 2. *in prin. et* §. *ult. hoc tit.* non simul utriusque (ut Placentinus et Irnerius sentiunt recte) sed actoris, si per reum mora fuerit quo minus Capuæ daret, *l. Centum, l. ult. hoc tit. l. continuus*, §. *quum ita*, *De verb. obligat.* et rei, si per reum mora non fuerit, vel si per actorem mora fuerit, quo minus Capuæ oblatam pecuniam acciperet. Moratoris utilitatem spectari æstimarique absurdum esset. Et recte *l.* 1. *C. ubi con. qui cer. lo.* *Alterutrius*, et in *l.* 2. Utriusque, eamdem vim habet ac si dixisset, Alterutrius, ut Græce ἑκατέρου, et in *l. ult.* §. *ipsum, C. de bonis quæ lib. acquir.* Et eodem modo si agatur cum fidejussore, spectari utilitatem fidejussoris, si moram fecerit creditor in accipienda pecunia, vel etiam creditoris, qui omisso reo fidejussorem elegit. Africanus docet initio *l. Centum*, et ait, Ejus vel actoris, non Ejus et actoris. Ex quo apparet liquido simul utriusque partis utilitatem non venire in actionem arbitrariam. Subjicit deinde, Nec oportebit, etc. Horum verborum latior interpretatio sumenda est ex *l. ult. hoc tit.* Reus qui promiserat se daturum Capuæ c. moram fecit: post moram quum stipulator alio loco vellet agere arbitraria, fidejussorem reus dedit arbitrariæ actionis nomine, qui fide sua esse jussit omnem causam actionis arbitrariæ. Poterant autem summæ c. si stipulator egisset arbitraria, ex sententia et arbitrio judicis accedere xx. ratione utilitatis loci ablatæ actori per moram rei. Quæritur an et in hac xx. se fidejussor obligasse videatur. Et respondetur, hæc non esse in obligatione fidejussoria: nec mirum, quum nec in obligatione principali: nec possit fidejussoris durior esse condicio. Multum interest utrum aliquid sit in obligatione an in officio, sive arbitrio judicis, *l. quæro, ff. loc. l. adducta, in pr. ad Treb.* Non quodcumque est in arbitrio judicis, et in obligatione est, *l. non quæcquid, ff. de judic.* Et hoc est quod ait Africanus, Nec oportebit, etc. id est, etiamsi post moram rei acceptus sit fidejussor, pleniorem fidejussoris obligationem non fore, quam si acceptus esset ante moram, et his verbis Tota, significat nihil solvisse reum. Nihil vero obstat quod dicitur moram rei fidejussori nocere. Hæc enim non sunt contraria, Moram rei fidejussori nocere, et Moram rei non augere obligationem fidejussoris. Utrumque est verissimum. Mora rei fidejussori nocet, quia post moram rei, perempta re debita, nihilominus fidejussor tenetur, *l. mora, ff. de verb. oblig. l. si a colono*, §. *ult. ff. de fidejuss.* et quia si nomine actionis bonæ fidei, vel actionis legatorum, aut fideicommissorum fidejussor intercesserit, quamvis ipse non teneatur actione bonæ fidei, sed ex stipulatu, conventus ea tamen officio judicis damnabitur etiam in usuras ex mora rei, quia rei locum obtinet, *l.* 4. *ff. de fidejuss.* et reus utique damnaretur. Idque probat *l. si quis solutioni*, §. 1. *ff. de usur. l. quæro, ff. loc. l.* 1. §. *bellissime, ff. ut*

leg. no. cav. l. initio, C. de pac. inter emp. et vend. et ex eodem Africani lib. 10. *ff. rem pup. sal. fo.* cujus verba subjiciam (ut feci ceterarum) mox tamen rediturus ad Tractatum *l. Centum Capuæ*, quem nondum peregi.

Ad L. Si posteaquam. 10. *Rem pup. sal. fo.*

Si posteaquam pupillus ad pubertatem pervenerit, tutor in restituenda tutela aliquandiu moram fecerit, certum est et fructuum nomine, et usurarum medii temporis, tam fidejussores ejus, quam ipsum teneri.

Teneri ait non tam obligationis jure, quam officio judicis: cujus ratio tamen habebitur etiamsi sine judicio tutela restituatur, *l.* 1. §. *ult. ff. de usur.* neque enim plane satisfactum videbitur pupillo, nisi et solutum ei sit, quod sententia judicis accedere potuit: et teneri fidejussores, quod in omnem causam actionis tutelæ intervenerint. Nam quicumque actionis, aut negotii alicujus nomine intercedit, in omnem causam intercedere intelligitur: nisi taxationem certam fidejussioni apposuerit, *l. fidejussores.* 68. §. 1. *ff. de fidejus. l.* 2. §. *ult. ff. de administ. rer. ad civit. pertin. l.* 2. *in fi. ff. qui satisd. cog.* et his consequenter in specie proposita, si fidejussor qui intercessit nomine actionis arbitrariæ, conveniatur alio loco actione arbitraria, damnabitur in id quod interest actoris propter moram rei, sicut et reus ipse si conveniretur, nec tamen ideo in obligatione rei aut fidejussoris est, quod actoris interest. Mora enim rei non auget obligationem fidejussoris, quia nec obligationem rei. Sed dubitabatur tamen in fidejussore magis, propterea quod nominatim stipulatori acturo arbitraria fidem suam adstrinxerat arbitrariæ actionis nomine, atque adeo in omnem causam ejus actionis, quæ fides tamen in plus eum non obligat, quam reum principalem. Quamquam eo convento extrinsecus officio arbitri accedere possit pœna, id est, æstimatio ejus quod interest: quæ ideo dicitur pœna, quod moræ coercitio sit, ac proinde usura, quæ bonæ fidei judiciis accedit ex mora, pœna potius est quam usura. Usura enim proprie propter lucrum infligitur, etiam nulla interveniente mora. Quis autem est effectus hujus sententiæ, pœnam, quæ officio arbitri accedere potest, non esse in obligatione? Quia si post moram alibi solvatur sors volenti creditori, actio arbitraria perimetur, nec utilitatis creditoris petitio supererit: idemque erit si Capuæ petatur. Sola enim sors petetur, nec amplius quid *l.* 4. *in pr. hoc tit.* quia creditor petendo Capuæ, id est, eligendo certi condictionem, videtur remisisse arbitrariam. Et similiter alibi accipiendo fortem, videtur veluti tacita conventione remisisse pœnam, id est, utilitatis suæ æstimationem. Non potuit invitus alibi accipere compelli, *l.* 2. §. *idem Julianus, l. pen. hoc tit.* Sed si acceperit ultro, pœnam videtur remisisse. Itaque solutis c. volenti creditori, reus et fidejussor omnimodo liberabuntur. Et ita Paulo videtur *d. l. ult.* et Africano hoc loco, et Marcello *d.* §. *idem Julianus.* Aliis aliud judicium fuit, quorum sententiam leviter perstrinxit Paulus *d. l. ult.* Nam centum aureis solutis, quum potuisset accedere pœna in xx. arbitrio judicis, existimabant ea centum ex universitate soluta videri: id est, tam ex forte, quam ex pœna, puta (quemadmodum Joannes exposuit) LXXXIII. et trientem ex sorte: XVI. et bessem, ex pœna. Superesse adhuc ex sorte XVI. et bessem, ex pœna III. et trientem, eorumque liberationem non contigisse. Julianus in alia sententia fuisse videtur, centum soluta videri ex sorte tantum, quod et Paulus, et Africanus, et Marcellus probant: sed ejus quod interest petitionem superesse, quod illi improbant. Et merito: quia id quod interest venit ex officio judicis, quod nullum esse potest, nisi sit actio cui adhibeatur. Qua de causa mercenariam in doctores nostri appellarunt, quasi alienæ serviat actioni. Gratuito mallem quam mercede, aut honestiori vocabulo judicis operam significari, et refertur Juliani sententia *l.* 2. §. *idem Julianus, h. t.* Stipulatus sum Ephesi mihi aut Titio c. Capuæ dari, mihi debentur c. Titio non debentur, sed solvi recte possunt Capuæ etiam me invito, quia adjectus est solutionis gratia, obligationis gratia adjici non potuit. Titio solvuntur c. non Capuæ, sed alibi: quæritur an nihilominus possim intendere, mihi dari oportere, id est, agere condictione arbitraria. Et Julianus scribit liberationem non contigisse, et peti ea actione posse, quod interest actoris Capuæ potius quam alibi soluta c. esse. Defendi aut excusari sententia Juliani potest in adjecto cui alibi solvitur sors volenti, quasi voluntas ejus non potuerit officere stipulatori. Sed idem forsitan Julianus in stipulatore non probaret. Stipulator enim accipiendo sortem, videtur remittere pœnam, *l. ult. hoc tit.* Verbo *Remittere*, significatur tacita conventio. Adjectus non potest convenire vel pacisci, *l.* 10. *ff. de solut.* Sed reprehenditur tamen Julianus eo quod videatur distinxisse utrum adjecto alibi solvatur sors, an stipulatori vel quod sive huic, sive illi solvatur, certe existimaverit superesse petitionem pœnæ. Et reprehenditur a Marcello duobus argumentis. Primum est hujusmodi. Si stipulatori sors exsolvatur alibi, liberatio contingit. Ergo et si ajecto solvatur alibi, pari ratione, quasi pœna remissa: quia quod adjecto solvitur, stipulatori solvi videtur. Quinimo adjectio jusso

comparatur, *l. si ita stipulatus sim*, *ff. de solut.* et ubique solvere promissor potest, *l. continuus*, §. *quum ita*, *ff. de verb. oblig.* volente scilicet eo cui et solvi potest. Nam in quem solutio confertur, et accipiendi ubi voluerit libera voluntas confertur. Alterum est hujusmodi. Si forte alibi soluta adjecto, non liberatur reus a pœua, nec a sorte igitur: quia pœna sortis accessio est, nec potest nisi officio arbitri venire in condictionem sortis. Atqnin condictio sortis non est, ergo et pœnæ condictio non est: aut si est pœnæ, est et sortis: quod Marcellus exemplo comprobat tali. Si stipulatus sim Capuæ insulam fieri, et fiat alibi, reus promittendi in nihilum liberatur: quod est verissimum. Sed similitudo falsa est, ut recte Ulpianus docet. Nam inter solutionem pecuniæ, et fabricam insulæ nulla occurrit similis comparatio. Una est obligatio dandi, altera faciendi: hæc incerta, illa certa, hæc sui natura continet id quod interest, *l. stipulationes non dividuntur*, *ff. de verb. oblig. l. si quis ab alio*, §. *ult. ff. de re jud.* illa officio arbitri, non natura et potestate sua. Et ita in hoc tractatu inter obligationem dandi et faciendi alia differentia a Bartolo constituitur recte ex *l. si libertus moram*, *ff. de op. lib.* ut si fuerit obligatio faciendi, nulla possit esse fidejussoris mora, quia stipulator noluit, ut ipse faceret, sed ut faceret promissor, *l. inter*, *D. de solut.* nihil igitur imputari fidejussori possit, si non ipse fecerit, *l. quum quidam*, §. *si pupillo*, *D. de usur.* In obligatione dandi possit esse fidejussoris mora, atque ideo in actionem arbitrariam, qua agitur cum fidejussore, qui intercessit arbitrariæ actionis nomine ante moram rei, æstimari utilitatem actoris, si moram fecerit fidejussor, licet reus non fecerit. Nam et re perempta post moram fidejussoris ante moram rei, fidejussor tenetur, *l. sequitur*, §. *nunc videamus*, *l. quam filiusf. de verb. oblig.* Atquin reus non tenetur. Et ob idipsum fidejussor quoque directa non tenetur, sed utili, *l. mora*, §. *ult. D. de usur.* et hoc si post tempus, quo Capuam, ubi dari convenerat, pervenire uterque potuit, moram fecerit fidejussor. Ante tempus, arbitraria agi non potest. Iuest loco tempus, et fidejussoriæ quidem obligationi tempus, ex persona utrinsque, *l. si testamento*, §. *ult. D. de fidejuss.* quod explicandum nobis fuit obiter, propterea quod in hac lege, nisi vaticinemur, numquam efficiemus, ut definiatur quicquam de mora fidejussoris. Nunc redeo ad rem. Male comparavit Marcellus obligationem dandi cum obligatione faciendi: Et ideo licet insula alibi facta, promissor in nihilum liberetur, sorte tamen adjecto soluta alio loco, possit promissor sorte liberari, et id solum quod interest peti, et ita pro Juliano concludere videtur Ulpianus. At similitudinis tantummodo vitium indicavit. Argumentis non respondit: itaque scriptura Juliani manet adhuc in dubio: et verius forsitan est, sive stipulatori sive adjecto alibi solvatur sors, pœnæ petitionem non superesse. Quamobrem Johannes aperte dixit, non consensisse Julianum cum ceteris. Rem fuisse controversam verba Pauli indicant, Videamus, quo verbo præsertim in re controversa, juris auctores veluti timide, et verecunde solent exprimere sententiam suam: item illa, Nisi quis dicat: quæ subdubitantis sunt. Concludit tamen satis aperte, Sorte alibi soluta non superesse pœnæ petitionem, quia pœna non sit in obligatione, nec cui solutum sit distingui, modo sit recte solutum. Rem etiam fuisse controversiam diligentia Africani declarat, qui solicitius in hac lege respondet iis, quæ in contrarium addnci possent. Posset enim quis in hunc modum argumentari. Reo obligato in sortem et in usuras, fidejussor etiam qui pro eo intercessit, obligatur in sortem et in usuras. Ergo reo obligato in sortem, et in pœnam contractam ex mora, id est, iu id quod interest actoris, fidejussor qui pro eo intercessit, obligatur in sortem et in usuras. Necessaria esset collectio, si verum esset reum obligatum esse in pœnam: sed hoc falsum est, ergo et illud. Nam sola c. sunt in obligatione: pœna accedit officio judicis. Una, inquit, est stipulatio creditæ pecuniæ, non pœna altera, sed descendit pœna ex arbitrio judicis. At usuræ sunt in obligatione, quia duæ stipulationes sunt, una sortis, altera usurarum: alioquin in strictis judiciis usuræ non veniunt sine stipulatione. Et fidejussor accedit iu causam universæ obligationis, quæ reum promittendi tenet, ergo et ipse obligatur in usuras. *Nec enim hæc causa*, inquit, id est, hæc species, ut contra *l. 1. D. de lib. agn.* duas causas, Basilica δύο αἰτίας, *recte comparabitur obligatione usurarum:* quia scilicet, ut usuræ sunt in obligatione, ita pœna non est in obligatione, sed arbitrio judicis præstatur. Denique una est obligatio creditæ pecuniæ, circa cujus executionem et c. exequimur obligationem agendo vel exigendo. Et actio nihil aliud est, quam executio obligationis. Executio igitur persecutio: nec male quod jurisconsulti, ejus rei actionem, petitionem, persecutionem, *l. ult. D. de ter. mo. l. 23. D. rem rat. hab. l. 49. D. de verb. sign.* Cornificius ad Herennium: Ejus rei actionem, petitionem, executionem. Et hujus differentiæ inter usuras quæ ex obligatione, et pœnam quæ ex arbitrio judicis venit manifestissimum argumentum est, quod sorte soluta, superest petitio usurarum in stipulatum deductarum, *l. 1. C. de judic.* sorte soluta, non superest petitio usurarum, quæ veniunt ex

officio judicis in actionibus bonæ fidei, *l. qui per collusionem*, §. *ult. D. de act. emp. l. 4. C. de pos.* quæ utitur eadem ratione, quæ Africanus hoc loco: atque adeo non superest etiam petitio pœnæ, quæ venit ex officio judicis in actionibus arbitrariis, et similiter parte sortis soluta, superest pro ea parte petitio usurarum in stipulationem deductarum, parte sortis soluta, non superest petitio pœnæ, aut usurarum venientium ex officio judicis, sed superest tantum petitio partis alterius, in qua judex habebit rationem ejus quod interest actoris pro ea parte tantum, si alibi petatur. Et hæc est sententia hujus legis, cui in eo quod dicit pœnam non esse in obligatione fidejussoria, vulgo objicitur *l. quæro, D. loc.* Et peperit hæc objectio sola ad hanc legem intellectus septem. Sed res indigna est tanto labore. *L. quæro* ait, fidejussorem conductionis agnoscere onus usurarum ex mora rei, id est, damnari etiam in usuras eum posse officio judicis, vel etiamsi sine judice fidem suam liberare velit, non videri eum plene satisfacere nisi etiam solvat id quod officio judicis accedere potuit: et constitutiones quæ dicunt eos qui pro aliis pecuniam exsolvunt, sortis solummodo damnum agnoscere, in his tantum procedunt, qui cum taxatione in certam summam fidem suam abstrinxerunt, vel qui pecuniam exsolverunt volentibus, et benigne accipientibus, et quasi contentis solutione sortis. Ergo *l. quæro* ait fidejussorem teneri in usuras ex mora rei officio judicis. Hæc etiam non negat teneri fidejussorem officio judicis in pœnam ex mora rei, sed negat teneri obligationis jure, quod et in usuris verum est, et ita Petrus sensit recte, cujus sententiam refellit Bartolus ex his verbis, Non augeri fidejussoris obligationem, verbo Obligationis adserens comprehendi etiam id quod officio judicis arbitrariæ accedit actioni: quod est stultum. Nam quis unquam ita obligationem accepit? Cedo locum quo ita accipiatur vel unum, et porrexero manus statim: obligatio est juris necessitas. Quod committitur judicis arbitrio, non subjicitur juris necessitati, *l. non quicquid, D. de jud.* Imo accurate et studiosissime separantur semper ea, quæ sunt in obligatione ab iis, quæ sunt in arbitrio judicis: Eadem fere fuit Azonis, quæ Petri sententia. Nam differentiam Azo non facit inter pœnam et usuras quæ descendunt ex officio judicis. Sed male adjecit distinctionem, ut si fidejussor intercessit, quo tempore debebantur usuræ illæ vel pœna, id est post moram rei, in ea teneatur, si quo tempore nondum debebantur, id est ante moram rei non teneatur: primum quia nunquam debentur, *l. ult. h. t.* Neque debetur, inquit, neque est in obligatione. Non satis ei fuit dicere, Neque debetur, quia debetur etiam quasi ex obligatione quod non est in obligatione, et generaliter quodcumque peti potest: ac sane in *l. mora*, §. *in bonæ, D. de usur.* improprie in bonæ fidei judiciis ex mora deberi dicuntur usuræ, quia neque peti possunt, neque sunt in obligatione. Deinde Bartolus recte colligit ex *l. 10. D. rem pup. sal. fore*, ex eodem Africani libro, cujus verba proposui supra, etiamsi ante moram rei fidejussor intervenerit eum usurarum onus agnoscere in judicio tutelæ. Ceteros intellectus etiam refellit recte. Intellectum vero Johannis probat non recte, differentiam constituens inter pœnam et usuras in pœnam fidejussorem non teneri, in usuras teneri, eruditio perversa. In neutrum tenetur obligationis jure: in utrumque tenetur officio judicis. Nihil ergo intercedit differentiæ, et vero si sorte soluta tam pœnæ, quam usurarum ratio perimitur, ut docui supra, id est, si peremptio utriusque est eadem cur non et origo et forma utriusque erito eadem, ut quemadmodum usuris subjicitur fidejussor, subjiciatur et pœnæ? Huic adjungam *l. 22. D. de obl. et act.* cujus hæc sunt verba.

Ad L. Cum quis 22. de oblig. et action.

Cum quis in diem mercem stipulatus, fidejussorem accepit, ejus temporis æstimatio spectanda est quo satis acceperit.

Pertinent hæc Africani verba ad condictionem triticariam, in qua merx petita tanti æstimatur quanti fuit eo die quo dari debuit *l. ult. D. de cond. trit. l. vinum, D. de reb. cred.* Quod pugnare videtur cum hac lege, quæ fidejussorem qui intercessit pro eo qui in diem mercem promiserat, tanti damnari significat quanti merx fuit fidejussionis tempore. Sed ut in *l. centum* posuimus post moram rei fidejussorem acceptum, ita hic ponendum arbitramur post diem quo merx dari debuit non ita multo cum actione triticaria stipulator agere vellet fidejussorem acceptum triticariæ actionis nomine, in qua utique ejus temporis æstimatio fuisset observata quo is fidejussit, quia eo tempore dari debuit. Nec mirum igitur si dicat Africanus, et conventum fidejussorem teneri quanti merx fuit eo tempore quo fidejussit. Puto etiam ad conditionem triticariam pertinere quod eodem libro Africanus scripsit de appellatione mercis, *L. 207. D. de verb. sign.* in hunc modum.

Mercis appellatione homines non contineri Mela ait, et ob eam rem mangones non mercatores, sed venaliciarios appellari ait, et recte.

Nam (*) si merx petatur condictione triticaria, tanti æstimatur quanti fuit eo die vel loco quo dari

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 22.*

debuit, aut non adjecto die vel loco, quanti fuit litis contestandæ loco et tempore, *l. ult. D. de cond. trit.* Sed videntur juris auctores mercem ea in re separasse a ceteris rebus. Nam *l. pen. eod. tit.* in ceteris rebus immobilibus aut moventibus, puta fundo, ædibus, homine, spectat rei judicandæ tempus, vel si homo interierit, mortis tempus, nisi si deteriores factæ sint post litem contestatam, vel alias post moram contractam. Et quod ait l. ult. idem juris esse de ceteris rebus, de ceteris rebus mobilibus intelligi posset, quæ sunt in merce, præter vinum, oleum, frumentum, quæ proposuerat initio. Exempli igitur causa tantum; quoniam et idem de ceteris mercibus juris est, a quibus merito homines separantur. Nam (ut Africanus ait) mercis appellatione homines non continentur: et ita *l. 1. C. de nundinis,* merces a venalibus separantur, et mangones a mercatoribus. Ratio autem differentiæ inter merces, et ceteras res reddi hæc posset, quod mercium pretium temporibus varietur, atque ita possit aliud esse litis contestandæ, aliud rei judicandæ tempore, et convenientius sit stricto judicio quanti fuerint cum peterentur, spectari: ceterarum rerum pretium non ita varietur, et ideo frustra sit si ante rem judicatam quis æstimationem earum spectandam esse dixerit: sed permanere melius est in his, quæ diximus in *l. 59. de verb. oblig.* quæque confirmabuntur Africani tractatu octavo. Accomodari etiam ex eodem libro potest ad tractatum condictionis arbitrariæ, *l. 3. D. de legation.* quia de eo loquitur quod certo loco dari oportet: et verba ejus hæc sunt:

Ad L. 3. de Legation.

Cum quæritur an in eum, qui in legatione sit, actio dari debeat, non tam interest ubi quis aut crediderit, aut dari stipulatus sit, quam illud, an id actum sit ut legationis tempore solveretur.

Qui Capuæ se soluturum promisit, Capuæ conveniri potest, licet ibi domicilium non habeat, quia ibi contraxisse videtur, *l. contraxisse, D. de obl. act. l. hæres, §. ult. ff. de jud.* et ubi quis contraxit, vel negotia gessit, vel deliquit (quæ omnia generali contractus verbo continentur) ibi potest conveniri, remota præscriptione fori, *l. hæres, §. 1. et §. proinde, ff. eod.* eleganter Theodosius *Nov.* 1. de amota mil. fo. præs. veteres leges specialiter fori præscriptionibus et contractus et negotia gesta et delicta subtrahere. Ab hac definitione excipiuntur legati. Nam ii, ne legationis munus impediatur, quo loco legatione funguntur, conveniri non possunt, licet ibi contraxerint ante legationem, aut promiserint constituerintve soluturos se, *l. 2. §. omnes, ff. de judic. l. eum qui §. 1. ff. de const. pec.* nisi id actum sit nominatim ut et legationis tempore solverent: et hoc est quod ait Africanus, Cum quæritur, etc. Finita legatione, recte convenientur ubi contraxerunt, vel ubi soluturos se promiserunt certi condictione, vel etiam arbitraria alio loco, quam quo soluturos se caverunt, congruo tamen et competenti, *d. l. hæres, §. ult.* Sequitur in *l. 18. de in diem addict.*

Ad L. Cum in diem 18. de in diem add.

Cum in diem duobus sociis fundus sit addictus, uno ex his pretium adjiciente, etiam pro ipsius parte a priore venditione discedi rectius existimatur.

In hoc titulo, De in diem addictione frequentia sunt hæc tria verba, primum, Addicere, quod est Projicere, *l. si pignora, ff. de evict.* Gallis, *Estrousser.* secundum, Adjicere: tertium, Abjicere, Addicere, est auctione constituta rem penes eum collocare, qui pluris licitus fuerit. Addicere in diem, est rem penes emptorem collocare hac lege, nisi quis intra diem certum meliorem condicionem attulerit. Adjicere, est meliorem condicionem afferre, veluti Auctarium adjicere, Supra adjicere, Pluris liceri. Abjicere, est adjectionem non recipere, *l. Sabinus, hoc tit.* Sciendum autem est ut duobus sociis rem communem vendentibus, et addicentibus in diem, unus ex eis potest adjicere, atque ita cum tota re etiam partem suam emere, *l. quod si uno. §. ut. hoc tit.* Ita duobus sociis ementibus quibus res in diem communiter addicatur, unum ex eis adjicere posse, ac similiter cum tota re partem suam emere. Fructus ergo interim perceptos restituere pro sua parte deductis sumptibus. Sequitur ex eodem libro *l. 8. ff. qui et a quib. mand.*

Ad L. Cum is qui 8. Qui et a quib. mand.

Cum is qui sub condicione debet, manumittat fideicommissi causa, lex Ælia Sentia locum habet. Si miles jure militari testamento facto, libertates dederit in fraudem creditorum, et non solvendo moriatur; impediuntur libertates.

Libertates datæ in fraudem creditorum, ipso jure nullæ sunt, id est, ex lege Ælia Sentia, *l. 27. hoc tit.* et institutione prima *in princ. tit. qui et quib. ex cau. man. non pos.* etiamsi testamento militis datæ sint, ut in secunda parte hujus legis Africanus ait, et confirmat, *l. in fraudem, in princ. D. de mil. test.* Quid autem si sint condicionales creditores? An et libertates in eorum fraudem datæ nullæ sunt? Sic videtur Africano in prima parte, et confirmatur *d. l. 27.* Nam et is

cui debetur sub condicione creditor est, et obligationem transfert in hæredem, et mitti in possessionem solet, ut exposui Observatione decima: et ideo ante condicionem nonnihil agit, sed male agit, *l. pecuniam, ff. de reb. cred.* Vulgo hæc prima pars valde depravata est. Primum a negatione, quæ delenda est ex auctoritate Florentinarum, et legendum ut scripsi Lex Ælia Sentia locum habet: deinde a verbo fideicommissi, in libris omnibus, pro quo jamdiu reposui, Fraudandorum creditorum, ac simul ex singulis his F. C. errorem creatum demonstravi Observatione quarta, quod contextus *βασιλικῶν* confirmat, in quo ita est. *Οὐδὲ ὑπὸ αἵρεσιν δεῖ προς περιγραφὴν τῶν δανειστῶν ἐλευθεροῦν.* et *τὸ κατὰ πόδας*: cujus verba hæc sunt, *Εἰ καὶ αἱρετικούς. τις ἔχει δανειστὰς, οὐδὲ εἰς περιγραφὴν τούτων δύναται οἰκέτας ἐλευθερῶσαι.* Restat adhuc ex hoc libro, *l. 6. ff. ad leg. Corn. de fal.*

Ad L. Si quis legatum 6. ad leg. Cornel. de fals.

Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur pœna legis Corneliæ: quamvis inutile legatum sit: Nam et eum teneri constat, qui eo testamento quod postea ruptum, vel etiam quod initio non jure fieret, legatum sibi adscripserit. Hoc tamen tunc verum est, cum perfectum testamentum erit. Ceterum si non signatum fuerit, magis est ut SC. locus non sit, sicuti nec interdictum de tabulis testamenti exhibendis locum habet. Prius enim oportet esse aliquod testamentum vel non jure factum, ut SC. locus sit. Nam et falsum testamentum id demum recte dicitur, quod si adulterinum non esset, verum tamen testamentum recte dicetur. Similiter igitur et non jure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, jure factum diceretur. Si institutus hæres exhæredationem nominatim filii vel aliarum personarum adscribit, S. C. tenetur Similiter et is qui libertatem sua manu ademit servi testatoris, et maxime cui a se legata vel fideicomissa data erant, S. C. tenetur. Si patronus testamento liberti legatum sibi scripserit, et venia impetrata abstinere legato jussus est, an emolumentum bonorum possessionis contra tabulas habere possit? et magis placet non posse. Nec tamen huic consequens est, ut etsi uxor dotem, vel creditor id quod in diem sibi deberetur sibi adscripserit, et similiter venia impetrata abstinere se legato jubeatur, aut mulieri dotis, aut creditori actio sua denegari debet, ne eorum uterque merito debito careat.

Ex edicto Claudii, Claudii Neronis (ut Svetonius scribit) et S. C. Liboniano, lege Cornelia de falsis tenetur testamentarius qui sibi sua manu hæreditatem aut legatum aut fideicommissum adscribit voluntate testatoris, propterea quod hac in re ei non debet obtemperare, sed alium poscere scriptorem. Nam ex hac causa testamentum recte scribitur diversa manu, *l. Divus §. ult. hoc tit.* Falsum est si quis sibi vel alii adscribat, ignorante testatore, et ob id *l. 11. hoc tit.* Cum jussu (inquit) testatoris hoc scripsit. Nam si ignorante eo, plane falsarius est, *l. 22. §. adimendo hoc tit.* Quasi falsum est, si quis sibi vel ei quem habet in potestate, vel ei in cujus est potestate, vel ei qui in eadem est potestate, voluntate testatoris legatum adscribat: et eadem pœna quæ falsi, in libero homine deportatio et bonorum omnium publicatio, in servo ultimum supplicium. Alioquin si liceret impune testamentario sibi adscribere, aperta esset via falsi committendi, nullo non alieni testamenti scriptore sibi adscribente aliquid vel inscio testatore. In testamentis scribuntur hæc, hæreditates, legata, fideicommissa, libertates, tutelæ, mortis causa capiones, libertorum adsignationes, codicillorum confirmationes, ademptiones, exhæredationes, injunctiones, præcepta, consilia, commendationes, æstimationes: et ad omnia pertinet S. C. Libonianum, *l. 22. hoc tit. l. ex sententia, De test. tut.* ac præter pœnam falsi, is etiam qui legatum sibi aut fideicommissum adscripsit, legatum non capit, quia pro non scripto est, et apud hæredem remanet cum onere. Regulariter ea quæ pro non scriptis habentur, apud hæredem remanent sine onere, *§. in primo, C. de cad. tol.* Sed ex S. C. excipitur hic casus, *l. filius, §. ult. l. cum quidam, hoc tit.* et alius favore libertatis, *l. cum vero, §. si pro non scripto, D. de fid. lib.* Id vero est quod Africanus ait hoc loco, quamvis inutile sit legatum, id est, quamvis pro non scripto sit legatum omne quod quis sibi adscribit, etiamsi alioquin utile foret, perinde tamen puniri eum qui sibi adscripsit, atque si falsum fecisset. Inutile enim legatum est quod pro non scripto est, *l. 1. De reg. Cat. l. in testamento, de cond. et demonst.* Idemque esse ait, si quis sibi adscripserit testamento non jure facto aut rupto. Quo casu legatum duplici ratione inutile est: sed non idem si imperfecto: quia quod est imperfectum, testamentum non est. Non jure fit testamentum ab initio si in eo desinit solemnia juris, *l. 1. De inj. rupt. test.* ut si non fiat directis et solemnibus verbis, si non solemni ordine, si in eo filiusfam. prætereatur, si non signetur manu testatoris, et breviter (ut ait hoc loco) si non fiat rite: quo articulo signi-

ficatur solemnitas et ordo juris civilis. Articulo, Recte, jus naturale. Et Isidorus non male, *Rite non esse recte, sed ex more.* Miles jure suo recte testatur, rite non testatur. Filiusfam. ingratus recte exhæredatur, rite non exhæredatur, si sub condicione, vel si ab uno ex hæredibus exhæredatur, vel si non nominatim, sed inter ceteros, et ideo pro præterito, non pro exhæredato habetur, *l. non putavit*, §. *non quævis*, *D. de bon. pos. cont. tab. l.* 2. *D. de inj. rup. test.* Condemnatus dicitur qui rite condemnatus est, *l.* 4. §. *condemnatum, de re jud.* etiamsi non recte. Rumpitur autem testamentum posteaquam factum est agnatione sui hæredis vel alio testamento. Imperfectum est, quod non est obsignatum septem testium signis, ut Africanus demonstrat hoc loco evidenter dum testamentum perfectum opponit non signato: et *l. hac consultissima*, §. *non subscriptum*, *C. de testam.* si modo, ut in veteribus et Codice Theodosii, in eo ita legatur, Non subscriptum a testibus ac non signatum testamentum, pro imperfecto haberi convenit. Cui lectioni convenienter subjicitur, Ex imperfecto testamento voluntatem tenere inter solos liberos. Et est igitur ea definitio accipienda non de quolibet testamento vitioso, sed de testamento non signato. Perfectum ergo testamentum est quod signatum est non minus quam septem testium signis. Nam ex eo prætor dat bon. possessionem contra tabulas, etiamsi non jure factum sit aut ruptum agnatione sui hæredis, vel etiamsi falsum esse dicatur. Ex non signato non dat bonorum possessionem, *l. cum tabulæ*, *D. de bonor. pos. sec. tab. l. posthumus*, *D. de inj. rup. test.* Itaque non signatum testamentum, plane imperfectum est, quia ne prætorio quidem jure valet. Ideoque ad testamentum imperfectum S. C. Libonianum non pertinet. Prius enim esse opertet testamentum, deinde quæri vera an falsa sint, vel quasi falsa quæ in eo scripta sunt: prius an sit, deinde quale sit testamentum; ut non ante juris ratio quam testamentum quæratur, ut de persona est proditum, *l. quidam*, *D. de ju. cod.* Non est autem testamentum quod imperfectum est. Qua de causa lex etiam Cornelia, si id dicatur aliquis dolo malo suppressisse, in eo locum non habet, *l. si quis aliquid*, §. *testamentum*, *D. de pœnis*, nec interdictum de tabulis exhibendis, nec edictum quemadmodum testamenta aperiantur. Nec obstat *l.* 1. §. *sive autem*, *D. de tabul. exh.* in qua enumeratis vitiis quæ jure civili testamenta turbant, veluti non jure facti, rupti, irriti, falsi, sic concludit: Itaque dicendum est ad scripturam testamenti imperfectam hoc interdictum pertinere. Non igitur accipit imperfectum testamentum sive imperfectam testamenti scripturam specialiter et proprie pro testamento non signato, in quo interdictum de tabulis proferendis locum non habet, sed generaliter pro testamento jure civili vitioso, ut in *l. si duobus*, §. *si prius*, *D. de bon. possess. secund. tab.* imperfectum testamentum dicitur non pro non signato, sed pro eo in quo filius præteritus est. Et ita in *l.* 2. §. 1. *D. quemadm. test. aper.* enumeratis vitiis testamentorum, puta falsi, irriti, injusti, rupti perinde juris actor concludit atque in *d. l.* 1. Itaque imperfecta solemus testamenta dicere. Sic legendum, non Item, (ut vulgo) non, Itemque, ut in Digestis Florentinis, alioquin essent imperfecta testamenta accipienda pro non signatis, et admittendum in eis edictum Quemadmodum testamenta aperiantur: quod ratio non patitur. Sane quæ prima Venetiis jam olim fuere excusa Digesta, habent Itaque, non Itemque: et fuerit stultus qui hoc non vehementer approbaverit. Uno tamen casu locus esse potest edicto Quemad. test. et interdicto de tabulis proferendis, et legi Corneliæ, et S. C. Liboniano: si imperfectum testamentum factum sit inter liberos, id est, si non sit signatum: quia ex Constitutionibus ad aliquid valet, et legatariis quibusdam proficit, ut docui *Nov.* 107. Sequitur in hac lege, *Si institutus hæres*, etc. Non eadem est ratio omnium quæ quis sibi vel in rem suam alieno testamento scribit: Nam si legatum aut fideicommissum sua sibi adscribat manu, dictante et volente testatore, legatum remanet apud hæredem: si hæreditatem, (uam et in hæreditate locus est S. Consulto, *l.* 22. §. *item si servo*, *hoc tit. l.* 1. *C. de iis qui sibi adscr.*) hæreditas transit ad substitutum vel cohæredem, vel ad legitimum hæredem. Si adscripserit patri vel domino, vel fratri, aut conservo, qui in eadem potestate est, æque pro non scripto est, sed non is tamen quasi falsarius punitur, cui adscriptum est, sed scriptor nisi pœnæ veniam impetraverit, *l.* 15. §. *plane*, *hoc tit.* Si servo sibi legato: codemque manumisso directo vel per fideicommissum hærede rogato manumittere, non legatario, quo casu libertas prævalet, *l.* 14. *ff. de leg.* 2. *l.* 10. *ff. de man. test. l. si servus*, *ff. de fid. lib.* nisi nominatim adimatur, legatarius idemque testamentarius servo libertatem sua manu ademerit jussu testatoris, valet quidem ademptio, sed servus remanet apud hæredem. Ac similiter si legatum sibi adscriptum rogatus restituere, fideicommissario ademerit jussu testatoris, ademptio non habetur pro non scripta: sed nihil tamen legatario prodest, quia servus remanet apud hæredem. Item si hæres institutus a se relicta legata aut fideicommissa ademerit, ademptio quidem valet, sed abstinere debet legatis, ergo et hæreditate tota: quia scindi hæreditas non potest,

id est, pro parte abstinere hæreditate non potest, quin etiam abstineat ex toto, *arg. l.* 5. *hoc tit.* Idemque erit si servo testatoris hæres institutus libertatem ademerit, et maxime (inquit Africanus hoc loco) cui a se legata, vel fideicommissa data erant: propterea quod sine libertate inutilia sunt, atque ita majori compendio suo prospexit. Hoc igitur casu præter pœnam falsi, vel pœna falsi forte remissa, necessario hæreditate abstinebit tota. Si sibi quis adimat, vel si se exhæredem scribat, ademptionem hanc vel exhæredationem senatus non habet pro non scripta, *l.* 22. §. *ult. hoc tit. l. non putavit*, §. *si quis*, *ff. de bon. poss. cont. tab.* Quod si hæres institutus exhæredem scribat filium aut filiam testatoris, aut nepotem vel neptem, ne scilicet præteritione eorum, aut nullum sit testamentum, aut hæredi scripto præteritus accrescat, valet exhæredatio, si sit subtitutus vel cohæres a quo testamentum sustineatur, hæres institutus hæreditatem non capit. Et ait Africanus, Nominatim filii, vel aliarum personarum: quoniam ante Justinianum filius solus exhæredandus erat nominatim, filia et ceteri liberi etiam inter ceteros poterant exhæredari, id est non nominatim. Scriptor testamenti quilibet est idoneus, ut servus aut filius testatoris, quemadmodum indicavimus supra: qui tamen adhiberi testes nequaquam possunt. Et simili modo mulier signare alienum testamentum non potest, scribere potest, ut constat ex §. *ult. hujus legis*, *et l.* 15. §. *pen eod.* Et male quidam interrogatus in *l. uxori*, *hoc tit.* cur non dixisset Paulus, Vel marito. Quia (inquit) mulier scribendo alieno testamento non adhibetur. Imo quia in marito hoc erat certissimum: in uxore dubitabatur, propterea quod est in potestate viri, quæ scilicet convenit in manum. Hæc enim proprie uxor est, et materfamilias: et his qui sunt in nostra potestate adscribere vetamur, sed his demum qui proprium nihil habere possunt, et qui testamenti factionem non habent. Uxor quæ fuit in manu bona habuit propria, et testamentum facere potuit. Sequitur, *S. patronus*, *etc.* Eum qui sibi voluntate testatoris adscribit, quodammodo durum erat teneri perinde ac si falsum commisisset. Quapropter venia legis Corneliæ dabatur plerisque, indulgentia principis, aut Senatus, ut puta mulieri, et militi, et minori XXV. *l.* 5. *l.* 15. §. *pen. hoc tit. l. pen. C. de iis*, *qui sibi adscrib.* non aliis juris ignorantiam prætendentibus, *d. l.* 15. §. 1. Item generalis subscriptio testatoris, quod dictavi et recognovi, idonea erat causa impetrandæ veniæ legis Corneliæ, non veniæ capiendi, *d. l.* 15. §. *plane*, *l.* 2. *C. eod.* Specialis, quod Titio dictavi et recognovi, etiam veniæ capiendi, et hoc in extraneo: Filius enim familias et servus, qui jubente patre, vel dominio sibi aliquid scripsit, necessitate potestatis excusatur: et ideo generalis ei subscriptio prodest, tam ad pœnam falsi evitandam, quam ad capiendum, *l.* 1. §. *inter*, *hoc tit.* Vel si nulla fuerit subscriptio, facile impetrat veniam pœnæ, non etiam capiendi, *l. ult. C. de iis qui sibi adscr.* Idemque citra potestatis vinculum erit, si qua alia subsit parendi necessitas, vel non subsit honesta excusatio non scribendi, quod testator dictat: ut si filius dominæ imperet matris servo, ut sibi vel dominæ scribat, *d. l.* 15. §. *pen.* Si uxor domini, ut servus mariti sibi vel marito scribat. Idemque de ceteris dicendum, qui reverentiam testatori debent, etiamsi in ejus potestate non sunt, qui nec eum sine venia in jus vocare possent. Quod si ubi nulla testamento subdita est scriptio testatoris, concurrat duplex ratio veniæ, exempli gratia: Jussus patris dictantis filio voluntatem suam, et minor ætas scriptoris: hoc casu non tantum pœna remittetur, sed etiam capiendi jus potestasque erit, *l.* 5. *hoc tit.* Posset et Princeps et Senatus ex aliis plerisque causis testamentario pœnæ veniam dare. Pone igitur, patronum qui sibi testamento liberti legatum adscripserat, veniam aliqua ex causa impetrasse, capiendi jus non impetrasse, an quasi præteritus petere potest bonorum possessionem contra tabulas? Minime: nam quantum in liberto fuit, is patronum non præterivit: et veniæ, quæ datur hac lege, si legato abstineat, fiet fraus, nisi et emolumento bonorum possessionis abstineat, in quo tantum est quantum in legato: ac præterea agnovisse videtur judicium liberti, qui sibi legatum scripsit. Submovendus igitur bonorum possessione contra tabulas. Idemque in filio emancipato esse palam edicit *l.* 14. §. *maritus*, *hoc tit.* Accursius negat, motus *l.* 1. *C. de iis qui sibi adscr.* cujus alia species est. Loquimur enim de patrono, aut filio emancipato, qui sibi legatum adscripsit alio hærede scripto. *L.* 1. loquitur de filio emancipato, qui se hæredem scripsit, cum solus esset solusque rem ab intestato obtinere posset. Hunc frustra dixeris hæreditatem non capere ex testamento, quam mox sit percepturus ab intestato, *arg. l. posthumus*, *ff. de inj. rup. test.* imo meliorem ejus condicionem feceris, quod et in patrono dici eadem ratione potest. Nec pœnæ locus fuerit in eo, qui neminem eo facto læsit. Videtur autem error esse *d. l.* 1. in illis verbis, *Functus dulci officio*, pro quibus Basilica habent hoc unum τελουτων. Itaque videamus an sit legendum, *Functus lucis officio*, ut *l.* 1. *C. Th. de hær. pet.* Ceterum quod dixit Africanus de patrono, ut si legatum sibi adscripserit testamento liberti, et venia impetrata abstinere legato

jussus sit, abstinere etiam debeat emolumento bonorum possessionis, id recte subjicit non esse temere trahendum ad consequentias. Nec enim idem in uxore dici posse, quæ sibi dotem adscripsit testamento viri, nec in alio creditore in diem, qui sibi pure creditum scripsit, in utroque valet legatum propter commodum repræsentationis, ut si se abstinuerit legato venia impetrata, abstineat etiam se credito: Ne (inquit) eorum uterque merito debito careat. Merito debetur quod ex contractu debetur, non quod ex legis providentia. Patronus non est creditor: nam et Pauliana non continetur, sed Fabiana vel Calvisiana. Impubes adrogatus cui debetur quarta Antoniana, non est creditor. Nam et hic non Paulianam, sed utilem Fabianam aut Calvisianam habet. Et similiter filii quibus debetur quarta legitimæ portionis, creditores non sunt, quia eis ea ex legis providentia debetur, non ex obligatione. Recte autem in creditoribus exigitur impetratio veniæ. Alioquin cum omnibus bonis etiam creditum publicaretur.

AD AFRICANUM

TRACTATUS IV.

Ad L. Cum hæreditas 56. *de petit. hæred.*

Hac parte tractabuntur Africani leges ex lib. 4. Quæstionum, e quibus prima occurrit in Digestis *l.* 56. *de pet. hæred.*

Cum hæreditas petita sit, eos fructus quos possessor percepit, omnimodo restituendos, etsi petitor eos percepturus non fuerat.

Manifesta est hæc Africani sententia, post litem contestatam perceptos fructus etiam a bonæ fidei possessore restituendos esse, quamvis eos petitor percepturus non fuerit, hoc in hæreditatis petitione. Sed eadem ratio intervenit in rei vindicatione, ne lucrum faciat possessor ex ea re, quæ in lite esse cœperit, *l. Julianus*, §. *ult. de rei vind.* Quæ ratio reddita in causarum restitutione, *l.* 55. quæ præcedit, mihi videtur et in hac quæ est de fructibus restituendis, repetenda esse. Et exemplum poni potest in quæstu inhonesto, quem forte ex ea re honestus petitor percepturus non fuerit, *l.* 28. *l.* 52. *hoc tit.* Ubi ratio exprimitur, ne honesta interpretatio non honesto quæstui lucrum possessori faciat, id est, ne si interpretemur honestum esse, ne petitor desideret inhonestum quæstum sibi restitui, hac ratione efficiamus, ut inhonestus quæstus remaneat apud possessorem: quod est indignum. Nam vel utrique auferendus est, vel, si alterutri dandus, innocenti potius quam nocenti. Innocens est petitor. Extra causam fructuum, exemplum poni potest in legato, quod servus possessori acquisierit capaci, petitore incapace, sed hoc in petitione hæreditatis neque semper, neque passim ita poni potest: Nam si possessor verus hæres non fuerit, ei legatum servus non acquirit. Sin autem possessor hæres scriptus fuerit, et agat adversus eum patronus præteritus possessoria hæreditatis petitione jure bonorum possessionis contra tabulas, vel si agat adversus eum filius exhæredatus petitione hæreditatis de inofficioso (his duobus casibus petitio hæreditatis datur adversus verum hæredem) restituit petitori possessor, quod interim extra rem suam per servum hæreditarium acquisivit, *l.* 52. *hoc tit.* ubi, Per servum acquisitæ res hæredi, id est possessori, restituendæ sunt, petitori scilicet. Quod illis tantum duobus casibus procedit. Nam regulariter hæreditatis petitio non datur in hæredem justo testamento scriptum. Et sequitur, *Cum interim*, id est, quia interim hæreditatis universa, et servus, et res per eum acquisitæ, in bonis possessoris fuerint. Græci, *ἐν τῷ τέως γὰρ τοῦ γεγραμμένου κληρονόμου εἰσίν.* Legatum ergo quod per servum interim acquisierit, restituet petitori, etiamsi cum petitore testamenti factio non fuerit: ne lucrum ex eo quod propter hæreditatem accepit possessor faciat, sicut emptor servi qui agit redhibitoria, restituit legatum vel hæreditatem, et omne quicquid extra rem suam per servum acquisivit, etiamsi eum venditore testamenti factio non fuerit, *l. cum autem*, §. *ult. C. de ædil. ed.* Sic igitur consequitur venditor amplius quam non haberet, si venditio facta non esset: quod est contra §. *jubent*, *l. cum autem.* Et hoc quidem curandum esse fateor quantum potest, ut uterque resoluta emptione, nihil amplius consequatur quam non haberet, si venditio facta non esset. Sed cum non potes repellere venditorem ab eo quod non haberet, si venditio facta non esset, quin admittas eadem opera emptorem ad id quod non haberet, si venditio facta non esset, ut in casu proposito: melius est non repelli venditorem, quam admitti emptorem, ne lucrum ex redhibita re emptor faciat. Recte autem Africanus hoc loco de fructibus perceptis loquitur: nam percipiendorum longe alia ratio est. Hi enim duntaxat in petitionem hæreditatis, vel in rei vindicationem veniunt, quos percipere petitor honeste potuit, *l. si navis*, §. *ult. l. fructus, De rei vind.* et ibi Accursius. Nunc transeamus ad *l.* 19. *ad SC. Vell.* cujus prima tractatio hæc sunt quæ habet verba.

Ad L. Tutor 19. *ad Senat. Vellej.*

Tutor pupilli decesserat hærede instituto Titio: cum de adeunda hæreditate dubitaret, quo-

niam male gesta tutela existimaretur, persuadente matre pupilli ut suo periculo adiret, adiit, stipulatusque de ea est, indemnem se eo nomine præstari. Si ex ea causa Titius pupillo aliquid præstitisset, isque matrem conveniret, negavit exceptioni senatusconsulti locum esse, quando vix sit ut aliqua apud eumdem pro eo ipso intercessisse intelligi possit. Nec dissimilem huic propositioni ex facto agitatam, cum quidam vir prætorius decessisset, duobus filiis superstitibus, quorum alter impubes esset, et alter legitimus tutor fratri esset, et cum paterna hæreditate abstinere vellet, mandatu uxoris defuncti, quæ mater pupillo esset, abstento pupillo, solum se hæreditati miscuisse. Ubi similiter se respondisse Julianus ait, si ex ea causa agente pupillo damnum eo nomine passus esset, non impediri eum senatusconsulto quo minus a muliere rem servaret. In proposita specie et illud tractandum est, an is qui mandato mulieris adierit, si damnum ob id patiatur, quod debitores hæreditarii solvendo non fuerint, senatusconsulto locus sit, quasi quodammodo eorum obligationes mulier susceperit. Magis autem est, ut ne ob hanc quidem causam senatusconsultum locum habeat, quando non ea mente fuerit, ut pro his intercederet, sed tutoris adversum pupillum, et ceteros forte creditores indemnem hæredem præstaret. Denique si ponamus mulierem in emptionem hæreditatis eo nomine damnum pati, quod debitores hæreditarii solvendo non sint, nulla (puto) dubitatio erit quin senatusconsulto locus non sit, etiamsi maxime creditoribus aliquantum præstiterit. Quid ergo, si, cum propterea de adeunda hæreditate dubitaret Titius, quod parum idonea nomina debitorum viderentur, mulier hoc ipsum repromisit, ut quanto minus a quoquo eorum servari posset, ipsa præstaret? prope est ut sit intercessio.

SC. Vellejano succurritur mulieribus, quæ pro aliis intercesserunt, exceptionis, replicationis, condictionis ope. Exceptionis, si nondum solverint. Replicationis, in specie *l.* 17. §. 1. *l. fi.* §. *item si mulier, hoc tit.* Condictionis, si solverint, *l. qui exceptionem, De cond. ind. l.* 8. §. *interdum, l.* 24. §. 1. *l.* 51. *hoc tit.* Quid vero est intercedere? Recipere alienam obligationem veterem aut novam, *l.* 8. §. 1. *hoc tit. l. feminis, C. eod.* Veterem recipiunt mulieres, aut participando, aut eam in se transferendo, *l.* 4. *C. eod.* Participando, ut si fidejubeant vel constituant pro alio, quia novatio prioris obligationis non fit: vel si mandent alii pecuniam dari, quia obligatio mandati, accessio etiam est principalis obligationis: vel si res suas aut sibi obligatas pignori obligent pro alio. Nam etsi non in personam suam, in res tamen suas veterem obligationem recipiunt: et ut mulierum personis succurri æquum est, fidejussoribus, procuratoribus, hæredibus, ita et bonis earum, *l.* 6. *C. eod.* Transferendo autem in se, et transfundendo veterem obligationem recipit mulier, ut si expromittat pro alio, quo casu veteris obligationis novatio fit: itemque si alienum debitorem in judicio defendat, *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Nam et hoc casu quasi novatio fit, *l.* 2. *C. de pact.* Novam obligationem recipit, ut si, cum alius esset pecuniam mutuam accepturus, interposita sit mulier quæ acciperet, et se ab initio ream constitueret. Quo genere non recipit quidem obligationem quæ constiterit in alio, ut superioribus casibus (nec enim in nullo alio ante constitit) sed recipit alienam obligationem, id est, quam alius erat subiturus, nisi ipsa intervenisset. Utrumque genus intercessionis notatur his SC. verbis, *Fidejussiones aut Mutui dationes.* Quæ fidejubet pro alio, recipit veterem alienam obligationem: cui vero mutuum datur pro alio, recipit novam. At duo tantum iisdem verbis obligationum genera notantur, Stipulatio non novandi animo interposita, quæ fidejussio dicitur, et mutuum. Sed idem obtinet in quocumque alio contractu, *l.* 2. §. *pen. h. t.* ut si obligationem, quæ in alio principaliter consistit, recipiat (quemadmodum dixi) constituendo, aut mandando, aut expromittendo, aut defendendo, aut res suas pignori dando, vel si novam, id est, eam quæ in alio non constitit, recipiat non mutuum accipiendo, sed etiam promittendo, vel quocumque alio genere contrahendo pro alio, *l.* 8. §. *si cum essem. h. t.* Et recepta quidem nova obligatione, si mulier utatur beneficio SC. Vellejani, id est, exceptione intercessionis, vel condictione soluti ex intercessionis causa, nova utilis actio in eum instituitur cui bono fuit mulieris intercessio, perinde atque si in ejus persona, quæ numquam constitit obligatio, aliquando constitisset. Recepta autem veteri obligatione, vel si novata non fuerit, in debitorem solum efficax actio directa est, non in mulierem: vel, si novata fuerit, rescissa intercessione restituitur utilis actio in veterem debitorem: quæ et restitutoria dicitur, et rescissoria sæpe in hoc titulo. Restituitur vel instituitur per prætorem, *l.* 16. *in fi. l.* 29. *h. t.* et inde causa edicti prætorii ad SC. *l.* 19. *C. eod.* Competit tamen utraque ipso jure statim atque mulier intercessit, *l.* 24. §. *pen. et ult. h. t.* Aliud est competere, aliud dari, institui, restitui actionem. Non quæcumque competit simul et datur et competere potissimum transmissioni prodest, *l.* 9. §. *ult. l.* 10. *ff. de tut. et rat. dist. l.* 5. *C. qui admit.* Competere, est nasci *l.* 1. §. *ad hæc, C. de an. exc.* Posset quæri quid sit, quod Senatus ait, *Ne eo nomine ab his petitio, neve in eas actio detur.* Et

responderim petitionis nomine, vindicationem, actionis, condictionem significari, eoque demonstrari alias ex intercessionum causa dari condictionem, alias vindicationem, sed utrique obstare exceptionem intercessionis. Datur vindicatio (nam de condictione non ambigitur) ut si res suas mulier pignori obligaverit. Et recte, *Ab his, et In eos.* His verbis, Eis et In eos, significantur actiones activæ, et passivæ, id est, quas dictamus quasque patimur. His vero, Ab his, et In eos, significantur actiones in rem, et in personam. Vindico a te. Ago in te. His cognitis, pone quod Africanus initio hujus legis, Tutor pupilli nondum reddita tutela decessit, hærede instituto Titio: cui cum esset suspecta hæreditas, atque ideo in ea adeunda cunctaretur et subsisteret, persuasit mater pupilli, ut adiret suo periculo, et cavit de indemnitate. Cautio necessaria fuit. Nam ex persuasione non nascitur obligatio, nisi dolus malus intervenerit, *l. ult. ff. de dolo.* Sed neque ex dicto, ut in fideicommissaria hæreditate restituenda, fideicommissario dicente suo periculo adiri, non nascitur obligatio, nec etiam necessaria est cautio indemnitatis, quia ipso jure indemnis est hæres ex SC. Trebelliano, et in specie *l. nam quod §. ult. et l. cogi, §. idem quærit, ff. ad Trebel.* cautio etiam offertur frustra. Ex mandato tamen obligatio nascitur, *l. si hæred. ff. mand.* Quæritur autem in specie proposita, an cautio indemnitatis a muliere præstita, intercessionem faciat. Et respondetur non facere: rectissime. Nam alienam obligationem mulier non recepit, sed ipsa fecit hanc obligationem, *l.* 8. §. 1. Et intercedere, est alienam obligationem recipere, id est, se vel res suas obligare pro alio. At obligavit etiam se in hac specie mulier pro hærede tutori: hoc nego. Obligavit enim se hæredi verius quam pro hærede: et si hæredi, non ergo pro hærede. Nec enim potest se eidem quis pro eodem obligare, *l. Granius, ff. de fidejuss.* Et pro alio is demum se obligat ac vere intercedit, qui se alii pro alio obligat. Est enim intercessor inter duos veluti medius quidam, et sequester. Igitur si in specie, sive propositione, ista (sic rhetoricam non dialecticam quæstionem Africanus et Julianus vocant, ut in *l.* 20. *ff. de hæred. ven. l. si pecuniæ, ff. ut in poss. leg. l.* 20. *ff. de reb. cred.*) Titius qui periculo mulieris adiit, actione tutelæ conventus pupillo aliquid præstiterit, et eo nomine cum muliere agat ex stipulatione indemnitatis, non dabitur mulieri exceptio intercessionis: idemque agitasse (quod verbum est Africani proprium, *l. idque, ff. de act. emp.*) et respondisse Julianum, idem Africanus refert hoc loco, in filio, qui cum (Flor. male, *eum*) non esset misturus se hæreditati paternæ, pupillum fratrem misturus forsitan esset mandante noverca matre pupilli fratris sui consanguinei, cujus tutor legitimus erat, hæreditate utrique ab intestato delata pupillum abstinuerat, et miscuerat se solus, ei scilicet agenti mandati quod conventus judicio tutelæ ob causam abstenti pupilli aliquid præstitisset, nihil obesse exceptionem intercessionis, quia nulla fuit mulieris intercessio. Non omnis fidejussio, non omnis repromissio indemnitatis, intercessio est: et ita non omne etiam mandatum, intercessio est. Frater fratris hoc loco dicitur tutor legitimus, et male Accur. Legitimus, id est, fiduciarius. Cum enim uterque mansit in eadem potestate, ut in hac specie, pubes impuberi tutor est legitimus, *l.* 3. *C. de except. l.* 9. §. 1. *ff. de tut. et rat. dist. l.* 1. *ff. de leg. tut.* in illo loco consanguineis, id est, fratribus. Sed et emancipatus suo ex constitutione Anastasii, quia hæres, et tutor et curator est legitimus, *l. frater, C. de leg. tut. l. ne lucrum, C. de cur. fur.* Emancipato autem impuberi pubes frater suus aut emancipatus, tutor est fiduciarius. Proprie tutor fiduciarius est pater fiduciarius, cui pater naturalis filium emancipavit ea lege, ut manumitteret: vel pater naturalis, qui in emancipatione manumissor extitit contracta fiducia, quod nomen transmittit in liberos suos fratres impuberis emancipati, et permanet in eis etiam hodie, non in emancipatore, qui cœpit haberi pro legitimo tutore, quasi patronus. Sed ad rem. In utraque propositione tentari posset mulierem intercessisse, hac ratione, quia hæredi adeunti aut miscenti se, cavendo de indemnitate, et de eo damno cavere videtur quod inopia aut egestas debitorum attulerit. Quod si verum est, ergo pro debitoribus hæreditariis apud hæredem intercessit. Sed Africanus id verum esse negat: Nam dubitanti de adeunda hæreditate, quoniam pupilli male gesta tutela existimaretur, mater mandavit aut persuasit ut adiret, et indemnem eum præstare promisit. Indemnem ergo ob eam causam, quæ dubitationem injiciebat hæredi: et adversus pupillum igitur. An et adversus ceteros creditores? *Forte* (inquit Africanus) videndum enim quid actum sit: an et si propter debitorum inopiam in damno versaretur hæres: non utique: hoc enim contrahentibus non venit in mentem. Igitur si hæres mandati agat, vel ex stipulatione indemnitatis, quod pupillo aliquid præstiterit, non tuebitur se mulier exceptione SC. hoc prætextu, quod indemnitati præstandæ se obligaverit non tantum adversus pupillum, quod intercessio non est: sed etiam si forte debitores hæreditarii solvendo non essent: quod intercessio est: nec enim se in eam causam obligavit. Et etiam si se in eam causam obligasset, conventa ex alia causa, quæ intercessionis speciem non habet, non posset (opinor) se auctoritate SC. tueri: nec enim

utilis obligationis pars vitiatur per inutilem. Eademque ratio intervenit, si mulier emerit hæreditatem: quo casu venditori cavet de indemnitate, sed adversus creditores tantum, *l. si ex pluribus, ff. de hær. vend.* Ideoque vel ipsa creditoribus solvere, vel venditori quod solverit, præstare debet: nec agente venditore, mulieri dabitur exceptio SC. hoc colore quasi inopia debitorum in eam redundet, ac proinde simul ipsa pro eis videatur intervenisse, vel si ipsa creditoribus hæreditariis solverit, ex causa SC. ei non dabitur conditio. Denique emptio hæreditatis, et quæ eam consequitur indemnitatis cautio, intercessio non est, licet penuria debitorum mulier oneretur, nec enim id agitur principaliter, ut pro eis intercedat. Et ad summam, quæ per consequentias venit intercessio, non principaliter fit, non pertinet ad SC. vellejanum. Si tamen ab initio id palam actum sit, cum hæres ideo nollet adire, quod debitores hæreditarii existimarentur non esse solvendo, ut quanto minus servari ab eis posset, mulier præstaret, non ambigitur intercessionem esse, quia æs alienum palam fide sua esse jubet. Sed et in specie *l. si mater, C. eod.* quam huic interpretes objicere solent, manifeste intercessio est, non tantum si tutore se excusare volente, mater pupilli indemnitatem remiserit, sed etiamsi tutorem pupillo petierit, et periculum tutelæ susceperit. Priore enim casu pro pupillo tutori se obligat, contrariæ actionis tutelæ periculum suscipiendo: posteriore autem, pro tutore pupillo se obligat, directæ actionis tutelæ periculum suscipiendo. In specie autem proposita initio hujus legis, pro hærede tutoris mulier se eidem hæredi obligat, quod non est intercessio. Et ita accipiendum est quod Paulus scribit *lib. 2. Sentent. tit.* 11. Mulierem quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, ad beneficium SC. non pertinere: si videlicet pro tutoribus, non filiis suis, sed tutoribus ipsis, indemnitatem promisit.

Quam distinctionem Bulgarus etiam approbavit. Sequitur alia quæstio:

Cum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet: nec tu mulieris nomen propter SC. sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi: et stipulanti mihi promisit, ignoranti in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi jussit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, stipulanti tibi promisi. Quæsitum est si eam pecuniam a muliere petam, an exceptio SC. ei prosit. Respondit, videndum ne non sine ratione dicatur, ejus loco qui pro muliere fidejusserit, haberi me debere: ut quemadmodum illi, quamvis ignoraverit mulierem intercedere, exceptio adversus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat: ita mihi quoque adversus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur, quando hæc obligatio periculo mulieris futura sit. Et hæc paulo expeditius dicenda, si prius quam ego tibi pecuniam solverim, compererim eam intercessisse. Ceterum si ante solverim, videndum utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adversus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam possim, an vero perinde habendum sit ac si initio ego pecuniam mulieri credidissem, ac rursus tu mihi in creditum isses: quod quidem magis dicendum existimavit, ut sic SC. locus non sit: sicut et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quæ postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta, mulier non obligetur. At in propositio alienam obligationem in se transtulerit, quod certe senatus fieri noluerit.

Persequemur hoc loco eamdem quæstionem, quando videatur mulier intercedere. Sed in eam nunc simul veniet etiam alia, an ignoranti creditori noceat exceptio intercessionis. Non intercedit mulier quæ solvit quod mihi debet creditori meo, me jubente, vel ultro me non jubente. Nam etsi mihi nihil debeat, et solvat creditori meo, SC. locus non est: quia obligatæ mulieri Senatus succurrit, non solventi ex alia quam intercessionis causa, non donanti, non diminuenti, vel alienanti. Nec quæ ætatis ratione circumscriptis datur restitutio in integrum, datur etiam solius sexus ratione, *l. ult. in princ. hoc tit.* Idemque erit, si vel quæ mihi debet, vel quæ mihi nihil debet, debitorem suum delegaverit creditori meo, quia delegatio pro solutione est: et neutro casu mulier obligatur. Senatus autem (ut dixi) obligationibus tantum mulierum occurrit. Quid autem si cum delegaverit mulier qui debitor ejus non fuit, quasi debitorem? Et hoc casu, quia ipsa obligatur ei quem delegavit judicio mandati, videndum utrum finxerit ipsa eum esse debitorem suum, an creditor sciens eum non esse debitorem, id egerit ut sibi delegaretur quasi debitor, ne mulier ipsa fidejuberet, aut expromitteret. Priore casu delegato adversus creditorem S. C. exceptio non datur, quia creditor nescivit mulierem intercedere: posteriore casu datur, vel soluti condictio: ac similiter mulieri adversus delegatum, qui solverit ei cui delegatus est ignoranti intercessionem mulieris, datur exceptio SC. si delegatus scierit mulierem intercedere: non datur, si nescierit, *l.* 6. 7. 30. *et l.* 8. §. *plane, l. ult.* §. *si mulier, hoc tit.* Et contra indistincte adversus eumdem datur, si solverit cui delegatus est non ignoranti intercessionem mulieris, quia soluti condictionem habet. Eademque ratio servatur in fidejussore mulieris:

nam sive scierit mulierem obligari alieno nomine, sive existimaverit eam obligari suo nomine, et solverit scienti creditori, non aget efficaciter actione mandati, quod hoc loco demonstratur, simul ac fidejussori adversus eum apud quem fidejusserit, qui modo scierit mulierem intercedere, dari exceptionem SC. sive ipse fidejussor idem illud scierit initio, sive rescierit postea, vel, si hoc semper ignoraverit, atque ita solverit, etiam condictionem. Nam beneficium SC. porrigitur etiam ad fidejussores et procuratores mulierum. In ea autem muliere, quæ se obligat alieno creditori, ita distinguimus. Aut debitrix est ejus pro quo se obligat, aut non. Si non est debitrix, locus est SC. etiamsi quasi debitrix alieno creditori delegata sit, *l.* 17. *hoc tit. l. doli*, §. *diversum, de do exc.* nisi ipsa scierit se debitricem non esse, et imposuerit creditori alieno. Ad quem casum Marcelli sententiam coarctandam esse opinor in *l.* 8. §. *si mulier hoc tit.* alioquin vehementer pugnabit Marcellus cum ceteris. Deceptæ non decipienti senatus opitulatur, *l.* 2. 25. 30. *hoc tit.* Sin autem debitrix est mulier, et delegetur creditori creditoris sui ac promittat, locus SC. non est, *l. debitrix, hoc tit.* quia cum deleganti suo nomine obligata fuerit in rem suam videtur obligari, non in rem alienam. Sed quid si debitrix ultro promittat creditori creditoris novandi animo, vel non novandi animo? an intercedit? Et videtur hac in re pugnare *d. l. debitrix cum l.* 2. *C. eod.* Sed verius est ipsam intercedere, quia in rem suam non obligatur: nec enim se eo facto liberat a creditore suo. Et hoc est, quod ait *d. l. debitrix*. Sed si pecuniam promisit ne delegetur, id est, si maluit promittere quam delegari, intercessisse videtur. Interdum tamen et eo facto liberat se, et his sane casibus non videtur intercedere, *l.* 2. *l. aliquando hoc tit.* Et ita accipienda est *l.* 2. *C. eod.* Dixi obligatæ senatum opitulari, non solventi pro alio. Quid sit ut solvat meo creditori, rogatu meo obliget se alii, puta a Titio sumpta pecunia mutua? Et verius est tunc videri eam intercedere: nam pro me ream se constituit, etsi non eidem creditori cui ego debeo, alii tamen propter me, id est, ut me liberet obligatione, atque ita quodammodo meam obligationem in se transcribit. Denique intercedit non tantum quæ pro me, id est vice mea, sed et quæ pro me, id est propter me se obligat. Nocet igitur Titio exceptio, sed scienti tantum, id est, si scierit in quam rem mulier mutuaretur, non ignoranti, *l. Seja*, §. *ult. hoc. tit.* At finge, Mulier pro Titio apud te intercessura erat: non intercessit tamen, quia tu personam sive nomen mulieris sequi noluisti. Quapropter mox solutura tibi, me rogavit pecuniam mutuam, nec solvit ipsa tamen, sed jussit me tibi eam pecuniam solvere, et cavit se mihi reddituram. Ego nesciebam quid ageret, imo existimabam eam pecuniam tibi illam debere suo nomine: ideoque sequutus bona fide mandatum mulieris, cum pecuniam mihi non esset in promptu, promisi stipulanti tibi me eam soluturum. Quæritur an sit SC. locus. Et post multam disquisitionem concludit Africanus hoc loco ex Juliani sententia, SC. locum esse, quia mulier mihi obligata est. Igitur, sive rescivi antequam solverem, mulierem in rem Titii intervenisse, te agentem ex stipulatu repellere possum exceptione SC. perinde ac si fidejussor essem mulieris, vel si te non repulero, repellet me agentem mulier, sive ignorans solvi, condicere tibi possum quod solvi per errorem, et consequenter adversus mulierem si agam, ipsa repellet me exceptione SC. Sed hoc ita procedit, si tu scieris mulierem intercedere. Alioquin ignoranti non nocet, ut puta si ego finxerim me ultro intercedere pro Titio, non ex mandato mulieris. Et hæc verior est hujus propositionis definitio. Variavit in ea Julianus. Comparabat me primum debitori a muliere delegato, cum tamen res ita sit gesta. Rogavit me mulier mutuam pecuniam: ego dare volui, sed ipsa jussit me tibi dare: ego tibi promisi: non sum debitor mulieris, ac proinde jussio illa, delegatio non est. Sed tamen comparabat eam Julianus delegationi, ideoque SC. dicebat locum non esse, et perinde habendum ac si initio ego mulieri pecuniam credidissem: ac rursus tu mihi in creditum isses, id est, fidem meam sequutus, me vice Titii creditæ pecuniæ reum recepisses: quo genere cessat SC. Vellejanum. In creditum ire, est mutuum aut promutuum contrahære: et promutuum contrahit qui vice debitoris se reum creditori constituit. At postea, id est, in posterioribus libris, vel posteriori tempore, Julianus sententiam mutavit: et merito, quia quæ re vera delegat debitorem suum, non obligatur. In hac specie mulier vi ipsa alienam obligationem in se transfert, dum se mihi obligat, qui me obligo quive solvo creditori alieno: et fraus quæsita videtur SC. Variavit Papinianus, *l. ult. C. de furt. l. si venditor, ff. de ser. exp.* variavit Ulpianus, *l.* 1. *C. de emend. Cod. Just.* variavit Scævola, *l. qui bona, ff. de adq. rer. dom.* quibus parum cognosse, quod per se turpe non est, turpe fuisset, si in eo perseverassent. Hic locus etiam Julianum variasse probat. Nam his verbis, Ait, Existimavit, significatur Julianus quem nominaverat ante, atque etiam ubique in his Africani libris, *l. si quando, et seq. l. si a pluribus, De leg.* 1. *l. filiof. De cond. et dem.* et aliis locis innumeris. Valet enim apud Africanum Juliani auctoritas etiam sine ratione, ut admonuimus jam supra initio primi Tractatus. His

apte conjungimus ejusdem Africani l. 17. cujus prima pars hæc est.

Ad L. Vir uxori 17. ad Vellej.

Vir uxori donationis causa rem viliori pretio addixerat, et in id pretium creditori suo delegaverat. Respondit venditionem nullius momenti esse: et, si creditor pecuniam a muliere peteret, exceptionem utilem fore, quamvis creditor existimaverit mulierem debitricem mariti fuisse. Nec id contrarium videri debere ei, quod placeat, si quando in hoc mulier mutuata est, ut marito crederet, non obstaturam exceptionem, si creditor ignoraverit in quam causam mulier mutuaretur: quoniam quidem plurimum intersit utrum cum muliere quis ab initio contrahat, an alienam obligationem in eam transferat. Tunc enim diligentiorem rem esse debere.

Quod diximus supra, mulierem non debitricem adjuvari S. C. Vellejano, si quasi debitrix delegetur alieno creditori, et promittat, id ab Africano respondetur hoc loco in specie hujusmodi. Vir uxori donationis causa rem xv. vendidit quinque. Inter exteros hæc venditio valet, inter maritos non valet, *l. si quis donationis*, *D. de cont. empt.* quia fit in fraudem juris civilis, quo inter maritos prohibitæ donationes sunt. Igitur quinque viro uxor non debet: et, si in illa quinque delegetur creditori mariti quasi debitrix, locus est SC. quamvis creditor existimaverit mulierem viro debuisse. Quo casu nec ipse mulierem decepit, qui existimabat debitricem delegari, nec mulier, quæ putabat se debere quinque, ignara juris civilis. Vir decepit utrumque: in eum igitur a prætore restituetur actio. Obstat *l. 8. §. si mulier*, *hoc tit.* in qua Marcellus negat locum esse SC. si mulier quæ contra SC. promisit alieno creditori, ab eo alii delegetur quasi debitrix. Sed hoc (ut diximus supra) non aliter locum habere potest, quam si mulier scierit se non teneri, et finxerit forte se teneri ex alia causa, creditor ignoraverit. Nam si uterque ignoraverit, vel uterque scierit, vel mulier ignoraverit, creditor scierit, locus est SC. Obstat etiam *l. 1. C. eod. tit* quæ ita demum subveniri mulieri ait transferenti in se alienam obligationem, si creditor non ignoraverit eam intercedere. Ergo adversus ignorantem non admittit exceptionem SC. quam hoc tamen loco Africanus admittit. Respondeamus eodem modo, Africanum eam admittere, si et creditor et mulier ignoravit se intercedere: hoc solo casu ignoranti nocet exceptio, non si mulier scierit, creditor ignoraverit. Postremo obstat *l. 4. in princ. l. si mulier tamquam*, *et seq. l. bona fide*, *hoc tit.* quibus ostenditur non esse locum SC. si mulier tamquam in suos usus mutuam pecuniam accepit, ut mox alii eam crederet, et creditor ignoraverit quid mulier ageret. Huic argumento ita respondet Africanus, multum interesse utrum cum ipsa muliere ab initio contrahatur, an alienam obligationem in se transferat. Nam si alienam obligationem in se transferat, debet creditor diligentius scrutari, debitrix sit mulier debitoris sui necne. Debet, inquit, esse diligentior, id est, curiosior, ut et in specie *l. 3. §. sed si accepit*, *ff. de in rem ver.* si servus mutuam pecuniam accepit quasi in rem domini verteret, curiosus creditor esse debet, quo vertatur: Nam si alio verterit servus, non erit actio de in rem verso. Et in specie *l. ult. de exerc. act.* qui credit pecuniam magistro navis, ut in solidum experiri possit cum exercitore, curiosus esse debet, cui rei pecunia mutuetur magister, et an eo loci quo contrahitur ea res comparari possit. Et paulo minor tamen curiositas in hoc quam in illo, propter rationem *l. 1. in pr. eod.* Videtur et lex Gabinia curiositatem desiderasse in creditore, dum vetuit jus dici de pecuniam sub usuris sumpta per versuram, id est, ut ea pecunia solverentur usuræ alii debitæ. Qua ratione fit, ut usurarum solutarum uni usuræ debeantur alteri: quod jus non patitur, ne inopes usuris obruantur. Versura igitur, fraus est hujus juris: quæ ne fiat, ac proinde ne creditor jus crediti amittat, in mutuando diligentior esse debet. Anatocismus est alia, et hæc etiam vetita. Alias vero in creditore curiositatem non exigimus, *l. doli*, *§. ult. ff. de novat.* M. Tullius pro Rabirio Postumo: *Tamen*, inquit, *non debuit is qui dabat, quo ille qui accipiebat, consumeret, quærere.* Et ita si ab initio cum muliere contrahat creditor, non debet esse curiosus: alioquin non temere quisquam cum feminis contraheret. Et merito indistincte dicimus hoc casu creditori ignoranti non nocere exceptionem SC. At scienti certe nocet, *l. 12. l. Seja*, *§. ult. l. tutor*, *§. ult. hoc tit.* et sic locus est SC. non tantum si crediturus alii mulieri dederit, sed et, si alii non crediturus, mulieri alii crediturae, dederit, sciens cujus rei causa milier interponeretur. Et ideo in SC. hæc verba *Mutui donationes*, sic accipiemus, cum alii datura vel ab eo qui alii daturus erat, mutuum accepit. Nam utroque genere videtur pro alio intercedere: et ita edicto perpetuo evidentius declaratur, *l. 19. C. eod.* eodemque sensu in *l. civitas*, *D. de reb. cred.* civitatem obligari mutui datione, idest, si actor civitatis mutuum acceperit: ut plane ridiculi sint qui emendant, mutuationes in SC. At vero, quod diximus, scienti creditori, qui principaliter ab initio cum muliere contrahit, quæ alii operam suam accomodat, nocere exceptionem intercessionis, ei valde obstat *l. 13. C. eod. tit.*

quæ negat nocere. Sed non de ea muliere loquitur, quæ a marito interponitur quærendæ pecuniæ causa, sed de ea quæ sua sponte pecuniam mutuam sumit in usum mariti. Hæc non videtur intercedere. Est et alius casus quo ignoranti creditori non nocet exceptio, qui proponitur in hujus *l.* 17. §. 1. in hæc verba:

Si mulier dixisset sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis solvi, qui idem pignus acciperet, mulieri etiam pecunia credita deberetur. Si possessor creditor adversus eam Serviana agentem exciperet, Si non voluntate ejus pignus datum esset, replicationem mulieri S. C. non profuturam, nisi creditor scisset etiam aliam pecuniam ei deberi.

De alieno creditore, qui cum muliere delegata contrahit, dixit supra ei etiam ignoranti mulierem non esse debitricem delegantis, nocere exceptionem S. C. Nunc. de alieno creditore agit, qui contrahit cum alio, non cum muliere: quem sane non est cur velimus intelligentiam in ea re præstare: ideoque ignoranti ei non nocet exceptio: ut si mandato mulieris apud eum fidejusserit aliquis, *l.* 6. *hoc tit.* vel si consentiente muliere, res mulieris proprias pignori obligaverit aliquis, *l.* 6. *et* 7. *C. eod.* aut res mulieri obligatas, ut in specie quæ hoc loco proponitur. Maritus uxori dedit pignus propter dotem et propter creditam pecuniam. Hodie nihil est necesse dari propter dotem, quia mulier habet tacitam hypothecam. Olim pignus dari potuit propter dotem, sed non fidejussor, nisi post solutum matrimonium, *l. quod autem*, §. *si uxor*, *ff. de don. inter vir. et uxor. l.* 7. *ff. de except. l. si constante*, §. *quotiens. Sol*, *mat. l.* 1. *et* 2. *C. ne fid. dot. dent.* ne videretur fidei mariti diffidere mulier quæ se ei suamque vitam committit, *d. l.* 2. *l. hac. lege*, *C. de pac. conv.* Quæ diffidentiæ causa non est in pignore, sed ut res sit magis in tuto, pignus datur. Fidejussor debitoris, pignus rei debitæ locum obtinet. Qua de causa et in fidejussore dando contumelia est aliqua, quæ nulla est in pignore, *l.* 17. *in fi. De test. tu.* ac præterea difficilius graviusque est fidejussorem quam pignus dare. Et male vulgo statuunt, aliud esse in uxore ex *l. cum dotis*, *ff. de jur. dot.* quæ non de uxore loquitur, sed de eo qui pro uxore promittit novandi animo, id est, qui expromittit: quo verbo ea lex utitur. Maritus ergo uxori dedit pignus propter dotem et propter creditam pecuniam: ipsa dicebat datum sibi propter dotem, de pecunia credita nihil dicebat. Quamobrem creditor mariti curavit ei solvi pecuniam dotis, forte divortio facto, ut ipse idem pignus a marito acciperet voluntate mulieris. Voluntas hæc, intercessio est, quia creditori mariti rem adhuc sibi obligatam ex causa creditæ pecuniæ obligari patitur. Sed hoc nescit creditor, et ideo non nocet etiam ei exceptio vel replicatio SC. Vellejani. Scienti nocet. Sed obstat quod dicitur, remissionem pignoris non esse intercessionem, *l.* 8. *in princ. hoc tit. l. etiam*, *C. eod.* Quæ enim consentit obligationi pignoris sibi dati, videtur remittere pignus, *l.* 9. §. *ult. l.* 12. *ff. quib. mod. pig. vel hyp. sol.* ergo non intercedere. Respondeo, in specie proposita mulierem videri remittere pignus ex ea causa qua sibi pecunia soluta est, non ex causa creditæ pecuniæ quam reticuit. Ex ea enim voluit pignus retinere, et consentire tamen ejus obligationi: pro debitore ergo intercedere. Remissio pignoris resolvit pignus jure exceptionis: ut si voluntate creditoris debitor pignus vendat, vel permutet, vel donet, leget, in dotem det, pignoret. Redditio pignus resolvit ipso jure, et neutra intercessio est, *l.* 8. *in princ. hoc. tit. d. l. etiam.* Sed neque donatio, *l. etsi pignus*, *ff. quæ in fraud. cred.* quia obligatio personalis perseverat. Et inde discrimen inter redditionem chirographi et redditionem pignoris. Reddito enim pignore, obligatio personalis manet, reddito chirographo, pignoris obligatio efficax non manet, *l.* 2. *et* 3. *ff. de pact. Martialis*, *Quod Cajetano reddis Polycarme tabellas, Millia te centum num tribuisse putas?* Et alio loco, *Quadringentorum reddis mihi Phœbe tabellas, etc.* Sequitur §. *ult.* in quo alius etiam casus explicabitur, quo ignoranti creditori exceptio non nocet. Verba ejus hæc sunt:

Mulier et Titius, cum in rem communem mutuarentur, ejusdem pecuniæ rei facti sunt. Non omnimodo mulierem pro parte socii videri intercessisse dicebat. Nam si ob eam causam mutuati fuerint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat, veluti quod communis insula fulta non esset, vel quod fundus communis in publicum committeretur, potius esse ut SC. locus non sit. At si aliquam emptionem mutua pecunia fit accepta, tunc pro parte intercessionem factam videri: et ideo creditorem partem duntaxat pecuniæ a muliere petere posse. Quod si totum petierit, exceptione pro parte summovetur.

Duo rei debendi non videntur vice mutua fidejubere, nisi id actum sit nominatim, *l. reos*, *ff. de duob. reis.* Ne dicas, Nisi socii sint. Nam et si socii sint, non aliter videntur vice mutua fidejubere, quam si id actum sit nominatim. Qua de causa soluta integra pecunia, non est alteri adversus alterum actio mandati vel negotiorum gestorum, non de in rem verso, si pater et filius duo debitores fuerint: quia is qui solvit, suo nomine solvit,

id est; propter suam obligationem, qua quidem erat obstrictus in solidum, *l. cum alter, C. de fidejuss. l. ut fidejussor, ff. eod. l. si pro parte, in pr. conjuncto* §. *ult. ff. de in rem ver.* quæ conjunctio manifestam differentiam indicabit inter fidejussorem et conreum. Est tamen in conreum pro socio actio, si socii fuerint, *l.* 1. *C. de duob. reis.* Est et creditæ pecuniæ vel ex stipulatu, si solventi integram summam creditor cesserit actione sua. Sed si vice mutua fidejusserint, is sane qui partim suo, partim fidejussorio nomine solidum solvit, in alterum habet mandati actionem. Eadem ratione non potest unus compensare quod alteri stipulator debet, *l.* 10. *ff. de duob. reis.* Sed si vice mutua fidejusserint, etiamsi socii non sint, recte unus pro qua parte tenetur, quasi fidejussor compensat quod alteri debetur, *l.* 5. *ff. de compens.* Sed etsi non vice mutua fidejusserint, modo socii sint, eadem compensatio admittenda est. Non quod socii tacite invicem fidejussisse intelligantur, sed quod ratione societatis, qui ab uno socio petit, videatur etiam petere ab altero, a quo is qui convenitur, quod solverit, pro parte repetiturus est: ideoque ex utriusque persona compensatio induci potest. Parique modo, ut cetera Joannis argumenta persequar, probantis duos reos non videri invicem fidejussisse: quod verissimum est etiam detracta illa exceptione, ut dixit, quam adjicit Joannes, Nisi socii sint. Si stipulator sententia arbitri compromissarii vetitus sit petere ab uno ex reis promittendi, et petat ab altero, pœna non committitur, quæ tamen committeretur si essent fidejussores mutui, vel si socii essent, *l. si duo, ff. de recept. qui arb. rec.* quia (ut dixi supra) qui ab uno socio petit, vi ipsa et ab altero socio petit, ad quem is unde petitur regressum habet: et similiter qui a fidejussore petit, vi ipsa a reo petit, *l. adversus, ff. eod. tit.* ubi Jurisconsultus τῇ δυνάμει maluit dicere stoicorum verbis, quibus hæc opponuntur, τῇ ἐνεργείᾳ. Latine, Vi ipsa, et Re ipsa. A reo peti τῇ ἐνεργείᾳ vel re ipsa, qui convenit reum, τῇ δυνάμει, vel vi ipsa, vel intellectu ipso, qui convenit fidejussorem. Itaque quod in illa *l. si unus*, §. *illud, ff. de pact.* vulgo erat scriptum, Re ipsa, recte emendatum ita est, Vi ipsa, Hæc enim sunt valde diversa, Re ipsa et Vi ipsa. Item exceptio quæ prodest uni ex conreis, non prodest alteri, si conveniatur in solidum, ut in specie *l. seq.* si Titius et mulier pro alio duo rei intercesserint, mulieri datur exceptio intercessionis, Titio non datur. Sed neque si ambo fidejusserint pro alio, Titio datur beneficium divisionis, *l. si Titius, ff. de fidejuss.* quam exposui observatione decima. Prodesset tamen exceptio etiam alteri, si socii essent, vel si vice mutua fidejussissent. Tantum præstat societas, quantum fidejussio mutua. Sed non inducit tamen societas (quod Joannes dicebat) fidejussionem mutuam. Item uno ex reis debendi confusione obligationis liberato, alter in solidum obligatus manet: qui si pro Fidejussore haberetur, in partem suam duntaxat teneretur. Itemque si socius esset, *l. Granius, ff. de fidejuss.* Item stipulatio rem ratam haberi non committitur, si petatur solidum a conreo stipulatoris, qui socius non est: quæ committeretur tamen, si mutui fidejussores essent. Nam et pro parte stipulatoris ab eo peti videretur, *l.* 1. *ff. rem. rat. hab.* Item liberatione legata reo, liberandus est fidejussor, liberatione autem legata uni ex reis, nulla ex parte conreus alter liberandus est, nisi socius sit, *l.* 3. §. *nunc de effectu*, *l.* 5. *ff. de lib. leg.* Utitur et alio argumento Joannes ex *l.* 7. §. *rei, ff. de except.* quasi exceptio rei judicatæ fidejussori prosit, non conreo: quod est falsum. Nam absolutione unius ex conreis, et jurejurando, et acceptilatione, et novatione, et delegatione, et solutione verius est alterum liberari; sive socii sint, sive non. Et ita Fulgosio videtur recte. Nec eadem ratio sententiæ arbitri, quæ pro veritate non habetur. Aliud argumentum sumit ex *l. si ex duob.* §. *ult. D. de duob. reis:* quasi Titio et servo acceptis duobus reis promittendi extra causam peculiarem, dominus teneatur de peculio, qui tamen non teneretur, si videretur servus fidejussisse, *l.* 20. *ff. de fidejuss.* Sed hoc etiam non probo. Nam verius esse arbitror, ut Titio et servo acceptis reis promittendi extra causam peculiarem, dominus non teneatur de peculio: quia: etsi non videatur servus fidejussisse, videtur tamen intercessisse, et hoc satis est ad denegandam actionem de peculio, ut memini me docere Observatione octava. Et videri duos reos vicissim quodammodo alterum pro altero intercedere (etiamsi id actum non sit nominatim) Africanus aperte demonstrat hoc loco, dum ait muliere, et Titio duobus reis acceptis, data eis pecunia mutua in emptionem aliquam, pro parte Titii mulierem intercessisse videri, atque ideo creditori eam teneri pro parte sua duntaxat. Et sane effectu, et executione obligationis inspecta duo rei videntur invicem intercedere, quia, solidum a singulis exigi potest: quod nihil aliud est quam teneri alium pro alio. Et ob id ipsum a Græcis ἀλληλέγγυοι vocantur. Si tamen Titius, et mulier mutuam pecuniam in rem communem acceperint, ex qua si creditor pecuniam non dedisset, majus damnum mulier passura fuerat, quam ex hac pro Titio intercessione: veluti quod communes ædes ruissent, vel fundus communis ob non solutum vectigal in publicum cecidisset: quia magis in suam quam in alienam rem intercedere videtur, in solidum obligatur, cessante SC. Vellejano. Sed ets.

non re vera (ut posuimus) in rem communem Titius et mulier mutuam pecuniam acceperint, sed finxerint se accipere in fraudem S. Consulti falso titulo intercessioni quæsito, non erit locus S. C. quia deceptæ non decipienti subvenit Senatus. Et hoc certissimum est. Qua de causa cum moribus Galliæ plerisque locis bona in matrimonio quæsita communia sint inter virum et uxorem, nisi aliud inter eos convenerit, et aliquando ita convenisset inter conjuges ne ea bona communia essent, in eorum tamen quasi communium tutelam aut refectionem, ignorante creditore, mutuam pecuniam accepissent, recte judicatum est, creditori in solidum agenti cum muliere, opposita exceptione intercessionis, dandam replicationem doli mali, *l.* 18. *Cod. eod.* Deceptis enim, ut sæpe jam diximus, non decipientibus hoc beneficium datur. Quod et de quolibet alio beneficio dici potest, *l.* 2. *C. si minor se maj. dix.* Ut nuper mihi respondere contigit de beneficio *l.* 2. *C. de resc. vend.* in specie hujusmodi. Quidam fundum Titio minoris vendidit, id est, minori pretio, quam efficiat dimidiam pars pretii veri: emit Titius bona fide, vendidit ille mala fide, confidens forte, ut brevi rescinderet eam venditionem ex beneficio *d. l.* 2. emptore ad supplendum quod deest justo pretio non existente idoneo: et mala fides ac fraus venditoris ex eo apparuit, quod cum multo pluris eo ipso tempore, quo vendidit Titio, aliis eumdem fundum vendere posset, noluit: et quibusdam audientibus exposuit se idcirco minoris vendere malle, ut aliquando integrum sibi foret eum fundum ab emptore revocare. Hoc enim casu respondi non esse locum beneficio Constitutionis: et quando in ejus Constitutionis mentionem incidi, aliud referam quod eodem fere tempore, eodemque loco, quo me nescio quæ sors coegerat exulare, accidit: ut abuterentur nonnulli beneficio ejus Constitutionis, sive *l.* 2. *C. de resc. vend.* differentiam esse constituentes inter justum et verum pretium, quam auctores nostri nusquam agnoscunt: ac si justum pretium esset dimidia pars veri: atque ideo supplente emptore dimidiam partem veri pretii, fundum a venditore revocari non posse dicerent. Nam, inquibant, si ex conventione venditor accepisset dimidiam partem veri pretii, cessaret beneficium Constitutionis. Sufficiat igitur venditori si ei suppleatur dimidia pars veri pretii. Hoc modo composuerit forsitan litem sequester aliquis inter emptorem, et venditorem, ut inter hæredem scriptum, et filium exhæredatum ita de transactione egisse Plinium Secundum legimus, Si mater te ex parte quarta scripsisset hæredem, num queri posses? Igitur sufficere tibi debet, si exhæredatus a matre, quartam partem ab hæredibus ejus accipias. Sed transactionis alia, juris longe alia ratio. Nec quæ persuadere mihi transactionem potest, eadem effecerit quo minus, vel exhæredatus vindicem hæreditatem totam, petitione hæreditatis de inofficioso, vel in pretio rei venditæ circumventus, minore pretio accepto, quam efficiat pars dimidia veri pretii, agam Constitutionis beneficio, ut aut mihi fundus redhibeatur, aut suppleatur verum, justum, solidum, integrum pretium fundi: nec contentus esse cogar quarta, quæ tamen data, me querela exclusisset, nec dimidia parte veri pretii, quæ exclusisset beneficio Constitutionis. Porro ne quis putet nos, hæc tractando, longius abiisse proposito, exponam ad eadem illa simul, et ad tractatum hunc Africani, quam agitat pertinentem quæstionem Acc. Si mulier et Titius mutuam pecuniam sumpserint in emptionem aliquam, et rei emptæ pars media pluris sit, quam quanti emerunt rem totam, qui casus est rescindendæ venditionis propositus in *l.* 2. *C. de resc. vend.* quæ tamen ob eam fraudem hoc jure rescindi non potuit, an cesset SC. Vellejanum, sicuti cessat cum mulier et Titius in rem communem pecuniam mutuam sumpserunt, si ea non sumpta, majus damnum mulier passura fuerat, quam esset in summa credita. Et breviter, putem hæc esse longe diversa. Nam hoc posteriore casu mulier, quia evitat rei suæ majus damnum, sane in rem suam intercedere videtur: illo casu in rem Titii intercedit, quia intercessio nullo eam liberat damno: et quamvis rei venditæ dimidia quæque pars tanti sit, quanti integra summa credita, tamen non ideo eis vilioris addicta res est, quod ipsa apud creditorem pro Titio intercessisset. Sed satis jam abundeque dictum est de intercessionibus feminarum. Transeamus ad *l.* 14. *de lib. et post.* cujus verba proponam in primis, ut soleo. Africanus ait:

Ad L. Si posthumus. 14. *de liber et post.*

Si posthumus a primo gradu exhæredatus, a secundo præteritus sit, quamvis eo tempore nascatur, quo ad hæredes primo gradu scriptos pertineat hæreditas, secundum tamen gradum vitiari placeat, ad hoc ut prætermittentibus institutis, ipse hæres existat: immo, etsi defuncto eo hæredes instituti omiserint hæreditatem, non posse substitutos adire. Itaque, etsi a primo gradu exhæredatus, a secundo præteritus, a tertio exhæredatus sit, et viventibus primis et deliberantibus decedat, quæri solet, omittentibus primis aditionem, utrum ad eos qui tertio gradu scripti sint, an potius ad legitimos hæredes pertineat hæreditas. Quo et ipso casu rectius existimari

putavit ad legitimos eam pertinere. Nam et cum duobus hæredibus institutis, et in singulorum locum facta substitutione, a primis exhæredatus posthumus, a secundis præteritus fuerit, si alter ex institutis omiserit, quamvis posthumus excludatur, non tamen magis substitutum admitti.

Posthumus, aut instituendus, aut exhæredandus est. Vetus regula juris est, Testamentum rumpi in quo posthumus præteritus est, si nascatur, *l.* 12. 15. *h. t.* quæ eadem non est de filio, Testamentum non valere, in quo filius præteritus est: sed ita concipitur hac lege, §. *quod vulgo*, Non valere eum gradum eamve partem testamenti, in qua filius præteritus est. Regula constituitur ex his, quæ plerumque fiunt. Filio exhæredato a primo gradu: præterito a secundo, pars tantum substitutionis nulla est, et contra, filio præterito primo gradu, exhæredato secundo, pars institutionis sola, et uno tantum casu totum testamentum, si præteritus sit filius ab omnibus gradibus. At posthumo præterito ab omnibus gradibus, vel præterito a primo gradu tantum, non a secundo, totum testamentum rumpitur: et uno tantum casu pars, si a primo gradu sit exhæredatus, a secundo præteritus, *l.* 3. §. *ult. tit. seq.* Ratio diversitatis inter filium et posthumum hæc est, quia posthumus præteritus a primo gradu, exhæredatus a secundo, agnoscendo rumpit primum gradum statim, etiamsi non pertineat ad Primum hæreditas, veluti pendente condicione institutionis, et rumpendo, sibi locum facit ab intestato, ac proinde repellit etiam substitutum, institutum agnatione, substitutum occupatione: quia prævenisse eum in ea hæreditate posthumus videtur, id est, legitima successio prævenisse testamentariam, vel delata prius legitima quam testamentaria, ex secundo gradu. Contra si filius præteritus sit a Primo gradu, exhæredatus a Secundo, is sibi locum ipse non facit, id est, non rumpit institutionem, sed statim ab initio nulla est: ac proinde testamentum a substitutione initium capere videtur, ac substitutus, institutus esse magis, quam substitutus, quoniam ei priori hæreditas defertur, *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* Qua de causa utilius est filio præterito, si ipse sibi paraverit locum, puta petita bon. possessione contra tab. qua ratione rescindet institutionem, et consequenter quasi occupatione repellet substitutum, quem non possit repellere si ipso jure contendat nullam esse institutionem, *l. non putavit*, §. *si primo*, *ff. de bon. pos. con. tab.* His positis, finge: Posthumus ab institutis exhæredatus est, a substitutis præteritus. Agnascitur eo tempore quo ad institutos pertinet hæreditas. Pertinere dicitur, quæ delata est, nondum acquisita vel repudiata: ut pertinere legatum quod delatum est, licet dies ejus nondum cesserit, *l.* 45. §. 1. *ff. de leg.* 2. Et pertinere res empta, licet nondum tradita sit, *l. si ager De rei vind.* Male igitur hoc loco Hugolinus, Pertineat, id est pertinere possit: et male Accurs. *d. l.* 45. Pertinere, procedere diem. Placet autem in specie proposita, Juliano scilicet, ut equidem intelligo, Africani magistro, secundum gradum rumpi, etiamsi eo tempore natus sit posthumus quo primo non secundo gradu scriptis hæredibus deferebatur hæreditas. Itaque repudiantibus institutis, posthumus succedet ab intestato, vel posthumo defuncto, viventibus et deliberantibus hæredibus institutis, sequentes agnati ab intestato succedent, et præferentur substitutis. Gradu enim substitutorum rupto, amplius hæreditas inde obtineri non potest, *l.* 4. *tit. seq.* Et hoc idem ita definitur, *l.* 8. *hoc tit.* si modo legatur, Vivo Primo (ut perspicue emendavimus jamdiu) non, Vivo patre. Eamdem vero rationem juris obtinere etiam Julianus putavit in sequenti casu. A primo gradu posthumus exhæredatus est, a secundo præteritus, a tertio exhæredatus. Licet eo tempore nascatur postumus quo hæreditas pendet ex primo gradu, id est, deliberantibus institutis, tamen secundum gradum rumpit statim, nec convalescet si forte posthumus eis lem hæredibus deliberantibus decesserit. Itaque repudiantibus postea institutis, nec secundi substituti vocabuntur, quorum gradus ruptus et infirmatus est, nec tertii, sed legitimi hæredes testatoris, quibus aditum patefecit posthumus, dum et sibi patefecit, rumpendo secundum gradum: atque ita rem deducendo in causam intestati, sicut si ab instituto fuisset præteritus, a substituto exhæredatus, agnatione rumperet totum testamentum, id est, rupta institutione, etiam substitutionem infirmaret. Quin etiam mortuo posthumo, pendente conditione institutionis, hoc est nondum pertinente ad institutum hæreditate, ac postea deficiente conditione, sequentis gradus legitimus hæres excluderet substitutum, *l.* 5. *tit. seq.* sublata negatione quadam, quam etiam non habent Basilica, ut exposui in *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* Eadem ratio intervenit in hac specie, quam tertiam Africanus ponit. Primus et Secundus hæredes instituti sunt. Primo substitutus Tertius, Secundo Quartus. Ab institutis posthumus exhæredatus est, a substitutis præteritus. Post agnitionem posthumi Primus hæreditatem repudiavit, Secundus non repudiavit. Ex repudiatione Primi, excluso substituto, posthumus succedet ab intestato, et quidem ex asse, quia successionis causa individua est, nec potest institutionis pars recidere in causam intestati, quin recidat etiam altera. Qua ratione defuncto etiam posthumo deliberantibus institutis, deinde repudiante Primo, legitimi hæredes in assem ab intestato

succedent, et causa intestati, cui viam aperuit posthumus, trahet ad se causam testati. Sane vel hæc illam trahere debet, vel illa hanc, ne quis decedat pro parte testatus pro parte intestatus. Et illa, id est, causa intestati, potior est repudiante Primo, et in ejus locum vocato substituto, a quo posthumus præteritus est. Quæ res ab intestato successionem inducit. Igitur Secundus ex testamento adire pro sua parte non poterit. Unius repudiatio in casum ruptionis totum testamentum deducit, *l. pen. tit. seq.* Ait, in singulorum locum facta substitutione: et ita etiam nos posuimus speciem. Quid si utrique pariter substituerit? Et hoc casu secundus, qui non repudiat, pro eo habetur ac si institutus esset ex asse, et pars repudiantis ei accrescit hac ratione, quasi asse ab initio singulis relicto; ideoque posthumo præfertur ceterisque hæredibus legitimis. Eademque ratio est si Primus et Secundus invicem substituti sint. Nam et repudiantis portio accretionis potius, quam substitutionis jure obvenire videtur alteri, *d. l. pen.* atque ita his casibus vigere adhuc videtur primus gradus, a quo posthumus fuit exhæredatus. Ait, Quamvis posthumus excludatur: morte scilicet, ut superioribus casibus. Et hæc de posthumo. Sequitur de filio.

Quod vulgo dicitur, eum gradum a quo filius præteritus sit, non valere, non usquequaque verum esse ait. Nam si primo gradu hæres institutus sit filius, non debere eum a substitutis exhæredari. Ideoque si filio, et Titio hæredibus institutis, Titio Mævius substitutus sit, omittente Titio hæreditatem, Mævium eam adire posse, quamvis filius secundo gradu exhæredatus non sit.

Huic paragrapho conjungemus, *inf. l.* 34. §. 1. *de vulg. subst.* Filius qui non instituitur, ab omnibus gradibus exhæredandus est. At qui instituitur, non est necesse eum exhæredari a sequentibus gradibus. Itaque sequentes gradus valent; etiamsi filius, qui institutus est primo, in eis præteritus sit. Et hoc casu Julianus docebat vitiari regulam illam juris antiqui, quæ dictat, nullius momenti esse eum gradum a quo filius præteritus est. Nam satisfactum est filio prima institutione. Sequitur.

Si quis scripserit, Ille quem scio ex me natum non esse, exhæres esto: *hanc exhæredationem ita nullius momenti esse ait, si probetur ex eo natus. Non enim videri quasi filium exhæredatum esse, cum elogium pater, cum filium exhæredaret, proposuisset, et adjecisset propter eam causam exhæredare: probaturque patrem circa causam exhæredationis errasse.*

Nulla est exhæredatio filii, si probetur elogium falsum, ut in specie proposita, si probet filius se ex eo natum esse, et ideo pro præterito habetur, et nullum est testamentum: nec locus querelæ inofficiosi testamenti, sed bon. possessioni contra tab. At si hoc non probetur, exhæredatio valet, *l.* 3. *in prin. hoc tit.* Quæ conjungenda cum lege proxima sequenti. Est enim utraque ex Ulpiani primo libro ad Sabinum, et ut in sequenti adulterum, ita in illa adultero rectius, quam adulterio: ac tum quidem exhæredato erit necessaria querela inofficiosi testamenti, in qua probatio elogii ab hærede desiderabitur. Elogium glossæ antiquorum interpretautur, esse notariam, et vituperationem. Iu utraque significatione legitur in Pandectis. Pro notaria in *l. Divus*, *l. non dubium: ff. de custodia reor.* ubi Basilica, *Cum elogio*, μετὰ τῶν ἐν αὐτῷ πραχθέντων. Elogia, μηνυσεις, et *l.* 3. *in princ. de re mil. Cum elogio*, μετὰ ἀναφορᾶς. Et notariæ nomen frequens est pro scripto brevi in libris Augustini, et illo Symmachi loco, *Partim notariis, partim suggestione signarunt.* Pro vituperatione et convitio, hoc loco, et *l.* 1. §. *idem ait, de Carb. edict. l. cum quis* §. *Sejani, de leg.* 3. Augustinus in sermone de vita et moribus clericorum: *Ambos exhæredavit, illam cum laude, istum cum elogio*, id est, cum vituperatione. Nunc transeamus ad *l.* 16. *ejusdem. tit.*

Ad L. Si filius 16. *de liber. et posthum.*

Si filius hæres institutus sit omisso posthumo, filioque substitutus nepos ex eo sit: si interim moriatur filius posthumo non nato, nepotem tam patri quam avo suum hæredem futurum. Quod si nemo filio substitutus sit, et solus ipse institutus sit, tunc quia eo tempore quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento hæredem fore, ipse filius intestato patri hæres existat: sicut evenire solet, cum sub ea conditione, quæ in ipsius potestate erit, filius hæres institutus, priusquam ei pareret, moriatur.

Quæstio est de suis hæredibus, et transmissione hæreditatis. Suum hæredem non esse, nisi qui etiam extiterit: ab eo qui extiterit, hæreditatem transmitti in ejus hæredem: ab eo qui non extiterit, non transmitti: quia nec ei delata sit; et ut delata sit delationem transmissioni non sufficere, nisi etiam adquisita sit. Finge, Filius pure institutus est, postumus præteritus, filio substitutus nepos ex eo: et filius quidem mortuus est interim, nondum nato postumo, post deinde postumus natus est. Filius non videtur patri ex testamento hæres extitisse, quia mortuus est interim dum rumpi poterat testamentum, quod nec moriente eo destitui potuit, existente substituto. Sed neque ab intestato, quia decessit vivo substituto, ex cujus persona testamentum consistit, idemque esset si cohæ-

redem haberet, et ita decessit, incerto adhuc eo ex testamento an ab intestato successioni locus foret, nihil igitur transmisit. Et ex sua persona nepos abintestato non tantum patri suo suus hæres erit, sed etiam avo una cum postumo, quia in hæreditatem avi legitimam ambo concurrunt ex XII. tab. licet non sint ejusdem gradus. Non potest avo ex substitutione hæres esse, quia agnatio postumi testamentum rupit. Duobus igitur erat ab intestato suus hæres, patri et avo. Quod videtur prima fronte stare non posse. Nam sui hæredes sunt, qui in potestate, sive familia morientis sunt. Duas autem familias habere, id est, in potestate duorum esse, nemo potest, sicut nec in manu, in mancipio potest. Sed etsi uno eodemque tempore non possit quis esse in duorum potestate, tamen diversis potest: ut in hac specie. Nepos fuit in potestate avi, quandiu vixit una cum patre, et morte avi recidit in potestatem patris. Ei quoque priori delata est hæreditas patris: ergo patri suus hæres est. Suus enim est, qui ex liberis in familia priorem gradum tenet delatæ hæreditatis tempore. Ei quoque priori delata fuit hæreditas avi, filio nunquam, quia nec extitit hæres ullo jure. Si non extitit, nec delata est. Nam in suis hæredibus idem est dies delationis, essentiæ, existentiæ, sive ἀναφάνσεως: et quamvis hæc diversa sint, tamen a quo unum horum abest, absunt et cetera. Existentia, adquisitio est, quæ obvenit ipso jure, etiam invito et ignoranti. In extraneis plerunque alius est delationis, alius adquisitionis dies. Et hæc de prima specie hujus legis. Sequitur altera. Solus filius hæres institutus est, postumus præteritus, nullus substitutus: et filius mortuus est, postumo nondum nato. Hoc casu, quia eo tempore quo mortuus est, certum erat neminem ex testamento hæredem fore, quod substitutum vel cohæredem adjectum non habebat, moriens patri videtur ab intestato hæres extitisse, et transmisisse in hæredem suum cum quo erit hæres etiam postumus, id est frater defuncti, qui natus est postea. Et ita ponamus necesse est in utraque specie, natum postea postumum. Alioquin in priori specie nepos, non ut patri hæres est ab intestato, ita etiam avo videtur ab intestato hæres extitisse, sed ex testamento: et similiter hoc casu filius non ab intestato, quod tamen Africanus dicit palam, sed ex testamento moriens patri videbitur hæres extitisse, *l. ventre*, *de adq. hær.* in qua stulti sunt, qui ponunt cohæredem vel substitutum datum. Et quod Africanus ait, postumo non nato, interpretatio est articuli Interim, ut probavi Observationum tertio, ut scilicet postumo nondum nato, interim filius decesserit, ceterum natus sit postea postumus: venter igitur plenus, non vacuus. Postumo autem nato, non potest filius hæres extitisse ex testamento, cujus causam remorabatur postumi spes, sed videtur hæres extitisse ab intestato. Ergo transmittet ejus hæreditatis portionem in quemlibet hæredem suum. Acquisita enim quoquo modo hæreditas, in hæredem transmittitur. Nec est hoc præcipuum in suis, ut hæreditatem non adquisitam transmittant. Nam suus dum existit, acquirit. Et, ut hoc loco demonstratur, et *l. ventre*, si non existit, quia non acquirit, hæredi suo nihil relinquit. Hæres aut fit, aut existit. Fit veluti opera interveniente aliqua, puta aditione, cretione, gestione, mistione, agnitione: existit ipso jure, etiam ignorans. Et utroque genere acquirit: atque adeo posteaquam ita acquisivit, transmittit. Nam et qui existit, fit, sed juris civilis potestate, non facto aliquo. Denique suus jure civili existentia sola hæreditatem acquirit, jure prætorio, mistione. Nam introducta in suis abstentione a prætore, simul ex adverso introducta etiam est mistio. Qua de causa non mirum si paternam hæreditatem transmittat filius, qui patri ignorans hæres extitit, ad matrem, *l. apud hostes*, *C. de suis et legit. hær.* quia existentia, juris civilis acquisitio est. Et ita etiam a contrario sensu recte colligitur ex *l.* 2. §. *si quis ex liberis*, *ff. ad Tertyl.* eum qui suus parenti agnascitur, nec abstinet se (hoc enim etiam Africanus noster exigebat, *d. l.* 2. §. *sed si sint sui*) hæreditatem transmittere ad successionem suam, et obstare matri parentis defuncti, quia hæres statim existit. Et qui existit, acquirit. Porro omnis acquisitio, utilis ad transmissionem, delatio, inutilis sine acquisitione. Quæ regula est juris antiqui, et novi, itemque civilis, et prætorii. Licet autem vulgo dicatur, suum statim existere, interdum evenit tamen ut qui suus alioquin fuisset, non existat: ut si filius fuerit institutus hæres, cohærede vel substituto dato, præterito postumo, et moriatur nondum nato postumo, quæ est prior species hujus legis: vel, si institutus sit sub condicione potestativa, quæ ultimo vitæ tempore impleri possit, et pendente ea moriatur, *l. ult. de cond. instit.* His igitur casibus nihil in hæredem suum transmittit. Sed an videtur etiam non extitisse hæres, qui ex parte hæres scriptus cum esset decessit ante apertas tabulas? Commune hoc est omnium hæredum, ut ex asse scriptis hæreditatem acquirere possint clausis tabulis testamenti, *l. multum*, *de cond. et dem. l.* 1. §. *ult. de jur. et fac. ignor.* An et ut pro parte scripti, qualescunque sint, non possint acquirere hæreditatem ante apertas tabulas testamenti? Minime. Nam extranei certe non possint, et ideo, si ante apertas tabulas decesserint, hæreditas caduca fit, ut Ulpianus docet *titulo de caducis.* Sui statim hæredes existunt. Statim, id

est, ante apertas tabulas, ut indicat inscriptio legis Juliæ et Papiæ in *l. in suis*, *ff. de suis, et leg. hær.* ex asse scripti, jure communi, ut dixi supra, ex parte scripti, jure præcipuo, etiam clausis tabulis testamenti, idque manifesto probat *l. 3. C. de jur. delib.* Ideoque sui hæredes pro parte scripti, morientes ante apertas tabulas, jure præcipuo hæreditatem transmittunt, nec in eis valent leges caducariæ: ceterum non, ut opinor, in quoscumque hæredes eam transmittunt, sed in liberos suos duntaxat. Cujus opinionis argumentum præbet Constitutio nova Theodosii, quæ beneficium concessum suis, porrigit etiam ad liberos non suos, sub hoc modo, ut hæreditatem tantum transmittant ante apertas tabulas, in liberos suos vel non suos, non in hæredes quoscunque, *l. 1. C. de iis, qui ante aper. tab.* etiam si hi qui sui non sunt, decesserint ante aditam hæreditatem, vel acceptam bonorum possessionem: quam tamen olim ex asse scripti nisi ita acquisivissent ante apertas tabulas, in nullum hæredem transmittebant. In suis nihil novi introduxit Theodosius: Nam et ante eum vel ex parte vel ex asse hæredes scripti, ante apertas tabulas sui hæredes existebant, et transmittebant in suos liberos. In liberis non suis nove introduxit, ut et hi ad exemplum suorum sive ex asse sive pro parte scripti hæredes existant, ipso jure ante apertas tabulas et hæreditatem transmittant in liberos suos, quam olim nec pro parte scripti acquirere poterant clausis tabulis, nec ex asse scripti, aliter quam aditione, vel gestione vel petitione bonorum possessionis. Et confirmatur eadem Constitutio Theodosii *l. 1. §. in novissimo, C. de cad. tol.* Quod igitur in hac re præcipuum habebant sui, hodie est commune omnium liberorum: sicut et in jure deliberandi, quod erat olim præcipuum in suis, quibus prætor ut abstinendi et deliberandi jus dat, ut hoc jus transmitterent in posteros suos, hodie est commune omnium hæredum morientium intra annum, *l. cum antiquioribus, C. de ju. delib. d. §. in novissimo, Nov. 158.* Unde vere possumus ita constituere, In causa transmittendæ hæreditatis hodie suos hæredes præcipuum nihil habere, liberos habere. Nunc ad Africanum redeamus. Quod si nemo (inquit) filio substitutus sit, et solus ipse institutus sit, id est, si neque substitutum neque cohæredem habuit, tunc quia eo tempore quo is moriatur, certum esse incipit neminem ex eo testamento hæredem fore, ipse filius intestato patri hæres existat. Posset tentari, non videri etiam filium patri ab intestato hæredem extitisse, ac proinde nec delatam ei hæreditatem patris ab intestato fuisse: cum decesserit pendente agnatione postumi, id est, nondum rupto testamento, nisi dixeris destitui testamentum moriente filio, et postea natum postumum non rumpere quod jam nullum fecerat destitutio filii, *l. 3. tit. seq.* Et hoc sensisse Africanus videtur, quia moriente filio, nullus fuit vel cohæres vel substitutus, a quo impediretur causa intestati: atque adeo certum erat neminem ex testamento hæredem fore. Nam et comparatione utitur filii instituti sub condicione potestativa, nullo dato substituto vel cohærede, qui si moriatur antequam condicionem impleverit, patri ab intestato hæres fuisse intelligitur. Quod de ea condicione potestativa accipiendum est, quæ ultimo vitæ tempore impleri non potuit, veluti si in Capitolium ascenderit, ut certum jam fuerit eo moriente, neminem ex testamento hæredem fore. Nam si ultimo vitæ tempore impleri potuit, veluti si Titio X. dederit, quæ per alium filii nomine impleri potest moriente filio, propter incertum condicionis patri filius neque ex testamento neque ab intestato videtur hæres extitisse; qui decessit pendente condicione, *l. ult. de cond. inst. l. 5. de hær. instit.* ut in prima specie hujus legis, et consequenter tam patri quam avo nepos suus hæres ab intestato futurus est, vel ex testamento, si substitutus filio aut institutus fuerit a filio. Quamobrem quod ait in fine hujus legis, sicut evenire solet eum sub ea condicione, etc. hanc comparationem ego refero ad utramque speciem, facta differentia (quam exposui) condicionis, quæ moriente filio impleri potest, ab ea quæ moriente eo impleri non potest, et casu illius aptato priori parti legis, casu autem hujus, posteriori. Et cum Africano quidem consentit Papinianus in *d. l. ventre*, dum ait, in eum casum quo pleno utero matris aut novercæ filius moritur, qui solus a patre hæres institutus est, præterito postumo, cohærede vel substituto nullo dato, decreto prætoris filio subveniendum esse, ut is scilicet decernat, quasi filius patri ab intestato hæres extiterit, hæredi filii suo vel extraneo salvum esse commodum bonorum possessionis. Quia alterutro casu, id est, sive postumus nascatur, sive non nascatur, filius patri intelligitur hæres extitisse, si non nascatur, ex testamento, nascatur, ab intestato. Et potuit etiam interim filius ipse decretalem bonorum possessionem contra tabulas admittere, quasi jam commisso edicto per postumum præteritum: vel, si hoc maluit, bonorum possessionem secundum tabulas, quasi non nasciturо postumo, *l. 4. §. ult. et l. seq. de bon. pos. cont. tab.* quem nato deinde postumo prætor tueretur, ut sæpe alias alios facit, jure bonorum possessionis contra tabulas, sicut accepta interim bonorum possessione contra tabulas, deinde postumo non nato, tueretur eum quoque prætor, perinde atque si bonorum possessionem secundum tabulas accepisset, ut in *l. 3. §. si sub ea condicione, de*

bon. pos. cont. tab. l. nonnunquam, de leg. præst. l. 2. §. 1. *de bon. pos. sec. tab.* Eadem ratio facit ut emancipato quoque hæredi scripto, postumo præterito, liceat pendente agnatione postumi decretalem bon. possessionem agnoscere: in hoc ut si forte moriatur antequam nascatur postumus, beneficium bon. possessionis transmittat in hæredem. Decretum interponitur, ubi jus deficit, *l. scriptus, de Carb. edic. l.* 1. §. *si quis prima, de vent. in pos. mit. l. et mulieri, de cur. fur.* Et hic jus deficit: quia quandiu in ea causa est testamentum ut rumpi possit, acquiri hæreditas vel bon. possessio peti ex edicto non potest. Et in emancipato quidem ~~maxime~~ decretum necessarium est, quia existentia non acquirit ut suus, sed aditione vel agnitione bonorum possessionis. In suo non est necessarium jure civili, quia alterutro casu patri intelligitur ipso jure hæres extitisse: jure prætorio est necessarium, quia existentiam prætor non novit, sed mistionem tantum. Sed etsi vel suus vel mancipatus interim non admiserint ex decreto bon. possessionem, æquius esse visum est ut commodum ejus in hæredes eorum transeat, vel contra tabulas, si natus sit postumus, vel secundum tabulas, si natus non sit. Et hoc quoque præter beneficium Theodosii liberi instituti præcipuum habent etiam non sui ex auctoritate prudentum. Nec enim extraneo hæredi idem dabimus, *d. l. ventre.* Et hæc sufficiant de quæstione trasmissionum. Sequitur *l.* 47. *de hær. inst.*

Ad L. Si ita scriptum 47. de hær. inst.

Si ita scriptum fuerit, TITIUS, IMMO SEJUS HAERES ESTO, *Sejum solum hæredem fore respondit. Sed et si ita,* TITIUS HAERES ESTO, IMMO SEJUS HAERES ESTO, *idem erit dicendum.*

SEJUS hæres erit, non Titius, quia videtur continuo testator errorem suum emendasse. Et immo, non pro conjunctione accipitur, sed pro ademptione vel potius emendatione. Idemque eodem libro de libertatibus scripsit, *l.* 21. *de man. test. his verbis.*

STICHUS IMMO PAMPHILUS LIBER ESTO. *Pamphilum liberum futurum respondit, quodammodo enim emendasse errorem suum testatorem. Idemque juris fore, etiamsi ita scriptum fuerit,* STICHUS LIBER ESTO, IMMO PAMPHILUS LIBER ESTO.

Ergo idem dici potest in tutelis, in legatis, et in fideicommissis. Nihil prohibet priorem scripturam posteriore corrigere, *l. nihil, de adim. leg.* Sed peragamus cetera quæ sunt in *d. l.* 47. *de hær. inst.*

Quidam testamento ita hæredes instituit, TITIA FILIA MEA HÆRES ESTO: SI QUID MIHI LIBERORUM ME VIVO MORTUOVE NASCETUR, TUNC QUI VIRILIS SEXUS UNUS PLURESVE NASCENTUR, EX PARTE DIMIDIA ET QUARTA: QUI FEMININI SEXUS UNA PLURESVE NATÆ ERUNT, EX PARTE QUARTA MIHI HÆRES SIT. *Postumus ei natus est. Consulebatur quota ex parte postumus hæres esset. Respondit, eam hæreditatem in septem partes distribuendam: ex his filiam quatuor, postumum tres, habituros: quia filiæ totus as, postumo dodrans datus est, ut quarta portione amplius filia quam postumus ferre debeat. Ideo si postuma quoque nata esset, tantumdem sola filia, quantum uterque postumorum habituri essent. Itaque in proposito cum as filiæ, dodrans postumo sit datus, viginti unam partes fieri, ut filia duodecim, novem filius habeat.*

Titiam filiam suam hæredem instituit ex asse, his verbis, Titia filia mea hæres esto. Nam simpliciter instituta (inquit Accursius) in assem instituta videtur. Et ideo filiæ totum assem datum infra dicit duobus locis. Quod non ita esset, si scripsisset in hunc modum, Titia filia mea hæres esto ex parte una. Nec enim videretur ei totus as datus, *l. qui non militabat,* §. *filiis, hoc tit.* Adjecit deinde testator in postumorum institutione, Me vivo mortuove: quo genere postumus commodius instituitur, *l.* 10. *de lib. et postum.* Nam complectitur hæc oratio casum legis Velleæ, quo postumus nascitur vivo patre, et casum juris antiqui, quo nascitur mortuo patre, qui proprie in 12. tab. est postumus, qui patrem suum nunquam vidit, ut M. Tullius ait de Rabirio Postumo. Nec enim institutus in casum juris antiqui videretur institutus in casum legis Velleæ, vel contra, *d. l.* 10. *l. Gallus,* §. *forsitan, eod. tit.* Itaque omisso alterutro casu, in periculum rumpendi testamentum deduceretur, existente eo casu qui omissus est. Sed novissime huic periculo prospexit Justinianus, *l. ult. C. de post. hær. inst.* Adiecit idem testator, Unus pluresve, ut in M. Varronis satyra, quæ inscribitur Testamentum, Si quis mihi filius, unus pluresve in decem mensibus gignuntur. Nam qui unius tantum mentionem facit, in periculum rumpendi deducit testamentum pluribus natis. Quanquam sicut postumi exhæredatio et multo magis institutio, porrigitur etiam ad eum, qui vivo testator nascitur, *l.* 3. §. *nominatim, de inj. rup. test. l.* 16. §. *ult. de test. tut.* ita videatur vel in institutione (nec enim in exhæredatione eidem est) singularis casus porrigendus esse ad pluralem: ut in ambiguis sensibus humaniorem sententiam amplectamur, *l. qui filiabus,* §. 1. *de leg.* 1. *d. l.* 16. §. 1. *l. cum inter, C. de fid. lib.* sicut humanius est, et si ita scripserit, Si quis mihi filius nascetur, ex dodrante hæres esto, Si qua mihi filia nascetur, ex quadrante hæres esto, adjectis

aliis hæredibus, nec casum expresserit quo uterque nasceretur: ut utroque nato, utrumque institutum interpretemur, *l.* 13. *de lib. et post.* Finge igitur: Testator Titiam filiam suam hæredem instituit ex asse, et si postumus nasceretur, eum instituit ex dodrante, si postuma, ex quadrante. Postumo nato, as dividetur in partes viginti et unam, ut Titia XII. postumus IX. habeat: vel contractius, in partes septem, ut Titia IV. postumus III. habeat. Quæ enim est ratio XII. ad IX. eadem est IV. ad III. nempe sesquitertia. Postuma autem nata, secundum voluntatem testantis, as dividetur in XV. partes, ut Titia XII. postuma tres habeat: aut contractius, in quinque, ut Titia IV. postuma unam habeat, ratione quadrupla. Postumo et postuma natis, as dividetur in partes XXIV. ut Titia XII. postumus IX. postuma III. habeat, aut quæ brevius, in assem unum ratione coacta Titia feret semissem, postumus trientem et semunciam, postuma sescunciam: quæ ratio est Titiæ ad postumum sesquitertia, Titiæ ad postumum quadrupla, postumi ad postumam tripla. Et ita definit Africanus hoc loco. Sed obstat *l. qui non militabat*, §. *filius*, *hoc tit.* ex qua videtur Titia vocari tantum in residuam partem assis: ut puta, postumo nato, in quadrantem, postuma nata, in dodrantem, utroque nato, in alium assem; vel ratione revocata ad assipondium, Titia in semissem, postumus in trientem et semunciam, postuma in sescunciam. Quod ita procederet, si Titia proponeretur instituta sine parte. At in specie Africani instituta proponitur ex asse. Rursus obstat definitioni Africani, *l. cum quæstio*, *C. de legat.* quæ Constitutio est una ex quinquaginta decisionibus Justiniani, et secundum eam Titia instituta ex asse, postumo ex dodrante, Titia non feret sesquitertia plus quam postumus (ut Africanus voluit) sed dodrante minus, id est, quadrantem: quasi voluerit testator dodrante minui portionem Titiæ, postuma autem instituta ex quadrante, eadem ratione feret Titia dodrantem tantum non (ut Africanus voluit) quadruplo plus quam postuma. Denique inter Titiam, et postumum vel postumam servabitur proportio tripla. Et consequenter postumo et postuma natis as distribuendus erit in XIII. partes, ut postumus habeat IX. Titia III. postuma unam. Ita enim postumus habet triplo amplius quam Titia et Titia triplo amplius quam postuma, ut in specie *l.* 13. *de lib. et post.* Postumi ad postumam non potest constitui proportio tripla, licet in partibus eis adscriptis, puta dodrante et quadrante, sit proportio tripla, quin lædatur Titia, quam voluit testator postumo esse in ratione subtripla, postumæ in ratione tripla, et contra non potest etiam inter Titiam et postumum vel postumam conservari ratio tripla, quin minuatur quæ debuit esse inter postumum et postumam. Quod tamen visum est esse tolerabilius. Et hæc secundum Constitutionem Justiniani, quæ hac in re abrogat huic Africani sive Juliani sententiæ, itemque *l.* 13. §. *sed si alter*, *et* §. *pen. hoc. tit.* ut Irnerius existimavit recte, quanquam verior fuisse videtur Jurisconsultorum sententia, propterea quod instituta Titia ex asse, et postumis ex dodrante et triente, palam est eum noluisse observare solemnem distributionem assis, ad quam tamen Justinianus testatoris voluntatem coarctat. Sequitur §. ult.

In testamento scriptum est, Lucius Titius ex duabus unciis, Cajus Attius ex parte una, Mævius ex parte una, Sejus ex partibus duabus hæredes mihi sunto: consulebatur quid juris esset: respondit, hanc scripturam illam interpretationem accipere posse, ut Lucius Titius duas uncias habeat, ceteri autem quasi sine partibus instituti, ex reliquo dextante hæredes sint, quem dextantem ita dividi oportet, ut Sejus quincuncem, Attius et Mævius alterum quincuncem habeant.

Attius, Mævius, Sejus, scripti sunt sine parte: ergo residuum assis habebunt, id est, dextantem: quem secundum voluntatem testantis ita distriquent, ut tantum habeat Sejus solus quantum Mævius et Attius. Sejus ergo quincuncem, Mævius sextantem, et semunciam, Attius æque sextantem, et semunciam. Eadem ratio facit, ut Titio instituto ex una parte, Mævio ex quadrante, Titius dodrantem ferat, *l.* 17. *hoc tit.* Quod non ita fiet, si Titius ex duabus partibus, Mævius ex quadrante institutus sit. Nam duo tantum quadrantes Titio videntur adscripti, id est semis, non dodrans residuus: quem utique si voluisset Titio adscribere, eum ex parte residua vel ex parte una instituisset, non ex duabus. Minus igitur erogat qui duas partes, quam qui unam adscribit. Modum enim duabus partibus dat comparatio quadrantis adscripti Mævio: ut nummis legatis, non demonstrata qualitate, ex comparatione ceterorum legatorum, quales sint legati intelligitur, *l. qui non militabat*, §. 1. *hoc tit.* et legato fundo Mæviano, aut Sejano sub disjunctione si duo sint fundi Mæviani, et ambigatur de quo senserit testator, ex comparatione fundi Sejani ambiguitas dirimitur, *l.* 1. *de reb. dub.* et dulcibus legatis, ex comparatione etiam ceterorum legatorum intelligitur poculenta an esculenta dulcia legata sint, *l. ult.* §. *ult. de trit. vino*, *et oleo leg.* Ceterum quadrans residuus Mævio et Titio in prædicta specie accedet, ut Titius ex besse, Mævius ex triente videatur scriptus, *l.* 13. §. *denique*, *hoc tit.* Ex eodem libro Africani est *l.* 34. *tit. sequentis*, cujus prima parte hæc sunt verba:

Ad L. Ex duobus. 34. de vulg. et pup. subst.

Ex duobus impuberibus, ei qui supremus moreretur, hæredem substituit: si simul morerentur, utrique hæredem esse respondit: Quid supremus, non is demum qui post aliquem, sed etiam post quem nemo sit, intelligatur: sicut et e contrario proximus, non solum is qui ante aliquem, sed etiam is ante quem nemo sit, intelligitur.

Quæstio est de pariter mortuis. Sic appellatur in *l. quod de pariter*, *de reb. dub.* sive de commorientibus, *l. cum hic status*, §. *si ambo, de don. inter vir. et uxor.* qualis inscriptio fuit veteris cujusdam fabulæ Plauti, Commorientes, translata ex Græca Diphili, συναποθνήσκοντες. Et eodem modo Florus 2. *Brutus* (inquit) *in acie cum Arunte filio Superbi commortuus est.* Complectitur autem hæc quæstio de commorientibus species multas, quarum unam Africanus proponit initio hujus legis. Duos filios impuberes hæredes instituit pater, et substituit in secundum casum ei qui supremus moreretur. Perierunt simul in nave, nec apparet quis obierit posterior. Quæritur, substitutus neutri an utrique hæres sit. Et videtur quidem neutri hæres esse, propterea quod non apparet quis supremus decesserit: sed verius est utrique hæredem fore, quasi utrique supremi decesserint, *l. qui duo; de reb. dub.* Nam et qui unicum filium habet, recte substituit supremo morienti: exemplo edicti prætorii, quo supremæ tabulæ dicuntur etiam solæ, *l.* 163. *de verb. sig.* Quintilianus decl. 308. *Venio* (inquit) *ad legem, Testamenta ultima rata sint. Habet sine dubio, si verba tantum ipsa intueri velimus, hoc jus occasionem brevem calumniæ. Quid enim si unum aliquis scripserit testamentum? potest videri non ultimum: quod magis jure primum dixerimus. Sed quemadmodum inter plurima testamenta ultimum valere oportet, ita hæc manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat post quod nullum testamentum est.* Supremus ergo vel ultimus non semper dicitur comparatione primi, sicut nec retro proximus comparatione ultimi. Nam et qui solus est, proximus esse intelligitur in XII. tab. et in edicto prætoris: et ita commorientibus substitutus intelligitur qui supremo morienti substitutus est: itemque peregre defunctis, si ignoretur uter prior decesserit: *l. pen. de poss. sec. tab.* Ceterum opponi huic sententiæ solet *l.* 34. *ad SC. Treb.* quæ negat fideicommissarium admitti, cui is qui ex fratribus supremus moreretur, hæreditatis partem suam restituere rogatus est, si simul fratres diem suum obierint, et probari non possit quis obierit novissimus. Et respondet recte Accursius: in ea specie voluisse testatorem ut substitutus haberet partem tantum: in hac autem specie, ut haberet totum. Fuisse enim in illa fideicommissarium substitutum in partem supremi. Uni igitur, non utrique. Quæ pars illa sit; quis ille qui substitutus est fideicommissarius, probare non potest. Non ergo jus deficit, sed probatio. Et hoc est quod ait lex, Si non ostenderit quis novissimus obiisset. Nam probatio a fideicommissario exigitur. In nostra specie pupillaris substitutio facta non est in partem supremi morientis, sed supremo morienti. Non igitur uni, sed et utrique supremo morienti. Ne casus singularis dubitationem facit quo minus substitutus utrique hæres sit: sed vox Supremos, quæ comparativa est. Denique non est necesse ut substitutus probet quis novissimus mortem obierit. Et nihil interest, utrique substituat pater nominatim hoc modo, Si ambo impuberes decesserint, Si uterque impubes decesserit, an supremo morienti. Nam utroque casu priorem mori intestatum pater voluit, posteriorem testatum, si diversis temporibus morerentur: et utrumque testatum, si commorerentur, *l. qui duos*, *hoc tit. l. pen. C. de impub.* et consequenter extraneis hæredibus institutis, inter quos non sit jus legitimarum hæreditatum, et substitutione verbis precariis (directo enim substitui eis in secundum casum non potest) facta utrique, vel supremo morienti, dicam priorem mortuum posteriori obstrictum esse fideicommisso, et posteriorem substituto: imo et substituto utrumque, si simul obierint, *l. Titia*, §. *Seja. de leg.* 2. Non venit igitur substitutus antequam vel ordine uterque vel pariter vita decesserint. Superstes enim substituto præfertur. Et hæc fuit Sabinianorum sententia, quam Justinianus approbavit. Proculiani substitutum præferebant hæredi legitimo, moti (ut arbitror) ambiguitate verbi Uterque, quo etiam significatur Alteruter: et eadem ratione si duo impuberes fuissent instituti, et invicem substituti, et ei qui supremus moreretur, Titius, quo genere testator omni modo utrumque filium vult mori testatum, mortuo uno, statim una cum superstite Titium admittebant. Et inde ratio dubitandi in *l.* 25. *hoc tit.* quod scilicet supremo substitutus, utrique videatur substitutus, et debere igitur moriente uno, concurrere cum altero substituto. Sed Julianus (qui ex Sabinianis fuit) fratrem præfert Titio. At finge, Pater duos filios impuberes hæredes instituit, et ei qui supremus impubes moreretur, vel etiam si uterque impubes moreretur, substituit Titium. Prior mortuus est pubes, hærede instituto extraneo, omisso fratre, posterior mortuus est impubes: an in partem posterioris substitutus admittetur? quod verba illa non patiuntur, Si uterque impubes

decesserit, nisi Utrumque pro alterutro accipias, quod non fit vulgo. Voluntas facile patitur ut habeat partem is, quem totum habere voluit testator, si posterior priori successisset: et ita definitur in substitutione precaria, *l. hæredes,* §. *cum ita, ad Treb.* Et hoc in tractatu nulla est differentia inter substitutionem directam et precariam. Male etiam illi opponitur *l. pen. C. de impub. et aliis subst.* cum longe sit alia ejus species, nempe hæc. Duos filios impuberes hæredes instituit: et si uterque impubes decederet, substituit Titium: prior mortuus est impubes, an statim substitutus admittetur? Minime: præfertur enim frater superstes: Quia jus legitimæ hæreditatis inter fratres conservari voluit testator, *l. vel singulis*, *hoc tit.* Substitutus repellitur, quia venit contra verba, et contra mentem testantis. In specie §. *cum ita*, venit contra verba, non contra mentem: idcirco non repellitur, quia verba menti subserviunt. Ad hæc repetendum est quod diximus supra forsitan obscurius, substitutione facta duobus impuberibus his verbis, Si uterque impubes decesserit, vel ei qui supremus morietur, multum interesse, diversis temporibus, an simul impuberes obierint. Nam priore casu superstes frater fratri succedet ab intestato, ac deinde mortuo etiam superstite impubere, substitutus ei succedet ex testamento, et in ejus hæreditate inveniet bona præmortui fratris. Posteriore casu substitutus utrique succedet ex testamento. Hæc differentia gignit aliam: nam fratribus ordine mortuis, in persona prioris irrita fit substitutio: *l. cohæredi*, §. *pen. hoc tit.* atque adeo legata etiam ex parte prioris a substituto relicta irrita fiunt. In persona posterioris, si et ipse impubes moriatur, substitutio valet, et debentur legata ex parte ejus a substituto relicta, et subjiciuntur Falcidiæ: ita ut salva sit substituto sescuncia, id est, quadrans portionis novissimi pueri: in quem non imputabit bona præmortui fratris, quæ invenit in bonis novissimi: quia ex fraterna non ex paterna hæreditate sunt, et aliena adventitiaque in Falcidiam non imputantur: et substitutus pupillaris hac in causa instituto comparatur, *l.* 11. §. *si filio*, *ad leg. Falcid.* Quod si fratres pariter mortui sint, quia duæ hæreditates substituto ex substitutione deferuntur, duas etiam sescuncias detrahet, sive totius hæreditatis paternæ quadrantem, quasi a patre hæres institutus ex asse: et ideo, si quadrantem salvum habeat in una hæreditate, nihil detrahet ex altera. Et hæc ita demonstrantur *l. qui duos*, *hoc tit. l. pater filium*, §. *ult. ad leg. Falcid.* Et de commorientibus hactenus. Sequitur alia quæstio.

Filium impuberem et Titium hæredes instituit, Titio Mævium substituit, filio, quisquis sibi hæres esset ex supra scriptis, substituit. Titius omisit hæreditatem, Mævius adiit. Mortuo deinde filio, putat magis ei soli ex substitutione deferri pupilli hæreditatem, qui patris quoque hæreditatem adierit.

Hæc primum in hac specie dubitatio occurrit, an valeat ille gradus quo Titio substitutus est Mævius, quia ab eo filius præteritus est. Sed didicimus valere jam supra, *l.* 14. §. *quod vulgo*, *de lib. et post.* quem ob eam causam cum hoc conjungendum esse arbitramur. Alteram dubitationem faciunt hæc verba, Ex supra scriptis, an ex ea substitutione filio impuberi succedant, non tantum qui patri hæredes extiterunt, sed et quicumque hæredes supra scripti sunt, licet hæredes non extiterint: quod negatur hoc loco, dum dicitur magis soli Mævio ex substitutione pupillari deferri hæreditatem, qui omittente Titio patris quoque hæreditatem adivit, et Titium qui omisit paternam, repelli etiam a pupillari, *l. qui libertis, in princ. hoc tit.* Condicionalis enim hæc pupilli substitutio est. In pure, aliud est. Præferetur enim Mævio Titius, qui pure impuberi substitutus est, licet paternam hæreditatem repudiaverit: et in *l. sed si plures*, §. *filio*, *hoc tit.* Quod ait cohæredem eumdemque substitutum filii impuberis, qui patris hæreditatem repudiavit, non posse pupillarem amplecti, ita procedit, si substitutum non habuerit: qui modus retrahendus est ex §. *si ex asse*, qui mox illum sequitur. Ergo ex substitutione condicionali, quisquis mihi ex supra scriptis hæres erit, vocantur scripti, quocumque gradu scripti sint, qui modo patri hæredes extiterint. Sufficit autem extitisse semel, licet, cum filius morietur, esse desierint, *l. in substitutione, hoc tit.* Additur in fine hujus legis,

Etiamsi contra patris tabulas bonorum possessio petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus præstanda sunt, quæ a substitutione data sunt.

Hinc apparet quam distet querela inofficiosi testamenti a bonorum possessione contra tabulas. Querela, si actum sit in solidum, et rescissum testamentum paternum, pupillaris etiam substitutio rescinditur, omniaque legata infirmantur, sive ab instituto, sive a substituto data sint, nullis personis exceptis, et libertates et tutelæ: quia totum testamentum præsumitur esse hominis male sani voluntas. Bonorum possessio contra tabulas non rescindit substitutionem pupillarem, vulgarem rescindit. Et legata (inquit) a substitutione data, omnibus præstanda sunt. Quod ad differentiam legatorum dicit quæ ab institutione data sunt. Nec enim omnibus præstanda sunt, sed exceptis personis tantum ex edicto De legatis præstandis. Ra-

tio differentiæ hæc, quia querela est juris civilis, id est ex lege Glicia. Bonorum possessio juris prætorii, et jus prætorium plerumque civili benignius. Conservat enim prætor quæ conservari bonum et æquum est: Legis rigor omnia rescindit. Et querelam esse juris civilis vel ex eo apparet, quod re judicata secundum exhæredatum qui egit querela, hæres scriptus, qui semel ex testamento hæres extitit, desinat esse hæres, *l. in substitutione, hoc tit.* quod non ita fit petita bonorum possessione contra tabulas. Quod diximus de querela, idem obtinet in jure eo quod habet filiusfam. præteritus ut dicat testamentum nullum. Qua ratione utilius fuerit filiofam. præterito, dicere nullum quam bon. possessionem contra tabulas petere, licet alias nonnumquam utilior ei sit bonorum possessio contra tabulas, ut docui supra *ad l. 14. de lib. et post.* Et in bonorum possessione quidem, quæ præteritis datur et jure nullius dicendi testamenti, nihil hodie mutatum est: in querela quæ exhæredatis datur, usque adeo innovata sunt omnia, ut mitior reddita sit bonorum possessione contra tabulas. Solam enim institutionem vel substitutionem vulgarem rescindit: cetera præter institutionem firma permanent, id est tabulæ pupillares, legata fideicommissa, tutelæ, libertates, adsignationes libertorum. Ergo legata relicta ab institutione, omnibus præstanda sunt, quæ tamen petita bonorum possessione contra tabulas non præstantur omnibus. Sequitur *l. 22. De test. mil.*

Ad L. Quod constitutum. 22. de testam. milit.

Quod constitutum est ut testamentum militiæ tempore factum, etiam intra annum post missionem valeret, quantum ad verba ejus, ad eos dumtaxat qui mitti solent, id beneficium pertinere existimavit. Secundum quod neque præfectos, neque tribunos, aut ceteros qui successoribus acceptis militare desinunt, hoc privilegium habituros.

Militare desinunt alii missione, alii successoribus acceptis. Qui missione accepta, non possunt jure militari facere testamentum, sed quod fecerunt in militia, valet intra annum post missionem: nec enim antequam is annus exierit, quod fecerunt in militia jure militari, valere desinit. Et hoc est ex Constitutionibus, quæ an etiam ad duces exercitus pertineant, et tribunos cohortium aut legionum, vel præfectos, qui non missione, sed successoribus acceptis, militare desinunt, quæritur. Et Africanus significat non pertinere. Itaque possunt quidem jure militari quamdiu exercitui aut cohorti, alæ, legioni præsunt, *l. 20. hoc tit. l. 1. et ult. C. eod. l. 10. C. de inoff. test.* Sed statim atque successorem acceperint, testamentum jure militari valere desinit, nec valet intra annum post successionem. Et hoc quantum ad verba (inquit) Constitutionum, quæ de missis loquuntur, non de iis quibus successor datur, qui proprie mitti non dicuntur. Sed quid vetat tentare ex sententia Constitutionum, etiam ad eos beneficium illud pertinere, sicut edictum de iis qui notantur infamia, quod de dimissis loquitur, extendi legimus etiam ad eos quibus successores dantur, tribunos puta et præfectos et duces, *l. 2. De iis qui not. inf.* Sed ad alia transeamus. In *l. 47. De acq. hær.* Africanus ait:

Ad L. Qui servum 47. de adquir. hær.

Qui servum suum hæredem institutum adire jusserat priusquam ille adiret, furiosus est factus. Negavit recte servum aditurum, quoniam nonnisi voluntate domini acquiri hæreditas potest: furiosi autem nulla voluntas est.

Jussum adeundæ hæreditatis revocare dominus potest re integra, *l. si quis mihi bona, §. ult. hoc tit.* quemadmodum si jusserit cum servo contrahi, *l. 1. §. sed ergo quæro, quod jus.* Vel si quis alius alteri mandaverit aliquid, constat mandatum extingui finita voluntate, *l. si vero non remunerandi, §. pen. Mand.* Sed et post jussum adeundæ hæreditatis interveniente furore domini, jussum extingui Africanus docet hoc loco. Nam in omnibus his causis perseverantem voluntatem exigimus, quæ nulla est in furioso. Ergo extingui etiam mandatum quod libet putem, furore interveniente re integra, exemplo jussi, sicut utrumque certum est pœnitentia finiri. Mandatum certe petendæ bon. possessionis furore finitur, *l. seq.* Mandatum dico petendæ bon. possessionis. Nam mandatum adeundæ hæreditatis, nullum est. Sed et morte tam jussum adeundæ hæreditatis, quam mandatum aliud quodlibet finiri ajo, *l. si per epistolam hoc tit.* Nec moveor *l. 6. §. si is qui putabat, hoc tit.* quia de filiofam. loquitur non de servo. Et hac in re filiusfamilias habet præcipua quædam. Ut propter patris furorem non prohibeatur adire, etiamsi sanus cum esset pater, cum adire non jusserit, *l. cum hæres, hoc tit.* Et consequenter, ut jussum sani patris, postea furore incidente, non finiatur. Nec abs re id tantum de servo Africanus scripsit, non de filiofamilias. Item ut mortuo patre, qui jusserit adire, filius adeundo sibi acquirat, *d. §. si is qui putabat:* qui etsi non jussisset pater, recte adiret post mortem ejus, et sibi hæreditatem acquireret. Idem eodem titulo ita scibit l. 49.

Ad L. Pupillum 49. de adquir. hæredit.

Pupillum etiam eo tutore auctore, qui tutelam non gerat, hæreditatem adeundo obligari ait.

Per tutorem adire hæreditatem pupillus non potest, *l. potuit, C. de ju. del.* Per se adire potest tutore auctore, si fari possit, *l. pupillus, h. t. l. 1. C. ad Tertyl.* An et tutore honorario auctore? Sic Juliano videtur vel Africano. Sed obstat *l. 4. De auct. tut.* quæ negat pupillum alienare vendendo, et tradendo honorario tutore auctore. Puto venditionem traditionem ab aditione separandam esse. Quia aditio, animi potius est, quam facti, vel administrationis, *l. 20. hoc tit.* Et suppletur facile animus quolibet tutore auctore, *l. pupillus, De reg. jur.* Venditio, traditio, facti est potius, quam animi; *l. consilio, §. ult. ff. de cur. fur.* Et ideo auctoritatem ejus tutoris desiderat qui negotia gerit, nec sufficit honorarii. Atquin solutio facti est, *d. l. consilio*, et fit tamen recte honorario, *l. quod si forte, §. 1. de solut.* Fit recte honorario (fateor) sed ab eo, vel a pupillo eo auctore non fit recte, sicut nec venditur traditur recte. Azo confingit frustra in *d. l. 4.* interdictam a prætore administrationem fuisse ei tutori, cujus auctoritas negatur sufficere. Est autem, ut attigi jam supra, hæc Africani sententia accipienda nobis de pupillo majori infante, id est, qui fari potest. Nam infans ne tutore quidem auctore adire hæreditatem potest, quia verba aditionis loqui non potest: sed subvenitur ei, ut per tutorem adire possit, *l. si infanti, C. de jure del.* At quæri potest cur non adeat hæreditatem pupillus major infante, quamvis lucrosa sit, nec ullum habeat damnum sine tutoris auctoritate, acquirat tamen possessionem sine tutore, ut est proditum *l. 4. §. pupillus, de usurp. et usuc. l. quamvis, §. infans, de adq. poss.* ubi etiam, quemadmodum hoc loco, et *l. 8. §. ult. h. t.* et aliis plerisque, pupillus qui dicitur simpliciter, is est qui major infante est, sive ἄνηβος τελειότερος, ut eo in loco Basilica interpretantur. Et existit etiam ea in re alia differentia inter pupillum, et infantem: Nam infans solus acquirere possessionem non potest sine tutore, *d. §. quamvis*. Augustinus XIII. De Trinitate, *Sic puer infans, quamvis ditissimus natus, cum sit dominus omnium quæ jure ejus sunt, nihil possidet mente sopita.* Quod ita vertit Maximus Planudes, Οὕτω καὶ παιδίον νήπιον, εἰ καὶ τὰ μάλιςα πλουσιωτατον ἐγεννήθη, κύριον ὂν πάντων ἃ κατὰ νόμοις αυτοῦ εἰσίν, οὐδὲν κέκτηται, τοῦ νοῦ καθουδοντος. Sed ratio differentiæ, quam indagare cœpi, inter hæreditatem et possessionem hæc est, quia aditio animi, et consilii est potius, quam facti: Suppleri igitur necessario debet tutoris auctoritate. Nam nec curatoris auctoritas sufficit, *l. cum in una, §. ult. de app.* Curator exequitur ea quæ sunt facti: tutor quæ consilii, animi, juris. Possessio autem facti est potius, quam animi, *l. 1. §. apiscimur, de adqu. pos.* Potius accipio comparate: nam et in aditione facti est aliquid, *l. liber homo, de adqu. rer. dom.* Et possessio, etiam animi est, *l. possessio quoque, de adq. poss.* Ideoque in acquirenda possessione, tutoris auctoritas necessaria videbatur esse: sed favorabiliter receptum est, ut etiam ea non interveniente, recte pupillus possessionem nanciscatur, major infante. Et præterea adeptio possessionis pupillum non obligat: aditio obligat æri alieno, *l. 8. hoc tit.* Sequitur in l. 51.

Ad L. Qui duobus 51. eod.

Eum qui duobus testamentis ejusdem testatoris hæres scribitur, cum dubitet num posterius falsum sit, ex neutro eorum posse adire hæreditatem placet.

Prius testamentum posteriore rumpitur. Finge: Idem utroque testamento hæres scriptus est: sed dubitat num falsum sit testamentum posterius, atque adeo ambigit num potius adire debeat ex priore. Dum ita in incerto est animus, adire hæreditatem non potest: quia certum de testamento, certo judicio accedere ad hæreditatem oportet. Quod exposuimus jam satis supra, initio Tractatus primi, ad hæc Africanus addit quæ sequuntur.

Filiusfam. hæres scriptus, patrem suum certiorem fecerat, videri sibi solvendo esse hæreditatem: pater rescripserat, sibi parum idoneam renuntiari: itaque debere eum diligentius explorare, et ita adire, si idoneam comperisset. Filius acceptis literis patris, adiit hæreditatem. Dubitatum est an recte adisset. Probabilis diceretur, quandiu persuasum ei non sit solvendo esse hæreditatem, patrem non obligasse. Sed et si quis ita dixerit, Si solvendo hæreditas est, adeo hæreditatem, nulla aditio est.

Filiusfam. cui delata est hæreditas, non potest adire injussu patris, ne invitum æri alieno obliget. Jussum præcedere debet: et fieri potest per epistolam, *l. si quis mihi bona, §. jussum, l. 50. hoc. tit.* Finge. Mandavit filio pater per epistolam, ut adiret hæreditatem, si idoneam comperisset. Adivit cum nondum sibi persuasum esset idoneam esse hæreditatem. Nulla est aditio. Valet, si alia opinione adivit: *d. l. si quis §. pater.* Jussum potest esse condicionale: aditio non potest esse condicionalis. Et hoc est quod subjicitur, nullam quoque aditionem esse factam his verbis, *Si solvendo hæreditas est, adeo hæreditatem*: Quia scilicet actus legitimus est: atque ideo

fieri debet pure, et semel, et tutore auctore, non curatore, et jussu patris vel domini, et testato, et certis conceptisque verbis, et per se, non per alium: et symbolo interveniet aliquo, veluti percussione digitorum. Quæ omnia cessant in petitione bonorum possessionis: quia jus prætorium, jus solemne non est, *l.* 27. *de reg. jur.* Sed hæc sunt facillima: sequentur difficiliora. In *l.* 14. *De bon. poss. cont. tab.* Africanus ait.

Si duobus filiis emancipatis, alter hæres institutus sit, alter præteritus: si institutus adierit, quamvis verbis edicti parum expressum sit, tamen non posse eum petere bonorum possessionem, respondit, quia judicium patris sequutus sit. Nec enim emancipatum, si legatum acceperit, admitti ad bonorum possessionem, sive ab hæredibus institutis, sive ab iis, qui contra tabulas petierint, acceperit. Sed illud observandum, ut prætor eum qui hæres institutus adierit, in eam partem, qua scriptus sit, tueri debeat, dum tamen non ampliorem, quam habiturus esset, si bonorum possessionem accepisset: ut hactenus deteriorem causam suam fecerit: quod si ex minore parte sit institutus, eam duntaxat retinere possit, et quod extraneis quoque legata prestare cogatur. Quod si is qui in potestate est, hæres institutus sit, quoniam necessarius hæres, sit, non aliud dici posse, quam et ipsum petere posse bonorum possessionem, si modo hæreditati se non immiscuerit. Tunc enim quia judicium patris comprobasse videtur, in eodem loco quo emancipatum habere debere.

Bonorum possessio contra tabulas datur filio præterito, sive scriptus hæres adierit, sive non adierit. Est enim contra lignum, *l. quod vulgo, h. t.* id est, contra ligneas tabulas testamenti, non contra hæredem: ut querela, et illa bonorum possessio, quæ datur patrono præterito, quæ sunt contra hæredem. Sed petita a filio præterito bonorum possessione contra tabulas, et instituto hærede alio filio, quantum ad institutum attinet, multum interest utrum adierit ipse, aut petierit bonorum possessionem secundum tabulas, an non: Finge: Duo sunt filii emancipati, unus institutus, alter præteritus. Aut institutus adiit, aut non. Si non adiit, propter præteritum qui edictum committit, et ipse qui institutus est ad bonorum possessionem contra tabulas admittitur, *l.* 3. §. *si quis ex liberis, h. t.* etiam præterito nondum petente, *l. si post. mortem*, §. *ult. eod* Et per eam quidem bonorum possessionem, modo ampliorem consequitur hæreditatis portionem, quam habiturus esset, si solus fuisset, modo minorem. Ampliorem, ut si institutus sit ex uncia, aliis cohæredibus adjectis, semissem consequitur, inter eum et fratrem preteritum quasi ab intestato ex æquis partibus divisa hæreditate. Minorem, ut si institutus sit ex dodrante, admissa bonorum possessione contra tabulas, ad semissem redigitur, *l. non putavit*, §. *ult. l. pen.* §. *videamus, hoc tit.* Quod si filius institutus, hæreditatem adiit, ut bonorum possessionem secundum tabulas petiit, hoc casu, quia judicium patris sequutus est, beneficio præteriti postea non admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas. Nam et filius præteritus, si legatum acceperit, vel alias agnoverit judicium defuncti, bonorum possessionis contra tabulas emolumentum habere non potest, *l.* 3. §. *ult. l. si præteritus, l. si post. mortem*, §. *alias, hoc tit.* Et recte, Acceperit: nam secus est si petierit, et antequam acciperet pœnitentiam egerit, *l.* 8. *in prin. De bon lib.* Neque vero quidquam interest ab hæredibus institutus legatum acceperit, an ab aliis fratribus præteritis, qui contra tabulas petierint, et exceptis personis ex edicto legata præstiterint, ut Africanus ait hoc loco. Nam utroque genere, qui elegit legatum, et generaliter quicumque approbavit judicium defuncti, repellitur a bonorum possessione contra tabulas, sive ad eam directo veniat, sive aliorum beneficio. Et præterea filii, qui ex testamento hæreditatem adiit, portio minui potest, augeri non potest. Minuitur, si institutus sit ex dodrante. Nam petit a fratre præterito bonorum possessione contra tabulas. prætor institutum qui adiit tuetur perinde atque si bonorum possessionem contra tabulas accepisset in virilem portionem tantum, atque adeo in semissem, si duo sint fratres, in trientem si tres. Non augetur, si institutus sit ex uncia. Nam prætor eum tuetur in unciam tantum, *l.* 5. §. *ad eum, l. is qui*, §. *sed. si scriptus tit. seq.* quod est ex sententia Juliani comprobata Constitutione Antonini Pii, *l.* 5. 7. 23. *eod. tit. l. qui duos, l. ult. de conjung. cum emanc. lib.* Nam edictum prætoris liberis conservabat tantum legata, non hæreditates. Et hæc quidem dicimus de filio emancipato hærede instituto idem tamen esse in suo Africanus adjicit. Nam et hujus portio augeri vel minui potest, admissa bonorum possessione contra tabulas, et contra ea non admissa, si miscuerit se bonis, minui potest, quia et ipse redigitur ad virilem, augeri non potest, *l.* 1. §. *ibidem, De collat. bon.* Emancipatus hæreditatem acquirit approbatque judicium defuncti adeundo: suus miscendo se. Sed et jure civili hic etiam invitus et ignoraus hæreditatem acquirit existentia sola, non etiam sequitur judicium defuncti. Quapropter integrum ei est petere bonorum possessionem contra tabulas, si nondum immiscuerit se hæreditati. Duo tantum sunt casus, quibus is qui adiit vel bonorum possessionem secundum tabulas petit, non caret emolu-

mento bonorum possessionis contra tabulas. Unus est si coactus adiit jussu patris adoptivi, et mox a patre adoptivo emancipatus sit. Nam commisso per alium edicto, habebit ipse potius etiam post aditionem commodum bon. possessionis contra tabulas patris naturalis, quam pater adoptivus, *l. si post mortem* §. *si in adoptionem*, *hoc. tit.* Alter casus est, si pendente condicione petierit bonorum possessionem secundum tabulas, et postea condicio defecerit: quia deficiente condicione, petitio irrita constituitur: et ideo tuendus erit in virilem, etiamsi ex minore parte hæres scriptus fuerit, perinde atque si contra tabulas, non secundum tabulas bonorum possessionem, accepisset, *l. 3.* §. *si sub ea conditione*, *hoc tit.* Etiam illud non est omittendum, in querela inofficiosi testamenti non idem penitus observari: Nam frater institutus ex minore parte, adjecto cohærede, exhæredato altero fratre, si adierit hæreditatem (quod necessario exigitur ut exhæredato competat querela) et forte totum testamentum rescindatur per querelam, ab intestato vocatur in virilem, *l. mater*, §. *ult. de inoff. test.* Sed etsi pro parte rescissum sit testamentum, ut si filius sit institutus ex sextante, extraneus ex dextante, et exhæredatus alter filius egerit ut debuit contra extraneum, et obtinuerit, augebitur portio fratris instituti. Dextans namque ablatus extraneo ita dividetur, ut semissem habeat exhæredatus, trientem institutus frater. Quæ Græcorum interpretum opinio est. Proinde institutus frater contra quem exhæredatus non egit, sextantem habebat ex testamento, trientem, ab intestato, et sic querela facit non tantum ut ejusdem pecuniæ alter sit ex testamento hæres, alter ab intestato: verumetiam ut unus idemque sit ejusdem pecuniæ hæres, partim ex testamento, partim ab intestato. Quod summe notandum est. Sed ad jus prætorium redeamus. Alia hoc loco notatur differentia inter eum qui adiit vel miscuit se, vel bonorum poss. secundum tabulas petiit (nihil enim interest) et eum qui non adiit: nam is qui non adiit, sed petiit bonorum possessionem contra tabulas commisso edicto per præteritum, legata præstat exceptis personis tantum. Is qui non petit bonorum possessionem contra tabulas, sed adiit, legata præstat omnibus: atque ita deterior ubique est adeuntis condicio quam admittentis bonorum possessionem contra tabulas. Verum cum hac sententia Africani pugnat omnino Paulus in *l. is qui* §. *sed si scriptus*, *tit. seq.* et vix est sedandæ pugnæ ratio aut modus ullus. Rem fuisse controversam verba illa indicant in §. *sed. si scriptus, Et complures putat.* Ulpianus dubitat, *l. si duo*, *eod. tit.* inclinare tamen videtur in Africani sententiam. Existimaverim Pauli (quam et complures amplectuntur) opinionem esse veriorem, ut filius institutus qui adiit hæreditatem patris, legata non præstet extraneis. Nam et ratione meliore nititur, quod prætor eum hac ratione tueatur, quia ex liberis est qui contra tabulas petere potuerunt. Non est igitur onerandus magis quam ii, qui contra tabul. petierunt, maxime si plena voluntate non fruatur, id est, si minuatur portio hæreditatis testamento adscripta concursu præteriti. At contra si plena fruatur voluntate, libenter concedemus in Africani sententiam; atque ita tandem, ut nulla sit in ejusmodi causa dissensio inter jurisconsultos, efficiemus. Et Ulpianum quidem distinctione aliqua usum hac in re, argumento est *l. filium*, §. *ult. tit. seq.* in qua concludit, exceptis personis solis præstanda esse legata ab eo qui adiit: de quo cum sit necesse intelligi §. *penult. et ult.* igitur et quod ait, *Magis probatur*, id ipsum est quod Paulus, *Complures putat:* quodque idem ait *d. l. si duo*, An omnibus, dubito, negantis oratio est potius quam adfirmantis, ut *l.* 16. §. 1. *De test. tut. l. 3. De test. mil.* Dubitans negat, *l. si quis testamentum*, *ad leg. Aq.* Et hæc quidem dicimus de emancipatis. Sed idem in suis, ut instituti si petierint contra tabulas exceptis præstent legata, si miscuerint se, omnibus, *l. filium*, *l. is qui tit. seq.* Sui tamen præteriti nullis præstant legata, *d. l. is qui.* Recte autem in hac lege Flor. scriptum est. Quoniam necessarius hæres fit, ut §. *sui autem*, *Inst. de hær. quæ ab int.* Fit pro Existit, quod ita Græci, ἐπειδὴ ἐκ διαθήκης ἀναφαίνεται. Sequitur in hac lege:

Filius in adoptiva familia uxore ducta filium sustulit, eumque post mortem patris adoptivi emancipavit. Hunc nepotem contra tabulas avi naturalis decreto posse petere bonorum possessionem respondit. Item si filius emancipatus sublato filio et emancipato adrogandum se dederit, et mortuo adoptivo patre decesserit, et contra patris et contra avi tabulas ex decreto hunc admitti, minime dubitari debere, ne alioquin ab omnium bonis excluderetur.

Liberis emancipatis vel alias sui juris effectis, et iis qui ex eis nascuntur, postquam sui juris effecti sunt, præteritis datur bonor. possessio contra tabulas: quæ tamen non datur liberis in adoptionem datis vel post emancipationem adrogatis vivo aut mortuo patre naturali ante petitam bonorum possessionem contra tabulas, *l. 3.* §. *si emancipatus* 2. *hoc. tit.* Sed neque eorum liberorum liberis natis post adoptionem, qui adoptivorum locum obtinent, *l. ex adoptivo, De adopt.* vel translatis una cum patre in familiam adoptatoris. Et ratio differentiæ hæc est, quia emancipati non sunt in aliena familia, aliumve patrem non habent: Adoptati sunt in aliena familia, et ideo prætori pro extra-

neis habentur. Quod si forte liberi adoptione non mutarint familiam, ut si adoptentur a patre vel avo paterno, sane hoc casu præteritis non denegatur bonorum possessio contra tabulas patris vel avi naturalis, *l.* 3. §. *si quis filio*, *l. ult. hoc tit.* et hac de causa, *l. si post mortem*, § 1. ponitur filius in adoptionem datus socero sive filii avo materno qui non admittitur contra tabulas patris naturalis, nisi institutus commisso per alium edicto, *l. non putavit*, §. *in adoptionem*, *hoc tit.* Datus in adoptionem avo paterno, admittitur etiam præteritus: quæ res indicat ideo adoptatis et præteritis testamento patris naturalis non dari bonorum possessionem contra tabulas, quod sint in aliena familia. Idem indicat et illud quod placet, emancipatos a parente adoptivo vivo patre naturali edictum committere, id est præteritis eis testamento patris naturalis bonorum possessionem contra tabulas dari: quia in aliena familia esse desierunt, *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* §. *at ii qui emancipati, Inst. de hær. quæ ab int. def.* Sed non etiamsi moriatur pater adoptivus vivo patre naturali. Nam etsi sui juris fiant morte patris adoptivi, tamen non desinunt esse in ejus familia, sicut capitis diminutione, id est, emancipatione *l. utrum, hoc tit.* imo mortui, postea in adoptiva familia mortui dicuntur, *l.* 3. §. *si pater*, *hoc tit.* Et hoc est quod dicitur, morte patris liberos fieri sui juris sine capitis diminutione, *l.* 3. §. *ult. ad Maced.* His cognitis, finge: Flius emancipatus dedit se in adoptionem, et in adoptiva familia uxore ducta, nepotem procreavit. Hic nepos nec vivo nec mortuo patre suo admittetur ad bonorum possessionem contra tabulas avi naturali, nisi emancipatus sit ab avo adoptivo, vivo avo naturali, *l. si emancipatus*, §. *pen. et ult. hoc tit.* Quid si a patre suo emancipatus sit, in cujus recidit potestatem post mortem avi adoptivi, et vivo avo naturali? Et videtur non esse admittendus, quia non est emancipatus ab avo adoptivo: ex edicto autem ii tantum vocantur, qui cum essent in adoptiva familia, a patre vel avo adoptivo emancipati sunt. Hic emancipatus fuit a naturali, non ab adoptivo, in cujus familia natus erat. Decreto tamen ei subvenietur, id est, data decretali bon. possessione contra tabulas avi naturalis: Quia vivo avo naturali a patre suo naturali emancipatus fuit, licet ab avo adoptivo numquam emancipatus fuerit. Male Accursius ponit hunc nepotem institutum hæredem: Nam si institutus esset, edictalis bon. possessio contra tabulas sufficeret commisso edicto per alium, nec esset necessaria decretalis. Male etiam (et in eo quoque a Bartolo reprehenditur recte) Nihil interesse putat vivo an mortuo avo naturali hic nepos a patre suo emancipatus sit: et satis esse, quod mortuo avo adoptivo emancipatus sit: vivo tantum avo adoptivo eam distinctionem admitti. Nam et mortuo utroque adoptivo et naturali avo, nepos emancipatus a patre, nec contra tabulas avi adoptivi admittitur, quia pater eum præcedit, nec contra tabulas avi naturalis, ne sit in potestate patris qui ipse admitti non potest contra tabulas patris sui naturalis, nepotem emancipando post mortem avi patris sui efficere ut ad eum potius bona perveniant, quam ad agnatos. Quæ ratio est *d.* §. *at ii qui emancipati.* Ponendum igitur necessario est in hac specie nepotem illum a patre suo emancipatum vivo avo naturali, de cujus bonis agitur. Sequitur species alia: Filius emancipatus nepotem sustulit et emancipavit, ac deinde transiit filius in adoptivam familiam, nepos ex eo non transiit, quia emancipatus ab eo jam ante fuerat: et mortuo patre adoptivo idem filius etiam mortuus est, atque ita mortuus est in adoptiva familia. Quæritur an nepos ille admittatur ad bonorum possessionem contra tabulas patris sui. Movet quod in alia familia est pater, in alia filius, sicut si filium pater dedisset in adoptionem: ut plane videantur hæc esse paria, sive dederit pater filium in adoptionem, sive seipsum. Et ita Julianus scripsit, utroque casu filio præterito ex edicto non dari bonorum possessionem contra tabulas. Decreto tamen ei subveniri æquum est. Quia etsi in alia familia sit filius, in alia pater, alium tamen patrem filius non habet: contra alium patrem habet, si filium pater dederit in adoptionem, et ideo hoc casu omnimodo repellitur a bon. possessione cont. trabulas patris naturalis: illo casu non repellitur a decretali, quin et ab edictali illo casu eum repellendum non esse forsitan Ulpianus et Marcellus existimarunt, *l.* 3. §. *si pater*, *l. si pater se dederit*, *hoc tit.* Julianus necessarium esse decretum. Rursus quæritur an nepos ille admittatur ad bon. poss. cont. tab. avi naturalis. Movet quod si excluditur bonis patris, (ut certe excluditur edicto) et ab avi bonis excluditur: quia per patrem bona avita consequitur, *l.* 10. §. 1. *de bon. lib.* et hoc est quod ait, Ne alioquin ab omnium bonis excluderetur. Pono enim priorem avum decessisse, et filium instituisse, nepotem omisisse. Nam si prior obiit pater, nihil vetat quo minus contra tabulas avi nepos admittatur ex edicto, cum familia avi non videatur exisse. Emancipati enim, et qui ex his nascuntur, non sunt in familia parentum jure civili, jure prætorio perinde accipiuntur ac si in familia essent, hac ratione, quod non sint in aliena. Sed et mortuo primum avo, deinde patre, etiam contra tabulas avi decreto admittitur nepos, qui et decreto jungi patri debuit in successione avi, *arg.*

l. emancipato, De conj. cum em. lib. quandoquidem ipse jure prætorio mortuo adoptivo patre, si institutus non fuisset, in bonis avi potior futurus erat. Ipse enim non erat in aliena familia, pater erat. Male Azo ad hæc verba, Mortuo adoptivo patre, adjicit, idem et si vivente: Nam vivente patre adoptivo filius tabulas testamenti facere non potuit: et adducit in eam rem male, *l.* 3. §. *si pater, hoc tit.* quasi in ea mortuus in adoptiva familia dicatur is qui mortuus est vivo patre adoptivo, cum is potius sit, qui morte patris adoptivi sui juris effectus est, non capitis diminutione, ut dixi supra. Male etiam Accursius priorem mortuum fuisse patrem, ut docui supra: male nihil interesse uter prior decesserit. Exposui duos casus quibus prætcrito ex decreto datur bon. poss. cont. tab. non ex edicto. Sequitur *l.* 18. *De leg. præst.*

Ad L. Nepos 18. de legat. præst.

Nepos qui in potestate mansit, et filius suus hæredes instituti sunt, nepoti legatum dedit, pater ejus emancipatus petit bon. possessionem, nepos legato contentus est: quidam in eum solum qui in potestate esset, legati actionem nepoti dandam responderunt, quia ei nihil auferatur, et emancipatus partem filii sui occupet, in qua onus legatorum non consisteret: sed rectius dicetur, in emancipatum solum dandam actionem nepoti, et quidem non ultra quadrantem.

Duo sunt filii, unus suus, id est, in potestate, (ut *l.* 6. *de ju. pat.*) alter emancipatus, et ex emancipato nepos retentus in potestate. Filius emancipatus præteritus, filius suus et nepos ex emancipato instituti sunt ex æquis partibus. Nepoti hoc amplius legatum relictum est. Filio præterito committente edictum, omnes possunt petere bonorum possessionem contra tabulas. Quo casu duo semisses fient, unum habebit filius suus, in alterum concurrent filius præteritus et nepos ex edicto novo, eumque partientur inter se, ita ut quadrantem habeat filius, quadrantem nepos, *l. seq. l.* 1. §. *inter*, *l. ult. De conj. cum em. lib.* At finge, nepos non petit bonorum possessionem contra tabulas, sed legato contentus est: debet alterutrum eligere, *l.* 5. §. *omnibus*, *hoc tit* Fratres petunt bonorum possessionem contra tabulas. Quæro, nepos a quo legatum accipiat, a patruo, an a patre, an ab utroque. Quidam putant a patruo præstandum legatum, quia plena fruitur voluntate, et pro ejus tantum parte legatum valuit, pro parte nepotis instituti ejusdem legatarii legatum non valuit, *l. legatum,* §. 1. *de leg.* 1. et ideo nec a patre debetur, qui nepotis partem occupat. Sed rectius esse ait ut præstetur a patre, ut onus legati subeat ad quem omissæ bonorum possessionis commodum redit, *l.* 1. §. *si quis ex nepotibus*, *De conj. cum em. lib.* 1. ut sit filius oneri patri accepto legato, qui et fuisset accepta bonorum possessione. Sed non ultra quadrantem, inquit. Quæ verba non sunt accipienda de quadrante Falcidiano, sed de legato, ne excedat quadrantem, ne plus habeat nepos electo legato quam haberet si bonorum poss. contra tabulas accepisset. Legatum ergo nepoti præstatur non a patruo, non ab utroque, sed a patre solo. Contra *l. nonnumquam,* §. *ult. hoc tit.* exigere videtur ut præstetur legatum ab utroque. Species hæc est: Plures filii instituti sunt, unus præteritus, ab uno ex filiis nominatim relictum legatum est uni ex liberis parentibusve. Si adiissent filii, ille solus præstaret legatum qui oneratus est. Verum non adierunt, sed petierunt bon. possessionem contra tabulas commisso edicto per præteritum. Quo jure rediguntur omnes ad portiones viriles, et pro eis portionibus id legatum præstare compelluntur, non observato jure testamenti, quo unus eorum nominatim fuerat oneratus legato. In ea specie ille unus ex liberis cui legatum relictum est, nec institutus, nec ex eis liberis fuit qui contra tabulas bonorum possessionem petere possunt: forte nepos fuit ex filia, vel nepos ex filio susceptus post adoptionem, vel susceptus post emancipationem, quam filius præcedebat. Huic legatum ex edicto conservatur petita bon. possessione contra tabulas, ita tamen ut ne amplius ex eo habeat quam virilem, *l. virilis*, *hoc tit.* Et eam quidem virilem portionem ei conficiunt omnes qui contra tabulas bonorum possessionem acceperunt. In specie autem hujus legis legatarius institutus est, et petere potuit bonorum possessionem contra tabulas: et ideo electo legato, legatum ei non conservatur in virilem, id est, in trientem (quia tres fuisse proponitur) sed legatum ei conservatur in quadrantem, ne plus habeat ex legato quam habiturus foret ex bonorum possessione cont. tab. Et servata eadem comparatione, sicut petita bonor. poss. contra tabulas, nepos quadrantem auferret patri, non patruo, ita petito legato, quadrans abscedet patri, non patruo. Et hanc distinctionem confirmat *l. ult. De conjung. cum em. lib.* Nam si duo sint filii emancipati, unus institutus, alter præteritus: instituti etiam sint ex filio præterito nepotes duo, unus retentus in familia avi, alter natus post emancipationem patris, hic qui natus est post emancipationem, non admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas: quia obstat ei pater: alter qui natus est ante emancipationem, admittitur. Uterque tamen tuendus est in portionem hæreditatis eam quam habituri erant patre eorum ac-

cipiente bonorum possessionem contra tabulas, si fuissent in avi potestate. Habituri autem ambo erant quadrantem: singuli ergo tuendi sunt in sescunciam. Sed eam auferet nepos ille qui non admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas a patre et a patruo, semunciam et sicilicum a patre, tantundem a patruo. Nam et legatum ei datum uterque præstaret. Ille autem nepos qui admittitur ad bonor. possessionem contra tabulas sescunciam auferet a patre solo, cui conjungitur ex edicto novo: et consequenter legati ei dati in patrem solum habebit actionem. Dices, quod Azo in *l. seq.* Deterior igitur hujus quam illius condicio est, quod unum hic, ille duos legati debitores habeat. Dicam, imo melior, ne in plures adversarios destringatur, *l. 2. De exerc. act.* et hac ratione eludam rationem illam, quod intersit creditoris duos reos habere, *l. 3. §. ult. de lib. leg.* Transeamus nunc ad *l. 4. De col. bon.* cujus verba hæc sunt.

Ad L. Filium 4. de collat. bonor.

Filium emancipatum dotem, quam filiæ suæ nomine dedit, conferre non debere, quia non sicut in matrisfam. bonis esse dos intelligatur, ita et in patris, a quo sit profecta.

Liberi emancipati petentes bonorum possessionem contra tabulas, vel unde liberi liberis suis, id est, qui in potestate morientis fuerunt, conferunt bona propria ut ferant paterna. Cui non conferunt, quia nihil habent quod conferant. Imo possint quædam habere propria, ut castrensia et quasi castrensia. Sed hæc precipua retinent ex Constitutionibus, neque conferunt. Possit et filia quæ est in potestate, habere dotem in propriis bonis. Est enim dos etiam profectitia proprium filiæ patrimonium. Et hanc sane confert fratribus sororibusve ex titulo sequenti de dotis collatione. An etiam filius confert dotem uxoris suæ? Minime: quia etsi in bonis sit mariti, mulieris tamen est. Imo etsi eam maritus morte mulieris lucratus sit propter onera matrimonii quæ sustinuit, præcipuam eam habere debet, *l. 1. §. emancipatus*, *l. 3. §. emancipati*, *hoc tit.* Rursus quæritur hoc loco, an debeat filius emancipatus conferre dotem quam suæ filiæ dedit? Et respondetur non debere: quia bonis ejus abscessit, *l. 1. §. ult. tit. seq.* Communis quidem dicitur, *l. 3. sol. mat.* Sed magis est filiæ quam patris. Et hoc quidem obtinet manente matrimonio, *l. pater*, *de evict.* Nam soluto matrimonio, et dote reversa ad patrem, facile admiserim sententiam Accursii in *l. dotem*, *hoc tit.* ut eam fratribus conferat pater. Sequitur *l. 8. de Carb. edic.*

Ad L. Decessit 8. de Carbon. ec.

Decessit, quem ego filium meum et in mea potestate esse dico. Existit impubes, qui eum patremfamilias, et ad se hæreditatem pertinere dicat. Decretum necessarium esse respondit. Item emancipatus decessit intestato supersite filio impubere, qui se ei suum esse dicit. Ego contendo ante emancipationem conceptum, atque ideo in mea potestate esse, et bona emancipati ad me pertinere. Et quidem hunc filium esse constat. Sed hactenus de statu ejus quæritur, quod in potestate patris fuerit, necne. Sententia tamen edicti proculdubio ex Carboniano admittitur.

Ex edicto Carboniano datur bonorum possessio decretalis contra tabulas vel intestati et nonnumquam secundum tabulas impuberibus liberis quibus fit controversia status, id est, qui negantur esse liberi, et quibus etiam fit controversia bonorum paternorum. Datur interim perinde ac si nulla eis controversia fieret, dilata utraque controversia in tempus pubertatis. Pubertate finitur: et ideo a Græcis dicitur ἡ μέχρι τῆς ἥβης διακατοχή. Et vis Carbonianæ hæc est, ut solus possideat, nisi adversarius etiam ex liberis sit, ut alatur interim, ut exerceat actiones, ut res persequatur a possessoribus aliis qui hæreditatis vel status controversiam non faciunt, ut ei conferatur, videlicet si adversario satis dederit. At finge: Controversia filio non fit an filius sit, sed an jus filii habeat: an et hoc casu locus est Carboniano edicto? Quantum ad verba, non est locus: sed sententia edicti hunc etiam casum complectitur, ut in specie *l. prox.* §. 1. *sup.* et in duabus quæ proponuntur ab Africano hoc loco, quarum prior hæc est. Mortuo Titio de bonis ejus controversia cœpit esse inter avum et nepotem impuberem. Avus dicit Titium fuisse in sua potestate: nepos eum fuisse in potestate avi negat, et ad se quasi suum hæredem hæreditatem ejus pertinere dicit: quod tacite avus negat, dum eum fuisse dicit in sua potestate. Nam qui est in potestate, alium in potestate habere non potest. Non impuberem negat filium esse Titii, sed in potestate. Controversia igitur tacita hæc non est, Quod impubes filius defuncti non sit, sed quod impubes in potestate defuncti non fuerit. Et tamen ei ex decreto dabitur bonorum possessio Carboniana: quia parum refert filius esse negetur, an jus filii habere. Posterior species hæc est: Mortuo filio emancipato de bonis ejus controversia cœpit esse inter avum et nepotem impuberem. Avus dicit nepotem conceptum ante emancipationem, atque ideo in sua potestate esse, et bona filii emancipati ad se pertinere. Nepos se conceptum esse post emancipationem, et defuncto pa-

tri suum hæredem esse. Controversia igitur hæc non est an filius sit defuncti, sed an in ejus potestate fuerit: et nihilominus locus est edicto Carboniano. Quid distat prior species a posteriori? In priori, controversia est principaliter de statu patris pupilli: in posteriori, de statu pupilli. Itaque Cyrillus belle hanc legem ita in compendium redigit. Sive patrem pupilli, sive pupillum ipsum dicam esse in potestate mea, locus est edicto Carboniano. Et monet ad hanc legem pertinere, sive cum hac conjungendam esse *l. 4. de lib. exh.* quæ sane est ex eodem libro Africani, et ejus verba hæc sunt.

Ad L. Si eum qui 4. de liber. exhib.

Si eum qui se patremfamilias dicat, ego in mea potestate esse, et jussu meo adisse hæreditatem dicam, tam de hæreditate agi oportere, quam ad interdictum de filio ducendo iri debere ait.

Carboniana bon. possessio datur, si fiat pupillo quæstio de hæreditate paterna, et de statu. Si de alterutro tantum quæratur, Carbonianæ locus non est. Sed quæstio status differtur in tempus pubertatis ex Constitutionibus, non ex edicto. Quæstio hæreditatis statim explicanda est, *l.* 1. §. *si quis filium*, *l.* 3. §. *quamvis*, *de Carb. edic.* In hac specie de hæreditate simul et de statu controversia est. Nam unus dicit se patremfamilias esse, contra alter filium eum esse suum, et in sua potestate, et hæreditatem ab eo aditam ad se pertinere, quod jussu suo eam adierit. Sed non est quæstio de hæreditate paterna, et ideo etiamsi impubes sit is qui se patremfamilias dicit, non est locus possessioni Carbonianæ, sed ex Constitutionibus differtur quæstio in tempus pubertatis, *l. Divi, de lib. cau. l. ubicumque, de ven. in pos. mit. l.* 3. §. *si is qui*, *l. de bonis*, *in pr. l. si impubes*, §. *si pupillus*, *l. cum sine*, *de Carbon. edic.* vel ex causa cognitio repræsentatur, *l.* 3. §. *Julianus*, *hoc tit.* et tunc perinde ac si puberi controversia fieret, agere petitione hæreditatis debet is qui jussu suo aditam hæreditatem dicit, simul atque interdicto de filio ducendo adversus eum quem in sua potestate esse dicit, ut *l.* 6. *C. de pet. hær. l.* 1. *C. de lib. exh.* Sed supplendum videtur tam hoc loco, quam *d. l.* 1. *ex l.* 3. §. *Julianus*, ad interdictum iri de filio ducendo, vel ad cognitionem. Ad interdictum si existat filii defensor aliquis. Ad cognitionem extraordinariam, si ipse solus se defendat adversus eum, qui se patrem esse dicit. Nam inter patrem et filium cognitionem suam interponit prætor, *l.* 8. *de probat. l.* 1. §. *per hanc*, *de rei vind.* Adversus extraneum cognitio non datur: adversus filium solum interdictum non datur, *l.* 3. §. *hoc autem*, *h. t.* Vel (quod verius est) etiamsi nullus sit, qui interdicto filium defendat, propter hæreditatis quæstionem, apud eum qui de hæreditate cognoscit, etiam interdicto agetur de filio ducendo, *l.* 8. *C. de pet. hær. l.* 1. *et* 2. *C. de ord. jud. l.* 3. *C. de judic.* Et in summa, adversus filium solum, interdicto principaliter non agitur, incidenter agitur recte. Ad bonorum possessiones pertinet etiam *l.* 27. *de bon. lib.* cujus verba hæc sunt:

Ad L. Vivo filio 27. de bon. libert.

Vivo *filio si nepos exhæredatur, nocebit ei exhæredatio ad bona libertorum avitorum.*

Sed ad bonorum possessiones libertorum, non ingenuorum. Liberis patroni exhæredatis testamento patroni, præteritis testamento liberti, non datur bon. possessio contra tabulas paterni vel aviti liberti. Igitur, etiamsi vivo filio nepos, cum nondum sui hæredis locum obtineret, ab avo exhæredatus sit, non dabitur ei bonorum possessio contra tabulas avitorum libertorum: et recte, Avitorum. Nam a libertorum paternorum bonis non excluditur, si a patre exhæredatus non sit, etiamsi in his sint aviti liberti, *l.* 10. §. *Julianus*, *h. t.* Restat tantum ex hoc Africani libro *l.* 208. *de verb. sig.* quæ etiam pertinet ad Tractatum de bonorum possessionibus.

Ad L. Bonorum 208. de verb. sign.

Bonorum appellatio, sicut hæreditatis universitatem quandam ac jus successionis, et non singulas res demonstrat.

Ut hæreditas est nomen juris, id est, quo significatur jus, non pecunia, ita bonorum possessio. Utroque nomine significatur jus universum successionis, et in definitione hæreditatis successio, id est, jus successionis. Familiæ autem nomine in XII. pecunia, non hæreditas. Et illo sensu dicimus, Hæreditatem non usucapi, quod Seneca retulit male inter Jurisconsultorum acutas ineptias, 6. *de Benef.* Hæreditatem non possideri pro diviso, *l.* 8. *de rei vind.* Eademque ratione possessoria hæreditatis petitio, quæ bonorum possessori competit, sicut civilis, quæ hæredi non in eum tantum datur, qui rem hæreditariam possidet; sed et in eum qui jus quasi possidet, veluti in debitorem hæreditarium, *l.* 9. *de pet. hær.* et venditor hæreditatis civilis vel prætoriæ, id est, bonorum possessionis, non tenetur de evictione, quia jus vendidit quale quale, non res singulas, *l.* 2. *De hær. vend.* et petita hæreditate, in eam actionem accessiones veniunt, decessiones non veniunt, *l. item*

veniunt, §. *item non solum*, *de pet. hæred.* quod non ita procedit singulis rebus petitis.

AD AFRICANUM

TRACTATUS V.

Omnes leges quæ sunt ex libro quinto Quæstionum Africani sunt de legatis et fideicommissis, præter *l.* 13. *de bon. poss. et l. pen. Rem. rat. hab.* quæ sunt de bonorum possessionibus, atque adeo proximiores superiori libro, qui totus fere ea de re est: idcirco priores eas explicabimus. Verba *l.* 13. *de bon. pos.* hæc sunt:

Ad L. Edicto 13. de bon. poss.

Edicto prætoris bonorum possessio his denegatur, qui rei capitalis damnati sunt, neque in integrum restituti sunt. Rei autem capitalis damnatus intelligitur is cui pœna mors, aut aquæ et ignis interdictio sit: cum autem in relegationem quis erit, ad bonorum possessionem admittitur.

Lege Papia bonorum possessione libertorum excluduntur, qui rei capitalis damnati, nec restituti sunt, a principe scilicet vel senatu. Nam restitutio prætoris, pœnæ vel infamiæ abolendæ non sufficit, *l.* 1. §. *eum qui*, *et* §. *seq. de postul.* et hoc de lege Papia est proditum in *l. filii*, §. 1. *de ju. pat.* idemque cautum est edicto prætoris. Nam damnatione desinunt esse patroni. Et eadem ratione prætoris edicto, parentum, agnatorum, cognatorum bonis excluduntur, qui rei capitalis damnati, nec in integrum restituti sunt: Quia damnatione desinunt esse liberi, agnati, cognati, §. *pen. Inst. de cap. dem. l.* 2. §. 1. *ad SC. Tertyl.* Rei enim capitalis damnatos dicimus eos, qui maximam aut mediam capitis diminutionem passi sunt, qui servi vel peregrini facti sunt: ut et alio in edicto prætoris, De exceptionibus, quibus adjuvantur ii qui judicio sisti promiserunt, *l.* 4. *si quis caut.* Maxima et media capitis diminutione omnis cognatio solvitur, propterea quod eæ pœnæ morti comparantur: atque ideo nec ita semel perempta cognatio, postea manumissione recipitur, *l.* 7. *Unde cogn.* Restitutione recipitur, *l.* 1. §. *filio*, *ad Tert.* et ob id lege Papia et edicto prætoris adjicitur, Nec in integrum restituti sunt. Restitutio plenior est manumissione. Nam et restitutio ingenuitati restituit, non manumissio. Et ita alio capite edicti prætorii, et legis Papiæ, quo bonis liberti excluditur qui paternum libertum capitis accusaverit, cum esset major XXV. annis: capitis accusationem definimus esse eam cujus pœna est mors, vel magna capitis diminutio, *l. cum patronum*, *de ju. pat. l. qui cum*, §. *is demum*, *de bon. lib.* Pertinet hoc caput ad filium patroni, non ad patronum. Nam ut cognati non excluduntur bonis eorum quos per calumniam capitis accusaverunt, *l.* 6. *Unde cogn.* ita nec patroni: et hac ratione, ut similitudo inscriptionum monet, *d. l.* 6. recte conjungitur, *l. qui cum natu*, *et l. in servitutem*, *de bon. lib.* Et verissimam esse hanc sententiam probat *l. si filius*, §. 1. *de fid. lib.* Relegatio non est pœna capitis, non est capitis diminutio, et ideo relegati non excluduntur bonis libertorum, parentum, agnatorum, cognatorum, *l.* 18. *de interd. et releg.* Quod et hic adjecit Africanus ad interpretationem edicti, quo denegatur bonorum possessio iis qui rei capitalis damnati sunt. Quod si non excluduntur relegati et notati infamia, multo minus, qui et ipsi capite non minuuntur. Sed gravior est relegatio infamia sola: nam relegatio præter infamiam quasi irrogat exilium. Omnis relegatio infamat, *l. pen.* §. *minuitur*, *de ext. cogn.* Nam et causa omnis ex qua infligitur relegatio, turpis est. Omnis (inquam) relegatio infamat, præterquam in casu *l. quid ergo*, §. *pœna*, *De his qui not. inf.* Et consequenter is qui operas suas ut cum bestiis depugnaret locavit, non excluditur bonis parentum vel cognatorum, *l.* 1. §. *qui operas*, *ad SC. Tertyl.* quia et hujus minuitur tantum fama, non caput, *l.* 1. §. *item SC. de postul.* Ex SC. Orfitiano bonis matris excludebatur, id est, non præferebatur agnatis defunctæ, (nec enim in totum excludebatur) sed humana interpretatione placuit etiam hunc agnatis præferri. Quod male ex *d.* §. *qui operas* Græci porrigunt etiam ad damnatos rei capitalis. Nam hi certe ad matris hæreditatem nullo jure admittuntur, *l.* 1. §. *filio*, §. *capitis. ad. Tertyl.* 16. *De interd. et releg.* cum nec Latini admittantur, auctore Paulo. Et rectius Accursius verba §. *qui operas*, quæ verba sunt SC. coangustat ad eum qui operas suas locavit ut cum bestiis depugnaret, quem tamen perinde ac rei capitalis damnatum, SC. Orfitianum excludebat: humana autem interpretatio illum admisit, non etiam eum cui comparabatur, damnatum puta filium rei capitalis. Et hæc est sententia §. *qui operas.* Est autem ad hoc idem edictum prætoris, quod Africanus tractat hoc loco, vel inscriptionis argumento referenda *l.* 2. *de pœnis*, in qua Ulpianus quod hic Africanus omisit, adimplet. Explicat enim quis in edicto demonstretur damnati vocabulo: Reatum capitalem definit uterque: Damnati verbum Ulpianus solus, ut damnatus sit is qui non provocavit: nam provocatione damnatio extinguitur. Item ut damnatus sit is quem sententia tenuit. Nam qui damnatur ab eo sub cujus jurisdictione non est, nec damnari intelligitur. Quia cum

sententia non tenet, *l.* 6. §. *quod si quis*, *de inj. rup. test. l.* 4. §. *condemnatum*, *de re jud.* Non exiginus ut pœna sumpta sit: Nam statim post damnationem capitis deminutio præoccupat pœnam. Verba *l. pen. rem. rat. hab.* hæc sunt:

Ad L. pen. rem rat. hab.

Bonorum possessionem ab alio adgnitam, ratam haberi oportere eo tempore quo adhuc in ea causa sit ut peti possit. Itaque post centesimum diem rata haberi non potest. An autem etsi mortuus fuisset qui petisset, vel furere cœperit, ratum haberi possit, videamus. Nam si in universum perinde haberi debet ac si tunc cum ratum habeat, per eum bonorum possessionem petat, frustra his casibus ratum habetur. Sed illud consequens futurum, etiamsi pœniteat illum petisse, ratum haberi non posse. Quod utique sit absurdum. Rectius itaque dicitur, neutram eorum causam impedire ratihabitionem.

Multum distat aditio hæreditatis ab adgnitione bonorum possessionis. Adiri hæreditas non potest, nisi præcedat jussum patris vel domini. Agnosci bon. possessio potest injussu patris vel domini, et adquiritur patri, si ratam adgnitionem habuerit, *l.* 6. *de ac. hæred. l. ult. quis ordo in bon. poss. servet. l.* 1. *C. qui admit.* Per alium adiri hæreditas non potest. Per alium agnosci bonorum possessio potest, etiam sine mandato. Sed non ante adquiritur ei cujus nomine adgnita est, quam is ratum habuerit, *l.* 3. §. *adquirere*, *de bon. pos. l. servo* §. 1. *ad Trebel.* Igitur si ante decesserit quam ratum habuerit, nec hæres ejus ratum habere poterit, cum ad eum non transeat jus bonorum possessionis, *l.* 7. *hoc tit. d.* §. *adquirere.* Quid si antequam ratum habuerit, furere cœperit? Et huic etiam videtur non competere bonorum possessio. Sed Paulus *l. ult. de bon. poss.* quæ lex conjungenda est cum *d. l.* 7. magis probatum scribit, utilitatis causa, ne hæredi suo nihil relinquat, ut fingatur ratum habuisse, qui furore impeditus fuit quo minus ratam petitionem haberet. Ratihabitionem enim esse necessariam prioris petitionis confirmandæ causa, propterea quod nullum intervenit mandatum: et furore prior petitio fuit. Alioquin si e contrario furore posterior petitio fuit, bonorum possessio non competit, nisi sanitate forte recepta, ratam petitionem habuerit. Qua distinctione etiam utimur, ubi mandavit quis sibi bonorum possessionem peti. Nam si post petitionem mandator furere cœperit, nihilominus adquisita ei est bonorum possessio; si ante petitionem, quia furore mandatum extinguitur, ut docui Tractatu quarto ad *l.* 47. *de adquir. hær.* non adquiritur ei bonorum possessio, nisi ubi furor eum reliquerit, ratam fecerit petitionem, *l.* 48. *eod.* Docet autem hoc loco Africanus eadem tempora servari in petitione et in ratihabitione. Ideoque si petitam intra centesimum diem bon. possessionem, is cujus nomine petita est, ratam habuerit post centesimum diem, ei non competere bonorum possessionem: Quia eo demum tempore rata habetur recte, quo et peti potuit, *l. ult. quis ordo in bon. possess. ser.* Qua tamen ratione abuti non debemus ad constituendum et ratam haberi petitionem non posse si eum qui petiit petitionis pœnituerit, vel si is qui petiit, diem suum obierit, aut furere cœperit. Quia in ea causa tum sit bonorum possessio ut non sit ille eam petiturus. Posset enim et tum peti si ille vellet, vel si aliqua in eo voluntas superesset. Sed post diem centesimum nec peti quidem ab eo volente potuit: ergo nec ante petita ratihabitione confirmari. Hoc igitur casu ratihabitio neque retrotrahitur, neque mandato comparatur. De qua juris regula magna fuit olim controversia inter Sabinianos et Proculianos, ut indicat *l.* 1. §. *sed et si quod alius*, *de vi et de vi arm.* Hodie (*) Justinianus generaliter definivit, ratihabitionem retrotrahi, *l. ult. C. ad Maced.* id est sublata differentia facti et juris, *l. donationes*, *C. de don. inter vir. et uxor.* Nam plerique dicebant in iis quæ sunt juris ratihabitionem retrotrahi: in his quæ sunt facti non item. Unde cum ea Constitutio ab eodem Justiniano Novella appelletur, si quis hodie obfirmaverit, hæreditatem aditam injussu patris, adquiri patri, si postea ratam fecerit aditionem, vel bonorum possessionem ab altero postulatam ignoranti ei cui postulata est adquiri, etiamsi post C. diem eam ratam habuerit, id facile tenebit. Sed ratihabitioni modicum spatium aliquod dandum esse opinor, ut *l. ratum*, *de solut.* Quid enim si post multos annos ratum haberet? An non iniquum esset admissum forte jam sequentis gradus cognatum excludi? Male Accursius ad hæc verba, Peti possit, hoc adjecit, Alias committitur stipulatio. Nam tituli hujus duæ sunt partes, una de stipulatione rem ratam haberi, altera de ratihabitione: et ad posteriorem hanc hæc tantum lex proprie pertinet, et *l.* 7. non ad stipulationem. Incipiam modo explicare leges Africani ceteras, quas dixi omnes esse de legatis et fideicommissis. Ac prima quidem erit *l.* 36. *de usufr.*

Ad L. Qui usumfructum 36. *de usufr. et quem.*

Qui usumfructum areæ legaverat, insulam ibi ædificavit, ea vivo eo decidit, vel deusta est,

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 39.

usumfructum deberi existimavit. Contra autem non idem juris esse si insulæ legato usufructu, area deinde insula facta sit. Idemque esse, et si scyphorum ususfructus legatus sit, deinde massa facta, et iterum scyphi. Licet enim pristina qualitas scyphorum restituta sit, non tamen illos esse quorum ususfructus legatus sit.

Quidam areæ usumfr legavit, deinde in ea ædificium posuit, tum vivo eo ædificium corruit vel deustum est. Africanus ait, areæ usumfr deberi: quia scilicet eadem est area cujus ususfructus legatus est. Quid si positum in ea ædificium non corruat? an debetur ususfructus? Minime: quia etsi area maneat, et cedat etiam ei superficium, tamen res mutationem accepit, et mutatio ejus rei cujus legatus, aut concessus ususfructus est, usumfructum vel ususfructus obligationem extinguit. Finitur enim ususfructus his verbis, Salva rerum substantia. Imposito autem ædificio, salva non est areæ substantia simplex. Nec enim est jam area simpliciter, sed domus: nec totum (ut fuit ante) sed pars. Ususfructus est jus incorporale, quod prædicatur de re corporali. Utitur Theophilus noster verbo κατηγορεῖται. Prædicatum autem non potest esse sine subjecto. Sublato igitur subjecto, et prædicatum tolli necesse est. Tollitur mutatione sive ea fiat simpliciter, quæ corruptio dicitur et generatio, sive secundum quid, quæ philosophis recentioribus dicitur Alteratio, Græcis ἀλλοίωσις. Proprietas, id est, Dominium, est Jus corporale: sed quod intelligatur etiam sine corpore, ut hæreditas. Et inde manant multæ differentiæ inter proprietatem, et usumfructum; et hoc ipso casu constat aliud esse dicendum in proprietate. Nam area non desinit esse mea, imposito ædificio. Aliud etiam dicendum in obligatione proprietatis. Nam sive ex stipulatione debetur area imposito ædificio, areæ æstimatio debetur, *l. qui res*, §. *aream de solut.* non utrunque, propterea quod stipulationes strictius accipiuntur, sive debeatur ex legati causa, utrunque debetur ex Sabinianorum sententia, solum et superficium, nisi probet hæres testatorem mutasse voluntatem, *l. si areæ*, *de leg.* 2. *l. servum filii*, §. *si areæ*, *de leg.* 1. Dissentiunt Proculiani in *l. si chorus*, §. *pen. de leg.* 3. Nec mirum, cum et in §. *ult.* pugnent omnino cum ceteris. Ait, *Vivo eo*, id est, Vivo testatore. Quid si post mortem testatoris areæ ædificium impositum sit? Et rem mutari, atque ita usumfructum extingui constat, sed si ruerit postea vel combustum sit ædificium, ipso jure ususfructus restituitur, si modo intra tempus, quo ususfructus perit non utendo, ædificium dirutum vel deustum sit. Post tempus restituitur hæredis facto qui ædificium posuit. Alioquin tenetur ex testamento, si posuit ante traditionem ususfructus: de dolo, si post traditionem, *l.* 5. §. *ult. l.* 6. *et* 7. *quib. mod. ususfr. amitt. l. si eo loco*, *si serv. vind.* Competit etiam eo nomine fructuario interdictum Quod vi aut clam, si vi aut clam ædificium posuerit hæres. Quo sane casu cessabit actio de dolo, Sequitur in hac lege:

Contra autem non idem juris esse, si insulæ usufructu legato area, etc.

Debetur ususfructus areæ, qui legatus est, ædificio quod in ea positum est, post testamentum factum exusto, vivo testatore. Contra si ædium ususfructus legatus sit, ædibus deustis, ac postea restitutis vivo testatore, non debetur legatum: quia scilicet superiore casu eadem est area, hoc casu ædes non sunt eædem quæ fuerunt ante, etiamsi ex eisdem cementis tignisque, et super fundamentis eisdem restitutæ sint, *l. quid tamen*, §. 1. *et* §. *pen. quibus mod. ususfr. amitt.* Accidentia ædium possint esse eadem, substantia non est eadem. Areæ substantia est eadem. Eadem igitur area numero, sed ædes non eædem numero, *l. servitutes*, §. *si sublatum*, *de serv. urb.* Area non restituitur, ædes restituuntur. Quod restituitur, numquam est idem numero, *l. repeti*, *in pr. quib. mod. ususfruct. amitt.* conjuncta *l. stipulatio*, §. *sed si quis*, *de verb. obl.* Si tamen per partes refectæ sint ædes, licet omnes novæ factæ sint, aliud dicendum est. Quia partibus commutatis eadem res esse non desinit, *d. l. quid tamen*, §. *pen. l. proponebatur*, *de judic. l.* 22. *de leg.* 2. Aliud quoque dicendum est in proprietate. Nam ædibus meis dirutis, quodcunque remanet, meum est. Ædibus quoque debitis, puta ex legati causa, si combustæ sint, debetur area, *d. l.* 22. quia pars est domus, et quidem maxima, quæ remanet: et consequenter debentur etiam novæ ædes, si quæ imponantur areæ. Quia jus soli superficies sequitur *l. Paulus*, §. *domus*, *l. ult. de pign.* Nec obstat *l. si ita legatum*, §. *ult. de leg.* 1. quoniam nos de domo combusta loquimur, aut de ea quæ casu majore ruit: ille §. de domo destructa ab ipso testatore, quæ destructio argumentum præbet mutatæ voluntatis. Igitur legatarii est probare aliud testatorem sensisse. Quamobrem differentia hoc etiam casu existit maxima inter usumfructum et proprietatem. Nam ususfructu ædium legato deustis vel demolitis ædibus, areæ, cementorum, tignorum, ususfructus non debetur, novarum quoque ædium ususfructus non debetur. Ædibus legatis in aream redactis, area debetur, cementa debentur, et iisdem restitutis novæ debentur ædes. Eademque differentia est in grege. Nam si grex esse desierit, licet capita supersint quædam, ususfructus non debetur, *l. ult. quib. mod. ususfr. amitt.* Proprietas superstitum debetur, *l.* 22. *de leg.* 1. quia pristini gregis partes quædam

sunt. Eadem differentia non est in nave: Nam dissoluta nave, nec ususfructus debetur, *l. quid tamen*, §. *pen. quib. mod. ususfr. amitt.* nec proprietas, *l. lana, de leg.* 3. quia navis legata est, non materia, et dissolutione navis prorsus interiit. Nulla igitur in obligatione differentia est. Sed in dominio semper hoc discrimen versatur inter usumfruct. et proprietatem, quod ususfructus fructuario omnimodo perit, proprietas eorum quæ re perempta supersunt, domino non perit. Eademque pecoris ratio est in usufructu. Nam pecore mortuo, ususfructus extinguitur, *l. pen. quib. mod. ususfr. amitt.* et in proprietate. Nam proprietas quidem λειψάνων ejus est cujus fuit pecus, *l. si servus*, §. *bove*, *de cond. fur. l. solum*, §. 1. *de rei vind.* Sed non ita cui debitum fuit pecus, et etiam λείψανα debentur, *l. quid ergo*, §. 1. *si hæres*, *de leg.* 1. *l. mortuo*, *de leg.* 2. quia pecus interiit totum. Nec enim eadem est forma mortui pecoris quæ viventis, nec materia, vel caro eadem, ut nominatim scribit Aristoteles in extremo capite quarti μετεορολογικῶν, cum nec pecoris et hominis materia sit eadem, quæ tamen non tam longe differunt invicem specie, quam materia animalis et cadaveris. Itaque errant vehementer qui post mortem rei, in ejus cadaver sæviunt, et justiores multo, qui sæviunt in liberos ejus, vel Plutarcho auctore libro De sera numinis vindicta. Eadem quoque ratio est scyphorum. Nam si scyphorum ususfructus legetur, deinde massa fiat, ususfructus non debetur. Sed et si ex massa iterum scyphi fiant, ususfructus non debetur, quia novi scyphi sunt, non illi quorum legatus ususfructus est. Neque vero diversum est in proprietate. Nam scyphis quoque legatis et massa facta, nihil debetur: quia species legata est, non materia, et nihil ex priori specie remanet: et consequenter nec novi scyphi debentur. De proprietate debita, non de acquisita loquimur. Nam cujus fuit scyphus, ejus etiam est massa, et is etiam qui ex massa iterum fit scyphus. Sed quod ad scyphorum vel aliorum vasorum proprietatem debitam attinet, obstare sententiæ nostræ videtur *l. servum* §. *si pocula*, *de leg.* 1. quæ poculis legatis et massa facta deberi ait quod extat: eademque dum ait lana legata deberi vestem ex ea factam, pugnat cum *l. lana*, *de leg.* 3. et verior est sententia *l. lana*: quia formæ potentia vincit materiam, id est, valentior præstantiorque est in veste formæ natura quam materiæ. Sic autem distinguendum est: Multum interesse dicas, si modo non mutaverit testator voluntatem, id est, si duraverit voluntas testatoris: (quibus verbis utitur §. *si pocula*) an ita, Nisi testator mutaverit voluntatem. Illis verbis probatio voluntatis a legatario exigitur, his ab hærede. Unde ita verissime constituas licet, Lana legata deberi vestem ex ea factam, si duraverit voluntas testatoris: Falso ita, Lana legata deberi vestem ex ea factam, nisi testator mutaverit voluntatem. Et similiter, Poculis legatis deberi massam, si duraverit voluntas testatoris, vere: falso, Poculis legatis deberi massam, nisi testator mutaverit voluntatem. Quid tamen e contrario dicendum, si massa vel si massæ ususfructus legatus sit, et ex massa fiat vas? Et usumfructum certe vel obligationem ususfructus interire constat, *d. l. quid tamen*, §. *si massæ*: quia etsi materia maneat eadem, forma tamen et qualitas non est eadem. Non est igitur integra ejus rei substantia, cujus ususfructus legatus est. Proprietas autem non interit, nisi ab alio factum vas sit fide bona. Obligationi ea etiam mutatio impedimento non est, *l. lana*, *de leg.* 3. Quia materia legata est, et materia manet, viribusque et titulo causæ potentior est quam sit forma ipsa, ut eleganter Paulus ait in *l. quæsitum*, §. *illud*, *eod. tit.* Ea quæ talis sunt naturæ ut sæpius in sua possint redigi initia, veluti metalla fusa, ea materiæ potentia victa nunquam vires ejus effugere. Qua ratione in Timæo docemur, si eodem auro subinde in varias formas commutato, de una earum interrogemur quid sit, si velimus vere et tuto respondere, uti respondeamus aurum esse, statuam aut scyphum aut lancem ne dicamus: quia scilicet in his potentior est materiæ quam formæ vis. Et recte additur, Prope, in *l. Julianus*, §. *si quis rem*, *ad exhib.* si ex scypho fiat massa, vel contra, mutatam formam prope interimere substantiam rei. Et substantiæ nomine significatur species composita ex materia et forma, hæc interit abeunte forma. Significatur et materia, ut *l. in vend. de con. empt.* more Stoicorum, qui materiam dicebant dupliciter appellari, materiam et substantiam, ut Laertius scribit in Zenone. Et hæc abeunte forma, non interit simpliciter, sed secundum quid, cum aliam subit formam: et ideo adjecit, Prope, et *d. l. in vendit.* eandem prope οὐσίαν esse si vinum acuit. Per se enim incorrupta vini οὐσία manet, per accidens corrumpitur. Ad hæc quæri rursus potest, quid sit dicendum, si quod ex massa factum est vas, rursus redigatur in massam. Proprietatem ejusdem manere vel deberi eidem, non ambigimus: de usufructu ambigimus, an massæ novissimæ ususfructus debeatur. Azo deberi ait: cui non assentior: quia nova massa est: nec potest massa areæ comparari recte. Nam area mansit semper eadem, etiam imposito ædificio: massa conflata, prior abiit massæ forma, et quæ modo ex vase conflatur massa, longe alia est. De mutatione quæ fit in quantitate nihil attigimus. Nam hæc usumfructum non extinguit, *l.* 7. §. *huic vicinus*, *l. si*

cui insulæ, hoc tit. l. fundi, et seq. quib. mod. ususfr. amitt. l. et an eandem §. 1. *de exc. rei jud.* et multo minus ea quæ fit in loco. De ea tantum diximus quæ fit in substantia vel in qualitate, quarum una dicitur corruptio et generatio, altera alteratio: eæ usumfructum extinguunt. Posset autem quæri cur hæc legis Africani pars non sit posita sub tit. *Quib. mod. ususfruct. amitt.* Et respondendum in eo titulo de usufructu amittendo aut retinendo tractari: id est de jure jam quæsito, et de obligatione ususfructus amittenda. Quibus enim modis ususfructus interit, et obligatio jam nata, *l* 1. *in princ. quib. mod. ususfr. amitt.* in qua actio de usufructu, est actio ex testamento, vel ex stipulatu, ut *l.* 1. §. *pen. quan. dies ususfr. leg. ced.* non actio confessoria. Hic agitur de impediendo aut non impediendo ortu obligationis: quæ tractatio est hujus tituli propria, et ideo ait, Vivo eo. Sequitur in hac lege:

Stipulatus sum de Titio fundum Cornelianum detracto usufructu: Titius decessit. Quæsitam est quid mihi hæredem ejus præstare oportet. Respondit, referre qua mente ususfructus exceptus sit. Nam si quidem hoc actum est, ut in cujuslibet persona ususfructus constitueretur, solam proprietatem hæredem debiturum. Sin autem id actum sit ut promissori dumtaxat ususfructus reciperetur, plenam proprietatem hæredem ejus debiturum. Hoc ita se habere, manifestius in causa legatorum apparere. Etenim si hæres, a quo detracto usufructu proprietas legata sit, priusquam ex testamento ageretur decesserit, minus dubitandum quin hæres ejus plenam proprietatem sit debiturus. Idemque et si sub condicione similiter legatus sit, et pendente condicione hæres decesserit.

Ususfructus duplex est, nudus, qui est servitus personarum, separatus a proprietate. Separatio nudum usumfructum nudamque proprietatem constituit. Plenam autem solidamque proprietatem comitatur alterum genus ususfructus qui servitus non est, nec ususfructus proprie, sed dominii pars. Ususfructus proprie est in re aliena, non in re sua, et non dominii, sed servitutis pars, *l. recte, de verbor. signif.* quanquam in multis casibus obtineat effectum partis dominii non servitutis. Nam et ex die dari potest, et pro diviso constitui, et lege Falcidia minui, *l.* 4. *et* 5. *hoc tit.* quod servitus non potest, et in plerisque aliis causis fructuarius pro domino habetur, ut in edicto de possessionibus dandis, his verbis, Dominum invitum detrudere non placet, quæ retulit M. Tullius in Quintiana, etiam fructuarius continetur, *l. in venditione, de reb. auct. jud. possid.* Ideo autem pro parte dominii plerumque accipitur ususfructus is, qui servitus tamen est non dominium, quia omne emolumentum rei continet, *l. Mævius*, §. *pen. de leg.* 2. Quin et emolumenti nomine nihil aliud proprie significatur quam fructus vel fruges et alia alimenta quæque, *l. imp. in fi. ad Trebel. l.* 5. §. *item si ipse*, *l. ult. Si cui plus quam per leg. Falcid. l. dominus, hoc tit.* et illo Cæsaris loco, *Sine magno commeatu et emolumento*, lib. 1. de bello Gall. ab eo forte quod fruges emolantur, ut illo Persii loco, *Granaria emole.* Is porro ususfructus qui servitus est, ab interpretibus appellatur formalis, quod per se consistat, sejunctus a proprietate: is qui servitus non est, appelpellatur causalis, quod ex proprietatis causa competat, sive quod immistus sit proprietati, *l. si tibi proprietas, de usufr. acc. l.* 126. §. 1. *de verb. obl.* et hunc non vere dixero esse meum simpliciter, sed proprietatem cum usufructu esse meam, *d. l. si tibi*, vel usumfructum cum proprietate, *l.* 4. *si ususfruct. pet.* Hic meus est jure proprietatis, nec vindicare eum possum actione confessoria, sed rei vindicatione, vel etiam negatoria negare possum jus esse alteri invito me utendi fruendi. Ille quem appellavi formalem, meus est jure servitutis, et vindicare eum possum actione confessoria. Est autem plerumque ortus unius, interitus alterius. Nam si proprietatem acquisiero, ususfructus, qui meus erat jure servitutis, finitur, et consolidatus proprietati incipit esse meus proprietatis jure, *l. si cum testamento*, §. *pen. de except. rei jud.* Causalem transfero in hæredem: Formalem, quia meæ personæ cohæret, non transfero in hæredem. Morte enim finitur mea vel capitis minutione. Sed et si mihi et hæredi meo stipulatus fuero, non idem qui mihi, et hæredi meo competet ususfructus, sed alius, *l. stipulatio ista*, §. *sed si quis*, *de verb. obl.* His cognitis, exponamus quid tractetur hoc §. Tractatur casus quo res dubia et anceps in stipulationibus, in legatis perspicua aut minus dubia est. Promisi tibi fundum detracto usufructu, et mortuus sum antequam fundum tibi traderem, atque ita antequam usumfructum detraherem. Detractio facit formalem usumfructum, qui erat causalis. Quæritur hæres meus in fundo præstando eum sibi detrahere possit necne? Res dubia est: Nam quid inter contrahentes actum sit, obscurum est. Si enim hoc actum est, ut in cujuslibet persona ususfructus constitueretur, id est, in persona promissoris, vel in persona hæredis ejus, hæres promissoris sibi reservabit usumfructum, et solam proprietatem stipulatori præstabit. Solam, non solidam. Sola est quæ dicitur nuda, ut pactum nudum, Solum. Sin vero id actum est ut in promissoris tantum persona ususfructus constitueretur, hæres promissoris solidam proprie-

tatem præstabit non detracto usufructu. Videndum igitur est quid actum sit. Si id non appareat, natura ususfructus compellit nos ad existimandum, ut sibi soli videatur promissor usumfructum recepisse, sicut in stipulatore receptum est, *l. stipulatio*, §. *si quis ita*, *de verb. oblig.* et ita Accursius recte Sequitur in hac lege: *Hoc ita se habere manifestius in causa legatorum apparere:* et paulo post: *Minus dubitandum esse.* Cur manifestius apparet, cur minus dubitandum est in legatis, quam in stipulationibus? Finge: Legavi tibi fundum ab hærede meo detracto usufructu, pure vel ex die vel sub condicione. Hæres decessit ante diem vel condicionem; vel puro existente legato antequam præstaret fundum, et sibi detraheret usumfructum, atque ita priusquam in ejus persona cœpisset ususfructus formalis. Quæritur an incipere possit ab hærede hæredis, id est, an in fundo præstando cum sibi usumfructum hæres hæredis detrahere possit: et videtur posse: nec enim periit ususfructus morte prioris hæredis, qui in ejus persona constituit nunquam. Non detraxit usumfructum hæres prior. Detrahet ergo posterior. Res non caret dubitatione. Sed respondetur tamen usumfructum deduci ab hærede hæredis non posse, id est, plenam proprietatem ab eo debere legatario præstari, quia testator voluit usumfructum detractum conjungi personæ hæredis primi, non personæ hæredis secundi: et potior debet esse voluntas subtilitate juris. Denique sicut in persona primi hæredis cœpisset ususfructus, non transiret in hæredem hæredis, sed recurreret ad legatarium, ita et qui in ejus persona non cœpit ususfructus, ad legatarium pertinebit potius, quam ad hæredem hæredis *l. Sempronius*, *de usufr. leg.* et hoc incunctanctius respondetur in legatis, quam in stipulationibus. Quia solemus in stipulationibus tam hæredibus nostris cavere, quam nobismetipsis, *l. si pactum de probat.* et ideo ambigitur exceperit sibi promissor fundi usumfructum, an et hæredi suo. In legatis certum est eum, qui hæredem suum rogavit, aut jussit fundum dare deducto usufructu, cavisse hæredi suo tantum, non hæredi hæredis, quia incertus est, *l. sciendum, de verb. sign.* Quæ diversitatis ratio inter stipulationes, et legata, etiam efficit, ut stipulationes condicionales vires accipiant statim ab initio, legata non item. His consequenter in specie *l. si extraneo*, *hoc tit.* non poterit ususfructus deduci a filio emancipato præterito, qui petita bonorum possessione contra tabulas extraneum hæredem scriptum exclusit, a quo fundus matri fuerat legatus, detracto usufructu: quia eum detrahi testator ab instituto, non a præterito voluit, et quod in ea additur, Pietatis respectu, falsa adjectio est et ratio colorata, ut et in *l. uxorem*, §. *codicillis, de leg.* 3. Ubi suppetit vera, non desideramus coloratam. Item in specie *l. si Titio*, *in prin. hoc tit.* si Titio ususfructus, Mævio proprietas legata sit, et decesserit Titius vivo testatore, id est, antequam in ejus persona constitueretur ususfructus (idem dicendum si Titius incapax fuerit) is ad Mævium pertinebit potius, quam ad hæredem scriptum, ex voluntate testatoris, qui alii legata proprietate plane indicavit se nolle, ut quandoque finitus ususfructus ad hæredem redierit. Non est finitus, sed non cœpit. Nam quod non desinit, non id necessario etiam cœpit: ut captiosæ interrogationi, Desisti facere adulterium an non? Dialecticus respondeat recte, Non desii, quia nec feci. Finitum diceres redire ad proprietatem: idem debes dicere de eo, qui non cœpit: ut idem juris sit in finito, et in eo qui nec cœpit. Nam et stipulatio fructuaria, quæ de finito usufructu est, trahitur ad eum qui nec cœpit, *l.* 3. §. 1. *Usufructu. quemad. cav.* Nec dici potest in ea specie quam posui, mortuo Titio vivo testatore, usumfructum esse in causa caduci: quia lex Papia in usufructu cessat. Alioquin perpetuo remaneret apud fiscum *l.* 9. *de usuf. leg.* et etiam si in usufructu locum haberet lex Papia, non possit induci in ea specie, propterea quod Mævius, cui legata est proprietas, hæredi scripto præfertur. Si hæredi scripto, et fisco. Nam lex Papia vindicat tantum ea, quæ apud hæredem remansura sunt, non quæ apud legatarium, *l.* 17. *de leg.* 2. Ait, Minus dubitandum, et hoc si Titium hæredem jusserit dare fundum detracto usufructu. Sed si ita. Illi fundum lego, ita ut ususfructus remaneat apud hæredem, non minus dubia res est quam in stipulationibus, propter ambiguum nomen hæredis: At hoc etiam casu definit Justinianus mortuo hærede primo, usumfructum consolidari proprietati, *l. antiquitas*, *C. eod. tit.* Restat tertia quæstio hujus legis, quam verbis includit Africanus:

Ususfructus servi Titio legatus est: cum per hæredem staret, quo minus præstaretur, servus mortuus est. Aliud dici non posse ait, quam in id obligatum esse hæredem, quanti legatarii intersit moram factam non esse ut scilicet ex eo tempore in diem in quo servus sit mortuus, ususfructus æstimetur. Cui illud quoque consequens esse, ut si ipse Titius moriatur, similiter ex eo tempore quo mora sit facta, in diem mortis æstimatio ususfructus hæredi ejus præstaretur.

Ususfructus servitus est hominis. Res enim servit homini per usumfructum, *l. dominus, hoc tit.* et ideo morte finitur, vel capitis minutione hominis ejus, qui usumfructum habet. Sed et morte vel capitis minutione, ut manumissione (quæ in causa ususfructus pro capitis minutione habetur, *l. ult.*

C. de usufr.) hominis ejus, in quo ususfructus est finitur ususfructus, vel obligatio ususfructus, quasi rei mutatione. Et mortuo quidem eo cui legatus est ususfructus, vel eo cujus ususfructus legatus est, post moram hæredis ex tempore moræ fructus æstimantur quos percipere fructuarius potuit, si ei possidere licuisset, secundum regulam, quæ definit, ex mora præstandorum legatorum fructus et usuras peti posse. Non dicit fructus æstimari sed usumfructum: nam et si quid aliud præter fructus legatarius interim acquisiturus fuerit ratione ususfructus, et generaliter quidquid interest legatarii non cessasse hæredem, in æstimationem venit, et vel ipsi legatario præstatur, vel hæredi ejus. Intelligimus ergo ex quo die ejus quod interest æstimatio ineatur, nempe ex die moræ, quod et in proprietate legata locum habet. Videamus in quem diem. Et proprietate legata, constat in diem præstiti legati venire fructus et usuras, et mortui etiam hominis post moram hæredis æstimationem præstari, *l.* 39. §. *fructus, de leg.* 1. *l. si ex legati, de verb. obl. l.* 108. §. *si servus legatus de leg.* 1. quem cum hoc §. conjungi velim, *l. pen. C. de usur. et fr. leg.* Usufructu autem legato, veniunt fructus, vel si quid amplius legatarii interest, fructuario aut servo mortuo post moram hæredis, non in diem præstiti legati, quod præstari non debet, cum finitum sit morte servi, aut fructuarii, sed in diem mortis, et post moram interitum ususfructus non præstat legatario hæres. Perit igitur ususfructus legatario, sed non perit etiam ei utilitas præteriti temporis ex mora, *l. quod si hæres, hoc tit.* Denique peti jam ab hærede ususfructus qui legatus est non potest, quia alius futurus sit quam qui legatus fuerit, sed æstimatio ususfructus præteriti dumtaxat temporis, ex moræ scilicet tempore in tempus finiti ususfructus peti potest, *l.* 6. *de usufr. leg.* et hoc idem in stipulationibus locum habere lex proxima docet, quam in septimo Tractatu explicabimus. Mora est tardior præstatio post aditionem. Sed et tardior aditio pro mora habetur, *l. prox. in princ. sup.* Ait, Servi Titio, non Servo Titii: alioquin pugnaret cum *l. ult. C. de usufr.* et illam quoque lectionem Accursius magis probat. Quæ sequitur apud Africanum quæstio est de usufructu accrescendo: in qua hoc primum constituendum esse censeo quod Celsus definivit generaliter (nam et ad usumfructum et ad proprietatem pertinet) toties inter fructuarios vel inter proprietarios jus accrescendi esse, quoties singuli ab initio usumfructum vel rem in solidum habent, concursu partes faciunt, *l.* 3. *hoc tit.* Quid est jus accrescendi? Jus retinendæ vel nanciscendæ partis ejus qui non concurrit vel qui concurrere desiit. Et jus quidem retinendæ partis ejus qui non concurrit, jus non decrescendi est potius quam accrescendi, *l. unica*, §. *sin vero nemo, C. de cad. tol.* quod quidem tam in proprietate quam in usufructu locum habet. Jus nanciscendæ partis ejus qui concurrere desiit, quod in usufructu tantum locum habet, proprie est jus accrescendi. Ex iis qui ab initio solidum habent, is qui non concurrit, partem alteri non facit. Solo enim concursu partes faciunt, et quidem æquas. Idcirco *l.* 1. §. 1. *hoc tit. Non æquis partibus*, id est, Non per concursum. Alii sunt qui partes habent ab initio, non concursu, et in his ille etiam qui non concurrit, facit partem alteri, et ideo inter eos non est jus accrescendi. Nam et Ferre et facere partem, est Impedire jus accrescendi. Non facere, est Non impedire: sed non ita, Non ferre utique semper est Non impedire. Denique inter eos qui ab initio solidum habent, est jus accrescendi: inter eos qui ab initio partes habent, non est jus accrescendi. Ex eo sequitur, inter conjunctos per vindicationem esse jus accrescendi, ut si ita legetur, Primo et Secundo fundi usumfructum do lego. Nam singulis totius fundi ususfructus datus intelligitur. Conjuncti sunt quibus legatur oratione conjuncta: separati quibus separata. Inter conjunctos vel separatos per vindicationem non adscriptis partibus: est jus accrescendi, *l. conjunctim, de leg.* 3. *l.* 16. §. *ult. de leg.* 1. *l.* 1. §. *interdum, hoc tit. l. si servo sub conditione, de statulib.* qui omnes loci sunt accipiendi de legato vindicationis, itemque *l. legatum*, §. 1. *et l. plane*, §. *si duobus, de leg.* 1. Inter conjunctos vel separatos per damnationem non adscriptis partibus, non est jus accrescendi. Eademque ratio ~~fideicommissariorum~~ quæ legatariorum per damnationem, *l.* 7. *l. ult.* §. *Sejo, de leg.* 2. *l.* 16. *in princip. l. plane*, §. *si conjunctim, l. hujusmodi*, §. *si Titio, de leg.* 1. qui omnes loci sunt accipiendi de legato damnationis: et refertur apertius ea legatorum differentia in jure accrescendi ab Ulpiano in Fragmentis: et ratio in legatis damnationis hæc est, quia hæres qui dare damnatus est, singulis divisim dare damnatus videtur. Legatarii igitur per damnationem partes habere etiam ab initio. Inter conjunctos vel separatos per vindicationem aut per damnationem adscriptis partibus, non est jus accrescendi. Non ergo inter conjunctos verbis tantum, *l. pen. hoc tit.* nisi aliud senserit testator, id est, nisi eam conjunctionem affectaverit, et partes commemoraverit potius quas facerent concursu, quam fecerit ipse: quo casu pro utroque modo conjunctis habentur, et inter eos est jus accrescendi, *l.* 16. §. *ult. de leg.* 1. Possit alia mente esse testator, *l.* 66. *de hær. inst.* sed in dubio hujus fuisse videbitur magis, neque duos verbis frustra conjunxisse, *l. re con-*

juncti, *de leg.* 3. Inter separatos tam re quam verbis, non est jus accrescendi, legatarios dico, non hæredes. Nam hæredes, quamvis in testamento separati sint re et verbis, ipso jure singuli in assem vocantur, et solo concursu partes sibi adscriptas faciunt. Restat igitur ubique valere formulam et definitionem Celsi quam initio posuimus, ut jus accrescendi non sit nisi in his qui partes concursu faciunt vel facere intelliguntur. Longe aliam videtur ponere Sabinus initio *l.* 1. *hujus tit.* Quotiens, etc. (hæc enim verba arbitror esse Sabini) quam tamen Ulpianus in §. *interdum*, ad normam redigit illius, docens interdum etiamsi separatim ususfructus relictus sit, inter fructuarios esse jus accrescendi, modo re conjuncti sint: quo exemplo ad Sabinum etiam adnotabo, interdum etsi conjunctim unicuique partis rei legatus sit ususfructus, inter eos non esse jus accrescendi. Et hæc quidem ita, si in formula Sabini conjunctim sic accipias, conjuncta scriptura, separatim disjuncta. Verum enimvero quia hæc duo Sabinus adversa facit, conjunctim et separatim unicuique partis rei, conjunctim potius videtur referre ad conjunctionem rei vel solam per se, vel mistam conjunctioni verborum, separatim ad partes diversas, etiamsi conjuncta oratione legatariis adscriberentur. Et ita neque ego neque Ulpianus videbimur recte ad Sabinum adnotasse, quod supra, nisi forte, quod verissimum esse puto, adjectitia illa sunt verba, *Unicuique partis rei:* sicut et mox in §. 1. satis evidenter apparet illa quoque adjectitia esse, *Repudiante vel.* Nam acquisita non repudiantur. Nunc finge: Duos hæredes quidam instituit partibus vel sine partibus, nihil refert, et ab eis Titio fundum legavit detracto usufructu, hæredes fundum præstiterunt, usumfructum detraxerunt, unius morte finita est pars ususfructus, an accrescet cohæredi? Minime. Nam, ut Julianus ait *l.* 1. §. *ult.* videri usumfructum constitutum, non per concursum divisum, id est, inter cohæredes ab initio videri divisum a testatore, ut in eo haberent partes hæreditarias, non partes æquales: Non igitur per concursum. Concursus enim æquales partes facit. Et in his qui semper partes habent aut habere intelliguntur (nihil enim interest adscribantur nominatim, an intelligantur adscriptæ) locus non est juri accrescendi. In his qui per concursum partes faciunt, locus est juri accrescendi. Quamobrem recte ad Julianum adjicit Africanus *l.* 2.

Ad L. 2. De usufr. accresc.

Ideoque amissa pars ususfructus ad legatarium eundemque proprietarium redibit.

Præfertur proprietario fructuarius alter si habeat jus accrescendi: potior consolidatio jure accrescendi non est. Sed si non habeat jus accrescendi, relinquitur necessario, ut quæ ususfructus pars non accrescit alteri, recurrat ad proprietatem. Et quod ait, *Amissa*, hoc præcipuum est in usufructu. Et omnino in hoc tractatu de jure accrescendi duæ tantum sunt differentiæ inter proprietatem et usumfructum. Una, ut proprietario non habenti partem suam non accrescat pars alterius, fructuario accrescat: quia ususfructus cum sit jus personale personæ accrescit, non parti. Personæ igitur etiam non habenti partem, modo habuerit quondam. Pars proprietatis, sicut alluvio, parti accrescit, non personæ. Personæ igitur habenti partem, non amittenti, *l. interdum*, *hoc tit. l. si Titio*, §. *ult. de usufr. l. et an eandem*, §. *qui cum*, *de exc. rei jud.* Qua de causa in *l.* 3. *hoc tit.* puto hæc verba abundare, Deducto usufructu: Nam idem est non deducto usufructu. Altera differentia hæc est, Ut pars proprietatis acquisita et postea amissa, non accrescat alteri, pars ususfructus accrescat. Et ob id *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* recte Julianus ait, amittente, quia de usufructu loquitur. At Celsus in *l. et Proculo*, *de leg.* 2. quæ de proprietate est, et nihilominus contrarius alter alteri, ait, Omittente. Omittimus delata: amittimus acquisita. Omissa proprietas, vel omissus ususfructus, accrescit alteri. Amissa non accrescit, amissus accrescit. Et ratio differentiæ hæc, quia proprietas momento constituitur, id est eo tempore solo quo vindicatur ab initio. Eo igitur solo tempore qui non concurrit, alteri partem non facit. Contra eo tempore qui concurrit, alteri semper facit partem, licet postea concurrere desinat amissa parte sua. Ususfructus autem quotidie constituitur et legatur, *l.* 1. §. *pen. hoc tit.* id est, si legatus sit, quotidie jure legati constituitur, et quot sunt dies quotve momenta, tot propemodum sunt legata, propterea quod in perceptione quotidiana consistit, *l.* 1. *in pr. quan. dies ususfr. leg. ced.* Nisi igitur quotidie concurrat collegatarius, alteri partem non facit etiamsi aliquo tempore initio concurrerit. Quinimo mortuo fructuario uno, ad superstitem ususfructus pertinebit in solidum, nec redibit mortui pars ad proprietatem, auctore *Paulo* III. *Sent.* Quin et auctores omnes in eo consenserunt, ut ait *d. l.* 1. §. *pen.* id est, utriusque sectæ Jurisconsulti, Sabiniani, et Proculiani, qui et in jure accrescendi dando re tantum conjunctis consenserunt, sed non in specie *d. l.* 1. §. 1. in qua dissentit Julianus a Celso. In eodem titulo ex eodem Africani libro hæc verba referuntur *l.* 9.

Ad L. Si proprietas. 9. de usufr. accresc.

Si proprietas fundi duobus, ususfructus uni legatus sit, non trientes in usufructu habent, sed

semissem duo, semissem fructuarius. Item contra, si duo fructuarii, et unus fundi legatarius sit.

Non de usufructu accrescendo hoc loco tractatur, sed de partibus per concursum faciendis, ut *l.* 4. *et* 7. Proxima hæc illi quæstio est, propterea quod ubi concursus facit partes, ibi demum locus est juri accrescendi. Et ait, *Si proprietas fundi.* Proprietatem fundi qui dicit vel fundum vel proprietatem simpliciter, plenum dominium dicit, *l. si alii, de usufr. leg.* Ratio autem partitionis est evidens, quia in quibus conjunctim proprietas vel ususfructus legatus est, in unum corpus coacti videntur, *l. plane, in princ. de leg.* 1. *l. unica*, §. *hoc ita, Cod. de cad. tol.* qua de causa, ut Paulus adjicit in *l. Sempronius*, §. *ult. de usufr. leg.* in qua tractat quæstiones de usufructu duas, easdem quas et Africanus hoc libro, inter eos tantum erit jus accrescendi, id est, uno deficiente accrescet tantum alteri, qui conjunctus est re et verbis, non etiam alii qui re tantum conjunctus est. Præfertur enim conjunctus re et verbis, conjuncto re tantum. Ceterum deficiente utroque, accrescet semis conjuncto re tantum, ex quo intelligimus proprietario, vel proprietariis conjunctis fructuario, vel fructuariis in usumfructum, amissa ususfructus parte aliqua accedere eam accrescendi non consolidationis jure, ac similiter amittere eos usumfructum quem habent cum proprietate modis legitimis, veluti morte, et capitis diminutione, *l.* 3. §. *ult. h. t.* quod est valde novum, et ususfructus causalis pareat morte et capitis diminutione, atque a proprietate dividatur, quasi proprietati scilicet conjunctus fuerit, ut formalis non ut causalis, ut servitus, non ut dominii pars: et similiter ut proprietario accrescat ususfructus quasi servitus, non consolidetur. Id etiam in hoc titulo est valde novum, ut inter legatarium, et non legatarium sit jus accrescendi, ut cum solis filiis hæredibus institutis matri ab eis legatus ususfructus cum filiis. Quo casu legataria est mater sola, filii non sunt legatarii, quia soli hæredes scripti sunt: et ideo deficiunt cohæredes ex quorum persona in filiorum persona consistat legatum ususfructus: et tamen mortua matre, ususfructus pars ad eos magis accrescendi jure pertinebit, quam redibit ad proprietatem: et similiter mortuis liberis, dividetur ususfructus a proprietate, et accrescet matri, *l. si mulieri: hoc tit.* quod certissimum est, si matri legaverit usumfructum, hoc adjecto modo, ut frueretur una cum filiis, ut in oratione pro Cæcinna: Nam si ita dixerit, Matri et filiis, vel Matri cum filiis, potest defendi, et filios legatarios intelligendos, quasi vice mutua legato videantur obstricti, *l. ab omnibus*, §. *si Attio, l. quid ergo, de leg.* 1. et eadem ratione defenderim in *l.* 7. *hoc tit.* si quis Attio et hæredibus suis legaverit, hæredes esse legatarios. Sequitur *l.* 17. *de usu, et hab.*

Ad L. Filiofam. 17. *de usu, et habit.*

Filiof. vel servo ædium usu legato, et utile legatum esse existimo, et eodem modo persecutionem ejus competituram, quo competeret, si fructus quoque legatus esset. Itaque non minus absente, quam præsente filio servove, pater dominusve in his ædibus habitabit.

Quæstionis est, an filiof. vel servo legari usus ædium possit. Movet quod usus est personæ jus merum, et legato continetur tantum persona filiif. aut servi. Non potest autem filiusf. aut servus ullum jus habere. Quæ ratio etiam efficit, ut dubitemus, an recte stipuletur filiusf. aut servus sibi habere licere, *l.* 38. §. *hi qui sunt, de verb. obl.* Facti enim eæ quæ juris alieni sunt personæ capaces sunt, non juris: qua de causa non ita quæritur, an ususfruct. eis legari possit. Nam ususf. magis est facti quam juris, cum in perceptione consistat, nec ante fructus acquiratur fructuario quam ipse eum perceperit, *l.* 1. *quan. dies leg. ced.* §. *is vero, Inst. de rer. divis.* Usus magis est juris quam facti: et ob id etiam usus individuus; ususfructus dividuus. Sed tamen placet, sicut usumfr. ita usum filiofa. vel servo legari recte, quasi legato contineatur etiam persona patris vel domini, quæ eadem est propter vinculum potestatis. Solutionis potestatis duæ personæ constituuntur, *l.* 10. *de opt. leg.* Ideoque Aristoteles recte, qui scribens, filium patris partem quandam esse, adjecit hunc modum, *πλὴν ὅταν ἤδη λάβη τὴν τοῦ ἀνδρὸς τάξιν, καὶ χορισθῆ ὑπ' ἀυτοῦ*, quod jure civili fit emancipatione vel manumissione: et utroque genere, duæ (ut dixi) personæ constituuntur. Vinculo familiæ durante, una fere persona est. Itaque filiofam. vel servo usu ædium legato, jus acquiretur patri vel domino per filiumfamilias aut servum, et eo utetur non minus absente, inquit, quam præsente filio servove, id est, non tantum una cum filio servove, sed etiam sine filio servove. Qua de causa mors filii servive non extinguit usumfructum vivo patre vel domino, nec contra mors patris vivo filio, *l. ult. C. de usufr.* quod exposui Tractatu secundo. Huic legi adjungam *l.* 1. *de iis quæ pœnæ caus. rel.* quæ inscribitur simpliciter libro Quæstionum Africani, a me vindicatur quinto. Verba ejus hæc sunt:

Ad L. 1. *De iis quæ pœnæ causa relinq.*

Filiof. vel servo hærede instituto, etiamsi in patris dominive pœnam illicite vel probrose

datum est, nullius momenti legatum esse respondit. Non enim id solum quod in hæredis, sed omne quod in cujusque lucrum aliquod ex voluntate sentientis talem pœnam in testamento scriptum sit, nullius momenti habendum.

Pœnæ causa legatur, quod non tam in gratiam legatarii, quam in pœnam hæredis relinquitur, ut puta hoc modo, Hæres meus si Titio filiam suam in matrimonium collocaverit, Gajo x. dato. Neque autem legatum, neque hæreditas, neque libertas recte datur, vel adimitur, vel transfertur pœnæ causa, secundum jus vetus, quod obtinuit etiam in testamento militis, §. *ult. Inst. de legat.* cujus ratio hæc quod contra naturam legati hoc est, ut sit pœna non præmium, non honor, non mera liberalitas. Et eadem ratione turpe legatum turpisve institutio, nulla est: quia contumelia est potius quam honor, *l. turpia, de leg.* 2. ubi turpia, Græci λοιδορίαν ἔχοντα: *l. quoties*, §. *si quis nomen, de hær. inst.* Ratio Theophili, quod legatum pœnæ causa relictum, conferatur in arbitrium hæredis, non placet. Non enim confertur nominatim, sed tacite, quod valet, *l.* 3. *de leg.* 2. An igitur inutile semper est legatum illud, Hæres meus si Titio filiam suam in matrimonium collocaverit, Gajo x. dato? Minime: nam possunt ea verba accipi pro condicione, hoc modo, Si evenerit quandoque ut Titio filiam suam in matrimonium collocet, et tunc utile est legatum. Sed si mens hæc fuit testatoris, ut Titio hæres filiam suam in matrimonium non collocaret, et si collocaret, ut coerceretur præstatione legati, inutile est legatum. Et ita legatum quod in alterius arbitrium confertur inutiliter, ut vulgo dicitur, utiliter confertur quasi condicio, *l.* 1. *de leg.* 2. Et hic igitur multum interest condicionem facere, an pœnam hæredi infligere testator voluerit: Condicio enim valet, pœna non valet. His adjicit *l.* 2. *hoc tit.* multum etiam interesse translationem legati facere testator voluerit, an pœnam infligere. Nam si ita dixerit, Titio x. hæres meus dato, si Titio non dederit, eadem x. Sempronio dato, animo transferendi legati a Titio in Sempronium, utilis est translatio, et legatum Sempronio debetur mortuo Titio ante diem legati cedentem, vel post diem ante moram hæredis, Titii hæredibus nihil debetur, *l.* 3. §. 1. *l.* 10. *de adim. leg.* Sed si ita scripserit testator, non benevolentia Sempronii ductus, sed coercendi hæredis causa, quo magis festinet Titio dare, legatum Sempronio non debetur. Et hæc est sincera interpretatio horum verborum *l.* 2. *hujus tituli.* Pœnam a condicione voluntas testatoris separat, et an pœna an condicio an translatio sit ex voluntate defuncti apparet. Et ita *l. in condicionibus*, §. 1. *de cond. et demonstr.* condicionem facit voluntas defuncti sola. Neque omittendum illud est in *l.* 1. *C. debit. vend. pig. impend. non pos.* pœnam appellari quod translatio potius est. Fideicommissum enim familiæ relictum, si prædia venirent extra familiam transferri in fiscum, ut *l. pater*, §. *fundum, de leg.* 3. Illud quoque sciendum est, neque legatum neque fideic. dari posse pœnæ causa, ut Ulpianus scribit in Frag. atque ita nec in pœnam hæredis nec in pœnam legatarii, a quo fideic. relinqui potest, nec servo aut filiofamilias legato vel hæreditate data in pœnam patris aut domini, a quibus etiam fideic. relinqui potest, *l. cum filiof. de leg.* 1. et hæc est sententia hujus legis: cui Tribonianus de suo inseruit hæc verba, *illicite vel probrose,* itemque verbum, *Talem*, propter Constitutionem Justiniani, quæ sublato jure veteri definit pœnæ causa legari posse, exceptis tantum his quæ illicita vel probrosa vel impossibilia sunt. Illicita, ut si ita dicat, Hæres meus si consobrinam uxorem non duxerit, Titio x. dato. Probrosa, ut si dicat hoc pacto, Hæres meus si adulterium non fecerit, Titio x. dato. Ergo inseruit Tribonianus hæc verba, *Illicite, vel probrose,* quoniam hodie his tantum casibus pœnæ causa relictum legatum non valet. Adjecit et paulo post verbum, *Talem.* In talem pœnam, quæ scilicet infligatur hæredi, vel alii lucrum sentienti ex ultima voluntate, ut rem illicitam vel inhonestam faciat. Invenio jure veteri uno casu pœnæ causa legari posse, si in funere aut monumento faciendo tuendove voluntati testatoris hæres non obtemperaverit, favore religionis, *l.* 6. *et* 27. *de condit. et dem.* et ita in veteribus titulis monumentorum frequenter hæres qui secus fecerit, jubetur ærario pop. Romani aut collegio vel arcæ pontificium inferre certam summam. Sequitur in *l.* 33. *de vulg. subst.*

Ad L. Et si contra 33. *de vulg. substit.*

Et si contra tabulas patris petita sit a pupillo bonorum possessio, in substitutum tamen ejus actionem legati dandam esse, ita ut augeatur, propterea quod filius extraneis non debuerit. Sic et crescere a substituto data legata si per bonorum possessionem plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet. His consequens esse existimo, ut si impubes ex asse hæres scriptus sit, et per bonorum possessionem semis ei ablatus sit, substitutus in partem legati nomine exponeretur, ut quemadmodum portio quæ per bonorum possessionem accesserit, auget legata, et ita hic quæ abscesserit, minuat.

Lex est de præstandis legatis relictis a substitutione pupillari, petita bonorum possessione contra tabulas. Finge: Pupillus qui erat in potestate

patris hæres institutus substitutum accepit in secundum casum, frater ejus emancipatus præteritus est. Aut miscuit se pupillus bonis paternis, aut petiit bonorum possessionem contra tabulas commisso edicto per præteritum. Si miscuit se, concursu præteriti portio ejus minui potest, augeri non potest. Minuitur, si ex majori parte quam ex semisse institutus sit: non augetur, si ex minori, et legata a se relicta præstat omnibus, ut diximus superiore Tractatu ad *l.* 14. *de bon. poss. cont. tab.* Substitutus æque legata a se relicta omnibus præstat. Quia institutionem tantum, non substitutionem rescindit bonorum possessio contra tabulas, et contra paternas est, non contra pupillares, *l. prox.* §. *ult. sup.* Si pupillus petiit bonorum possessionem contra tabulas, portio ejus minui et augeri potest. Minuitur, si ex asse institutus sit, augetur, ex uncia: quia redigitur ad semissem, et legata præstat exceptis personis tantum, substitutus omnibus, *l.* 5. *in prin. de leg. præst.* Igitur si pupillus decesserit non præstitis legatis a se relictis, substitutus ex persona pupilli præstabit legata exceptis personis, ex sua persona omnibus, et communi calculo subjectis tam his quam illis legatis, detrahet sibi ex eis Falcidiam unam, id est, quadrantem hæreditatis paternæ quæ ad filium impuberem pervenerit. Et computabuntur in ea hæreditate legata, quæ pupillus non prestat extraneis, atque ita quod extraneis non præstatur proficiet exceptis ad excludendam Falcidiam, quæ forte interveniret si omnibus legata præstarentur, *l. ex asse, l. id quod, ad leg. Fal. l.* 5. §. *si legata, et* §. *ult. de leg. præst.* et licet ille §. *ult.* non sit de eo qui petiit bon. possessionem contra tabulas, sed de eo qui adiit vel miscuit se, tamen eadem ratio intervenit secundum opinionem illorum qui et hunc existimant legata debere exceptis personis tantum, ut scilicet legata quæ non præstat extraneis, augeant legata exceptis personis relicta. At præterea computari etiam debet in hæreditate patris id quod filio accessit beneficio bonorum possessionis contra tabulas, perinde atque si id accepisset ex testamento patris. Licet enim non sit ex testamento, ex hæreditate tamen est. Igitur si filius institutus ex uncia beneficio bonorum possessionis semissem acceperit, pro modo semissis debebit uterque legata, institutus exceptis, substitutus omnibus, vel utraque substitutus deducta Falcidia, cum pupillus decessit non præstitis legatis a se relictis, *d. l.* 5. §. 1. *l. ab exhæredati*, §. 1. *de leg.* 1. et ita etiam aperte definit Africanus hoc loco. Et e contrario quoque, si quid decesserit institutioni pupilli per concursum præteriti diminuentur legata a pupillo vel a substituto relicta, ut si pupillus institutus fuerit ex asse, quia præteritus pupillo semissem aufert, legata diminuentur in semissem id est, ea institutus exceptis, substitutus omnibus præstabit pro modo semissis, præteritus autem pro modo alterius semissis ea præstabit, exceptis tantum quibus ab institutione relicta sunt, quia emancipatus fuit, ut posuimus initio. Suus nullis personis legata præstaret. Hæc certissima sunt. Sed obstat eis *l. ult.* §. *ult. de leg.* 3. ex qua colligitur legata a pupillo unciario hærede relicta, aucta ejus portione ad semissem beneficio præteriti substitutum eis debere ex uncia omnibus, ex reliquis exceptis personis tantum: quod falsissimum est. Nam ea substitutus debet quasi æs alienum pupilli, *l. servo alieno*, §. *si quis a primo, de leg.* 1. *l. in ratione*, §. *quod vulgo, ad leg. Falcid.* Debuit autem ea pupillus ex semisse exceptis personis, extraneis nulla ex parte. Ergo debebit etiam ea substitutus ex semisse exceptis personis tantum: et inanis est uterque labor illorum, qui conantur persuadere substitutum extraneis debere legata ex uncia, quæ pupillus ipse non debuit. Absurdum illi esse existimant ut legatorum nomine a pupillo relictorum minus obligetur substitutus quam pupillus, et contra absurdum esse non existimant ut plus obligetur. Quod neque veterum jurisconsultorum quisquam sensit, et in *d.* §. *ult.* Scævola non de legatis scripsit ab instituto relictis, sed de legatis relictis a substituto (verba enim transposita sunt) et idem omnino quod Africanus hoc loco, debere ea substitutum ex semisse, non adjecta divisione illa, sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus, quam adscititiam, non naturalem esse jam pridem docui Observationum III. cap. IX. In contextu hujus legis pro, Præterea, quod est in Pand. Flor. aliæ rectius habent, *Propterea*: et contraria ratione in *l. Mævius*, §. *pen. de leg.* 2. *Præter istas causas*, scribendum, non *Propter*. Puto autem his, quæ tractavit hoc loco Africanus, proxime repetiisse cum aliquid de quæstione, *l.* 18. *de leg. præst.* Si qui duos filios habebat, suum et emancipatum, et nepotem ex emancipato in potestate, emancipato præterito, filium suum et nepotem retentum in potestate hæredem instituerit, ac præterea nepoti dederit legatum, et petita bonorum possessione contra tabulas nepos legatum elegerit, ei præstando ex suo semisse obnoxium esse patrem, non patruum, et hoc confirmasse hac ratione, quæ est in *l.* 19. *de leg. præst.*

Quia et si omnes petiissent bonorum possessionem, semis nepotis inter eum et patrem ejus divideretur.

Quod exposuimus tractatu superiore ad *d. l.* 18. Sequuntur de legatis et fideicommissis multæ ac variæ sententiæ in *l.* 108. *de leg.* 1. ac prima quidem hæc est:

Ad L. Si servus legatus 108. *de legat* 1.

Si servus legatus vivo testatore fugisse dicatur, et impensa, et periculo ejus cui legatus sit reddi debet: quoniam rem legatam eo loco præstare hæres debeat, in quo a testatore sit relicta.

Si servus legatus sit in fuga, sine culpa testatoris, hæres non tenetur in æstimationem. Plane in hoc solum tenetur ut caveat de perquirendo, reducendo, præstando, sive restituendo servo, *l. servo legato*, §. *ult. hoc tit.* Sed cujus sumptibus et periculo requiritur et reducitur? distinguo, ut *l.* 8. *tit. seq.* Aut vivo testatore fugit, aut post mortem. Si vivo, aperte Africanus ait hoc loco, impensam et periculum legatarii esse, hac ratione, quia hæres non cogitur alio loco præstare rem legatam, quam quo fuit tempore mortis, *l. non amplius*, §. 1. *hoc tit.* Si post mortem, hæredis, eodem Africano auctore, *l. cum servus, in princ. hoc tit.* quæ accipienda est de servo, qui post mortem testatoris cœpit esse in fuga, quod Harmenopulus indicat, qui *d. l. cum servus*, conjungit initium istius. Non conjungit contrarias, sed cum ista aperte loquatur de servo, qui fugit vivo testatore, illam de eo qui fugit mortuo testatore, intelligi voluit, secundum distinctionem *l.* 8. *tit. seq.* Male Acc. subdistinguit hoc loco, Fugerit servus ante testamentum an post testamentum factum: male in *d. l.* 8. fugerit ante aditam hæreditatem an post. Sed si culpa hæredis servus fugerit, hæres omnimodo tenetur in æstimationem litis, nec cautio sufficit, *l. cum res*, §. *itaque si Stichus, hoc tit.* Et quod de servo, idem obtinet in qualibet alia re legata, si non compareat, *d. l. cum res.* Proponam ordine sequentes, quæ sunt in *d. l.* 108.

Si id quod ex testamento mihi debes, quilibet alius servo meo donaverit, manebit adhuc mihi ex testamento actio: et maxime si ignorem meam factam esse. Alioquin consequens erit, ut etiamsi tu ipse servo meo eam donaveris, invito me libereris. Quod nullo modo recipiendum est quando ne solutione quidem invito me facta libereris.

Hæc sententia pertinet ad illam regulam, quæ dictat duas causas lucrativas in eundem hominem, et eamdem rem concurrere non posse: secundum quam hæres, a quo fundus alienus forte Titio per damnationem legatus est, liberatur si die legati cedente eum fundum dominus Titio vel servo Titii, sciente et volente Titio, donaverit. Quid si servo Titii eum donaverit, ignorante aut invito Titio? qua ex re etiam ignoranti Titio constat dominium acquiri, *l. etiam, D. de acq. rer. dom.* sed non ita quin possit re cognita Titius abstinere se donatione servi, et rem persequi actione ex testamento. Finge, Malle Titium rem habere ex testamento, quam ex donatione. Nam et firmior est testamenti quam donationis causa. Non igitur statim atque res donata est servo legatarii ignorante legatario, hæres liberatur. Alioquin et se ipse hæres liberare poterit invito et ignorante legatario, ut puta, si re propria, vel re hæredis a testatore legata, eam hæres donaverit servo legatarii, vel etiam solverit, ex legati causa. Quod est absurdum, ut sit in potestate debitoris se liberare alii dando, vel donando cui creditor noluit donari, vel per quem ad se rem pervenire nolit, *l.* 4. *l. invito, C. de solut.* Denique non satis est rem mihi esse quæsitam ex lucrativa causa ut hæres liberetur, nisi velim uti quæsito, aut nisi me sciente et volente mihi quæsita sit: recte ait, *Et maxime si ignorem:* nam si sciam donatam servo meo, nec improbem factum, statim hæredi liberatio contingit perinde atque si mihi donata fuisset. Quia vero ad regulam eandem pertinet etiam §. *Stichum*, mox ejus verba subjiciam.

Stichum quem de te stipulatus eram, Titius a te hærede mihi legavit: si quidem non ex lucrativa causa stipulatio intercessit, utile legatum esse placebat. Sine duabus, tunc magis placet inutile esse legatum, quia nec absit quicquam, nec bis eadem res præstari possit. Sed si cum mihi ex testamento Titii Stichum deberes, eundem a te hærede Sempronius mihi legaverit, fideique meæ commiserit, ut eum alicui restituam: legatum utile erit, quia non sum habiturus. Idem juris erit, et si pecuniam a me legaverit. Multo magis si in priore testamento fideicommissum sit. Item si in priore testamento Falcidiæ locus sit: quod inde abscidit ratione Falcidiæ, ex sequenti testamento consequar. Item si domino hæres extitero, qui non esset solvendo, cujus fundum tu mihi dare jussus esses: manebit tua obligatio, sicut maneret, si fundum emissem.

Stipulationis causa lucrativa est, si stipulatori nihil absit nihilque abfuturum sit, id est, si quod nanciscitur ex stipulatione, ad plenum et perpetuum acquirat. Contra non lucrativa est si stipulatori absit aliquid, veluti pretium, cum forte rem emit, et stipulatus est vacuam possessionem tradi, vel etiamsi quod ex stipulatione nansciscitur, commissa condicione aliqua repeti ab eo possit. Et similiter legati causa lucrativa est, si nulla legato adscripta sit condicio dandæ pecuniæ, nullum onus fideicommissi. Non est lucrativa, si quantum capit jure legati, tantum legatarius erogat jure fideicommissi, aut condicionis implendæ causa, aut certe quatenus erogat, eatenus legati causa lucrativa non est. Hæreditas quoque vel lucrosa est, ut si testator solvendo sit, vel contra si solvendo non sit, detrimentosa. Quidquid igitur in tractanda ea regula de tollendo concursu duarum causarum lucrativarum

statueris de stipulationis causa, idem statuam et de legati, et de hæreditatis causa. Ancipites enim eæ causæ, vel non lucrativæ semper, ut emptio, vel lucrativæ, ut mera liberalitas. Si ex stipulationis causa lucrativa rem nactus fuero (rem, inquam: secus si æstimationem rei) eandem rem, vel rei æstimationem ex causa legati lucrativa petere non possum, dominium rei acquisitum ex una causa, extinguit obligationem ex alia, non tantum quia duæ causæ lucrativæ in eamdem rem et personam concurrere non possunt (quod his verbis Africanus notat, Quia nec absit quicquam) sed etiam quia bis (inquit) eadem res præstari, id est, dari non potest: quod sic expono, quia res in eam causam cecidit a qua incipere non potest: nec enim potest res mea mihi dari. Prior ratio demonstrat peti æstimationem non posse, posterior peti rem non posse. Quod si neque æstimatio peti potest, plane inutile legatum est. Sed si stipulationis causa lucrativa non fuerit, lucrosi legati utilis petitio est, non in solidum tamen, sed in quantum mihi abest ex stipulationis causa. Nam si absint x. ex causa stipulationis quæ dederim pro re digna xv. quæ etiam mihi legata sit, x. tantum ex testamento petere possum. Et retro si lucrativa stipulatio fuerit, legatum non sit lucrativum, utilis legati petitio est. Idemque statuendum est si prius ex legato rem nactus fuero, ut pro qualitate legati et stipulationis, supersit aut non supersit actio ex stipulatu. Idem et de duplicibus testamentis, vel de duorum testamentis, quorum utroque res eadem fuerit eidem legata (ab eodem an ab alio atque alio hærede, nihil refert) ut quod primum cœpi legatum, sive ex priore, sive ex posteriore testamento, si fuerit lucrativum utrumque perimat alterius petitionem, nisi ex priore æstimationem consequutus fuero. Nam quod dicitur in *l. plane*, §. *sed si duorum, hoc tit.* bis agi posse, non est indistincte verum, sed ita demum, si prius æstimationem consequutus fuero, idque constat inter omnes. Nam quod dicit Ulpianus eo loco, ad comparationem dicit ejus quod dixerat ante de eadem re eidem sæpius legata per vindicationem in eodem testamento ab eodem, ut arbitror, vel a diversis hæredibus, *l. si tibi homo*, §. 1. *hoc tit.* sufficere vel æstimationem consequi. Nec enim duorum testamentis eadem re legata, sufficit ex uno testamento rei æstimationem consequi, cum tamen sufficiat ex uno testamento rem consequi ut excludatur altero. Ac similiter eodem testamento re eadem bis uni legata e diversis hæredibus per damnationem, non sufficeret æstimationem ab uno hærede consequi, rem consequi sufficeret, *l. quid ergo* §. *si quis duos, eod. tit.* At si legatum quod cœpi primum ex uno testamento, lucrosum fuerit, iis quæ diximus de stipulatione et legato consequens est ut ex altero supersit actio, si lucrosum non fuerit, et retro si non sit lucrativum, quod cœpi primo, vel quatenus non erit, ut si id minuerit lex Falcidia vel mortis causa capio vel fideicommissum, ut de altero supersit actio *l. plane*, §. *quod si rem, hoc tit.* Et hoc quidem multo magis, inquit Africanus. Quia scilicet ubi ex priori testamento legatum lucrativum non fuit, facilius ex posteriori lucrativo est actio, quam ubi ex priori lucrativum fuit, ex posteriori non lucrativo. Nam etsi posterius lucrativum non sit, magis dubitari potest an habenti jam rem ex causa lucrativa ex posteriori actio sit. Eadem vero ratio intervenit in hæreditate: Nam si lucrosa sit, legati lucrativi petitio non est, ut si testamento Secundi fundus Primi legatus sit per damnationem, quod verba illa Africani significant, *Dari jussus esses:* nec enim per vindicationem fundus alienus legari potest, *l.* 39. *ff. de man. test. l.* 88. *D. de verb. sig.* et Primo hæres extitero. legati petitio non est. Sin autem detrimentosa sit hæreditas Primi, legati lucrativi petitio est. Idemque erit si a me Primus eum fundum alii legaverit, quia hæreditario jure penes me fundus non remanet, *l. inter*, §. *si rem, D. de verb. obl.* Sed et si lucrosa sit et per eam mihi fundus obveniat, legati non lucrativi petitio supererit. Ait, *Sine duabus,* His verbis adsignificatur regula de duabus causis lucrativis. Ait, *Si pecuniam a me legaverit*, per fideicommissum scilicet. Nam per legatum a legatario legari non potest. Ait, Multo magis si in priore testamento fideicommissum, et videlicet non sit fideicommissum in posteriore. Nam si in utroque sit fideicommissum, certissimi juris est, ex utroque actionem esse. Hæc est vera explanatio hujus §. Reliquos exequamur. Ait Africanus:

Cum homo Titio legatus esset, quesitum est, utrum arbitrium hæredis est quem velit dandi an potius legatarii. Respondi, verius dici, electionem ejus esse cui potestas sit qua actione uti velit, id est legatarii.

Si homo vel quæ alia res sit generaliter legata, electionem ait ejus esse cui potestas sit qua actione uti velit. De eo igitur genere legati loquitur, de quo variæ competunt actiones, veluti in personam ex testamento, et in rem, et ad exhibendum, et in factum, *l. quod legatur*, *D. de judic. l.* 63. *tit. seq.* Id autem est legatum per vindicationem. Quia ex legato damnationis est tantum actio in personam, secundum jus vetus, quod tractamus: ut plane sit *l.* 76. §. *variis*, *tit. seq.* accipiendus de legato vindicationis. Nam et *l. hujusmodi*, §. *ult.* et *l. seq. hoc tit.* palam de vindicatione loquitur, et ratio qua utitur, quia defunctus semel ad eos legatum pervenire voluit, vindicationis tantum le-

gato congruit, *l. si tibi homo*, §. 1. *hoc. tit. l. si mihi pure, tit. seq.* Homine igitur generaliter legato per vindicationem, electio est legatarii: et ita domo generaliter legatą, cogi hæredes ait *l. si domus hoc tit.* (sic enim scriptum est Flor.) quam domum vellet ex his quas testator babebat legatario dare. Quam domum igitur vellet legatarius, cui legatum est per vindicationem. Nam id proprie cogimur dare quod alter vult, non quod volumus ipsi. Homine autem generaliter legato per damnationem, electio est hæredis, *l. si a substituto*, §. 1. *hoc. tit.* Cicero 2. De inventione: *Hæres meus uxori meæ vasorum argenteorum c. pondo, quæ volet, dato. Nihil attinuisse adscribi, Quæ volet. Eo enim non adscripto nihil inesse dubitationis, quin hæres quæ ipse vellet daret.* Vera igitur est opinio Rogerii, qui statuebat, hæredis esse electionem, si per damnationem legatum sit. Vera Joannis, electionem esse hæredis, si nulli servi sint in hæreditate, quia alienum hominem legasse testator videtur. Alienæ autem rei vindicationem legatarius non habet, quia perinde est ac si per damnationem legata esset ex SC. Neroniano. Nec hominis et rerum aliarum ratio eadem. Hominis legatum valet, etiamsi nulli sint servi in hæreditate: quia certa et naturalis finitio hominis est. Domus vel fundi legatum non valet, si nulla domus, vel nullus fundus sit in hæreditate: quia incerta et arbitraria prædii finitio est. Eadem vero differentia legatorum constituenda est servitute legata, et de vindicatione accipienda, *l. 9. de servit.* de damnatione, *l. si via, de serv. rust.* Sequitur:

Hujusmodi legatum, Illi aut illi uter eorum prior Capitolium ascenderit, utile esse, evidenti argumento probari ait, quod constet usumfructum libertis legatum, et qui eorum supervixerit, proprietatem utiliter legari: idque et de hærede instituendo dicendum existimavit.

Incertæ personæ legari, vel incerta persona hæres institui non potest, veluti hoc modo, Quisquis primus ad funus meum venerit, ei homini hæres tot dato, vel, is homo hæres mihi esto, §. *incertis, Inst. de legat. l. quoties.* §. *hæres, de hær. inst.* Imo ut lege Caninia libertates dandæ sunt nominatim, ita videntur legata et hæreditates dandæ nominatim aut sub demonstratione quæ nominis vice fungatur, id est, sub antonomasia, *d. l. quoties*, §. *si quis nomen, l. nominatim, de cond. et dem.* Unde dubitatur an legetur vel instituatur hæres hoc modo recte, Primo aut Secundo uter eorum prior Capitolium ascenderit c. do lego, Primus aut Secundus uter eorum prior Capitolium ascenderit, hæres esto. Et Julianus ait, utile esse legatum, utilem institutionem evidenti argumento probari, quod constet inter omnes utile esse legatum si libertis legetur ususfructus et ei qui eorum supervixerit proprietas, quamvis non minus sit incertus is qui ceteris novissimus supervicturus est quam qui primus Capitolium ascensurus. Sed hoc ideo quia certi sunt liberti quibus legatur, et omnibus ususfructus pure, et omnibus æque, id est, tam huic quam illi proprietas sub condicione legari videtur, si novissimus supervixerit, *l. quoties* 1. *de reb. dub.* ac similiter priore casu Primi et Secundi certæ personæ sunt, et eo genere tam Primo quam Secundo legatum, aut hæreditas videtur relinqui sub condicione, Si prior Capitolium ascenderit, sicut in *l. quoties*, §. *si quis tamen. de hær. inst.* proditum est ita factam institutionem, Uter ex fratribus meis Titio et Mævio Sejam uxorem duxerit, hæres esto, sub condicione factam videri, id est, tam Titium quam Mævium hæredem institum videri sub condicione, Si Sejam properaverit ducere uxorem. Neque igitur his modis, vel incerta persona hæres instituitur, vel incertæ personæ legatur. Certe enim demonstratio, pro nomine est.

Si ita scriptum erit, Amplius quam Titio legavi, hæres meus Sejo decem dato: *dubitandum non erit quin et Titio suum legatum maneat, et Sejo nihil ultra decem debeatur. Nam et usitatum fere est sic legare,* Lucio Titio tot, et hoc amplius uxori et liberis ejus tot; *Si ei, cui nihil legatum est, cum hac adiectione* hoc amplius *aliquid legetur: minime dubitandum est quin id quod ita legaverit, debeatur: multoque minus dubitandum si ab eo, qui nihil mihi debet, ita stipulatus fuero,* amplius quam mihi debes, decem dare spondes? *quin decem debeantur.*

Qua de re non esse dubitandum Africanus suo judicio putat, de ea dubitasse existimo plerosque, non tantum in diversis legatariis, sed etiam in eodem. Nam etsi uni eidemque ita legetur, Titio x. et hoc amplius hæres meus ei fundum dato, verbo, Amplius, superius legatum repeti verius esse, ait, *l. si pure tibi, de leg.* 3. Verius, ac si aliorum alia sit opinio, sed hæc verior. Etsi diversis, ut si qui legavit Titio fundum, ita deinde leget Sejo, Hoc amplius Sejo x. etiam hodie non satis liquet utrum concurrat Titio Sejus in legatum fundi, an habeat fundum Titius in solidum, et Sejus decem, Nam singulis fundi partes deberi Mecianus ait, *l. 15. de leg.* 3. Africanus Titio totum fundum, hoc loco: et uterque sibi potius esse credendum, nec dubitandum. Ac præterea uterque ita scriptum ponit, Hoc amplius, quamquam, Hoc amplius, an simpliciter Amplius, scribatur, nihil referat. Omnis enim ambiguitas est in verbo Amplius. Nam vel eo persona Titii repetitur ac si diceret, Non tantum Titio fundum dato, sed et am

Sejo x. vel fundus eo repetitur, qui Titio legatus est, ac si diceret, Præter eundem fundum etiam x. Sejo dato. Uterque ponit Titio et Sejo legatum conjuncta scriptura, uterque legatum per damnationem: et ideirco recte *l.* 13. fundi partem, quia si per vindicationem, non partem fundi, sed totum fundum Sejus perciperet, et concursu fierent partes. Nec vero quidquam iu propositione utriusque discriminis aliud, quam quod Africani Amplius ponitur in principio secundi legati, in Mæciani autem propositione Amplius ponitur inter nomen secundi legatarii, et 2. legatum. Quod fortasse discrimen satis idoneum est ad inducendam juris varietatem. Sed obstat *l. si pure tibi, de leg.* 3. quæ etiamsi verbum Amplius sit positum in principio, secundæ personæ idem attribuit quod primæ in explicanda oratione hac, Lucius Titus plebi quina millia dedit, hoc amplius Sejus visceratiónem. Nam Sejum quina quoque millia dedisse significari. Verum ne priori legatario quidquam temere derogetur assumpto collegatario in fundo eodem, forte legati verba strictius accipientur, nec aliter videbitur etiam Sejo legatus fundus quam si, ut statim subjicit in *d. l. si pure tibi*, interponatur verbum Aplius inter nomen Seji, et rem Sejo legatam, quo sermone aliquando apertius posteriori legato conglutinatur superius, ac si diceret, Sejo amplius quam fundum x. dato: id est, prior legatarius oneratur adiectione conjuncti. Illo autem, Amplius Sejo x. dato, non tam aperte. Quocirca onerari eo duntaxat magis hæredem legatis interpretamur, ita ut suum maneat Titio integrum legatum, et Sejo ultra x. nihil debeatur, ac si dixisset, Amplius quam Titio legavi, Sejo x. dato, qui sermo quodammodo dilucidior est. Sed tamen eodem sensu ait ita solere legari Amplius uxori ejus et liberis x. dato et marito suum, et præterea uxori suum proprie legatum adscribi. Vel potius quia dixit, lego Titio x. et hoc amplius uxori et liberis ejus x. quæ personæ sunt ejusdem familiæ, separatim Titio patrif. suum legatum videtur adscripsisse, suum equæ separatim uxori, et liberis potius quam conjunxisse omnes in prius legatum. Quod sequitur, Si ei cui nihil legatum est, etc. eo pertinet, ut intelligatur verbum Amplius ad eum quoque pertinere cui nihil legatum est, ut si ita legetur, Amplius quam Titio legavi hæres meus ei x. dato. Et ideo minime dubitandum esse quin x. Titio debeantur. Quia vero forsitan dubitaturus erat aliquis, an idem esset dicendum in stipulationibus, propterea quod quæ non vitiant legata, plerumque vitiant stipulationes, ut condiciones impossibiles, eo ne quis moveretur adjicit, et in stipulationibus id dubitandum esse multo minus, non quod præcipua quædam ratio sit cur in stipulationibus minus dubitari debeat quam in legatis, et ita stipulatione Amplius non peti, non hoc tantum cavemus amplius non peti ab eo cui debeatur, sed ne ab ullo quidem alio cui nihil debeatur, euique jure petitio sive actio nulla competat, *l. verbum amplius, de verb. sig.*

Si servus alienus liber esse jussus, et legatus sit, peti eum ex legato posse ait. Nam cum libertas nullius momenti sit, absurdum esse per eam legatum infirmari, quod alioquin valeret etsi solum datum fuisset.

Utilis datio libertatis infirmat legatum servi, ut si servum proprium liberum esse jussero, eundemque Titio legavero, nec quidquam mutat ordo scripturæ. Nam etsi priore loco sit adscripta libertas posteriore legato potior est. Olim ut vindicta, ita testamento semel data libertas non potuit adimi. Hodie potest, *l. si peculium*, §. 1. *ff. de man. test. l. si servus, ff. de fid. libert.* si tamen eodem modo adimatur, quo data est, id est, nominatim, et in *l.* 14. *tit. seq.* evidens ademptio libertatis est, quæ fit nominatim. Legato posteriore solo adempta non videtur libertas. Inutilis autem libertatis datio, etiam si quis servo proprio libertatem reliquerit iuutiliter verbi gratia, ex causis relatis in *l. servum filii*, §. *si idem, h. t.* hæc non infirmat legatum posterius, nisi forte legetur hac lege, ut manumittatur, non hac mente, ut beneficio et honore legatarius adficiatur, ut *l. si quis quos, tit. seq.* Legatum quoque prius non infirmat, sed præbet tantummodo argumentum mutatæ voluntatis, *l.* 3. § *ult. D. de instr. vel instr. leg. l. legatum sub condicione*, §. *ult. D. de adim. leg.* In hac specie legatum posterius est, et adempti legati nullum superest argumentum. Sive igitur sit prius, sive posterius legatum, quod etiamsi solum detur validum et utile est, absurdum erit si dixeris id per inutilem manumissionem infirmari. Et quod tentant utile per inutile vitiari ex §. *præterea, Instit. quib. mod. toll. obl. et* §. *posteriore, Instit. quib. mod. test. inf.* male procedit. Nam et in §. *præterea*, posterior obligatio pupilli, quæ tollit priorem, jure naturali tenet, et in §. *posteriore*, posterius testamentum quo rumpitur prius, jure civili consistit ab initio, licet postea deseratur vel condicione deficiatur. Ait libertatem relictam servo alieno nullius momenti esse, id est, nec jure directo valere nec jure fideicommissi. Nam si vel jure fideicommissi valeret, prævaleret legato, *l. si servus, D. de fid. lib.* et quod objicitur *l. generaliter*, §. *si quis servo, D. eod.* aberrat a proposito: quia non de servo alieno loquitur, sed de servo proprio pignorato, cui etiam manente debito, certe data a debitore libertas nullo jure competit, *d. l. servum filii*, §. *si idem.* Soluto tamen

debito ei fideicommissaria libertas debetur, etiam verbis directis contra rigorem juris favore libertatis sumptis pro fideicommissariis.

Qui quinque in arca habebat, ita legavit vel stipulanti promisit, Decem quæ in arca habeo: et legatum, et stipulatio valebit, ita tamen ut sola quinque, vel ex stipulatione, vel ex testamento debeantur: ut vero quinque quæ deerunt, ex testamento peti possunt, vix ratio patietur. Nam quodammodo certum corpus, quod in rerum natura non sit, legatum videtur. Quod si mortis tempore plane summa fuerat, et postea aliquod ex ea deperierit, sine dubio soli hæredi deperit.

Multum interest certus numerus nummorum legetur an certum nummorum corpus. Si certus numerus, legatum debetur, etiamsi nulli sint nummi in hæreditate, *l.* 12. *t. seq.* si certum corpus, ut puta decem quæ sunt in arca, non debetur legatum si nulli sint nummi in arca, etiamsi forte sint in hæreditate: vel si minus sit in arca, ut si in ea sint tantum quinque, in legato etiam quinque tantum sunt. Quod si plus sit in arca, puto non amplius deberi, quam decem, quia his verbis, Decem quæ in arca sunt, non tantum certo loco circumscripta corpora nummorum significantur, sed etiam certo numero. Ut locum igitur ita numerum observari convenit una cum loco. Citra locum nulla numeri habetur ratio, quia si in arca nulli sint nummi, nec qui alibi sunt in eadem hæreditate, debentur, quoniam qui alibi sunt, non ii sunt qui legati sunt: et consequenter si minus sit in arca, qui desunt quia nulli sunt, et nusquam esse videntur. Ac simili modo si legavero x. quæ mihi Titius debet, quia nomen legasse videor non nummorum certum numerum, si nihil debeat Titius, nihil est in legato, si minus debeat, id tantum est in legato quod debet. Vel si legavero Titio x. quæ mihi debet, quod fit per damnationem, vel sinendi modo, sive dixero, Decem quæ mihi debet, hæres meus damnas est non petere, quia liberationem legavi non quantitatem, si nihil debeat Titius nulla legati petitio est (est enim omnino ita legendum in *l. legavi*, *ff. de lib. leg.* Sed non poterit hoc dici, etc.) sive dixero, Decem quæ mihi Titius debet, hæres meus damnas esto ei dare. Quia his etiam verbis jus liberationis testator legat, non quantitatem, et Dare accipit pro Condonare, sive remittere debitum *d. l. legavi*, *et l. ult.* §. 1. *eod. tit.* Nec his propositionibus similis est illa, si decem Titio legavi quæ ei debeo, quia hoc genere quantitatem tantum lego, non jus ullum, eaque debetur etiamsi nihil debuerim Titio. Nam hæc verba, Quæ ei debeo, pro demonstratione sunt. In superioribus hæc verba, Quæ sunt in arca, Quæ mihi Titius debet, pro condicione et causa sunt, ut loquitur *l. si sic legatum*, §. *si mihi*, *hoc tit.* id est, qualitatem significant et jus legati, hæc nimirum, Quæ in arca sunt, certum corpus nummorum, et illa, Quæ mihi Titius debet, jus crediti vel jus liberationis. Falsa demonstratio non vitiat legatum. Falsa qualitas, sive substantia, id est, quæ non est in rerum natura, falsum atque adeo nullum legatum facit. Idem vero in stipulationibus esse dicendum Africanus ait, ut si stipulanti promittam x. quæ in arca habeo, inani arca inanis sit stipulatio, vel catenus duntaxat valeat quatenus est in arca. Ex quod subjicit igitur de legatis, ut si plena fuerit arca mortis tempore, et postea aliquod ex ea deperierit, soli hæredi depereat, exemplo stipulationum ita accipit Accursius recte, si hæredis culpa deperierit, *l.* 37. *de verb. obl.* Quocirca hoc loco, Postea, sic interpretor, post mortem testatoris, et post moram, vel quam aliam culpam hæredis. Et quæ diximus de nummis, producenda sunt etiam ad ceteras res quæ pondere vel mensura constant, ut si legentur, vel promittantur auri pondo x. quæ sunt in arca, aut vini amphoræ x. aut frumenti modii x. qui sunt in horreo. Nec moveor *l. si quis cum*, *ff. de act. emp.* quæ venditorem teneri ait qui fundo vendito accessura dixit dolia c. quæ in fundo esse affirmabat, quamvis ibi nullum dolium fuerit. Non vini dolia dixit, sed dolia ipsa, quæ utique semper non sunt vasa vinaria. Sed si dixerit, vini C. dolia. Quia vero ea in fundo adfirmavit esse, præstare quod adfirmavit debet, actione legitima, quod adversus ea, quæ nuncupata sunt, vel Ædilitia, quod adversus dictum promissumve. Esse enim ea in fundo nisi venditor adfirmaverit, si nullum ibi dolium sit, his actionibus emptori non tenetur. Ceterum quod dixi paulo ante de interpretatione verbi, Postea, id comprobatur etiam his verbis seq. §.

Si servus legatus sit, et moram hæres fecerit, periculo ejus et vivit et deterior sit, ut si debilem forte tradat, nihilominus teneatur.

Stichus legatus post moram hæredis, petiit hæredi, quia æstimationem legatario debet, nisi suo fato perierit, et non potuerit aut noluerit eum acceptum legatarius vendere. Perit igitur hæredi, si potuerit eum acceptum legatarius vendere, *l. cum res*, §. *ult. h. t.* Et placet distinctio Martini, utrum servus fuerit periturus apud legatarium, an non, ut hoc casu pereat hæredi, illo non item. A Martino dissentit Joannes. Dissensere etiam hac in re invicem veteres auctores juris Sabiniani, et Proculiani, re scilicet fato perempta, veluti homine mortuo, aut fundo absumpto terræ fragore. Nam si dolo aut facto hæredes perierit, non ambigitur quin sit omnimodo condemnandus.

Re quoque fataliter perempta post moram hæredis, vel debitores cujus, Joannes dicebat debitorem esse condemnandum omnimodo, Martinus distinguebat, ut dixi ante. Nec tamen idem discidium fuit hac in re inter Sabinianos, et Proculianos, quod inter Martinum, et Joannem. Sabiniani debitorem dicebant esse absolvendum omnimodo, Proculiani distinguebant, *l. illud*, *ff. de pet. hær. l. si plures*, §. *ult. ff. Depos.* et utrique nullo habito discrimine inter actiones in rem et actiones in personam, vel inter contractus nominatos et innominatos, quod tamen interpretum plerique introducere conantur. Prudentior igitur Martinus Joanne: nam a Martino sunt Proculiani, a Joanne nullus: aut certe prudentissimus Joannes cujus opinio prudentum nemini in mentem venit. Qui enim diceret re suo fato perempta post moram, omnino condemnandum debitorem, inventus est nemo. Multi dixere absolvendum, nempe Sabiniani, quorum ratio hæc, quod sit multo æquius fato, quod contigit quodque evitare ne creditor quidem ipse potuit, ad creditorem potius quam ad debitorem pertinere. Nam de hac re merito debitor expostulare cum creditore potest fere in hunc modum: Etiamsi moram non fecissem, res periisset: non mora, sed natura interitum attulit. Tantum ne mihi obfuerit cunctatio mea, ut quod fato venit, videatur venisse præter fatum, ac si occidissem? Quid enim si fatum præsto, interest, moram fecerim, et postea res naturaliter interierit, an occiderim? quæ mors multis dicitur non esse fatalis. Sed ex sententia Proculianorum multum una distat ab altera. Nam eam, quæ præter naturam præterque fatum debitoris facto venit, debitor præstat omnimodo, eam, quæ fato venit post moram debitoris, ita demum si res non erat peritura apud creditorem: quæ sententia obtinuit, *d. l. si plures*, §. *ult.* ubi quod ait, *Utique*, modus est additus a Gajo ex sententia Proculi, *d. l. Illud.* Nam si non erat interitura apud actorem, ut quia acceptum hominem forte actor, cum esset venalitiarius, confestim distracturus erat, tunc reus non absolvitur. Et si valet hæc distinctio in eo, quod reddi oportet, et in eo igitur, quod dari oportet. Hæc enim comparantur invicem, *l. si in Asia*, §. *ult. Depos.* idque in actione ex testamento exprimit satis aperte *d. l. cum res*, §. *ult.* dum hæredem in æstimationem condemnari ait, si fundus legatus post moram chasmate perierit, adjecta ratione hac, Potuit enim eum acceptum legatarius vendere: nam si hæc ratio facit, ut præstetur æstimatio, ibi consequens est ne præstetur ubi hæc ratio non est. Neque vero sine ratione pro Martino adfertur etiam *l. ult.* §. *si ea condictione*, *ff. ad leg. Rhod.* Nam quotiens de periculo agitur, eadem est culpæ et moræ ratio, *l. si servum*, §. *sequitur*, *ff. de verb. obl.* Ut igitur doceas post moram re perempta, distinguendum esse, ut Martinus fecit, recte doces distingui eodem modo post culpam re perempta. Quod vero in condictionibus et actionibus in personam probavimus, et in actionibus in rem tam de universitate quam de rebus singulis et in actionibus ad exhibendum valere constat ex *l. illud*, *ff. de pet. hær. l. item si verberatum*, §. *ult. ff. de rei vind. l. de eo*, §. *si post*, *ff. ad exhib.* Nam si forte hominem petitum qui postea sua natura interiit, distracturus erat actor, si accepisset, condemnatur reus: quia si actor restituisset, distraxisset, et pretium lucratus esset. Si non erat distracturus, atque adeo si erat homo moriturus apud actorem, absolvitur etiam malæ fidei possessor. Sabinus absolvendum præcidebat sine distinctione. Inter utramque sectam medium se interponit Ulpianus in *d. l. illud.* Proculi distinctionem admittit in malæ fidei possessore, aut in bonæ fidei possessore improbe litigante: Sabini decisionem in bonæ fidei possessore non improbe litigante. Ceterum excipiendi sunt semper tam a decisione Sabini quam a distinctione Proculi vel interpositione Ulpiani, fures, abactores, prædones, et ii qui metum intulerunt, qui re perempta neque absolvuntur omnimodo, neque sub distinctione, sed condemnantur indistincte, *l.* 1. §. *rectissime*, *l. pen. ff. de vi et vi arm. l. ult. ff. de cond. furt. l. si cum exceptione*, §. *quatenus*, *ff. quod met. cau.* Cur ita? Quia plus quam moratores sunt, nec enim tantum sunt in mora vel culpa, sed etiam in maleficio: et nos de simplici moratore disputamus. Adjungimus vero furem prædoni, quia ubi de periculo agitur, eadem est causa utriusque, *l. subtracto*, *C. de furt.* et hac ratione gravior est furi condictio furtiva. Nec vero mirum si hoc casu separantur hi a simplicibus moratoribus, cum et si res ante moram vel potius paulum interquiescente mora, veluti intra tempora judicati, perierit, in his distinctio locum habeat, quæ cessat re perempta, durante mora, ut condemnentur si res non erat interitura apud actorem, ut absolvantur si erat interitura, *d.* §. *quatenus.* Alii enim moratores et malæ fidei possessores absolvuntur indistincte re perempta ante moram, *l. cum filius*, §. *ult. ff. de verb. obl.* Et male Joannes confirmat sententiam suam ex *l. si filio*, §. *si post*, *sol. mat.* quo tamen plerique impelluntur magis in sententiam Joannis, moti articulo, *Omnimodo*, licet ambiguo: nec enim, Omnimodo, hoc tantum est, sine distinctione, sed interdum significat, In totum, ut *l. cum filiof. hoc tit. l. si mihi pure*, *tit. seq.* Omnimodo igitur detrimentum præstabit, id est, Integrum

detrimentum : et ut fateamur (quod fateamur etiam libenter) Omnimodo esse, sine distinctione, non tamen hic articulus omnem ibi distinctionem excludit, sed eam tantum de qua agitur. Quænam illa sit, superior scriptura indicat, quæ maritum ait in dote reddenda præstare dolum et culpam : et mox, si res dotalis post moram mariti perierit, etiam omnimodo detrimentum præstare. Omnimodo igitur, id est, Etiamsi dolus vel culpa absit : denique interitum naturalem præstare, quod non est abcise concedendum tamen, neglecta Martini distinctione. Possem hac de re multa alia adferre : sed nimium forte digressus sum a proposito, cum nihil ejus distinctionis attingeret hic §. et occasionem tantum, nec eam tamen non e re natam dederit huic qui congruebat §. *ultimus l. cum res.* Putem vero his quæ scripsit Africanus hoc loco, conjunctim exposuisse eum quam supra in interpretatione *l.* 36. §. *ult. de usufr.* exposuimus differentiam inter proprietatem et usumfructum. Sticho, qui legatus est mortuo post moram, æstimationem deberi. Stichi usufructu qui legatus est, morte Stichi vel morte legatarii perempto post moram, æstimationem non deberi futuri temporis. Ceterum non de periculo tantum, sed et de omni detrimento rei legatæ, idem scribit Africanus ut pertineat ad hæredem post moram, ut si debilem servum tradat, qui scilicet debilitatus sit post moram. Sequitur:

Cum quid tibi legatum fideive tuæ commissum sit ut mihi restituas, si quidem nihil præterea ex testamento capias, dolum malum duntaxat in exigendo eo legato, alioquin etiam culpam te mihi præstare debere existimavit: sicut in contractibus fidei bonæ servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa: sin unius solius, dolus malus tantummodo præstetur.

A legatario et a fideicommissario fideicommissum relinqui potest. Sed aut legatarius legatum exigit aut omittit. Quod de legatario dicam, idem dici puta de primo fideicommissario. Si omittat legatum, fideicommissario tenetur in hoc tantum ut cedat actionibus vel cui fideicommissarius voluerit, *l. si filius*, §. *ult. ff. de fid. lib. l. Imp. in pr. lib. seq. l.* 8. *lib.* 3. Omissum enim legatum apud hæredem remanet sine onere fideicommissi. Idcirco necesse est fideicommissario actiones cedi adversus hæredem. Si exigat legatum, quæritur in exigendo dolum an etiam culpam præstare debeat? Et Africanus sive Julianus eleganter distinguit, si nihil præterea legatarius ex testamento capiat, ut si c. ei legata sint quæ integra alii restituat, quia fideicommissarii solius commodum versatur, tum ut in exigendo dolum malum duntaxat præstet, si forte lusorie egerit, atque ita succubuerit, vel etiam si id curaverit dolo malo ne posset agere, veluti ne adiretur hæreditas, *l.* 4. §. *pen. ff. si quis omis. cau. test.* Sin vero aliquid præterea ex testamento capiat, ut si legatis C. rogetur restituere LX. quia de utriusque commodo agitur, ut in petendo legato etiam culpam præstet, si forte, (ut aliquo utamur exemplo) plus petierit atque ita causa ceciderit, vel etiam si qua alia negligentia et imprudentia sua litem amiserit. Confirmatur hæc distinctio exemplo contractuum bonæ fidei, quibus et aliis in rebus sæpe comparantur legata, ut in usuris quæ ex causa legati debentur ex mora officio judicis, et in cautione quæ petitur ante diem vel condicionem legati. In deposito præstatur dolus malus duntaxat, quia nulla utilitas depositarii versatur. In vendito, locato, pignore, dote, societate, quia utriusque utilitas vertitur, etiam culpa præstatur, *l. si ut certo*, §. *nunc videndum, ff. commod.* Dices, in commodato utriusque utilitas non versatur, et in eo tamen non dolus tantum, sed etiam culpa et exactissima diligentia præstatur. Dicam, non in quo contractu utriusque utilitas non vertitur, dolus tantum præstatur, sed in quo accipientis nulla est utilitas, ut in deposito. Nam depositarii nulla est utilitas, qui accipit ut alii custodiat, non etiam accepto utatur, et ut quandoque postulanti restituat, qua ratione etiam nulla propemodum utilitas ejus est qui precario rogavit, quia breve et fragile beneficium est, cum id quoque restitui oporteat vel confestim vel quandoque postulanti, et his comparatur legatarius qui accipit ut mox id omne quod accipit restituat alteri. Ceterum si accipientis utilitas versetur et nulla versetur ex parte dantis, ut in commodato, tantum abest ut dolus duntaxat præstetur, ut plus etiam præstetur quam in his quibus utriusque utilitas vertitur, id est, præter culpam diligentia et custodia exactissima. Sed et contractus quidam sunt in quibus nulla est utilitas accipientis, suscipientis, administrantis, et is tamen sicut commodatarius culpam et diligentiam præstat, veluti gestor, tutor, procurator, propriis quibusdam rationibus, quia gestor ultro suscipit negotia absentis, et tutori committuntur negotia pupilli qui rem suam tueri non potest, et procuratori negotia mandatoris, quæ officia sunt amicitiæ in hac vitæ societate pernecessaria, quæ qui non gesserit strenue et diligenter, non potest non juste damnari. Et hi quatuor contractus, quantum opinor, significantur in *l. contractus, ff. de reg. jur.* his verbis, In his quidam et diligentiam: male Flor. *In his quidem et diligentiam.*

Qui margarita Titio pignori dederat, filium hæredem instituit, et filiam exhæredavit: deinde ita cavit, Te Titi rogo, fideique tuæ committo

uti margarita quæ tibi pignori dedi, vendas: et deducto omni debito tuo, quod amplius erit, id omne filiæ meæ restituas. Ex ea scriptura filiam a fratre fideicommissum petere posse, ut is actiones suas adversus debitorem ei præstaret. Hoc enim casu eum, qui creditor fuisset, debitorem intelligendum, ejus scilicet, quod pretium pignoris summam debiti excedat. Non autem mirandum si cum alius rogatus sit, alius fideicommisso obstringatur. Nam et cum in testamento ita scribatur, Te Titi rogo, ut acceptis centum, illum servum manumittas, vel Sempronio quid præstes: parum quidem apte scribi, verum æqui intelligendum hæredis fideicommissum, ut pecuniam Titio præstet: ideoque et ipsum Titium cum hærede acturum; et libertatem servo, vel Sempronio quod rogatus sit præstare cogendum.

Hæc cum scripsit Africanus, forte nondum rescripto D. Pii definitum erat, a debitore fideicommissum relinqui posse, *l. cum pater*, §. *qui dotale*, *tit. seq.* Nam si a debitore fideicommissum jure relinquitur, et fideicommissi petitio in eum est, *l. si pecunia*, *sup. hoc tit. l. cum quis*, §. *pater*, *inf. lib.* 3. De depositario id rescripsit primum D. Pius, sed porrectum interpretatione est ad omnem debitorem. Ante rescriptum D. Pii, a debitore relicto fideicommisso, non erat in debitorem fideicommissa actio, sed, ut hoc loco proponitur, in hæredem, ut is scilicet adversus debitorem cederet actiones: namque novum aut mirum hoc nemini erat ut alius quam qui rogatus esset fideicommisso obstringeretur, cum et e contrario sæpe alius haberet actionem, quam cui testator dari jussisset, *l. servo legato*, §. *si testator*, *sup. hoc tit. l.* 11. §. *interdum*, *inf. lib.* 3. Et in priori quidem specie ab Africano proposita is, qui rogatus est, nempe Titius creditor hypothecarius, quem debitor rogavit ut hypothecam venderet, et hyperocham filiæ exhæredatæ restitueret, fideicommisso non est obstrictus, nisi post constitutionem D. Pii, hæres qui rogatus non est fideicommisso obstringitur. In posteriori autem specie nemo rogatus est, et hæres tamen qui rogatus non est, fideicommisso tenetur, ut *l. peto*, *l. miles*, *tit. seq. l.* 11. §. *cum esset*, *de leg.* 3. In utraque hæres rogatus intelligitur, licet rogatus non sit, et in specie quoque *l. ea quam*, *C. de fideic.* quam quasi contrariam opponit Accursius, hæredes legitimi rogati intelliguntur, quoniam generaliter mortua filia adoptiva intra pubertatem, sive quæsita, sive non quæsita hæreditate, declaraverat testator velle se hæreditatem certis personis restitui. Restitui igitur, vel ab hæredibus filiæ quæsita hæreditate, vel a suis legitimis hæredibus, non quæsita hæreditate. Quod dixi a debitore hodie fideicommissum relinqui recte, ei male opponitur *l. cum pater*, §. *qui dotale*, *tit. seq.* quia in ea specie emptor prædii dotalis debitor testatoris non fuit. Solverat enim ei omne pretium: In priori autem specie hujus §. daremus hodie etiam in Titium actionem fideicommissi, quia et si vendiderit pignus post mortem testatoris, tamen origo contractus a testatore cœpit, et ideo debitor superflui hæreditarius fuisse intelligitur, a quo noluerit testator hæredem petere superfluum, quod illum quoque non filio suo hæredi instituto, sed filiæ exhæredatæ restituere testator voluit. An igitur hodie eliget is cui a debitore fideicommissum relictum est, ut vel in debitorem agat, qui rogatus est, vel in hæredem, qui rogatus non est? Sic videtur, *d. l. cum quis*, §. *pater*.

Avidius filii sui fideicommisit, ut certam pecuniam quatuor libertis suis mutuam daret, et usuras leviores taxaverat. Placuit hoc fideicommissum utile totum esse.

Totum, id est, Non tantum credendæ pecuniæ fideicommissum (nam ut stipulatione, et pacto necessitate obstringi possumus credendæ pecuniæ, *l. si pœnam*, *ff. de verb. obl. l. si tibi pec. ff. de reb. cred.* ita et fideicommisso) sed etiam credendæ sub usuris levioribus, id est trientibus: et additur *l.* 11. §. *hæres*, *inf. lib.* 3. admitti fideicommissarium etiamsi hæredi non satisdet, quod unum exemplum plenius acceptæ voluntatis testatoris addi velim ad *l.* 12. *ff. de reg. jur.* Explicita vero tandem est lex 108. *de leg.* 1. Transgrediamur ad *l.* 4. *de do. præleg.*

Ad L. Cum vulgari 4. de dote præl.

Cum vulgari modo dies legatorum profertur, nihil eam rem ad dotis relegationem pertinere ait, quia suum diem habeat.

Vulgaris modus proferendæ diei legatorum hic est. Quas pecunias legavi, quibus dies appositus non est, eas hæres meus annua bima trima die dato. Vulgaris clausula dicitur in *l. talis, De leg.* 1. cujus formula satis demonstrat non pertinere eam ad ea legata quibus dies appositus est. Est autem dies appositus his quæ nominatim testator præsentia dari jussit. Aliud enim est purum, aliud præsens legatum. Purum diem proprium non habet, et continetur vulgari clausula. Præsens diem proprium habet, id est præsentem diem, et ideo vulgari clausula non continetur ex Servii et Labeonis sententia, *d. l. talis.* Alpheno aliud judicium fuit, sed reprehenditur in *l.* 2. *Titio*, *de leg.* 2. in qua, ut Observationum VII. docui, ita legendum est, *Non est verum quod Alphenus retulit C. præsenti non deberi.* Existimabat enim centum

deberi annua bima trima die ex vulgari clausula, non præsenti die. Sed non potest hoc legatum ea clausula contineri, cum diem proprium habeat. Præsenti scriptum est absolute in *d. l. Titio*, ut in *l.* 1. §. *si legata, D. Si cui plusquam per leg. Fal. l.* 11. *D. de cond. et dem.* et initio *d. l. Titio*, præsens dato, id est, repræsentato, sive in præsenti dato. Eadem vero ratione non pertinet ea clausula ad relegationem dotis, ut Africanus refert hoc loco, quia dotis legatum suum diem habet, id est præsentem diem, neque vero alia ratione legatum dotis consistit, quam propter commodum repræsentationis, quia non tam dos videtur legari, quam commodum repræsentationis, ut scilicet præsenti die detur, quæ alioquin ex 12. tab. danda foret annua, bima, trima die: et inde forsitan prælegati nomen in hoc titulo De dote prælegata, ut est in Pandectis Flor. quia veluti ad manum præsens dos datur, vel potius eadem ratione qua relegari, et prælegari dicitur, quia sua quodammodo ei res legatur, et redditur potius quam datur, *l. cum pater*, §. *filiæ*, *De leg.* 2. *l.* 2. §. *mulier, hoc tit.* Auctores sane βασιλικῶν videntur legisse *De dote relegata*, ut est in Pand. Noricis περὶ προικὸς ἀντιλεγατευθείσης, quia idem est sensus sive relegatam dixeris sive prælegatam: et eadem ratione dicitur filiæ dos prælegari, auctore Stephano, ut dixi Obs. 4. c. 25. et peculium servo vel filio, et obligatio debitori, vel etiam creditori, *l. pen.* §. *ult. D. de alim leg.* Alias prælegatum est, quod præcipui jure hæredi relinquitur, quod pro parte cohæredis tantum capitur jure legati. Alias quod prima parte testamenti relictum est, *l. Titia*, §. *Seja, de leg.* 2. *l. uxorem*, §. 1. *de leg.* 3. Relegationem autem et prælegationem dicunt sæpe auctores nostri pro legato et prælegato, legationem numquam pro legato. Boetius tamen ita loquitur sæpe in Topicis Ciceronis, et nove Delegatum pro Legato Egesippus, 2. *Salome delegatum servavit.* Sequitur *l.* 5. *ff. de opt. leg.* cujus quæstio pendet ex *l.* 4. *eod. tit.* Optio servi vel scyphi vel cujus alterius rei, actus est legitimus, *l.* 77. *de reg. jur.* quia fit solemniter hærede præsente, et ideo ante aditam hæreditatem non fit, *l.* 10. *de leg.* 1. et si optio servi legata sit, publice exhibita omnia familia, si optio scyphi omnibus scyphis exhibitis, qui in bonis defuncti fuerunt, *l.* 3. §. *item si optare, ad exh. l. si vendidero*, §. *si ad exhibendum*, *de furt.* et certis (ut opinor) verbis testibusque præsentibus, et interdum prætore diem decernente quo optetur, sicut et ad adeundum, qui alius est actus legitimus, diem præstituere solet, *l.* 6. *l. si optio, hoc tit.* et ut filiusfam. non adit sine jussu patris, ita nec optat sine jussu patris *d. l.* 10. Utraque fit semel, *l.* 5. *in princ. de leg.* 1. *l. si solus*, §. *ult. de adq. hær.* Seneca 24. Cont. *Non oportet tibi amplius optare, quam semel, omnis nimia potentia saluberrime brevitate constringitur.* Utraque fit pure, non in diem, vel sub condicione, *d. l.* 77. Et ut resumam quod dixi ante, si legata sit optio scyphi, non recte fit optio nisi omnes exhibiti sint. Itaque si non exhibitis omnibus, legatarius elegerit existimans eos duntaxat, qui exhiberentur in bonis fuisse defuncti, integra ei optio manet. Sciens consumit optionem, si ex eis duntaxat voluerit eligere. Et hoc cum esset relatum in *l.* 4. *h. tit.* subjecta sententia hæc Africani est: *Nec solum si fraude hæredis, sed etiam si alia qualibet causa id evenerit.* Qua significatur integram legatario optionem esse non tantum si fraude hæredis scyphi quidam suppressi sint, sed etiam si alio quolibet casu id evenerit. Et sic integra est optio, quamvis fraude hæredis omnes scyphi exhibiti non sint, ergo non erit in hæredem de dolo actio, quæ tamen erit in specie *l. si quis adfirmavit*, §. 1. *De dolo*, cum familia omni exhibita legatario persuasit hæres dolo malo, vel quis alius, ut optaret servum aliquem, quasi melior eo in familia non esset. Sequitur *l.* 16. *de pec. leg.*

Ad L. Stichus 16. *de pecul. leg.*

Stichus habet in peculio Pamphilum: hunc dominus noxali judicio defendit: et damnatus litis æstimationem solvit. Deinde Stichum testamento manumisit, eique peculium legavit. Quæsitum est, an quod Pamphili nomine præstitum esset, ex peculio, vel ipsius Pamphili, vel Stichi deducendum sit. Respondit, Pamphili quidem de peculio utique deducendum quantacunque ea summa esset, id est, etiam si eum noxæ dedere expedisset. Quicquid enim pro capite servi præstitum sit, in eo debitorem eum domini constitui. Quod si Pamphili peculium non sufficiat, tunc ex peculio Stichi non ultra pretium Pamphili deduci debere. Quæsitum est, si ex alia qua causa Pamphilus pecuniam domino debuisset, nec ea ex peculio ejus servari posset, an usque ad pretium ejus ex peculio Stichi possit deducere: negavit. Neque enim simile id superiori esse. Ibi enim propterea pretium vicarii deducendum, quod eo nomine ipse Stichus ob defensionem vicarii sui domino debitor constituatur. At in proposito, quia Stichus nihil debeat, ex ejus peculio nihil esse deducendum, sed ex Pamphili duntaxat, qui certe ipse in suo peculio esse intelligi non potest.

Servus debet domino litis æstimationem, quam dominus præstitit noxali judicio conventus, ne ser-

vum noxæ dederet, quantacunque ea æstimatio st, id est, etiamsi longe major sit servi pretio, ut se-vum dedi utilius fuerit. Nam utilius quidem domino hoc fuerit, sed non servo, cui nulla tanti st summa quanti sua sibi salus: ideoque quod a datur, pro capite servi dari dicitur, ne scilicet e-periatur servitutem ejus cui noxam commisit. Na miserum est dedi ei cui facta noxa est. Alias po capite, id est, ut manumittatur: (Nam manumsione incipit caput habere) hic pro capite, id et ut noxæ deditione liberetur, et ne sit alterius qua cujus nunc est, ne duriorem servitutem experiatu ne mutet caput. Nam noxæ deditio in persona se vili veluti capitis deminutio est: et manumissi etiam interdum pro capitis deminutione habetur *l. ult. C. de usufr.* quod satis novum plerisqu videri possit, quia vulgo dicitur, servum nullun caput habere. Sed et illud dicitur, Noxam capu sequi: et superius, Servum nullum caput habere, ita a Paulo exprimitur, Servile caput nullum jus habere. Sed ad rem. Dixi servum domino debere, quod dominus pro capite ejus solvit, id est, ne noxæ dederetur, quantum id cumque tandem sit, quia scilicet rem servi gessit sufferendo litis æstimationem. At dicet forte quidam, imo rem suam potius egit dominus, qui litis æstimationem præstitit, ne servi dominio careret. Quod equidem negaverim hac ratione, quia ex noxali causa servus tenetur principaliter. Servi ergo negotium gestum est principaliter præstita litis æstimatione. Nam et eadem ratione si se ipse servus vulneraverit, quia vulnus quod ipse intulit sibi, curare etiam ipse debuit potius quam dominus, in id quod in eo curando dominus impenderit, merito domino debitor constituitur, qui tamen non esset debitor, si febri laborantem eum curasset dominus, *l.* 9. §. *sed ipse servus, D. de pec.* hoc enim posteriore casu rem suam gessisset potius quam servi. Ex his pendet ratio responsi primi ad quæstionem primam Africani, quæ est hujusmodi: Sticho manumisso in testamento dominus legavit peculium, in quo erat inter ceteras res Pamphilus servus vicarius Stichi, et Pamphili peculium, propter quem jam ante dominus noxali judicio conventus solverat litis æstimationem. An hoc, quod defunctus solvit propter noxam Pamphili, hæres deducere potest ex peculio Pamphili, vel ex peculio Stichi? Et pro comperto quidem illud habet, ex peculio Pamphili deduci quantacumque summa sit ea, quæ ne is noxæ dederetur a domino præstita est, quasi eam omnem debuerit domino Pamphilus, et peculium computetur semper deducto eo, quod domino debetur, vel conservis liberisve domini. Sed si Pamphilus peculium non habeat, vel si peculium ejus non sufficiat solutæ æstimationi, ait quanti est Pamphilus servus vicarius, non ultra, deduci ex peculio Stichi servi ordinarii. Non ergo deduci quod vicarius debet, Alioquin integra litis æstimatio, quæ vicarii nomine præstita est, deduceretur. Sed non potest ex peculio ordinarii deduci quod vicarius debet, *l. si servus meus, D. de pec.* Et vero id etiam (ut dixi) non ait deduci, sed quod eodem nomine ordinarius domino debet, propterea quod ei defendit dominus, et conservavit servum peculiarem. Id vero non excedit pretium servi peculiaris: Et ideo nec ultra pretium ejus ex peculio servi ordinarii deduci ait, quia nec ultra debere domino servus ordinarius intelligitur: idque facta comparatione juris civilis intelligi potest. Qua enim ratione quoque modo liber homo mihi obligatur civiliter, si servum ejus ultro defendero in noxali causa, eodem mihi servus meus obligatur naturaliter, si æque servum servi mei, id est vicarium, id noxali causa defendero. Tenetur autem mihi liber homo negotiorum gestorum in integram æstimationem litis quam exsolvi, si servum noxæ dedere non expedisset, vel etiam si expedisset, usque in pretium servi, quasi eatenus duntaxat meo negotio gesto. Et ita accipio *l. qui servum, D. de neg. gest.* quæ adjicit non esse in dominum de peculio actionem, quia scilicet dominus ipse ex ea causa debitor est principalis, non servus. Secunda quæstio Africani primæ conjuncta est, Si qua alia ex causa pecuniam domino Pamphilus debeat, ut si mutuam pecuniam a domino acceperit, vel si quid ei subripuerit, et peculium Pamphili non sufficiat, an usque ad pretium ejus de peculio Stichi deduci possit. Et recte negat posse, quia ex his causis nihil domino debet Stichus, et id tantum quod Stichus debet, non etiam id quod Pamphilus debet, ex peculio Stichi deduci potest, Sed ex Pamphili, inquit, duntaxat peculio deducendum, qui certe ipse in suo peculio esse intelligi non potest: quibus verbis hoc significatur, si nihil sit in peculio Pamphili, nihil deduci posse: nec posse igitur deduci de Pamphilo quod Pamphilus debet: quod et lib. 8. Quæstionum repetitur, *l. deposui*, §. *Stichus D. de pec.* Nemo est in peculio suo, ut nemo est in patrimonio suo, nemo dominus sui ipsius. Liber homo sui juris est, suæ potestatis, non tamen in bonis suis, vel dominus membrorum suorum. Sequuntur aliæ quæstiones de lege Falcidia in *l.* 88. *ad leg. Falcid.*

Ad L. Qui quadringenta 88. *ad leg. Falcid.*

Qui quadringenta habebat, trecenta legavit: deinde fundum tibi dignum c. aureis, sub hac conditione legavit, si legi Falcidiæ in testamento locus non esset. Quæritur quid juris est. Dixi τῶν ἀπόρων *hanc quæstionem esse, qui tracta-*

tus apud dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur. Etenim quidquid constituerimus verum esse, falsum reperietur. Namque si legatum tibi datum valere dicamus, legi Falcidiæ locus erit: ideoque deficiente condicione non debebitur. Rursus si, quia condicio deficiat, legatum valiturum non sit: legi falcidiæ locus non erit. Porro si legi locus non sit existente condicione, legatum tibi debebitur. Cum autem voluntatem testatoris eam fuisse appareat, ut propter tuum legatum ceterorum legata minui nollet: magis est ut statuere debeamus tui legati condicionem defecisse. Quid ergo dicemus si ducenta legavit, et tibi similiter sub eadem condicione ducenta legata esse proponantur? Nam aut extitisse aut defecisse legati tui condicionem, ut aut totum aut nihil tibi debeatur, et iniquum et contra voluntatem testatoris existimabitur. Rursus partem deberi, rationi non congruit, quando necesse est, totius legati condicionem vel extitisse vel defecisse: ergo per exceptionem doli mali tota res temperanda erit. Quare cum quis tale quid consequi velit, sic consequetur: Si quo amplius legavi vel legavero, quam per legem Falcidiam licebit, tum quantum ad supplendum quadrantem deduci oportet ex eo legato quod Titio dedi, hæres meus damnas esto dare.

Duæ sunt quæstiones. Priorem cujus propositio apertissima est, ait τον ἀπόρων quæstionem esse, id est ex genere earum quæ difficiles explicatu sunt, et quibus vix respondere possumus quin hæreamus in captione. Qui tractatus (inquit) apud Dialecticos ψευδομένου dicitur. Apud Dialecticos, id est apud Stoicos, ad quos multæ captiones referuntur. Sunt autem ex eis duæ præcipuæ, Pseudomenos et Sorites, quia difficiliores explicatu, ut has tantum duas plerumque auctores etiam commemorent. Cicero in Hortensio: *Tum pseudomenon et soritam, et totam dialecticam aut illudis aut increpas*: et in Lucullo: *De sorite aut pseudomeno quas plagas ipsi contra se Stoici texuerunt.* Augustinus contra Acad. *Inde pseudomeni et soritæ in illius causæ patrocinio viguerunt*: Hieronymus in Ruffinum: *Soritarum gradus, pseudomeni argutias*: et in Amos: *Eutychius et Eunomius syllogismis et enthymematibus, imo sophismatibus et pseudomenis atque σωρείταις roborare conantur.* Et Jurisconsultis nostris hæc etiam duo tantum sophismata demonstrare placuit. Pseudomenon hoc in loco pereleganter: Soritam in *l. 177. de verb. sig.* *l. 65. de reg. jur.* præclara definitione, ut sit cavillatio, quæ ab evidenter veris, per brevissimas mutationes disputationem ad ea quæ evidenter falsa sunt, perducit. Ex falsis veri concludi possunt, verbi gratia: Omne prædium in jure consistit, omnis servitus est prædium, ergo omnis servitus in jure consistit. Contra ex veris falsa concludi non posunt, quod tamen Sorites efficere conatur per brevissimas mutationes, per structas scilicet gradum et minutatim vaferrimas interrogationes: verbi causa: Tres oves, pauciores ne sunt quam ut gregem faciant? Sic sane. Quid vero, an et quatuor? Ita. An quinque? Ita. Sed si addidero unam, an tum erit grex? Minime. Si alteram? Ne tunc quidem. Si rursus alteram? Etiam non erit grex. Et si alteram demum? Etiam grex nondum erit. Et ad extremum igitur alia addita, ut sint decem, nondum erit grex. His brevibus interrogatiunculis, et quasi punctis, conclusione falsa a vero nascens mendacium adstruitur: et simile est illud Zenonis apud Laertium: οὐχὶ τὰ μὲν δύο, ὀλίγα ἐστὶ, etc. quod tamen ἐγκεκαλυμμένον esse ait, cum Soritæ potius certissimum exemplum sit: et sane illo loco (quantum opinor) mutilus est Laertius exemplo ἐγκεκαλυμμένου et διαλεληθότος: Et quæ: οὔτιδος traditur mox ibidem definitio, ut sit λόγος ἐξ ἀορίστου καὶ ὡρισμένου συνεστώς, κερατίδος est potius: verbi causa, Qui hic est, is non est Romæ, homo hic est, homo igitur non est Romæ. Nam et in Indice librorum Chrysippi alii sunt περὶ οὔτιδος, alii περὶ τοῦ ἐξ ἀορίστου καὶ ὡρισμένου λόγου. Et tam οὔτιδος Eustathius, quam ἐγκεκαλυμμένου longe veriorem rationem Lucianus tradit. Dari et Soritæ potest exemplum tale: Hæres estne successor? Certe. Quid vero? nonne et legatarius est successor? Admodum. Titius autem est legatarius. Sic sane. Et successor igitur. Recte. Denique et hæres, quia successor. Perducitur hoc genere disputatio ab evidenter veris ad evidenter falsa. Et recte, Disputatio in *d. l. 177. et* 65. Nam interrogationibus et responsionibus perficitur lege dialectica (est enim dialectica ἐρωτηματικὴ, ut ait Aristoteles) et auctore Cicerone adversa disputationi perpetua oratio est. Sed de Sorite satis. Redeo ad Pseudomenon, quod verum esse Stoicorum Africanus ait: sed et ἀπόρων appellatio, Stoicorum es, ut libri demonstrant Chrysippi, περὶ τῶν ἀπόρων διαλεκτικῶν λόγων, et quidem generalis. Nam et Soritam complectitur, et Pseudomenon, et Crocodillum, et Electram, et διαλανθάνοντα, ἐγκεκαλυμμένον, κερατίνην, φαλακρὸν, θερίζοντα, κυριεύοντα, οὔτιδα. Laertius in Zenone Cittiæo: καὶ ἄποροι δέ τινές εἰσι λόγοι ἐγκεκαλυμμένοι, καὶ διαλεληθότες καὶ σωρεῖται καὶ κερατίδες, καὶ οὔτιδες. Lucianus Lapithis, τῶν ἀπόρων τὶ κερατίνην, ἢ σωρείτην, ἢ θερίζοντα λόγον. Quæstio igitur quæ proponitur ab Africano generaliter τῶν ἀπόρων quæstio est, proprie et specialiter ad tractatum Pseudomeni pertinet. Sic enim accipienda sunt hæc verba. Qui tractatus apud Dialecticos τοῦ ψευδομένου dicitur. Nec enim tra-

clatus omnis inexplicabilium sive τον ἀπόρων, Pseudomeni dicitur, sed is tantum specialiter ad quem pertinet ea quæstio. Qua de causa recte id ita redditum est in Basilicis, ἡ τοιάυτη ζήτησις, τον ἀπόρων λέγεται, ἤγουν παρὰ τοῖς διαλεκτικοῖς τον ψευδόμενων. Est autem ψευδόμενος λόγος, cui utrumvis respondeas, id est, sive ajas sive neges, id statim fasum reperitur. Ut si quæratur, an parendum sit rescripto principis sine subscriptione, quo vetat parere nos rescriptis sine subscriptione, quidquid responderis falsum reperietur. Nam sive dixeris ei rescripto parendum esse, colligetur non esse parendum, quod sit sine subscriptione, sive dixeris non esse parendum, colligetur esse parendum, quod omissa subscriptio nihil noceat. Et ita in quæstione hoc loco proposita, si is qui CCCC. habet in bonis, CCC. legaverit, deinde Titio centum sub condicione, Si legi Falcidiæ locus non esset, et quæratur debeatur necne legatum quod Titio relictum est, sive dixeris deberi, sequetur non deberi, quod legi Falcidiæ locus sit: sive non deberi, sequetur deberi, quod legi Falcidiæ locus non sit, id est, quod condicio legati extiterit. Sed explicat rem omnem voluntas defuncti, quem utique apparet noluisse ceterorum legata per legem Falcidiam minui propter legatum Titii, id est, ceteris omnino præstari integra CCC. Titio C. ita demum si lex Falcidia pateretur, vel nihil si id lex non pateretur: et priori quæsito etiam manifesta est voluntas principis, ut deinceps rescriptis non pareatur sine subscriptione. Huic igitur modo rescripto tamen ut pareatur, etiamsi non habeat subscriptionem quæstoris aut principis. Pseudomeno autem opinor esse nomen a mentiente primum in interrogationem adsumpto in hunc modum: An mentitur qui mentiri se dicit? cui si respondeas mentiri, colligam statim non mentiri, quod vere dixerit se mentiri. Rursus si respondeas non mentiri, colligam statim mentiri, quod falso dixerit se mentiri: et ita cavillationes aliæ pleræque nomen accipiunt ab eo quod initio dum excogitatæ sunt, in assumptionem venit, ut ἐγκεκαλυμμένος, quod adsumatur pater coopertus, hoc modo: An nosti patrem tuum? Novi. An hunc nosti qui linteo coopertus est? Non novi. Atquin hic pater tuus est. Patrem igitur tuum non nosti: Eadem (ut opinor) ratio διαλεληθότος: eadem certe Cornutæ interrogationis, quam ita formari docent, An quod non perdidisti habes? Incautus respondebis, Habeo: et rursus interrogatus, An cornua unquam perdideris? eadem simplicitate respondebis te cornua non perdidisse. Atque ibi mox tibi cornua crescere incipient, inferente altero, Ergo cornua habes. Eadem ratio οὔτιδος cavillationis ex Homero sumptæ et conflatæ ex conjunctione et disjunctione. Nam interrogatus Polyphemus cui Ulysses antequam ei effoderet oculum, persuaserat se οὖτιν nominari, μή τίς αὐτὸν κτείνῃ δόλῳ ἢ βίῃ, respondet, Οὖτις με κτείνει δόλῳ οὐδὲ βίῃ, ex quo colligunt qui οὖτις accipiunt distincte, Nemo igitur cæcavit te vi vel dolo, quod tamen Polyphemus accipiebat conjunctim pro nomine proprio, et Οὖτιν se quidem excæcasse ajebat, non vi sed dolo. Eadem quoque ratio nominis Electræ, quod docendi causa sumatur Electra, quæ simul Orestem noverit et non noverit, id est, quæ suum quidem esse fratrem Orestem noverit, Orestem fratrem suum esse eum cum quo sermones cedat non noverit in tragœdia Sophoclis. Achilles etiam ille, quo Zeno Eleates tollebat motum, ab adsumptione hujusmodi nomen accepit, An Achilles currendo testudinem adsequi potest? Admodum. Atquin si motus est, Achilles testudinem non adsequetur: non est igitur motus. Aristoteles et Laertius Zenoni tribuunt: Phavorinus Parmenidi. Et similiter Pseudomeno, quia in scholis Dialecticorum docendi causa sumitur is qui mentitur, id quoque est ex genere sumptionis nomen, de quo tantum librorum compositum esse, quod Seneca ait, verum esse comprobat Index librorum Chrysippi, in quo sunt Περὶ τῆς τοῦ ψευδομένου λύσεως libri tres, Πρὸς τοὺς διὰ τομῆς διαλύοντας τον ψευδόμενον lib. 2. et Λόγοι ψευδόμενοι πρὸς εἰσαγωγὴν, et alius, Περὶ τῆς εἰς τον ψευδόμενον εἰσαγωγῆς, et alius, Πρὸς τοὺς φάσκοντας τὰ λήμματα ἔχειν ψευδῆ τον ψευδόμενον λόγον. Theoprasti autem lib. 3. Περὶ ψευδομένου, forsitan non de ea cavillatione fuerunt, sed de quacunque oratione falsa, quo sensu etiam Aristoteles 6. Ethic. ἔτι ὁ σοφιστικὸς λόγος ψευδόμενος, ἀπορία. Nam neque de Sorite neque de pseudomeno Stoico quidquam scribere potuit Aristoteles, Stoici cum nondum fuissent. Et de priori quæstione hactenus. Huic posterior similis est, Si is qui CCCC. habet in bonis, CC. pure legaverit, et Titio similiter CC. sub condicione si legi Falcidiæ locus non esset, an Titio debeatur legatum. Nam si deberi dixeris, tum sequitur quasi deficiente condicione ut nihil debeatur, si autem non deberi, tunc sequitur quasi existente condicione ut totum debeatur. Nec enim scindi unum idemque legatum potest ut pro parte valeat, pro parte non valeat. Et hoc est quod ait, Rursus partem deberi, rationi non congruit, ubi recte Accursius, Rationi strictæ. Nam æquitate exceptionis doli mali hoc consequetur hæres, ut C. duntaxat Titius accipiat jure legati: et ita juris ratio, quam et ibi Græci ἀκρίβειαν interpretantur, opponitur æquitati vel utilitati in *l.* 1. §. *si ego*, *Si pars hær. pet. l. nulla*, *de legib.* Sic vero implebitur voluntas defuncti. Nam et ceterorum legata non minuentur,

et ex legato Titii solo retinebitur Falcidia : neque vero voluntas hæc refragatur legi Falcidiæ. Nam oneri est Titio tantum, ex cujus legato plena quarta detrahitur, non hæredi : et exprimetur evidentius, ac procul ambage omni, etiam Titio pure relicto legato, si (ut docet Africanus) ita caverit testator, Si quo amplius legavi, etc. Sicut e contrario si legatum integrum Titio dari velit, et ex ceterorum legatis plenam Falcidiam detrahi, ita cavere debet, ut quanto minus Titius per legem Falcidiam capere poterit, tanto amplius ei hæres dare damnetur, *l. si in testamento, hoc tit.* quam speciem et huic loco perperam apponunt, qui legunt, Si quo amplius Titio legavi, etc. quique nolunt sicilicum addi ad verbum Oportet. Sequitur tertia quæstio in hæc verba :

Qui ducenta in bonis relinquebat, legavit mihi centum præsenti die : tibi æque centum sub condicione. Post aliquantum temporis extitit condicio, ita tamen ut ex reditu ejus summæ quæ tibi relicta est, non amplius quam vigintiquinque reciperet. Legis Falcidiæ ratio ita habenda erit hæredi, ut vigintiquinque conferre ei debeamus, et amplius fructus quinquaginta medii temporis, qui verbi gratia, efficient quinque. Cum igitur triginta sint conferenda, quidam putant quina dena ab utroque nostrum conferenda esse : quod minime verum est. Licet enim eamdem quantitatem acceperimus, manifestum tamen est, aliquanto uberius esse meum legatum. Quare statuendum erit, tanto minus in tuo legato esse, quantum ex fructibus ejus hæres perceperit. Secundum quod in proposita specie computationem ita iniri oportet, ut ex septem partibus ego quatuor, tu tres conferamus. Quoniam quidem quarta pars amplius in meo, quam in tuo legato est.

Quæstio est de quarta Falcidia hæredi conficienda legatariorum contributione pro rata. Finge : Qui CC. relinquebat in bonis, legavit mihi pure C. tibi similiter C. sub condicione, si Titius Consul fieret. Medio tempore antequam existeret condicio legati tibi relicti, hæres ex usuris pecuniæ tibi legatæ redegit XXV. Ex reditu enim id est, Ex usuris, ut *l. Titius, D. de præscript. verb.* quod paulo inferius, ex fructibus. Hæc vero XXV. hæres imputat in Falcidiam quasi judicio defuncti et jure hæreditario percepta. Nam et generaliter verum est, fructus, vel partus, vel usuras legatorum in diem vel sub condicione relictorum, ante diem legatorum ab hærede perceptos, in quartam et quartæ fructus imputari, in quartam (inquam) bonorum quæ mortis tempore fuerunt, et imputari ex die mortis in diem legatorum, *l. 15. §. fructus, l. 24. §. 1. hoc tit.* Nec obstat *l. 30. §. 1. et l. 73. §. 1. eod.* quoniam non loquuntur de fructibus legatorum, sed de fructibus aliarum rerum quæ non sunt in legati causa, vel de partubus ancillarum non legatarum, quos quidem fructus certe constat in hæreditatem vel in Falcidiam non imputari, nisi tempore mortis maturi fuerint, quia hoc casu pars fundi esse videntur, et hoc distant a partubus, qui pars ancilla esse non videntur, atque ideo etiamsi in utero fierint mortis tempore, non augent hæreditatem, *l. 9. hoc. tit.* ergo sive concepti sint mortis tempore, sive postea, hæredi non imputantur in Falcidiam. At per contrarium partus ancillarum legatarum in diem vel sub condicione interim editi, vel fructus prædiorum, vel usuræ pecuniarum, vel operæ servorum legatorum, hæredi in Falcidiam et Falcidiæ fructus imputantur indistincte. Citatur perperam in hanc rem *l. 36. §. si incertum hoc tit.* Neque enim dicit operas servi legati imputari in Falcidiam, neque eorum quidquam quæ interpretes comminiscuntur. Sed animadvertendum est in ea tractatione cœpta a *l. 35.* Paulum varias species commiscere, primum de servo solo legato et fideicommissaria libertate donato, tum de pecunia legata et legatario rogato servum suum manumittere, deinde de legatario rogato alienum manumittere, post de hærede rogato servum suum manumittere, et post hæc omnia rursus eum resumere primam speciem de servo solo legato et fideicommissaria libertate donato, et adjicere quid juris sit, si non solus legatus? et quid si in diem vel sub condicione ei fideicommissaria libertas relicta sit, vel quid si etiam directa? Nam nihil vetat ita testamento scribi, Stichus post triennium liber esto, Stichum Titio do lego, ut scilicet Titii sit quoad Sticho obtigerit libertas, *l. 5. 6. §. is qui in bonis, in fi. hoc tit.* et verbum Competere in *d. l. 36.* sane ad directam libertatem pertinet, verbum Deberi ad fideicommissariam. Huic vero quæstioni postremæ Paulus non respondet palam, sed abrupte, obscure, concise, more suo, non admitti interim Falcidiam in servo vel in servi pretio, ac deinde cum libertas competere vel deberi cœperit, tunc legatarium illam partem recipere quam Falcidia detraxerit, sed admitti in eo quod ex operis servi interim legatarius acquirere potest, nihilque legatarium recipere quandoque servo liberato, ut *d. §. is qui in bonis*, quod Paulus comprobat resumpta specie illa quam attigerat ante, de hærede rogato servum suum manumittere, ubi in ponenda ratione legis Falcidiæ dixerat, ejus servi pretium ante omnia bonis esse deducendum æris alieni loco, et nunc adjicit ex Cæcilii sententia, Si servum suum hæres rogatus sit manumittere in die vel sub condicione, pretium

ejus hæredem non deducere bonis defuncti, sed in pretium imputare quod interim ex operis ejus acquisierit. Quod igitur in hac specie Cæcilio placet, id ejus exemplo sentit Paulus et in illa procedere de servo legato et donato fideicommissaria libertate in tempus vel sub condicione, ut ex operis ejus Falcidia sarciatur hæredi, quemadmodum pretium, hærede rogato servum manumittere. Et his congruenter additur statim in *l.* 37. Ejus servi, id est, servi hæredis, quem hæres ipse rogatus est manumittere post tempus, vel sub condicione, pretium fieri atque deduci antequam ponatur ratio legis Falcidiæ, perinde atque servi testatoris cui directo in diem, vel sub condicione data sit libertas, id est statuliberi. Et sequitur ampliatio, ut pretium etiam deducatur servi alieni, quem hæres rogatus sit manumittere. Ex his perspicua est stultitia colligentis ex *d. l.* 56. §. *si incertum*, operas servi legati in diem vel sub condicione hæredi in Falcidiam imputari, quod tamen verissimum est, vel etiam legatarium, qui jam servi partem contulit hæredi Falcidiæ nomine, libertate competente operas in eam partem imputare, quod falsissimum, perspicua stultitia confodientis in eo hæc duo verba, Nunquid et Hæres: perspicua emendantis in *d.* §. *is qui bonis*, Aut ejus proprietatem: ut contra perspicua felicitas in *d.* §. *fructus* reponentis pro Relictos, Relictorum: quam mutationem præter Latinos quosdam libros, etiam Græci admittunt, in quibus ita est, Οἱ καρποὶ τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντος ἀγροῦ. Ceterum, ut ad rem redeam, ad hæc si quæratur cur fructus aliarum rerum, quæ legatæ non sunt, hæredi in Falcidiam non imputentur, dicam, quia in hæreditate non fuerunt mortis tempore. Cur fructus legatarum rerum imputentur, vel quæ vice fructuum sunt, dicam, quia tanto minus videtur legatum, sive erogatum ex bonis quantum pendente die vel condicione hæres capit, *l.* 11. *l.* 66. *l. in quantitate*, §. *in diem*, *hoc tit.* quæ ratio fundamentum est quæstionis propositæ in hoc §. Hæres (ut dixi) imputat in Falcidiam interusurium medii temporis, id est XXV. et post existentem condicionem legati desiderat adhuc a legatariis conferri sibi alia XXV. quartæ supplendæ causa, et totius quartæ fructus, qui verbi gratia efficiunt quinque. Denique desiderat conferri sibi XXX. An XXX. ego et tu conferremus æqualiter, quia utrique nostrum æqualis quantitas legata est? Minime, quia certe inæqualia sunt legata. Meum uberius ex quo nihil decerpsit hæres, tuum eo minus, quod pendente condicione ex usuris summæ tibi legatæ retulit hæres, ut propterea in tuo legato LXXV. tantum, licet re ipsa amplius capias, videantur esse, atque ita meum legatum exsuperare tuum parte quarta, quæ est proportio sesquitertia. Debemus igitur eadem proportione servata, hæredi conferre XXX. ego videlicet XVII. et unam septimam, tu XII. et sex septimas, id est, ex partibus septem ego quatuor, tu tres, quæ etiam est proportio sesquitertia. Restat tantum ex hoc libro quinto Africani quæstio *l.* 7. *D. de confess.* cujus hæc sunt verba.

Ad L. Cum fideicommissum 7. de confess.

Cum fideicommissum peteretur, hæres confessus est debere. Arbiter ad restituendum datus, comperit nihil deberi. Quæsitum est, an possit absolvere: respondi posse interesse qua ex causa nihil debeatur. Nam si ob id, quod nullum fideicommissum fuerit, non debere eum absolvere: si vero quia testator forte solvendo non erat, aut quod hæres omne solutum esse apud prætorem dixerat, et cum controversia et computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, salvo officio eum absoluturum. Has enim partes ejus esse, ut si in computatione nihil inveniatur, possit absolvere: sed et ex superiore casu ad prætorem remittere debeat, ut absolvatur.

Cum fideicommissum peteretur apud prætorem fideicommissarium, hæres confessus est debere. Confessus igitur est in jure: ceteroquin confessus pro judicato non habetur. Prætor arbitrum dedit qui exequeretur restitutionem fideicommissi, ut *l. si quando*, §. *ult. ff. de leg.* 1. *l.* 12. *de leg.* 3. Coram eo allegavit hæres se errasse, id est, se existimasse relictum a defuncto fideicommissum, quod non est relictum, et vero competit etiam arbiter nihil esse relictum. An hæredem potest absolvere, quia confessus non videtur qui errat in facto, *l.* 2. *hoc tit.* Et respondet non posse, quia scilicet exequutioni sive restitutioni datus est, non rei cognoscendæ, sed remittere eum debet ad prætorem, ut absolvatur. Prætor errantem absolvet. Sed si arbiter datus sit computationi, id est ad ineundam quantitatem bonorum, quæ computatio fit deducto ante omnia ære alieno. (Nam id demum quod superest, in bonis esse intelligitur, et inter hæredem et legatarios dividitur, si nihil superest, hæreditas et legata sunt sine re, *l.* 1. §. *hæc verba*, *ff. si cui plus quam per leg. Falcid.*) Si igitur datus sit arbiter computationi, creditoribus forte contendentibus fideicommissum non deberi, ratione æris alieni hærede dicente omne æs alienum solutum esse creditoribus atque ideo fideicommissum deberi, et prætori, apud quem hæc controversia agitabatur inter creditores et fideicommissarium et hæredem, propter diffi-

cultatem ineundæ rationis bonorum digna arbitro visa ea controversia, ac post apud arbitrum hæres errore suo comperto, qui falso existimarat omne æs alienum solutum esse, desiderarit se absolvi eadem ratione, quod non videatur confessus qui erravit in facto, arbiter eum poterit absolvere, si compererit ære alieno exhauriri fideicommissum, id est, si nihil intervenerit in computatione bonorum: hoc enim casu arbitri officium latius patet quam superiore. Qui enim computationi datur, et in hoc datur, ut æstimet, debeatur fideicommissum necne. Qui restitutioni, non item. Secundum hæc, si hæres dum putat non esse locum legi Falcidiæ apud prætorem confiteatur se fideicommissum debere, et dato forte arbitro ad ineundam quantitatem bonorum, apud eum errorem suum agnoverit, non egredietur suum officium arbiter si eum absolverit. Eadem enim et hoc casu intervenit ratio. Eum vero constat non absolvi qui forte dum putat id de quo rogatus est nullis testibus adhibitis deberi, confitetur se fideicommissum debere, quia in jure erravit, *d. l.* 2. et ideo posteaquam confessus est, frustra ad juris subtilitatem recurrit, §. *ult. Inst. de fid. hæred.* Quæ hic tractat Accursius de restitutione in integrum, danda sit confessis, necne, aliena sunt a proposito.

Si mihi plus otii dedissent miseri tumultus, quibus se patria miscuit mea inhumaniter, addidissem his quinque, alios tractatus quatuor, quos ægre relinquo simul ac patriam, ut aliam mihi gentem adoptem, si quam forte offendero errans, quæ colat societatem humanam.

JACOBUS CUJACIUS

JACOBO FILIO SUO

S. D.

Fili, priusquam me careas, volo relinquere tibi ex studiis quæ sequor aliquid, ut tu si meus es eo permovearis ad ea persequenda et illustranda, cum tua advenerit ætas, majore diligentia et subtilitate quam fecerim ipse: facultates domi reperies me amisso modicas, et ex ipsis subripietur tibi ut accidit quoque mihi pars melior, si longe me abfueris. Sed has neque opta neque spera, et aude ingredi modo tantum, et insequi vestigia mea, et ex his certiorem tibi parare proventum. Studia hæc sunt juris civilis, sine quibus (ut ea nominibus aliquot tibi commendem) neque stare res, neque mores hominum constitui, componi aut temperari ullo modo possunt, sine quibus prudentissimus cautissimusque rerum homo quisquis sit quantumvis fœlici sydere natus, nemo unus evaserit umquam, sine quibus æqui et boni quoque speciem comprehenderit vix umquam quisquam bene, nec si se dederit totum philosophiæ, nec si literis sacris. Nam philosophia universa tantum præcepta regendæ reip. nos docet, nec attingit singula quæque. Theologia pietatem docet, et verum Dei cultum, simplicitatem, æquanimitatem, patientiam, contemptionem rerum humanarum, quas ego virtutes te præcipuo honore colere maxime volo, et cetera condono, fili, si modo pius fueris, et amans Dei, et vel si talis fueris tota vita talemque te mihi instruxeris servaverisque, et memoriæ meæ, quid non desiderio meo abunde est? nec jam si in hoc unus esse vis, moror aut requiro amplius quidquam. Sed placeret si velles etiam nosse quod philosophi scripserunt non ea tantum parte, quæ ad jus pertinet, verum et ceteris, placeret si ab his tandem instructus comparatusque tractandis etiam rebus aliquantulum, quæ in regnis et civitatibus quibusve vertuntur, applicare velles animum, et eodem tenore juris civilis studia complecti eodemque filo quo me ad ea perduxi. Et si velles dum dico, sat intelligis quid velle debeas, qui nec aliud te velle existimas posse si is es qui esse debes, nec dedicisti voluntatem in Deo primam, in parentibus proximam, postremam in nobis esse. Ego igitur ne intestatus animi et propositi erga te mei fortean excederem, volui hoc veluti præscriptum non tam huic libro de jure, quem edo in commune, quam tibi proprie relinquere: quæsivi cui alii: nec offendi cui locarem bene, non quod desint quibus aut debuerim, aut potuerim bene, sed quod dum quæro aliquem, et accido modo affectanti, modo ambienti atque etiam pollicenti, modo contemnenti, et hos nolo, aut, quando volui, si quando spem feci, nunc muto certa ex causa, ut evenit Divo Hieronymo, qui quam voverat operam Exuperio dicavit alteri, et ut hanc complexionem mittam, dum tot recensitis, recognitis præteritisque pertæsus longæ recensitionis, prætereo etiam meliores quibus possem deberemve, mox tui meminens, tandem statuo neminem non debere æquo animo ferre si te præfero omnibus tui et mei causa, quando nec si alios quosque tibi prætulerim major ad me sit aut voluptas aut utilitas perventura, modo si dictis te præbueris superioribus. Quod faxit Deus omnipotens pater domini nostri Jesu Christi, cum quo simul, ac sancto Spiritu regnat, et in ævum omne regnaturus est. Vale. Lugduni, Kalend. Maji M. D. LXXIII.

AD AFRICANUM

TRACTATUS VI.

Libro VI. Quæstionum Africanus scripserat illud ipsum, quod ex Paulo proponitur in *l. pen. ff. de procur.* Omnem qui defenditur, boni viri arbitratu defendendum esse: quod etiam exprimi solet in cautione Judicatum solvi, ita scilicet, ut res defendatur recte, quod verbum recte, est pro arbitrio viri boni, et exprimitur in edicto de procur. et defens. ut procurator qui agendam causam suscipit, dominum defendat arbitrio boni viri, *l. servum, §. ait prætor, eod tit.* id est, ad eum modum quem arbitraretur verus æstimator æquitatis. Hæc enim est definitio viri boni, vel, ut est in eo Virgilii carmine cui inscribitur titulus viri boni, qui justo trutinæ examine pensat,

Ne quid hiet, ne quid protuberet, angulus æquis
Partibus ut coeat, nihil ut deliret amussis.

Est igitur vir bonus non judex, quamquam et hunc virum bonum et innocentem esse oporteat: non Jurisconsultus, non orator, sed æquitatis veluti sacerdos quidam et arbiter, qui intellectu solo comprehenditur. Qua de causa et si dos forte collata in merum arbitrium L. Titii, quasi incerta nulla sit, promittitur tamen et legatur utiliter arbitrio boni viri: quia hujus arbitrii certa, perpetua et stabilis lex est, *l. 1. de leg. 2.* Illo autem posito, omnem qui defenditur boni viri arbitrio esse defendendum, intulerat Africanus, quod est in *l. ult. de procur.*

Ad L. ult. de procurat.

Et ideo non potest videri viri boni arbitratu litem defendere is qui actorem frustrando efficiat ne ad exitum controversia deducatur.

Et constat quidem illud in primis, non videri eum viri boni arbitratum litem defendere, qui judicium accipere detrectat: et ex hac causa committi stipulationem judicatum solvi, quasi re non defensa, quia hoc plane modo vir bonus non arbitraretur litem defendi, si is qui cavit neque per se judicium accipiat, neque per alium, atque ita defensioni statim ab initio desit, *l. recte, de jud.* quod utique ita procedit in defensore rei alienæ, si a prætore compelli potest ad judicium accipiendum: et huic tamen rei moras innectit, et tergiversatione aut solertia quadam efficit ne secum lis contestetur. Nam si compelli non potest, vir bonus propterea non arbitraretur non defendisse rem eum, qui non potuit cogi defendere, *l. vir bonus, jud. sol.* et ideo adversus eum, vel fidejussores ejus non committeretur stipulatio judicatum solvi: nam ubicumque vir bonus non arbitraretur rem esse indefensam, non committitur stipulatio, ubi arbitraretur, committitur, *l. si eum hominem, de fidejus.* At *d. l. vir bonus*, opinione communi satis difficilis est, vel eo maxime quod recipiat intellectus tres aut quatuor. Sed assequemur, ut spero verum, si eam conjungamus cum *l. vel si longinquo, hujus tit.* et ponamus speciem hoc modo; defensor vel procurator rei cavit judicatum solvi, cui stipulationi inest clausula de re defendenda boni viri arbitratu, et recusat judicium accipere, causa reddita, quod postea capitales in se inimicitias ceperit reus, vel quod socer ei esse desierit morte uxoris, id est, quod dissoluta fuerit adfinitas, quæ eum impulerat ad suscipiendam promittendamque defensionem, vel quod Reip. causa: aut etiam sua propria necessario, et longinquo abfuturus sit, vel allata qua alia justa causa, propter quam non debeat compelli ad judicium accipiendum. Sed præter justam causam, etiam necesse est ut nulla sit captio actoris propter temporis tractum: alioquin etiam justa causa interveniente, vel hactenus defendere cogitur, ut judicium accipiat præscriptionis interrumpendæ causa, *l. 12. hoc tit.* An igitur, si justam causam habeat, et nulla sit captio actoris, atque ita judicium non accipiat, stipulatio committitur? Minime: quia vir bonus arbitraturus non fuit, ut qui justam excusationem adferret defendere cogeretur, *d. l. vir bonus.* Cogendus videtur qui cavit, ex verbis edicti, sed utilitatis ratio temperat edictum. Et hoc omne ex Paulo relatum est in *l. mutus, §. ult. et l. non cogendum, eod.* Sed ex supradicta *l. vel si longinquo*, quæ media est inter *l. mutus*, et *l. non cogendum*, adhibita *d. l. vir bonus*, apparet idem Ulpianum scripsisse VII. Disputationum, ex quo sunt *l. vel si longiquo*, et *l. vir bonus.* Verum his, quæ ita constituimus, opponi solet *l. si reus, Jud. sol.* quæ non loquitur de defensore, vel procuratore rei, sed de reo ipso, qui cavit judicatum solvi, et postea in magistratu esse cœpit, adeo ut non possit cogi judicium accipere, si tamen non accipiat, stipulatio committitur, quia facile per alium accipere judicium, et implere fidem suam potuit. Defensor qui justam excusationem adfert ne judicium accipiat, nec alium potest facere defensorem rei alienæ ante judicium acceptum, *l. 4. §. ult. de cap. l. si procuratorem, §. si quis mandaverit, Mand. l. quod quis, l. nulla, C. de procur.* Inde ita concludamus: ubi procurator non cogitur judicium accipere, non committi stipulationem Jud. solvi, contra ubi cogitur, committi vel præcise compelli eum posse ad judicium accipiendum, omissa actione ex

stipulatu, *l. sed et eæ*, §. *pen. hoc tit.* sive sit procurator actoris sive rei, modo satisdederit judicatum solvi. Et repetamus quod posuimus initio, non videri boni viri arbitratu litem defendere eum, qui judicium accipere detreetat. Et addamus, non videri etiam eum boni viri arbitratu litem defendere, qui judicium accepit in partem tantum, *l.* 3. §. *ult. rer. amot.* et committi in eum stipulationem in solidum, *l. ex clausula, Jud. sol. l. cum ex causa*, *de verb. obl.* Sed neque eum præsertim, qui alieno nomine judicium accepit, vel accipere paratus est, si non satisdet judicatum solvi, et committi stipulationem adversus reum, qui ea se adversario obligavit, nisi ab adversario admissus et probatus sit sine satisdatione: nam approbatio adversarii plusquam satisdatio est, *d. l. recte, l. non videtur*, *l. qui proprio*, §. *qui alium*, *hoc tit. l.* 3. §. *nunc videmus*, *Jud. sol. l.* 18. §. *ult. de east. pec.* Qui vero suo nomine judicium accipere paratus est, etiam in judiciis in rem non habetur pro idoneo sine satisdatione Jud. solvi. In judiciis in personam sequimur quod observatio V. docuit cap. XXIX. His addamus ex Africani verbis quæ retulimus non videri etiam non viri boni arbitratu rem defendere, qui judicium accepit, si post judicium acceptum mala fide rem trahat, ut tardius judicetur, vel ne judicetur: et ex hac causa incidere cum in stipulationem Jud. solvi, vel fidejussores ejus, quia hanc utique fidem malam vir bonus approbaturus non est. Frustrari illo loco est trahere negotium, et inferre judicio moras: et recte in Basilicis, οὐ δοκεῖ διεκδοκεῖν ὁ ὑπερτιθέμενος πληρωθῆναι τὴν δίκην. Et ad hæc modo videmur convenienter additurі, quod de hac eadem stipulatione Judicatum solvi eodem libro Africanus scripsit in hunc modum, *l.* 15. *Jud. solvi.*

Ad L. Hæc stipulatio. 15. *jud. sol.*

Hæc stipulatio quandiu res non defendatur, simul atque defendi cœperit aut defendi debere desierit, resolvitur.

Stipulationis pars est, Quamdiu res non defendatur, quanti ea res est dari, quam resolvi etiam commissam semel ait, et evanescere si defendi debere desierit, puta lite finita solutione, vel transactione, vel acceptilatione, *l.* 15. *eod. tit. l. pen. de dolo*, *l. si accepto. de accept.* Non igitur hoc solum Africanus ait, non teneri ex stipulatu eum, qui inchoatam defensionem omisit si postea res defendi debere desierit, sed etiam eum qui rem numquam defendit, ne eo quidem tempore quo defendere debuit: ac similiter resolvi stipulationem si res defendi cœperit, et perseveraverit defensio, scilicet ad extremum: nec enim sufficit cœpisse, et ut didicimus ex *l. ult. de procur.* non sufficit judicium aecepisse, nisi litem defensor peragat bona fide, et sine frustratione. Nihil etiam nocet primo non defendisse, si non defendere paratus sit. et quæ commissa erat stipulatio, oblata defensione in primordio actionis, vel etiam antequam ageretur, evanescit, ut et alia quælibet stipulatio quanti ea res est, ut docuimus *l.* 84. *de verb. obligat.* et tractabimus etiam fortasse lib. VII. ad *l. trajectitiæ*, atque ita his verbis, Quandiu res non defendatur, tractus et intentio quædam temporis inest, ut in edicto proposito *l.* 2. *quib. ex caus. in pos. eat.* et summa sententia hujus legis hæc est: Semel commissam stipulationem ob rem non defensam resolvi, et evanescere, si res defendi cœperit vel defendi debere desierit. Possemus etiam his addere *l.* 63. *de verb. obligat.* quam maluimus tamen ultimo loco tractatus istius reservare, ut revertamur ad *l. ult. de procur.* in qua hoc quoque scriptum est:

Ad duas res petendas procurator datus si unam rem petat exceptione non excluditur, et rem in judicium deducit.

Exceptio de qua fit mentio hoc loco, est quæ dicitur procuratoria exceptio in *l. qui procuratorem, et l. ad legatum, eod. tit. l. et ideo, de no. op. nunt. l. procurator*, *rem rat. hab.* et aliis plerisque locis, qua, ut ait, a petitione unius rei non excluditur procurator ad duas res petendas datus, qui tamen excludendus videbatur hac ratione, quia hoc ei mandatum non est, ut unam rem peteret, sed duas. Verius tamen est, et hoc ei mandatum videri ut vel unam rem peteret. Agit igitur ex mandato qui unam petit et rem in judicium deducit. Qui agit sine mandato vel contra mandatum, rem in judicium non deducit si dominus quod is gessit non comprobavit, *l.* 27. §. 1. *hoc tit.* Et hoc si ad duas res separatas datus sit: nam si ad quadrigam petendam, quæ constat equis quatuor, ad unam rem datus videtur, non ad quatuor, et si unum tantum equum petat, procuratoria exceptione repelli potest. *l. cum ejusdem*, *de ædil. edic.* Idemque est si ad duas res defendendas datus sit, *l. qui proprio*, §. 1. *supra, eod. tit.* et ita judex si de duabus rebus aditus sit, vel de una separatim pronunciare potest, *l. pen. C. de sent. et interd. l. ult. cum rat. hab.* Sequitur de procuratoribus alia lex.

Pater dotem a se datam absente filia petit, et ratam rem habituram eam cavit: ea prius quam ratum haberet, mortua est: negavit committi stipulationem, quia et si verum sit ratum eam non habuisse, nihil tamen mariti intersit dotem restitui, cum patri etiam mortua filia salva esse dos debeat.

Sciendum est, dotem profectitiam mortua filia in matrimonio redire ad patrem, *l. jure*, *de ju. dot. l. dos*, *C. sol. mat.* Divortio facto, vel morte viri soluto matrimonio patrem habere repetitionem dotis adjuncta persona filiæfamilias, quia communis res est, communis actio, *l. 2. et 3. sol. mat.* et filia patri in hac causa particeps et quasi socia obligationis, ut ait *l. qui hominem*, §. *si gener*, *de solut.* et particeps igitur dotis simili modo. M. Tullius in Prætura urbana: *Cum liberis vivos parentes bona partiri*: hoc fit data certa parte bonorum in dotem vel in peculium. Sed peculium quandocumque minui vel adimi potest etiam nuda voluntate. Dos quæ semel functa est filiæ nomine neque minui neque adimi potest, *l. filiæ*, *C. sol. matr. Nov.* 97. non potest adimi nec per exhæredationem, *l. unica*, §. *videamus*, *C. de rei uxor. act.* et non potest etiam soluto matrimonio pater dotem repetere sine voluntate filiæ, sicut et post dotem datam, et nuptias contractas non potest sine voluntate filiæ utiliter stipulari divortio facto dotem sibi reddi, quia etiamsi sit filiafam. dos tamen, quæ semel filiæ nomine constituta est (constituitur naturali traditione, sicut peculium, nuptiisque perfectis) videtur abscessisse bonis patris, et transisse in propria bona filiæ. Communis quidem res dicitur, et in causa dotis filia patri particeps, sed magis profecto est filiæ quam patris. At vero quod diximus non admitti patrem, qui soluto matrimonio dotem repetit sine voluntate filiæ, ita procedit, nisi absente filia (præsens enim et tacens velle videtur) caveat ratam rem filiam habituram, *l. 2.* §. *ult. sol. matrim. l. non solum*, §. *si de dote de procur.* ac præterea sciendum est, si post divortium filiafam. moriatur ante dotem exactam, dotis actionem esse propriam patris perinde ac si mortua in matrimonio fuisset, quia eadem humanitatis ratio intervenit, ne pater et filiæ amissæ et pecuniæ damnum sentiat, *d. l. jure*, vel ut Plinius ait in Panegyrico Trajani, ne eodem momento quo pater esse desiit, hoc quoque amittat quod fuit, ne mortua filia insuper afficiatur alio dolore. Addo etiam mortua filia post divortium convalescere stipulationem, quam de dote sibi reddenda post dotem datam interposuit pater sine voluntate filiæ *l. post dotem*, *sol. matr.* in qua jamdiu ex Basilicis, sed non sufficerent mihi Basilica, quamquam vetustatis summa sit auctoritas, nisi suffragaretur etiam eis manifestum jus: ex Basilicis igitur, et manifesta ratione juris docui esse legendum, stipulatus est sine voluntate filiæ, quod Basilica inculcant iterum atque iterum his verbis, *παρὰ γνώμην τῆς θυγατρὸς*, ex qua stipulatione si agere velit pater post divortium mortua filia sine liberis, non impedietur, existentibus liberis impedietur ne agat in solidum, propter retentiones juris veteris. Ex his facile definiri potest quæstio prior hujus legis. Finge: Divortio facto pater dotem a se profectam petiit et exegit absente filia, præstita cautione de rato: deinde mortua est filia antequam ratum haberet, superstite patre. Quæstionis est, an de rato stipulatio committatur in pecuniam dotalem quam reddidit quondam maritus uxoris patri: et commissa videbatur: quia verum est filiam non habuisse ratam. Sed auctor noster auctorem suum negasse ait, stipulationem esse commissam, rectissime, quia nihil stipulatoris interest ratum haberi, cum mortua filia sine hærede (filia enim familiæ hæredem non habet) non sit ab eo vel ipsa vel quisquam alius ejus nomine dotem repetiturus, et omnimodo dos profectitia salva esse debeat patri, non tantum mortua filia in matrimonio, sed etiam mortua ea soluto matrimonio. Unde licet concludere: Dotem profectitiam redire ad patrem sive mortua sit filia constante, sive soluto matrimonio: quod Bulgarus, Joannes, Azo, Accursius admittunt indistincte, sive liberos filia habuerit, sive non. Martinus distinguendum putat. Bulgari opinio vera est jure novo, propterea quod Justinianus sustulit retentiones propter liberos, *l. unica.* §. *sileat*, *C. de rei uxor. act.* id est, meo judicio, non solum sextas, sed etiam quintas, quia ratio qua utitur convenit utrisque, ut alantur scilicet liberi ex bonis patris, non ex dote matris, et quia si noluisset etiam quintas tolli, earum memoriam aliquam reliquisset vel in Digestis, vel in Codice. Martini autem opinio vera est jure veteri: nam mortua in matrimonio filia, ex dote in singulos liberos quintæ relinquuntur penes virum, divortio facto culpa mulieris vel soceri sextæ, non tamen supra mediam partem dotis, ut ex Paulo refert Boetius, et Ulpian. in Fragmentis, et Græci ad *d.* §. *sileat*: hodie ob culpam mulieris vir retinet dotem pœnæ causa, non beneficio liberorum. Est et aliud dissidium inter Bulgarum, et Martinum. Bulgarus mortua muliere in matrimonio dotem non remanere penes virum. Martinus remanere, quem Accursius intelligit in *d.* §. *sileat*: dum Gossianos nominat, sectatores nempe Martini, cui fuit nomen Martino de Gossio: et similiter vera est opinio Martini jure antiquo, si pater non sit qui dotem dedit, et indistincte sive sint liberi sive non: Bulgari jure novo, quia dos conservanda est liberis. Sequitur in eadem lege hæc juris quæstio.

Procurator cum ab eo æs alienum exegerat, qui tempore liberaretur, ratam rem dominus habiturum cavit, deinde post tempus liberato jam debitore dominus ratam rem habet: posse debitorem agere cum procuratore existimavit, cum jam

debitor liberatus sit: argumentum rei, quod si nulla stipulatio interposita sit, condictio locum adversus procuratorem habitura sit, in locum autem condictionis interponi stipulationem.

Didicimus ex superiori quæstione, non committi stipulationem de rato etiamsi is, de quo cautum est, ratum non habuerit si nihil intersit stipulatoris ratum haberi. Ex præsenti autem quæstione intelligemus e converso stipulationem de rato committi etiam si is de quo cautum est ratum habuerit, si non eo tempore ratum habuerit, quo maxime interfuit stipulatoris ratum haberi, sed quo tempore nihil ejus interfuit. Finge: Erat mihi L. Titius obligatus temporali actione, puta redhibitoria vel æstimatoria. Cum eo quidam meo nomine quasi verus procurator egit, et exegit debitum præstita cautione ratam rem habiturum me, ac deinde prius quam ratum haberem, dies temporalis actionis exiit, atque ita L. Titius tempore liberatus est, tum postea ego ratum habui. Quæritur, an sit commissa stipulatio de rato, id est, an ex ea stipulatione possit L. Titius experiri cum procuratore in pecuniam quam ei solvit, quod non videtur: quia verum est me ratum habuisse. At contra Julianus existimat, stipulationem committi, quia serius ratum habui, cum debitor jam esset tempore liberatus, ut plane inutilis fuerit ei inanisque ratihabitio mea. Primum enim non possis dicere debitorem liberatum solutione facta procuratori, antequam ego ratum habuerim, quia falso procuratori solutio facta non ante liberat, quam dominus ratum habuerit, *l. si ego, de neg. gest. l. si quis offerenti, de solutionibus, l. si vendidero, §. si Titio, de furt.* Non possis etiam dicere mea ratihabitione liberatum, quia eo tempore ratum habui, quo is jam erat tempore liberatus, et liberatio bis numquam contingit. Qui enim liberatus est semel, non potest amplius liberari. Ratihabitio si facta fuisset ante diem actionis, debitorem liberasset, ac retro acta fuisset ad tempus solutionis factæ procuratori voluntario. Ratihabitio, quia facta est post diem actionis, non potest liberare eum qui jam est tempore liberatus. Itaque nihil ei ratihabitio mea proficit. Neque rursus possis dicere, ratihabitionem retrotrahi, et mandato comparari, quia huic vulgari sententiæ locus est, si in medio nihil inciderit novi, si omnia paria permanserint in id tempus quo dominus ratum habeat, si in medio nullum obstaculum intervenerit. Dicitur ratihabitio retro currere, *l. si fundus, §. 1. de pignor.* sed non patet liber recursus, si quod in medio impedimentum incurrat, ut in hac specie in medio incurrit liberatio debitoris per tractum temporis. Si hæc non incidisset, ratihabitio facile recurreret: hac incidente non potest retro concurrere: et ita in *l. pen. hoc t.* ratihabitio non recurrit, quia medio tempore antequam ratum haberet is, cujus nomine petita erat bonorum possessio, tempore finitum est jus petendæ bonorum possessionis. Ex his efficitur, quia non quo tempore stipulatoris interfuit ratum habui sed alio tempore, quo nihil interfuit, et quia liberationem debitor, idemque stipulator imputat tempori, non solutioni quam fecit procuratori meo, non ratihabitioni meæ, ut adversus procuratorem committatur stipulatio de rato habendo in pecuniam, quam ab stipulatore accepit: et utitur argumento elegantissimo. Si, inquit, stipulatio interposita non fuisset, in hac specie procurator condictione teneretur. In locum condictionis interposita est stipulatio. Ergo ex stipulatione tenebitur eodem scilicet casu, quo et condictione teneretur. Propositio est vera, in casu proposito omissa stipulatione procuratori condici posse, vel condictione ob rem dati, *l. si procuratori, de condic. cau. dat.* vel indebiti *l. 6. §. idem Labeo, de cond. indeb. l. 8. C. eod. l. si sine, hoc tit.* vel, ut Accur. adjicit, condictione sine causa, quia eæ tres condictiones concurrere solent, videlicet si pecuniam facere procuratoris voluit, vel etiam condictione furtiva si ea mente dederit ut ad creditorem perferretur, *d. l. si procuratori, d. l. si vendidero, §. si Titius.* Assumptio item vera est, et ob id solum dicitur hæc stipulatio intercedere ut nova sit actio, *l. 1. de præt. stipul.* sicut damni infecti, quæ succedit in locum actionis legis Aquiliæ, vel in factum, et rem pupilli salvam fore, quæ in locum tutelæ actionis. Melior enim semper et utilior est actio ex stipulatu, quia strictior magis quam ulla alia actio stricta, magisque judicem veluti certis finibus et formulis conscrictum tenet: et vehementer errat Accurs. in *l. si cui §. Titio, de leg. 1.* qui actionem bonæ fidei putat esse meliorem. Conclusio autem necessaria est, ut cum succedat stipulatio condictioni, quo casu est condictio omissa stipulatione, eodem sit actio ex stipulatu interposita stipulatione, perempta condictione, *d. l. si sine*, quia id agitur ut sola stipulatio teneat, quanquam interdum utraque agi possit, non in idem tamen, sed ex stipulatu in hoc ut ratum habeat dominus condictione in pecuniam solutam, ut in specie *l. si indebitum, hoc tit.* Verum quod ait condictionem dari debitori qui solvit procuratori creditoris si tempore liberato jam debitore creditor ratum habuerit, pugnare videtur cum *l. cum decem, §. 1. de sol.* quæ denegat condictionem fidejussori qui solvit procuratori creditoris, si creditor ratum habuerit tempore liberato jam fidejussore. Non probo differentiam quam quidam constituunt inter verum et falsum procuratorem: nam idem erit si fidejussor solverit falso procura-

tori, et vero falsum fuisse ex eo apparet quod expectatur ratihabitio creditoris, ut ex solutione ei facta videatur liberatio contigisse, et perspicua admodum est Accursii dissolutio, si enarretur bene. Hic debitor principalis solvit procuratori creditoris, et post tempus liberato debitore creditor ratam habuit, et debitori competit condictio. Ibi fidejussor solvit procuratori creditoris, et post tempus cum jam fidejussor liberatus esset: qui ad tempus certum fidejusserat creditor ratum habuit, et fidejussori condictio non competit. Priore enim casu ratihabitio prorsus inutilis est. Posteriore utilis est in hoc ut debitor principalis liberetur, qui non erat tempore liberatus sicut fidejussor: quæ res fidejussori adversus debitorem parit mandati actionem, perinde atque si præsenti creditori solvisset, non procuratori absente eo, denegat condictionem, quæ retro si daretur, non competeret mandati. Et hæc sufficiant de utraque quæstione hujus legis. Transeamus ad *l.* 32. *de serv. rust. præd.*

Ad L. Fundus 32. *de servit. rust. præd.*

Fundus mihi tecum communis est, partem tuam mihi tradidisti, et ad eandem viam per vicinum tuum proprium: recte eo modo servitutem constitutam ait: neque quod dici soleat, per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse, isto casu locum habere: hic enim non per partem servitutem acquiri, utpote cum in id tempus acquiratur quo proprius meus fundus futurus sit.

Certissima est regula juris. Per partes acquiri vel imponi servitutes non posse, *l. si quis duas* §. *si quis partem, tit. seq. l. ut pomum, de servit. l.* 5. *de ser. leg.* quæ etiam enunciatur hoc modo, Per partem acquiri vel imponi servitutem non posse. Et aliter, pro parte vel ad partem. Itemque, per unum socium communi prædio acquiri vel imponi servitutem non posse *l.* 2. *de servit. l. proprium, tit. seq.* Est autem intelligenda de parte pro indiviso, nam ad partem pro diviso imponi, et acquiri potest, *l. ad certam, de servit.* quia nec pars est proprie, sed totum, id est, prædium, non pars prædii, *d.* §. *si quis partem, l. recte,* §. *ult. de verb. sig.* Pars pro diviso certa est, Pars pro indiviso incerta, ut recte *l. placet, quibus mod. ususf. amit. et l.* 1. §. *hoc interdictum locum habet, uti poss.* certæ parti ea quæ est pro indiviso opponitur; Item pars pro diviso sensu corporis, pars pro indiviso sensu mentis percipitur, vel ut ait *l.* 5. *de stipul. serv.* illa corpore, hæc intellectu. Cur autem per partem pro indiviso acquiri vel imponi servitus non potest? Finge: fundus est communis inter me et te, cur ego ad partem meam non possum imponere vel acquirere servitutem? Cur non ad fundum quod etiam non possit valere nisi pro parte mea? possim dicere, quia pars mea non continetur regione certa, sed fusa est per totum fundum ita ut impositam, vel adquisitam parti meæ servitutem necesse sit diffundi in fundum totum, aut certe nullam in partem invito te, quia quælibet gleba est mea, quælibet tua. Verum dicam aliter, et forsitan apertius, Servitus est jus in corpore. Partis nullum subest corpus: nec enim est, sed intelligitur. Ergo ad partem servitus constitui non potest: eademque ratione neque prædii libertas acquiri neque servitus remitti pro parte potest, *l. unus, hoc tit. l. proprium, tit. seq.* Fateor eum qui imposuit fundo communi servitutem non posse prohibere eum cui servitutem cessit quo minus eo jure utatur, *l. per fundum, hoc tit.* Sed alter socius poterit eum prohibere, quia non jure imposita est, imo nec imposita est ita ut fundo inhæreat, et persona quæ cessit, eam debet non fundus: et contra qui acquisivit fundo communi, non potest prohiberi, socius ejus prohiberi potest. Item fateor recte acquisitam vel impositam meo fundo proprio servitutem, eo postea facto communi inter me et dominum fundi vicini, vel fundo vicini facto communi, vel etiam communicato utroque pro parte conservari et retineri, *d. l. unus, l. si quis ædes.* §. 1. *de servit. urban. l. ut pomum, de servit.* Nec enim interit omnimodo, licet in eum casum inciderit a quo incipere non potuit, quia per partem acquiri vel imponi non potuit: et non est perpetua ea regula, quæ vult ea quæ ab initio recte constiterunt resolvi si in eum casum reciderint a quo non potuerunt consistere, *l. pen.* §. *ult. de verbor. oblig.* et nihil obstat *l. pro parte, de servit.* quia in ejus legis specie promissa tantum fuit servitus, non etiam constituta. Nos de constituta loquimur quæ hæsit fundo semel, eamque dicimus non confundi prorsus communicatione fundi servientis, vel fundi dominantis, vel utriusque, sed conservari pro parte dominii. Fateor igitur servitutem retineri posse pro parte, Nego acquiri vel imponi vel remitti servitutem, vel libertatem acquiri posse pro parte, et pertinet hæc regula tantum ad prædium commune: nec bene ab Accursio accommodatur etiam ad prædium proprium in *d. l. pro parte:* nam in prædio, quod exempli gratia, totum meum est proprium, in quod socium nullum habeo, non potest considerari ulla pars pro indiviso, nec sim unquam sanus ad prædii mei proprii partem tertiam vel mediam pro indiviso servitutem impositurus vel acquisiturus, vel si id fecero, sane partis commemoratio pro supervacua habebitur, et videbitur acquisita, vel imposita servitus ad prædium totum, sicuti placet pro supervacuo haberi adjectionem vicini, si meo

prædio, et vicini prædio servitutem recepero, *l. proprium, tit. seq.* At jam tempus est ut videamus cur non sit superiori regulæ locus in specie hujus legis. Finge: fundus est communis inter me et te, tu mihi partem tuam ex causa venditionis tradidisti, et ad eundem fundum viam per vicinum tuum proprium. An recte constituta est via? Ratio dubitandi petenda est ex superiori regula, et concipienda in hunc modum: Servitus ad partem fundi communis non recte constituitur. In hac specie via constituitur ad partem fundi communis, quam tu mihi tradis: nec enim videtur constitui ad fundum totum, cum ex pacto constituatur in traditione partis apposito ex continenti, ut *l. seq.* Ergo perperam constituitur. Sed respondendum est, non constitui eam fundo communi, sed in eum casum, et in id temporis quo per traditionem partis fundus in assem meus proprius futurus est, nec ad partem traditam tantum constitui, ut scilicet ei soli parti via acquiratur pro indiviso, quo fieri nequit sed ad fundum totum. Sequitur alia quæstio de eo, qui servum alienum bona fide possidet, an ejus servi nomine noxali actione teneatur, si alii servus furtum fecerit, vel damnum dederit, de qua ita generaliter definit Africanus in *l.* 28. *de noxal. action.*

Ad L. Et generaliter 28. *de noxal. action.*

Et generaliter si alieni servi nomine, qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxæ dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali, nisi litis æstimationem offerat, eum summovere possum, sive ipse possideat, Publiciana mihi datur, et adversus excipientem, Si dominus ejus sit utilem mihi replicationem doli mali profuturam, et secundum hæc usu quoque me capturum, quamvis sciens alienum possideam: alioquin si aliter constituatur, futurum ut summa iniquitate bonæ fidei possessor adficiatur, si cum ipso jure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis æstimationem sufferat. Eademque dicenda sunt, et si cum ab eo non defenderetur jussu prætoris eum duxerim: quoniam isto quoque casu justam causam possidendi habeo.

At videbatur bonæ fidei possessor non teneri noxali actione, quia æquum non est compelli eum omnimodo ad præstandam æstimationem litis, quam tamen præstare compelletur, si noxali judicio teneri dixeris, propterea quod noxæ dedere non potest cum dominus non sit: nulla enim est noxæ deditio, quæ dominium in auctorem non transfert. Verum placet magis ut teneatur, et qualicunque noxæ deditione defungi possit: quæ etsi bonæ fidei possessorem non liberat ipso jure, tamen eundem usum actori præbet atque si dominus factus esset. Nam domino servum vindicanti nec offerenti æstimationem litis opponit exceptionem doli mali, *l.* 27. §. *ult. sup.* vel ut additur in *l.* 11. *eod. tit.* officio judicis consequitur, ut indemnis maneat, quia scilicet rei vindicatio arbitraria actio est, et doli exceptio, quæ inest bonæ fidei judiciis, in arbitrariis omissa officio judicis suppleri potest, *l. sumptus de rei vind. l. plane l. ult. de pet. hær. l.* 3. §. *ult. Nau. cap.* Neque huic definitioni repugnat *l.* 1. §. 1. *de ser. cor.* dum negat bonæ fidei possessorem teneri actione servi corrupti, quia non loquitur de actione noxali servi corrupti, sed de ea qua suo nomine convenitur, illa bonæ fidei possessor tenetur, hac non tenetur, quia sua re abuti se existimavit nec dolo malo servum corrupit in fraudem domini. Et magis repugnat *l.* 27. §. *servi, ad leg. Aq.* quæ servi occidentis nomine dominum teneri ait, non bonæ fidei possessorem, et de noxali loquitur procul dubio cum dicat, Servi nomine, quidquid Græci comminiscantur: neque est rursus cur hac in re separemus actionem furti ab actione legis Aquiliæ, qua bonæ fidei possessorem teneri etiam satis exprimit *l.* 8. *de inter. in jure fac.* cum teneri eum scribit noxali actione legis Aquiliæ, qui alienum servum in jure suum esse respondit, quibus verbis bonæ fidei possessor significatur, ut in *l. prox.* §. *ult. sup.* Non possis etiam fingere in *d. l.* 27. §. *servi*, bonæ fidei possessorem quo tempore agitur cum eo noxali judicio desiisse possidere. At dicere non improbabiliter possis, non teneri bonæ fidei possessorem noxali actione, ut vel æstimationem litis sufferat, vel servum actoris faciat, quia et illud iniquum est, et hoc præstari non potest cum ipse dominus non sit, sed teneri ut servum dimittat, et toto suo jure cedat. Dominum autem teneri proprie ut servum actoris faciat, quia vindicandi servi a bonæ fidei possessore facultatem habet, argumento *l. si servus depos tus, hoc tit.* et quod ait *l.* 11. *eod.* dominum non teneri, sic intelligi, ut electo bonæ fidei possessore non teneatur, *d. l.* 8. nam ab initio liberum est actori, vel cum domino experiri, ut litis æstimationem præstet, aut servum actoris faciat, vel cum bonæ fidei possessore, ut eum a se dimittat si nolit pro eo subire litis æstimationem, quod observandum etiam opinor in quæstione de servo qui est in fuga, quæ sequitur *d.* §. *servo*, *l.* 27. *ad leg. Aq.* an ejus servi nomine dominus teneatur noxali actione; nam *d. l.* 27. dominum teneri adfirmat, contra, *l. servi*, §. *ult. de furt.* id negat, simul ac Pau-

lus in *Sententiis eodem titulo*, hac ratione quod exhibendi ejus servi potestatem et copiam dominus non habeat, *l. quoties, §. in potestate, hoc tit.* et res explicari omnis hac distinctione commodissime potest. Aut servus qui est in fuga ab alio possidetur, aut non. Si non possidetur ab alio, videtur a domino possideri, nec tamen tenetur noxali actione, quia eum in sua potestate non habet. Si ab alio possidetur bona fide, dominus tenetur noxali, quia a possessore recuperandi servi facultatem habet, et tenetur in hoc, ut vel recuperet, vel cedat actionibus. Æque bonæ fidei possessor tenetur, sed in hoc tantum ut servum dimittat, et dedat quoquo modo: quæ deditio non erit inutilis: nam, ut diximus initio, dominum vindicantem repellet is, cui bonæ fidei possessor servum dediderit, officio judicis, vel exceptione doli mali, nisi litis æstimationem offerat. Plus adjicit Africanus hoc loco, eidem amissa possessione servi et reversa ad dominum, non minus contra dominum competere Publicianam actionem, quam contra alium quemlibet, *l.* 5. *de Pub. in rem act.* et si forte dominus utatur exceptione justi dominii, cujus hanc formulam edit, *Si dominus ejus sit*, ut Flor. scriptum est, sed rectius, *si non dominus ejus sim*: ut *l. ult. eod. tit. l. si quis rem, de exc. rei jud.* et in Basilicis, ἀλλ' εἰ μὴ δεσπότης εἰ μὶ, quæ vulgo dicitur obstare actioni Publicianæ, *l. pen. et ult. eod. tit.* elidi eam replicatione doli mali, Si non litis æstimationem exsolvat, ut et aliis plerisque casibus Accursius docuit, in *d. l. ult.* agenti Publiciana nihil officere exceptionem dominii, quibus nos adjecimus duos ex *l. mandatum, Mand. l. si is cujus, Ex quib. cau. maj.* Porro efficit etiam ex eo Africanus, servum posse usucapi ab eo cui bonæ fidei possessor illum dedit in noxam: quia Publiciana nunquam datur nisi de re quæ usucapi potest, et ei qui usucapere potest: atque ita is qui servum in noxam accepit dominium ejus per usum adquiret, quod per noxæ deditionem non potuit adquirere, licet non dico rescierit (hoc enim certissimum est, *l. 7. §. ult. de Pub. in rem act. l. bonæ fidei, de adq. rer. dom.*) sed ab initio, vel ut Hagiotheodoretus loquitur, ἐν ἀρχῇ τῆς συςάσεως τῆς νομῆς, scierit rem esse alienam: nec enim propterea intelligitur esse mala fide possessor. Mala enim fides non est scientia rei alienæ, sed scientia injustæ possessionis: prior scientia non impedit usucapionem si modo justa possessio sit, posterior impedit: at hic justa fuit possessionis causa, noxæ deditio. Et hac quidem via bona fide possessor liberatur, nec cogitur sufferre litis æstimationem, aut si hanc ei rationem abstuleris absolvendi se judicio noxali, id est si noxæ deditionem ejus non admiseris, defenso eo cui dediderit adversus dominium, necesse erit eum sufferre litis æstimationem, et teneri perinde atque si suo nomine conveniretur: quod est iniquissimum. Quod autem tribuit ei cui bonæ fidei possessor servum noxæ dedidit, idem dat ei qui jussu prætoris servum duxit cum a bonæ fidei possessore non defenderetur. Ductio facit dominum eum qui ducit si dominus non defendat, *l. electio, §. ult. hoc tit. l. 2. §. ult. Si ex nox. cau. ag.* quia pro traditione domini cedit, *l.* 32. *hoc tit.* Ductio non facit dominum si bonæ fidei possessor non defendat, sed tuetur tamen prætor eum quasi dominum data adversus dominum et alium quemlibet actione Publiciana, *l. 6. de Pub. in rem act.* et exceptione vel replicatione doli mali, et usucapere potest, quamvis sciens alienum possideat, quia id simul etiam scit se juste possidere. *l. juste, de adq. poss. l. et si quis, §. 1. de relig. et sumpt. fun. l. damni, §. pen. de dam. inf.* et hi sunt effectus justæ possessionis, ut per eam res usucapiatur, et antequam usucapta sit, ut possit vindicari actione Publiciana. Præterea sciendum est, ea quæ diximus de bonæ fidei possessore conveniendo noxali actione locum habere etiam in malæ fidei possessore, qui servum alienum in jure suum esse responderit, *l. 13 hoc tit.* et forsitan huic necessitas imponetur exsolvendæ litis æstimationis, quod noxæ deditione ipso jure liberari non possit, ut summo jure cum eo agatur, nec sit in eo iniquum, quod esset iniquissimum in bonæ fidei possessore. Sequitur alia quæstio in *l.* 34. *de ædil. edic.* definita his verbis.

Ad L. Cum ejusdem 34. de ædil. edic.

Cum ejusdem generis plures res simul veneant, veluti comœdi, vel chorus, referre ait in universos an in singulos pretium constituatur, ut scilicet interdum una, interdum plures venditiones contractæ intelligantur: quod vel eo quæri pertinere, ut si quis eorum forte morbosus, vel vitiosus sit, omnes simul redhibeantur, interdum et si in singula capita pretium constitutum sit, tamen una emptio est, ut propter unius vitium omnes redhiberi possint vel debeant, scilicet, cum manifestum erit, non nisi omnes quem empturum vel venditurum fuisse, ut plerumque circa comœdos, vel quadrigas, vel mulas pares accidere solet, ut neutri non nisi omnes habere expediat.

Quæstio igitur hæc est, utrum una sit venditio, an plures, si plures servi ejusdem generis simul venierint, ut si venierit comœdorum agmen, quod constat mimorum, sive histrionum certo numero, vel si chorus venierit, qui etiam constat cantorum certo numero, qui canunt alta voce, vel tibia, vel utroque misto, et nonnunquam in co-

mœdiis etiam saltant et loquuntur, uniusque comœdi sustinent partes: quo sensu etiam mimi a choris separantur in *l.* 14. *C. de episcop. aud.* Hæc autem quæstio, quemadmodum Africanus ait, eo pertinet ut intelligatur an propter unius vitium aut morbum omnes redhiberi possint aut debeant: nam si plures sunt venditiones, is solummodo redhibendus est qui vitiosus aut morbosus est, si una, propter morbosum redhibentur etiam non morbosi. Illud enim constat ex edicto ædilium resolvi venditionem ob latentem morbum aut vitium rei venditæ, quod reticuit venditor nescienti emptori, et ex hac causa emptori venditorem teneri actione redhibitoria ut recipiat rem quam tradidit, et reddat pretium quod accepit emptori. Et videretur quidem in illa quæstione ita distinguendum esse: Aut simul universi comœdi, vel choreutæ uno pretio venierunt, aut singuli suo quisque pretio. Priore casu certum est unam esse venditionem, sicut si chorus in stipulationem deducatur, una est stipulatio, si chorus legetur, unum legatum, quod scindi non potest, id est, partim vindicari, partim repudiari: nam quod ait *l. si chorus*, *de leg.* 3. perinde esse quasi singuli homines legati essent, alio pertinet, puta ut intelligatur uno homine mortuo, non extingui legatum, sicut quadriga legata, uno equo mortuo, non perit legatum, nisi, ut ait *l. peculium*, §. *quadriga*, *de leg.* 2. is mortuus sit qui demonstrabat quadrigam, id est, ut Græci exponunt, *ὁ καλλιστεύων ἐν αὐτοῖς*, et ita putem choro legato, si coryphæus interierit, legatum extingui. Idem illud etiam forte ait *l. si chorus*, ut intelligatur non chorum tantum sed etiam singulos homines vindicari posse, si modo vindicentur omnes, quia plerumque, quod una vindicatione persequi possumus, possumus et pluribus per partes, ut vindicare hæreditatem possumus, vel res singulas, *l. si unus*, §. *item si pactus*, *de pac.* licet non e converso, *l. vindicatio*, *de rei vind.* Ceteroquin unum legatum est. Posteriore autem casu, id est, si in singula mancipia pretium constitutum sit, plures videntur esse venditiones, et consequenter ob unius vitium non esse redhibendos ceteros, nisi evidenter appareat non nisi omnes empturum emptorem, aut venditurum venditorem fuisse, quod plerumque præsumitur comœdis venditis aut choro, propterea quod separari non possunt quin dissolvatur comœdia vel chorus, atque ideo non expedit quemquam venditori recipere, vel emptori retinere, nisi omnes recipiat vel retineat, et vero non cogitur etiam venditor recipere morbosum solum, nec emptor retinere non morbosos: et eleganter *l.* 38. §. *ult. inf.* consuli tam emptori, quam venditori dum non separantur, quæ ita inter se devincta sunt, ut separari sine magno incommodo non possint. Itaque sublata omni distinctione, ex eo quod plerumque fit, unde solent confici regulæ juris, definiemus, unam esse venditionem comœdorum vel chori, sive uno pretio pariter, et confuse venierint, sive separatim in singulos constituto pretio: idemque de ceteris rebus dicemus, quæ sine magno incommodo separari non possunt, veluti quadriga aut pari mularum, ob vitium unius, indistincte omnium redhibitionem esse: Nam et si separari non possunt sine pietatis offensa, idem statuit *l. prox. inf. et d. l.* 38. *in fi. et seq.* ut si pater et filius venierint, vel duo fratres, vel uxor et maritus. At non idem dicemus in familia vendita, vel in pluribus aliis servis venditis uno pretio, quia separari possunt sine incommodo, et sine pietatis offensa, ideoque ob vitium unius non redhibentur etiam alii. Neque rursus in polia, id est, equitio vendito: nam propter unum equum vitiosum, omnem poliam redhiberi non oportet: Neque item in quatuor equis cum nondum constituta esset ex eis quadriga, neque in duabus mulabus pariter venditis uno pretio, cum nondum ex eis esset constitutum par sive jugum, quod Græci quidam *ὀρικὸν ζεῦγος*, et *συνωρίδα*: vitiosi enim jumenti redhibitio erit, non omnium, *d. l.* 38. §. *ult.* Sed pluribus servis vel equis venditis, quorum separatio non sit dura vel incommoda, quæri potest uno redhibito, quantum pretii nomine reddi oporteat emptori? Et si certum sit cujusque pretium, id est, si in singula capita constitutum sit pretium, nulla est dubitatio: nam reddetur emptori pretium, quod convenit quodque dedit pro vitioso animali, etiamsi constituto pretio in singula capita, postea omnium pretia redacta sint in unam summam, quod consummationem vocat *l. XXXVI. hoc tit.* Plautus in Truculento, et Seneca V. Epist. summam summarum, et eodem modo Justinianus *l. ult. C. de usur. rei jud.* consummatam quantitatem sortis et usurarum, id est, in unam summam redactam, Græci illo loco *συναχθεῖσαν*. Sin autem confuse omnes uno pretio venierint, nec sit singulorum pretium certum, pro bonitate ejus qui redhibetur æstimatio fiet, eaque reddetur emptori, *d. l.* 36. *et l. pen. hoc. tit.* In specie autem hujus legis, quoties scilicet propter unius vitium omnes redhibentur, non pars pretii, sed totum pretium, id est, omnium pretium repetitur actione redhibitoria. Et quod hic traditur de actione redhibitoria, trahi potest etiam ad actionem æstimatoriam, ut scilicet non ex pretio vitiosi hominis, sed ex pretio omnium componatur, quanto minoris sit, *d. l.* 38. §. *si forte*, et ad actionem de evictione, puta choro vendito,

si unus evincatur, ut sit actio de evictione in solidum, *arg. l. cum plures, inf. de evict.* De quadriga fuit aliquando quæstio inter professores bonarum literarum, an quadriga intelligeretur sine curru, quod etiam de pari mularum quæri potuisset. Id vero expedire nemo melius potest, quam Jurisconsultus. Quadriga intelligitur etiam sine curru. Fateor haberi quadrigam ut jungatur ad currum, haberi par mularum, ut jungatur ad carrucam, vel rhedam, qua ratione mulas carrucarias Ulpianus dixit, rhedarias Varro. Sed nego ita semper quadrigam accipi quasi junctam currui: alioquin quadriga legata deberetur currus, quod est falsum; nam neque legatus est currus, cum quadrigæ nomine contineantur tantum equi quatuor, *l. si id quod, Pro soc. l.* 10. §. *ult. quib. mod. ususf. amit.* neque legato cedit, ut pars vel accessio, cum alia res sit per se, sine qua quadriga intelligitur, licet ad currum jungi soleat, sicut argento legato, non cedit arca, licet in eam argentum recludi soleat, *l. argento, de leg.* 3. *l.* 3. §. *ult. de penu leg.* Denique quadrigæ nomen numeri est nomen, quod ad alias res translatum nomen indicat, ut cum Varro ait has initiorum esse quadrigas, corpus, locum, tempus, actionem. Et Vopiscus, quadrigas tyrannorum, Firmum, Saturninum, Bonosum, Proculum: et Hieronymus ad Jovinianum, quadrigam virginum filiarum Philippi Evangelistæ: ed ad Paulinum, Evangelistas quadrigam domino, et quadrigam sanctitatis, ad Pammachium. *Possint vel debeant.* Possint refertur ad emptorem, Debeant ad venditorem.

Ad L. Non tamen 24. de evictión.

Sequitur de duplæ stipulatione quæstio in *l.* 24. *de evict.* quam ut intelligamus, sciendum est, ex edicto ædilitio venditorem cavere emptori, de evictione stipulanti hoc fere modo, Mihi hæredique meo eum hominem quem de te emi habere recte licere, nec evinci eum hominem mihi hæredive meo partemve ejus, et si is homo a me hæredeve meo petetur, tum de ea re agenda adesse, et eam rem recte defendere, ut denuntiatum tibi erit, aut si ita factum non erit, quanti ea res erit duplum præstari, dolumque malum abesse abfuturumque esse, hæc spondesne? Solemnia (*) hujus stipulationis esse verba illa, Habere licere, nemo ambigit. Partis adjectionem esse necessariam docet, *l. si dictum*, §. *in stipulatione, hoc tit.* Adjici etiam doli clausulam, *l. si cum fundum, de contr. empt. l. stipulatio ista*, §. *si quis dolum, de verb. obl.* et hæc forte intelligitur, *l. si servus, in prin. hoc tit.* Dupla non cavetur semper, sed simpla ex conventione, sicut ex conventione etiam denunciationis necessitas, nonnunquam remittitur, *l. Herennius, in princ. hoc tit.* et est etiam hæc stipulatio repromissio, non satisdatio, nisi aliud convenerit. Ex ejus formula ita demum committi eam apparet, si post motam controversiam emptor venditori denuntiaverit, ut de ea re agenda adesset, *l.* 29. §. *ult. hoc tit.* Si auctorem laudaverit, *l. Herennius*, §. 1. *eod. l.* 7. *et* 14. *C. eod.* Si postulaverit, ut ab eo defenderetur evictionis nomine, *l. qui absentem, sup. de procur.* ob quam rem etiam si is qui judicat inter petitorem et emptorem, sit venditori judex incompetens, tamen venditor sequi debet forum emptoris, nec potest uti privilegio sui fori, *l. venditor, sup. de jud. l.* 1. *C. ubi in rem actio ex deb.* quia lis est principaliter cum possessore, id est cum emptore, venditor liti adsistere tantum vel subsistere dicitur, *l. si rem*, §. 1. *hoc tit. l.* 23. *C. eod. l. in executione*, §. *in solidum, l. cum ex causa, de verb. obliga.* quod Græcis est προιστασθαι. Item ex formula intelligimus, ita demum eam committi si judicio res ablata sit emptori, vel æstimatio ejus, *l. si servus*, §. 1. *l. habere, l. evicta*, §. 1. *h. tit.* nam æstimatio, secunda emptio est, ut jam præstita litis æstimatione petitori vere possit dicere emptor se rem habere ex secunda emptione, non ex prima. Evincere igitur est legitimo certamine vincere, id est, cognitione judicis, et non vincere tantum, sed etiam rem abducere, et auferre. Plus enim est evincere quam vincere; quia est etiam rem abducere et auferre. Una litera auget significationem, ut in elugere, emereri, enavigare, exigere, enavare, emunire, et in hac ipsa materia elaudare, quod plus est quam nominare, id est, laudare, Festus ait: quia laudatur scilicet auctor ut liti adsistat, ut defensionem suscipiat, elaudatur igitur potius. Non committitur ergo si propter fatalem necessitatem mortuo puta homine vendito emptori, eidemque duplæ stipulatori habere non liceat, *l. si servus, hoc tit.* Non si propter alium casum fortuitum, *l.* 11. *hoc tit.* Non si propter fugam hominis venditi, *d. l. si servus.* Non si propter vim vel impressionem alterius, *l. ult. C. de action. emp.* Sed in eum qui vim intulit est interdictum unde vi. Non si voluntate emptoris, ut si compromiserit in arbitrum, *l. si dictum*, §. 1. *hoc tit.* si manumiserit, vel quasi manumiserit, *l. seq. l. si mancipium, hoc tit.* si locum venditum religiosum fieri permiserit, *l. si per imprud.* §. *si quis, eod.* si rem pro derelicto habuerit, *l. ult. eod.* Sed et si Judicio evicta sit, interdum non committitur stipulatio, ut puta si

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 31.

per injuriam vel stultitiam judicis emptor condemnatus sit, idque constet liquido omnibus, *l.* 5. *l. si per imprudentiam, hoc tit. l.* 8. *et* 15. *C. eod.* sed in judicem actio est. Eleganter vero in hanc rem *l. exceptione*, *inf. de fidejuss.* æquius esse injuriam uni factam penes eum manere, quam in alium manere aut transferri, quæ tamen ratio corrumpitur in dicta lege *exceptione*, adjectione hujusmodi, scilicet si culpa tua injustæ damnationis causam præbuisti: nam injuria judicis sufficit vel culpa, nec utriusque concursus unquam exigitur, ne sit fidejussori actio mandati, sicut in *hoc. tit.* ne sit emptori actio de evictione, satis est si vel is injuria judicis victus sit sine culpa sua. Itaque ausim adfirmare adjectionem illam esse pessimi interpretis: et sic Joannes propemodum sentit. Simile autem illud est *l. si sine*, §. *cum autem*, *Rem ratam haberi*, propter injuriam judicis, fidejussores nunquam obligari. At præterea, ut attigi supra, non committitur hæc stipulatio, si vincatur emptor vitio suo aut culpa aut dolo, veluti opposita exceptione stellionatus ex persona et facto suo, *l.* XXVII. *hoc tit.* vel ex eremodicio, *l. si ideo, in princip. hoc tit.* vel ex præscriptione, lapsis temporibus appellationis, *l. Herennius*, §. *ult. eod.* vel amissa possessione culpa sua, cujus retentione rem sibi servare potuit, *l.* 29. §. 1. *eod.* vel omissa actione quam intendere potuit *l.* 66. *eod.* vel omissa occasione usucapiendi, *l. si dictum*, §. *si cum posset.* Ad hæc quæritur in hac lege, an etiam possim dicere non committi stipulationem, si mulier quæ rem emit a non domino, eam marito eidemque domino ejus rei dederit in dotem, puta marito jam non eam possidente pro dote, sed pro suo. Et posset tentari stipulationem committi, argumento ducto ex *l.* 22. §. *ult. supra*, *hoc tit. et l. quamvis*, *infra de jur. dot.* hoc modo: Si mulier fundum quem de Titio emit non domino, marito dederit in dotem æque non domino, et is fundus marito evincatur, vel æstimatio ejus, statim mulier ex stipulatione agere potest evictionis nomine, quia nullam dotem habere incipit, si vel fundus evincatur, vel tantum maritus præstiterit pro litis æstimatione quanti fundus est, (nec enim jam eum pro dote, sed pro empto possidet) aut certe minorem, si non tantum præstiterit: et additur *l. prox. supra*, etiam soluto matrimonio morte mulieris, quo casu dos adventitia remanet penes virum, atque etiam profectitia si pater non sit, evicto fundo dotali, hæredes mulieris agere posse ex stipulatione duplæ, quod et ipsi marito teneantur ex stipulatione duplæ evictionis nomine: nam et ex causa dotis evicto marito præstatur, interposita stipulatione hujusmodi, quæ tamen invita muliere non interponitur fundo inæstimato, *l. non solum*, *infra*, *de ju. dot. l.* 1. *C. eod.* sicut ex donationis causa contrahi placet obligationem evictionis interposita eadem stipulatione, *l.* 2. *C. de evict.* et ita quod ait *l. sciendum*, *hoc tit.* nihil referre qua ex causa interponatur stipulatio duplæ, utrum ex causa emptionis, an ex alia causa, sic interpretor, veluti ex causa dotis, aut donationis. Ex aliis causis est obligatio evictionis nomine etiam sine stipulatione, veluti ex permutatione, vel ex donatione facta sub lege remunerationis, ex datione in solutum, adjudicatione, articulo Do ut facias, investitura feudi. Sed argumentum quod volumus efficere ex hac disputatione, sic in pauca colligamus. Si marito evincatur fundus dotalis, mulieri statim committitur stipulatio duplæ, quia nullam dotem habere incipit. In specie hujus legis nullam etiam dotem mulier habere incipit, marito fundum dotalem habente pro suo non pro dote. Ergo statim committitur stipulatio duplæ, quod Africanus negat esse consequens, aut simile casui superiori his verbis.

Non tamen ei consequens esse, ut et si ipsi domino nuptura in dotem eum dederit, committi stipulationem dicamus, quamvis æque indotata mulier futura sit, quoniam quidem etiamsi verum sit, habere ei non licere servum, illud tamen verum non sit, judicio eum evictum esse. Ex empto tamen contra venditorem mulier habet actionem.

Docet igitur quantum distet hic casus a superiore. Superiore casu marito fundus evincitur jure judicioque, ut nominatim scriptum est in *l.* 22. §. *ult.* si aliquis eum a marito per judicium abstulisset. Hoc casu non per judicium fundum suum maritus abstulit, sed forte datus ei cum esset in dotem, eum retinuit quasi suum: et ideo non committitur stipulatio duplæ, quæ tamen superiore casu committitur. Sed tamen quia non voluntate sua eum fundum mulier amisit, quandoquidem non putavit se domino rem suam in dotem dare, ex bono et æquo dabitur ei actio ex empto adversus venditorem in id quod interest, ut sæpe in hoc titulo evenit deficiente actione ex stipulatu duplæ, dari ex empto actionem, *l.* 41. §. 1. *hoc tit. l. nave*, *eod. tit.* conjuncta *l. eum qui ædes*, *de usurp. et usuc. l. si prægnans*, conjuncta *l. venditor*, *hoc tit.* quarum una denegat actionem ex stipulatu, altera dat ex empto. Neque vero, ut animadvertit Accursius, recte colligitur ex *l. si emptori*, *hoc tit.* etiam re judicio non evicta committi stipulationem duplæ, evictionis nomine: nam duplex est stipulatio duplæ ædilitia: una de evictione quam dari negamus re judicio non evicta: altera de sanitate et vitiis, aut noxis rei venditæ, *l.* 5. *l.* 11. §. *ult. l. quia dicitur*, *h. t.* quæ committi-

tur etiam re non evicta, puta quod verum sit furtis noxisque solutum non fuisse servum: quamvis is cui furtum fecerat hæres emptori extiterit, ut *d. l. si emptori.* Sed et alia de evictionibus et stipulatione duplæ Africanus hoc eodem libro tractavit: restant enim adhuc quæstiones tres in *l.* 46. *hoc tit.* una est de usufructu evicto, altera de servitute evicta, tertia de statulibero evicto in libertatem: et de prima quidem ita scribit.

Ad L. Fundum 46. de eviction.

Fundum cujus ususfructus Attii erat, mihi vendidisti, nec dixisti usumfructum Attii esse: hunc ego Mævio, detracto usufructu, tradidi. Attio capite minuto, non ad me, sed ad proprietatem usumfructum redire ait: neque enim potuisse constitui usumfructum eo tempore quo alienus esset, sed posse me venditorem te de evictione convenire: quia æquum sit eandem causam meam esse, quæ futura esset, si tunc ususfructus alienus non fuisset.

Diximus supra non committi stipulationem duplæ, nisi res judicio evicta sit. Sed non diximus quali judicio. Quali igitur? vindicationis, ut opinor: nam quod ait *l.*XXXIV. §. 1. *hoc. tit.* nihil interesse quo genere judicii res evicta sit, respicit ad varia genera vindicationum. Est vindicatio dominii, vindicatio usus vel ususfructus, vindicatio pignoris vel hypothecæ, vindicatio emphyteuseos, vindicatio superficiei, vindicatio possessionis, non quidem per actionem sed per interdictum uti possidetis, vel utrobi, vindicatio servitutis, et hæc postrema sola nullam parit emptori fundi actionem de evictione, si quis in eo fundo vindicaverit iter aut viam per actionem confessoriam, et vicerit, nisi venditor fundum liberum dixerit, *l. pen. hoc tit. l. cum venderes, de cont. empt.* Sed emptori est actio æstimatoria, Quanto minoris fundum emisset, si scisset servitutem impositam, *l. quoties, de ædil. ed.* et *l.* XV. *hoc. tit.* si modo in ea pro, *Servus*, legatur, *Servitus*, ut jamdudum emendavi: et est perspicuum in ea lege Paulum constituere differentiam inter usumfructum et servitutem. Vindicationi servitutis adjungi etiam potest vindicatio finium, *l.* X. *C. de evict.* Ceteræ vindicationes pariunt actionem de evictione, imo et mistæ actiones communi dividundo, vel fam. erciscundæ, *d. l.* XXXIV. §. 1. et ratio differentiæ hæc, quia etiam evicta servitute aut finibus, rem habere licet, alio autem jure victo rem habere non licet. Hoc cognito, fingamus, vendidisti mihi fundum nec dixisti usumfructum esse Titii, ego cum plenum mihi fundum venditum putarem, eum vendidi Gajo, detracto mihique reservato usufructu, mox capite minuto Titio ususfructus finitus est. Quæritur ad quem redeat, ad me qui eum mihi detraxi, an ad Gajum cui fundum vendidi. Et ait Julianus, finitum usumfructum, ut solet, redire ad proprietatem et consolidari: redire igitur ad Gajum, ad me non redire: quo enim jure rediret? an quod cum mihi detraxerim in fundo vendendo Gajo? Sed nihil potest valere detractio quam feci eo tempore quo ususfructus erat alienus, et separatus a proprietate: potui detrahere meum usumfructum, alienum non potui. Ponamus litem fuisse ea de re inter me et Gajum, et Gajum evicisse usumfructum, an erit mihi regressus adversus auctorem meum, ex stipulatione duplæ, vel ex empto ob evictionem? Sic sane, *l. stipulatio ista, §. si quis forte, de verb. oblig. l. in vendendo, de cont. empt. l.* XLIX. *hoc tit.* quia mihi videtur evicta pars rei: ususfructus enim partis instar obtinet, cum omne emolumentum rei contineat, *l. Mævius, §. pen. de leg.* 2. et ita agendo consequar, ut mihi præstetur æstimatio pro bonitate fructuum quos fundus ille fert, sicut evicto loco fundi certo bonitatis æstimatio fit, *l.* 1. XIII. *et* XV. *hoc tit.* vel, quod idem est, hoc consequar ut mihi eamdem causam venditor præstet, quæ foret si tempore quo usumfructum detraxi, ususfructus alienus non fuisset, id est, ut præstet usumfructum, vel æstimationem duplam. In Gajum nullam actionem habeo, ut recte Acc. docet. Gajo quoque in me nulla actio est in casu proposito, quando scilicet integro meo statu prior Titius capite minutus est: nam e contrario, ut idem rectissime docet, si ego qui mihi detraxi usumfructum moriar vel capitis minutionem sustineam prior, perdurante usufructu in persona Titii, ego vel hæres meus Gajo tenetur usumfructum præstare, quasi finitum morte mea, vel capitis minutione. Sequitur in eadem *l.* XLVI.

Si per alienum fundum mihi viam constitueris, evictionis nomine te obligari ait: etenim quo casu si per proprium constituentis fundum concessa esset via, recte constitueretur, eo casu si per alienum concederetur, evictionis obligationem contraxit.

Fundo vendito et victa servitute per actionem confessoriam, non agitur de evictione. Servitute vendita, vel fundo et servitute, ut *l. tenetur, §. si tibi, de act. empt.* et evicta servitute per actionem negatoriam, quia forte venditor eam cessit in alieno fundo non in suo, est actio de evictione, ex stipulatione duplæ, vel ex empto. Sequitur tertia quæstio de statulibero vendito, et evicto in libertatem. Multum interest statuliberum dixero in vendendo an in tradendo. Si in vendendo, non teneor evictionis nomine, etiamsi traditionis tempore

liber fuerit, modo si fuerit statuliber venditionis tempore. Si in tradendo, non teneor si postea liber fiat, teneor si jam ante factus fuerit liber, quia eam tantum speciem libertatis excepi, quæ ex testamento impleta condicione ex post facto (sic est legendum, in *l. qui libertatis*, *hoc tit.*) possit obtingere. Ac rursus multum interest statuliberum dixero perfusorie et simpliciter, an condicionem etiam expressero libertatis. Priore casu non teneor quidem de evictione, sed teneor ex empto in id quod interest: quia decepi emptorem obscura, et perfusoria pronunciatione, quæ nunquam non ad dolum malum accedit, *d. l. qui libertatis*, §. *ult.* Posteriore casu, distinguendum est hoc modo: aut diem vel condicionem veram expressi, aut falsam. Si veram, nullus est labor. Quid vero fiet si falsam? Finge, dixi relictam libertatem sub condicione, Si navis ex Asia venerit, quæ erat relicta sub condicione, Si Titius consul fuerit: et hic quoque distinguendum est: aut prior extitit condicio mendax, aut vera. Si mendax, venditor postea existente condicione vera evicto servo in libertatem, non tenetur de evictione, quia nihil ex ea re læditur emptor, apud quem diutius manet servus quam sperabat: nec enim eripitur in libertatem statim ut impleta est condicio falsa, sed expectatur vera. Sin autem prior extitit vera, venditor tenetur ob evictionem et ob mendacium, quia citius quam sperabat emptori servus eripitur: et hoc est quod Africanus ait in §. *cum tibi*.

Cum tibi Stichum venderem dixi eum statuliberum esse, sub hac condicione manumissum, Si navis ex Asia venerit, is autem, Si Titius consul factus fuerit, manumissus erat: quærebatur, si prius navis ex Asia venerit, ac post Titius consul fiat, atque ita in libertatem evictus sit: an evictionis nomine teneatur. Respondit, non teneri eum: etenim dolo malo emptorem facere, cum prius extiterit ea condicio, quam evictionis nomine exceperit:

Non lego (*), *exsolverit* sed *exceperit*, ut *d. l. qui libertatis*. Repelletur ergo emptor exceptione doli mali, si agat ex stipulatu, quia nihil ejus interest, vel ipso jure si agat ex empto: et similis pene distinctio observatur in hac specie. Si dixerit venditor statulibero post annum relictam libertatem, quæ erat relicta post biennium, non tenetur; quia diutius apud emptorem mansit, quam dixerit venditor, atque eo etiam minoris servum redemit emptor. At e contrario si dixerit post biennium, cum esset relicta post annum, tenetur, quia ex mendacio ejus læditur emptor, qui eo pluris emit servum, quod speraret eum apud se diutius fore: et male Flor. hoc loco ita scriptum est: Item si post biennium liberum fore dixi, qui post annum libertatem acceperit: cum vel ex sequentibus et certissima ratione perspicuum sit esse ita legendum:

Item si post annum liberum fore dixi, qui post biennium libertatem acceperit, et post biennium in libertatem evincatur, vel x. *dare jussum dixerim quinque, et is* x. *datis ad libertatem pervenerit, magis esse ut his quoque casibus non tenear*.

Eadem igitur distinctio et in hac specie valet. Si venditor dixerit libertatem relictam sub condicione, Si quinque hæredi dederit, quam constat etiam in emptorem transferri, cum esset relicta sub condicione, Si x. dederit, decem datis evicto servo in libertatem, venditor non tenetur de evictione, quia plus fert emptor quam sperabat, qui tamen cum speraret tantum quinque, eo minoris servum emerat, existimans facilius perventurum servum ad libertatem, sicut facilius est conficere quinque quam x. Quinque enim quinque millia, decem, x. millia intelligimus. At contra si dixerit x. cum esset jussus dare quinque, vel si xx. cum esset x. tenetur, quia spe sua frustratus est emptor, qui aut plus se laturum sperabat, aut ob difficultatem præstationis, diutius in servitute sua hominem futurum: atque ob eam rem etiam eum majori pretio emerat, *l. qui libertatis, l. qui alienam*, §. *ult. hoc tit.* Tenetur autem non tantum ob mendacium ex empto, sed etiam ob evictionem ex duplæ stipulatione, ut quosdam existimare refert Scævola, *d. l. qui libertatis*, quos sequutus videtur Paulus, *l.* 10. *de statulib.* At prævaluit Servii sententia existimantis venditorem non teneri de evictione, quod etsi mentitus sit in quantitate dandæ pecuniæ, non tamen mentitus est in genere condicionis, cum in danda pecunia condicionem consistere dixerit. Et hæc sunt quæ tractantur in *d. l.* XLVI. *de evict.* Sequitur. *l.* CIX. *de leg.* 1.

Ad L. Si quando 109. *de leg.* 1.

Si quando quis uxori suæ ea quæ vivus donaverat vulgari modo leget, non de aliis donationibus videri eum sentire ait, quam de his, quæ jure valituræ non sunt: alioquin et frustra legaturus sit atque si ita exprimat, Quæ uxori jure donavero, vel ita, Quæ uxori manumissionis causa donavero, ea ei lego: nam inutile legatum futurum est.

Vulgaris modus legandi uxori hic est. Uxori meæ quidquid vivus dedi donavi usibusve ejus comparavi, concessi, confeci, id omne dari volo:

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 25.

vel Quæ uxori vivus donavero, ea ei lego, *l. uxori*, §. 1. *lib.* 3. *l. uxori*, *de aur. et arg. leg.* Causa ita legandi hæc, quia jure civili donatio inter virum et uxorem non valet, et si quid vir uxori vivus donaverit, nisi etiam moriens idem ei legaverit, uxori aufertur et hæreditati vindicatur. Hodie non est necesse id uxori legare, quia ex oratione Antonini, et SC. placet donationem inter virum et uxorem silentio confirmari, et morte donatoris si non mutaverit voluntatem. Ante enim Orationem non confirmabatur silentio, sed legato: Scripsit autem hoc Africanus ante eam Orationem, quod'post Orationem scripsisset frustra, quandoquidem ex ea hodie solo silentio confirmatur donatio, et legatur inutiliter, ac proinde legata non petitur ut legatum, sed ut donatio, *l. ex verbis*, *C. de don. inter vir. et uxor.* nisi forte excedat D. aureos et non sit actis insinuata, quo casu cum sit inutilis donatio, sequitur utile legatum esse, *l. donationes*, *C. eod.* ut olim cum esset donatio inutilis, utile erat legatum, petebanturque res donatæ, eædemque legatæ jure legati, non jure donationis, et id genus legandi, quod vulgo usurpabatur, pertinebat tantum ad donationes inutiles, quemadmodum hoc loco ostenditur, non ad eas quæ inter maritos certis ex causis concessæ sunt, veluti mortis causa, exilii, divortii, sepulturæ, honoris, manumissionis: has enim nihil necesse est postremo judicio morientis confirmari nominatim. Multum autem interest utrum quid debeatur, ut legatum, an ut donatio: nam donatio retrotrahitur, *d. l. donationes*, non legatum. Additur in *d. l.* CIX.

Hæres cujus fideicommissum erat ut mihi fundum, aut C. daret, fundum Titio vendidit. Cum electio ei relinquitur utrum malit dandi, ut tamen alterum solidum præstet, prætoris officio convenire existimo, ut si pecuniam Titius offerat, inhibeat fundi persecutionem: ita enim eadem causa constitueretur, quæ futura esset si alienatus fundus non fuisset, quando etiam adversus ipsum hæredem officium prætoris sive arbitri tale esse deberet, ut si fundus non præstaretur, neque pluris neque minoris quam centum æstimaretur.

Ut in legatis damnationis electio est hæredis, sive homo legetur generaliter, sive illud aut illud, ita et in fideicommissis, et fuere in aliis etiam plerisque causis olim exæquata fideicommissa legatis per damnationem. Quæ res potuere legari per damnationem, et per fideicommissum, et contra. Et re eadem conjunctim duobus legata per damnationem, vel per fideicommissum, singuli quasi divisim ab initio habebant partes, legata autem eadem re duobus, separatim per damnationem, aut per fideicommissum, singulis solidum debebatur. Et erant etiam quædam verba communia tam legatorum per damnationem, quam fideicommissorum, veluti Dari volo, *l. quidam testamento*, *hoc tit. l. cum pater*, §. *cum pater*, *l. pen.* §. *Lucius*, *tit. seq. l. XI.* §. *sic fideicommissum*, *l. nomen*, *tit.* 3. Non est igitur mirum si etiam sit in fideicommissis electio hæredis ut in legatis per damnationem, idque omnino ita procedit in hac specie: Testator hæredis fideicommisit ut Titio fundum aut C. daret · electio igitur est hæredis: is fundum Gajo vendidit. Fideicommissi persecutio fideicommissario est non in hæredem tantum, sed etiam in emptorem, et quemlibet possessorem fundi, quod nullus locus est in jure, qui manifestius probet quam hic: educi quidem id etiam potest ex *l. qui solidum*, §. *ult. tit. seq. et l. pater*, §. 1. *tit.* 3. sed non tam facili negotio. Fuit igitur fideicommissi persecutio in rem, non in personam. Et recte utitur persecutionis verbo: nam ordinaria de fideicommisso nulla actio fuit, atque ob id invenias quidem de legato judicem vel arbitrum specialem dari rei cognoscendæ, et dirimendæ causa, *l. LXXII. tit. seq.* sed non de fideicommisso, et arbiter de quo hic agitur non est ad cognoscendum, sed ad exequendam restitutionem fideicommissi, ut *l. pen. de confess. l. XII. de leg.* 3. et is de quo agitur *l.* 11. *C. de usur. et fruct. leg.* Sed ad rem. Persecutio fideicommissi est adversus emptorem fundi: at liberabitur oblatis C. quanti fundum testator æstimavit: et hoc prætoris fideicommissarii vel arbitri dati ad exequendam restitutionem fideicommissi officio convenit, quia æquum est eamdem causam constitui quæ futura esset si fundus alienatus non fuisset. Simili ratione in alia causa usus est Africanus supra *l. XLVI. de evict.* quia æquum est eamdem causam esse quæ futura esset, si ususfructus alienus non fuisset. Nonne alienato autem fundo, liberaretur hæres præstatione fundi oblatis C. Eadem ergo electione utetur emptor, sed neutri tamen licebit electionem scindere, veluti datis L. et fundi parte, *l. VIII.* §. *ult. hoc tit. l.* 15. *tit. l. seq.* quod his verbis significatur hoc loco: Ut tamen alterum solidum præstet. Sequitur alia quæstio de legato vel excepto Kalendario in *l. LXIV. de leg. III.*

Ad L. Qui filium 64. *de leg.* 3.

Qui filium et nepotem hæredem instituerat, certa prædia, quæque in his mortis tempore sua essent, nepoti per fideicommissum dederat, excepto Kalendario: mortis tempore in ea arca, in qua instrumenta et cautiones debitorum erant, pecunia numerata inventa est: plerisque videbatur vix verosimile esse, ut testator de pecunia

numerata sensisset: ego autem illud dignum animadversione existimabam: cum quis Kalendarium præstari alicui voluerit, utrumne nomina dumtaxat debitorum præstari voluisse intelligendus sit, an vero etiam pecuniam si qua ab his exacta, eidem tamen Kalendario destinata fuerit: et magis puto, quemadmodum si exactæ pecuniæ, et rursus collocatæ essent, permutatio nominum non perimeret vel minueret fideicommissum: ita ipsæ quoque pecuniæ, si adhuc Kalendario, id est nominibus faciendis destinatæ essent, eidem fideicommisso cedere debeant. quin etiam illud quoque putem defendi posse, ut non modo a debitoribus exactæ pecuniæ, sed quacumque de causa redactæ, eidem tamen rationi fuerint destinatæ, fideicommisso cedant.

Filio et nepote hæredibus institutis, nepoti prælegavit certa prædia quæque in his mortis tempore sua essent, excepto Kalendario, quæ exceptio etiamsi non fuisset apposita, intelligeretur, *l. uxorem*, §. *legaverat, hoc tit.* quia non est verisimile testatorem sensisse de Kalendario, quod ibi habuit ad tempus non quasi instructum, vel instrumentum prædii, *l. si fundus, l. si mihi Mævia, l. quæsitum*, §. 1. *hoc tit.* neque defendi potest responsum *l. prædia*, §. *liberto*, *de instrum. leg.* quia venalia non continentur legato, et multo minus quæ vendita jam sunt, *l. quæsitum* §. *Celsus, eod. tit. l. generali*, §. *uxori*, *de usufr. leg. et* multo minus cautiones Kalendarii et pecuniæ: itaque videtur legendum, non contineri nisi manifeste contrariam voluntatem libertus approbat, etc. ut *l. quæsitum*, §. 1. *hoc tit.* Nomina igitur et nummos non deberi nisi manifeste de his quoque legandis voluntas approbaretur. Denique excipitur in specie hujus legis Kalendarium quod et tacite exceptum intelligeretur. Sed non solent superflua nocere, *l. testamentum, C. de testam. l. si servo, inf. de adim. leg. l. quæsitum*, §. *ult. de instrum. leg.* Augustinus de civitate Dei lib. IV. *Solet*, inquit, *a Jurisperitis dici*, *Superflua non nocent.* At quæritur excepto Kalendario, quid exceptum videatur? an instrumenta tantum et cautiones debitorum? an etiam pecuniæ, quæ in eadem arca inventæ sunt, in qua instrumenta erant? et quidam putabant Kalendarii nomine non videri exceptam pecuniam numeratam, quos refellit Africanus hac ratione: legato Kalendario, ut *l. nomen*, §. *ult. hoc tit.* non tantum debentur nomina debitorum, sed etiam pecuniæ ex omnibus redactæ, et rursus collocatæ aliis, vel etiam destinatæ aliis nominibus faciendis, itemque pecuniæ non redactæ ex nominibus, sed alia ratione, et Kalendario destinatæ. Excepto igitur Kalendario, eæ etiam pecuniæ exceptæ videbuntur. Argumentatur a legato Kalendario ad exceptum Kalendarium, sicut vice versa validum argumentum est a legato ad exceptum, ut quod dicitur *l. seq.* de exceptis negotiatoribus, idem dici potest de legatis. Sequitur *l.* 28. *ad Senatusc. Trebellian.*

Ad L. Ex asse 28. *ad SC. Trebel.*

Ex asse hæres institutus partem hæreditatis mihi pure, tibi sub condicione restituere rogatus, cum suspectam diceret, postulante me adit, et mihi totam ex senatusconsulto restituit: quandoque condicio extiterit, an fructus partis tuæ restituere tibi debeam, non immerito dubitabatur: et plerisque placet non esse eos præstandos: quia nec ab hærede præstarentur, si sua sponte adiisset: sufficiat autem jus tuum tibi integrum conservari, non etiam meliorem condicionem tuam fieri. Idem tamen existimabat, si ex asse hæres institutus mihi quadrantem pure, tibi æque quadrantem sub condicione restituere rogatus sit et cum suspectam hæreditatem diceret, cogente me adit: quandoque condicio extiterit, semissem tibi esse restituendum, sed nec lege Falcidia in proposita specie usurum me puto: quamvis scriptus hæres si sponte adiisset uteretur.

Qui suspectam, damnosam, onerosam hæreditatem dicit, quam rogatus est restituere alteri, quique profitetur non expedire sibi eam hæreditatem adire (hoc enim exigit *l.* 9. *hujus tit.*) si fideicommissarius postulet suo periculo adiri et restitui sibi: ex Sen. Consul. Pegasiano cogitur a Prætore adire et restituere hæreditatem totam: quod si factum fuerit, actiones fideicommissario, et in fideicommissarium dantur in solidum, perinde atque si ex Sen. Consul. Trebelliano restituta hæreditas fuisset: et ita hæres nullo incommodo adficitur, cum adierit alieno periculo, et ipso jure indemnis redditur ex Sen. Consul. etiam sine cautione: quinimo oblata indemnitatis cautio, cujus ut plurimum securitas est incerta, cum possit qui hodie est idoneus et locuples, non esse cras, non sufficeret ad cogendum hæredem adire hæreditatem, *l. nam quod* §. *ult. l. cogi*, §. *idem quærit*, *hoc tit.* Et contra nullo etiam commodo hæres adficitur, *l.* 4. *hoc tit.* nullas intendit actiones, aut repellitur exceptione Trebelliani, non retinet Falcidiam, non retinet præceptiones, et generaliter id omne perdit quod perderet si quod etiam volebat hæreditatem non adiisset, *l. si patroni*, §. *qui fideicommissariam, in fi. hoc tit.* Adire autem cogitur præsens decreto prætoris, *l. si postulante*, *hoc tit.* vel præsidis in provinciis aut magistratus municipalis ex auctoritate præsidis, ut *Paulus scribit* 4. *Sent.* Absens non potest cogi adire, sed interpo-

nitur aliud decretum, quo scilicet fideicommissarius mittitur in possessionem, *l. recusare, in princ. hoc tit.* et *Paulo eodem libro Sententiarum.* Qui id non profitetur quod dixi initio, sed deliberat, cogitur etiam statim adire periculo fideicommissarii, sed non restituere, *l. omnes, hoc tit.* Cogitur autem restituere totam hæreditatem, ut diximus, quod procedit etiam si partem tantum restituere rogatus sit. Finge, ex asse hæredem pure rogatum uni restituere partem dimidiam, alteri partem alteram sub condicione, et suspectam dicere hæreditatem. Sen. Consul. Pegasiano cautum est, interim cogi eum restituere universam hæreditatem postulanti fideicommissario, cui pure fideicommissum relictum est: et in *l. cogi*, §. *idem Mætianus, hoc tit.* Hodie, id est, ex Sen. Consul. Pegasiano, ut *l. si hæres, eodem et l.* 1. §. *hodie supra, Si cui plus quam per leg. Falc.* Adire certe non potest nisi totam, sed cogitur restituere totam: existente autem condicione, is qui antequam ea existeret quod sibi partis fideicommissum pure relictum esset, universam hæreditatem recipit: alteri fideicommissario partem restituet, translatis actionibus ipso jure, perinde atque si hæres ipse restitueret, *l.* 1. §. *sed et quoties, hoc tit.* nam actiones transfert non hæres rogatus tantum, sed et fideicommissarius rogatus, *l.* 1. §. *de illo, hoc tit.* Imo et non rogatus, ut in proposita specie, si universa hæreditas ei interim ab hærede restituta sit. Sed in hac eadem specie quæritur hoc loco, si hæres rogatus sit semissem mihi pure, semissem tibi sub condicione restituere, et postulante me coactus adierit et restituerit assem mihi, an postea existente condicione tui fideicommissi, fructus tuæ partis restituere tibi debeam. Et Africanus ait, hac de re non immerito quæri. Cur? quia interim fructus testator lucrari hæredem voluit non me: sed noluit etiam te. Et ideo obtinuit non debere eos tibi me restituere, quos nec hæres ipse restitueret si sua sponte hæreditatem adiisset, atque ita qui hæredis lucro cederent si sua sponte adiisset, eo coacto adire cedent lucro ejus cujus periculo adiit, recte, ut qui in periculum succedit, succedat etiam in emolumentum, utque is cujus periculo adita est hæreditas, sit omnino vice ejus, qui adiit sua sponte, et satis erit jus tuum tibi integrum conservari, non etiam meliorem condicionem tuam fieri: adjectis fideicommisso fructibus ante condicionem fideicommissi perceptis. Sed hæc comparatio hæredis, qui sponte adiit ad fideicommissarium, qui coegit adire, non est perpetua: nec enim idem semper juris constituitur in persona fideicommissarii, quo postulante hæres jussu prætoris adiit, quod esset in persona hæredis si sponte adiisset. Finge hæredem rogatum mihi quadrantem, tibi quadrantem restituere. Si sponte adierit, retinet semissem. Si coactus adierit, et assem mihi restituerit, ego ultra quadrantem meum non retinebo semissem, sed dividetur ex æquo inter me et te, ut specie *l. Pap. hoc tit.* placet vacantem portionem accrescere fideicommissario, si hæres coactus adierit, quæ ei non accresceret si hæres sua sponte adiisset. Item si sponte adiisset, priore casu quo scilicet rogatus est semissem mihi, semissem tibi restituere, detraheret Falcidiam, id est, singulis sescunciam. Coacto autem illo adire ego non detraham restituendo tibi: quia nec ipse hæres modo eam detraheret, *l. cogi*, §. *Mætianus, hoc tit.* Et ratio differentiæ, quod etiam non restitutis fructibus, jus tuum integrum habeas: detracta Falcidia, vel ablato commodo accretionis, jus tuum integrum non habeas, atque ideo melius sit, quod non potest capere hæres, tibi potius quam mihi cedere. Jus integrum voco quod te testator habere voluit. Voluit autem tibi non detrahi Falcidiam (est enim lex Falcidia contra voluntatem) voluit quoque tibi pro rata quæ vacarent accrescere. Voluit te habere partem tuam integram cum fructibus perceptis post condicionem, non etiam cum his qui perciperentur ante condicionem. Hinc generaliter notant, legatarium aut fideicommissarium specialem, vel universalem non detrahere Falcidiam, si ab eo fideicommissa relicta sunt, vel si hæres a quo legata aut fideicommissa relicta sunt, quorum præstandorum onus constat in fideicommissarium transire restituta hæreditate, salvam Falcidiam habeat, aut si detrahere eam non potuerit, *l. si patroni*, §. *qui fideicommissariam, l.* 1. §. *denique, et* §. *seq. hoc tit. l. lex Falcidia*, §. *ult. ad leg. Fal. l. cohæredi*, §. *quod si hæredem, de vulg. subst.* Et in specie *l. pœnales*, §. *ult. ad leg. Falcid.* legatarius a quo pecuniarium fideicommissum relictum est, non utitur Falcidia ex sua persona, sed quia passus est Falcidiam, hoc imputat pro rata fideicommissario, ut si XX. legatis rogatus sit XV. restituere, et Falcidia ex legato detraxerit quinque, fideicommissario restituit XI. et quadrantem unius, idemque erit si XX. legatis rogatus sit restituere quinque: (sic enim recte scriptum est cum in Florentinis tum in Basilicis *d. l. pœnales*, §. *ult.*) ideoque fideicommissario restituet tres tantum, et dodrantem unius: nam quod quidam contendunt, hoc casu non posse imputari Falcidiam fideicommissario, eique esse præstanda integra quinque, quod solutis quinque hæredi, et quinque fideicommissario, adhuc apud legatarium remaneant X. hæc subtilitas refellitur *l.* 5. *Si cui plus quam per leg. Fal.* quæ plerunque ait æquum esse, ut legatarius, qui passus est Falcidiam pro rata retineat ex fideicommisso etiamsi tantum ex legato apud eum reman-

surum sit, ut sufficere possit ad præstandum fideicommissum, quod quidem tantum, non parem modo fideicommisso quantitatem significat, sed etiam ampliorem: nec enim dicit tantum quantum, sed tantum ut sufficere possit. Et addit, Plerunque, quia sunt duæ exceptiones in *d. l. pœnales*: Si testator integrum fideicommissum præstari voluit: quæ præsumptio est in alimentis relictis, *l. cum pater*, §. *si pars*, *de leg.* 2. *l. maritum*, §. *ult. ad l. Falcid. l. liberto*, §. *liberto*, *de annuis leg.* et si servum suum vel alienum manumittere legatarium rogaverit. At præterea, in specie *l.* 1. *inde Neratius*, *hoc tit.* fideicommissarius non detrahit Falcidiam ex eodem fideicommisso a se alii relicto ex persona sua, sed quasi ex persona hæredis: qui ex eo noluit eam detrahere, ut ipse potius detraheret, nec donare eam voluit posteriori fideicommissario sed priori: et legendum in supradicto §. *inde Neratius scribit*, si hæres rogatus restituerit, non restituere. Idemque in specie *l. facta*, §. *si cum suspecta*, *et l. Marcellus*, §. 1. *hoc tit.* quia onus legatorum ab hærede relictorum in fideicommissarium transit, ex persona hæredis convenitur et ex ejusdem persona detrahit Falcidiam ex legatis: quam hæres detrahere posset si conveniretur, licet a fideicommissario universali coactus adiisset: a legatariis enim cogi non potuit. Sed in specie hujus legis hæres ex cujus persona convenitur, Falcidiam detrahere ex fideicommisso hæreditatis non posset: propterea quod coactus adiit, *d. l. cogi*, §. *Mætianus.* Ad hæc Accursius quærit hoc loco, an is cui per fideicommissum restituta est hæreditas, si rogatus sit alii eandem restituere, ea restituta desinat esse fideicommissarius, an desinat esse hæredis loco. Hæres quidem restituta hæreditate non desinit esse hæres, et directæ actiones apud eum remanent, transferuntur utiles, et jura sepulchrorum habet, *l. quia perinde*, *l. si patronis*, §. *qui fideicom. hoc tit.* quæ exhæredati etiam habent, *l.* 6. *de relig. et sumpt. fun.* hac scilicet ratione, quia liberi sunt, hæredes extranei non possunt ea jura habere restituta hæreditate alia ratione quam quia hæredes manent: idemque admittunt in bon. possessore, ut restitutis bonis non desinat esse successor prætorius. Et consequenter Hugolini opinio verior videtur existimantis primum fideicommissarium restituta hæreditate secundo, non desinere esse successorem Trebellianum: nam etsi in secundum fideicommissarium transeant utiles actiones, non ideo sequitur nullas residere penes primum: nec enim transeunt eædem quæ primo et in primum competebant, et utilium actionum ita facienda distinctio est, ut aliæ sint utiles comparatæ ad exemplum directarum, aliæ utiles comparatæ ad exemplum utilium, ut alia est actio Publiciana, quæ utilis vindicatio est, alia utilis Publiciana, et alia actio hypothecaria, quæ utilis Serviana est, alia utilis hypothecaria. In illo loco, An fructus partis tuæ, Flor. habent, *suæ.* Sed *tuæ* est proculdubio rectius, ut inf. *jus tuum.* Et hæc sufficient ad hanc legem. Restat ex hoc libro tantum *l.* 63. *de verb. obl.* cujus hæc sunt verba.

Ad L. Si ita quis 63. *de verb. obligat.*

Si ita quis stipuletur, sive navis ex Asia venerit, sive Titius consul factus fuerit, utra prius condicio extitisset, stipulatio committetur, et amplius committi non potest. Sed enim cum ex duabus disjunctivis condicionibus altera defecerit, necesse est ut ea quæ extiterit stipulationem committat.

Si stipulationis disjunctive conditiones sint, et utraque extiterit, semel tantum committitur, nempe ex ea quæ prius extiterit. Quod si altera extiterit, altera defecerit, ea quæ extiterit stipulationem committet, nec ea quæ defecit: nec enim utramque existere oportet, ut si conjunctim adscriptæ essent, sed alterutram. Utitur exemplo hujusmodi, Sive navis ex Asia venerit, sive Titius consul fuerit, dabis? Sive igitur vox est disjunctiva. Fateor nonnunquam esse subdisjunctivam, id est, παραδιαζευξιν, cum utrumque esse significat, ut si dicas Alexander sive Paris, quo exemplo Priscianus utitur, id est, Alexander qui et Paris dicitur, et in testamento Persii, Coruuto Chrysippi libros circa septingentos sive bibliothecam omnem: et similiter Aut, vel, et omnis alia vox disjunctiva, ex mente pronunciantis, et ex causa qua de agitur haberi potest pro subdisjunctiva, et in hoc proposito nihil refert dixerit, Sive, an Aut, hoc modo: Si navis ex Asia venerit, aut Titius consul factus fuerit, nam et hæc stipulatio non nisi semel committi potest: et ita stipulatio Judicatum solvi, quandiu res non defendatur, aut quod hujus rei judicatum erit non præstetur, non committitur nisi semel, *l.* 1. §. *in hac*, *l. ult. Jud. sol.* de qua proculdubio scribens Africanus hoc cum ea contulit stipulationis exemplum, sicut Ulpianus facit in *l. cum quærebatur*, *eod. tit.*

AD AFRICANUM

TRACTATUS VII.

Ad L. Si convenerit 18. *de jurisd. omn. jud.*

Ex Libro VII. Quæstionum prima in Pandectis est *l.* 18. *de jurisd. omn. jud.* cujus hæc sunt verba:

Si convenerit ut alius prætor quam cujus jurisdictio esset jus diceret, et priusquam adiretur mutata voluntas fuerit, proculdubio nemo compelletur ejusmodi conventioni stare.

Et sententia ac ratio hujusmodi, Si convenerit inter me et te, ut pro competente judice incompetens adiretur, veluti prætor tutelaris pro fideicommissario: cum esset inter nos controversia de fideicommisso, non teneor conventioni stare: quia nuda conventio obligationem non parit. Nec quidquam obstat *l.* 1. *de judic.* et si quæ sunt similes, quoniam non videntur se subjecisse nisi qui eum adierunt; hic nondum fuerat aditus. Nec *l. pen. C. de pact.* quia de conventione loquitur contractui apposita ex continenti, ne reus utatur præscriptione fori, ex qua nemo ambigit obligationem nasci, et quamvis non nasceretur, tamen posset præscriptio fori apposita repelli replicatione pacti conventi: quia constat etsi ex pactis jure civili non dentur actiones, jure prætorio exceptiones et replicationes dari. Sed si post conventionem de adeundo judice incompetenti, etiam eum adierimus: et nos ei subjecerimus, et litem contestati apud eum fuerimus, quæ fuit initio nuda conventio desinit esse nuda, quia ex facto, id est, ex conventione judicis, et litis contestatione sumpsit effectum, et teneor conventioni stare. Posset uterque nostrum contraria voluntate ab ea conventione discedere, sed alter non potest invito altero, posteaquam scilicet judicem adivimus. Recte ponitur species in judice sive prætore: nam privatorum consensus judicem quamvis incompetentem, et incongruum, competentem facit, si modo eum adierint, *l.* 1. *C. de jurisd. omn. jud.* Eum vero qui nulli judicio præest, id est, privatum privatorum consensus judicem non facit, nec si eum adierint, *l.* 3. *C. eod.* Augustinus in quæst. vet. test. *Præfectus*, inquit, *potest agere vicem præfecti, et prætor prætoris, non tamen privatus potest agere vicem potestatis alicujus*, quæ sententia Augustini vera est, ut non possit agere privatus vicem potestatis alicujus, vel sua auctoritate, vel consensu privatorum: nam ex mandato prætoris, vel alterius potestatis, vice ejus fungi privatus potest, *l. ult. de off. ejus cui mand. est jurisd.* Secunda autem est *l.* 46. *de neg. gest.* quæ sequitur.

Ad L. Mandasti 46. de negot. gest.

Mandasti filio meo ut tibi fundum emeret: quod cum cognovissem, ipse eum tibi emi. Puto referre qua mente emerim: nam si propterea quod tibi necessarium esse scirem, et te ejus voluntatis esse, ut emptum habere velles, agemus inter nos negotiorum gestorum, sicut ageremus si aut nullum omnino mandatum intercessisset, aut Titio mandasses, et ego quia per me commodius negotium possim conficere emissem. Si vero propterea emerim ne filius mandati judicio teneatur, magis est ut ex persona ejus, et ego tecum mandati agere possim, et tu mecum actionem habeas de peculio: quia, et si Titius id mandatum suscepisset, et ne eo nomine teneretur ego emissem, agerem, cum Titio negotiorum gestorum: et ille tecum et tu cum illo mandati. Idem est et si filio meo mandaveris ut pro te fidejuberet, et ego pro te fidejusserim. Si proponatur te Titio mandasse, ut pro te fidejuberet, meque quod is aliqua de causa impediretur quo minus fidejuberet, liberandæ fidei ejus causa fidejussisse, negotiorum gestorum mihi competit actio.

Mandasti filiofam. meo ut tibi servum emeret, vel ut fidejuberet pro te: ego cum id cognovissem tibi servum emi, vel fidejussi pro te. Quæritur quæ mihi tecum aut tibi mecum actio sit, mandati, an negotiorum gestorum. Et recte Africanus inspiciendum putat, qua mente mandatum expleverim quod filio dederas, quodque filius meus susceperat: nam si in tui gratiam, est inter nos ultro citroque actio negotiorum gestorum, perinde atque si nullum mandatum intercessisset: quia et si intercesserit, non tamen id mandasti mihi, sed filio: inter te et filium erit actio mandati. Quod si in filii gratiam mandatum explevi, liberandæ ejus fidei causa, quod is commode mandatum explere non posset, inter me, et filium nulla actio esse potest, propter vinculum patriæ potestatis, inter me, et te nulla etiam actio est ex persona nostra sed est ex persona filii ultro citroque actio mandati, tibi directa de peculio, mihi contraria in solidum: eademque est inter te, et filium in solidum. Accursius contendit hoc casu teneri etiam patrem in solidum ex *l. si filius, de tut.* quæ patrem teneri ait in solidum, si agnoverit tutelam demandatam filio, id est, si gesserit, vel si gerenti consenserit. Duo sunt casus, si gesserit pater, et si filio gerenti consenserit. Quod ad priorem attinet, respondeo, hic gessisse patrem filii gratia, non tua, et ideo suo nomine obligari eum tibi non posse sed filii tantum nomine de peculio. Ibi patrem gessisse pupilli gratia, et ideo pupillo eum teneri in solidum, non quidem tutelæ, sed negotiorum gestorum. Et quod ad posteriorem attinet, respondeo, hic nihil gessisse filium, ibi filium gessisse patre agnoscente tutelam, id est, agnoscente periculum tutelæ: nec enim aliud est agnoscere tutelam, quam agnoscere periculum tutelæ: quamobrem suo nomine tenetur pater quasi jussor vel quasi fidejussor: patre autem non agnoscente periculum teneri eum de peculio dumtaxat, *l. La-*

cius, *de adm. tut.* nec separandam hac in re esse tutelam dativam a testamentaria. Consensus igitur, id est, scientia, patientia, taciturnitas patris, non obligat patrem in solidum, *d. l. Lucius*, immo nec cohortatio, vel admonitio sola bene gerendæ tutelæ, *d. l. si filius*, *in fi.* Consensus expressus quasi periculi receptio est, et obligat patrem in solidum, *d. l. si filius*, *d. l. Lucius*, *in fi.* ut ita plane nihil dissideat alia ab alia, sed consentiant admodum, atque opituletur alia alii. Porro secundum distinctionem hujus legis accipienda est *l. si vero non rem*, §. *si filiofam. et sequ. Mand.* Mandasti filiofam. meo ut creditori tuo solveret: ego solvi. Lex ait re mihi teneri mandati: hoc ita, si contemplatione filii solvi: nam si tui gratia, teneris actione negotiorum gestorum. Quid vero si post emancipationem filii solvi. Et ait esse negotiorum gestorum actionem, in filium scilicet si contemplatione ejus solvi, in te si tui contemplatione. At quod de filiofam. Africanus scripsit id omne scripsit comparatione facta extranei: nec enim aliud juris est in extraneo, vel filio emancipato, quam in filiofamil. Si extraneo mandasti, ut tibi servum emeret, aut pro te fidejuberet, et ego emerim, vel fidejusserim, si tui gratia, est inter me et te negotiorum gestorum, inter te et extraneum mandati: Si gratia extranei, inter me et extraneum, est negotiorum gestorum, inter te et extraneum mandati, inter me et te nulla. Et quod ait, Idem est, et si filio meo mandaveris, ut pro te fidejuberet, etc. hoc est, ut si filii gratia fidejusserim pro te, sit inter nos actio mandati ex persona filii, et comparatione facta extranei, ut etiamsi extraneo mandaveris, ut is fidejuberet pro te, et ego fidejussero extranei contemplatione, nulla sit actio inter me et te, inter me et extraneum sit negotiorum gestorum; quod ex altera parte tractari, eodem modo, eademque servata comparatione potest, si in tui gratiam explevero mandatum, quod vel cum filiofamil. meo contraxeras, vel cum extraneo.

Ad L. Etenim. 4. de minor.

Sequens quæstio *l. 4. de minor.* ut intelligatur, Sciendum est in causa restitutionis in integrum differentiam esse inter filiumfamilias, et servum: nam filiusf. minor XXV. annis, ex his causis in re peculiari restituitur in integrum, quæ ipsius intersunt, puta si obligatus sit, et conveniatur, *l. 3.* §. *sed utrum, hoc tit.* nam quod conventus præstiterit, non potest servare ab alio vel a patre. Et pater etiam ipse in integrum restitui potest, licet major sit xxv. annis, si ex persona filii, vel ne ex persona filii conveniatur de peculio, *l. patri*, *h. t.* non si suo nomine conveniatur, Quod jussu, vel institutoria, aut exercitoria, vel de in rem verso. Servus autem beneficio ætatis, nullo modo in integrum restitui potest, id est, neque per se, neque per dominum, si dominus fuerit major XXV. annis. Et ratio differentiæ hæc, quia persona servi nulla est etiam jure prætorio, et extraordinario, *l. 1. inf. de ju. delib. l. qui testamento*, §. *servus*, *qui test. fac. poss. l. nullo*, *ad leg. Corn. de fals.* et conveniri ipse ex eo quod gessit non potest, sed dominus tantum in cujus potestate est de peculio, vel aliis prætoriis actionibus, atque ideo domini persona spectatur, an possit restitui in integrum, sicut si quid servo testamento vel codicillis relictum sit, persona domini inspicitur, an sit cum eo testamenti factio, *l. debitor*, §. *servo*, *de leg. 2.* et si contrahat, an domino sit jus contrahendi, ut est in *prin. de stip. ser. Instit.* ubi placet illud Theophili, servus ex persona domini χαρακτηρίζεται. Possis dicere, Dominus servum personat, quoniam glossæ personat interpretantur, διαχαρακτηρίζει, et χαρακτηρίζει et ita dum quæritur, an servus minor xxv. annis, qui deceptus est in re peculiari, in integrum restitui possit, persona domini inspicitur an ipse dominus possit restitui. Si possit, ut si dominus etiam ipse minor sit XXV. annis, impetrabit restitutionem servi nomine, vel etiam suo, quia ejus principaliter interest: interest quidem servi peculium habere, sed magis domini, *d. l. 3.* §. *sed utrum*, *supra*, et cujus magis interest, ejus principaliter interest, *l. 19. C. de lib. cau.* Si non possit restitui suo nomine, ut si major sit XXV. annis, nec servi nomine restitutionem impetrabit, nec si servus ille fuerit impubes: quia non plus hac in re favemus impuberi quam puberi. Nec etiamsi liberam peculii administrationem servus habuerit, quia plenior peculii administrandi potestas non mutat condicionem servi, et generaliter his omnibus casibus domino imputari potest, cur minori rem commiserit, *l. 3.* §. *ult. supra*, et ut adjicit Africanus in *l. 4.* concessa peculii libera administratione quidquid ita servus gerit, videtur gerere domini voluntate. Cui est concessum peculium, non etiam libera peculii administratio, is in re peculiari negotiatur sine ulla domini voluntate: §. *præterea*, *Inst. Quod cum eo*, *etc.* Is cui concessa est libera peculii administratio, videtur rem gerere, et negotiari domini voluntate: quia voluntatem tacitam habet non expressam, generale permissum non speciale. Is autem quem quis institorem fecit, id est, quem specialiter negotiationi præposuit, sive servus sit, sive liber, vel liber homo quem procuratorem certi negotii fecit, plene gerit negotium domini voluntate, et ex his quidem causis dominus

cujus manifesta voluntate negotium gestum est, obligatur in solidum, vel institoria actione, vel mandati, cum tamen concessa libera peculii administratione, non teneatur nisi de peculio. Sed hac differentia excepta, in ceteris omnibus similis est is qui rem videtur gerere domini voluntate, id est cui concessa est libera peculii administratio, ei qui rem gerit domini voluntate, id est, institori et procuratori, *l. si quis hac lege*, §. *ult. de rei vind. l. si servus meus, de acq. poss.* Porro si institorem vel procuratorem fecerit major minorem, is neque ex sua persona in integrum restitui potest institore vel procuratore decepto in gerendo negotio: cum sit major xxv. annis, neque ex persona institoris vel procuratoris, *l.* 23. *h. t.* et Paulo auctore 1. *Sent.* his verbis: *Qui minori mandavit, ut negotia sua agat, et ex ejus persona in integrum restitui non potest*, quia scilicet nec ipse procurator vel institor in integrum restitui potest, etiamsi liber homo fuerit cum nihil ejus intersit: nec enim ejus damno ea res cedit, sed domini: aut si is restituatur, per consequentiam et dominus restituetur, qui major est annis xxv. quod prætoris propositum non est. Posset tamen uno casu res procuratoris vel institoris damno cedere, si rem a domino servare non posset, quo fateor esse dandam procuratori restitutionem in integrum, sicut e contrario domino minori datur restitutio in integrum, procuratore suo decepto majore xxv. annis, si rem a procuratore servare non possit, *d. l.* 23. Quod ergo dicimus de minore, quem major institorem fecit, vel procuratorem, ut neque is possit, neque dominus ex ejus persona restitui in integrum, idem obtinebit in servo minore xxv. annis, cui dominus permisit liberam peculii administrationem: et mala erit defensio si deneganti restitutionem in integrum hoc dicat, Ego nihil gessi, sed permisi: quia semper imputatur ei cur permiserit. M. Tullius in frumentaria: *Mala ac misera defensio prætorem hoc dicere, Ego frumentum neque attigi neque inspexi mancipibus potestatem probandi, improbandique permisi:* et mox, quod versu uno, et altero amplius ita est scriptum in vetustissimis libris, fortasse non male. *Mala est hæc quidem, ut dixi, ac potius perdita maximorum peccatorum, hujus autem iniquitatis et inertiæ* sunt: *confessio non defensio criminis.* Verba autem Africani hæc applicita ad *l.* 3. §. *ult.*

Etenim quodcumque servus ita gerit, voluntate domini gerere intelligendus est, et magis hoc apparebit si aut de institoria actione quæratur, aut si proponatur majorem annis xxv. negotium aliquod gerendum minori mandasse, et illum in ea re deceptum esse.

Si de institoria actione quæratur, id est, si dominus conveniatur actione institoria: nec enim ex persona institoris cognitionem, vel integri restitutionem impetrabit. Sed restant quædam adhuc. Dixi filiumfa. minorem, qui quid gessit mandato patris, id est, quasi procurator patris, non posse restitui in integrum ex *l.* 23. *hoc tit.* Quæro, cur tamen possit restitui, si quid gesserit jussu patris? neque hoc casu, neque illo, rem a patre servare potest, et si propterea hoc casu restituitur, restituendus etiam videtur illo. Sed differentia est constituenda inter jussum, et mandatum, nam filiusfamil. a patre mandatum suscipit, id est, procurator fit patris quasi extraneus quilibet: et exemplo extranei non restituitur in integrum, quia nisi esset impedimento patria potestas, a patre veluti extraneo rem servare posset, cum solvendo est pater. Jussum suscipit proprie quasi filius. Dixi servum minorem xxv. annis non posse restitui in integrum. In *l. seq.* ponitur unus casus, quo videtur servus restitui in integrum beneficio ætatis, si præsens ei libertas fideicommissaria debebatur, quia minori in re mora fit, etiam sine interpellatione: id est, etiamsi non petierit libertatem. Quod in re mora fiat, non ideo fit liber ipso jure, sed restituitur in integrum, ut perinde omnia ei serventur integra, atque si eo tempore, quo in rem mora facta est, manumissus fuisset, atque ideo ex muliere, cui præsens fideicommissa libertas relicta est, nascuntur ingenui ante præstitam libertatem si modo fuerit minor xxv. annis licet libertatem non petierit. Et generaliter ita minori relicta libertate omnia integra serventur perinde ac si liber fuisset, et consequenter de eo quod interim gesserit conveniri poterit: nam omnis restitutio in integrum est reciproca. Et hoc beneficium restitutionis significatur his verbis in *l. cum vero*, §. *certe minoribus, de fid. libert.* Certe minoribus xxv. annis et in hoc tribuendum est auxilium. Auxilium enim illud est restitutio in integrum, ut Græci interpretantur recte. Dices, cur non est etiam necessaria restitutio in integrum minoribus, ut debeantur usuræ legatorum, aut fideicommissorum, *l.* 3. *C. in quib. caus. non est nec. rest. in int.* quod *d. l. cum vero* ait esse ex Constitutione Severi, quæ articulo hodie significatur in *l.* 1. *de usur.* Dicam, quia id Severus tantum constituit in legatis, et fideicommissis, ut usuræ minoribus omnino deberentur, non etiam relicta fideicommissaria libertate, ut vel liberi essent mora facta in re, vel jure liberorum hominum censerentur: erat quidem æquum hoc etiam admitti, et vero admittetur, sed non sine auxilio prætoris, quia deficit Constitutio. Et hæc de restitutione minorum.

Ad L. Videlicet 29. ex quib. caus. maj.

Sequitur alia quæstio de restitutione majorum in *l. 29. ex quib. caus. maj.* quæ quod pendeat ex superiori, enarranda igitur sunt superiora priusquam ejus verba proponantur, eodem quo fecimus modo, et ratione eadem in quæstione præcedente. Igitur sciendum est, ex hoc edicto absentem Reipubl. causa, veluti militem, restitui in integrum, si interim dum is militiam ferebat, res ejus usucapta sit, data pristina actione in rem, quæ ob id restitutoria dicitur, et rescissoria, quod rescindat usucapionem, aut fingat eum, quo eum agitur non usucepisse licet usuceperit, sicut e contrario Publiciana fingit actorem usucepisse, licet non usuceperit: utraque est fictitia actio. Sed hæc perpetua, quia specie tuendi juris civilis, id est specie et colore tuendæ usucapionis datur: illa, id est, rescissoria annua, quia contra jus civile datur: rescindit enim usucapionem, quæ est a jure civili, *l. in honorariis, de oblig. et actio.* eadem vero forma actio rescissoria dicitur in tit. ad S. C. Vell. quod rescindat intercessionem mulieris, *l. ult. §. ult. eod. tit.* Et in *l. ut mihi, de donat.* quod rescindat delegationem. Et in *l. 2. Cod. si adv. trans.* sicut in veteribus libris scriptum est, tributa actione rescissoria, quod rescindat acceptilationem. At similiter actio rescissoria de qua hoc titulo agitur, quamque diximus dari militi, dabitur etiam in militem, cum militia solutus erit ei, cujus rem ille interim dum abesset, nec defenderetur usucepit. Decipiuntur plerique *§. rursus, Inst. de act.* quod eo §. detur hæc actio in militem, vel quem alium absentem Reip. causa, non militi: nec ex eo enim possis vere constituere, militi adversus privatum, qui rem militis usucepit, actionem rescissoriam non dari: nam et si non detur eo loco, datur aliis, ut *l. 1. l. item ait prætor, l. prox. §. ult. l. ab hostibus, sup. l. si cum venditor, §. 1. de evict. l. non quocumque, §. 1. de leg. 1.* Et adjicit *lex prox. §. ult.* per hanc actionem restitui militi vel privato, qui eam intendit non rem usucaptam tantum, sed etiam fructus medii temporis, quo scilicet miles abfuit, nec defensus est: quia scilicet plena restitutio est, et retroaguntur omnia perinde ac si nulla usucapio intervenisset: et addit causam restitutionis Africanus his verbis:

Videlicet ne cui officium publicum, vel damno, vel compendio sit.

Id est, ne officium publicum, veluti militia, damno adficiat militem, vel privatum: nam compendio quidem militi militia esse potest, sed non alieno dispendio, *l. 18. hoc tit.* et recte in *tit. de reg. jur.* absentiam ejus, qui Reip. causa abest, neque ei, neque alii damnosam esse debere. Posui exemplum in usucapione, sed facienda etiam est restitutio ex ceteris causis, ut est in *l. seq. §. ult.* veluti adversus rem judicatam, *l. 1. C. eod.* vel adversus venditionem, *l. 6. C. de test. mil.* vel adversus præscriptionem quamlibet temporalem, *l. 1. et 5. C. eod.* et in specie de qua Africanus eodem libro scripsit in hunc modum, *l. 43. hoc tit.*

Ad L. Si quis stipulatus 43. ex quib. caus. maj.

Si quis stipulatus sit in annos singulos, quoad in Italia esset vel ipse, vel promissor, et alteruter Reip. causa abesse cœperit, officium prætoris est introducere utilem actionem. Eadem dicemus, et si ita concepta stipulatio fuerit, si quinquennio proximo Romæ fuerit, vel ita, Si Romæ non fuerit, c. dare spondes?

Si quis stipuletur usufr. in annos singulos, quoad in Italia erit ipse vel promissor, etiamsi unus eorum abfuerit, non ideo minus debetur ususfructus, quia satis est alterum in Italia fuisse, ut committatur stipulatio: verum non ita Africanus ponit speciem. Ait enim, Si quis stipulatus sit in annos singulos, quoad in Italia esset, vel ipse, vel promissor: quæ verba recte Acc. divisim esse accipienda, ut sint duæ stipulationes, Quoad in Italia erit stipulator: Quoad in Italia erit promissor. Priorem adsumamus. Si de te stipuler usufr. in annos singulos, quoad in Italia ero, et abfuero Reip. causa, reverso mihi datur restitutio, ut capiam usumfructum, et fructus medio tempore perceptos, ne mihi absentia mea noceat, cujus causa justissima fuit. Adsumamus posteriorem. Si de te stipuler usumfructum in annos singulos, quoad in Italia eris. et abfueris Reip. causa, ejus temporis quo abfueris perinde ususfructus debetur mihi, atque si in Italia fuisses, ne mihi absentia tua noceat. Si tua voluntate abfuisses, nihil deberes: sed quia necessitate abfuisti non voluntate tua, haberis pro præsente apud prætorem, cujus officium erit his casibus introducere utiles actiones, et dare non tantum absenti actionem de usufructu ejus temporis quo abfuit, sed etiam in absentem. Introducere prætor dicitur actiones utiles, quæ ex mero officio ejus proficiscuntur, directis deficientibus, ut *§. introduxit, et §. præterea, Instit. quod cum eo, etc. l. Cassius, quæ in fraud. cred.* vel deficiente edicto, ut in his casibus edictum deficere constat, quod est tantum de restituendis actionibus temporalibus, quarum dies exiit absente eo, cui vel in quem competebant, non de restituendis etiam his quarum condicio defecit: sed restituentur tamen officio prætoris, quia prætori non habetur pro defecta condicio, quæ fuit in potestate stipulatoris, vel promissoris, si non sponte ejus defecerit, sed

cogente necessitate. Duplex igitur est actio restitutoria. Una ex edicto, altera ex decreto sive officio prætoris, ut *l. 3. C. eod. l. nec utilem, supra eod.* Et utraque utilis: sed ad priorem utilem actionem accommodata posterior, ut tractatu sexto ad *l. ex asse, ad Trebel.* Sæpe in jure utilium actionum ostendi esse alias utiles actiones. Et hoc quod tradit Africanus hoc loco, est evidentius proditum de legatis relictis in annos singulos, quoad legatarius in Italia erit, *l. Julianus;* §. *ult. sup.* ita ut etiamsi abfuerit legatarius Reipubl. causa, et sic legati condicio defecerit, reverso debetur utilis legatorum actio perinde atque si Italia non excessisset: quod quia non est ex edicto, Ulpianus in *d. l. Julianus* utitur in eam rem auctoritate Labeonis, Juliani, Pomponii, quæ esset supervacua si edictum sufficeret. Verum adjicit Africanus in hac lege, idem esse dicendum si qui stipulatus est usumfruct. vel quid aliud sub condicione, si quinquennio proximo Romæ fuerit, abfuerit Reip. causa: namque reverso restituetur officio prætoris actio ex stipulatu, ut perinde habeat, quod in stipulatum deduxit, atque si Romæ fuisset. Itemque si quis stipulatus est sub condicione, Si Romæ non fuerit, Romæ fuerit coactus publica causa: nam et huic perinde ac si Romæ non fuisset ad exemplum hujus edicti dabit prætor utilem actionem, quod idem in promissore poni potest non minus, quam in superiori specie. Si promissor Romæ fuerit, ut scilicet teneatur si Roma abfuerit Reip. causa: et contra, Si promissor Romæ non fuerit, ut æque teneatur si Romæ fuerit Reip. causa. Sequitur *l. 37. de usufr. et quemadm.*

Ad L. Quæsitum est 37. de usufr. et quemadm.

Quæsitum est, si cum in annos X. proximos usumfructum de te dari stipulatus essem, per te steterit quo minus dares, et quinquennium transierit, quid juris sit. Item si Stichi X. annorum proximorum operas de te dari stipulatus sim, et similiter quinquennium præteriit. Respondit, ejus temporis usumfructum et operas recte peti, quod per te transactum est quo minus darentur.

Quod idem Africanus libro quinto scripsit de legatis *l. prox.* §. *ult. supra*, id nunc docet etiam obtinere in stipulationibus Auget rem: nam facilius admittimus in legatis ex mora deberi fructus, sive æstimationem ususfructus legati, quæ est sententia *d.* §. *ult.* quia legata comparantur bonæ fidei contractibus. In stipulationibus strictis ex mora fructus vel usuræ non veniunt, nisi mora contracta sit per litis contestationem: nam post litem contestatam ex æquitate Sabinianis placet fructus quoque præstandos, ut causa restituatur, *l. videamus 2.* §. *si actionem, de usur.* Ait, post litem contestatam: non igitur post quamlibet moram. Rursus ait, ex æquitate: quia stricti juris ratio repugnat. Item, Sabinianis: nam nec Proculiani æquitatem ejusmodi recipiebant. Sed Paulus Sabinianus accedit in *d.* §. *si actionem*, *et l. 8. de re jud. l. cum. fundus, in princ. de reb. cred.* Accessere et alii vulgo, *l. 2. de usuris.* At etiam in casu proposito hoc loco placet post moram quamlibet, ante litem contestatam in actionem ex stipulatu fructus venire: Finge. Stipulatus sum de te usumf. dari in annos x. proximos a tempore stipulationis. Quinquennio continuo per te stetit, id est, per moram tuam frustrationemque factum est, quo minus daretur ususfructus, an si agam de usufructu actione ex stipulatu, quinquennii quoque fructus debent mihi præstari. Et ait fructus vel potius usumfructum, id est, æstimationem ejus temporis recte peti. Nec obstare scilicet quod dicitur, in stipulationibus ex mora fructus non venire, quoniam hoc ita procedit, nisi et fructus ipsi stipulatione contineri intelligantur: porro stipulatione hujusmodi, ab hoc die in illum diem usumfructum dari, fructus contineri quicunque interim percipiuntur, aut percipi possunt: quam mentem contrahentium tentat Papinianus etiam esse in stipulatione vacuam possessionem dari, vacuam ex adverso accipiens pro plena, ut etiam fructus contineat, et partus, *l. 4. de usur.* quod Pomp. non probat, *l. 3.* §. *1. de act. emp.* nec Latinorum inter hunc et illum mediæ rationes ullæ sunt probabiles: probabilis si qua, ea Græcorum est, Papinianum loqui de condictione incerti, Pomponium de condictione certi: quæ distinctio conciliat sæpe in jure auctores, qui discordare inter se videntur. At quod posuit Africanus in usufructu, idem etiam ponit et statuit in operis servi promissis in x. annos proximos: et separat operas ab usufructu: nec mirum, cum et seperati sint de his tituli. At *l. 3. et 4. de op. serv.* eundem videtur facere usumfructum, et operas servi, dum ait, in usufructu esse operas, in operis usumfructum, qua de causa quidam malunt, in *l. 5. eod.* usumfr. datum intelligi: ego nollem, quia præterquam quod Florentini, et Basilici non ferunt, sane magis etiam accedunt operæ ad usum, quam ad usumfructum, cum individuæ sint, sicut usus, ususfructus dividuus. At vero, et ab usu et ab usufructu multum distant, qua de causa nec operis servi legatis possis proprie dicere in legato usum vel usumfruct. esse, *l. 1.* §. *si ususfructus, ad leg. Falcid.* quia aliud est usus vel ususfructus per se, longe aliud usus, vel ususfructus qui est in operis. Usus et ususfructus capitis diminutione et morte usuarii vel fructuarii et non utendo perit, sed non operæ, quia vel ipso nomine in-

telligitur has spectari ex persona operarii, illa vero jura ex persona usuarii, vel fructuarii: ac proinde manente operario manent operæ in obligatione, etiamsi eas sibi edi creditor non petat, vel etiamsi capite minuatur, aut si moriatur, manent, re usuaria, vel fructuaria, nec manente usuario, vel fructuario, aut non utente jure suo intra constitutum tempus, interit usus et ususfructus. At quia quod dictum est de legatis *l. prox.* in hac trahitur ad stipulationes, consequens est, ut quemadmodum in legatis dictum est, in diem finiti ususfructus æstimationem ususfructus præstari, ita in stipulatione dicamus, de qua agitur in hac lege, non, ut ponitur, Si quinquennium transierit, aut biennium, aut triennium, sed et si totum decennium, atque ita tempore finitus ususfructus fuerit, ex mora in decennii usque novissimum diem in actionem ex stipulatu fructuum rationem haberi: ac præterea recte in formula hujus stipulationis, in annos X. proximos: nam si in annos x. quandoque cessante promissore quinquennium, non ideo confestim agi cum eo posset parato decennii usumfructum præstare. Rursus recte etiam quæstio de usufructu, et operis, quæ sui natura in annos, vel dies, vel menses dividuntur, non unica præstatione funguntur: nam si certam summam stipuletur quis in annos X. puto non nisi novissimo die ejus temporis agere eum posse: perinde ac si fere post annos X. stipulatus esset, *l. si in annos, de cond. et dem.*

Ad L. Sed postquam 9. Comm. divid.

Nunc transeamus ad *l. 9. Com. divid.* quæ ex eo pendet, quod in extremo legis præcedentis proponitur ex Paulo de servo communi, cujus ex contractu unus ex dominis accepit judicium de peculio in solidum. Et sciendum est, ex contractu servi communis duorum, vel plurium, agere creditorem posse de peculio cum quo velit ex dominis in solidum, id est in totum peculium, licet peculium totum ejus non sit proprium, sed commune, nec impetrare eum cum quo is agit posse, ut dividatur actio; et rationem hanc reddit Gajus in *l. et ancillarum, §. ult. de pecul.* quæ repetitur, et aptatur etiam ad actionem exercitoriam in *l, 2. de exercit. act.* quod sit iniquum in plures adversarios destringi eum, qui cum uno contraxit. Qui contraxit cum pluribus, licet contraxerit ex una causa, ut qui ex una causa plures a reo fidejussores accepit, destringitur etiam in plures adversarios ex epistola Adriani, dato fidejussoribus beneficio divisionis præterquam uno casu, si plures fidejussores a tutore pupillo dati sint, quo eleganter Pap. ait. *l. ult. Rem pup. sal. fore*, non esse destringendum pupillum in plures adversarios, sed in unum dandam actionem in solidum. Alias, qui ex una causa cum pluribus contraxit, cum pluribus agit: quod et in pluribus mandatoribus, vel reis constitutæ pecuniæ, vel etiam reis principalibus ejusdem pecuniæ locum habet. At qui cum uno contraxit, agit etiam cum uno, ut qui cum servulo uno contraxit, de peculio agit cum uno ex dominis quem elegerit in solidum, si nolit in omnes dividere actionem: neque vero damnosa hæc res est ei, qui solus de peculio convenitur in solidum, quique condemnatus integram debiti quantitatem solvit, hoc facile ferente peculio, cum possit ipse rursus agere adversus socium, non quidem negotiorum gestorum, quia necesse habuit solidum solvere, non de peculio, quia inter se socii, id est dominus cum domino non agit de peculio, *l. 20. de pecul.* Sed pro socio ut quod amplius sua portione solvit, a socio consequatur, quia eum etiam hoc ære alieno liberavit, vel communi dividundo, ut partem peculii consequatur, sicut scriptum est in *l. prox. §. ult. sup.* partem scilicet quæ socio competit, quia pro ea parte liberatus socius est, et sic, ut habeat sibi totum peculium sublata peculii communione, nisi malit socius refundere quod ille amplius sua parte solvit, et peculii portionem retinere. Inde quæritur, quid juris sit, si sublata jam sit communio interitu rerum peculiarium: nam sublata communione, non solet dari actio communi dividundo, *l. 1. hoc tit. l. 9. C. eod.* Fateor, si sit sublata divisione, non si sit sublata interitu rerum communium: nam et hoc casu placet utilem communi dividundo actionem dari: quia sufficit communio quæ præcessit, quæque hodie duraret, si res communes non intercidissent, *l. 24. et 31. sup. fam. erc. l. 11. hoc. tit.* Erit igitur utilis communi dividundo actio ei, qui in solidum conventus, de peculio communi servi communis, et condemnatus solidum solvit, ut partem pecuniæ solutæ a socio consequatur, etiam si peremptum sit peculium, et ita Africanus definit in hac lege his verbis:

Sed postquam socius servi communis nomine de peculio in solidum damnatus esset, si apud socium res peculiares intercidant, nihilominus utile erit judicium communi dividundo ad recuperandam partem pecuniæ: alioquin iniquum fore, si tota ea res ad damnum ejus, qui judicium acceperit, pertineat: cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat: Nam et eum, qui mandatu domini defensionem servi suscepit, omne quod bona fide præstiterit, servaturum: quamvis peculium postea interciderit. Hæc ita si neutrius culpa intervenerit. Etenim dominum cum quo de peculio agitur, si paratus sit rebus pecu-

liaribus petitori cedere, ex causa audiendum putavit, scilicet si sine dolo malo, et frustratione id faciat.

Ex Juliano, ut opinor, ita definit Africanus, sub cujus nomine etiam hæc eadem sententia extat ex lib. 12. Digestorum in *l. si Stichus, h.t.* et referuntur alia ab eodem prodita in hanc quæstionem, eodem libro in *d. l. et ancillarum, §. ult. et l. seq. et l. si noxali, §. ult. et seq. et l. quid ergo, eod. t.* ut puta, si res damnosa futura sit ei qui in solidum convenitur de peculio, forte quod servare a socio non possit id quod sua portione solverit amplius, tum ut damnari tantum debeat pro parte sua, et pro modo ejus quod a socio servare potest. Item si velis unum conveniri etiam ejus peculii nomine quod apud alterum est, et quod solverit pro parte a socio recuperare, necessarium esse, ut servus sit communis, et peculium commune: potest enim fieri ut servus sit communis, peculium domini unius proprium, non commune, quo casu qui peculii sui nomine judicium accepit, nihil a socio recuperare potest: vel potest fieri, ut servus sit communis duorum, peculia duo separata, quo casu alter alterius peculii nomine non convenitur. Item, ut conventus socius de peculio in solidum, pari ratione possit deducere quod alteri socio debetur qui non convenitur. Et hæc ex Juliano in supradictis locis. Nunc ad id quod dictum est, etiam peremptis rebus peculiaribus ei qui solidum solvit, esse utilem actionem Communi dividundo, ut partem pecuniæ a socio ferat: additur hoc loco ratio hujusmodi, quod sit iniquum totam eam rem ad damnum ejus, cum quo actum est de peculio pertinere, cum utriusque domini periculum in rebus peculiaribus esse debeat. Nam et si unicus tantum dominus sit, peculii periculum ad eum spectat, veluti in hac specie: Dominus cum conveniretur de peculio, procuratorem dedit, qui defensionem servi, et peculii susciperet: is bona fide solvit quod servus debuit, id ex peculio sane recipiet mandati actione, si peculium supersit. Quid si postea intercideri? id etiam eodem judicio recipiet ex bonis domini. Nam æquum est peculium domini periculo cedere: et quæ æquitas in uno valet, cur non valebit etiam in pluribus dominis? Postrema pars hujus legis explicatur male ab Accursio et aliis, dum aptatur proximo casui, de domino convento, de peculio qui defensorem dedit, cum sit aptanda principali questioni de duobus dominis: et Neutrius, domini scilicet interpretandum, quia duos posuit fuisse dominos. Sensus autem hic est. Id quod dictum est de duobus dominis, quorum unus conventus de peculio in solidum, solidum solvit, ut partem pecuniæ ab altero consequatur etiam peremptis rebus peculiaribus, ita procedere si neutrius domini culpa intervenerit, si rem ita geri expedierit, id est, solidum peculiare debitum solvi, quam cedere rebus peculiaribus: nam si expediebat magis conventum de peculio cedere rebus peculiaribus, quæ postea interciderunt, quam solvere id quod petebatur, hæc ei culpa imputabitur, nec ejus quod plus solvit partem a socio consequetur. Et rursus si cum ipse quidem vellet quod magis expediebat cedere rebus peculiaribus, alter qui non conveniebatur non permiserit, hic illi non reddet tantum pecuniæ partem dimidiam, sed etiam quod plus pro altera parte præstiterit ille, quam expediebat sibi. Et ne quis in hoc hæreat, adjicit, conventum de peculio, et cedentem rebus peculiaribus audiri, non quidem temere, sed ex causa, Si sine dolo malo, et frustratione id faciat, atque ita vitare condemnationem. Sine frustratione, id est, si non trahendi negotii, aut morandi judicii causa id desideret, Bas. ἀδόλως καὶ ἀνυπερθέτως. His addi potest, evitare etiam eum condemnationem in solidum, et damnari pro sua parte tantum, si paratus sit actionem pro socio cedere adversus socium, *l. quod debetur, de pec.* ideo enim tenetur in solidum, quia habet actionem adversus socium, ut plane non possit ea res ei damno esse: et in omnibus qui idcirco tenentur quia habent actionem, cessio actionis pro justa præstatione est, et hoc forsitan addiderat etiam Africanus ipse, qui et similiter alio casu docet, cessionem actionis pro justa præstatione esse, *l. 16. Depos.* his verbis:

Ad L. Si is apud quem 16. Depos.

Si is apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum ejus apud quem postea sit depositum, eatenus eum teneri apud quem tu deposueris, ut actiones suas tibi præstet.

Depositarius tenetur tantum ob dolum non ob culpam, sed primus depositarius, qui dolo caret, an teneatur ob dolum secundi depositarii, apud quem ipse sibi commendatam rem deposuit postea? Et placet eum teneri, ut vel præstet quanti interest depositaris, vel cedat actione sua adversus secundum depositarium: delegatio enim utique pro justa præstatione erit in hac specie, non minus quam in illa de duobus dominis, quorum unus convenitur, etiam ejus peculii nomine, quod apud alterum est. Sine cessione etiam dat utilem depositi actionem Paulus in Sententiis. Sequitur in *l. 20. de hæred. vend.*

Ad L. si hæreditatem 20. de hæred. vend.

Si hæreditatem mihi L. Titii vendideris, ac post debitori ejus hæres existas, actione ex empto teneberis, quod simplicius etiam in illa propo i-

tione procedit, cum quis ipse creditori suo hæres extitit, et hæreditatem vendidit.

Superiorem quæstionem de socio, quo cum agitur de peculio in solidum, ex contractu servi communis, Julianus tractaverat XII. Digestorum. Invenio et de quæstione, quæ sequitur in hac lege, cum eodem libro tractasse, *l. si creditor, de pecul. l. si creditor, ad l. Falc.* ut plane videatur Africanus sequi ordinem quæstionum tractatarum a Juliano, et in eundem librum conferre, quæ etiam in eundem librum Julianus ipse contulerat. Sciendum autem est confusione tolli obligationem, et actionem, si debitor creditori, vel si creditor debitori suo hæres extiterit. Confusio est concursus debiti et crediti in eandem personam, qui plerumque contingit aditione hæreditatis debitoris, si eam adeat creditor, vel aditione hæreditatis creditoris, si eam adeat debitor, vel aditione hæreditatis utriusque: si utramque adeat tertius quidam: et ratio per confusionem tollendæ obligationis hæc, quod non possit sibi quisquam obligatus esse, nec secum ipse agere, eadem quæ confusæ servitutis acquisitione utriusque prædii, et confusi ususfructus, acquisitione proprietatis, quod non possit mihi, vel rei meæ res mea servire. At vero quamvis confusione sublata sit obligatio, is in cujus personam concurrit debitum, et creditum si res ei sit cum alio, recte utitur ejus debiti vel crediti retentione, reputatione, computatione, deductione, et obligatio naturalis ad aliquid manere intelligitur, quia pignus non liberatur, ut dicemus ad *l. 55. inf. sol. matr.* et nonnumquam confusa etiam actio restituitur, ut *l. si maritus, C. de inof. test. l. hæred. inf. de his quib. ut indig.* vel alia actio datur ejusdem crediti nomine, quibus ex principiis sæquuntur multa, quæ inferius demonstrabuntur, sed ante omnia exponenda nobis est sententia hujus legis sane difficilis. Duæ sunt ejus partes. Prioris speciem ponam ex adverso priusquam ex recto uti se habet. Finge: Vendidi hæreditatem Primi quam adieram, ac post secundo creditori hæreditario hæres extiti: potest videri nulla esse confusio debiti, et crediti: nulla sane fuit ante venditionem, post venditionem videtur fuisse aliqua propterea quod licet emptor jam fuerit loco hæredis, ego tamen re vera hæres sum primi debitoris: debitoris igitur et creditoris eodem tempore: at ex vendito mihi actio est, ut consequar ab emptore, quod Primus debuit Secundo, quia et ob hoc minoris hæreditas venisse intelligitur, ut id debitum emptor præstaret: et hic est casus *l. pen. h. t.* cui adversus est ille qui proponitur priori parte hujus legis hoc modo. Vendidi hæreditatem Primi, ac post Secundo debitori hæreditario hæres extiti: confusio quæque hic contigit post venditionem, quæ nulla fuerat venditionis tempore, et nihilominus teneor ex empto, ut emptori præstem quod Secundus debuit Primo, quia et eo pluris videtur hæreditas venisse, quod in ea esset nomen Secundi tempore venditionis. Et hoc in posteriori parte Africanus ait simplicius etiam in illa propositione procedere cum quis ipse creditori suo hæres extitit, et hæreditatem vendidit. Verba hæc sunt Africani, vel Juliani propria, Simplicius, et propositio. Propositio, id est, hypotesis, seu species, ut *l. tutor, ad Vell. l. 20. de reb. cred. l. si pecuniæ, ut in pos. leg.* Simplicius, ut *l. 55. in fi. loc.* id est, rudius detracta scrupulositate, controversia, distinctione omni: nam scrupulosius in priori parte ex Juliano, quantum existimo, ponitur tempore venditionis debitum non fuisse confusum, cum etiamsi eo tempore confusum fuerit, sicut Africanus subjicit, res ita procedat, ut venditorem emptori pecuniam sibi debitam præstare oporteat, ut puta si debitor creditori suo hæres extiterit, ac deinde hæreditatem vendiderit. Unde et si non post venditam hæreditatem creditoris, ut in priori parte ponitur, sed ante idem etiam hæres extiterit debitori, ac deinde vendiderit hæreditatem creditoris, tenetur ex empto, ut debitum præstet emptori: nec refert cui primum hæres extiterit debitori an creditori. Et ita Javolenus in *d. l. pen.* diligentius proponit, post venditam hæreditatem debitoris venditorem creditori hæreditario hæredem extitisse, ac proinde emptorem ei ex vendito teneri, ut debitum præstet, cum tamen idem sit, si ante venditam hæreditatem debitoris, idem creditori hæres extiterit. Igitur simplicius res tractabitur positis duabus regulis. Prima hæc erit: Si debitor creditori suo hæres extiterit, et hæreditatem vendiderit, licet confusione debitor esse desierit, tamen emptori tenetur non quidem pristina actione creditæ pecuniæ, quæ confusione sublata est, sed ex empto, ut præstet quod debuit, vel ex stipulatu si emptæ et venditæ hæreditatis stipulatio intervenerit: quia eo major hæreditas intelligitur ad eum pervenisse, eoque pluris eam vendidisse, quasi soluta hæreditati pecunia quæ debebatur, *l. si ei cui vendidi, §. pen. de evict.* Ea igitur pecunia in hæreditate computatur. Et debitor in hoc proposito intelligitur, sive jure civili debuerit, sive jure Prætorio, ut si pater, aut dominus qui jure Prætorio tenetur de peculio, ex contractu filii, vel servi, creditori peculiari hæres extiterit, et hæreditatem vendiderit, *l. 2. §. illud quæsitum, h. t. l. si creditor, de pecul.* Præstare enim debet emptori, id scilicet, quod in peculio fuit venditionis tempore: sed absolute ait *d. §. illud*, an præstare debeat emptori, quod est solemne verbum stipulationis emptæ,

et venditæ hæreditatis, et actionis ex empto ut *d. l. pen.* Te acturum ut tibi præstetur, et *l. is a quo*, *de rei vind.* et M. Tullius 3. de legib. *Tu si tabellariam tuleris*, *ipse præstabis.* et 3. de offic. *Qui scire debuit de fuga et furtis*, *præstat edicto ædilium.* At similiter si is cujus prædium debuit servitutem prædio Titiano, Titio hæres extiterit, et hæreditatem vendiderit, ex empto tenetur, ut eam servitutem imponat de integro Et si debitor, qui creditori suo hæres extitit, non vendiderit hæreditatem, sed rogatus sit eam alteri restituere, pari ratione fideicommissario tenetur actione in factum, ut debitum solvat, vel servitutem restituat, *l. ita tamen*. §. *si ex Trebell. l. si hæres pecuniam*, §. *ult. ad Trebell.* et in ponenda ratione legis Falcidiæ idem qui scilicet creditori suo hæres extitit, bonis computat, contribuit, connumerat, quod defuncto debuit, *l.* 1. §. *pen. ad leg. Falc.* Altera hæc est, Si creditor debitori suo hæres extiterit, et hæreditatem vendiderit, licet confusione desierit esse creditor, ei tamen emptor tenetur ex vendito, vel ex stipulatu, si interposita fuerit stipulatio emptæ et venditæ hæreditatis, ut præstet quod debitum fuit, vel ut servitutem quæ debita fuit redintegret, *l.* 2. §. *pen. h. t. l.* 10. *Com. præd.* et similiter si non vendiderit, sed rogatus sit eam hæreditatem restituere, ejus debiti nomine ei est in fideicommissarium utilis actio, *l. debitor*, *ad Treb.* et in ponenda ratione legis Falcidiæ deducit bonis, quod sibi defunctus debuit, quia et eo minor ad eum intelligitur hæreditas pervenisse, *l.* 15: §. *quod avus*, *l. qui fundum*, §. *si quis hæredem*, *ad leg. Falc. l.* 8. *C. eod. l.* 1. §. *igitur*, *C. de rei uxor. act.* quod etiam fit in exercenda separatione bonorum *l.* 1. §. *ult. de separat.* et ex Constitutione Justiniani lege Falcidia non interveniente, si hæres fecerit inventarium, qui debitori suo hæres extitit, in venditione bonorum aliis creditoribus reputat creditum suum, *l. ult.* §. *in computatione*, *C. de jur. delib.* Sed de his satis. Transeamus ad quæstionem *l.* 25. *de pact. dot.* cujus hæc sunt verba:

Ad L. Pater 25. *de pact. dotal.*

Pater cum filiæ suæ nomine dotem daret, pactus est ut mortua filia, uno pluribusve liberis superstitibus, deducta parte tertia, reliqua dos sibi aut post mortem suam illi aut illis filiis, quos in potestate habebat reddatur, deinde hæc ita fieri stipulatus est: post mortem ejus mulier in matrimonio decesserat relictis filiis; quæsitum est an ex stipulatione duas partes illi petere possint: respondi posse: etenim vim ejus stipulationis hanc esse, ut si in matrimonio mortua esset, dos patri redderetur, et perinde habendum, ac si talis stipulatio interposita fuisset, si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem Lucio Titio dari spondes? Nam et si post mortem stipulatoris navis venisset, hæredi deberi.

Regula juris est, alteri nos pacisci et stipulari inutiliter, quia neque nobis ex ea stipulatione acquiritur actio neque alteri: quæ tamen vitiatur et perdit officium suum, si pater filiofam. stipulatus sit: nec enim inutilis est stipulatio cum sibi patrem stipulatum videri interpretemur, quod scilicet non possit in persona filii consistere stipulatio, ne momento quidem quin statim ex ea acquiratur actio patri, et commodius sit dicere patrem sibi stipulatum videri. Sed necesse est nos distinguere hoc modo: Aut stipulatione factum confertur in personam filii, aut jus. Si factum, ut si stipuletur filio tenere licere, filio ire agere licere, filio facere aliquid licere, patri actio non est ut sibi facere liceat, cum facere filium voluerit cujus rei capax est filius: non etiam obtinendi juris, et consequenter filio ex ea stipulatione non est actio, quia si esset filio, esset et patri, est igitur inutilis stipulatio, *l. quod dicitur* 2. *de verb. obl.* Quod si jus conferatur in personam filii, ut si stipuletur filio dari vel reddi, ex ea stipulatione patri est actio, perinde atque si sibi stipulatus esset, non filio: idemque esse opinor si jus possessionis conferatur in personam filii, veluti filio tradi, vel restitui: nec enim id agitur, ut filius faciat, quæ conventio esset inutilis, sed ut fiat filio: denique factum confertur in personam promissoris, jus possessionis vel possessio, quæ ex jure plurimum mutuatur, in personam filii, quæ cum remanere apud filium non possit, *l. possessio*, §. I. *de acquir. poss.* et consequens est recte agere patrem ex stipulatu, ut sibi promissor restituat, vel tradat, nec erit inutilis stipulatio. Sed quod in his quæ juris sunt dicimus patri acquiri actionem non filio, ita verum est, nisi nominatim post mortem suam pater filio stipulatus sit, vel post emancipationem filii, quo tempore sibi filius acquirere potest paterfam. factus: nam hoc casu non patri, sed filio ex stipulatu actio est, non quidem directa, quia in ejus persona ab initio non constitit obligatio, sed utilis, licet patri hæres non extiterit, *l. quodcumque* §. *si ita quis, de verb. obligat.* quæ res efficit in his quæ sunt juris, rursus ut distinguamus simpliciter stipulatus sit filio pater, an post mortem suam, vel post emancipationem filii. Sed et alia sumitur distinctio ex causa stipulationis: nam simpliciter filio si sit stipulatus ex ea causa, ex qua patri acquiri potest, patri competit actio ex stipulatu, si ex ea causa ex qua filio acquiri potest, veluti ex causa castrensis peculii, filio competit utilis actio: et hæc de filiofamilias. Filio emancipato

sine ulla distinctione facti et juris vel simplicis stipulationis, et conceptæ in casum mortis patris, dicimus per patrem parari utilem actionem, uam et per avum maternum nepti, *l. Gajus*, *sol. mat.* et per patruum, qui patris loco est, filio fratris, *l. cum quis*, §. *codicillis*, *de leg.* 3. et per matrem filio *l. Publia*, *in princ. depos.* in cujus legis specie soli filio datur utilis depositi ex lege depositionis a matre dictæ filio, non etiam ceteris filiis cohæredibus matris intestatæ: non marito, quem in ea specie ponendum est de ea re certasse cum filio non absque ratione, quod forte res a matre depositæ mariti essent propriæ, sed hoc non est satis, ut sit ei actio depositi utilis, nisi etiam ei nominatim pacta sit mulier, *l. pen. C. ad exhib.* Ad summam vero affectioni et voto parentum, vel eorum qui parentum locum obtinent erga liberos hoc datur, ut eis parent utiles actiones, licet eos non habeant in potestate, quod affectioni tamen liberorum non datur similiter, *l. debitor*, §. *ult ad Treb.* *l. inter*, §. *cum pro se*, *hoc tit.* In specie *l. Gajus*, duplex redditur ratio, una ex favore dotium, altera ex affectione personarum, sed hæc posterior sufficeret. His cognitis non erit difficile expedire quæstionem hujus legis. Pater in dote danda pactus et stipulatus est, mortua in matrimonio filia liberis superstitibus ex eo matrimonio susceptis, retenta pro eis liberis parte tertia reliquam dotem sibi reddi, aut post mortem suam filiis suis familiarum fratribus filiæ: post mortem patris mortua est filia superstitibus liberis, an fratres bessem dotis ex stipulatione petere possunt? Dubitationem facit, quod alteri stipulamur vel paciscimur inutiliter, et quod patre stipulante filiofam. dari vel reddi, non est filiof. ex stipulatione actio. Verum hic non simpliciter stipulatus est, sed post mortem suam, quo tempore filius sibi acquirere potest: ac proinde datur ei utilis actio, ut *l. si ita*, *sup. h. t.* Item et hæc præcipua dubitandi ratio, quod condicio stipulationis extiterit, id est, quod mortua filia fuerit non vivo patre, sed post mortem patris. At vis etiam stipulationis et potestas hæc est, ut si in matrimonio mortua esset vivo patre, dos patri redderetur, vel si in matrimonio mortua esset mortuo jam patre, filiis (sic videtur Africanus scripsisse alioquin mancus) et ideo etiam si condicio extiterit post mortem patris, filiis utilis est actio ex stipulatu, sicut si ita stipulatus esset, Si navis ex Asia venerit, mihi aut post mortem meam L. Titio, filio, scilicet vel hæredi, nam et hic quamvis post mortem stipulatoris extiterit condicio, L. Titio actio ex stipulatu competit. Verba stipulationis erant ambigua: nam et ita accipi poteram, Si mortua fuerit me vivo, mihi restitui, vel si moriar antequam mihi restituatur, filiis. At verbis Africanus opponit vim. Vis est posita in consilio atque in mente contrahentium. In illo loco, Illi aut illi, particula Aut subdisjunctio, non disjunctio est. Sed ad aliam veniamus, ea erit *l.* 33. *sol. matr.*

Ad L. Quæ dotis 33. *sol. matrim.*

Quæ dotis nomine certam pecuniam promiserat, quosdam adhibuerat, qui stipularentur partem dotis distracto matrimonio sibi solvi, ea nulla dote data obierat eodem marito suo hærede relicto, is damnosam hæreditatem ejus adierat: nihilominus stipulatoribus tenebitur, quoniam adeundo hæreditatem debitricis, intelligeretur secum pensasse; nec ad rem pertinere, quod solvendo non esset hæreditas: quando ceteris etiam creditoribus teneatur.

Responsum est elegans. Mulier marito stipulanti dotem promisit, non dedit, et adhibuit Titium qui stipularetur soluto matrimonio, partem dotis sibi solvi: ea nulla dote data obiit marito hærede relicto: damnosa erat hæreditas, ac ne solvendæ quidem doti sufficiens: at nihilominus eam maritus adiit, atque ita creditor debitrici hæres extitit, debuit enim mulier marito dotem ex stipulatione. Quæritur an et ipse nunc mortua muliere Titio debeat ejus dotis partem dimidiam ex altera stipulatione? Et videtur non teneri efficaciter, quia tueri se potest exceptione non numeratæ dotis, cum nullam dotem acceperit. At contra Africanus respondit, eum teneri, optima ratione, quia adeundo hæreditatem debitricis videtur ipse sibi dotem solvisse, aut pensasse eam cum hæreditate. Confusio pro solutione vel pro pensatione cedit, denique videtur dotem accepisse, et consequenter Titio teneatur, ut ejus dotis partem restituat: alioquin Titius repelleretur exceptione non numeratæ dotis. Objicies. Imo non videtur sibi solvisse qui adiit eam hæreditatem, quæ solvendæ doti sibi debitæ par non est. Objiciam: omnem hæreditatem videri esse solvendo, quam hæres adiit, *l. libertus*, *de bon. lib.* qua ratione non tantum Titio tenetur maritus ex sua promissione, sed etiam omnibus creditoribus hæreditariis ex contractu defunctæ in solidum: ut vel solvat de suo, si hæreditas solvendo non sit: et male Accursius Titio eum teneri quatenus facere potest, ceteris in solidum: nam illud privilegium marito honoris causa duntaxat datur, si conveniatur ab uxore vel hærede ejus, qui idem est propemodum homo, non si ab extraneo, etiam si de dote reddenda conveniatur, nec movemur *l. prox. sup.* in qua primus maritus ideo convenitur a secundo in id quod facere potest: quia id tantum promisit secundo, quod debuit uxori: non debuit autem uxori plus quam facere posset.

Nec *l. si maritus*, *infra*, in qua maritus a fisco convenitur in id quod facere potest, quia confiscata scilicet fuit dos quam maritus debebat uxori, porro non debebat eam uxori supra quam ferrent vires suarum facultatum. Hic vero Titius stipulando suum negotium gessit, et sibi cavit dotem solvi suo nomine, non quod maritus uxori deberet, quia nec quicquam ei deberet in hac specie, et ideo in solidum ei actio est, non ad modum facultatum viri. Et quod diximus, eum qui adiit hæreditatem non solvendo, teneri creditoribus hæreditariis ultra vires hæreditatis, quod intelligatur locuples hæreditas quæ locupletem hæredem habet, adnotandum est, id non ita se habere in legatariis, et fideicommissariis: nam his non debetur ultra modum legis Falcidiæ, nec cessante Falcidiæ deductione, ultra vires hæreditatis, *l.* 1. §. *denique*, *ad Trebel.* Adnotanda etiam nova distinctio Justiniani, ut si non fecerit inventarium hæres teneatur creditoribus, imo et legatariis in solidum, non deducta Falcidia, non deducto ære alieno, non æstimatis viribus hæreditatis, quia præsumitur suppressisse pleraque, quibus idonea redderetur hæreditas, quæ dicitur non idonea. Sin autem fecerit inventarium, ut non teneatur legatariis, imo nec creditoribus hæreditariis supra vires hæreditatis. Et hæc sufficerent ad hanc legem, nisi appeteret etiam animus plenius aliquanto tractare de eo, qui nihil dat vel promittit in dotem, adhibetur tamen a muliere quæ dat vel promittit dotem, ut eam stipuletur reddi sibi distracto matrimonio: et de confusione sive aditione hæreditatis, quatenus pro solutione cedat. Quod ad primum attinet, adhibetur quis vel ut mandatarius, vel ut donatarius, vel ut creditor mulieris. Si ut mandatarius, et agat ex stipulatu cum marito, quem hæredem reliquit mulier, repelletur exceptione illa vulgari, Dolo facis qui petis quod mox mihi restituturus es. Si ut donatarius, vel ut creditor mulieris ut hæc creditori scilicet adhibitio cederet pro satisfactione, recte agit ex stipulatu, et ita ponere nos convenit speciem in hac lege: et si quidem ponas in donatario, consequenter pones fuisse donatarium inter vivos, quia in omnem casum stipulatus proponitur. Si enim in casum mortis mulieris tantum, esset donatarius causa mortis, et posset donatio revocari pœnitentia, et a donatario fideicommissum relinqui, *l. Seja, de do. præl. l.* 2. *C. de ju. dot.* quod aliter se habet in donatione inter vivos. Posset etiam mandatum revocari, si ut mandatarius adhiberetur, et a mandatario debitore fideicommissum relinqui ex Constitutione D. Pii: et de his qui quasi mandatarii adhibentur, accipienda est *l. mulier*, §. *ult. de ju. dot.* et *l. cum quis*, §. *nuptura*, *de leg.* 3. et revocato quidem mandato, si modo id liqueret, multo magis stipulator repelleretur exceptione doli mali, qui et non revocato mandato repellitur, revocata item donatione causa mortis, sed non etiam ea non revocata. Quod ad alterum attinet de confusione, dicitur ea pro compensatione, vel pro solutione cedere hoc loco, et *l. si ei cui vendidi*, §. *pen. de evict. l. si id quod*, *de lib. leg. l. debitori*, *l. Granius*, *de fidejuss. l. Stichum*, §. *aditio*, *de solut.* atque ita solutione videtur perimi obligatio, quæ dicitur perimi confusione: quinimo si nihil sit quod confundas, ut si nulla sit actio, nulla obligatio civilis, sed naturalis tantum, tamen aditio hæreditatis pro solutione cedit, id est, videtur ipse hæres sibi solvisse quod ei defunctus jure naturali debuit, non civili, *d.* §. *aditio.* Confusio contingit per aditionem, sed eo casu etiam aditio sola sine confusione pro solutione est. Neque tamen per omnia confusio vim et effectum solutionis habet. Solutio tollit etiam obligationem pignoris. Confusio tollit omnem obligationem personalem, non rei tantum, sed etiam fidejussoris, et mandatoris, alioquin fidejussor eidem pro eodem ipso esset obligatus, quod est absurdum, realem non tollit, qualis est pignoris obligatio, *l. debitor*, *ad Trebel.* hæc enim non aliter confunditur, quam si ejus rei quæ pignori data est creditor dominium obtineat, *l. pen. de exc. rei judic.* et ita licet adeunte fidejussore hæreditatem rei principalis, vel contra confundatur obligatio fidejussoris, tam primi quam secundi, id est, ejus quem dedit primus, pignus tamen quod is dedit manet, *l. cum quis*, §. *ult. de solut.* et obligatio igitur naturalis propter pignus, nec definitio *l. in omnibus*, *de sol.* vera est in confusione. Non est etiam vera in eo qui liberatus est culpa creditoris, *l. servum quem*, *de pign. l. qui occidit*, *sup. ad leg. Aquil.* At rursus si solverit unus ex reis debendi, alter liberatur, *l.* 2. *de duob. reis*, Si tamen uni ex reis debendi creditor hæres extiterit, alter non liberatur, quia confusione persona tantum obligationi eximitur non res omnis solvitur, *l. Granius, de fidejussor.* Item solutio fidejussoris liberat reum a creditore, si fidejussor creditori, vel contra creditor fidejussori hæres extiterit, fidejussor solus liberatur non reus, *d. l. Granius*, §. *quod si creditor*, *l. hæres*, §. *ult. eod. tit. l. in omnibus*, *de solut.* nec enim alia ratione liberatur quam quod qui erat fidejussor, hoc genere fiat creditor: sicut e contrario si reo fidejussor hæres extiterit, vel contra non alia ratione desinit esse fidejussor, quam quod fiat reus principalis, *l. debitori*, *l. generaliter, de fidejuss. l. debitor*, *de separat.* et utrobique major obligatio tollit minorem, major autem et plenior semper intelligitur obligatio rei principalis, sive is

sit reus debendi, sive credendi, si modo jure civili consistat non naturali solo. Et hæc omnia eodem libro tractasse Africanum constat ex *d. l. hæres*, et *l. cum quis*: quæ inferius explicabuntur. Nunc satis erit ex his breviter intellexisse, quantum distet confusio a solutione, quamque id quod redigitur ad similitudinem alterius, non per omnia sit ei simile. Sequitur ex ordine quæstio *l.* 40. *de adq. rer. dom.* cujus hæc sunt verba:

Ad L. Quæsitum est 40. *de acq. rer. dom.*

Quæsitum est, si is cui liber homo bona fide serviret, decesserit: eique is hæres extiterit, qui liberum eum esse sciat: an aliquid per eum acquirat? non esse ait, ut hic bona fide possessor videatur, quando sciens liberum possidere cœperit, quia et si fundum suum quis legaverit, hæres qui eum legatum esse sciat, proculdubio fructus ex eo suos non faciet, et multo magis si testator eum alienum bona fide emptum possedit, et circa servorum igitur operam ac ministerium eamdem rationem sequendam: ut sive proprii, sive alieni, vel legati, vel manumissi testamento fuerint: nihil per eos hæredibus, qui modo eorum id non ignorarent, adquiratur: etenim simul hæc fere cedere, ut quo casu fructus prædiorum consumptos suos faciat bona fide possessor, eodem per servum ex opera et ex re ipsius ei adquiratur.

Hujus legis quæstio pertinet ad id quod vulgo dicitur, bonæ fidei possessorem facere fructus suos, quod de consumptis esse accipiendum hæc lex demonstrat in fine, *et* §. *si quis a non domino*, *Inst. de rer. div. l.* 4. §. *lana*, *de usurp. et usuc.* Perceptio enim statim inchoat, consumptio consummat acquisitionem fructuum: et facti quidem fructus interim bonæ fidei possessoris intelliguntur perceptione sola, absolute, non nisi consumptione. Quod vero statim atque percepti sunt ejus fiant pleno jure, ut adjicit *l. in pecudum*, *de usur.* eo demonstratur non esse necessariam usucapionem quæ plenum jus tribuat, *l.* 17. *in fi. de rei vind.* At sane si consumpti non sint vindicabuntur, vel in rei vindicationem venient officio judicis. Idem vero, §. *si quis a non domino* demonstrat superiorem regulam esse accipiendam de fructibus, qui facto et opera bonæ fidei possessoris pervenerunt, quoniam fructus quos percepit bona fide possessor, ejus esse ait pro cultura et cura, naturali ratione, ut qui sementem fecit bona fide, et metat: quanquam et si alius sementem fecerit, bonæ fidei possessor quos percepit fructus suos faciat: licet eos non severit ipse, eo scilicet jure quo sata cedunt solo, et quia si ad fructuarium pertinent fructus a quolibet sati, quod est minus probabile, propterea quod minus juris habet in percipiendis fructibus quam bonæ fidei possessor, et ad bonæ fidei possessorem igitur, *l. qui scit*, *de usur.* Qui autem sua sponte proveniunt fructus sine semine et sine opera aut cultura possessoris, eos bonæ fidei possessor suos non facit, *l. fructus*, *eod.* quia re evicta et ipsi restituuntur, licet consumpti sint. Dicitur quidem in *l. bonæ fidei, hoc tit.* bonæ fidei possessorem omnes fructus suos facere interim etiam eos qui natura proveniunt: sed aliud est interim suos fructus facere, aliud suos facere absolute. Quos interim suos facit, re evicta restituit: nam interim, id est, quandiu res non evincitur. Quos absolute, hi in restitutionem non veniunt. Est præterea accipienda superior regula de fructibus perceptis ante litem contestatam: nam post litem contestatam percepti veniunt officio judicis, licet consumpti sint, §. 1. *Inst. de offic. jud. l. certum*, *Cod. de rei vind.* Ad hæc quæritur, an ex eo etiam tempore bonæ fidei possessor fructus suos faciat, id est, an retro intelligatur suos fecisse quos consumpsit, ex quo cognovit rem esse alienam: forsitan superveniens hæc scientia rei alienæ non est mala fides, ut in *l. et generaliter*, *de nox act.* habuimus scientiam rei alienæ non statim esse fidem malam. Sed placet ex tempore quo scivit rem esse alienam eum mala fide possidere: nam et hoc simul scivit se esse possessorem injustum, et consequenter ab eo tempore fructus ejus non esse, fructuum enim acquisitio proficiscitur ex fide bona, et ut ostendit *l. bonæ fidei*, §. 1. *hoc tit.* longe alia ratio est usucapionis, alia possessionis: nam usucapio, quæ ex lege proficiscitur, magis quam ex facto nostro, aut detentione, non interrumpitur etiam si supervenerit mala fides: possessio interrumpitur, et quæ bonæ fidei erat, fit malæ fidei, aut certe nulla possessio: et nulla quidem si liberum hominem, quem bona fide possidebam resciero esse liberum, quoniam liberi hominis possessio nulla esse intelligitur apud eum, qui scit illum esse liberum, quia et hoc simul scit possideri eum non posse, *l. si servus testamento*, *de stip. ser. l. pen. de reb. cred.* Si igitur malæ fidei possessor fit, qui postea cognovit rem esse alienam, sequitur ex eo tempore fructus ejus non esse, licet eos severit ipse. Neque vero mirum si non censeatur eodem jure usucapio et possessio, dominii acquisitio, et fructuum acquisitio: illa ex jure venit, id est, 12. tabul. et procedit jure ipso si initium habuerit justum, hæc ex facto, id est, possessione bonæ fidei, quæ nisi perseverat, non est etiam quod duret fructuum utilitas, et ita nonnunquam evenit, ut rem bona fide possessor non possit usucapere, qui tamen ex ea perceptos fructus suos faciet, *d.*

l. bonæ fidei, et eleganter *l. 2. pro empt. Separata*, inquit, *est causa possessionis et usucapionis*: nam quod possideo, non usucapio etiam statim. Quod vero diximus de fructibus, idem Ulpianus in *l. qui bona*, §. 1. *hoc tit.* statuit de his, quæ ex re bonæ fidei possessoris, vel ex operis suis acquirunt servi alieni, aut liberi homines bona fide possessi: ea enim acquirunt possessori quamdiu perseverat bona fides, non etiam posteaquam is cognovit hominem esse alienum, aut liberum: quia tunc cœpit esse injustus, et malæ fidei possessor, ut et D. Augustinus quodam loco scribit, libro de fide et operibus. In eo igitur sunt spectanda singula momenta, nec satis est initium cœpisse a fide bona: eademque sententia est Africani hoc loco: sed quæstionem ponit in hærede bonæ fidei possessoris, in quo non est absimilis ratio dubitandi: nam ut bona fides, quæ in me fuit initio, videtur et mihi in posterum prodesse debere, sic etiam bona fides defuncti, hæredi: et sane ad usucapionem prodest, sed non etiam ad possessionem, ut videatur et ipse bona fide possidere quod defunctus possedit bona fide, licet ipse in mala fide versetur, atque adeo ut fructus suos faciat, vel acquirat ex re sua, vel ex opera servi alieni, aut liberi hominis quem defunctus bona fide possedit: nec enim ita se res habet: et hoc quidem initio ponit Africanus in libero homine, quem defunctus bona fide possedit, hæres mala, ut nihil per eum acquirat hæres. Cetera quæ scribit non sunt de libero homine, sed de fundo defuncti proprio vel alieno bona fide possesso, vel de servo æque proprio vel alieno: eandem tamen in eis rationem sequimur, quam in libero homine: nam si fundum proprium testator legaverit, et hæres eum legatum esse sciat, hæredi possessio defuncti justa nihil prodest; nec enim fructus quos percepit ex fundo legato, quosque consumpsit suos fecit, sed ex die aditæ hæreditatis legatarii fuisse creduntur: parique ratione si defunctus fundum alienum bona fide possedit, hæres mala, hæres non acquirit sibi fructus quos ex eo percepit. Non pono speciem in alieno, ut in proprio, quia alieni fundi quem defunctus bona fide possidet nullum legatum est. Quod vero in fundo, sequitur idem obtinere in servo: nam si proprium legavero vel testamento directo manumisero, et hæres eum legatum aut liberum esse sciat, nihil per eum acquirit: si alienum bona fide possedero, et hæres non ignoret esse alienum, nihil etiam per eum acquirit, et hic etiam non potes ponere servum alienum fuisse legatum aut manumissum: nam libertas aut legatum, quod datur bona fide possesso, nullum est: et hæc verba Africani, *Vel legati vel manumissi*, referenda sunt tantum ad proprios. Et tandem ad extremum ex his Africanus concludit. Quo casu bonæ fidei possessor fructus prædiorum consumptos suos facit, eo etiam per hominem alienum ei acquiri, ex duabus causis jure receptis, puta ex opera et ministerio hominis, et ex pecunia sua: et retro, quo casu fructus non acquiruntur, nec illa ei acquiri: et similis comparatio fructuum et eorum, quæ per homines bona fide possessos ex illis causis acquiruntur, fit semel atque iterum a Juliano in *d. l. qui scit.* Et Julianus ait fructibus ea propius accedere, id est fructibus esse similia eisdemque juris regulis consistere. Africanus eadem sententia, simul hæc fere cedere, id est, simul hæc fere vadere, commeare, concurrere, convenire fructus prædiorum, et acquisitiones servorum bona fide possessorum: qui quidem hoc libro tractasse videtur quæ etiam Julianus ejusdem numeri lib. Digestorum *d. l. qui scit.*, ut sane vix fieri possit ut pugnent invicem, et tamen solet huic legi ac similibus opponi *d. l. qui scit* §. *ult.* eo quod dicat bonæ fidei possessorem fructus suos facere, et acquirere ex opera servorum, et ex re sua per servos eosdem etiam posteaquam cognovit rem esse alienam, sed nihil est facilius. Interim acquirit, id est, quamdiu res non evincitur: absolute et perfecte non acquirit, sicut fructus, qui sine opera hominis nascuntur, bonæ fidei possessor interim acquirit, non absolute, et alios quoque interim antequam consumpserit, absolute non antequam consumpserit: ut cui creditor aliena pecunia, interim pecuniam suam facit, et est species spesve mutui, absolute posteaquam pecuniam consumpsit. Consumptio conciliat acquisitionem, quæ non fuerant ante perfecta. Ideo autem rem hanc temperat Africanus hoc verbo, Fere, quod non semper ita simul cedant fructus prædiorum et acquisitiones servorum. Ex re donata conjux fructus suos facit serendo coactos, quia in fructibus et in usuris licita donatio est, *l. fructus*, *de usur.* atque ita evenit, ut malæ fidei possessor fructus suos faciat, quia scilicet non ut rei, ita fructuum est malæ fidei possessor. At per servum donatum ex re sua non acquirit, quia hoc domini tantum, aut bonæ fidei possessoris jus est, nec est in eo licita donatio, quod posset supra modum excedere, *l. per servum donatum*, *hoc tit. l. de fructibus*, *l. si uxor*, *de don. inter vir. et uxor.* Acquirit tamen meo judicio ex operis servi: quia operæ hominis sunt in fructu, et fructus in operis. Item post litem contestatam veniunt fructus quos bonæ fidei possessor interea percepit, ut diximus supra: at non veniunt forte ea, quæ per servum de quo cum eo agitur ex re sua quæsivit, qui ea tantum *l. præterea*, *de rei vind.* venire ait quæ

non ex re sua quæsivit. Quæ ex operis, fateor venire superiori ratione. Alias vero simul hæc cedunt ut qui fructus suos facit vel non facit, et acquirat vel non acquirat per servum ex re sua, nec male quod dixerat Africanus, Simul, ex eo Joannes fieri posse propositionem hypotheticam: nam ex quibus illa conficitur ea simul eunt, si modo fiat per condicionem, sive connexionem, hoc modo, Si dies est, lux est: alia enim est ratio hypotheticæ disjunctivæ. Sequuntur quæstiones quatuor de possessione in *l.* 40. *tit. seq.* Prima, quæritur, an interpelletur possessio ejus quem servus suus ex fundo dejecit quem possidebat, de qua hæc sunt Africani verba:

Ad L. Si de eo fundo 40. de adq. poss.

Si de eo fundo quem cum possiderem, pignori tibi dedi, servus tuus te dejiciat, adhuc te possidere ait, quoniam nihilominus per ipsum servum possessionem retineas.

Si te alius dejecisset, desineres possidere. Vis enim possessionem adimit. Et possideret is qui te dejecit, si apprehendisset possessionem, aut certe possessio vacaret, *l.* 4. §. *si tu me vi*, *tit. seq.* Si servus me meus dejecerit, non desino possidere, imo eandem possessionem, quam possedi antequam dejiceret, videor per servum retinere: et male Acc. ex hoc loco colligit, per servum invitum retineri possessionem injustam: nec enim eam retineo quam invasit servus, quæ nulla est, sed continuo meam: et eleganter, *l. non solum*, §. *si rem*, *tit. seq.* Servum dominum suum possessione non subvertere: quod ita *l. rem quæ*, *hoc tit.* Servum domini possessionem non intervertere, et notandus usus vocabulorum juris. Intervertitur possessio domino, Subvertitur dominus possessione. Hanc vero quæstionem Africanus ponit in creditore, qui dejectus est per servum suum de possessione fundi pignorati, ut intelligatur an hoc modo interpelletur usucapio debitoris. Finge enim pignoratum fundum alienum, quem cœperat usucapere debitor. Pignus proprie possidet creditor, non debitor, quia eo animo pignus debitor tradidit, ut possessionem dimitteret, *l. per servum, in princ. supra tit. prox. l. cum et sortis*, §. *ult. de pign.* Sed ad unam causam intelligitur etiam debitor possidere per creditorem, id est, ad usucapionem, ut eam scilicet impleat, *l.* 1. §. *per servum corporaliter*, *l. qui pignoris*, *hoc tit. l. servi nomine*, *tit. seq.* Quandiu enim possidet creditor, et ipse licet re vera non possideat, intelligitur possidere, ut usucapiat, *l. non solum*, §. *qui pignori*, *tit. seq.* At interrupta possessione creditoris, debitoris etiam usucapio interrumpitur: namque usucapio continuationem possessionis exigit, vel in eo qui cœpit usucapere, vel in eo per quem utilitatis causa, benigna ratione fingitur possidere: et inde quæritur an interpelletur possessio creditoris, quem servus suus dejecit de possessione fundi pignorati: nam si desinit possidere creditor, et debitor igitur, ac consequenter interrumpitur usucapio. Sed respondetur ut supra diximus, non interpellari possessionem: Secunda quæstio hæc est, an interpelletur possessio morte coloni, vel colono discedente de possessione, quæ definitur his verbis:

Si forte colonus, per quem dominus possideret, decessisset, propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur, et continuaretur: quo mortuo, non statim dicendum eam interpellari, sed tunc demum cum dominus possessionem adipisci neglexerit: aliud existimandum ait, si colonus sponte possessione discesserit, sed hæc ita esse vera, si nemo extraneus eam rem interim possederit, sed semper in hæreditate coloni manserit.

Fundum meum possideo per colonum. Colonus igitur possidet mihi, non sibi, *l.* 1. *C. com. de usuc.* Inde quæritur colono mortuo, per quem fundum possidebam, an interpelletur possessio, an interpelletur usucapio: nam si desiit esse is per quem possidebam, et ego videor desiisse possidere. Sed utilitatis causa, quæ in causis possessionum extorsit, et alia pleraque singularia æquitatis benignitate, receptum esse ait, ut per colonum possessionem retineam, et continuem perinde atque si per meipsum possiderem: et quemadmodum morte mea non interpellatur usucapio, *l. cœptam*, *l. justo*, §. *nondum*, *tit. seq.* ut etiam non interpelletur morte coloni, per quem possidebam: sed hoc ita procedit, si alius eam possessionem non apprehenderit, *l. peregre*, §. *ult. hoc tit. l.* 1. §. *quod servus, de vi et de vi arm.* et si ipse eam adipisci non negligam, id est, si nolim eam deserere, quia alterius ingressus adimit mihi possessionem, non mors coloni sola: et quia animus quoque mihi meus altero casu adimit possessionem, quam ante desieram corpore coloni retinere. At inde sequitur alia quæstio, an idem sit statuendum si colonus sponte possessione discesserit animo scilicet deferendæ possessionis, et videtur Africanus ludere in his nominibus, decesserit et discesserit, ut *l.* 3. §. *quod servus*, *sup. hoc tit.* inter quæ etiam Sabiniani statuebant esse discrimen. Si colonus vita decesserit, non interpellatur possessio. Si colonus possessione discesserit, Proculus etiam existimabat non interpellari possessionem, *l. cum quis*, *de dolo.* Sabinus contra: nec alia ratione Pomponius ad Sabinum *l. si colonus*, *hoc tit.* Si

colonus, inquit, non animo deserendæ possessionis: quam quod si animo deserendæ possessionis, Sabinus existimaret possessionem amitti: et ita ex Juliano, qui Sabinianus fuit, Africanus hoc loco, aliud esse existimandum, id est possessionem interpellari, si colonus sponte possessione discesserit. Quidam perperam, Idem esse existimandum, quod est ex sententia Proculi, quæ hodie a Justiniano comprobata est, *l. ult. C. de adq. poss.* non ex sententia Juliani, cujus disciplinam sequitur Africanus. Omnino igitur legendum hic est, *Aliud*, non *Idem*, et supra, *Continuaretur*, non ut Flor. *contineretur*, quod continuatio sit in usucapione necessaria, de qua interpellanda agitur hoc loco. Postrema verba, Sed hæc ita esse vera: referenda sunt ad priorem speciem, si colonus decesserit, non ad posteriorem, si discesserit. Sed de tertia quæstione jam quid scribat videamus.

Servum tuum a Titio bona fide emi, et traditum possedi, deinde cum comperissem tuum esse ne eum peteres, celare cœpi: non ideo magis hoc tempore clam possidere videri me ait, nam retro quoque, si sciens tuum servum non a domino emerim, et cum clam eum possidere cœpissem, postea certiorem te fecerim: non ideo desinere me clam possidere.

Quæstio est, an qui emit servum, et traditum possedit initio bona fide, si postea cognoverit esse alienum, et cum celare cæperit ne a domino vindicaretur, clam possidere videatur. Bene, qui emit et traditum possedit: nam in emptione, venditione, duobus temporibus exigitur bona fides, contractus et traditionis ex Sabinianorum, atque adeo ex Juliani sive Africani sententia, ut diximus in *l. si aliena, tit. seq.* Celare autem, quo verbo utitur idem Africanus, est posse certiorem facere dominum et non facere: qua ex re solet contrahi clandestina possessio, non si non potuit facere certiorem. Vetus enim est verbum Pythagoræ, δύναμιν ἀνάγκης ἐγγύθι ναίειν, quod id demum debeamus facere quod possumus: nihil vero refert dixeris, celare rem, celare dominum, celare se. At præterea sciendum est, effectum et finem hujus quæstionis esse duplicem, quod qui clam possidet non usucapit, quia titulo caret, et fide bona, quia injusta causa est, ut ait *l. 7. §. inter, com. divid.* et quod tenetur etiam interdicto de clandestina possessione. Est quoddam interdictum de clandestina possessione, ut eam restituat ei a quo clam possidet qui clam occupavit: sicut de vi erepta possessione, et de precaria, quibus modis tribus mala fide possidemus, et in hoc comparata denique sunt hæc tria interdicta, ut possessionem restituat is, quo cum agitur, quam ab actore clam, aut vi, aut precario possidet, *d. l. 7. §. Julianus.* Respondet autem ad quæstionem propositam Africanus, eum qui initio possedit bona fide, non clam, non ideo postea clam possidere quod cognoverit rem esse alienam, et se celaverit, quia scilicet non ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est, ut eleganter Ulp. ait in *l. clam, hoc tit.* Tenemus et nanciscimur primum, deinde obtinemus. Sed non refert qua ratione obtineamus, si modo tenuerimus bona, nisi quod ad fructus adquirendos attinet, ut diximus in *l. 40. supra, tit. prox.* et ita e contrario qui clam cœpit possidere, non purgat vitium si postea certiorem fecerit dominum, sed intelligitur semper possidere clam, et ad summam. Quale est initium possessionis sive justum, sive injustum, talis et possessio est omnis, quantum ad usucapionem pertinet et interdictum. Retro hoc loco, id est e converso, ut *l. hæres, §. retro, de fidejuss. l. in facto, de cond. et dem.* et aliis plerisque locis juris aliisque auctoribus, maxime Quintiliano. Verum huic legi opponitur *l. pen. pro suo:* quæ ostendit clam possideri partum ab eo qui matrem furtivam bona fide emit, et possedit partus tempore, si post editum partum scierit esse furtivam et se celaverit. Quod recte dixeris esse singulare in partu ancillæ furtivæ: nam cum non posset ancilla furtiva ab ullo possessore usucapi ex 12. tab. et lege Atinia, vix admissum est partum ancillæ furtivæ usucapi posse; aut certe admissum non sine varia et multiplici distinctione: et inde proditum est partum ancillæ furtivæ non posse usucapi, nisi conceptionis, et editionis tempore ignoraverit emptor ancillam esse furtivam, *l. 4. §. si antequam, l. non solum, in princ. tit. seq.* cum tamen alias si ancilla non fuerit furtiva bonam fidem intervenisse sufficiat conceptionis tempore, *l. justa, §. et si possessionis, eod. tit.* Et ita partum ancillæ furtivæ clam possidere videtur, nec usucapere potest, qui post editionem cognovit matrem esse furtivam, et certiorare dominum potuit nec certioravit, *d. l. pen.* licet alias qui non clam cœpit possidere, postea non possit videri clam possidere. Quid ergo ex his tandem? Ægre admitti usucapionem partus ancillæ furtivæ, strictius accipi usucapionem partus, cujus mater ob furti vitium non potuit usucapi. Ultima quæstio est etiam de clandestina possessione. Verba Africani hæc sunt:

Si servum meum bonæ fidei emptori clam abduxerim, respondit, non videri me clam possidere: quia neque precarii rogatione neque conductione suæ rei dominum teneri, et non posse causam clandestinæ possessionis ab his duabus causis separari.

Servum meum bonæ fidei emptori clam abduxi, an videor clam possidere? minime: nam abduxi

quidem eum clam, sed non habeo clam. Quid est clam habere, clam possidere? Celare rem ne eam petat qui petere potest, §. *prox. sup.* vel celare rem metu vindicationis, aut Publicianæ actionis, ego vero hic non metuo ne bonæ fidei emptor agat Publiciana, quia repellere agentem possum exceptione justi dominii, *l. pen. de Pub. in rem act.* ideoque servum quem abduxi clam possideo pro meo, non clam quasi pro possessore. Pro suo possessionis justa causa est. Clandestinæ injusta, atque ita *l. pen. pro suo*, pro suo possessioni opponitur clandestina. Id vero comprobat Africanus hac ratione, quia et si rem meam precario rogavero, rogavi quidem precario, non tamen possideo precario, sed pro meo, *l. in rebus*, §. *pen. de prec.* et similiter si rem meam conduxero, conduxi quidem, non tamen possideo pro conducto, sed pro meo, *l. ei a quo, tit. seq.* et ut his casibus non teneor ex locato, vel interdicto de precario, ita nec in proposito teneor interdicto de clandestina possessione: nec enim potest reddi idonea ratio diversitatis, inter clandestinam possessionem, et precariam, vel conductitiam. An vero utar eadem comparatione hoc modo? Rei meæ precario, et conductione teneor si possessionis solius precario rogandæ, vel conducendæ animus interveniat, non proprietatis, *l. si aliquam, hoc tit.* Ergo si rem meam clam abduxero possessionis solius gratia, quæ erat apud bonæ fidei emptorem, teneor interdicto de clandestina possessione, ut ei restituam possessionem, quia eam retinere potuit per interdictum uti possidetis, etiam adversus me, quia a me vi, aut clam, aut precario non possidebat, quamvis non esset in causa proprietatis superior futurus. Sed hac in re, meo judicio, separanda est causa clandestinæ possessionis, a ceteris duabus, et etiamsi posueris clam me abduxisse servum solius possessionis gratia, non teneor interdicto de clandestina possessione ex Sabinianorum sive Cassianorum sententia, quæ obtinuit: fuit enim hac de re disputatum: et ratio hæc est, quia semper præsumitur rem me abducere voluisse non possessionem solam, nam unde apparere posset me solius possessionis abducendæ animum habuisse nisi ex meipso, quia hanc rem gessi solus, qui utique ne tenear interdicto semper dicam me rem abducere voluisse, non possessionem solam. Precarium et condictio contrahitur cum alio, et ex animo utriusque, ex contractus formula facile judicatur possessionis solius gratia habitus inter eos contractus fuerit, an etiam rei, ut priore casu tenear ex contractu, posteriore non item: et hoc quod dico de clam abducta re mea bonæ fidei emptori, ut propter eam nunquam tenear interdicto de clandestina possessione, evidentius apparet, ex eo quod potest ea res usucapi, quæ non posset si interdicto de clandestina possessione essem restituturus possessionem, *l.* 4. §. *si rem, tit. seq. l. si rem, pro empt.* Et longe alia ratio est, si te vi dejecero de possessione rei meæ, quia hoc genere capto possessionem solam, atque ideo teneor interdicto, Unde vi, nec ea res usucapi potest *d. l.* 4. §. *si dominus,* nec videor pro meo possidere rem meam quam per vim eripui malo errore, et inciviliter, sed pro possessore semper, ut prædo, non ut dominus: et si eadem esset ratio clandestinæ, et vi ereptæ possessionis, contulisset proculdubio has tres Africanus, vi ereptam, clandestinam, precariam, quæ solent etiam simul cedere plerumque, et notari conjunctim his verbis, vi, clam, precario, potius quam omissa vi, precarium et conductionem cum abductione facta clam sive possessione clandestina. Restat hæc quæstio, an qui clam abduxit servum suum, teneatur furti? Clam est furtive, *l. clam, hoc tit.* et furtum fit clam et obscure et plerumque nocte, *l.* 1. *de furt.* qua de causa Homerus, *ὀμίχλην κλέπτῃ νυκτὸς ἀμείνω*, et Erupides, *κλεπτῶν ἡ νύξ., τῆς δ' ἀληθείας τὸ φῶς.* Non omne tamen quod fit vel occupatur furtive, furtum est. Aristot. in Rhet. *οὐ πάντως εἰ λάθρα ἔλαβεν, ἔκλεψεν, ἀλλ' εἰ ἐπὶ βλάβῃ ἔκλεψε, καὶ σφετερισμῷ ἑαυτοῦ.* furtive ingredior possessionem fundi, nec tamen furtum est. Furtim cædo arbores alienas, nec tamen furtum est semper, *l. furtim, arb. fur. cæs.* Furor lapidem terminalem sine furto, in *l.* 2. *de ter. mo.* Et in hac quæstione quidem si intersit adversarii honesta ex causa rem non abduci, vel abripi, ut si bonæ fidei emptor fuerit, si creditor pignoratitius, tenetur furti, vel vi bon. raptorum, qui rem suam abduxit, vel rapuit, vel condictione incerti, *l. cum æs,* §. *ult. de furt.* Si non intersit, ut si sit donatarius bonæ fidei aut commodatarius, non tenetur, *l. qui injuriæ,* §. *ult. l. si is qui rem commodasset, eod. tit. l.* 21. *Commod.* Item si non ignoravero mihi non licere, rem meam vi, aut clam abducere, teneor furti. Si ignoravero, non teneor, quia dolo careo, et furtum aut rapina non fit sine dolo malo, §. 1. *Inst. vi bon. rap.* Secundum quem est accipiendus §. *hac actione is demum l.* 2. *inf. eod.* Sequitur *l.* 11. *pro emptore.*

Ad L. Quod vulgo 11. *pro empt.*

Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se quid emisse, nec emerit, non posse pro emptore usucapere: hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emptor habeat, nam si forte servus vel procurator, cui emendam rem mandasset, persuaserit ei se emisse, atque ita tradiderit: magis esse, ut usucapio sequatur.

Quæstio est, an falsa causa ad usucapionem prosit. Causa est possessionis, sive traditionis causa quæ et titulus dicitur, sine quo usucapio non procedit. Et definitum jam est; ad usucapionem verum titulum desiderari: falsum titulum, falsam causam, vel errorem falsæ causæ, non parere usucapionem: ut si possideat pro donato, cui datum non est, pro emptore qui non emit, existimans sibi donatum, vel se emisse, nec enim existimatio sufficit nisi sit vera, necessaria est, ut Græci interpretes loquuntur τῆς αἰτιας προὕπαρξις. et similiter si pro dote possideat per errorem, qui dotem non accepit, si pro legato, cui legatum non est, si pro derelicto, quod pro derelicto habitum non est, ex ea causa possessio, et usucapio non competit, §. *error*, *Inst. de usuc. l. Celsus, sup. tit. prox. l.* 1. 2. 3. *pro leg. l.* 6. *pro derelicto.* Sed hoc ita procedit si res ex falsa causa possessori tradita non fuerit, verum ipse aliqua ratione possessionem nactus ultro hanc opinionem ceperit, ut existimet emptum, aut legatum, aut donatum sibi: nam si mihi tradita res sit ex falsa causa, ut si hæres mihi rem tradiderit ex legati causa, quæ non erat legata, bona fide accipienti procedit usucapio pro suo, quia hic error est satis probabilis, et tollerabilis, *l.* 3. *l.* 4. §. *ult. pro suo, l. Proculus, de ju. dot.* et ita in hanc rem accipienda est *l.* 1. *pro don.* ut duæ sint ejus partes, priori ut dicat, pro donato usucapere eum, qui ex donationis causa traditum accepit, posteriori ut dicat, non usucapere eum, qui opinetur sibi donatum nisi donatum sit re vera, cui addendus modus ex priori parte, nisi donationis causa traditum ei sit, quamvis causa falsa fuerit. Negat autem male Stephanus in dicta lege *Proculus*, negant et Latini quidam, alio titulo quam pro suo possideri rem traditam ex falsa causa, veluti traditam ex legati causa, vel dotis, pro legato possideri aut pro dote, sed dicunt eam possideri pro suo tantum: nam cur non etiam pro legato? nam si falsa causa nihil obstet titulo pro suo, cur oberit titulo pro legato? et si dixero etiam pro legato possideri, quod perperam traditum est ex legati causa, quid inde sequetur incommodi? et si non est in hac specie titulus *pro suo* unicus et singularis, cum concurrat etiam titulus *pro soluto*, si quis eo uti malit, *arg. l. pen. supra tit. prox.* cur non et titulus *pro legato?* nam et ex falsa causa emptionis hæc lex aperte docet procedere possessionem, et usucapionem pro emptore. Sed animadvertendum est, in causa emptionis non satis esse rem tradi ex causa emptionis, quæ non præcessit, ut procedat usucapio pro emptore vel pro suo, propterea quod in emptione bona fides exigitur duobus temporibus, emptionis et possessionis, nec potest esse emptionis tempore, ubi nulla emptio est, *d. l. pen. l.* 2 *in princ. hoc tit.* nisi scilicet magna sit præsumptio emptionis, et erroris causa justa et magna, ut in exemplo proposito hoc loco, et *l. ult. pro suo*, si servo meo aut procuratori mandavero ut rem emeret, et is profectus ad emendam rem ac reversus eam attulerit, ac persuaserit mihi se emisse, qui tamen vero non emerat, atque ita tradiderit, quia hic error est valde probabilis: nec enim ducitur ex traditione solum, verum et ex mandato, et ex persuasione, et re omni probe simulata, a servo aut procuratore. Levis præsumptio et simplicitas quælibet in causa emptionis non sufficit, quæ existimatur esse levis si ducatur ex traditione sola, quando meipsum opinor emisse, non alium nomine vel mandato meo. Idem Stephanus etiam male *l.* 4. *infra, pro derel.* accipit de usucapione pro suo generali, si is qui rem dereliquit non fuerit dominus, quia et huic titulo locus est si dominus rem habuerit pro derelicto, et *d. l.* 4. de speciali titulo pro derelicto est, non de generali pro suo, qui adhæret omnibus aliis titulis: placet enim valde quod ille ait, duas esse τῶν ἀνωτάτων generales possessiones, Pro suo, et Pro alieno. Et pro alieno quidem possidet, qui vel sciens alienum possidet, ut prædo, vel qui alii possidet, ut colonus. Pro suo quis, jam dixi ante. Et hactenus quidem tres habuimus Africani leges de possessione, et usucapione, quibus videor recte adjuncturus *l.* 60. *de furt.* quod ea etiam ad usucapionem pertineat.

Ad L. Ancilla 60. *de furt.*

Ancilla fugitiva quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando, furtivum facit.

Nam natura non patitur, ut ancilla sui ipsius furtum faciat, quæ nec alterius rei possessione dominum subvertere potest, *l. rem quæ, de adquir. possess.* Sed quantum ad usucapionem attinet, ancilla fugitiva, et furtiva esse intelligitur utilitatis causa, ne fuga servi vel ancillæ dominis officiat, *l.* 1. *C. de ser. fug.* ne possit usucapi. Imo et qui fugitivo opem tulit, tenetur furti, *l. et eleganter*, §. *idem Labeo, de dolo:* fuga igitur quantum ad usucapionem pertinet, species furti est, nec male his verbis, Scipsum furatus, significatur servus fugitivus, *l.* 6. *C. de his qui ad eccl. conf.* sic et plagium quantum ad usucapionem pertinet furto propius accedit, *l.* 10. *C. de furt.* et quicumque est plagio abductus, idem censetur esse furtivus, ut usucapi non possit: et male in *d. l.* 10. Græci videntur fuga legisse, pro plagio, aut plagium accepisse pro fuga, cum sint tria hæc diversa, furtum, plagium, fuga, et eum qui est in fuga magis

dicas sui furtum facere, quam plagium. Potest quis fur esse hominis, nec tamen plagiarius, *l. pen. ff. de lege Fab.* et retro plagiarius non fur si eum supprimat non lucri faciendi animo. Sed ad rem. Si ancilla fugitiva, et furtiva intelligitur, partus quoque suus quem ipsa contrectat, intelligitur esse furtivus, ipsa propter fugam, partus propter contrectationem furis. Si ab alio possideretur partus ancillæ furtivæ, non temere pro furtivo haberetur. Si a matre non furtiva, æque non esset furtivus: sed quæ sui ipsius furtum fecit, et partus sui contrectando furtum facere intelligitur, imo et cujuslibet alterius rei dominicæ, ne usucapi possit. Absolutæ sunt quatuor Africani leges de possessione, et usucapione. Sequuntur novæ quæstiones de mora in *l. 23. de obl. et act.* Ait Africanus:

Ad L. Trajectitiæ 23. de oblig. et action.

Trajectitiæ pecuniæ nomine, si ad diem soluta non esset, pœna, uti adsolet, ob operas ejus qui eam pecuniam peteret, in stipulationem erat deducta: is qui eam pecuniam petebat, parte exacta petere desierat; deinde interposito tempore interpellare instituerat: consultus respondit, ejus quoque temporis, quo interpellatus non esset, pœnam peti posse, amplius etiam si omnino interpellatus non esset, nec aliter non committi stipulationem, quam si per debitorem non stetisset, quo minus solveret: alioquin dicendum est, si is qui interpellare cœpisset, valetudine impeditus interpellare desisset, pœnam non committi; De illo sane potest dubitari, si ipse interpellatus moram fecerit, an quamvis pecuniam postea offerat, nihilominus pœna committatur: et hoc rectius dicitur. Nam etsi arbiter ex compromisso pecuniam certo die dare jusserit, neque per eum qui dare jussus sit steterit, non committi pœnam respondit, adeo ut et illud Servius recte existimaverit, si quando dies qua pecunia daretur, sententia arbitri comprehensa non esset, modicum spatium datum videri: hoc idem dicendum, et cum quid ea lege venierit, ut nisi ad diem pretium solutum fuerit, inempta res fiat.

Trajectitia sive nautica pecunia est, quæ negotiatori trans mare navigaturo creditur, verbi gratia Athenis in Pontum tantum, vel etiam rursus Ponto Athenas, ea lege ut nave perempta nihili repetat creditor, nave salva ut repetat sortem cum usuris de quibus convenerit etiamsi infinitæ sint secundum jus vetus: nam hodie usura trajectitiæ pecuniæ non potest excedere centesimam: et infinita quidem vel summa usura permittitur pro precio periculi, quod creditor suscipit: periculi, inquam, naufragii. nam id plerumque solum creditor suscipit: ac tum si alio casu navis perierit, integra est creditori sortis, et usurarum, et pignorum persecutio, *l. fœnerator, in fi. de nau. fœn.* Sed suscipit nonnumquam etiam jacturæ periculum factæ communi consensu vectorum navis levandæ causa, et piratarum vel hostium incursus, et incendii. Alias pecunia credita est periculo debitoris, non creditoris. Ut vero pecuniam trajectitiam, ita fœnus trajectitium dicimus recte, quod in se legem hanc habet, ut periculum sortis respiciat creditorem non debitorem. Augustinus homil. XXIX. *Quasi fœnus trajectitium facis.* Et Diogenes Laertius Menippum solitum ναυτικῷ τόκῳ δανείζειν, et Zenonem ναυτικῶς δανείζειν, id est, credere sub lege suscipiendi periculi, et sub gravioribus usuris; et adjicit in Menippo, καὶ ἐξενεχυριάζειν, quia et sub pignoribus credi solebat ea pecunia, tam sortis, quam usuræ nomine, *l. 4. §. neq. de naut. fœn.* In *l. fœner. eod. tit. et l. qui Romæ, §. Callimac. tit. seq.* sub pignoribus mercium quæ navi imponerentur, et earum quæ repararentur ex his, et in syngraphis nauticis simillimis ei quæ est in *d. §. Callimachus*, quæ sunt in oratione Demosthenis ad Lacriti præscriptionem, sub pignoribus mercium, tam earum quas in Pontum debitor inveheret, quam earum quas ibi pro his repararet, et reveheret; et quod reparare in *d. §. Callimachus*, in illis singraphis est ἀνταγοράζειν et ἀντιφορτίζεσθαι. Permittitur venditio mercium, quæ invehuntur, licet pignori obligatæ sint justo pretio, scilicet, et ita ut quæ ex harum pretio redemptæ fuerint in jus pignoris succedant: quod si illæ viliore pretio distrahantur, quia receditur a lege nautica, ideo non amittit creditor earum pro rata superflui persecutionem pignoris jure, *d. l. fœnerator, in fi.* At præterea sciendum est, contracto fœnore nautico, cum debitore navigare solere servum creditoris missum in hoc, ut sua die pecuniam exigat, et usuras, et interdum etiam viatica, et sumptus quos in itinere fecerit servus, ut in syngrapha, §. *Callimachus*, ut si credita sit pecunia Athænis in Pontum ea lege, ut reddatur intra dies XX. postquam navis salva venerit in Pontum, ut eam exigat post diem XX. et perferat Athenas: quod si ad diem non solveretur, stipulabatur creditor pœnæ nomine, certam summam in dies singulos ob operas servi quibus carebat interim ob moram debitoris, et hoc fieri solere Africanus ait hoc loco, et ita nos quoque pœnam trajectitiæ pecuniæ interpretari oportet in *l. pen. §. ult. de nau. fœn. l. 3. §. servus. de pecul. l. debitor, de neg. gest.* et ad hæc etiam notare eandem esse stipulationem pœnæ, et stipulationem operarum, et aliam esse stipulationem fœnoris, quod satis intelligitur ex *l. 1. §. pen. et ult. de naut. fœn.*

Sed fœnoris stipulatio rursus alia est in diem suscepti periculi, quæ recipiebat infinitas usuras et supra duplum, alia post diem periculi, quæ recipiebat tantum usuram legitimam, id est centesimam, nec poterat duplum superare. Stipulatio quoque operarum est post diem periculi, et eadem ratione non potest excedere modum legitimum usurarum, *l. pœnam*, *de usur.* et vel sola hæc interponitur sine stipulatione fœnoris, quasi scilicet pœna sit pro fœnore, si pœna adæquet centesimam, vel cum stipulatione fœnoris, si non adæquet, supplendæ usuræ centesimæ causa: et secundum hæc recte in *d.* §. *pen.* pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratia secuti, quod in dies singulos in stipulatum deductum est, ad finem non ultra duplum centesimæ deberi, id est, ad modum legitimum usurarum, non ultra centesimam, non ultra duplum, et recte, in dies singulos: nam operæ sunt diurnum officium. Confirmat autem eam ejus §. scripturam atque sententiam Græcorum translatio hujusmodi: *τὸ πρισμενόν τῷ ακολουθουντι δούλω δὶα τὸ διαπόντιον μέχρι τῆς ἑκατοστῆς οὐχ ὑπὲρ τὸ διπλοῦν κεχρεώσεται.* In §. *ult.* ostendit in stipulatione fœnoris separatim interposita post diem suscepti periculi, quod legitimæ usuræ deest, ut si creditor bessem tantum stipulatus sit, posse suppleri per stipulationem operarum, quod idem etiam verum est e converso, Si quod pro operis pœnæ nomine in stipulatum deductum est, minus sit usura centesima, id posse suppleri per alteram stipulationem fœnoris. Quod si vel hæc vel illa præcesserit, et par sit usuræ legitimæ, non posse etiam adnecti alteram, quod maxime notandum censeo, simul et observandam differentiam, inter pœnam et usuram. Pœnam stipulamur in dies singulos, pro operis in hac specie, usuram in menses singulos: pœnæ unica pensio est, usurarum plures, ut duplum excedere possint, secundum jus vetus, quod Justinianus abrogavit. Usuræ quæ minor est centesima, additur pœna tardius solutæ pecuniæ. Usuræ centesimæ, non additur pœna, idem e contrario. Alias igitur utrumque debetur, alias alterum tantum: et hæc de his pecuniis quæ non sunt periculo creditoris, quæ in legibus Rhodiis dicuntur ἔγγαια καὶ ἀκίνδυνα. Nauticæ enim pecuniæ quodcumque accedit, nullum habet modum, quod ita non iniqua ratione comparatum est, ut magnum lucrum ferat qui magnum adit periculum, imo æquior aliquando est usura immensa nauticæ pecuniæ, quam centesima Justiniani, est enim hæc minor æquo, ac propterea nunquam obtinuit, et tandem ipse Justinianus permisit etiam majorem, *Nov.* 111. Nec quod de fœnore nautico Catonis Censorini Plutarchus scribit, sic est accipiendum quasi sit in universum omne nauticum fœnus iniquum, et infame, sed quod ille mala ratione ita contrahebat, pluribus credita pecunia ejusdem pecuniæ, et negotiationis sociis puta quinquaginta, e quibus ipse unus esset, qui scilicet venire in societatis portionem quinquagesimam ut jure societatis contingentis periculi ipse portionem tantum quinquagesimam sustineret, qui lege mutui nautica debuisset omne sustinere: et nihilominus nave et pecunia salva exigeret universum fœnus totius pecuniæ, qui debuisset exigere pro rata tantum periculi quod ad eum redibat, nec modo se pro socio gerere, modo pro fœneratore. Sed ita quidem is rem gerebat cum debitoribus sæpe his legibus pecuniam accipere coactis: ab homine divite haudquaquam aliis legibus credituro. De differentia pœnæ, et usuræ etiam illud adjiciam, stipulationem usurarum esse incertam, stipulationem pœnæ certam, si non sit concepta in dies singulos, incertam si in dies singulos, ut in specie trajectitiæ pecuniæ. Et pœnam infligi propter moram, est enim pœna emendatio culpæ, nec potest esse pœna citra culpam. Usuram infligi proprie propter lucrum, veluti ex die creditæ pecuniæ in Kalendas singulas, aut in diem redditæ pecuniæ. His cognitis, sequitur ut de quæstionibus duabus ab Africano hoc loco propositis disseramus. Prior hæc est. Pecunia nautica non soluta ad diem, si stipulatus sim pœnam in dies singulos ob operas servi prosequentis eam pecuniam, et servus ad diem interpellarit debitorem, et exacta parte pecuniæ destiterit ab interpellatione, ac denuo eum interpellet reliquæ summæ, quæstionis est an ejus temporis quo paulum abstinuit interpellatione, pœna peti possit. Et respondet posse: quia et si omnino eum non interpellasset, pœna peti posset, ubi enim dies additur stipulationi, non est necessaria interpellatio, et mora fit ex re, et ex die quo solvi debuit ipso jure, et consequenter pœna committitur: nam pœna ob moram infligitur. Dies ergo satis interpellat, et sine interpellatione creditoris satis moram facit, qui ad diem non solvit, nec alia ratione ut pœnæ, ita usurarum stipulatio maxime earum quæ infliguntur, etiam ob moram, quamvis debitor non interpelletur, committitur, quam quod diem semper habeat certum, *l. pecuniæ*, §. 1. *de usur.* Videtur quidem hac de re fuisse controversia inter Jurisconsultos: nam Labeo non existente debitore qui interpellari possit, cum exigat contestationem, videtur existente debitore, vel hærede debitoris, omnino exigere interpellationem, *l.* 2. *et ult. de nau. fœn.* Sabiniani contra, e quibus est Julianus, et Africanus: quam sententiam comprobat Justinianus *l. magnam*, *C. de cont. stip.* *l.* 2. *C. de ju. emph.* et quod ad quæstionem pro-

positam attinet, addit hanc rationem Africanus, Si, inquit, concedas pœnam non peti, si is qui cœpit interpellare, parte exacta pecuniæ interpellare desierit, non petetur etiam, si is qui interpellare cœpit, morbo incidente interpellare desierit: quia non videtur moram fecisse debitor qui interpellatus est, si omissa sit repetendi debiti instantia, *l. mora*, §. 1. *de usur.* et hoc quidem ita se haberet, si necessaria esset interpellatio. Sed utilius visum est, ne desideretur interpellatio, ubi solutioni dies dicta est, utque mora eo casu fiat, ex re, et ex solo tempore tardæ solutionis, non ex persona: idcirco intermissa vel prorsus omissa interpellatio debitorem mora non eximit. Et in summa, non aliter per eum debitorem mora non fit, quam si per eum non steterit, quo minus ad diem solveret, ut si eo die testatus sit, se paratum esse solvere, et defuerit cui solveret, aut certe fit quidem mora, sed est inculpata, et impunita ut *d. l. pecuniæ*, §. 1. Posterior quæstio hæc est, an pœna trajectitiæ pecuniæ peti possit, si interpellatus moram fecerit, etiamsi postea pecuniam offerat. De debitore loquitur trajectitiæ pecuniæ, qui nisi ad diem solveret pœnam promisit: quem etsi dies satis interpellet, tamen ne quis eum moram fecisse ambigeret, ponit etiam fuisse interpellatum a creditore, vel a servo creditoris, trajectitiæ pecuniæ gratia secuto. Et ait pœnam ex mora committi statim ac peti posse, etiamsi postea debitor pecuniam offerat. Cui convenienter Servius *l. pen. de nau. fœn.* pœnam trajectitiæ pecuniæ peti non posse, si per creditorem steterit, quo minus sua die eam accipiat, id est, hoc solo casu peti non posse, ut de pœna compromissi in hac l. si per eum qui dare jussus sit non steterit, non committi pœnam, id est, hoc solo casu non committi. Alias igitur committi omnimodo, et commissam semel non resolvi: et hoc idem etiam et de pœna compromissi Servium scripsisse, Afric. ostendit in hac l. Hujus vero sententiæ hanc forsitan statim aliquis rationem adfert, quod non desinat esse morosus, qui postea pecuniam offert, et bonam fidem agnoscit, ut fur vel raptor esse non desinit aut furti pœnam non evitat, qui postea domino rem quam abstulerat reddit, non desinit esse fugitivus, qui ad dominum revertitur, non desinit clam possidere, qui postea dominum certiorem facit, non desinit esse turpis femina, quæ postea desiit merere capturas. Sed non idem dici tamen de omnibus potest. Sunt enim pleraque quæ emendat pœnitentia, efficitque ut numquam facta videantur: pœnitentia irreverentiam emendat, et irreverentiæ constituta pœna liberat, *l. quamvis, de in jus voc.* emendat inficiationem, *Nov.* 18. imo et moram quandoque, si stipulatio non fuerit collata in diem certum, quo pecunia solveretur, vel si collata ad diem non fuerit pœnalis: non verior ratio superioris sententiæ hæc est, quod inter contrahentes id agi intelligitur, ut qui semel ad diem non soluta pecunia in pœnam inciderit, solvere se ab ea non possit, ne alioquin dies, et pœna præscribatur frustra: deterior est conditio debitoris cui dies præscribitur, cui adscribitur pœna: namque severiores eæ præscriptiones sunt, et rem agi summo jure volunt: et hujus nominis, id est pœnæ, ea vis, natura, et significatio est. Quid igitur si dies solutioni præscripta non sit? finge, promisisse debitorem daturum se, vel facturum aliquid, et si non impleret fidem, pœnam, vel quanti ea res est, et interpellatum moram fecisse, an postea offerendo purgat moram? Sic sane, si offerat antequam litem moveat, vel contestetur cum eo stipulator, ex stipulatione pœnali, vel quanti ea res est, *l. si insulam*, *l. qui Romæ*, §. *Flavius*, *tit. seq.* *l.* 17. *de const. pec.* nisi ex mora actor ante litem contestatam damni aliquid senserit, *l. si ita quis*, §. *Seja*, *in fi. tit. seq.* *l. si cum dies*, §. *ult. et l. seq. de rec. qui arb.* *l. et si post tres*, *si quis caut.* Post litem contestatam sera oblatio est, nisi simul etiam offerat pœnam, vel id quod interest: nam si id omne offerat quod actor desiderat, vulgo dicitur, omnia judicia esse absolutoria, §. *ult. de perp. et temp. act.* et consequenter si actor non petat nisi quod principaliter in obligationem venit, non pœnam, non id quod interest, vel si id oblatum accipiat, etiam post litem de pœna contestatam, reum absolvi æquum est. Alias qui post litem contestatam ex stipulatione pœnali, vel quanti ea res est, sortem offert, nihil agit: quia semel commissa stipulatio non resolvitur: et vero committitur hæc quæ diem non habet, litis contestatione, non interpellatione qualibet facta extra judicium. Quid autem si dies quidem solutioni, aut præstationi præstituta sit, non sit tamen subjecta stipulatio pœnalis, sed quanti ea res est? Et placet hoc quoque casu eum liberari ab stipulatione quanti ea res est, qui post diem offert quod debuit, antequam lis cum eo contestaretur ex ea stipulatione, nisi ex mora jus actoris deterius factum sit: et ratio discriminis inter stipulationem pœnalem, et stipulationem quanti ea res est, hæc, quod pœnalis sui natura committatur statim ipso jure, ex solo die tardæ solutionis: est pœnæ nomen acerbum, et severum, quo usi sunt contrahentes: et pœnalis igitur stipulatio severa. Minor altera quæ in id quanti ea res est concipitur, ut verbis, ita effectu ipso: nam neque ex die committitur, neque ex interpellatione qualibet facta extra judicium, sed

ex lite mota tantum vel contestata, *l, cum quærebatur*. §. *proinde, judic. sol. l.* 5. *C. de cont. stip.* Et hic nobis explicanda est *l. et si post tres, si quis caut.* quæ proprie ad hanc rem pertinet. Lex est non de stipulatione pœnali, sed de stipulatione quanti ea res est, qualis solet subjici stipulationi judicio sisti. Item de eo qui se sisti promisit certo die, non alium : nam inter hos longa differentia est, sive fuerit subjecta pœnalis stipulatio, sive quanti ea res est: nam si pœnalis, qui se sisti promisit certo die, etiamsi post diem secum agendi potestatem faciat, non evitat pœnam, cum fuerit ei facile se sistere condicto die, aut excusationis causas allegare per alium, quod ex Græcis ἐξόμνυσθαι, barbaris exidoniare, quasi non esse se idoneum adfirmare, ex quo Gallica vox, *exonier*, non ex Græco. Sin autem fuerit stipulatio quanti ea res est, ab ea liberatur si sistat se post tres aut quinque pluresve dies : libenter dederim XXX. nam hoc modicum tempus in jure censetur. Sed non dederim immodicum tempus : non dederim sex menses. Contra si alium sisti promiserit certo die, quia recepit in se quod est difficilius non præcipitatur etiam hic, vel urgetur nimis, sed mitius cum eo agitur, ut si stipulatio pœnalis fuerit, non luat pœnam statim atque dies venerit, sed habeat adhuc sex menses ad hominem conquirendum, et producendum in jus beneficio Justiniani *l. sancimus, C. de fidejuss.* et multo magis si fuerit stipulatio quanti ea res est, quia longe mitior hæc est. Nunc quod ait *l. et si post tres*, ut ope exceptionis liberetur vinculo stipulationis quanti ea res est, qui certo die se judicio sisti promisit, nec stetit eo die, si modo steterit post tres aut quinque pluresve dies, ita procedit, si steterit antequam lis cum eo contestaretur ex stipulatione quanti ea res est, *argum. d. l. cum dies*, §. *ult. et l. si insulam*, *et l. qui Romæ*, §. *Flavius*, *et l.* 17. *de const. pec.* nisi, ut lex ait, actoris maxime interfuerit tunc sisti: qua exceptione usi sumus supra, et utemur semper in similibus causis. Post litem contestatam si secum agendi potestatem faciat, cœpti judicii non evitat condemnationem: nec cum jure aut ratione ullo modo congruit declaratio Caroli in Constitutionibus Neapolitanis, in hunc modum scripta. Legem veterem Digestorum, Et si post tres, aut quinque pluresve dies, de judicialis moræ purgatione loquentem, ante litem contestatam, sensu plurium intellectum, post litem etiam contestatam debere intelligi declaramus. Et quod post adjicit, ut non liceat renuntiare beneficio, *l. et si post tres*, etiam aberrat a jure: nam id benigne datur mihi mea causa, ut emendem moram si velim intra modicum spatium post statutum diem judicio sisti, nec ipso jure sed beneficio exceptionis. Cur mihi non licebit non uti exceptione? et eadem est stultitia non permittentis sacerdoti renuntiare præscriptioni fori: nam si sacerdoti non licet, qua ratione ille ait quod renuntiatio deroget jure publico, quæ falsissima est, nec alii cuilibet eadem ratione licet renuntiare præscriptioni fori; at vero licet alii cuilibet: et sacerdoti igitur: et hæc sufficiant ad *l. et si post tres.* Sequitur ut videamus, quemadmodum quod dixit Africanus non evitare cum pœnam trajectitiæ pecuniæ, qui post moram offert, ab eo confirmetur. Confirmatur exemplo pœnæ compromissi, et pœnæ commissi, quæ tres pœnæ in jure conferuntur invicem sæpe, *l. debitor, de negotiis gest. l.* 5. §. *si servus*, *de pecul.* et vero conferri deberent semper. Si arbiter pecuniam certo die dari jusserit, non aliter non committitur pœna compromissi, quam si per eum qui dare jussus est non steterit, nam si steterit per eum semel, pœna committitur, nec evanescit si postea offerat pecuniam, nisi oblatam alter accipiat: quia accipiendo pecuniam, vel etiam petendo, videtur remittere pœnam, *l. Celsus, de recept. qui arb. rec.* Quid si arbiter dumtaxat dari jusserit non adjecta die, et interpellatus non solverit, ac postea offerendo evitat pœnam? Sic sane, quia non id agitur ut committatur stipulatio pœnalis statim atque interpellatus non solverit, sed modicum ei tempus quoddam datum intelligitur ad conquirendum pecuniam, quod plerumque redigimus ad XXX. dies legitimum judicati faciendi tempus, *l. si debitori*, *de judic. l. si domus*, §. *in pecunia, de leg.* 1. *l.* 1. §. *hic interdicto*, *de itin. actuque priv.* quo tamen transacto, æque non dicemus statim pœnam committi: nec enim dies qui tacite inest debitorem constituit in mora, sed is qui præscribitur nominatim. Igitur non ante videbitur moram fecisse, quam ex causa compromissi cum eo lis contestata fuerit, et offerendo ante litem contestatam, evitabit pœnale judicium, nisi victoris interfuerit maturius solvi, *l. si cum dies*, §. *ult. et l. seq. l. ult. de rec. qui arb. re.* Et quod Africanus ait, si per eum, qui certo die dare jussus est, non steterit quo minus eo die daret, non committi pœnam, hoc est hoc solo casu non committi, alias committi statim ex diei lapsu, et peti posse, etiamsi pecuniam offerat. Et quod sequitur ex Servio, adeo ut si simpliciter dari jusserit, modicum spatium datum videatur, hoc significat, die non adjecto, non committi pœnam statim atque interpellatus est, sed laxamentum aliquod dari humanitatis gratia, ne præcipitetur ad solutionem, nec vero ante incurrere eum pœnam quam simul et de pœna judicium acceperit : nam ante

judicium acceptum, integrum ei esse pecuniam offerre. Et sequitur idem esse dicendum de pœna commissi : nam si fundus venierit hac lege ut nisi ad diem constitutum pretium solverit emptor, res inempta fiat, prætcrito die nec soluto pretio, statim venditio committitur, et irrita fit : nec convalescit oblato postea pretio, nisi oblatum accipiat venditor, vel etiam non oblatum petat, *l. de lege*, §. *ult. et l. seq. de leg. commiss.* et in summa, non aliter non committitur venditio, quam si per emptorem non steterit, quo minus sua die pretium solveret, ut si defuerit cui solveret, *l. si fundus*, §. *ult. l. ult. eod. tit. l. ult.* §. *ult. de rescin. vend.* Quod si forte ita dicta sit lex commissoria : Si pretium non solverit emptor, fundus inemptus esto, non adjecto die, non ante videbitur emptor incidisse in pœnam commissi, quam egerit eo nomine eum eo venditor, et litem contestatus fuerit, fundi recipiendi causa. Et omnino eodem jure sunt hæc trita genera pœnarum, pœna trajectitiæ pecuniæ, pœna compromissi, pœna commissi. Omne commissum est pœna. Sequitur alia quæstio in *l.* 64. *de verb. oblig.* cujus ut soleo exponam verba prius, quam sententiam. Ait Africanus :

Hujusmodi stipulatio interposita est : Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes? post triennium condicio extitit, an hujus temporis nomine agi possit, non immerito dubitabatur : respondit, eam stipulationem utilem esse, ita ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam condicionem intercesserint, præstatio in id tempus collata intelligatur : ut sententia ejus sit talis : Tunc cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam præteriti temporis habita ratione, dena præstentur.

Cur vero non immerito dubitabatur an hæc stipulatio utilis sit, Si Titius eonsul factus fuerit, tum ex hac die iu annos singulos dena dari? quia præpostere concepta videtur propter illa verba, hac die, et perinde esse ac si dixisset, Si Titius consul factus fuerit hac die dari : quæ verborum conceptio priorem facit dationem obligatione : quod præproperum et præposterum est, ergo vitiosum: nam ex strictis formulis constant stipulationes: ergo ex rite conceptis tantum. Et verba illa dum audio, Si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari, præsentis temporis prima fronte arbitror habere demonstrationem, ut scilicet tum, id est ex præsenti tempore stipulationis, in annos singulos dena dentur, etiam ante impletam condicionem. Sed longe aliam sententiam esse stipulationis Africanus ait, nempe hanc (opus fuit paraphrasi) ut tunc cum Titius cousul factus fuerit, atque ita post impletam condicionem in annos singulos, dena præsteutur : etiam eorum annorum habita ratione, qui ante impletam condicionem intercesserunt: quo sensu nihil est in stipulatione adjectum præpostere : nam datio sequitur non antecedit condicionem : ideoque post triennium impleta condicione ex ea stipulatione debentur XXX. post quadriennium XL. post quinquennium L. et ita etiam Paulus respondit *l.* 126. *hoc t.* Articulus igitur, Tum, non præsens tempus demonstrat, sed futurum tempus existentis condicionis : qui et alias sæpe controversias facit, dum ambigitur quale tempus demonstret, ut *l.* 4. §. *ult. de cond. et demon. l. pen. de test. tut.* Porro cœpit quidem favore dotium utilis esse stipulatio a muliere imposita, hoc modo : Si decessero sine liberis, cum moriar dotem reddi, quamvis præpostere concepta videretur, propterea quod momentum moriendi vitæ deputatur: et datio igitur confertur in tempus vitæ, obligatio in tempus mortis mulieris: idque est ex Constitutione Leonis. Sed Justinianus latius induxit, ut in negotiis omnibus nihil vitiaret quod ageretur sermo præposterus, sed quæ verba facerent præposterum, ea haberentur pro non adjectis, et abolerentur quasi menda contrahentium, vel testatorum, ut in hoc sermone, Si Titius consul factus fuerit Kalend. proximis hodie dari, ut circumscriberetur articulus, Hodie. Verum nos hic in enarrando Africano jus vetus observamus, et ducimus dubitationem in quæstione ab eo proposita ex eo quod non valebat stipulatio præpostere concepta, recte. At definitio Africani hæc est : Ex ea stipulatione agi post impletam condicionem in hoc, ut retrorsum a die stipulationis in diem existentis condicionis singulorum annorum ratione dena præstentur. Cui solet opponi *l. cum quidam, de usur.* quæ ex stipulatione ita concepta, ut si quo anno usuræ minores, de quibus initio convenerit, solutæ non sint, tunc totius pecuniæ ex die contractus graviores debeantur : ait graviores prorsum deberi ex die quo cessavit debitor in solvendis minoribus, non retrorsum ex die contractus : hoc ideo quia iniqua et illicita ea stipulatio fuit, ut ex die contractus usuris usuræ adcrescerent, et ut latius legem totam explicem : Cum stipulatus essem mutuæ pecuniæ quincunces usuras quotannis dari, et si quo anno non solverentur quincunces, tunc totius pecuniæ ex die qua mutuum dedissem, semisses, debitor aliquot annis solvit quincunces, ac post destitit solvere uno anno, qua de causa secundum conventionem peto mihi solvi usuras semisses, non ex die tantum quo debitor cessavit solvere quincunces, sed etiam retro in præteritum ex die creditæ pecuniæ. Contra debitor queritur apud prin-

cipem de iniquitate stipulationis. Et princeps quidem rescribit, ut is adeat præsidem, qui stipulationem redigat ad justæ exactionis modum: quod rescriptum Paulus ait excedere adfinitum modum, id est, legibus definitum modum, ut eodem sensu Varro dixit effinitum VII. de ling. lat. rectissime vero: nam permittit princeps potestati, et arbitrio judicis, quod legis est, quodque lex finivit jam satis: qua re nihil est periculosius. Merito itaque Paulus, quia sive usuræ supra modum legitimum in stipulationem deducantur, sive usurarum usuræ, placet licitum per illicitum non vitiari, *l. placuit*, *de usur.* hoc casu ita rem temperandam et distinguendam esse putat, ut usuræ non crescant in præteritum ex die contractus, quia usuris accrescerent, quod semper ubique fuit prohibitum, id est, usuræ usurarum hoc modo exigerentur, sed in futurum tantum ex die cessationis, ita ut feram ante eum diem quincunces, non semisses, aut quincunces simul et semisses, post eum diem semisses: cui definitioni nihil obstat *l. lecta*, §. *ult. de reb. cred.* ut docui in prioribus adnotationibus ad hanc legem, namque tædet idem repetere hoc loco, etiamsi contra morem et ingenium meum his libris tractatoris personam susceperim, et verso quodammodo stylo, quod solebam concise, diffusius tractare instituerim: nam cogor redire sæpe ad ingenium: et prior illa sane scribendi ratio, et melior est, et verior meo judicio, ut nec recedens ab ea possim eam prorsus derelinquere: ac ne quid fallam, et in tractatibus plane mihi videor semper idem, nec esse multa mihi verba etiamsi sint multo plura quam fuerint olim. Sed transeamus nunc ad *l. 21. de fidejuss. in principio* ita Africanus scribit.

Hæres a debitore hæreditario fidejussorem accepit, deinde hæreditatem ex Trebelliano restituit, fidejussoris obligationem in suo statu manere ait. Idemque in hac causa servandum, quod servaretur cum hæres contra quem emancipatus filius bonorum possessionem accepit, fidejussorem accepit: ideoque in utraque specie transeunt actiones.

Hanc scripturam suspectam reddit *l. si hæres pecuniam, ad Treb.* quæ negat actionem hypothecariam transire in fideicommissarium, si hæres antequam restitueret hæreditatem, a debitore hæreditario pignus acceperit: nam separandæ obligationis fidejussoriæ ab obligatione pignoris nulla ratio est: neutra enim est hæreditaria, neuter contractus hæreditarius: et notandum quod ait *l. deducta*, §. *qui post*, *ad Treb.* actionem usurarum in fideicommissarium transire, quia hæreditaria stipulatio est, et contra, *l. debitor*, *eod. tit.* pigneraticiam in fideicommissarium non transire, quia hæreditaria actio non est: sic enim omnino legendum est. Et fidejussoris igitur vel pignoris obligatio accepti ab hærede antequam restitueret hæreditatem, non transit in fideicommissarium, quia certe non est hæreditaria, id est non cœpit a defuncto, licet accedat principali quæ hæreditaria est: ac præterea quod ait hoc loco, fidejussoris obligationem in suo statu manere, ex eo potius colligam, non transire eam in fideicommissarium, sed apud hæredem remanere: Verum nihil nos hæc movent: nam videbatur corrumpi obligatio fidejussoris restituta hæreditate, quasi nec posset in fideicommissarium transire ex SC. Trebel. quæ non est hæreditaria, nec in personam hæredis consistere: in quam non consistit principalis translata in fideicommissarium. Sed ideo in suo statu manet, id est non corrumpitur, quia sequitur fideicommissarium, aut sequi et transire in eum intelligitur: certe prætor fideicommissario adversus fidejussorem decernet actionem, quasi transierit: et ita de constituta pecunia hæredi a debitore hæreditario, antequam hæreditatem restitueret, est proditum in *l. si post*, *de const.pec.* in qua valde placet quod Græci adjiciunt hæreditario nomine hæredi constitutam pecuniam his verbis, ἐὰν κληρονομικῷ ὀνόματι ἀντιφωνηθῶ, etc. et ita pono hoc loco fidejussorem acceptum hæreditario nomine, atque ideo obligationem haberi pro hæreditaria, ut similiter *l. sicut* § 1. *quib. mod. pign. solv.* Si creditor hæredi pactus sit, ne res pignori sit, non defuncto debitori, et pactus sit, hæreditario nomine scilicet, etiam fideicommissario Trebelliano pactum prodest: et omnino quod hæreditario nomine actum est, proficit cuicunque subeunti hæredis locum, transitque in eum inde actio quasi hæreditaria, aut certe quasi transierit, a prætore decernitur. Et ut respondeamus ad *l. si hæres pecuniam*, duæ in ea proponuntur species, priori cum hæres ipsemet contraxerit principalem obligationem credita pecunia hæreditaria, constat pignus eum accepisse suo nomine, et similiter ergo posteriori pignus accepit suo nomine, non hæreditario, licet in causam obligationis hæreditariæ, et ideo non transit actio pignoraticia in fideicommissarium, sed cedenda ei est ab hærede, idque fideicommissarius consequitur petitione fideicommissi quasi minus hæres sibi restituerit: et in summa, sive hæreditario, sive suo nomine hæres a debitore hæreditario fidejussorem acceperit, antequam restitueret hæreditatem, restituta hæreditate ex SC. Trebel. in suo statu manet fidejussoris obligatio: sed si nomine hæreditario, transit in fideicommissarium utilis actio ex SC. Trebelliano, aut decernitur quasi transierit. Si suo nomine, cedenda est fideicommissario quasi appendix, et accessio velut quædam fideicommissi, ut in quem transit

principalis obligatio, is etiam accessionum commodum habeat. Et quod de fidejussore ita definimus, idem trahimus ad pignus et constitutum. Item quod de fideicommissario, idem ad filium emancipatum qui agnovit bonorum possessionem contra tabulas: nam uterque hæredis loco fungitur. Persequamur reliqua quæ sunt in hac lege.

Non est novum ut fidejussor duabus obligationibus ejusdem pecuniæ nomine teneatur: nam si in diem acceptus, mox pure accipiatur, ex utraque obligatur, et si fidejussor confidejussori hæres extiterit, idem erit.

Docuit initio non perimi obligationem fidejussoris, quem hæres accepit a debitore hæreditario, etiamsi postea restituat hæreditatem ex SC. Trebelliano, sed transire eam in fideicommissarium non minus quam principalem. Nunc docet non perimi etiam obligationem fidejussoris, si ejusdem pecuniæ nomine denuo se obliget fidejussor idem, veterem non perimi nova: et hoc non esse novum, ut duæ obligationes in ejusdem fidejussoris persona de eadem re sive pecunia concurrant: nam si in diem acceptus, mox non novandi animo pure accipiatur, constat eum duabus obligationibus teneri, et duabus actionibus, ut plane nihil referat legas hoc loco, obligationibus, an actionibus. Sed vera scriptura est, duabus obligationibus, ut et in Basilicis, δυσὶν ἐνοχαῖς; et si quis hic statim objiciat quod ait *l. qui bis, de verb. obl.* eum qui bis promittit non ideo teneri amplius quam semel, objiciam non præstare quidem eum amplius quam semel, sed ut bis promittit, obligari etiam eum bis: et eam legem esse accipiendam de præstatione, sive de executione obligationis, non de obligatione ipsa. At duabus etiam obligationibus fidejussor tenetur ejusdem pecuniæ nomine, si confidejussori hæres extiterit: tenetur enim proprio nomine, et hæreditario nomine, nec inanis est posterior obligatio, si priore forte conventus possit se tueri exceptione pacti, non possit posteriore, ut superiori specie emolumentum etiam hoc habet pura, ut petendo ante diem non videatur plus petere. Datur et his similis tertius casus in §. *pen. inf.* Sed tractemus plenius de secundo, id est, de fidejussore, qui confidejussori succedit. Hoc genere nulla confunditur obligatio, sed utraque in suo statu manet. Si fidejussor reo, vel si reus fidejussori successerit, vel si tertius quidam utrique, fidejussoria obligatio confunditur, *l. debitori, hoc tit. l. si duo, de solut. l. debitor, de separat. l. fidejussoris, C. de fidejuss.* et confusio est non tantum concursus debiti, et crediti in eandem personam, sed etiam concursus principalis, et fidejussoriæ obligationis in eandem personam: sed illa magis proprie confusio, quia fit utrinque confusio, hæc fit ex parte fidejussoria tantum: et hujus confusionis ratio hæc, quod reo succedente fidejussori, vel contra, res in eum casum deducatur a quo incipere non potest: nec enim posset quis initio pro se fidejubendo obligari: constituit quis etiam pro seipso, sed non fidejubet etiam pro seipso. Igitur fidejussore facto reo, vel contra reo facto fidejussore per successionem, consequens est fidejussoriam obligationem confundi, principalem solam manere: et ut dicitur, major tollit minorem, et major utique ac plenior est principalis, quam fidejussoria: et ita utimur indistincte sive reus fidejussori, sive fidejussor reo hæres extiterit, secundum Sabinianorum opinionem, nam Proculiani distinguebant: et si fidejussor reo hæres extitisset, admittebant confusionem fidejussoriæ obligationis. Contra si reus fidejussori, non admittebant, *l. si duo, de solut.* sed Julianus, qui ex Sabinianis fuit, etiamsi reus fidejussori hæres extiterit, admittit confusionem, *l. cum reus, hoc tit.* et hoc jure utimur, ut dixi: nec tamen ideo minus considerare debemus, quæ ratio moverit Proculianos: videntur moti subtili et acuta ratione valde. Cum fidejussor reo hæres existit, fidejussoriæ obligationi supervenit principalis, et superventu suo excludit fidejussoriam quasi minorem. Cum vero reus fidejussori hæres existit, principali supervenit fidejussoria, quæ superventu suo non potest excludere majorem minor: infirma, imbecilla, sed neque ipsa potest excludi, cum non superveniatur a majore, sed superveniat: ac si superventus majoris tantum debeat parere confusionem, ut vulgo dici solet, superveniente principe cessare magistratum, non superventus minoris. Sed si fidejussor confidejussori hæres extiterit, neutra obligatio confunditur: quia altera non est major altera, sed ambæ sunt pares, et ejusdem potestatis: par non tollit parem. Si tamen ex una agi cœperit, consumitur altera, ne bis idem ab eodem actori præstetur: quod æquitas non patitur. Et his convenienter Ulpianus ex Juliano, ex quo etiam Africanus hæc sumpsit in *l. 5. hoc tit. et l. non est novum, de act. empt.* docet reum promittendi conreo succedentem ex duabus causis obligari, et venditorem venditori succedentem, non conreo: quo casu evenire potest, ut non consumat altera actio alteram, sed utriusque commodo utatur actor separatim. Finge. Vendidi tibi fundum: eundem fundum tibi vendidit Gajus separatim: ego Gajo hæres extiti, fundus evincitur, teneor tibi de evictione duplici nomine, proprio et hæreditario: et si mecum egeris ex causa propria antequam Gaji hæreditatem adirem, post aditam hæreditatem Gaji, rursus mecum ages recte de evictione ex causa hæredita-

ria. Sed si prius adiero hæreditatem Gaji, quam mecum ageres, agendo ex hac vel illa causa, consumis alteram, quia agis concursu jam facto utriusque contractus: et sentis quidem utriusque contractus commodum, non tamen percipis utrumque: et ita ex Juliano Ulpianus in *d. l. non est novum*, quæ hac distinctione utitur, cum emptor emptori ejusdem rei succedit: nam ut si venditor venditori, si reus promittendi conreo hæres extiterit, duabus obligationibus tenetur ita si emptor emptori, vel si reus stipulandi conreo hæres extiterit, duabus obligationibus debitorem obligatum tenet: et quod dicitur, non esse novum, ut duæ obligationes in ejusdem persona de eadem re concurrant, id locum habet ultro citroque, active et passive: Sed quæ distinctio ponitur quo casu emptor, emptori eadem obtinet, quo venditor venditori succedit. Scripsit hac de re iisdem verbis Venulejus in *l. si reus*, *de duob. reis:* quæ emendanda est ex *d. l.* 5. ut legatur in ea, aliqua differentia, non altera, et paulo post, non potest reperiri (ratio scilicet) qua altera potius quam altera consumatur: ac sane supradictis locis omnibus, hoc est *l.* 5. *l. si reus*, *l. non est*, *et hoc* §. Africanus, Ulpianus, Venulejus verba ipsa Juliani mihi usurpare videntur, non uti suis. Scævola etiam idem, sed suis ut solet non alienis verbis in *l. si duo*, *de solut.* in qua tamen Flor. falso sine negatione scriptum est illo loco, Item si duo rei sint promittendi, et alter alterum hæredem scripsit, confunditur obligatio: quod docui Obs. XI. C. XXXIV. Sequenti §. demonstrabitur nunc, aliquando non confundi obligationem fidejussoriam, etiamsi reus fidejussori hæres extiterit, vel contra, atque ita aliquando non corrumpi obligationem, etiamsi in eum casum reciderit, a quo incipere non poterat. Et verba quidem ejus hæc sunt:

Servo tuo pecuniam credidi eum manumisisti, deinde eumdem fidejussorem accepi, si quidem in eam obligationem fidejubebat, quæ adversus te intra annum sit, obligari eum ait: sin vero in naturalem suam, potius ut non agatur: nihil enim intelligi posse, ut quis pro se fidejubendo obligetur. Quod si hic servus manumissus fidejussori suo hæres existat, durare causam fidejussionis putavit: et tamen nihilominus naturalem obligationem mansuram: ut si obligatio civilis pereat, solutum repetere non possit: nec his contrarium esse, quod cum reus fidejussori hæres existat, fidejussoria obligatio tollatur, quia tunc duplex obligatio civilis cum eodem esse non potest. Retro quoque si fidejussor servo manumisso hæres extiterit, eadem adversus eum obligatio manet, quamvis et naturaliter teneatur, nec pro se quis fidejubere possit.

Sed hæc ita paulatim nobis enarranda sunt. Omni obligationi fidejussor accedere potest, et civili, et naturali scilicet, sicut pignus, et constitutum. Civilis obligationis nomine comprehendimus etiam prætoriam, et ædiliciam, et tribuniciam: nam et tribuniciæ quædam stipulationes fuerunt, venientes ex Plebiscitis. Est igitur civilis obligatio quæ descendit ex legibus aut plebiscitis, aut edictis. Naturalis quæ solo æquitatis vinculo continetur non legibus, vel edictis, *l. Stichum*, §. *naturalis*, *de solut.* et hæc sola servum hominem, aut vicissim liberum hominem servo ex suis contractibus obligatum tenet, *l. cum quo*, §. 1. *ad leg. Falcid. l. eo tempore*, §. *etiam*, *de pec. l. hæres*, §. *servo de fidejuss.* nam civilis in personam servilem non cadit: quia nec persona servi ulla esse intelligitur jure civili. Jure naturali incognita est servitus, nec ulla est hominum inter se differentia. Sed neque ex jurejurando obligatur servus, *l. Julia et Papia*, si juret se operas præstaturum domino cum manumissus erit, *l.* 7. *de oper lib.* et jurando igitur nihil agit, nisi quæ juravit servus, eadem juret liber: qua de causa non jurante eadem libero, id est post manumissionem, quæ juraverat ante manumissionem vindicta eleganter Drusus prætor urbanus, ut M. Tullius refert VII. ad Att. negabat se ei libertatem addixisse, hoc colore quod nullus adfuisset, qui eum recte vindicasset in libertatem. At quæri hic potest, cur tamen ex delictis servus obligetur civiliter? nam obligatur certe ex delictis civiliter, licet non possit cum eo agi, quamdiu servus manet, quia judicia et lites exercentur tantum inter liberos homines, non inter servos, vel cum servis, sed dominus propter servi delictum conveniri potest noxali actione. Quin et in manumissum directa transfertur, et ut dicitur, noxa caput sequitur. Leges igitur quæ delictis positæ sunt homines tenent, et servos, et liberos. Leges contractuum servos non tenent, quia scilicet a quolibet exigitur ne quid delinquat, ne furtum puta, ne injuriam faciat. Fides autem in rebus contrahendis non ita exigitur a servulo, nebulone, verberone, cui vix unquam est syncera fides, et de se queri debet, qui fidem sequitur ejus hominis: atque ita fit, ut ex contractibus servus naturaliter tantum obligetur, non civiliter. Quid autem fiet si servus obligatus naturaliter, postea manumittatur? Post manumissionem obligatio naturalis durat, nec transformatur vel novatur in civilem, nisi id agatur ex integro: et ideo non potest cum eo agi post manumissionem ex contractu interposito in servitute: quia naturalis obligatio actionem non parit, et hunc tantum effectum habet, ut si solutum sit quod natura debetur, quasi indebitum repeti non possit, *l. quod enim*, *l. fidejussor*, §. *fidejussor*, *hoc tit. l.* 1. §. *id quod natura*,

ad leg. Falcid. l. 94. §. *Fabius, de solut.* denique quod natura debetur, neque peti non solutum neque solutum repeti potest: Ad hæc sciendum est, quod etsi servus ex suis contractibus obligetur naturaliter tantum, dominus tamen ejus obligatur civiliter, id est, jure prætorio, et conveniri potest actione de peculio, si servus peculiatus fuerit, quæ ante manumissionem servi est perpetua, post manumissionem annalis: nam cum manumissione extinguatur peculium, sufficit usque ad annum produci eam obligationem, videlicet domino retinente peculium: alioquin obligatio peculiaris sequitur peculium. Loquimur de manumisso inter vivos. In manumisso testamento fuit controversia quædam inter Sabinianos et Proculianos: nam si ei peculium legatum esset, Julianus qui ex Sabinianis fuit, in manumissum de peculio dabat actionem, *l.* 1. §. *per contrarium, de do. præl.* Pegasus et Cæcilius, qui et ipse ex Proculianis fuit, ut constat ex *l. vir. mulier, de don. int. vir. et uxor.* dant actionem in hæredem, *l.* 1. §. *item hæres, Quan. de pec. actio annal. sit.* Sed de hac controversia plenius tractatu nono. Præterea sciendum est, id quod diximus supra confundi obligationem fidejussoris, si reus fidejussori successerit, vel contra, ita procedere si utraque civilis obligatio fuerit, minor enim majori, id est principali cedit, nec ullarum est virium: nam potest quidem duplex civilis in eadem persona concurrere, si par sit altera alteri, non si dispar, veluti una principalis, altera fidejussoria. Quod si principalis fuerit naturalis tantum, fidejussoria civilis, reo succedente fidejussori vel contra nec potest tolli fidejussoria per principalem, quia non possis principalem dicere majorem cum non sit civilis: civile vinculum majus est, cum ex eo agi possit, non ex naturali. Non potest etiam tolli principalis per fidejussoriam, quia non possis dicere fidejussoriam majorem cum non sit principalis. Principem enim locum tenere majus est quam accedere: igitur utraque in suo statu manet, quasi non inferior altera alteri: et secundum hæc Græcos jamdiu admonui recte legere in *l.* 95. §. *quod vulgo, de solut.* Nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur. Obs. XI. C. XXXIV. (*) Sed speciem proponi necesse est. Servus accepit mutuam pecuniam, et dedit fidejussorem liberum hominem, ipse obligatus est naturaliter, fidejussor civiliter, ac deinde servus manumissus est, post manumissionem fidejussori suo hæres extitit, vel contra, neutra obligatio confunditur: nec erit inanis naturalis, si solverit ne repetat, et forte alia ratione perierit civilis, id est, fidejussoria, veluti tempore: et ita evenit hoc casu, ut non vitietur quod deducitur in eam causam a qua incipere non poterat: nec enim posset ab initio idem ejusdem pecuniæ constitui et reus, et fidejussor. Finge, eumdem servum qui acceperit mutuam pecuniam, post manumissionem fidejussisse in suam naturalem obligationem: an ex causa fidejussionis obligatur? Minime: Si fidejubeat in causam actionis de peculio qua dominus tenetur intra annum, obligatur quia pro domino fidejubet, non pro seipso. Si pro seipso, id est, in suam naturalem, nihil agit. Et tamen dato fidejussore extraneo in suam naturalem, si ipse fidejussori successerit, vel contra, res redit in eandem causam, ut nunc sit pro seipso fidejussor, nec tamen confunditur fidejussoria, vel principalis obligatio: quod et aliis quibusdam casibus contingere docuimus in *l.* 2. *de verb. oblig.* quos si hoc loco repeterem, essem ferendus: est enim tractatus διεξοδικὸς λόγος, sed nihil est necesse. Diximus vero hactenus de fidejussore, qui confidejussori successit, de reo debendi, vel credendi, qui correo successit, de reo debendi, qui fidejussori successit, vel contra. Seq. §. tractabitur de reo credendi, qui reo debendi, aut fidejussori ejus successit: vel cui successit reus debendi, aut fidejussor ejus. Sed verba ipsa primum exhibeamus.

Quod si stipulator reum hæredem instituerit, omnimodo fidejussoris obligationem peremit, sive civilis, sive tantum naturalis in reum fuisset: quoniam quidem nemo potest apud eumdem pro ipso obligatus esse. Quod si idem stipulator fidejussorem hæredem scripserit, proculdubio solam fidejussoris obligationem peremit: argumentum rei, quod si possessio rerum debitoris data sit creditori: æque dicendum est fidejussorem manere obligatum.

Si stipulator debitori hæres extiterit, vel contra, obligatio principalis confunditur: quia nemo sibi ipsi debere potest, nemo secum agere. Confunditur et fidejussoria, quia nemo potest eidem pro eodem ipso esse obligatus, *l. Granius, l. si quis pro eo,* §. 1. *hoc tit. l. tutor, in prin. ad Vell.* et ab Accur. perperam ea *l. tutor.* aptatur etiam ad id quod dicitur in §. *servo tuo sup.* non posse intelligi, ut quis pro se fidejubendo obligetur: nam aliud est dicere neminem eidem pro ipso obligari posse, quod est in *d. l. tutor,* aliud neminem sibi pro seipso obligari posse: sed ad rem. Confunditur ergo fidejussoria obligatio, ut dixi, etiamsi principalis fuerit naturalis tantum: et ut superiori specie si hæc fuerit naturalis, illa civilis, reo succedente fidejussori vel contra, utraque perdurat, ita in proposita specie reo succedente stipulatori vel contra, utraque confunditur. Quod si stipulator hæres extiterit fidejussori vel contra, sola fidejus-

(*) *Vid. Merill. variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 23.

soria confunditur, principalis manet: ét in summa facta confusione inter creditorem et debitorem, fidejussor liberatur, facta confusione inter creditorem et fidejussorem, debitor non liberatur, *l. in omnibus*, *l. Granius*, §. *quod si creditor, hoc tit.* et ideo si fidejussor stipulatori hæres extiterit, agit cum debitore hæreditario nomine ex stipulatu, non mandati, quasi ipse a se exegerit, et hæreditati solverit: quia confusio in hoc casu vicem solutionis habere non potest, cum non fiat confusio ex utraque parte, rei scilicet et fidejussoris: igitur quia reus non liberatur, non potest cum eo agi mandati, et hoc est quod ait in §. *ult. hujus legis.*

Cum fidejussor reo stipulandi hæres extiterit, quæritur an quasi ipse a se exegerit habeat adversus reum mandati actionem? respondit, cum reus obligatus maneat, non posse intelligi ipsum a se fidejussorem pecuniam exegisse: itaque ex stipulatu potius, quam mandati agere debebit.

Cui nihil obstat *l. si ei cui, mand.* quia in ejus specie reus liberatur, non quidem eo, quod fidejussor creditori hæres extiterit, sed quod jam ante creditori condemnatus fuerit, accepto factoque judicio in fidejussorem, reus liberatur actione creditæ pecuniæ, et mandati tenetur. Vellem his adjungi, quod idem Africanus scripsit in *l.* 38. §. *ult. de solut.* ex quo intelligimus alia quoque ratione, confusionem non per omnia pro solutione cedere, quod exposuimus quidem jam ante ad *l.* 53. *sol. matrim.* Sed præstat repeti etiam idem et inculcari hoc loco. Verba *d.* §. *ult.* hæc sunt:

Qui pro te apud Titium fidejusserat, pignus in suam obligationem dedit: post idem hæredem te instituit: quamvis ex fidejussoria causa non tenearis, nihilominus tamen pignus obligatum manebit: at si idem alium fidejussorem dederit, atque ita hæredem te instituerit, rectius existimari ait, sublata obligatione ejus pro quo fidejussum sit, eum quoque qui fidejusserit, liberari.

Ex eo intelligimus fidejussore succedente debitori principali, vel contra, non confundi pignoris obligationem, quam in suam obligationem fidejussor contraxerat, licet confundatur fidejussoria obligatio non primi tantum fidejussoris, sed ejus etiam qui pro fidejussore fidejussit. Solutio consumeret etiam pignoris obligationem. Successio illa non consumit pignoris obligationem: et integrum erit creditori agere hypothecaria, et principali in personam, licet ex causa fidejussoria agere non possit, quia etsi personarum debitoris, et fidejussoris facta sit confusio per aditionem hæreditatis, et sustulerit major obligatio minorem, nihil tamen est, quod sustulerit rei pignoratæ obligationem, et ita si debitor qui in suam obligationem pignus dedit, creditori successerit, vel contra, pignus non intelligitur liberari, si rogatus sit restituere hæreditatem, quia dominium rei pignoratæ apud successorem non permanet: atque adeo dominii acquisitione, quod non permansit apud creditorem, non videtur confusum pignus, *l. debitor*, *ad Treb.* idemque dicendum puto fidejussore, qui pignus dederat in suam obligationem, succedente creditori, vel contra, et rogato restituere hæreditatem. At modo necesse est, ut revertamur ad §. *quod si stipulator*, et videamus quo argumento Africanus comprobet solum fidejussorem liberari, non reum, si stipulator fidejussori hæres extiterit, vel contra: nam videtur profecto admodum difficilis esse enodatio argumenti quo utitur, nisi ita formetur, et explicetur. Si fit nonnumquam, ut solus fidejussor obligatus maneat, debitor solus liberetur, non est mirum vel absurdum si eveniat quoque nonnumquam, ut solus debitor obligatus maneat, fidejussor solus liberetur. Et solus quidem fidejussor obligatus manet, si bona debitoris a creditore ex edicto possessa, et distracta sint, quia desinit esse debitor, cujus bona ex edicto possessa sunt; sicut is qui cessit bonis, cum possit conventus se exceptione defendere *l.* 3. *C. de bon. auct. jud. poss. l. ult. C. de revoc. his quæ in fraud. cred.* Si tamen ex venditione solidum consequi creditor non potuerit, integra ei est actio in fidejussorem: et ita debitor quem creditor capitis accusavit, quodammodo desinit esse debitor, quoniam si conveniatur ex causa crediti, agentem potest repellere hac exceptione, Quod ab eo in majus periculum vocatus sit amittendorum omnium bonorum: fidejussor tamen ejus citra ullam exceptionem conveniri potest, *l. captis, hoc tit.* Sed si bona debitoris defuncti ideo possessa sint, quod ei hæres non extaret, proculdubio tollitur principalis obligatio, fidejussoria manet, *l. Stichum*, §. 1. *de solut.* et his casibus addentur similes alii duo in *l. cum quis*, §. *pen. de solut.* Solus autem debitor obligatus manet, si fidejussor creditori hæres extiterit, vel contra. Restat modo ex hac lege tantum §. *pen.* cujus hæc sunt verba.

Cum et tu, et Titius ejusdem pecuniæ rei essetis, eum qui pro te fidejussit, posse et pro Titio fidejubere respondit, quamvis eamdem pecuniam eidem debiturus sit: nec tamen inanem eam creditori futuram: nonnullis enim casibus emolumentum habituram, veluti si ei pro quo ante fidejussisset hæres existat, tunc enim confusa prima obligatione posteriorem duraturam.

Ex hoc §. addemus tertium casum ad §. 1. hujus legis, quo ejusdem pecuniæ nomine quis duabus obligationibus, sive duabus fidejussionibus tenetur. Pone duos esse reos debendi, et pro singulis

unum eumdemque fidejussisse separatim, ex utraque fidejussione tenetur, licet utraque sit ejusdem pecuniæ: quod neque inane erit quandoque, neque inutile: nam si hic fidejussor forte uni ex reis hæres extiterit, confusione desinit illius esse fidejussor sed alterius fidejussor manet: ac proinde, vel quasi reus principalis conveniri potest hæreditario nomine, vel quasi fidejussor proprio nomine ex causa alterius fidejussionis: alteram enim peremit concursus principalis obligationis, et ita explicita est *l.* 21. *de fidejuss.* et quæstio omnis de confusione obligationis, quæstio subtilis et necessaria, si modo jungantur ea, quæ adscripsimus supra ad *l.* 20. *de hæred. ven.* et *l.* 53. *sol. mat.* Restat ex hoc libro tantum *l.* 38. *de solut.* cujus tamen ad legem superiorem jam occupavimus explicare §. ultimum, quod pertineret maxime ad quæstionem de confusionibus obligationum. Sed initium in ea est hujusmodi.

Cum quis sibi, aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit cum stipulatio interponeretur: ceterum, sive in adoptionem sive in exilium ierit, vel aqua, et igni ei interdictum, vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse hæc conventio stipulationi videtur, si in eadem causa maneat.

Quæstio est de adjecto in stipulatione solutionis causa, qui et procurator est, et ideo in eum datur passim stipulatori actio mandati, ut si forte pecunia ei soluta sit eam reddat. Potest quis esse procurator ejusdem rei nomine, ut si jusserim debitorem Titio solvere, et Titium accipere, Titius procurator est ad accipiendam pecuniam, non est tamen adjectus licet omnis adjectus procurator sit: si non in rem meam, in rem suam, ut si donare ei volui vel solvere: et de adjecto quidem est initium hujus legis, ut dixi, de procuratore simplici §. 1. Si stipuler mihi, et Titio dari; partim utilis partim inutilis stipulatio est: nam pro parte Titii est inutilis, itaque mihi soli pro mea parte quæritur obligatio, *l. ult. in fi. de verb. obl.* §. *quod si quis, Inst. de inutil. stip.* Si stipuler mihi, aut Titio, tota stipulatio utilis est, quia non id agitur, ut obligatio Titio acquiratur, sed ut acquiratur mihi soli, solvatur autem vel mihi, vel Titio, quasi procuratori meo. Conjunctio facit nos pares. Disjunctio dispares. Syllaba una pares, aut dispares. Et in persona quidem alterius non contrahentis obligatio consistere non potest, quia per liberam personam vel alienum hominem alteri obligatio non acquiritur. In alterius persônam quasi procuratoris solutio consistere potest. Hoc igitur sermone, mihi et Titio, Titius obligationi applicatur, quod fit inutiliter. Illo sermone, mihi aut Titio, Titius solutioni applicatur, adjicitur, adhibetur, quod non est inutile. Obligationi non applicatur, et ideo nec ex stipulatu agere, nec novare, nec acceptum facere potest, nec fidejussorem accipere, vel pignus, vel constitui ei recte suo nomine, et hæc tantum vis adjectionis hujus est, ut adjecto recte solvatur etiam ignorante, vel invito stipulatore, id est, ut liberetur debitor, qui ei solvit perinde atque si stipulatori solvisset. Sed hoc ita si ei solverit antequam ageret stipulator, et litem contestaretur cum debitore: nam post litem contestatam ab stipulatore, debitor adjecto non recte solvit. Item si in eadem causa eodemque statu fuerit adjectus, solutionis tempore, quo fuit stipulationis: nam post stipulationem capite diminuto non solvitur recte, quia alii solvitur quam cui stipulator solvi voluit: nec refert, quæ fuerit capitis diminutio: utitur enim Africanus hoc loco exemplo minimæ, mediæ, maximæ. Minimæ, ut si se adrogandum dederit adjectus. Mediæ, ut si deportatus fuerit, vel aqua et igni ei interdictum sit. Maximæ, si servus factus sit. Mediæ videtur duos proferre modos, qui tamen hodie habentur pro uno, postquam aqua et igni interdicto transfusa est in deportationem. Exilium igitur hic accipio proprie pro deportatione, *l.* 2. *de pub. jud.* Igitur quoquo modo capite diminutus sit adjectus post stipulationem, ei non solvitur recte, quia ut subjicit, tacita conventio inest stipulationi, si in eadem causa maneat. Græci dicunt, tacita conditio: sed nihil refert: nam et *l.* 4. §. *ult. de pact.* exemplis tacitæ conventionis, additur tacita conditio quæ stipulationi inest. Verum huic definitioni obstat *l. Stichum,* §. *usumfructum, hoc tit.* Sed ut docuimus *l.* 55. *de verb. obl.* non hoc vult Papinianus in *d.* §. *usumfructum,* post stipulationem adjecto capite diminuto, ei recte solvi, quod abhorret ab omni ratione, sed adjecto recte solvi, etiamsi stipulationis tempore capite minutus fuerit: eademque mens est *l. eum qui* §. *qui sibi, de verb. obl.* ut scilicet solutioni recte adjiciatur filius, etiam emancipatus stipulationis tempore: nam si post stipulationem emancipetur, desinit esse adjectus. Emancipatio est capitis diminutio non minus quam adoptio: si adoptione intercidat facultas solvendi adjecto, et emancipatione igitur: nec offendor eo, quod emancipatione mutetur in meliorem statum: nam et manumissione idem contigit, nec tamen manumisso solvitur recte, qui mandati tempore servus fuit, §. *item si adhuc, Inst. mand.* et hoc quidem admittet concedetque mihi facile quilibet, si stipuler mihi aut filiofamil. alieno, vel servo alieno, et is, vel manumittatur a domino, vel emancipetur a patre suo. Non idem forte concedet, si stipuler mihi, aut filio, aut servo meo, et is postea emancipetur a me, aut

manumittatur: nam per me fit ne adjectus maneat in eodem statu, et non potest facto meo mutari conditio stipulationis, *l. vero*, §. 1. *hoc tit.* Mandatum mutari et revocari potest, si non filium aut servum meum adjecero in stipulatione, sed ei debitorem solvere jussero, et revocatum intelligitur manumissione, et emancipatione; ut plane videatur hac in re constituenda esse differentia, inter adjectionem, et mandatum, nisi dicas non mutari condicionem stipulationis, si adjectum stipulator manumittat, vel emancipet, quandoquidem tacita condicio stipulationis hæc fuit, ut ita demum adjecto solveretur recte, si in eadem causa maneret, et plerique casus existere possunt, quibus hortante pietate, vel utilitate, vel qua alia ratione majore compellatur stipulator emancipare, aut manumittere: quod si fiat, sequitur ex tacita lege stipulationis amplius ei solvi non posse. Et in summa, qui emancipatur vel manumittitur, desinit esse procurator, actor, dispensator, mandatarius, desinit esse adjectus indistincte: qui mutatur pœnitentia domini vel stipulatoris, desinit esse procurator, non desinit esse adjectus. Et sententiam igitur hujus legis porrigimus etiam ad manumissionem, quamvis manumissio capitis diminutio non sit: nam et Græci eam referunt ad relegationem, quæ etiam capitis diminutio non est, dum exilium hoc loco accipiunt pro relegatione: non probo interpretationem, sed probo de exilio adjecti, id est, deportatione quod dicitur, ut ea perimat facultatem solvendi adjecto, id trahi ad relegationem. Unde traxerim quoque idem ad senatu motionem, si stipulatus sim mihi aut Titio senatori, et is post stipulationem ob turpitudinem aliquam senatu motus sit, quia et huic præsumitur solvi ab initio noluisse, et convenisse in hoc contrahentes, ut mutata dignitate non solveretur. Idem quoque traxerim ad damnationem temporariam in opus publicum, quamvis et hæc capitis diminutio non sit, *l. 6. C. ex quib. caus. inf. irrog.* Sed repetamus quam attigimus supra differentiam inter adjectionem et mandatum simplex. Multum interest, utrum Titius sit adjectus, an procurator tantum ad accipiendam pecuniam domino debitam non adjectus: nam si prohibeam adjecto solvi, nihilominus ei solvitur recte, quia certam condicionem habuit stipulatio, quam stipulator mutare non potest: ex quo intelligitur non solum promissorem stipulatione alligari, sed et stipulatorem quandoque. Condicio sane sive conventio, et lex stipulationis, quæ format ipsam stipulationem obligat ultro citroque. Si prohibeam procuratori solvi, aut procuratorem accipere, si revocem mandatum re integra, postea ei non solvit recte debitor, sciens revocatum esse mandatum, *l. vero*, §. 1. *l. aliud*, *h. t.* Sed si ignorans solverit, liberatur benigna ratione, ne justa et probabilis ignorantia ei damnum adferat: et hujus discriminis vel tacite notandi gratia credo statim subjectum §. *seq.*

Si debitorem meum jusserim Titio solvere, deinde Titium vetuerim accipere: et debitor ignorans solverit, ita eum liberari existimavit, si non ea mente Titius nummos acceperit, ut eos lucretur, alioquin, quoniam furtum eorum sit facturus, mansuros eos debitoris, et ideo liberationem quidem ipso jure non posse contigere debitori: exceptione tamen ei succurri æquum esse, si paratus sit condicionem furtivam, quam adversus Titium habet, mihi præstare, sicuti servatur cum maritus uxori donaturus debitorem suum jubeat solvere: nam ibi quoque quia nummi mulieris non fiunt, debitorem non liberari: sed exceptione eum adversus maritum tuendum esse, si condictionem, quam adversus mulierem habet, præstet: furti tamen actionem in proposito mihi post divortium competituram, quando mea intersit interceptos nummos non esse.

Initium hujus legis est de procuratore adjecto in stipulatione solutionis causa. Hic autem §. est de procuratore constituto solutionis causa, non adjecto: et prior quidem pars de procuratore in rem meam, posterior de procuratore in rem suam: prior de revocato mandato, posterior de revocata donatione. Omne mandatum pœnitentia revocatur. Donatio inter vivos pœnitentia non revocatur, nisi sit facta inter conjuges, de qua etiam specialiter agitur in posteriori parte. Sed de priore primum dicamus. Si jusserim debitorem meum solvere Titio procuratori meo, deinde Titium vetuerim accipere, et postea debitor ignorans revocatum esse mandatum, solverit Titio, liberatur. Hoc dicitur de mandato revocato pœnitentia: sed resolvitur etiam mandatum morte mandatoris, vel mandatarii, et manumissione, aut emancipatione mandatarii, quibus casibus idem receptum est, ut liberetur debitor qui ignorans mortem mandatoris vel manumissionem mandatarii, ei solvitur §. *recte*, *Inst. mand. l. si quis servo*, *l. si servus*, *h. t. l. pen. de reb. credit.* Qui scit revocatum aut resolutum esse mandatum, solvendo ei quem scit nunc non habere mandatum, nullo modo liberatur. Sed videamus is qui ignorans solvit, utrum ipso jure an per exceptionem liberetur? loquemur de mandato revocato pœnitentia, sed idem intelligemus obtinere, etiamsi morte aut manumissione revocatum sit mandatum. Et ita distinguimus. Aut ignorans debitor solvit ignoranti, et bona fide accipienti, id est, ei qui ignorat revocatum esse mandatum, quique accipit pecuniam ea mente, ut domino reddat, et tunc

liberatur ipso jure. Aut ignorans solvit scienti, et simulanti, se esse procuratorem creditoris, et accipienti pecuniam intervertendi causa, et lucrifaciendi animo, et tunc debitor non liberatur ipso jure, quia nec solvisse videtur: nam is demum solvit qui dominium rei, aut pecuniæ quam solvit transfert: est enim solutio alienationis species: porro is qui falso procuratori solvit, licet ignorans solvat, neque eum pecuniæ dominum facit neque me, quia non possum nisi per eum factus dominus videri, et is accipiendo eam pecuniam furtum facit: hæc vero simul esse non possunt, ut accipiendo pecuniam, et pecuniæ furtum faciat, et ejusdem pecuniæ dominium acquirat, nam si acquirat, jam pecuniæ suæ furtum non facit, *l. falsus*, §. *pen. de furt.* Si furtum facit, ut facit, (habuit enim consilium furandi) non acquirit igitur. Et consequenter non videtur solvisse qui falso procuratori simulanti se procuratorem esse creditoris, solvit, nec liberatur ipso jure. At liberatur per exceptionem doli mali, si paratus sit actori cedere condictionem furtivam, quam habet adversus falsum procuratorem, aut vindicationem. Nec obstat *l. si quis servo*, *in fi. h. t.* quæ simpliciter ait debitorem liberari: nam non est novum in jure, ut liberari dicatur qui per exceptionem liberatur non ipso jure, *l. qui res*, §. *mihi Romæ*, *l. qui hominem*, §. *stipulatus*, *h. t.* Creditori non competit condictio furtiva nisi cedatur, quia dominus ejus pecuniæ non fuit, et condictio furtiva soli domino competit, nec si creditor cessionis jure condicat, suo nomine condicit, sed nomine domini id est debitoris. Competit tamen ei actio furti suo nomine adversus falsum procuratorem, quia ejus interest non intercipi pecuniam sibi debitam. Nec obstat quod ejus pecuniæ neque dominium, neque possessionem habuerit: nam fateor quidem regulariter furti actionem dari ei qui rei aut pecuniæ furtivæ dominus, aut possessor fuit, *l. si vendidero*, § *ult. de furt. l. si gratuitam*, §. *ult. de præsc. verb.* sed velim domino et possessori etiam adjungi creditorem, cui res furto ablata aut pignorata fuit. Et hæc ad priorem partem. Sequitur posterior, ad quam vulgo ponitur species omnino male, quæ ponenda mihi perspicue videtur in hunc modum. Ego uxori donaturus jussi debitorem meum ei solvere, et antequam is solveret, divortio facto revocavi donationem, ut solent quicunque divertunt: post solvit debitor uxori ignorans divortio infirmatam donationem, mulier accepit furandi animo, ut lucraretur eam pecuniam: debitor non liberatur ipso jure, quia pecuniæ dominium ab eo non discessit, sed liberatur per exceptionem doli mali, si paratus sit creditori cedere condictionem furtivam, quam habet adversus mulierem, vel vindicationem, ut est in *l. vir uxori, de don. inter vir.* qua quidem si cessa fuerit, aget creditor nomine debitoris, furti autem actione aget suo nomine, ut priore parte: neque his obstat *l. 5.* §. *ult. de don. inter vir. et uxor.* quia in ejus specie debitor uxori non solvit, post divortium mutata voluntate mariti, sed constante matrimonio et durante voluntate: et ideo debitor liberatur, ac si solvisset marito, pecuniæque dominium acquisitum marito videtur: et ita Odofredus recte. Nihil etiam obstat *l. quod meo*, §. *si furioso*, *de acq. poss.* nam recte Accursius in amittendo differentiam esse inter dominium, et possessionem. Dominium sola voluntate non amitti, nisi in alium transferatur. Possessionem sola voluntate amitti. In fine hujus §. *quando*, id est, quandoquidem, ut *l. 4.* §. *si dominus, de usurp. et usuc.* et §. *qui hominem*, *inf. l. 21.* §. *ult. Commod. l. 17. de in rem vers. l. Titius, de præsc. verb. l. 46. in fi. de dam. infec.* Et verba, Post divortium, sic accipienda sunt, ut post divortium acceperit mulier sciens mutatam esse voluntatem. Sequitur alius:

De peculio cum domino actum est: is damnatus solvit, et fidejussores pro servo acceptos liberari: eandem enim pecuniam in plures causas solvi posse, argumentum esse quod cum judicatum solvi satisd tum est, et damnatus reus solvat: non solum actione judicati, sed etiam ex stipulatu, et ipse et fidejussores liberentur, et magis simile esse, quod cum possessor hæreditatis, existimans se hæredem esse solverit: hæres non liberetur, tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando, repetitionem ejus haberet.

Docet duobus exemplis aliquando evenire, ut una solutione tollantur duæ vel plures obligationum causæ diversæ, diversorum, vel ejusdem, utque una solutio pariat liberationem pluribus ex diversis causis obligatis. Unum exemplum est hujusmodi. Egisti cum domino de peculio: vel absolutus est dominus vel condemnatus. Si absolutus quasi servo non obligato naturaliter: eo nomine, quo agebatur cum domino de peculio, licet perperam judicatum sit, exceptio tamen rei judicatæ, etiam fidejussori pro reo accepto proficit: et ita Julianus, *l. si cum testamento*, §. *ult. de exc. rei jud.* Si condemnatus, et solverit ex causa judicati, solutione hujusmodi non solum dominus actione judicati, sed etiam fidejussores pro servo accepti liberantur ipso jure actione ex stipulatu, licet non sint accepti in causam judicati, sed in obligationem naturalem servi: et ita idem Julianus sive Africanus hoc loco: cui refragatur Proculus in *l. egisti*, *hoc tit.* nec enim ea lex est de domino

absoluto, ut videtur his qui eam opponunt *d. l. si cum testamento*, sed de domino condemnato qui solvit, quia de solutionibus in ea agitur, et manifesta differentia constituitur inter solutionem factam a domino, et solutionem factam a servo: et egisti igitur in illa, id est, egisti et exegisti, et tamen fidejussores servi non liberari ait. Posset probabiliter dici, fidejussores non liberari si solidum ex peculio creditor consequi non potuerit: superesse enim in reliquum actionem in fidejussores, alioquin liberari. Sed vereor ne non sit ponendum cum in hoc §. tum in *d. l. elegisti*, creditorem peculii actione suum recepisse in solidum, et dissentire Julianum a Proculo. Juliano liberatos ipso jure fidejussores videri. Proculo contra: rem certe fuisse controversam Africanus demonstrat hoc loco: dum magnum studium ponit in comprobanda Juliani sententia, argumento a simili, et refellendo adversariorum argumento a dissimili, magis quam a simili. Proculus igitur facile admittebat, servo recte solvente ex peculio fidejussorem liberari, nec enim ullus unquam negavit, reo solvente fidejussorem liberari, nec enim ullus umquam negavit, reo solvente fidejussorem liberari, aut mandatorem, aut pignus, quia sublata principali obligatione, accessio consistere non potest: nullus uno ex reis solvente conreum liberari, quia condicio propria conreorum debendi hæc est, non ut singuli solidum debeant, cum possint duo quidam singuli idem in solidum debere, nec esse conrei, sed ut unius solutione, vel acceptilatione liberetur alter, nec a singulis solidum exigatur, utque una potius obligatio esse censeatur, et una summa quæ debeatur, ut est in *l. 3. in fin. de duob. reis*, *l. ult. C. eod.* non duæ obligationes: et ita conrei credendi non sunt, quibus singulis solidum debetur, cum et si duobus eadem res disjunctim legata sit per damnationem, singulis solidum debeatur, nec tamen sint conrei, et possint singuli ferre solidum, unus rem, alter æstimationem: sed propria condicio reorum credendi hæc est, ut non singulis solidum solvi sit necesse, sed uni tantum, et uni soluta integra pecunia, ut ab utroque debitori contingit liberatio, *l. 16. de leg. 2.* At secundum Proculi sententiam, solvente domino rei principalis, non liberatur fidejussor ejusdem, quia diversæ omnino et separatæ sunt harum obligationum causæ, nec cohærent aut coadunatæ sunt invicem, sicuti conreorum, ita ut pro una haberi possint, nec accedit alia alii, et unam solutionem ipso jure proficere in tam diversas causas novum videtur. Contra Juliano nec novum, nec absurdum, aut mirum videtur, proferenti aliud exemplum, quo etiam una solutio duas obligationes diversas tollit: id vero est hujusmodi. Reus promittendi, cujus forte bona a creditore dies xxx. possessa erant, satisdedit judicatum solvi, qui et in causam satisdederat principalis obligationis, et condemnatus solvit ex causa Judicati. Solutione hujusmodi non solum reus liberatur actione judicati, et fidejussores dati in eandem causam: sed etiam actione ex stipulatu et ipse, et fidejussores, qui accesserunt huic obligationi: et hoc, ut opinor, omnes admittebant. Ducit enim argumentum ex re certa, et concessa, vel admissa ab omnibus: ac deinde quærit, cur nolint etiam priore casu domino damnato de peculio et solvente, solutionem tollere obligationem fidejussoris? Quod cum posteriore absurdum non esse existimant, cur existiment esse absurdum priore? ac denique nullo casu volunt absurdum videri, ut una solutio uno momento perimat duas aut plures obligationes diversas: et his addi potest tertium exemplum ex *l. in numerationibus*, *hoc tit.* quam totam a me explicari hoc loco res exigit. Duas facio ejus legis partes summas. Priore ostendit unam solutionem, vel quod pro solutione est, aliquando valere ad tollendas duas obligationes diversas, in hac specie. Debitor creditori pignus vendidit, quæ venditio pro solutione est, ut contra in solutum datio pro venditione, *l. 4. C. de evict. l. eleganter, in princip. de pign. act.* Solutione hujusmodi tollitur obligatio creditæ pecuniæ, quasi pignore accepto in solutum: et obligatio ex vendito quasi pretio compensato cum debito, atque ita facto uno momentoque uno, et solvere videtur venditor quod debuit emptori ex causa crediti, et solvere emptor quod debuit venditori ex causa emptionis, et una solutio, vel quasi solutio duarum vim, et effectum habet. Posteriore parte ostendit, unam solutionem, numerationem, vel præstationem proficere in causas duas, non ad tollendas duas obligationes, constituendas duas liberationes, sed partim ad obligandum creditorem, partim ad liberandum debitorem, ut si pupillo obligato naturaliter ex causa crediti, leget creditor sub condicione, si solverit quod natura debet, solvendo et liberat se debito naturali, et condicionem legati implet atque ita obligat sibi hæredem, ut legatum præstet: ac similiter legato usufructu nummorum, hæres numerando pecuniam legatario, una numeratione unoque momento liberat se actione ex testamento, et obligat sibi legatarium quasi ex tacita stipulatione, tandem pecuniam reddi finito usufructu, *l. hoc SC. §. pen. de usufr. ear. rer. etc.* Item hæres damnatus vendere, aut locare certo pretio, vendendo, aut locando una præstatione, et liberat se actione ex testamento, et obligat sibi legatarium ex vendito, vel ex locato: atque ita his omnibus casibus una solutio, numeratio, vel

præstatio partim parit, partim tollit obligationem. Sed redeamus ad casus ab Africano hoc loco propositos, quibus una solutio tollit obligationes, parit liberationes duas. Non videntur, ut dixi, id admisisse Proculiani priore casu. Sed et vix alio ullo: quandoquidem longe secus evenire frequentius demonstrabant, ne una solutio pareret liberationem in personam non solventis, ut si possessor hæreditatis existimans se esse hæredem, solverit creditori hæreditario: nec enim verus hæres liberatur, vel ipso jure, vel per exceptionem, nisi id ei reputaverit in petitione hæreditatis bonæ fidei possessor, et cesserit condictionem indebiti: quæ cessio utilis est hæredi ad excludendum creditorem exceptione doli mali. Malæ fidei possessor non potest cedere condictionem quam non habet, nec aliter id reputare hæredi potest, quam si caverit defensum iri eum adversus creditorem, *l. si quid possessor, de pet. hæred.* Idem si fidejussor tutus exceptione pacti in personam suam concepti solverit per errorem, reus non liberatur, *l. cum is*, §. 1. *de cond. ind.* ac similiter conreus tutus exceptione pacti si solverit, alter conreus non liberatur, *l. qui hominem*, §. *ult. hoc tit.* Denique his casibus una solutio non liberat eum, qui ejus pecuniæ nomine obligatus erat, non liberat verum hæredem, non reum principalem, non conreum, qui nihil solvit. Cur ergo in casibus ab Africano propositis, et maxime eo, unde orta est controversia, puta si condemnatus dominus de peculio solvat creditori peculiari, non dicimus potius alterum qui nihil solvit non liberari, et eandem pecuniam non posse solvi in plures obligationes? nam hi omnes casus inter se similes sunt. Respondet Africanus, imo magis esse dissimiles, et ducere adversarios argumentum a dissimili magis quam a simili. Contra positam imaginem dissimilem esse. Legendum enim proculdubio est ex contextu Africani, Et magis dissimile esse, quam scripturam habemus ex relatione Accursii: nam et rationem dissimilitudinis reddit statim. Casibus prolatis ab adversariis, is qui solvit habet condictionem indebiti: et merito igitur non liberatur alter, id est hæres, reus vel conreus, quia nec ipse qui solvit liberatur, sed obligatus manet sub eadem exceptione pacti conventi, aut certe, sicut possessor hæreditatis non liberatur, quia nec obligatus fuit, pro non soluto habetur quod repeti potest. Denique illis casibus solutio nulli liberationem parit. Duobus autem casibus hoc loco propositis qui solvit, indebiti condictionem non habet, et liberatur: et notandum quod Africanus ait, suo nomine possessorem hæreditatis indebitam pecuniam dedisse: hoc enim solo casu habet condictionem indebiti, et hæres non liberatur, ut *d. l. si quid possessor, l. in summa, in fin. l. si pœnæ*, §. 1. *de condict. ind. l. 5. C. eod. l. 2. C. de his qui in prior. loc. suc.* nam si hæreditario nomine quasi ex contractu defuncti, tum plane vero et debito nomine solvit, et hæredem invitum liberat, vel per exceptionem doli mali, et non habet condictionem indebiti, atque adeo reputare id hæredi potest omnimodo: vel si reputatione usus non sit, agere negotiorum gestorum, si de suo solverit, non de hæreditate, *l. repetitio, l. quod nomine, l. servus cujusdam, in fin. de condict. indeb. l. ult. de neg. gest. l. de qua re* §. *ult. de judic. l. de hæreditate, l. ult. C. de. pet. hær.* De hac distinctione fuit nostra ætate magna contentio inter Zasium et Stellam doctos Jurisconsultos: sed ea verius certe nihil est: nec ferendus Budæus, qui tot inter se leges plane negat posse in concordiam adduci: nam quæ dant possessori condictionem, et negant hæredem esse liberatum, sunt accipiendæ omnes de possessore, qui suo nomine solvit quasi ipse deberet proprio nomine, quo nomine nihil debebatur: quæ denegant possessori condictionem, et adfirmant hæredem esse liberatum, sunt accipiendæ omnes de possessore qui hæreditario nomine solvit: et frequentes sunt in jure subauditiones hujusmodi, ut docui supra *l.* 21. *de fidejuss.* et Obs. 8. cap. 9. nec enim ubique id exprimitur semper, quod hoc loco, *Suo nomine*, quæ verba sunt magni ponderis. Hæreditario enim nomine indebitam pecuniam non solvisset. Et de his satis. Sequitur alius §.

Qui hominem promisit, si statuliberum solvat, magis puto non esse expectandam condicionem. sed et creditorem agere posse, et illi condictionem competere, quod si interim condicio defecerit, liberatur, perinde atque si quis pendente condicione solvit per errorem, et antequam condiceret condicio extiterit: illud nullo modo dici conveniet, si mortuo Sticho condictio deficiat, liberari debitorem: quamvis si vivente eo defecerit, liberaretur: quando isto casu nullo tempore perfecte hominem meum feceris: alioquin prope erit, ut etiamsi eum servum, in quo ususfructus alienus est, mihi solveris, isque usufructus manente decesserit, ea solutione liberatus videaris: quod nullo modo probandum est: sicuti si communem solvisses, isque decessisset.

Hoc paragrapho id agit Africanus ut ostendat, solutionem non liberare, nisi sit plena, et perfecta. Finge. Quidam servum generaliter promisit: electio ejus est quem velit dare: is Stichum dedit statuliberum ignorans ignoranti. Non liberatur, quia non dedit servum, sed statuliberum, cui implicitus est casus libertatis, ut ait *l. ult. si ex nox. cau. ag.* quia ei testamento libertas data est sub condi-

cione: et medium quoddam genus hominum est, qui statuliberi dicuntur, inter liberos, et servos. Non expectamus condicionem libertatis, ut ex eventu vel defectu ejus æstimemus debitor dando statuliberum liberatus fueris necne, sed statim dicimus non esse liberatum, et creditorem posse agere ex stipulatu: ut alius sibi homo detur, quia Stichus non perfecte creditoris factus est, non ad plenum, cum eripi ei possit existente condicione libertatis, ergo nec solvisse debitor videtur. Quid enim est solutio? Ejus quod debetur a se in creditorem, vel alium cui solvatur recte, abalienatio perfecta: et generaliter quandiu aliquid rei solutæ deest, adhuc res ipsa peti potest, *l. etiam hoc. tit.* Quod si non liberatur debitor qui statuliberum dedit, ex eo sequitur condictionem ei dari: nam regulariter qui non liberatur, condicit, qui liberatur, non condicit, *l. si non sortem*, §. *qui filiofam. et* §. *si decem*, *l. cum is* §. 1. *de cond. ind. l. qui hominem*, §. *ult. hoc tit.* Objicitur tamen huic regulæ, et scripto Africani *l. Neratius, de cond. ind.* quæ eum qui statuliberum solvit, etiam non condicere ait, nec liberari igitur, nec condicere. Sed si animadvertas casum singularem ibi referri quod id evenit, inde confirmabere magis in sustinenda superiore regula, ut qui non liberatur condicere possit. Est enim ea lex ex Gaji libro singulari de casibus, quo is scilicet quasi ludens collegerat casus singulares, novos, raros, infrequentes, ac prope incredibiles, quas Græci ἀδόξοις ὑποθέσεις vocant, quibus evenit aliquid contra opinionem omnium, contra regulas juris, contrave rationem naturalem, veluti aliquo casu evenire, ut duorum libertus uno tempore singulis diversas operas edat in solidum, quod est admirabile, *l. duorum, de op. lib.* ut legatum relictum sub condicione intelligatur purum, et contra, *l. aliquando, de condicion. et demon.* ut communis servus alteri ex dominis acquirat soli, etiamsi neque jussu ejus, neque nominatim ei stipulatus sit, *l. 8. de stipul. serv.* ut servus, liber, et hæres existat ex testamento ejus, qui solvendo non est, licet solus hæres non sit, quod est contra legem Æliam Sentiam, *l. ei qui solvendo, de hær. inst.* Possent addi similes multi, ut puta dari aliquando actionem furti ultro citroque, *l. quemadmodum, de nox. act.* aliquando furtum fieri impune, *l. 1. de aleat.* furti actionem dari in simplum, in *tit. de inc. ruina, nauf.* Duos sibi invicem servire bona fide, et invicem acquirere alterum alteri, *l. pen. in fi. de reb. cred.* Ex serva ingenuum nasci, *l. 1.* §. *quæri, de suis et leg. hær.* et alia hujusmodi. Hæc sunt paradoxa juris, non quæ Alciatus conjecit in libros aliquot: hi casus admirabiles sive incredibiles. Et ita in *d. l. Neratius*, ex Neratio Gajus refert casum admirabilem, quo is qui solvit, nec liberatur, nec condicit, aberrat enim a regula juris. Sed quis ille sit, videamus: nempe si is qui Stichum promisit Stichum dederit statuliberum. Jam diversus est casus ab eo, qui proponitur in hoc §. congruenti regulæ juris: hic enim non promisit hominem certum, puta Stichum, sed generaliter hominem incertum: et ideo Stichum dando si is sit statuliber, jam non dat quem promisit: ibi Stichum dando, eum ipsum dat quem promisit, licet sit statuliber: nec tamen liberatur, quia dominum ejus hominis stipulatorem non facit in plenum, nec condicit, quia debitum solvit. At rursus et in eo quod dicit non liberari eum, pugnare videtur *l. statuliberum*, §. *pen. de statulib. l. si mihi alienum, hoc tit.* quæ volunt liberari eum, qui Stichum alienum hominem promisit, et e domino hæres scriptus in testamento, quo eidem Sticho dederat libertatem sub condicione, ita cum statuliberum præstitit, quia et si eum dominus manumisisset pure, liberaretur omnimodo, propterea quod stipulatio non potest consistere in his, quæ pecunia lui, et præstari non possunt, qualis est libertas. Loquuntur ergo de promissore Stichi, qui non ipse statuliberum eum fecit, sed dominus ut liberetur qualemqualem Stichum dando. Lex *Neratius* de eo intelligenda est, qui ipse statuliberum fecit, ut nec liberetur per quem factum est, quo minus is perfecte stipulatoris fieret nec condicat, quia debitum solvit. Poterit ergo stipulator agere, et Stichum petere, quamvis ei traditus sit, et consequetur æstimationem Stichi quanti fuit antequam ei daretur libertas sub condicione: recipiet autem promissor Stichum per exceptionem, non per condictionem, ut in simili casu contingit *l. si cum aurum, hoc tit.* Qui promiserat aurum, sciens dolo malo quasi aurum æs dedit, æs forte coronarium, quod speciem auri præbet: non liberatur quia non solvit quod debuit, nec fuit contentus ære pro auro qui putabat se accipere aurum: non condicit etiam, quia sciens indebitum solvit, sed si stipulator agat, recipit per exceptionem quod non potest recipere per condictionem. Nunc revertamur ad eum, qui generaliter hominem promisit. Is, ut diximus, si Stichum statuliberum solverit, non liberatur et condicere potest, nisi scilicet sciens statuliberum solverit, quo casu tamen agente stipulatore, eum recipiet beneficio exceptionis. Finge igitur ignorantem solvisse, et antequam condiceret ipse, vel ageret creditor, defecisse condicionem libertatis: tunc liberatio quæ ab initio non constitit convalescit, nec jam condicere eum hominem potest, sicut evenit, si debitor certæ rei sub condicione, eam pendente condicione solverit per errorem: nec enim liberatur et condicere potest, sed antequam condixerit si extiterit condicio,

amittit condictionem, et liberatio convalescit, *l. sub condicione*, *hoc tit. l. sub condicione*, *de cond. ind.* Sed exigimus priore casu, ut vivente Sticho defecerit condicio libertatis, quia ex post facto dominium Stichi perfecte transiit in creditorem. Quod si post mortem Stichi defecerit condicio, non potest liberatio convalescere, quia nunquam perfecte ejus hominis dominus stipulator fuit, et ita si idem qui promisit hominem generaliter, Stichum dederit cujus ususfructus alienus erat, non liberatur et condicere potest, sed antequam condiceret vivo Sticho si finitus ususfructus fuerit, liberatio convalescit, et condicere non potest, sin autem morte Stichi finiatur ususfructus, liberatio non convalescit, et creditor ex stipulatu agere potest. Idem erit si servum communem dederit atque ita non fecerit eum stipulatoris totum: nam si omnibus integris eo vivo acquisierit alteram partem, jam olim liberatus fuisse intelligitur, si eo mortuo, stipulator agere potest. Eadem distinctione utemur si servum pignoratum dederit, *l. si rem, l. si hominem, hoc tit.* si hominem cujus possessio aliena fuit, et generaliter si quid homini soluto defuerit. Sequitur alia quæstio non de solutione, sed de liberatione in §. *pen.* de qua Africanus scribit in hunc modum.

Si quis pro eo reverso fidejusserit, qui cum reipublicæ causa abesset, actione qua liberatus sit, deinde annus præterierit: an fidejussor liberetur? quod Juliano non placebat: et quidem si cum fidejussore experiundi potestas non fuit: sed hoc casu in ipsum fidejussorem, ex edicto actionem restitui debere, quemadmodum in eum fidejussorem, qui hominem promissum occidit.

In hoc §. duos casus exponit Africanus, quibus reo liberato, fidejussor obligatus manet, qui possunt addi aliis duobus expositis a nobis supra ad *l. hæres*, §. *quod si stipulator, de fidejuss.* Et primus hic est, quem animo non comprehendit Accursius, cujus scriptum omne fere delendum est, id præcipue quod est de anno. Quidam cum abesset Reip. causa et non defenderetur, temporali aliqua actione liberatus est, ob id quod dies ejus interim exiit: reversus tenetur actione restitutoria ex edicto, Ex quib. cau. maj. intra annum utilem, id est, quod de ea re cum eo experiundi potestas fuerit: fac reversum dedisse fidejussorem ejus actionis nomine, qua quidem adhuc tenebatur intra annum utilem. Prioris nomine si dedisset, fidejussor non teneretur, quia tempore tota obligatio tollitur etiam naturalis, *l. si quis postquam, de fidejuss.* nec potest dici fidejussoris datione interruptam præscriptionem temporis: quia nec prioris actionis tempus interrumpi potest, quod jam finitum est, nec posterioris, id est, restitutoriæ, quod nondum cœpit, aut quod inchoatur tum cum fidejussor datur. Sed et intra tempora præscriptionis dato fidejussore puto non interrumpi præscriptionem, nec enim quælibet interpellatio interrumpit præscriptionem, sicut nec reum quælibet constituit in mora, quin sit ei integrum offerendo liberare se stipulatione pœnali, vel quanti ea res est, quoad lis contestetur, ut diximus in *l. trajectitiæ*, *supra*, *de obl. et act.* Sed certi sunt interruptionis modi; *l. ult. C. de duob. reis. l. cum notissimi, C. de præf. xxx. ann.* veluti conventio executoris, libellus conventionis, libellus querelæ et protestationis, libellus principi datus si ad eum rescribatur, litis contestatio, possessio, ætas pupillaris, agnitio debiti, id est, iterata cautio, vel solutio partis. Inter hos non est fidejussoris datio: nec vero possis dicere eum qui fidejussorem dat, agnoscere debitum et fateri eum qui accipit esse creditorem, quia possit alio animo fidejussorem dare, vitandæ puta tantisper instantiæ, et importunitatis creditoris, cui tamen postea se nihil debere monstraturus sit: nam nec qui actioni addit exceptionem, fatetur quod est in actione, nec qui agit famil. ercisc. fatetur adversarium esse cohæredem, nec qui in rem adversarium esse possessorem: sed qui iterat cautionem, vel partem solvit, non potest non fateri adversarium esse creditorem, et si hoc non est agnoscere debitum, nescio quid sit agnoscere debitum. Sed ab specie, quam cœpi proponere, ut in hæc deerrarem Accursius fecit improbe: ad eam igitur redeo. Is qui cum abesset Reip. causa actione aliqua solutus est, reversus fidejussorem dedit nomine actionis restitutoriæ, qua reversi tenentur intra annum utilem: post annus utilis præteriit, quia scilicet tot diebus utilibus quot annus conficitur, actor habuit cum eo agendi potestatem, nec egit: habuit inquam cum eo agendi potestatem non cum fidejussore ejus: itaque liberatus quidem reus est lapsu anni utilis, sed non fidejussor. An tamen ideo fidejussor etiam liberatus intelligitur, quod reus sit liberatus: an is scilicet, qui recto non est liberatus, per consequentias dimissus intelligitur? Minime, sed in eum restitui debet actio ex edicto, Ex quib. cau. maj. quasi rescissa liberatione rei, ut scilicet ejus actionis nomine conveniatur utili actione ex stipulatu. Liberato reo solutione, vel acceptilatione, liberatur fidejussor. Liberato reo tempore non liberatur fidejussor: quia multum interest res solvatur, an persona liberetur, *l. ult. de duob. reis.* Persona liberatur tempore, res non solvitur. Alter casus quo reo liberato non liberatur fidejussor, hic est, si ante moram rei fidejussor hominem promissum occiderit: reus enim solus libera-

tur, fidejussor tenetur actione ex stipulatu utili: hoc confirmat *l. mora, in fin. de usur. l. mora, l. cum filiusfam. de verb. oblig.* et amplius *l. Stichum*, §. 1. *hoc tit.* ex stipulatu fidejussorem teneri docet, non de dolo: nam duos ponit casus diversos, quorum uno dat actionem de dolo non ex stipulatu, altero, qui est is quo de agimus, dat actionem ex stipulatu: non igitur de dolo: et uterque ut exponatur enarratius, pone: Quidam promisit Stichum aut Pamphilum dari: electio est promissoris: is ante moram Stichum interfecit: non potest peti Stichus superstite Pamphilo, quia potuit non dare Stichum; at rursus Pamphilus mortuus est sine culpa promissoris: et hic igitur etiam peti non potest, quia ante moram mortuus est: neuter igitur peti potest actione ex stipulatu. Sed merito desiderabitur in promissorem actio de dolo statim in id quod interest, quia certum est rem restitui non posse, *l. arbitrio*, §. 1. *de dolo*. Diversum erit, si fidejussor hominem promissum occiderit ante moram: tenebitur enim ex stipulatu solus: non igitur de dolo, ut sit hic casus superiori adversus. At *l. si fidejussor, de dolo*, aperte ait, eum teneri de dolo. Placet, sed non probatur argutia Græcorum mihi, qui si dolo occiderit, teneri eum de dolo, si sine dolo, teneri utili, ut ait *l. morat, in fin. de usur.* quam Cyrillus vocat in factum: ergo in factum prætoria, quæ subsidiaria est actioni de dolo, et ut soleo dicere, subsidiaria subsidiariarum, et extremum juris sui persequendi remedium. Verum superioribus locis omnibus non datur in factum prætoria, sed actio ex stipulatu nominatim. Et dixeris rectius, actionis de dolo duplicem esse formam: alias enim dari protinus in id quod interest *l. arbitrio*, §. 1. *et* §. *pen. de dolo*, hac forma non dari in fidejussorem, dari tamen in reum, qui promiserat Stichum, aut Pamphilum, quique Stichum interfecerat, Pamphilo etiam postea mortuo suo fato ante moram, quæ est prior species *d.* §. 1. *l. Stichum.* Alias actionem de dolo dari in hoc, ut res vel actio restituatur, et hac forma in fidejussorem dari, ac per eam arbitrio judicis restitui actionem ex stipulatu, quæ fuerat amissa per consequentias reo liberato, quæ ob id etiam dicitur utilis in *l. mora, de usurpat.* utilis, id est, restitutoria. Restituitur autem ex causa edicti de dolo, ut priore casu hujus paragraphi restituitur ex causa edicti, Ex quibus cau. maj. et si hac actione secum agi sinat fidejussor, id est si pareat arbitrio, evitat condemnationem in id quod interest: sin minus, actione de dolo condemnatur in id quod interest: atque ita *l. si fidejussor* potest simplicius accipi de eo, qui ex stipulatu judicium accipere recusat. Hic est finis libri septimi Quæstionum.

AD AFRICANUM

TRACTATUS VIII.

Ad L. ult. de negot. gest.

Ex Libro VIII. Quæstionum Africani prima quæ ponitur in Pandectis est *ultima tituli de neg. gestis*, cujus hæc sunt verba.

Si rem, quam servus venditus subripuisset a me venditore, emptor vendiderit, eaque in rerum natura esse desierit: de pretio negotiorum gestorum actio mihi danda sit, ut dari deberet si negotium, quod tuum esse existimares, cum esset meum gessisses, sicut ex contrario in me tibi daretur si cum hæreditatem, quæ ad me pertinet tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoquidem ea solutione liberarer.

Duæ sunt species, et partes hujus legis: et in utraque specie hoc juris, ut si quis gesserit negotium, quod existimabat suum esse cum esset meum, detur actio negotiorum gestorum, et res ipsa spectetur potius, quam existimatio gestoris. Priori specie mihi directa in gestorem, posteriori, gestori in me contraria: et est prior species hujusmodi. Vendidi servum Titio: is servus mihi rem aliquam subripuerat, quam secum pertulit transiens ad Titium, hanc Titius vendidit bona fide quasi servi rem peculiarem, et suam (emerat enim servum cum peculio, ut *l.* 30. *de act. emp.*) atque ita vendendo suum se negotium gerere existimavit, non meum, quamvis re vera meum esset, non suum negotium. Quæritur re postea extincta, quia et ejus vindicandæ domino facultas extincta est, et furti actio noxalis mihi adversus Titium non competit, *l. servi, de furt. l.* 1. §. 1. *si is qui test. lib. esse jus.* an saltem de pretio liceat mihi agere adversus Titium actione negotiorum gestorum. Et ait licere, videlicet quia ratum habeo quod Titius gessit, et ratihabitio meum negotium constituit omnimodo, quod etiam erat revera meum, sed non mei contemplatione gestum, ut e contrario ratihabitio meum negotium constituit, quod fuit mei contemplatione gestum, licet non fuerit meum, si modo ex eo verus dominus non sit locupletatus, *l.* 6. §. *item quæritur, et seq. hoc. tit. l. ult. si pars hær. pet.* Illud porro censent interpretes observandum esse in hac priori specie hujus legis, consecutum esse Titium pretium rei ex causa lucrativa, quia scilicet rem, quæ ei abest non emerat: nec enim erat peculiaris, et consequenter nihil ei abest de suo patrimonio etiamsi ea res absit: habet igitur pretium ex lucro: et ideo facilius dari in eum de pretio neg. gestorum actionem. Ego vero hac observatione non utor, quia

eadem facilitate eandem actionem darem etiamsi causa non esset lucrativa. Finge: emi servum tuum a non domino bona fide, eumque vendidi. Servum habui ex causa non lucrativa, et consequenter eo vendito, pretium ejus habeo ex causa non lucrativa, quia et ipse eum tantidem vel pluris emi. At mortuo eo, erit tibi de pretio in me actio neg. gestorum si ratam venditionem feceris, *arg. l. 17. in prin. de rei vind.* quæ in eadem specie pretium venire constituit in actionem in rem, si servus venierit post litem contestatam ac deinde mortuus vel occisus fuerit. Dixi in hac specie, me ratum habuisse. Quid si ratum non habui? de pretio est condictio sine causa ex *l. 23. de reb. cred.* quæ est Africani, exposita libro sive tractatu secundo. Dixi, rem peremptam fuisse, vel in rerum natura esse desiisse. Quid si non sit perempta sed usucapta? quod non hac ipsa in re poni potest, quam servus subripuit, quia res furtiva usucapi non potest, sed in alia non furtiva si qua forte ad Titium pervenerit. Et constat inter omnes idem esse ex *l. 1. C. de reb. alien. non alien.* sed male hoc Azo, qui tres facit hujus legis partes, notari putat secunda parte: duæ enim tantum partes sunt, et nulla is casus de usucapione nulloque verbo totius legis, nullo vel minimo signo notatur. Sed et Joannes qui duas tantum partes facit, male posteriorem inchoat ab his verbis, *ut dari deberet*, quia manifestius est ejus initium esse illo loco, *sicut ex contrario*. Quid vero si neque perempta sit res, neque usucapta? id exposui ad *d. l. 23.* Rursus quid si mala fide Titius eam rem vendiderit, et in rerum natura esse desierit? Et constat Titium teneri rei vindicatione vel ad exhibendum, quia dolo desiit possidere, vel si ratum habeam, neg. gestorum. *l. 3. de rei vind. l. 1. C. de his qui a non dom. man. sunt.* Quid si ante traditionem servi ea res interierit? Hoc explicabitur *l. 30. de act. empt.* quæ cum ista hac ratione conjungeretur non male: et hæc de priori parte hujus legis. In ea dedit domino cujus reipsa negotium gestum est de pretio directam in Titium actionem. In posteriori contra Titio dat de pretio contrariam in dominum, non in eadem specie quidem sed in alia. Non possint in eadem specie de pretio agere invicem ejusdem rei. Sed et priori specie non potest ulla ex causa esse actio contraria: Vendidisti rem, quam existimabas esse tuam, cum esset mea, mihi est directa actio neg. gestorum, tibi non est contraria, quia neminem tibi obligare voluisti, *l. in hoc judicium, l. si quis cum, Com. divid.* Non obligamur nisi volenti. Obligamur etiam nolentes puta ex administratione, et ex re ipsa, aut ex contractu involuntario, veluti delicto commisso per ignorantiam. Posterior species hæc est: non essent proprie duæ partes nisi duæ essent species diversæ. Titius cum se hæredem esse Sempronii existimaret, ductus errore nominis, forte quod Titius hæres institutus esset, cum tamen de me sensisset testator, non de illo, solvit res proprias nomine hæreditario, quas testator legaverat: constat enim valere legatum rei alienæ. Titio est in me actio contraria neg. gestorum, ut pretium earum recipiat, quia ea solutione liberor a legatariis etiam invitus, et ignorans, qua ratione solet dari actio negotiorum gestorum, *l. 7. ad Vell.* Dixi solvisse eum nomine hæreditario, quod Azo supplet recte: igitur ne dixeris eum nominem sibi obligare voluisse: Item ne dixeris, eum quod solvit condicere posse: liberavit enim me. Si suo nomine solvisset, non me liberasset, et esset condictio indebiti, *l. repetitio, l. quod nomine, de condict. ind.* quod plenius exposui libro 7. ad *l. 38. §. de peculio, de solut.* At non suo nomine solvit, sed nomine hæreditario: qua ratione etiam admitterem quod attingit Accursius, aliquando eum conveniri posse directa actione, quasi gestorem negotii hæreditarii, ut si rem suam solverit legatariis non exacta cautione, quia veri hæredis interest non solvi eam sine cautione, propterea quod ei qui solvit tenetur in æstimationem, et omnino secundum inscriptionem videtur exemplum de gestore apponi debere ad *l. dolo ad leg. Falc.* quia Pauli lib. 9. ad edictum totius fuit de procuratoribus et gestoribus. Et ait, Dolo non videtur carere, id est, videtur esse in magna culpa, ut *l. 4. §. pen. si cui plusquam per leg. Falc.* licet se hæredem esse existimaverit. Dixi præterea. res proprias legatas: quod ita sit scriptum Flor. et in Basil. *τὰ πράγματα σοῦ ληγατευθέντα*. Vulgo male, *legatariis*. Et ex his quidem intelligimus non fuisse cur interpretes quidam uterentur illa quadripartita divisione, cujus fit sepæ ab Accursio mentio, ut dicatur scilicet negotium meum vel alienum quatuor modis, Cura et sollicitudine, Reipsa, Ratihabitatione, ipso gestu: non fuisse cur petita venia Reipsa, et ipso gestu, quæ sunt idem facerent diversa, et ipso gestu meum statuerent esse negotium si solveretur pecunia creditori meo: nam sine distinctione ulla quoquo modo sit meum quod alter gessit, vera hæc definitio est. Si suo nomine gessit, ei non esse actionem negotiorum gestorum quia neminem sibi obligare voluit. Si meo nomine gessit vel hæreditario vel si quo alio nomine gessit non suo, ei esse actionem: et Joannis, ac Bulgari falsa sententia est, qui si is suo nomine solverit creditori meo, putant teneri me negotiorum gestorum si modo in animo meo postea decreverim, ut mihi ea solutio prosit: quia nec propter propositum animi meum ea mihi solutio profuerit, ea me solutio

liberaverit, et in posteriori specie hujus legis si liberer, liberor, quia ille hæreditario nomine solvit, non suo. Igitur reipsa, et gestu ipso sunt idem, non orationis sensu tantum, sed etiam effectu juris, ut nec ea separandi ulla fuerit causa. Nunc restant explicandæ quæstiones duæ. Intelligimus ex hac lege, dari directam actionem negotiorum gestorum si quis negotium gesserit, quod existimabat esse suum cum esset meum, atque etiam quandoque contrariam, ut si existimans se esse hæredem, hæreditario creditori solverit hæreditario nomine. Quæritur an etiam sit actio negotiorum gestorum si quis negotium gesserit, quod existimabat esse meum cum esset suum: hoc explicatur in *l.* 5. §. *si quis ita, hoc tit.* cujus vis non intelligetur bene nisi exponatur prius sententia §. *sed et si quis negotia,* qui illum antecedit, quam et exponi alia ratione interest, quod contra definitionem superiorem ex eo videatur colligi posse ei qui negotium meum suo nomine gessit, esse contra me negotiorum gestorum actionem. Fac ita esse. Quidam immiscuit se negotiis meis et ea gessit, non quidem existimans esse sua, sed plane sciens esse mea, et non studio vel actione mei; sed sui lucri causa et prædonis animo ut sub nomine gestoris et amici rem meam deprædaretur et diriperet: hic suum negotium gessit potius quam meum, quia lucrandi causa ut prædo, non rei meæ tuendæ causa ut amicus: non est igitur gestor: appellatur gestor a Cicerone amicus voluntarius. Queritur an mihi teneatur actione negotiorum gestorum, quod non videtur, quia hæc actio comparata est in eos qui alienum negotium gesserunt non suum, hic suum negotium gessit potius quam meum. Imo hæc improbitas non quo minus, sed quo magis teneatur efficere debet, quia et negotium re ipsa meum est. Rursus quæritur, an vicissim illi etiam sit actio contraria si circa res meas aliquid impenderit. Et lex ait, non esse illi actionem in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id quo ego locupletior factus sum esse actionem. His verbis, non esse actionem in id quod ei abest, significatur non esse contrariam actionem negotiorum gestorum: Nam ea verba, in id quod ei abest, sunt ex formula contrariæ actionis, *l.* 2. *l. si quis mandato, hoc tit.* atque ita non recte colliges ex eo §. cum qui negotium meum suo nomine gessit habere contrariam actionem neg. gestorum: ac præterea non intelligitur suo nomine gessisse nisi qui bona fide gessit. Illis autem verbis, Esse actionem in id quo ego locupletior factus sum, significatur esse reputationem, et compensationem, si conveniatur directa actione neg. gestorum, vel esse condictionem incerti ex causa indebiti si retentione usus non sit per errorem qua uti potuit. Ubi est retentio, est et retentionis condictio: et sane propria sunt formulæ condictionis indebiti ea verba, In id quo ego locupletior factus sum, *l. cum hi*, §. *sane si is qui, de trans.* atque ita actio pro condictione indebiti accipitur in *l.* 1. §. *si legatarius, ad leg. Fal.* nam et alioquin constat ei qui in alienam rem quasi propriam impendit, nullam esse actionem neg. gestorum, *l. Paulus*, *de do. exc. l. idque,* §. 1. *de act. emp. l.* 14. *Com. divid.* Et hæc quidem de eo, qui in alienis bonis improbe et mala fide suum negotium gessit, potius quam alienum. Sequitur in §. *si quis ita,* de eo qui simpliciter in suis bonis suum negotium gessit, quod existimabat esse alienum. Ei qui improbe et fide mala gessit alienum negotium quasi suum, opponitur is qui simpliciter suum gessit quasi alienum. Igitur simpliciter in *d.* §. *si quis ita,* id est bona fide aut non mala fide, ut *l. pupillus,* §. *ult. de auct. tut. l.* 1. *C. de æd. act.* ut quodam loco Demosthenis in Timocratem Ulpianus ἁπλῶς interpretatur, σαφῶς καὶ μὴ πανούργως: uterque gessit suum negotium, sed diversa ratione: ille quia studuit suo lucro perfidus, non quia re ipsa suum negotium fuerit: et ideo tenetur: hic quia suum reipsa negotium fuit, et ideo non tenetur licet meo commodo studuerit, et nulla hoc causa neg. gestorum utrinque nascitur actio, et valet quod allegabamus pro ratione dubitandi ad *d.* §. *sed et si quis negotia*, non esse actionem negotiorum gestorum nisi alienum negotium gestum fuerit, nec bonam fidem pati ut tuo a te gesto negotio quantumvis licet mei contemplatione vel tu tenearis mihi cujus nihil interest, vel ego tibi, cum nec si mandatum tui causa intervenerit sit actio mandati, *l.* 2. §. *ult. Mand.* Altera quæstio hæc est, an si quis negotium gesserit quod existimabat esse Primi cum esset Secundi, sit inter eum et secundum actio neg. gestorum? Finge solvisti hæreditario nomine creditori hæreditario existimans sororem tuam hæredem esse cum hæres esset filius defuncti, an filius tenetur. neg. gestorum? Sic sane, quia eum liberasti: et tenetur utili actione: nam in *l. quæ utiliter*, §. *ult. hoc tit.* his verbis, æquum est in damno eum non versari, utilis actio significatur, ut *l. qui hæres erat, fam. erc.* et ita in casibus legis nostræ putem esse utilem ctionem non directam. Directa competit ubi concurrit opinio cum veritate: utilis ubi aliud gestor agit, aliud opinatur. Directa erat ordinaria, utilis extraordinaria, *l.* 5. *C. si alien. res pig. dat. sit.* Directa certa solemnisque formula, utilis non item, sed rudius concipiebatur in factum, qua de causa omnis actio utilis dicitur in factum. Sed neglectis paulatim formulis, cœpere omnia judicia extraordinaria esse, omnes actiones

in factum, ut nihil magnopere intersit hodie utilis sit an directa actio nisi ob cognoscenda rerum sive litium discrimina : nam ad formulas parum attenditur , *l. actio* , *hoc tit.* imo vero sublatæ sunt penitus novissimis Constitutionibus . Porro si in persona erravero ejus cujus negotium gero, ut dixi, non ideo minus esse actionem neg. gestorum ultro citroque constat etiam ex *l.* 5. §. 1. *l.* 6. §. 1. *sed si hominis, et* §. *seq. et* §. *quid ergo* , *hoc tit. l. in hoc judicium, Com. divid.* Et de his quidem hactenus. Sequitur *l. pen. de reb. cred.*

Ad L. pen. de rebus credit.

Ejus qui in provincia Stichum servus Kalendario præposuerat, Romæ testamentum recitatum erat, quo idem Stichus liber et ex parte hæres erat scriptus : qui status sui ignarus, pecunias defuncti aut exegit aut credidit : ut interdum stipularetur et pignora acciperet: consulebatur quid de his juris esset : placebat debitores quidem ei qui solvissent, liberatos esse : si modo ipsi quoque ignorassent dominum decessisse : earum autem summarum nomine quæ ad Stichum pervenissent, familiæ erciscundæ quidem actionem non competere cohæredibus: sed negotiorum gestorum dari debere : quas vero pecunias ipse credidisset , eas non ex majore parte quam ex qua ipse hæres sit, alienatas esse : nam et si tibi hoc dederim nummos, ut eos Sticho credas, deinde mortuo me ignorans dederis , accipientis non facies: neque enim sicut illud receptum est , ut debitores solventes ei liberentur, ita hoc quoque receptum, ut credendo nummos alienaret : quare si nulla stipulatio intervenisset, neque ut creditam pecuniam pro parte cohæredis peti posse, neque pignora teneri : quod si stipulatus quoque esset , referret quemadmodum stipulatus esset : nam si nominatim , forte Titio domino suo mortuo jam, dari stipulatus sit , proculdubio inutiliter esset stipulatus : quod si sibi dari stipulatus esset, dicendum eum hæreditati adquisisse : sicut enim nobismetipsis ex re nostra per eos qui liberi vel alieni servi bona fide serviunt , adquiratur, ita hæreditati quoque ex re hæreditaria adquiri : post aditam vero a cohæredibus hæreditatem non æque idem dici potest : utique si scierint eum sibi cohæredem datum : quoniam tunc non possunt videri bonæ fidei possessores esse , qui nec possidendi animum haberent . Quod si proponatur cohæredes ejus id ignorasse, quod forte ipsi quoque ex necessariis fuerint, potest adhuc idem responderi : quo quidem casu illud eventurum , ut si suæ condicionis cohæredes iste servus habeat , invicem bona fide servire videantur.

Lex superior fuit de gestore , hæc erit etiam de gestore ad aliquid, sed principaliter de dispensatore. Dispensator est servus quem dominus præposuit Kalendario , hoc est pecuniis credendis sub usuris . Si credendis , et exigendis igitur : nam a quo voluntate mea accipis pecuniam, videris etiam ei ex voluntate mea solvere , *l. quod servus* , *l. dispensatori, de solut.* Duobus itaque verbis continetur officium dispensatoris , credere et exigere: ac propterea in hac lege que est de dispensatore ut dixi , duæ questiones proponuntur, una est de pecuniis exactis a dispensatore post mortem domini et post libertatem suam , altera de pecuniis creditis . Kalendarii nomine significantur fœneraticiæ cautiones et pecuniæ destinatæ fœnori : et ratio nominis hæc quod solerent creditores stipulari usuras in Kalendas singulas , ut hac scilicet ratione ne usuræ duplum excederent , nam per partes solutæ supra duplum deberi poterant , *l.* 10. *C. de usur.* quod tamen est sublatum a Justiniano in Novellis: et eam ob rem menses a Basilio dicuntur *τόκων πατέρες*, et fœneratores , menstrui exactores, ac secundum eorum sententiam qui putant dæmones sese immittere in corpora, et efficere morbos omnes quibus homines afflictantur, in qua est Lactantius, similes esse fœneratores dæmonibus, qui recurrente luna morbo comitiali homines quosdam afflictant, *μηνιαῖοι ἀπαιτηταὶ ὥσπερ οἱ τὰς ἐπιληψίας ποιοῦντες δαίμονες κατὰ τὰς περιόδους τῆς σελήνης ἐπιτιθέμενοι τοῖς πτωχοῖς*: et pari ratione in Comœdiis Aristophanis debitor quidam optat lunæ carcerem et vincula, quod si nunquam redierit in orbem , nunquam ipse sit debiturus usuras *εἰ μηκέτ' ἀντέλλοι σελήνη μηδαμοῦ Οὐκ ἂν γ' ἀποδοίην τοὺς τόκους, Ὁτιὴ κατὰ μῆνα τ' ἀργύριον δανείζεται.* At quamvis stipularentur usuras in Kalend. singulas, tamen solebant ultra Kalendas diem solutionis differre in Idus. Severi non sunt qui sortem ad diem exigunt. Severi tamen et immites viderentur si ad diem omnino debitorem ad usuras exolvendas , *ad vibices* , ut Persius loquitur , adigerent. Ita igitur fiebat ut in Kalend. fœnori pecunias occuparent , Idibus reciperent : et sic in *l. si ex pluribus*, §. *ult. de solut.* usuræ solvuntur Idibus. Cic. in Catilinam : *Prætermitto ruinas fortunarum tuarum , quas impendere tibi proximis Idibus senties*: instantibus scilicet fœneratoribus: et XIV. ad Att. *Jam vel sibi nummos habeat si modo Idibus numeret* : idem IV. ad Att. et XI. in Antonium: et notissimum est illud Horatii, *Omnem relegit Idibus pecuniam , Quærit Kalendis ponere*: et inde quod Kalendarium vulgo et Iduarium dicitur. Kalendarium conventione, Iduarium exactione. Species autem hujus legis hæc est. Civis Romanus quidam servum misit in provincias ut Kalendarium

exerceret: ac deinde moriens Romæ eum servum liberum hæredemque instituit ex parte: post mortem ejus testamentum Romæ apertum et recitatum est, secundum eum modum scilicet quem nobis eleganter Paulus exposuit IV. Sentent. et significatur a Luciano in Timone his verbis: *ἐν τῇ ἀγορᾷ ἐπειδὰν τὸ σημεῖον ἀφαιρεθῇ καὶ τὸ λίνον ἐκτμηθῇ: καὶ ἡ δέλτος ἀνοιχθῇ, καὶ ἀνακηρυχθῇ καινὸς δεσπότης.* Non abs re ponere videtur testamentum fuisse recitatum, cum proposuisset servum hæredem scriptum ex parte: nam hæredes ex asse qualescumque sint hæreditatem acquirere possunt etiam ante apertas tabulas testamenti, atque etiam sui hæredes pro parte scripti, ut docuimus lib. 4. ad *l.* 16. *de liber. et posthum.* non extranei ex parte scripti. Forsitan nec servi necessarii ex parte scripti, ut indicio est hæc lex, quæ ponit testamentum recitatum, forte ut intelligatur servo ex parte scripto ipso jure hæreditatem et libertatem obtigisse: nec quidquam moveret §. 1. *Institut. de hær. qual. et diff.* dum servum hæredem institutum post mortem testatoris omnino et protinus liberum et necessarium fieri ait, quamvis sic interpreter protinus, id est, etiam clausis tabulis, ut Statim in *l. in suis, de suis et leg. hær.* nam sequentia demonstrant agi eo in loco de servo solo hærede instituto ex lege Ælia Sentia, famæ defuncti conservandæ causa. At Stephanus Græcorum interpretum peritissimus, in hanc legem nominatim scripsit, et indistincte servos necessarios hæredes fieri etiam clausis tabulis testamenti, quæ sententia rationem habet: nam ipso jure hæredes fiunt etiam ignorantes, sicut sui: et hoc videtur plane comprobari *l. ex parte, de acqu r. hæred.* dum ait, servum ex parte scriptum, liberum et hæredem necessarium etiam nondum adita hæreditate a cohærede extraneo, id est, ante apertas tabulas, quia nec ante extraneus adire hæreditatem potest. Et quod in specie hac ponitur apertum et recitatum testamentum fuisse, innotuisse Romæ demonstrat voluntatem defuncti, non dispensatori quidem, qui tamen et liber et hæres extiterat statim etiam ignorans et clausis tabulis, et quasi adhuc viveret dominus, nondum ullo nuntio accepto de morte ejus, de manumissione sua, de recitatione testamenti, Kalendarium exercuerat, et pecunias defuncti aut exegerat a debitoribus Kalendarii, aut crediderat, ita ut nonnumquam stipularetur pecuniam creditam reddi, et pignora acciperet. Inde nascuntur quæstiones duæ. Una est de pecuniis exactis, altera de pecuniis creditis. De pecuniis exactis, an qui ei solverunt, liberati sint. Stricta ratione non sunt liberati, quia dispensatione jam finita solverunt: finita erat morte domini atque etiam manumissione dispensatoris, quæ habuit effectum ex apertis tabulis: duplici ratione igitur: et quidem si scientes solverunt, nullo modo liberantur: sin autem ignorantes mortem domini, et manumissionem dispensatoris ei solverunt, qui et ipse, ut diximus, status sui erat ignarus, ipso jure liberantur: idque receptum est utilitatis causa, benigna ratione, §. *recte, Instit. Mand. l. inter*, §. *inf. eod.* ne justa et probabilis ignorantia eis noceat. Justa fuit et probabilis, quia dominus Romæ decessit, cum ii essent in provincia. Sed et ignorantes scienti dispensatori solvissent, liberarentur per exceptionem doli mali, ut diximus lib. 7. ad *l.* 58. §. 1. *de solut.* Diximus eum qui sciens finitam dispensationem, id est, qui sciens mortem domini dispensatori solvit, non liberari: Obstat *l. si quis mancipiis* §. *si impubes, de instit. act.* quæ eum, qui sciens mortem domini contraxit cum institore, ait habere actionem institoriam adversus hæredem defuncti: nam si qui sciens contraxit acquirit obligationem, cur non et qui sciens solvit acquirit liberationem? nec est cur separetur institutor a dispensatore: nam et dispensator Kalendario præpositus institor est, *l.* 5. §. 1. *l. in eam*, §. *ult. eod. tit. l.* 57. *de adm. tut.* Sed latius enarranda nobis est sententia *d.* §. *si impubes.* Pater qui institorem præposuit mortuus est relicto hærede pupillo, qui et hæreditatem patris acquisivit, post aditam vel acquisitam hæreditatem quidam cum eo institore contraxerunt scientes mortem patris: quæritur an ex eo contractu pupillus teneatur institoria actione. Pupilli persona dubitationem facit, quia non solet incidere in obligationem sine tutoris auctoritate: nam si alius hæres extitisset, proculdubio teneretur institoria. Sed idem statuitur in pupillo propter utilitatem promiscui usus, id est, commerciorum. Commercium est promiscuus mercandi invicem usus: qui et mutuus usus T. Livio XXXIV. *Commercio Græcorum Hispani gaudebant: hujus mutui usus desiderium ut Hispana urbs Græcis pateret faciebat*, et *XXXVIII. Id oppidum multarum gentium fines contingit, quarum commercium in eum maxime locum mutui usus contraxere.* Igitur utilitas commerciorum exigit, ut teneri dicamus pupillum ex contractu institoris præpositi a patre, etiamsi post mortem ejus cum institore scientes contraxerint, ne auferantur pupillo ingentia commoda, quæ ex actu institorum ad dominos redeunt, ne auferatur omnis utilitas commerciorum, si dixeris morte patris solutum esse officium institoris mercem exercentis, de quo nominatim agitur in eo §. eademque ratio est servandi ejus quod minor gessit, et servandæ administrationis tutoris, non temere rescindendæ, ne alioquin minoribus quo-

dammodo commercio interdicatur, *l. quod si minor*, §. *non semper*, *de minor. l. cum plures*, §. 1. *de adm. tut.* et sic ait: Propter utilitatem promiscui usus, id est, ne pupillo auferatur commercii utilitas, ut in *l. quoniam*, *C. de hæretic.* propter utilitatem necessarii usus, id est, ne coerceatur probatio testium quorum usus est necessarius, l. 1. *de testib.* Idem vero erit multo magis, ut subjicitur in eodem §. si tutor qui institorem præposuit decesserit, ac deinde cum eo scientes quidem contraxerint: quia pupillus ipse adhuc vivit, qui dominus est institoris, quique eum videtur præposuisse per tutorem. Idem etiam multo magis si ante aditam hæreditatem cum eo institore scientes contraxerint, quia probabilius est præpositionem eandem durare nondum ullo constituto novo domino: et hæc ita locum habent, sive pupillus, sive furiosus hæres extiterit: et ad *l. furiosus*, *de obl. et act.* exemplum ponendum est ex *d.* §. *si impubes.* Denique morte ejus; qui institorem præposuit mercaturis faciendis, non finitur præpositio, non finitur institoris officium, nisi removeatur ab hæredibus vel tutoribus eorum, ut *l.* 11. *in princ. eod. tit.* et qui cum eo post mortem scientes contraxerunt ante vel post aditam hæreditatem, habent adversus hæredem jure prætorio actionem institoriam in solidum. Separandus igitur est institor mercium a dispensatore. Fateor dispensatorem esse institorem, sed magister navi præpositus quamvis sit institor, separatur tamen ab aliis institoribus passim in jure, et a Lyrico quoque illo loco: *Seu vocat institor*, *seu navis Hispanæ magister*, propterea quod quædam singularia sunt in magistro propter utilitatem navigantium, *l.* 1. §. *magistrum, et* §. *si is qui navem*, *de exercit. act.* Est etiam ratio separandi dispensatoris, quamvis et ipse sit institor, ab institore exercente mercem: nam propter utilitatem commerciorum, quæ ad summam Reimpub. pertinet, et privatis adfert ingentia commoda, morte ejus, qui præposuit mercibus institorem, non finitur præpositio, dispensatio pecuniæ finitur, et mandato potius accedit quam præpositioni. Itaque verbum hoc unum in Accursio mihi tantum placet dum respondet ad *d.* §. *si impubes*, Vel aliud in institore: nam dicere eos qui cum institore contraxerunt non ignorasse quidem mortem domini, sed existimasse hæredem velle eodem institore uti, vaticinari est, et existimatio horum nec finitum semel officium institoris si finiretur morte, redintegraret, nec eos excusaret, quia ut ignorantia non excusat nisi sit justa et probabilis, ita nec existimatio, quam sibi accersivere, quamque obtendere et adstruere possint semper actionis habendæ causa. Ea etiam distinctione non utor, quod nos de solutione tractemus in hac lege in *d.* §. *si impubes*, de obligatione: nam eadem est ratio liberandi, et obligandi, *l. inter*, §. *sacram*, *de verbor. obl.* Si ex contractu scientes acquirunt actionem, cur et ex solutione non acquirunt liberationem? Et Bartoli quoque animadverso displicet magis, finitam hic esse dispensationem morte domini, et manumissione dispensatoris, non esse in *d.* §. *si impubes* finitam præpositionem manumissione institoris, quia manumissus non fuit, atque adeo, nec morte domini, quæ intervenit: nam quod hic dispensator manumissus proponitur, quod ad finiendam dispensationem attinet, ex abundanti est, et mors sola domini non minus finierit dispensationem, quam mors, et manumissio. Pergamus igitur ad alia, et videamus qua actione cohæredibus teneatur dispensator, qui post mortem domini, et post recitationem testamenti, exegit pecunias a debitoribus Kalendarii: et Africanus ait, non teneri eum familiæ erciscundæ, sed negotiorum gestorum. Non tenetur familiæ erciscundæ directa, quia non animo hæredis gessit, qui ignorabat se hæredem esse. Non tenetur utili, quia pro parte sua exigi ea pecunia potuit, et ita demum familiæ erciscundæ judicio locus est de eo, quod cohæres in solidum gessit si id pro parte expediri non potuit, id est, si propter partem suam communem rem gessit, quod non posset rem suam agere quin et cohæredum rem ageret, *l. in familiæ*, *Cod. famil. erc isc.* At tenetur cohæredibus actione neg. gestorum si ratum habeant: quia re ipsa eorum negotium gessit, licet non contemplatione eorum sed domini, qui jam defunctus erat, cui tamen et ipsi hæredes extiterunt: et in summa certissimæ eæ definitiones sunt: Ubi quis etiam pro parte cohæredum gessit, quod potuisset gerere pro sua parte tantum, quia ultro accessit ad negotium alienum, vel quasi ex necessitate servili, esse actionem neg. gestorum, non famil. erciscundæ, vel communi dividundo. Ubi autem quis communiter etiam pro parte cohæredum gessit, quod nec aliter potuisset gerere pro sua parte, quia propter partem suam necesse habuit gerere rem totam, non esse negotiorum gestorum, sed familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, *l. his consequenter*. §. *ult. famil. erc isc. l. frater a fratre*, *de cond. indeb. l. fistulas*, §. *pen. de contr. emp. l. si communes*, *de neg. gest. l.* 6. §. *hoc autem*, *et* §. *si damni*, *Com. divid.* et secundum hanc distinctionem accipiendam esse *l. filiæ in fin. C. famil. erc isc.* Numquam concurrere ex eadem causa actionem neg. gestorum, et familiæ erciscundæ. Verum his primum opponitur *l. Mævius* §. 1. *famil. erc isc.* quæ servum liberum et hæ-

redem esse jussum cohæredibus suis teneri ait judicio familiæ erciscundæ earum summarum nomine, quæ penes eum reliquæ sunt ex administratione rationum domini. Sed de pecuniis loquitur, quæ ex administratione gesta vivo domino reliquæ erant in hæreditate mortis tempore. In specie hujus legis non fuere in hæreditate mortis tempore, sed exactæ sunt post mortem domini, quas necesse non habuit exigere in solidum hæres scriptus ex parte: et ita sensit Accursius, et est verissimum. At Bart. aliter in *d. l. Mævius*, §. 1. extare pecuniam reliquam ex rationibus patrisfamilias a servo gestis, quod verum est, in hac autem lege consumptam esse pecuniam, quod est commentitium: et etiamsi extet, non erit familiæ erciscundæ actio. Et simile est commentum eorum, qui ut concilient *l. singularia, hujus tituli*, *cum l. qui negotia*, *Mand.* ejusdem Africani, in una vaticinantur extare pecuniam, in altera esse consumptam. Deinde opponitur *l. 3. C. de neg. gest.* ex qua efficitur concurrere in eamdem causam actionem neg. gestorum, et fam. erciscun. male: nam qua ratione in ejus legis specie datur familiæ erciscundæ actio, eadem etiam non datur neg. gestorum, sed longe diversa: famil. enim ercisc. quod pignus cohæres liberaverit, cujus causa individua erat, *l. rem*, *de evict. l. hæredes*, §. *item observatur*, *famil. ercisc.* Negotiorum gestorum: quod ære alieno cujus causa dividua erat, liberaverit etiam cohæredes suos: et est in arbitrio ejus qua potius experiatur: nam utrumque egit eadem solutione, et id sine quo pro sua parte pignus luere non potuit, et id sine quo pro sua parte se liberare potuit. Et hæc sufficiant de priori quæstione hujus legis. Posterior quæstio est de pecuniis creditis. Si is dispensator, cujus officium finitum est morte domini, priusquam sciret mortuum esse dominum, et se liberum et ex parte hæredem esse, pecunias Kalendario cui erat præpositus destinatas crediderit, an consistit mutuum, an pecunias fecit accipientium? nam mutuum alienationis species est. Et pro parte quidem ex qua ipse hæres extitit, placet eum alienasse pecunias, et pro ea parte mutuum consistere, quia etsi morte finita fuerit dispensatio, tamen ut desiit esse dispensator, subito hæres ejusdem domini extitit, et pro parte sua alienationem habuit: et pro parte sua intelligere oportet, ut si hæres extiterit pro parte tertia, et crediderit CCC. non in tertia parte CCC. mutuum consistat pro indiviso, sed in C. non in tertia singulorum nummorum, sed in tertia totius summæ, *l. nam et si fur*, §. *ult. hoc tit.* Dices erravit, quia pecuniam domini jam mortui esse existimavit, quæ sua erat: ergo nec alienavit. Dicam: hic error non impedit alienationem, quia non multum aberrat persona testatoris a persona hæredis prope eadem, persona dispensatoris a persona hæredis eadem, quæ eodem momento desiit esse dispensator, et repentino incipit esse hæres Et in legibus quæ in contrarium objiciuntur ab Accursio longior est error, qui alienationem impedit. In *l. 3.* §. *subtilius*, *de cond. cau. da.* pecuniam quæ sua erat putavit ejus esse, cui eam dabat, non facit eam accipientis. In *l. si procurator*, *de acq. rer. dom.* rem quæ sua erat putavit ejus esse, cujus adhuc tutelam, vel negotia gerebat eo vivo: non facit eam accipientis. In *l. et si consensum*, §. *ult. de cont. emp.* rem quæ sua erat putavit esse venditoris vel donatoris, quam cum alii tradere jubet: non fit accipientis, quia non hoc ei propositum est ut pecuniam vel rem suam alienet. Longe secus erit si pecuniam, quæ sua erat jure hæreditario, putaverit esse ejus in cujus hæreditatem ipso jure successit ignorans: quia non longe errat hæres, qui testatoris esse putat, quod jam sibi quæsitum est jure hæreditario. Pro parte cohæredum mutuum non consistit, quia partis cohæredum alienationem non habuit: et comparat hoc loco recte dispensationem mandato. Si tibi mandavero, ut nummos meos Gajo credas, et ei post mortem meam credideris ignorans, non contrahis mutuum. Ergo nec si te dispensatorem fecero, et me mortuo ignorans credideris, contrahes mutuum. Et mandatum et dispensatio finitur morte, nec alienandæ rei cujusquam mandatoris non debitæ ulla facultas vel ignoranti mandatario aut dispensatori superest. Verum huic definitioni primum opponitur *l. fundi*, §. 1. *de acq. poss.* Sed ibi de præstatione possessionis agitur in quam erat obligatus mandator judicio ex empto, quæ similis est solutioni, et de fide venditionis implenda. Hæc ab ignorante mandatario impletur recte etiam post mortem mandatoris, ut solvitur ei recte ab ignorante. Credendi alia est ratio: et in solutione quod est receptum, non est etiam receptum in credito. In solutione est benigne receptum: non est igitur trahendum ad consequentias. Ait enim Africanus: Neque enim sicut illud receptum est, ut debitores solventes ei liberentur, etc. Sed addatur, vel etiam ut solvens dispensator aut procurator pro domino perimat obligationem etiam post mortem ejus, si modo eam ignoraverit: et simili argumento utitur Africanus in *l. qua negotia*, *infra Mand.* Deinde opponitur, *l. hoc jure*, § *si quis dederit*, *de donat.* Sed de interposito loquitur. Is est dominus, vel qui fit dominus pecuniæ crediti genere vel alio, cui mandatur, ut eam pecuniam det Titio, cui mandator donatum vult. Hic suam pecuniam dat, et dominum facit accipientem, etiamsi post mor-

tem mandatoris ignorans suam pecuniam Titio dederit. Sed non ita pecuniæ mandatoris alienationem habet morte ejus finito mandato, licet ignorans dederit vel crediderit. Ergo et in proposita specie Stichus (sic vocemus deinceps dispensatorem illum, nam et ita vocatur ab Africano) non majore ex parte quam ex qua ipse hæres est, post mortem domini ignorans pecuniæ Kalendario destinatæ alienationem habuit, denique pro parte cohæredum non consistit mutuum, nec ulli competit condictio ex numeratione, sed si pecunia extat vel mala fide consumpta sit, eam pro suis partibus cohæredes vindicare vel ad exhibendum agere possunt. At quæritur an nascatur condictio ex consumptione si qui acceperunt eam pecuniam consumpserint bona fide, existimantes puta se accepisse a domino, vel ab eo qui jus credendi habuit. Alia est condictio ex numeratione, quæ dicitur de rebus creditis si certum petetur, vel condictio ex mutuo vel actio Kalendarii, ut *l. tutores* §. *periculo, de administ. tut.* Alia est condictio ex consumptione, quæ a veteribus Jurisconsultis, ut ex Græcis didicimus, dicta est condictio de bene depensis, id est de nummis bona fide consumptis, Græcis ipsis condictio ἀπὸ καλοῦ δαπανήματος: nam bona fide factam consumptionem vocant καλὸν δαπάνημα, mala fide factam κάκιςον δαπάνημα. Theophilus, §. *ult. quib. alien. licet vel non.* Sæpe autem evenit ut ubi non est condictio de rebus creditis, sit condictio de bene depensis, *l. rogasti*, §. *ult. l. nam et si fur*, *l. non omnis*, §. *ult. hoc tit. l. si quis pro eo*, §. *si is cui nummos, de fidejuss.* quasi consumptione scilicet conciliante mutuum. Non dico, consumpta pecunia bona fide, mutuum convalescere quod ab initio non constitit, sed conciliari mutuum, ut ratihabitione dicimus conciliari gestum. Alias igitur numeratio conciliat mutuum, alias consumptio bona fide facta. Et in hac quidem specie omnes tam Latini quam Græci interpretes probant, cohæredibus dari condictionem de bene depensis: quia Stichus credidit nomine testatoris, cui ipsi hæredes extiterunt: nec multum aberrat persona hæredum a persona testatoris: et ex hac causa etiam pignus tenere dicam et constitutum, et fidejussores teneri, licet initio nisi pro parte Stichi neque tenuerit pignus, neque constitutum, neque fidejussio antequam pecunia numerata bona fide consumeretur, *d.* §. *si is cui nummos.* Quod si quo tempore consumitur, nondum cohæredes adierint, dicam condictionem de bene depensis acquiri hæreditati, quæ pro domina est, ac per hoc etiam cohæredibus postea factis. Hæreditas est hæreditas jacens, id est nondum acquisita hæredibus: et non jacet quidem in hac specie pro parte Stichi qui statim hæres extitit a morte domini etiam clausis tabulis, sed jacet pro parte cohæredum extraneorum qui nondum adierunt: et interim est loco domini, id est defuncti. Alias dicitur esse dominus, ut *l.* 13. *ad leg. Aquil. l. hæreditas* 2. *de acquir. rer. dom. l.* 15. *de inter. in jure fac.* alias domina, ut *l. non minus, de hæred. inst. l. denique*, §. *quæsitum*, *quod vi aut clam*, *l.* 1. §. 1. *si is quis test. lib. esse jus. etc. l. cum hæreditas*, *C. depos.* Alia est condictio ex stipulatione si is qui credidit stipuletur eam pecuniam reddi. An vero hæc etiam condictio nascitur si talem stipulationem credito Stichus adjunxerit. Et distinguit Africanus hoc modo. Aut nominatim stipulatus est Titio reddi domino suo, qui jam mortuus erat, aut sibi. Si viveret Titius, nihil referret Stichus Titio stipularetur, an sibi. Eo mortuo distinguimus. Si Titio stipulatus sit jam mortuo, inutilis stipulatio est, *l.* 18. §. *servus, de stipulat. serv.* ut si quis stipulanti promiserit Titium sisti, et Titius jam sit mortuus vel post moriatur ante litem contestatam vel ante diem quo exhiberi debuit, inutilis stipulatio est, *l.* 4. *qui satisd. cog.* Si sibi, valet stipulatio, atque actio ei pro sua parte acquiritur, pro parte cohæredum hæreditati antequam cohæredes adierint, ac per hoc etiam cohæredibus qui postea adierint. Nam sicut liber homo qui mihi bona fide servit, mihi ex re mea acquirit, ita Stichus qui hæreditati bona fide servit suæ libertatis ignarus, hæreditati quæ pro domina est acquirit actionem ex stipulatu ex pecunia hæreditaria. Quid vero si tempore stipulationis jam cohæredes adierint, qui scilicet extranei erant? Si adierunt, aperuerunt tabulas: nec enim possunt adire ex parte scripti ante apertas tabulas, ac ne ex asse quidem scripti, si putaverint testatorem vivere, *l. hæres institutus, de acquir. hæred.* quod longe secus est in suis vel necessariis. Cognoverunt igitur Stichum esse liberum, et consequenter nec potest videri Stichus justam servitutem eis servire quamvis ignorat se esse liberum, nec ipsi Stichum bona fide possidere, *l. si servus testamento, de stipulat. serv.* atque ita per eum non possunt acquirere actionem stipulationis ex re hæreditaria. Sed si cohæredes erant necessarii, ut Stichus, id est conservi, et ignorantes liberi atque hæredes extiterint, eis ut dominis quamvis ignotis sibi, Stichus quasi bona fide serviens acquirit actionem ex stipulatu et vicissim illi Sticho acquirunt ex suis contractibus, Sticho, inquam, ut domino quamvis ignorent eum hæredem esse, quasi et ipsi bona fide servientes hæredi quoad cognoverint se liberos et hæredes esse: atque ita evenit qui casus est mirabilis et prope incredibilis, ut invicem sibi bona fide serviant, puta ut ego

tibi serviam bona fide, et tu mihi, et tibi acquiram ex re tua; tu mihi ex re mea. Sed observat recte Stephanus, conservos eosdemque cohæredes Africanum dicere, sibi invicem bona fide servire, non seipsos invicem bona fide possidere, quia nec possidendi animum habent qui ignorant se esse liberos et serviunt: Servire possum etiam non possidenti. Et notandum igitur valde illud ex hoc loco, acquiri nobis ignorantibus per eum qui bona fide nobis servit, quamvis eum non possideamus. Exposita est *l. pen. de reb. cred.* Transeamus ad *l. pen. de cond. sine cau.* in qua ex eodem libro Africani hæc sententia proponitur.

Ad L. pen. De condict. sine cau.

Nihil refert utrumne ab initio sine causa quid datum sit, an causa propter quam datum sit, secuta non sit.

Ergo condictio sine causa concurrit cum condictione ob causam dati causa non secuta: nam et si quod ob causam datum est, ab initio non fuerit sine causa, causa tamen vel finita, ut *l. ex empto*, §. *ego illud, de act. empt. l.* 50. *de ju. dot.* vel non sequuta, ut si datum sit dotis causa et nuptiæ secutæ non sint, mortis causa et mors insecuta non sit, nunc apud eum qui accepit incipit esse sine causa. Et cum in l. præcedenti ex Juliano fuisset propositum nihil referre utrum is qui obligatur sine causa omnem obligationem susceperit sine causa, an majorem quam suscipere eum oporteret: ex Africano subjicitur hoc loco, nihil etiam referre utrum ab initio sine causa datum sit, an causa propter quam datum est, secuta non sit: quod confirmat etiam *l.* 1. Et hoc tantum interest, quod dationis condictio est certi, obligationis incerti. Solet in Digestis Juliano subjici Africanus, quoniam quæ Africanus scripsit etiam ex eodem Juliano sunt. Etiam adjungo, nihil referre datum sit ab initio sine causa, an pervenerit, vel datum initio sit ex justa causa, et ex postfacto redierit ad injustam vel nullam causam, ita ut datum videatur sine causa: nec enim idem est dare ex causa, et dare ob causam. Damus ex causa præsenti, ob causam vero futuram: et ex eodem sive Juliano sive Africano exemplum habebimus in *l.* 50. §. 1. *de action. emp.* Et statim dabimus aliud simile ei quod proponitur *l.* 2. *hic tit. ex l.* 21. *Commod.*

Ad L. Rem mihi 21. *Commod.*

Rem mihi commodasti: eandem surripuisti, deinde cum commodati ageres, nec a te scirem esse subreptam, judex me condemnavit, et solvi: postea comperi a te esse subreptam, quæsitum est quæ mihi tecum actio sit. Respondit, furti quidem non esse, sed commodati contrarium judicium utile mihi fore.

Si quis rem mihi commodatam subripuerit, eo nomine teneor commodati actione ei, qui commodavit: quia si diligens fuissem, non fuisset ea res mihi subrepta: nec enim furtum adnumeratur his casibus, quibus resisti non potest, quos commodatarius præstare non solet, *l. cum duobus*, §. *damna, pro soc. l.* 4. *Naut. caup.* denique diligenti patrif. numquam furtum fit: ut non absque ratione quibusdam locis plectatur tam is qui furtum fecit, quam is cui furtum factum est: fur sua pœna ob turpe lucrum, is cui furtum factum est publicatione rei furtivæ ob negligentiam suam, et latrocinii, deprædationis, abigeatus alia causa est. Quid si dominus ipse rem commodatam subripuerit, deinde cum ignorarem eum surripuisse, mecum egerit commodati, ac condemnatus pro ea re precium exsolvero, post cognovero rem ab eo esse subreptam, qua actione mihi tenetur? Non tenetur furti, quia rei suæ furtum non fit, *l. creditoris*, §. *ult. l. si is qui rem commodasset, de furt.* maxime si nihil intersit ejus cui rem suam dominus clam abstulit, ut hoc casu nihil interest commodatarii, si retentionem ejus rei non habuit, utpote cum nec commodati teneatur. Sed et si ignorans dominum eam rem abstulisse, patiatur secum agi commodati, et condemnatus solvat æstimationem, non nascitur actio furti, quæ non est nata ab initio contrectandæ rei, *l. servi*, §. 1. *de furt.* Non tenetur etiam condictione indebiti, quia ex causa judicati solvit: ex debito civili igitur: res enim judicata parit civilem obligationem, *l.* 1. *C. de cond. ind. l.* 2. *C. de compens. l. cum putarem, fam. ercisc. l. servo*, §. *cum prætor, ad Treb. l. si fidejussor*, §. *in omnibus, Mand.* et ob id ipsum in *l. servo, de cond. ind.* ponit solutum sine judice, ne non sit conditio indebiti. Non tenetur etiam condictione ob causam, quia non ob causam dedit, sed ex causa, et ea quidem justa. Sed tenetur commodati contraria, ut precium reddat quod accepit, vel rem præstet, prout reus ipse elegerit. Recte addit Accursius, quod putem etiam Africanum ipsum addidisse, vel condictione sine causa arg. *d. l.* 2. *de cond. sine causa*: et ita si non surripuerit eam rem dominus, sed alius forte: vel si quo casu eam commodatarius perdiderit, et condemnatus solverit æstimationem, posteaque dominus rem invenerit, tenetur contrario judicio commodati, *l. in commodato*, §. *ult. h. t.* vel condictione sine causa: quin etiam in directo judicio, officio judicis compelli actor potest, ut caveat de præstanda ea re si forte eam repere-

rit, quia æquum non est eum et rem habere et pretium, vel de reddendo pretio scilicet, *l.* 13. *in princ. hoc. tit.* vel ut ei cedat actiones suas, *l. in depositi*, *de re jud.* Sequitur in hac lege alius casus, quo non ut priore est commodatario actio commodati contraria, non furti, sed ex diverso actio furti noxalis, non commodati contraria in solidum.

In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi, ac deinde servus meus subreptis his ad hostes profugit, et postea sine vasis receptus est: habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat pro cujusque parte, sed et illi mecum furti servi nomine agere possunt, quando et noxa caput sequitur: et si tibi rem periculo tuo utendam commodavero, eaque a servo meo surripiatur, agere mecum furti possis servi nomine.

Contubernales qui a Græcis συσκηνοὶ, commilitones sunt, communium expeditionum comites, *l. ult. de aur. et arg. leg.* His ego in castris, in fossato, ut est in Basilicis, vasa quædam utenda commodavi, ac deinde non ego quidem ea subripui, ut priore casu, sed servus meus ea surripuit ignorante me, et transfugit ad hostes, post sine vasis postliminio receptus est: nam ego in eo postliminium habeo, *l. postliminium*, §. *transfugæ*, *de capt. et post.* Contubernales mihi tenentur actione commodati directa pro suis partibus, quia convenit, ut commune esset periculum: alioquin tenerentur in solidum singuli, *l. si ut certo*, §. *ult. hoc tit.* Ego autem teneor furti noxali, vel etiam commodati contraria, ut vel damnum pro fure decidam, vel eum pro noxæ deditione relinquam: nam noxalis actio quodammodo inest bonæ fidei judicio, *l. inter*, §. *sed cum*, *mand. l.* 61. *de furt.* sicut arbitraria, *l.* 7. *de eo quod cer. lo.* et actio de dolo, *l. si quis adfirmavit*, *de dolo.* Omnium enim harum vim, et potestatem in se continet actio, quæ bonæ fidei est. Non teneor commodati contraria, ut omnimodo sarciam damnum in solidum etiamsi paratus sim hominem pro noxæ deditione relinquere: et similis subjicitur species ex Paulo in *l.* 22. in qua si servus commodatus commodatario furtum fecerit, est quidem ei in eum qui commodavit furti noxalis vel commodati contraria cum noxæ deditione, non commodati contraria in solidum detracta noxæ deditione. Hæc, inquit, non sufficit, id est non suppetit, non competit, non est. Sic solet eo verbo Paulus uti, *l. si tibi domum*, *Loc.* quæ conjungenda est cum *d. l.* 22. *l.* 29. *Com. divid. l. Titius*, *de act. empt.* ut plane verbo sufficit, sit contrarium, deficit. Non sufficit igitur actio commodati contraria in solidum nisi sciens talem esse servum ignoranti commodavit. Et hunc etiam casum subjecisse Africanum indicio est *l.* 31. *de pignor. act.* quam statim explicabo atque admonuero tantum illo loco hujus legis conventionem illam, periculo tuo, non esse supervacuam, si a servo meo res subripiatur sine culpa tua: teneris enim commodatori directo judicio commodati, qui sine conventione nihil tenereris: fit quandoque furtum sine culpa nostra, *l. cum qui*, §. *idem scribit*, *de furt.* ab iis maxime qui saccularii et apertularii dicuntur. Male autem Acc. ponit culpam tuam præcessisset: quia si præcessisset insignis et lata, nec posses noxaliter agere in commodatorem, *l. inter*, §. *sed cum*, *Mand. l.* 61. §. *hæc ita puto*, *de furt.* et magis putem Accursium scripsisse, culpa tua non præcedente. Verba autem Africani in *l.* 31. hæc sunt.

Ad l. si servus 31. *de pignor. act.*

Si servus pignori datus creditori furtum faciat, liberum est debitori servum pro noxæ deditione relinquere: quod si sciens furem, pignori mihi dederit, et si paratus fuerit pro noxæ dedito apud me relinquere: nihilominus habiturum me pignoraticiam actionem, ut indemnem me præstet: eadem servanda esse Julianus ait, etiam cum depositus, vel commodatus servus furtum faciat.

Si servus pignoratus furtum creditori fecerit, debitor qui sciens talem esse servum ignoranti pignoravit, tenetur contraria pignoraticia in solidum detracta noxæ deditione, ignorans subjuncta noxæ deditione vel furti noxali. Et similiter is qui deposuit, vel qui commodavit si servus furtum depositario vel commodatario fecerit, tenetur contraria depositi, vel commodati in solidum si scierit talem esse servum, depositarius, vel commodatarius ignoraverit: quod si nescierit, non in plus tenetur quam ut noxæ dedat. Idem quoque esse in servo empto mandatu alieno ex Neratio Paulus refert *l. inter*, §. *sed cum*, *Mand.* si is servus mandatario furtum fecerit. De servo certo loquitur aperte: et scientem teneri ait in solidum et reticentia et dolo malo: ignorantem non teneri ultra noxæ condemnationem. Sed additur exceptio in ignorante: Si tamen sine culpa mandatarii furtum acciderit; quæ addenda etiam est superioribus casibus, et explicanda sumpto exemplo ex *l.* 61. §. *hæc ita puto*, *de furt.* Et idem potest defendi esse servandum in servo locato, qui conductori furtum fecit. Non teneri locatorem ex conducto, sed furti noxali proditum est, *l. si tibi domum*, *Loc.* quæ cum sit conjungenda cum *l. pen. Commod.* quod utraque sit ex eodem Pauli libro,

quo videtur et de servo commodato, qui commodatario, et de servo locato, qui conductori furtum fecit simul tractasse, putem accipiendam eam esse de ignorante locatore. Scientem vero teneri ex conducto in solidum, nec se liberare dedendo noxæ. Idem invenio de servo dato in dotem scriptum, *l. si mulier*, §. *at si in dotem, rer. amot.* Idem de servo vendito qui est in causa redhibitionis et emptori furtum fecit, ut sciens talem esse servum qui vendidit ignoranti, totum damnum sarcire cogatur etiamsi paratus sit hominem pro noxæ dedito relinquere, actione redhibitoria, quæ in integrum quodammodo restituit tam emptorem quam venditorem, resoluta venditione, ignorans liberetur noxæ dedendo servum, et in hoc tantum teneatur, ut pretium servi reddat quod accepit, *l. cum autem*, §. *Julianus*, *l. quæro*, *de ædil. ed. l. si servus Titii*, *de leg.* 1. *l.* 61. §. *idem dicendum*, *de furt.* Et hæc quidem quæ diximus de servo pignorato et de vendito, probantur ab Africano in *d. l.* 61. non etiam quæ diximus, aut quæ is ipse dixit de deposito, et commodato in hac lege, et de locato etiam se dixisse significat *d. l.* 61. §. *quod vero*, et de empto mandatu alieno: nam commodatorem et locatorem qui scierit servum esse furem concludit in *d. l.* 61. non teneri ultra pretium servi, vel ultra deditionem noxæ. Depositorem vero, et mandatorem etiam ignorantem teneri in solidum detracta noxæ deditione. Et est tamen illa *l.* 61. ex eodem libro. Verum animadvertendum est, in illa absolvi sermonem cœptum in ista, et rem totam tractari dirigique ad rationem summam diligentius: ratio aliud est, aliud ratio summa: ratio, jus strictum, *l.* 1. §. *si ego*, *si pars hær. pet. l. qui* 400. *ad leg. Falc. l. jus singulare*, *de legibus.* Ratio summa, æquitas, ut *l.* 4. §. *de verb. obl.* Quod dicitur fieri utilitatis causa, *l.* 2. *de præst. stip.* summa ratione dicitur fieri. Sic *l.* 44. *de relig. l.* 50. *de cond. ind.* Eadem est divisio æquitatis: alia est æquitas simpliciter, alia æquitas summa, et ad hunc modum licet dicere, æqua quidem esse ea, quæ diximus quæve dixit Julianus aut Africanus in hac lege, et quæ Paulus in *l. inter*, *Mand.* Sed æquiora esse ea, ut idem ipse Africanus ait, quæ tandem concludit *d. l.* 61. nec mirum, cum et in servo præstito ex causa legati, si legatario furtum fecerit, idem sive Julianus sive Afric. modo spectaverit rationem, modo rationem summam *eod. lib.* quod intelligetur statim proposita *l.* 110. *de leg.* 1.

Ad L. Si hæres 110. *de leg.* 1.

Si hæres generaliter servum, quem ipse voluerit, dare jussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait: sed quoniam illud verum est, hæredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ad hoc tenetur, ut et alium hominem præstet, et hunc pro noxæ dedito relinquat.

Duæ sunt hujus legis partes. Priore exponit sententiam Juliani, posteriore suam vel Juliani sententiam posteriorem. Et ponit servum generaliter legatum, quem ipse hæres eligeret: quia multum interest certus servus legetur, an incertus generaliter. Si certus, talis dari debet qualis est. Si fur, fur dabitur, si fugitivus, fugitivus, si alienus vel obligatus creditori, et testator ignorans talem esse eum legaverit, talis dabitur, nec quicquam præstabit evictionis nomine, vel exemplo edicti ædilicii etiamsi quid reticuerit: quod longe secus est in venditore. Sin autem incertus homo generaliter legetur, præstare debet furtis noxiisque solutum esse eum quem elegit quemque legatario dedit, pignori obligatum non esse, alienum non esse: alioquin eum legatario habere non liceret, et nullum præstitisse videtur qui præstat eum, quem habere non licet, id est, qui legatario auferri potest, vel ex causa noxali, vel ex causa pignoris, vel ex causa dominii. Voluntas autem testatoris servum legantis generaliter, et electionem hæredi permittentis hæc est, ut ex tanta copia hominum eligat, et præstet quem legatario habere liceat. Sanum esse præstare non debet, quia etsi sanus non sit, tamen eum habere legatario licet: et hoc est, quod ait *l. si a substituto*, *de leg.* 1. sanitatem servi ad proprietatem ejus non pertinere. Venditor tamen præstat sanum esse edicto ædilium. At rursus hæres furem non esse, erronem non esse, fugitivum non esse, vispellionem non esse, quæ sunt in servis vitia frequentia, præstare non debet eadem ratione, quia hæc vitia ad proprietatem ejus non pertinent: et hæc tamen præstat venditor. Satis est si hæres præstet legatario habere licere. Non est satis si venditor præstet emptori habere licere: et ratio discriminis, quod legatum hæredi sit onus, legatario lucrum: venditio autem nec sit onus venditori, nec emptori lucrum. Et recte M. Tullius: *Venditorem, quæ scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, præstare edicto ædilium.* Hæredum aliam esse causam. Recte item, Quæ scire debuit. Ulpianus *l.* 1. *de ædil. ed.* Quæ scire potuit, ut *l. si duo, de acq. hær. l. si Titius*, *de fidejus.* His cognitis, Finge: hæres jussus est servum dare generaliter quem ipse vellet, quod etiamsi non fuisset expressum, intelligeretur, quia in legatis per damnationem, aut per fideicommissum electio est hæredis: is furem dedit. Julianus ait, si sciens dederit, teneri eum de dolo. Nec enim prima fronte animadvertebat, quæ alia actio esset:

et per hoc separabat scientem ab ignorante. Ignorantem igitur censebat nullo modo teneri: neque enim noxalis esse potest ei, qui servum noxium in dominio et potestate sua habet insolidum, cum nec sit ei qui pro parte dominium habet, *l.* 8. *de nox act.* ne fiat contra regulam juris vetustissimam, ut agat noxali judicio qui ipse solet noxali judicio conveniri: cui pene similis illa est ne fur furti agat, nisi quod hæc est de directa actione, illa de noxali: hæc de duobus furibus, illa de uno, et hæc regula nondum penitus recepta. At prudenter Afric. aut idem ipse Julian. re bene perpensa animadvertit non deesse aliam actionem, et perinde ac si nullum servum hæres præstitisset sufficere in cum ex testamento vel in factum actionem ut alium servum det, et furem quem præstiterat ex legati causa pro noxæ dedito relinquat. Imitatur actio ex testamento actionem bonæ fidei. Inest utrique quasi noxalis actio. Imitatur et in aliis plerisque, sed non in omnibus: alioquin esset prorsus bonæ fidei. Et ratio dandæ hujus actionis hæc est, quod verum sit, id est, æquum; hæredem in hoc teneri, ut non pessimum det, ut qui accipiendi electionem habet, eum æquum est hunc modum sequi ne optimum eligat: atqnin pessimum hæres dedit. Quid pejus fure domestico? Hæc vero ratio cadit et in scientem hæredem, et ignorantem. Ergo indistincte dicamus hæredem teneri, qui furem dedit a quo servus erat legatus generaliter quem ipse vellet, quasi non satisfecerit voluntati defuncti furem dando. Sed de aliis servis modo tempus est ut videamus quid tandem statuerit Africanus. De servo communi nondum actum quidquam, qui uni ex sociis furtum fecit. Ab eo incipit *l.* 61. *de furt.* ac deinde pergit ad pignoratum, et venditum qui est in causa redhibitionis, et depositum et emptum mandatu alieno, et commodatum, et locatum, ac de servo quidem communi scribit in hunc modum.

Si servus communis uni ex dominis furtum fecerit, communi dividundo agi debere placet: et arbitrio judicis contineri, ut aut damnum præstet, aut parte cedat. Cui consequens videtur esse, ut etiam si alienaverit suam partem similiter, et cum emptore agi possit, ut quodammodo noxalis actio caput sequatur: quod tamen non eo usque producendum ait, ut etiamsi liber sit factus, cum ipso agi posse dicamus, sicuti non ageretur, etiamsi proprius fuisset. Ex his igitur apparere, et mortuo servo nihil esse quod actor eo nomine consequi possit: nisi forte quid ex re furtiva ad socium pervenerit.

Si servus communis uni ex sociis furtum fecerit, non est socio in socium actio furti noxalis, *l.* 8. *l. cum servus de nox. act.* sicut nec socio in socium est de peculio, *l.* 20. *de pecul.* Sed est communi dividundo vel familiæ erciscundæ qualis noxalis actio, ut vel damnum præstet in simplum, vel partem suam pro noxa derelinquat. Quasi noxalem dixi, quia lis æstimatur in simplum tantum, *l. et puto*, §. *ult. fam. ercisc.* In noxali æstimatur in duplum, vel quadruplum *l.* 1. *de noxal. act.* et Africanus ipse paulo post quodammodo noxalem dixit. Ergo bonæ fidei judiciis insunt tantum quasi noxales actiones: quod alio exemplo comprobavimus in *l.* 55. *loc.* et ubi est furti noxalis, consultius sæpe est superioribus casibus agere furti noxali quam bonæ fidei judicio. Quod si socius cui furtum factum non est alteri socio cui furtum factum est tenetur quasi noxali, et is qui ab eo emit partem, id est, novus socius similiter tenebitur eadem actione communi dividundo, ut quasi noxalis actio caput sequatur. An et cum servo est actio furti, ut noxa caput sequatur si forte manumissus sit? Minime: nam sive proprius sive communis sit servus, nulla ab initio in eum vel propter eum nata est furti actio. Quid si moriatur? an ulla superest socio in socium actio? Minime: nam perimitur actio communi dividundo interitu rei communis, nisi quid ex re furtiva ad socium pervenerit, nec jam est in rebus humanis cujus partem pro noxa cedere possit, et hoc est quod de servo communi proponitur initio hujus legis. Sequitur de servo pignorato, et de servo vendito qui est in causa redhibitionis.

His etiam illud consequens esse ait, ut et si is servus, quem mihi pignori dederis furtum mihi fecerit: agendo contraria pignoraticia consequar, uti similiter aut damnum decidas, aut pro noxæ deditione hominem relinquas. Idem dicendum de eo, quem convenisset in causa redhibitionis esse: uti quemadmodum exceptiones et fructus emptor restituere cogitur, ita et e contrario venditor quoque vel damnum decidere, vel pro noxæ deditione hominem relinquere cogatur: nisi quod in his amplius sit. Quod si sciens quis ignoranti furem pignori dederit, omnimodo damnum præstare cogendus est: id enim bonæ fidei convenire, sed in actione empti præcipue spectandum esse, qualem servum venditor repromiserit.

Si servus pignori traditus creditori furtum fecerit, exemplo servi communis qui socio furtum fecit, debitor tenetur contraria actione pignoraticia ut vel damnum præstet, vel servum pro noxæ dedito relinquat. Damnum decidere Africanus dixit, quod est præstare vel de eo transigere pro fure, verbum XII. tab. Sed et furti noxali debitor tenetur, qua tamen socius non tenetur. Idem dicimus de servo vendito qui est in causa redhibitionis, si emptori furtum fecerit: nam actione redhibitoria

venditor damnum sarcire, aut servum pro noxæ dedito relinquere debet, ut quemadmodum emptor ei restituit servum et accessiones et fructus perinde ac si eum non emisset, ita ipse emptori restituat si quid detrimenti senserit per eum servum, aut non accipiat redhibitum, sed relinquat pro noxa. Furti autem noxalis non est. Idem Africanus scripserat in servo locato, qui conductori furtum fecit, ut ex §. *seq.* intelligi potest: quod ideo forsitan est a Triboniano prætermissum, quod in fine hujus disputationis redigatur servus locatus ad similitudinem servi commodati: quem etiam tandem ad extremum separabimus a servo pignorato, et a vendito, et a dato in dotem: et ab his omnibus rursus servum depositum et servum emptum mandatu alieno. In servo autem præstito ex causa legati proprium etiam jus est quod exposuimus supra. At quid est quod sequitur in hac lege: Nisi quod, vel nisi quid in his amplius sit, quæ verba non intellexit Accur. Nisi quid in his amplius sit, id est, nisi aliquid in his casibus amplius sit præterea quo compelli possit debitor aut venditor omnimodo damnum decidere. Amplius est, si scierit debitor aut venditor talem esse servum: hoc enim casu etiamsi paratus sit servum pro noxæ dedito relinquere, omnimodo tenetur ex causa doli ut indemnem præstet actorem. Amplius etiam est, si venditor repromiserit furem non esse: nam et hoc casu totum damnum sarcire cogitur, nec liberatur servum relinquendo pro noxa, etiamsi nescierit furem esse: priore casu tenetur ex reticentia, posteriore ex promissione: et eadem forma loquendi in §. *seq.* Hoc amplius inquit, quam in superioribus causis servandum. Loquitur autem de servo empto mandatu alieno, et de deposito in hæc verba:

Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num æque dicendum sit, omnimodo damnum præstari debere: et quidem hoc amplius quam in superioribus causis servandum, ut etiamsi ignoraverit is qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogatur, justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum si id mandatum non suscepisset: idque evidentius in causa depositi apparere: nam licet alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire quam quanti ipse servus sit, multo tamen æquius esse, nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit damnosum esse: et sicut in superioribus contractibus, venditione, locatione, pignore, dolum ejus qui sciens reticuerit puniendum esse dictum sit, ita in his culpam eorum quorum causa contrahatur, ipsis potius damnosam esse debere: nam certe mandantis culpa a esse, qui talem servum emi sibi mandaverit, et similiter ejus qui deponat quod non fuerit diligentior circa monendum qualem servum deponeret.

Dubitat Julianus, an quo dictum est supra, venditorem et debitorem omnimodo damnum præstare si reticuerit furem esse, vel si repromiserit venditor furem non esse, æque dici possit in eo cujus mandatu servus emptus est, qui mandatario furtum fecit: et concludit tandem, mandatorem teneri indistincte detracta noxæ deditione sive scierit sive ignoraverit talem esse servum, ne officium quod suscepit procurator alieni non sui commodi causa sit ei damnosum, id est, ne ei sua benignitas obsit, et ut damnum potius sit ejus qui ex officio suo commodum sensit: sicut si ita me benignum præbuero ut debitorem dotis non exegerim, et is soluto matrimonio dotem repetat, non imputat mihi cur ipsum non exegerim, ne mea benignitas mihi noceat ex qua ille commodum sensit, et hoc tantum consequitur ut acceptilatione liberetur, *l. deposui*, §. 1. *de pecul.* Hoc est quod vulgo dicitur, Officium suum nemini debere esse damnosum. Et hoc Afric. ait, ut loqui frequenter solet, *d. l. deposui*, §. *peu. l.* 50. *de ju. dot. l. qui usumfr.* §. *peu. de usufr.* evidentius apparere in causa depositi, quod liquet satis omnibus, deponentis solius causa contrahi. Finge. Servus depositus depositario furtum fecit: nesciebat is qui deposuit talem esse servum, æquum bonum videtur ne ex maleficio servi in plus teneatur quam ut noxæ eum dedat. Sed multo est æquius melius teneri eum in solidum, ne officium suum sit depositario damnosum qui ex eo nihil commodi sentit: redit ex eo omne commodum ad depositorem, qui, exempli gratia, in civili tumultu et periculo rerum suarum amittendarum eas deposuit apud amicum: redeat igitur ad eum etiam incommodum, et depositarius per omnia servetur indemnis. Ergo quod ad mandati vel depositi contrariam actionem attinet, sciens ea tenetur ex dolo suo, ignorans ex culpa sua: nam culpa est mandare inexplorate talem emi servum, aut deponere talem servum in cujus mores non inquisierit prius ut præmoneret procuratorem vel depositarium: ignorantia culpa deputatur. In his contractibus, mandato scilicet et deposito, dantis solius sive mandantis utilitas vertitur, idcirco præstatur ab eo dolus et culpa. In superioribus contractibus, venditione puta et pignore, utriusque utilitas vertitur, dantis et accipientis, idcirco dolum tantum præstet qui talem servum dedit, non etiam culpam. Alii sunt contractus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, ut in commodato: de quo simul ac de locato in hunc modum scribit.

Circa commodatum autem merito aliud existimandum, videlicet quod tunc ejus solius commodum, qui utendum rogaverit, versetur. Itaque eum qui commodaverit, sicut in locatione, si dolo quid fecerit, non ultra pretium servi quid amissurum: quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari: quoniam ut dictum sit nulla utilitas commodantis interveniat. Hæc ita puto vera esse si nulla culpa ipsius, qui mandatum vel depositum susceperit, intercedat: ceterum si ipse ultro ei custodiam argenti forte vel nummorum commiserit, cum alioquin nihil unquam dominus tale quid fecisset, aliter existimandum est.

Comparat commodatum locationi, quia utroque res utenda datur, sed uno gratuito, altero certa mercede: qua de causa in commodato solius accipientis commodum versari videtur, in locato utriusque. Sed præcipue etiam versatur in locato commodum accipientis, cui necessaria maxime habitatio est, necessarium ministerium, vel necessaria agri alieni cultura, qua sustineat et tueatur se suosque: et ob id, ut opinor, concludit tandem etiam scientem commodatorem, vel locatorem non teneri ultra pretium servi, id est, ultra noxæ deditionem, et ignorantem nullo modo: ut tria genera contractuum ita separentur, quibus utriusque commodum vertitur: in his, ut valeat distinctio inter scientem, et ignorantem. In ceteris non item, sed quibus solius dantis commodum versatur, in his, ut indistincte teneatur damnum decidere, qui dedit, detracta noxæ deditione, quibus autem solius accipientis, in his ut sciens tantum teneatur, et quidem cum noxæ deditione non in solidum. Et recte Flor. scriptum est, Sicut in locatione si dolo quid fecerit, quæ τὸ κατὰ πόδας recte interpretatur de sciente his verbis ὥσπερ ὁ μισθῶν αὐτόν εἰ δόλον ποιήσει, τουτέστιν εἰ εἰδὼς αὐτὸν κλέπτην εἶναι χρήσει αὐτὸν, et ita Acc. intellexisse hæc verba demonstrant. Et sic etiam sciens non videtur teneri ultra pretium. Et adjicit Africanus, doli etiam interpretationem a judice in his contractibus remissius fieri, id est non quacunque ex conjectura passim scientem dolo malo ignoranti commodasse, vel locasse judicem arguere, nec omnia ad vivum resecare, multa condonare, multa concedere, et consequenter latam culpam pro dolo non habere: nam ubi remissius fit doli interpretatio, non continuo videtur lata culpa adnumeranda dolo malo. Interpres doli mali est judex, sicut bonæ fidei, *l. ab emptione, de pact.* Emendat igitur Afric. et quæ de locato scripserat ante, admissa distinctione inter scientem et ignorantem, et quæ de commodato et deposito in *l. 31. de pign. act.* et quæ de commodato Paulus in *l. pen. commod.* et de empto mandatu alieno in *l. inter, mand.* plane demonstrans posteriores cogitationes esse meliores, et rationem esse summam ita separandorum in hac quæst. contractuum invicem. Et ad extremum, quod dixi in §. *quod vero*, eum qui mandavit, vel deposuit teneri in solidum indistincte, hoc ita procedere interpretatur, si culpa depositarii vel procuratoris furtum factum non sit: alioquin non est ei in ignorantem actio ne quasi noxalis quidem, *d. l. inter*, §. *sed cum.* Culpa est si argentum vel nummos commiserit, quos nullus antea dominus ei commiserat, quandoquidem ita servulo opportunitatem furti faciendi præbuit. Sed satis nos jam diu hæc quæstio tenuit: pergamus ad aliam. In ead. l. Afric. ait:

Locavi tibi fundum, et ut adsolet, convenit uti fructus ob mercedem pignori mihi essent: si eos clam deportaveris, furti tecum agere posse ajebat: sed et si tu alii fructus pendentes vendideris, et emptor eos deportaverit: consequens erit, ut in furtivam causam eos incidere dicamus, etenim fructus quandiu solo cohæreant, fundi esse: et ideo colonum, quia voluntate domini eos percipere videatur, suos fructus facere: quod certe in proposito non æque dicitur: qua enim ratione coloni fieri possint, cum emptor eos suo nomine cogat?

Ponit in locatione fundi convenisse, ut fructus ob mercedem pignori essent locatori: eamque conventionem in hoc contractu apponi solere: qua ratione tandem, quantum opinor, obtinuit, ut etiam non apposita ea ita res procedat, ut fructus tacito jure pignori esse credantur, juxta id quod dicitur, ea quæ sunt moris et consuetudinis, id est, quæ solent convenire contrahentes, in bonæ fidei judicium venire: assidua et frequens est stipulatio duplæ in venditione mancipii: ideirco ex empto agi potest in duplum etiamsi duplam venditor non caverit: et ita quod in hypotheca generali soleret ita caveri: Quæ habeo quæque habiturus sum, *l. ult. C. de remis. pig.* si quis obligaverit bona sua nullo alio adjecto, videtur etiam obligasse futura, *l. ult. C. quæ res pig. obl.* nec alia ratio est cur in locatione ædium invecta et illata ab inquilino, tacite sint pignori obligata ob mercedem, quam quod ita conveniri soleret: et horum argumento posset hodie defendi in omnibus testamentis tacite intelligi clausulam codicillarem, quod soleat adscribi frequentissime, et omnium testatorum fere ea sit mens, quæ Lucio Titio in *l. pen.* §. *ult. de leg. 2.* ut judicia sua valeant quoquo modo. Eodemque argumento defenditur ille mos, auctoritate Martini et Theodori comprobatus, ut ita demum dos profectitia mortua filia in matrimonio redat ad patrem, si mortua sit sine liberis, quod

ita pacisci inter se solerent socer et gener, ut si in matrimonio sine liberis decesserit, quod vulgare pactum dicitur, *l. Bæbius, de pact. dot.* Sed ad rem. Fundum tibi locavi: fructus pignori positi sunt mercedis nomine. At tu perceptos eos clam deportasti, id est, loco suo movisti, et in alium transtulisti: teneris mihi furti, licet tui facti sint fructus perceptione: neque est novum, ut quis rei suæ furtum faciat, ut diximus tractatu VII. ad *l.* 40. §. *ult. de acq. poss.* nec tamen sunt furtivi fructus, ut nec usucapi possint a bonæ fidei emptore, quia in potestatem domini semper fuerunt, *l.* 4. §. *si rem, de usurp. et usucap. l. si rem, pro empt.* idem enim fuit fur et dominus: aliud existimandum erit si fructus pendentes vendideris bonæ fidei emptori, et eos emptor perceperit ac deportaverit in ædes, aut villam suam: nam hoc casu non est tecum furti actio, quia rei immobilis furtum non fit, et fructus pendentes, qui et stantes dicuntur, pars sunt rei immobilis: nec cum emptore qui eos percepit et deportavit, quia id fecit bona fide non furandi animo: furtivi tamen sunt, nec possunt usucapi a bonæ fidei emptore. Subest in illis vitium furti, quod nec purgatum est, quia in potestatem domini coloni non pervenerunt: fundi enim quandiu pendebant fuerunt, separati a bonæ fidei emptore fundi esse desierunt, nec sunt acquisiti colono quos emptor suo nomine separavit et collegit: quia ut fructuarius, ita colonus fructus suos non facit, nisi ipse eos perceperit, §. *is vero ad quem Inst. de rer. divis. l. qui scit, ff. de usur. l. si fur. de usufr.* ac merito *l. si apes, hoc tit.* fructibus ab alio furtim perceptis dat quidem colono actionem furti, sed non etiam condictionem furtivam, quæ soli domino competit. Priore casu hujus legis est actio furti, licet res non sit furtiva, ut in casu *l. cum æs,* §. 1. *h. t.* Posteriore non est actio furti, licet res sit furtiva, ut in casu *l. qui vas,* §. *ancilla, eod.* ac prudenter Africanus hoc posteriore casu non furti ait locatorem agere posse, sed tantum fructus cadere in causam furtivam: quod neque Græci neque Latini interpretes intellexerunt: et quod subjicit; Etenim fructus, etc. id omne eo pertinet, ut intelligatur eos fructus non pervenisse in potestatem coloni, ne quis scilicet inde argueret, non esse furtivos et usucapi posse. Et nihil quidem refert legas: Etenim fructus quamdiu suo loco hæreant fundi esse, an quamdiu solo cohæreant. Sed in authentico certe P. Flor. est suo loco, et in Basil. τῷ ἰδίῳ τόπῳ, et debemus esse religiosi etiam in re parvi momenti, ut vel assuescamus esse semper hujusmodi. Idem vero de fructibus pendentibus proditum est in *l. fructus pendentes, de rei vind.* ut scilicet intelligatur eos in fundi vindicationem venire, ut in legatum, *l. si pendentes, de usufr.* et venditionem, *l. ult.* §. *pen. quæ in fraud. cred.* et horum corpus non esse separatum a fundo, *l. Quintus, de aur. et arg. leg.* et augere eos hæreditatem in ratione legis Falcidiæ, *l.* 9. *ad leg. Falcid.* et unam esse rem fundum et fructus pendentes, id est fundum, unam esse rem solam et superficiem, id est domum, *d. l. ult.* §. *fruct.* Denique fructus pendentes pars sunt rei immobilis, et mancipia quoque rustica, ut Julianus ait *Nov.* 7. Sequitur alia questio in §. *ult.* ejusdem legis.

Statuliberum qui si decem dederit, liber esse jussus erat, hæres noxali judicio defenderat: pendente judicio servus datis decem hæredi ad libertatem pervenit: quæritur an non aliter absolutio fieri debeat, quam si decem, quæ accepisset hæres, actori dedisset: referre existimavit, unde ea pecunia data esset: ut si quidem aliunde quam ex peculio, hæc saltem præstet: quoniam quidem si nondum ad libertatem servus pervenisset noxæ deditus, ei cui deditus esset, daturus fuerit, si vero ex peculio, quia nummos hæredis dederit, quos utique passurus eum non fuerit ei dare, contra statuendum.

Statuliber est servus cui relicta est directa libertas in diem, vel in condicionem. Statulibertas, condicionalis libertas, vel in diem certum data verbis directis. Festus ex veteri Jurisconsulto: *Statuliber est qui testamento certa condicione proposita jubetur esse liber*: agnosco nostra verba: nam et condicio proposita dicitur *l. pen. de condic. et demonst.* et προχειμένη, *l.* 7. *de excus.* quæ alibi, proposita. Dixi autem directa: quia statuliber non est cui per fideicommissum libertas relinquitur. Verbum enim est XII. tab. quæ non novere fideicommissa. Dixi servus, quia interim est hæredis, id est, antequam dies venerit vel condicio extiterit, *l. et post,* §. *ult. fam. ercisc. l.* 11. *de leg.* 2. *l. edictum,* §. *ult. de quæst. l.* 9. §. *certe si sub condicione, de pecul.* Igitur ratio nominis non hæc est, quod sit statu liber: nec enim dividere licet quæ sunt composita: et aliud sæpe divisa significant, aliud composita. Eustathius in Homerum colligit multa Odys. XIV. et interpres Æschyli ἑπτὰ ἐπὶ Θήβαις. Si divisim dixeris aliquem esse statuliberum, liberum hominem dixeris. Si composite statuliberum, non hominem liberum, sed servum dixeris, cui sit statuta, id est, destinata libertas in tempus vel in condicionem. At in ratione legis Falcidiæ fateor non statim statuliberum computari bonis, sed deduci potius tantisper dum appareat exitus statulibertatis, quod computentur in bonis ea tantum, quæ liquido et firmo jure sunt in bonis, *l. statuliber, ad leg. Falc.* ac præterea in publicis

judiciis statuliber ut liber punitur non ut servus, privilegio libertatis, ut nec separata libertas lædatur nec præsens, et quod benignius sit in pœnis interim haberi pro libero hominem destinatum libertati. Molliendæ enim sunt pœnæ et restringendæ colore quolibet et occasione qualibet accepta, *l statuliber, de quæst. l. moris, §. ult. de pœnis.* Et non potest quasi servus vendi duris condicionibus, *l.* 25. *de statulib.* In privatis judiciis statuliber habetur pro servo, uti est: nam sive ea nascuntur ex contractibus, hæres statuliberi nomine tenetur prætoriis actionibus de peculio, Quod jussu, De in rem verso, sive ex delictis, noxalibus actionibus: et utuntur in hanc rem Græci non male regula *l.* 169 *de reg. jur.* quod quæ pendet libertas non sit pro eo quasi sit. Sic igitur in specie hujus §. recte conventus est hæres noxali judicio ex delicto statuliberi, non dico furto, sed quolibet alio privato delicto, nec fuit causa ponendæ hujus quæstionis sub hoc titulo, quæ potius debebatur tit. de noxalib. actionibus. Ex delicto publico non est actio noxalis. Ei autem statulibero, cujus nomine, ut cœpi dicere, conventus hæres est noxali judicio, libertas data erat sub condicione, si hæredi X. daret. Si pendente judicio datis X. non pervenerit ad libertatem, ita condemnari hæres debet ut aut damnum præstet, aut hominem pro noxæ dedito relinquat. Et si forte reliquerit, poterit statuliber datis X. ei cui noxæ deditus est pervenire ad libertatem: nam lege XII. tab. expressum est abalienatum statuliberum si emptori dederit pecuniam ad libertatem pervenire, magna ratione, ne abalienatio fraudet eum libertate et testatorem voluntate sua ultima, quæ effecit ut emptoris verbum juris auctores produxerint ad omnes, qui quoquo modo dominium in statulibero nacti sunt, ad eum cui statuliber adjudicatus est judicio fam. erciscundæ, ad eum cui ab hærede legatus est, ad eum qui usucepit, ad legitimum hæredem qui hæreditatem evicit hæredi scripto a quo libertas relicta erat, *l.* 6. §. *statuliber, l.* 29. *de statulib.* et ad eum cui servus noxæ deditus est, ut constat ex hoc loco. Hæredi quidem dare jussus est, sed impleri potest condicio in novi domini personam cujuslibet non tam ex *l.* 12. quam ex voluntate tacita defuncti, quæ sola non sufficiebat origine Juris civilis sine lege, hodie sufficeret Quid vero si in specie proposita pendente judicio noxali hæredi X. dederit atque ita ad libertatem pervenerit? an solvitur judicium noxale? an absolvendus est hæres? Sic videtur, *l.* 14. *de nox. act.* et translatio judicii fiet in statuliberum *l.* 15. *eod.* quia etsi domino ex delicto ante facto non teneatur post libertatem, tenetur tamen extraneo, secundum regulam, Noxa caput sequitur, vel, Obligatio ex delicto cum capite ambulat: et licet ab eo non cœperit judicium sed translatum sit, fiet infamis ex condemnatione, si fuerit actio famosa, veluti furti, aut injuriarum, quia suo nomine in eum judicium transfertur. Secus esset si transferretur in eum quamvis noxæ auctorem nomine hæreditario, *l. servus, de his qui not. inf.* Verum ad rem. Absolvendus est hæres judicio noxali statulibero perveniente ad libertatem pendente judicio. An solvendus omnino? nam in omnibus judiciis sunt cetera, quæ dicuntur, quædam: cetera negotii, cetera litis, cetera cognitionis: ut in rei vindicatione homine mortuo sine culpa possessoris, absolvendus esset, nisi superessent cetera quædam, veluti de partu et de fructu, *l. utique, de rei vind.* Et hic quoque videndum, an adhuc damnari hæres possit actori ut præstet. X. quæ accepit ab statulibero. Utitur autem Africanus distinctione hujusmodi. Vel ea X. statuliber dedit ex peculio, vel aliunde. Receptum benigne et permissum est statulibero ex peculio dare quasi ex suo patrimonio licet ei legatum non sit, favore libertatis, præsumptione sumpta ex tacita voluntate defuncti, et quod hoc facere videatur sine injuria dominorum *l.* 3. §. 1. *l. si* 10. *hæredi, de statuliberis, l. in bello,* §. *si statuliber, de captiv. et postlim.* potest tamen hæres cujus re vera pecunia est eum vetare ex peculio alii dare, *d. l.* 3. §. *cum igitur, l.* 3. §. *ult. de cond. cau. da.* et secundum hæc si ex peculio statuliber hæredi X. dederit, non damnatur hæres ea reddere, quia et si noxæ deditus initio fuisset actori, invito hærede non dedisset ex peculio. Sin vero dederit aliunde, vel si quis alius pro eo, damnatur ea reddere, quia si initio litis noxæ deditus fuisset actori, in ejus personam impleta condicio fuisset etiam invito hærede: et in judicio noxali causa præstanda est, id est, id omne quod haberet actor si initio litis homo noxæ deditus fuisset. Sequitur *l. ult. de exercit. act.*

Ad L. ult. De exercit. act.

Lucius Titius Stichum magistrum navis præposuit: is pecuniam mutuatus cavit se in refectionem navis eam accepisse: quæsitum est, an non aliter Titius exercitoria teneretur quam si creditor probaret pecuniam in refectionem navis esse consumptam: respondit, creditorem ut liter acturum, si cum pecunia crederetur, navis in ea causa fuisset, ut refici deberet: etenim ut non oportet creditorem ad hoc adstringi, ut ipsæ reficiendæ navis curam suscipiat, et negotium domini gerat, quod certe futurum sit, si necesse habeat probare pecuniam in refectionem erogatam esse: ita illud exigendum, ut sciat in hoc se credere, cui rei magister quis sit præpositus, quod certe aliter fieri non potest, quam si illud quoque scie-

rit, necessariam refectioni pecuniam esse: quare etsi in ea causa fuerit navis, ut refici deberet, multo tamen major pecunia credita fuerit, quam ad eam rem esset necessaria, non debere in solidum adversus dominum navis actionem dari. Interdum etiam illud æstimandum, an in eo loco pecunia credita sit, in quo id propter, quod credebatur comparari potuerit: quid enim inquit, si ad velum emendum in ejusmodi insula pecuniam quis crediderit, in qua omnino velum comparari non potest? et in summa, aliquam diligentiam in ea re creditorem debere præstare. Eadem fere dicenda ait, et si de institoria actione quæratur: nam tunc quoque creditorem scire debere, necessariam esse mercis comparationem, cui emendæ servus sit præpositus: et sufficere si in hoc crediderit, non etiam illud exigendum, ut ipse curam suscipiat, an in hanc rem pecunia eroganda est.

Ut qui Kalendarium exercet, Kalendario solet dispensatorem præponere, qui tabernam, aut negotiationem aliquam institorem, et ex ejus contractu obligari, et conveniri in solidum institoria actione: ita qui navem exercet, id est, qui ex ea quæstum facit, qui proprie exercitor appellatur, quæ tamen appellatio posset etiam non male tribui superioribus, solet navi veluti institorem imponere ut vel navem locet, vel merces, aut vectores vehendos conducat, vel emat armamenta sive vasa et instrumenta navalia, vel etiam ut merces emat aut vendat. Is latine dicitur magister navis, Græce πιστικὸς ἀπὸ τῆς πίστεως, quod ejus fidei committatur cura totius navis, ut pastor Nicetæ in Alexio Angelo πιστικός, quod ejus fidei committatur cura totius gregis, ut jam non sit dubitandum quin etiam in Evangelio nardum pisticam interpretari oporteat, quod nardum purum, *l. in argento, de auro et arg. leg.* et Marcellus libro de medicamentis dixit, et Theophylactus ἄδολον καὶ μετὰ πίστεως κατασκευασθεῖσαν, et glossæ veteres, Nardum pisticum, sive balsamum, sine impostura. Verum ad rem. Non ex omni contractu magistri exercitor tenetur, sed ex eo tantum, qui ad eam rem pertinet cui præpositus fuit, ut si onus vehendum conduxerit, si emerit armamenta navi necessaria, veluti vela, rudentes, cilicia, arborem et his similia, vel si nautarum, vel remigum operas conduxerit, vel si mutuatus sit pecuniam ad alendos nautas, aut ad armandam, instruendam, picandam, reficiendam navem, *l. 1. §. non autem, et seq. h. tit.* Finge: Magister pecuniam mutuatus non cavit se accipere in refectionem navis. An tenetur exercitor creditori? Si eam impenderit in refectionem navis, non est cur teneatur, quia neque is qui accepit cavit se accipere in refectionem navis, neque is qui dedit se dare in refectionem navis. Certe si non impenderit, minus dubitanter di eam creditori exercitorem non teneri, *d. l. 1. §. unde quærit.* Rursus finge: Cavit se accipere in refectionem navis. Etiamsi non impenderit in refectionem navis, sed deceperit creditorem, et in suos usus pecuniam converterit, tenetur exercitor creditori, qui necesse non habet probare eam pecuniam magistrum in eam causam consumpsisse in quam acceperat, sed imputare exercitori potest cur tali usus sit magistro, *d. §. unde quærit.* Hoc tantum exigimus ut non fuerit falsa causa rogandæ pecuniæ mutuæ, ut mutuo non fuerit quæsitus titulus falsus, id est, ut re vera navis indiguerit refectione, et uti hoc certo indagarit ac scierit creditor. Rogas me mutuam pecuniam in refectionem navis cui dicis te esse præpositum. Ego debeo esse diligens et curiosus, et inquirere antequam numerem pecuniam an navis indigeat refectione, atque ita credere si quidem velim mihi cum exercitore esse actionem in solidum. Et consequenter, si majorem pecuniam credidero quam sit ad eam rem necessaria, non in solidum habeo actionem cum exercitore, id est, in id omne quod credidi, sed in id duntaxat quod re vera necesse fuit impendi in refectionem navis, quod ab Africano scriptum opinor de creditore sciente: nam si magister deceperit creditorem, et persuaserit opus sibi esse X. in refectionem navis cum sufficerent VIII. non ideo minus aget cum exercitore in X. nam et si mutuatus pecuniam ad velum emendum persuaserit creditori opus sibi esse X. nec minoris velum comparari posse, quod tamen comparaverit VIII. damnum erit exercitoris non creditoris *d. l. 1. §. sed si in pretiis:* quia non debet inquirere creditor quanti sit impensa refectionis, vel quanti velum comparari possit; non debet inquirere, an eroganda sit pecunia quam in rem accipitur: satis est si navis reficiendæ causa crediderit, et in ea causa fuerit navis ut refici deberet: qua de re debet inquirere priusquam pecuniam credat: quia si forte in ea causa non fuerit navis, cessat actio exercitoria. Idemque in secunda parte hujus legis ostenditur servari si ad armandam navem, veluti ad velum emendum, magister pecuniam mutuatus sit: namque agenti creditori exercitoria, necesse erit probare se veli emendi causa credidisse, et velo navem indiguisse, ac propterea velum emi eo loco potuisse: alioquin si quo loco creditur pecunia, nulla sint vela, sive lintea, quæ comparari possint, ut hodie in Africa, falsa est crediti causa: et creditori non datur actio in exercitorem in solidum, in magistrum semper est actio si liber sit, vel si servus sit, in dominum de peculio. Illud autem necesse non habet probare, et comparatum velum fuisse, aut tanti comparatum fuisse quantum est in credito. Contra

qui credidit minori XXV. annis, ne adversus chirographum minor restituatur in integrum, probare debet in rem ejus versam esse pecuniam, *l.* 1. *et* 2. *C. si adv. cred.* quia non debuit temere credere adolescenti, quem scit posse restitui in integrum, non explorato prius eo quam in rem id quod accipiebat esset consumpturus. Qui autem credidit administratori rerum civitatis vel ecclesiæ nomine civitatis vel ecclesiæ, etiam probare debet pecuniam esse versam in rem civitatis vel ecclesiæ, si quidem cum ea experiri velit utiliter, *l. civitas, de reb. cred. Nov.* 120. quod repetemus infra ad *l.* 17. *de in rem. ver.* Et ratio hæc est; quia hoc utrique favorabiliter præstatur ut teneatur tantum de in rem verso: et ita in plerisque aliis causis civitas, et ecclesia eodem jure censentur, *l. illud, l. ult. C. de sacros. eccl.* At præterea si servus mutuetur pecuniam quasi in rem domini, et fallat creditorem, creditori non est actio de in rem verso, nisi probet versum esse pecuniam in patrimonium vel in utilitatem domini, *l.* 3. §. *sed si sic accepit, de in rem ver.* et ratio satis patet ex solo nomine actionis. Curiosi hi omnes creditores esse debent quo vertatur, an in rem minoris, civitatis, ecclesiæ, domini erogandа. Sed et diligentiam in eo magnam exigimus cui debitor quasi debitricem suam delegat mulierem: nec enim aliter efficax ei dabitur actio et pura, quam si probaverit eam fuisse debitricem debitoris sui, *l.* 17. *ad Vell.* quia non debuit cum muliere temere contrahere, quam scit juvari SC. Vellejano. In eo qui credit magistro navis, aliqua exigitur diligentia, ut Africanus ait, ea nimirum quam exposui ante, sed non tanta, atque ideo necesse non habet probare pecuniam esse consumptam in navis causam, vel tantum in eam fuisse insumptum quantum magister accepit: quia nec tempus, aut locus plerumque dat plenius deliberandi spatium, cum navigaturo creditur, *l.* 1. *hoc. tit.* Sed tamen, ut tertia pars hujus legis declarat, etiam idem fere sequemur in eo qui institori credit, nec enim ab illo exigemus ut probet sua pecunia merces esse comparatas, quo nomine forte sumpta pecunia est, et satis est si probaverit necessariam mercium comparationem fuisse. Illud, fere, non est παρέλκον: temperat enim comparationem, quæ fit institoris et magistri, qua non licet uti semper, ut constat ex *l.* 1. §. *magistrum, et* §. *si is qui navem, hoc tit.* Placet quod solet Accursius eam particulam appellare temperamentum: nam et Macrobius 1. in somnium Scipionis, *Vocem*, inquit, *quæ hanc definitionem temperaret, adjecit, Fere:* et male etiam a Theophilo existimatur esse παρέλκον, in §. *is vero ad quem, de rer. divis.* Ad hæc vellem repeti lectione, quæ de curiositate et diligentia præstanda a creditoribus adnotavi ad *l.* 17. *ad Vell.* tractatu quarto. Nunc transeamus ad quæstiones quatuor de peculio plenas acuminis et argutiarum, quæ proponuntur in *l.* 38. *de pecul.* De prima sic ait.

Ad L. Deposui. 38. de pecul.

Deposui apud filiumf. decem, et ago depositi de peculio, quamvis nihil patri filius debet et hæc decem teneat, nihilo magis tamen patrem damnandum existimavit, si nullum præterea peculium sit, hanc enim pecuniam cum mea maneat, non esse peculii: denique quolibet agente de peculio, minime dubitandum ait, computari non oportere: itaque ad exhibendum agere me, et exhibitam vindicare debere.

Sciendum est agi de peculio recte etiamsi nullum peculium sit filiif. tempore litis contestatæ, et sequi condemnationem si modo rei judicatæ tempore peculium fuerit, *l. quæsitum, hoc tit.* et si nihil patri filius debeat: nam id quod patri debet filius, minuit peculium ipso jure, id est, singula corpora peculiaria pro rata, vel etiam absumit totum, *l.* 6. *in princ. l.* 8. *in princ. de pec. leg. l.* 30. *de act. empt.* et hujus diminutionis sive deductionis privilegium, quod pater vel dominus habet, præfertur omnibus aliis privilegiis etiam dotis et tutelæ, *l. ex facto, hoc tit. l. si cum dotem,* §. *ult. sol. mat.* Item sciendum est peculium non tantum esse quod pater filio dedit vel concessit, sed etiam quod ipse sua parsimonia paravit, *l. seq.* et in Phormione: *Quod ille uncialim vix de demenso suo suum defraudans genium comparsit miser*, id est, peculium, vel quod alio modo adquisivit etiam inscio patre si modo ubi rescierit passurus est id esse in peculio, *l.* 49. *hoc tit.* et si id pater necesse non habuit ei præstare, *l.* 40. *eod.* Seneca III. de Benef. *Est aliquid, quod dominus præstare servo debeat, ut cibarium, vestiarium.* His cognitis, finge. Deposui apud filiumfam. X. ago depositi cum patre de peculio: nihil patri debet filius, quod peculium minuat, et ea X. tenet, quæ apud eum deposita sunt: nullum autem præterea filii peculium est rei judicandæ tempore: quæritur, an damnandus sit pater, saltem quasi ea decem in peculio sint. Et ait non esse damnandum: nec enim X. in peculio filiifam. sunt, cum non ea sibi adquisierit, sed permanserint in dominio deponentis: imo nec ea possidet civiliter: sed, ut ait Africanus, tenet tantum, id est, possidet naturaliter, *l.* 7. §. *neque, Com. divid.* Tenere est verbum proprium naturalis possessionis, Possidere civilis, Habere utriusque. Incubare etiam utriusque, sed in malam partem pro mala fide possidere, ut in *l. ult. C. ne rei dom n. vel templ. vindic. etc.* incubatio diuturna, et Servio

recte tyrannus, incubator imperii, qui et subsessor, Rex, possessor. Augustinus hom. XXX. *Non erit vox justi possessoris, sed impudentis incubatoris improbitas.* Verius autem est etiam depositarium non possidere naturaliter, quia non sibi possidet sed depositori, et esse tantum in possessione naturali, *l. officium, de rei vind.* Ac non esse ea X. in peculio filiifam. ut solet a notioribus ad ea, quæ minus nota sunt, Africanus sæpe venire, evidentius apparere docet si non is qui deposuit, sed alius agat de peculio ex alia causa: nec enim ea X. peculio imputabit. Itaque inanis quidem est actio de peculio in hac specie, cum nihil sit in peculio, et melius fecerit depositor si egerit cum patre ad exhibendum vel in rem, quia et si X. non teneat pater, sed filius, tamen ejus pecuniæ restituendæ facultatem habeat, quod sufficit ut quis possit conveniri actionibus his, *l. Celsus, ad exh. l. filiif.* §. 1. *de pet. hær.* et mortuo filio vel emancipato erunt perpetuæ: actio de peculio foret annalis: et in eis non uteretur pater privilegio deductionis quo utitur in actione de peculio, *l. si a patre, eod. tit.* denique in hac specie pater non tenetur actione depositi, tenetur ad exhibendum et in rem. Contra filiusfam. tenetur actione depositi in solidum *l.* 1. §. *filiumfam. Depos.* vel si malit actor ad exhibendum et in rem, *l.* 4. *ad exhib.* Dices, dolus patris venit in actionem bonæ fidei de peculio, *l.* 5. §. *pen. Com. l. depositi, l. in bonæ fidei, hoc tit d.* §. *filiumfam.* Inest enim actioni bonæ fidei de peculio hæc clausula, Et si quid dolo malo patris captus fraudatusve siem: cui similis illa apud M. Tullium, *uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve siem.* Ex ea clausula pater damnatur in solidum si quid dolo fecerit: et dolus est non restituere X. actori, quæ restituere potest: ergo damnandus videtur non absolvendus judicio depositi. Dicam eleganter in *d. l. in bonæ fidei*, eam clausulam, adjectionem appellari. Adiectionem scilicet actionis de peculio. Quid vero necesse est eam adjici, si tacite inest? Nihil vero necesse est si competat actio de peculio bonæ fidei. Ceterum si deficiat actio de peculio, ut in hac specie si nullum peculium sit, necesse est eam exprimi, sicut deficiente actione da peculio necesse est exprimi adjectionem de in rem verso, *l. filiusfam. de in rem ver.* alioquin ex ea causa non sequetur condemnatio. De secunda quæstione in hunc modum scribit.

Si nuptura filiofam. dotis nomine certam pecuniam promiserit, et divortio facto agat de dote cum patre, utrumne tota promissione, an deducto eo quod patri filius debeat liberari eam oporteret? respondit, tota promissione eam liberandam esse, cum certe et si ex promissione cum ea ageretur, exceptione doli mali tueri se posset.

Nuptura filiofam. ei dotem certam promisit nec dedit unquam: divortio facto agit de dote cum socero in peculium. Quæ igitur non dedit dotem, agit de dote; quia et si non dedit, promisit tamen, ut scilicet ea promissione liberetur per acceptilationem. Liberatur quidem ea promissione etiamsi non agat de dote, sed si conveniatur ex stipulatu, per exceptionem doli mali quasi dolo faciat qui petit dotem, quam mox ei unde petit restituturus sit, quandoquidem finita est causa dotis dandæ soluto matrimonio, nec jam tempus est dotem dare, sed reddere, non petere, sed repetere potius. Verum potest etiam agere de dote ut ipso jure ea promissione liberetur per acceptilationem. De dote, quia ea promissio dotis loco est. Privilegiaria est actio de dote, sed ei præponitur tamen privilegium deductionis, ut diximus ad quæstionem primam, quod pater habet si quid ei filius debeat. Pone debuisse patri filium aliquid. Obligatio dotis, sive actio ex stipulatu videtur esse in peculio filii: an igitur ex ea deducet quod sibi debetur, et in reliquum dumtaxat liberabit nurum, vel si tantum sit in ære patris quantum in promissione dotis, an in nihilum liberabit nurum? Imo eam liberabit in solidum promissione tota, quia ea obligatio non est efficax, cum si ex ea agatur, possit mulier opponere exceptionem doli mali, et non fit deductio nisi ex his quæ sunt in peculio: non est in peculio, vel in patrimonio meo obligatio, quæ exceptione perpetua elidi et perimi potest, et ut est in regula juris, nihil interest ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem perpetuam infirmetur, quod hic §. liquido comprobat: qua de causa et nullum dicitur esse pignus quod mulier dedit intercedens pro alio, quamvis non sit ipso jure nullum, *l. quia, de rei vind.* et nullam esse causam mittendi in possessionem eum qui exceptione perpetua removeri potest, *l.* 1. §. *proinde, ne vis fiat ei qui in poss.* et non esse eum creditoris loco, *l. creditores, de verb. sign.* Ergo in hac specie tota obligatione liberabitur mulier per acceptilationem, nec in ea pater utetur prærogativa deductionis, quia dotalis est non peculiaris: eademque ratione certis in rebus non utitur deductione, *l. si cum dotem,* §. *ult. sol. matrim.* quia dotales sunt non peculiares, et in *l. circa, de adm. tut.* quia pupillares non peculiares. Dixi, agenti ex stipulatione dotis post divortium obstare exceptionem doli. Atquin nullam obstare argumento est *l. cum post, in prin. de ju. dot.* in qua nisi longo tempore fuisset in possessione prædiorum post divortium, quæ quidem promiserat in dotem, cujus temporis silentium inducit præsumptionem taciti pacti de non petenda dote, utique esset eam petiturus vir post divortium sine metu ullius exceptionis. Sed, ut Græci rectissime adnotant, hoc ita ex

pacto dotem lucrari debuit vir in casum divortii. In hac specie non cedebat dos lucro mariti, alioquin non repelleretur exceptione doli mali. Rursus dixi agere in hoc tantum mulierem ut obligatione liberetur. Atqui videtur ei dotis repetitio esse perinde atque si data foret, quod imputari possit marito cur eam non exegerit, sicut si debitor mulieris ex delegatione dotem promisisset nec exegisset maritus, divortio facto dotem repeteret perinde atque si eam maritus exegisset, et imputaret culpam viro qui dotem non exegit, et debitore lapso facultatibus periculum esset viri non uxoris, *l. si extraneus, de ju. dot.* At hic non debitor mulieris sed ipsa mulier viro suo dotem promisit, et non possit honeste nec probe ei imputare cur ipsam non urserit ad solutionem: cur cum ipsa severius non egerit, nec est æquum maxime in judicio dotis, quod non ex æquo et bono est, sed etiam ex æquiore et meliore, id culpæ vertere actorem reo ex quo ipse lucrum sensit, vel ut ait *l. promittendo, §. ult. de jure dot.* non est æquum damnari maritum uxori dotis nomine quam ipsa debuit, et satis erit eam per acceptilationem liberari, *l. 81. pro soc.* denique non objicitur probe reo officium et benignitas quam in actorem exercuit: eademque ratio intervenit si non ipsa promiserit, sed debitor, et ipsa debitori hæres extiterit, nec maritus ab ea dotem exegerit defuncti nomine: nihil enim refert debuerit eam mulier ab initio an postea, *d. l. promittendo, l. pen. §. ult. sol. mat.* ergo et hic non ultra tenetur vir quam ut eam acceptilatione liberet. Eadem etiam ratio intervenit si debitor mulieris qui viro dotem promisit, mulieri hæres extiterit, et mortua in matrimonio muliere dotem repetat nomine mulieris, quia neque hic possit probe imputare reo id ex quo commodum ad eum rediit, id est quod non se præbuerit erga eum durum et inexorabilem exactorem, *l. nupta, §. 1. sol mat.* atque adeo contentus erit acceptilatione. Quid vero si socer, id est, pater uxoris dotem promiserit, nec eam gener exegerit? et distinguebat Julianus XVI. Digestorum hoc modo. Aut divortio solvitur matrimonium, aut morte mulieris. Si divortio, imputabit viro mulier cur dotem non exegerit a socero. Non possum imputare ei cum quo ago cur a me non exegerit. Possum imputare cur ab alio non exegerit, cur diligens in exigendo non fuerit: probe, ab extraneo. Sed a patre cur non exegerit, cur non præcipitaverit eum ad solutionem, non imputabo probe: et merito reprehenditur Julianus *d. l. si extraneus.* Morte mulieris soluto matrimonio, quo casu socero dotis profectitiæ exactio competit, facile concedebat Julianus eum hoc tantum consequi actione de dote ut obligatione liberetur, non dotem ipsam, *d. l. nupta, §. 1.* quæ est ex Juliani XVI. et certissimum vestigium relatæ ex eodem libro et reprehensæ sententiæ Juliani in *d. l. si extraneus*, et quidem duplex. Primum enim frustra ponit, morte filiæ solutum matrimonium, si non aliud existimat esse dicendum divortio facto: deinde male ponit culpa viri a socero non fuisse exactam dotem: hæc enim benignitas culpæ non vertitur. Et hæc de secunda quæstione sufficiant. Sequitur tertia

Stichus habet in peculio Pamphilum qui est decem: idem Pamphilus debet domino quinque: si agatur de peculio Stichi nomine, placebat æstimari debere pretium Pamphili: et quidem totum, non deducto eo quod domino Pamphilus debet: neminem enim posse intelligi ipsum in suo peculio esse: hoc ergo casu damnum dominum passurum ut pateretur, si cuilibet alii servorum suorum peculium non habenti credidisset: idque ita se habere evidentius appariturum ait, si Sticho peculium legatum esse proponatur: qui certe si ex testamento agat, cogendus non est, ejus quod vicarius suus debet, aliter quam ex peculio ipsius deductionem pati; alioquin futurum, ut si tantumdem vicarius domino debeat, ipse nihil in peculio habere intelligatur: quod certe est absurdum.

Ponitur Stichus habere Pamphilum tantum in peculio. Qui est in peculio vicarius dicitur, id est, servi servus. Omnis vicarius servus, peculiaris est. Non omnis tamen peculiaris, vicarius: ut filiif. servus peculiaris, vicarius non est, et pessime quidam ad servum vicarium referunt *l. 5. §. miles, de suis et leg. hæred.* Qui autem habet servum in peculio, ordinarius dicitur, Dispensator, *l. ideo, de instit. act.* quia vix est dispensator sine vicariis. Est igitur ordinarius dominus vicarii, *l. 17. hoc tit.* id est veluti dominus, sicut peculium est veluti patrimonium servi. Alia sunt in jure naturalia nomina, alia civilia. Peculium est naturale nomen, patrimonium civile. Contubernium naturale, matrimonium civile. Cognatio naturale, Agnatio civile. Veluti dominus, inquam, quia conservus sane est alter alteri. Horatius: *Sive vicarius est qui servo paret, uti mos vester ait, seu conservus:* et alio loco: *Conservus vili portanda locabat in arca.* Nec tamen quod est veluti dominus, id effectu caret: nam si verus dominus utriusque suos servos Titio legaverit, et ordinario peculium cum libertate, vicarius ordinarium sequetur non Titium, *l. suos, infi. de leg. 3. l. servo manumisso, de pec. leg.* et sequuntur inde etiam quæ mox patebunt proposita specie hujus §. Stichus habet in peculio Pamphilum tantum, Pamphilus non habet peculium: is est dignus X. et debet domino quinque ex causa crediti. Agitur cum domino de peculio Stichi. Quæritur an in peculium Stichi computetur Pamphili totum pretium non deductis quinque. Et ait totum

computari : quia nunquam fit deductio ejus quod debet servus nisi ex peculio ipsius servi : atquin peculium is servus non habet , nihil præter suum corpus habet quod sibi in peculio habere nequit : ut enim ego non numeror in patrimonio meo , ita nec servus in peculio suo: nec quisquam ob id solum nihil non habet quod se habeat : quia nec se habet quisquam , nec est dominus sui ipsius : nemo obligatur sibi, sed alteri : nemo seipsum possidet , sed alterum : nemo dominus est sui ipsius : sed alterius. Et consequenter in hac specie , quia non est unde detrahat æs suum dominus quod ei Pamphilus debet , in damno versatur , sicut si alii servo suo non peculiato pecuniam credidisset. Servo non peculiato pecuniam credere perdere est , atque etiam filiofam. peculiato : et ita si Sticho legetur peculium , non deducitur quod Pamphilus debuit , *l.* 17. *et* 18. *hoc tit.* nec enim ex peculio Pamphili fieri deductio , quod quidem nullum habet, potest, neque ex Pamphilo ipso , quia ipse sibi non est in peculio: alioquin si Pamphilus qui dignus est X. ut diximus domino tantundem deberet , inutile esset legatum peculii : quia nihil præter Pamphilum habuisse Stichum in peculio proponitur : et priore casu inutilis esset actio de peculio , quod nullus unquam admittet : et huic similis est quæstio quam idem Africanus tractavit in *l. Stichus* , *de pec. leg.* et nos exposuimus tractatu quinto. Si Pamphilus haberet peculium, id peculium computaretur in peculio Stichi , *d. l.* 17. et ex eo Pamphili peculio detraheretur quod domino Pamphilus debuit. Peculium vicarii est in peculio ordinarii , non e contrario peculium ordinarii in peculio vicarii : ex quo principio sequuntur multa. Primum, qui egit de peculio ordinarii postea si agat de peculio vicarii , repellitur exceptione rei judicatæ : qui egit de peculio vicarii , et separatus est , postea non prohibetur agere de peculio ordinarii , *l.* 19. *in princ. hoc tit.* Ac deinde ex peculio vicarii deducitur quod ordinarius domino debet , quia quod ex peculio vicarii deducitur , ex peculio ordinarii deducitur : ex peculio ordinarii non deducitur quod vicarius domino debet , sed ex peculio vicarii tantum , quia peculium ordinarii non est in peculio vicarii , ut patrimonium meum non est in peculio servi mei. Item si de peculio vicarii agatur , vel si legetur peculium vicarii , deducitur quod vicarius debet ordinario. Si de peculio ordinarii agatur , vel si legetur peculium ordinarii , non deducitur quod ordinarius debet vicario, quia id est in peculio vicarii , et in peculio ordinarii igitur. Quod ordinarius debet vicario, auget peculium vicarii. Quod vicarius debet ordinario , minuit peculium vicarii, *d. l.* 17. *l. id quod, de pec. leg.* Et quod dicitur in actione de peculio , deduci id quod domino servus vel conservo debet , intellige conservo ordinario, non conservo vicario. Sequitur quæstio quarta , cujus tractatus non minus subtilis , quam superiorum , ut omnia de peculio etiam scripta ab aliis non possint non esse subtilia.

Servo quem tibi vendideram, pecuniam credidi : quæsitum est , an ita mihi in te actio de peculio dari debeat , ut deducatur id quod apud me ex ea re manserit ? quod quidem minime verum est : nec intererit intra annum , quam vendiderim, an postea experiar : nam nec ceteris quidem, qui tunc cum eo contraxerint , in me actio datur: in contrarium quoque agentibus mecum his, qui antea cum eo servo contraxissent, non deducam id quod postea mihi debere cœperit : ex quo apparet onus ejus peculii , quodquod apud me remanserit, ad posterioris temporis contractus pertinere non debere.

Sciendum est, actionem de peculio quandiu servus est in potestate esse perpetuam. Si venditione transierit in potestatem emptoris sine peculio, in priorem dominum, id est, in venditorem esse annalem ; et merito : quia alienatione peculium extinguitur , si servus veneat sine peculio : adimitur enim : et debuisset igitur etiam extingui actio de peculio, sed prætori æquum visum est adhuc de peculio actionem dare intra annum utilem , tametsi nullum sit peculium apud venditorem , fictitiam actionem , ac si esset quod fuit. Proinde de peculio extincto est actio annua, de peculio durante adhuc , perpetua. Sit igitur hæc conclusio : venditorem servi teneri de peculio intra annum. Hæc ita procedit , si vendiderit sine peculio : nam si cum peculio , nullo modo venditor tenetur nisi nominatim pretium pro peculio acceperit , *l. si ex duobus*, §. *ult. et seq. hoc tit. l.* 1. §. *in alienatione, tit. seq.* Hæc conclusio rursus ita procedit, si venditor conveniatur ex negotiis contractis cum servo ante venditionem: ex his creditoribus servi tenetur de peculio intra annum , atque etiam emptori ipsi, dummodo computet quod peculii apud se habet , puta quod servus apud eum acquisivit , *l. et ancillarum*, §. *in venditorem* , *l. si noxali*, §. *pen. l. quoties* , §. *non tantum, hoc tit.* atque ita fit ut dominus qui solet conveniri de peculio agat de peculio , sed fictitio , quod non est apud se , sed apud venditorem. Ex contractibus autem cum servo habitis post venditionem venditor nullo modo tenetur : et hoc est , quod generaliter definitur in hoc §. onus peculii , quod est apud venditorem ad prioris , non ad posterioris temporis contractus pertinere, nempe venditorem teneri ex antegesto , non ex postgesto , venditorem teneri his, qui cum servo contraxerunt ante, non post venditionem. Nunc finge conveniri jure venditorem intra annum actione de

peculio. Quæro an deducat quod servo credidit? Et distinguendum est. Aut credidit ante venditionem, aut post venditionem. Si ante venditionem, poterit deducere quod ei credidit, quia et si nunc id non domino debet, initio tamen domino debuit, nec tamen agit ejus pecuniæ nomine actione de peculio in emptorem, *l. et ancillarum*, §. *sed et ipsi, et* §. *sicut, hoc tit.* atque ita habebit deductionem, actionem non habebit: quia quæ ab initio non est nata, postea nasci non potest, *l. servi, de furt. l.* 2. *quod jussu.* Credenti domino pecuniam servo ab initio nulla nata est actio. Alii creditores qui cum eo servo contraxerunt ante venditionem recte agent in emptorem de peculio, et quidem perpetuo, quia et hæc eis actio competere cœpit ante venditionem, et deducet emptor quod ei servo crediderit ante vel post venditionem, *d. l. et ancillarum, si servus, l. si cred.* §. *si servum, in fi. eod.* Denique vel agent in venditorem annua actione, vel in emptorem perpetua. Quod si venditor servo vendito post venditionem crediderit, conventus intra annum de peculio, id non deducit, quia id servus non dominio debet, et non debuit ei cum in ejus domino esset, *l. quotiens*, §. *pen. hoc tit.* agit tamen in emptorem de peculio: atque ita evenit ut qui habet actionem, non habeat deductionem. Et in summa, hac in re tres sunt differentiæ inter emptorem et venditorem: Venditori ex antegesto non est cum emptore actio de peculio, emptori cum venditore ex antegesto est actio de peculio. Alio agente de peculio venditori non est deductio ex postgesto, id est, ejus quod post venditionem servo credidit: emptori est ex postgesto et ex antegesto. In venditorem est actio de peculio intra annum ex antegesto, non ex postgesto. In emptorem est actio de peculio perpetua ex utroque gesto, si alii creditores agant, non si venditor agat ex antegesto. Sed jam tempus est ut enarremus quæstionem et speciem hoc loco propositam. Vendidi et tradidi tibi servum retento peculio: post venditionem ei credidi certam pecuniam: ago in te de peculio: an cogor deducere id quod credidi ex eo peculio quod retinui? Minime: quia id tantum deducitur quod servus domino debet aut debuit: hoc neque domino debet neque debuit: idemque erit si agam in te de peculio intra annum quam vendidi eadem ratione, quia credidi post venditionem. Ex negotio contracto cum servo post venditionem non teneor aliis annali actione de peculio. Cujus ergo peculii non cogor pacti actionem, nec diminutionem pati debeo, quam paterer si compensarem quod mihi is servus debet. Ex negotio contracto ante venditionem teneor annali actione, et utor deductione ejus quod credidi ante, non ejus quod credidi postea, quia nec dominus eram cum credidi nec postea dominus esse cœpi. Deductione utitur is tantum qui dominus est vel fuit. Unus solummodo casus est quo deductione utitur qui dominus numquam fuit, Si servo pure legato per vindicationem aut manumisso hæres conveniatur annali actione: deducet enim quod credidit servo vivo domino vel mortuo domino ante aditam hæreditatem, licet dominus servi nunquam fuerit: nam quo momento hæres extitit, et ille factus est legatarii vel raptus est in libertatem: et qui hoc scribunt non alia ratione utuntur quam auctoritate Juliani *l.* 9. §. *sed et creditor, hoc tit. l.* 8. *in princ. de pec. leg.* Ex Juliani sententia hæres est loco domini his qui per aditionem ejus vel dominum mutuant vel libertatem adipiscuntur, et utitur Julianus hoc argumento ad defensionem suæ sententiæ, ut ait *d. l.* 9. Indigebat defensione, multis scilicet eam impugnantibus. Si post mortem servi cui pecuniam credideram, domino hæres extiterim intra annum, et conveniar de peculio, constat me deducere quod is mihi servus debuit: et is tamen nunquam fuit in dominio meo. Cur non utar eadem deductione servo pure legato aut manumisso? Nunc transeamus ad *l.* 17. *de in rem ver.* in qua de actione de in rem verso duas quæstiones proponit Africanus. De priore ita definit.

Ad L. Servus 17. de in rem ver.

Servus in rem domini pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdidit: nihilominus posse cum domino de in rem verso agi existimavit: nam et si procurator meus in negotia mea impensurus, pecuniam mutuatus, sine culpa eam perdiderat, recte eum hoc nomine mandati, vel negotiorum gestorum acturum.

Non tantum de peculio tenetur pater vel dominus ex persona filiifam. vel servi, sed etiam de in rem verso, id est, de eo quo locupletior factus est dominus ex contractu servi, nam, ut eleganter Pomponius dicebat, actione de in rem verso creditori servi subvenitur adversus lucrum domini, *l.* 10. §. *si domini, hoc tit.* Ceterum lucrum vel in rem versum non æstimamus ex eventu, *d. l.* 19. *in princ. et* §. *ult.* sed ex consilio servi: nec enim tam exigimus ut lucrum fecerit dominus ex negotio servi, quam ut negotium illud domino gerere servus voluerit, et caverit se accipere in rem domini, et recte Paulus 11. *Sent.* servo pecuniam acceptam convertente in rem domini ita demum obligari dominum de in rem verso, si ob eam causam pecunia data sit. Ergo exigimus etiam ut sciat creditor eam pecuniam sumi, imo et consumi in rem domini, *l.* 2. §. *sed si accepit, hoc tit.* Videamus an eadem sit ratio procuratoris. Sæpe fit in

hoc titulo comparatio procuratoris cum servo qui quod accepit ex negotio contracto cum alio convertit in rem domini, ut in hac ipsa lege, et *l.* 3. §. *et generaliter*, *et* §. *sed si mutua*, *sup.* nam servus qui quid gerit in rem domini veluti procurator est, et sicut procurator id agit ut ex ea causa sibi dominum obliget. An fiet etiam in hac causa? fiet quidem sed contraria ratione: neque enim idem in procuratore hac in re admittemus quod in filiofam. aut servo. Si quis procuratori crediderit in rem domini secutus mandatum quod procuratori dederat, ei dominus tenetur neg. gestorum actione vel condictione, *l.* 13. *C. si cert. pet.* *l.* 6. §. 1. *de neg. gest.* licet pecuniam in rem ejus versa non sit, *l. liberto*, *eod.* Non idem erit si administratori rerum civitatis vel ecclesiæ pecunia credita sit contemplatione civitatis vel ecclesiæ: nec enim tenetur aliter civitas vel ecclesia quam si versa sit in ejus utilitatem, ut diximus, *l. ult. supra*, *de exercit. act.* Non idem si filiofam. aut servo contemplatione patris vel domini: nec enim debuit creditor temere credere filiofam. aut servo, sed hanc curam suscipere imprimis, an pecuniam in rem patris vel domini eroganda esset. Item si procuratori non contemplatione domini pecunia credita sit, constat dominum teneri si ratum contractum habuerit, vel si in rem ejus conversa pecunia fuerit, *l.* 7. *in fi.* *C. quod cum eo*, *etc.* idemque censeo si administratori rerum civitatis vel ecclesiæ pecunia credita sit: quod in filiofam. et servo longe aliter se habet: nec enim si filiofam. credatur non contemplatione patris, ut cavetur SC. Macedoniano, ulla actio est in filiumfam. vel patrem etiamsi in rem patris casu quodam pecunia conversa sit, *l. pen. C. ad Maced.* (dico, casu quodam, propter *l.* 7. §. *proinde*, *ad Maced.*) nec item si servo, quia non debuisti servulo temere credere non accipienti in rem domini, nec lucrum domini aut in rem versum æstimatur ex eventu solo, ut initio diximus: quod et in civitate locum habet si his personis crediderit, *l. nihil*, *ad Maced.* et in ecclesia igitur. At præterea sciendum est, de in rem verso actionem inesse actioni de peculio tacite si competat actio de peculio: si deficiat, necesse esse adjectionem vel actionem exprimi de in rem verso, *l. filiusfam. in fi. hoc. tit.* Post mortem vel manumissionem vel alienationem servi actio de peculio est annalis. Finge annum præteriisse, finita est actio de peculio: finitur etiam ademptione peculii: superest autem de in rem verso, quia perpetua actio est, *l.* 1. *hoc tit.* Nec moveor, si quis dicat, quod est verissimum, id quod est versum in rem domini, esse in peculio servi, quia scilicet id servo dominus debet. Cur igitur finito peculio et peculii actione, non finitur etiam actio de in rem verso? Dicam enim esse quidem in peculio servi id quod servus vertit in rem domini, sed ut differentia est inter peculium et mercem peculiarem, *l.* 1. §. *peculiarem*, *de trib. act.* inter peculium et servum peculiarem, *l.* 1. *et* 4. *de pecul. leg.* ita et inter peculium et in rem versum, quamvis et hoc ipsum in peculio sit. Quod si finita non sit actio de peculio, inest ei actio de in rem verso, id est, qui agit de peculio, agit etiam de in rem verso, *l.* 2. *tit. prox. supra*: quia id quod versum est in rem domini, dominus debet servo, et computatur in peculio servi, et tum necesse non est exprimi adjectionem de in rem verso. Exprimitur ergo ob id solum quod deficere potest actio de peculio, vel quia ex utraque causa condemnationem fieri oportet: et ita *l. prox. supra*, proponitur agi de peculio, aut quod in rem versum est, et *l.* 2. §. *apud Julianum*, *de hær. vend.* et in secunda quæstione hujus legis, agi de peculio simul et de in rem verso, et §. *præterea*, *Inst. quod cum eo*, *etc.* unam esse actionem qua de peculio deque eo quod in rem domino versum sit agitur. Sic *l.* 13. *et* 14. *hoc tit.* in illa quæstione, si in rem unius ex dominis servi communis versum sit, an alter conveniri possit de in rem verso, distinguitur, utrum cum eo in cujus rem versum non est sit actio de peculio, an non sit: nam si sit de peculio, ut si peculium non ademerit, id est, si commune peculium fuerit non alterius solius proprium, est et de in rem verso: nam id quod versum est in rem socii, est in peculio servi, sed quod ea ratione præstiterit, id consequetur ab altero actione pro socio vel communi dividundo, ut diximus. *l.* 9. *Cum. divid.* Si non sit cum eo actio de peculio, ut si ipse peculium servo ademerit, atque ita peculium quod servus habet proprium sit alterius in cujus rem versum est, *l. quis ergo*, *de pecul.* hoc casu non est actio de in rem verso cum altero in cujus rem versum non est: et legendum in *d.* *l.* 14. Quid enim dicemus si peculium servo ab altero ademptum non fuerit? Et inde recte colligit Paulus quæstioni propositæ in *l.* 13. locum esse si de peculio cum altero agi non possit, quia scilicet si agi potest de peculio, et de in rem verso igitur. Illud quoque notandum est, teneri dominum de in rem verso etiamsi non duret versum, ut si frumentum a servo emptum ad alendam familiam domini et in horreo repositum perierit, vel si servum domino necessarium emerit, et is suo fato perierit, vel si insulam domini fulserit, et ea ruerit, *l.* 3. §. *necnon*, *et seq. hoc tit.* Idem erit, ut ponitur initio hujus legis, si pecuniam mutuatus in rem domini eam sine culpa sua perdiderit, veluti casu majore quodam. Lucrum aut damnum non notatur ex eventu. Id vero confirmat Africanus

exemplo procuratoris: nam procuratori datur actio mandati vel neg. gestorum, etiamsi pecuniam sine vitio suo perdiderit quam mutuatus est in rem domini, *l. sed an ultro* §. 1. *l. sive hæreditaria*, *de neg. gestis*. Et ait, mandati vel negotiorum gestorum, ut *l.* 51. *de ædil. edict.* quia utroque loco procuratorem accipit generaliter etiam pro voluntario. Sed huic definitioni obstare videtur *l.* 10. §. *versum hoc tit.* quæ versum sic accipi in hoc titulo ait ut duret versum: quod tamen ita mox explicat, et ita demum si non sit a domino servo solutum: nam si id quod servus verterat in rem domini, dominus, solverit servo vel pro servo alteri agenti de peculio, desinit esse versum, *l.* 1. §. *ult. hoc tit.* item si postea servus domino tantumdem debere cœperit, desinit esse versum, *l.* 10. §. *si domini hoc tit.* et his casibus cessat actio de in rem verso, non superioribus, quibus non videtur durare versum, et durat tamen usque in extremum fati casusve majoris diem: non possit quidquam durare semper: durat versum satis quod durat in extremam usque fortunam. Non durat versum quod manet nec perit, et facto domini vel negotiatione mutua domini et servi abscedit re domini, vel quod vitio servi perit aut deperditur. Sequitur quæstio posterior.

Cum Sticho vicario servi tui Pamphili contraxi: actio de peculio et in rem verso ita dari debet, ut quod vel in tuam ipsius rem, vel in peculium Pamphili versum sit, comprehendatur, scilicet etiam si mortuo vel alienato Sticho agatur: quod si Pamphilo mortuo agam, magis, est ut quamvis Stichus vivat, tamen de eo quod in peculio Pamphili versum est, non nisi intra annum quam is decessit, actio dari debeat: etenim quodammodo de peculio Pamphili tum experiri videbor, sicut si quod jussu ejus credidissem, experirer: nec nos movere debet, quod Stichus de cujus peculio agitur, vivat: quando non aliter ea res in peculio ejus esse potest, quam si peculium Pamphili maneat: eadem ratio efficiet, ut id quod in peculio Pamphili versum sit ita præstari debere dicamus, ut prius ejus, quod tibi Pamphilus debuerit, deductio fiat, quod vero in tuam rem versum fuerit, præstetur etiam non deducto eo, quod Pamphilus tibi debet.

Sciendum est actionem de peculio vivo servo esse perpetuam, mortuo annalem: actionem de in rem verso esse perpetuam tam mortuo quam vivo servo, *l.* 2. *tit. prox. sup.* Est et altera differentia quæ in hoc §. proponitur. In actione de peculio, et in rem verso ex persona ordinarii servi, deducit dominus id quod sibi ordinarius servus debet, quia eo scilicet minuitur peculium, atque etiam versum jure compensationis, *l.* 10. §. *idem quærit, hoc tit.* atque ita non deducit id dominus, sed deducitur potius et detrahitur peculio aut verso ipso jure. At non deducitur quod vicario ordinarius debet: ergo nec quod versum est in peculium ordinarii ex contractu vicarii: nam id quoque vicario ordinarius debet. Computabitur ergo in peculio vicarii, et consequenter in peculio ordinarii: nam ut vicarius, ita peculium vicarii est in peculio ordinarii, *l.* 7. §. *in peculio*, *l.* 17. *de pecul.* Item non deducitur quod communi domino vicarius debet: quia etsi in peculio ordinarii sit peculium vicarii, tamen actio de peculio ordinarii non est de peculio vicarii, quia peculium ordinarii non est vicarii. Id igitur quod vicarius debet, deduci oportet ex peculio vicarii instituta actione de peculio vicarii, si peculium habeat, vel si nullum habeat, dominus in damno versatur, *l.* 38. §. *pen. de pecul.* In actione autem de peculio ex persona vicarii, deducitur non tantum quod sibi vel ordinario vicarius debet, ut diximus *d.* §. *pen.* sed etiam quod sibi ordinarius debet, quia videtur actio de peculio vicarii, ut African. ait hoc loco, quodammodo esse de peculio ordinarii, propterea quod peculium vicarii est ordinarii. In actione autem de in rem verso ex persona vicarii, non deducitur id quod domino ordinarius debet, quia ob id quod ordinarius debet domino, non ideo minus domino debet vicario, id est, non ideo minus durat versum nec compensare dominus conventus ex persona vicarii potest quod alius sibi quam vicarius debet. Illud etiam memoria repetendum est quod diximus initio hujus legis, unam esse actionem de peculio et in rem verso: de peculio principalem intentionem esse, de in rem verso adjectionem: quæ tamen necessaria est, et transit in proprium nomen actionis, cum post mortem servi actio de peculio finitur anno, *l.* 1. *l. filiusf. hoc tit.* et ita hoc loco ex persona servi vicarii proponitur actum de peculio vicarii et in rem verso. Dico ex persona servi et de peculio servi vicarii: id enim evidenter exprimitur illo loco, Quod Stichus (is est vicarius) de cujus peculio agitur. Et omnino ita est ponenda species. Ex contractu servi vicarii cum domino agitur de peculio vicarii et de in rem verso: vicarius mortuus est, et annus excessit. Quæritur an actori obstet annua exceptio. Et ait, non obstare hanc exceptionem, et in hanc actionem venire quod versum est in rem domini, et quod versum est in peculium quasi domini, id est, servi ordinarii. Et quod attinet ad id quod versum est in rem domini, constat ad id non pertinere annuam exceptionem; *l.* 2. *sup. tit. prox.* et non deducere ex eo dominum quod sibi ordinarius debet. Quod attinet ad id quod versum est in peculium ordinarii, posset dubitari

propterea quod mortuus est vicarius. Sed placet ad id etiam annuam exceptionem non pertinere, quoniam actio de peculio vicarii quodammodo est de peculio ordinarii, et ordinarius non est mortuus, atque adeo deducet ex eo dominus quod sibi ordinarius debet. Quid dicemus e contrario si mortuus sit ordinarius, vicarius vivat nec sit alienatus, aut manumissus, utrum de eo quod versum est in peculium ordinarii agi potest perpetuo, an intra annum? Et ait agi posse intra annum tantum, eadem ratione, quia quodammodo videtur agi de peculio ordinarii qui mortuus est: et ita si agatur de eo quod jussu ordinarii vicario creditus est, quia videtur agi de peculio ordinarii, mortuo ordinario, actio finietur anno. Nec potest dici id quod versum est in peculium ordinarii, mortuo ordinario, venire in actionem de peculio vicarii superstitis, etiam post annum quam decessit ordinarius, quasi scilicet in peculio vicarii sit quod debuit vicario ordinarius ob id quod in rem ejus vicarius: nam morte ordinarii desiit esse peculium ordinarii, et vicarii igitur: quia hæredem non habet. Morte domini, non desinit esse patrimonium domini, nec peculium servi quod vivus ei concessit, quia hæredem habet, a quo sustinetur utrumque. Et ait. Non aliter ea res in peculio ejus, id est, vicarii. Et Joannes recte quod Acc. non notavit, sed ex Joanne in antiquis libris adnotatum invenitur. Hoc, inquit, quod versum est in peculium Pamphili debet Pamphilus Sticho ut alius dominus servo. Cum ergo jam non debeat Pamphilus hoc debitum, jam quasi inefficax in Stichi peculio non computabitur. Sequitur brevis et facillima sententia Africani in *l.* 20. *ad Vell.*

Ad L. si pro uno 20. *ad Vellejan.*

Si pro uno reo intercessit mulier, adversus utrumque restituitur actio creditori.

Quia restitui actionem ait, intercesserat igitur mulier novandi animo, alioquin non restitueretur actio, sed vel institueretur si novam obligationem mulier recepisset, vel daretur eadem quæ fuisset in reum principalem semper si ejus obligationem participasset. Si igitur pro uno reo debendi intercessit mulier, id est si expromisit vel si judicium suscepit quasi defenstrix, utrumque reum liberavit, ac proinde rescissa intercessione mulieris in utrumque est actio utilis restitutoria creditori. Sequuntur duæ quæstiones in *l.* 34. *Mand.* De priore disputat in hunc modum.

Ad L. qui negotia 34. *mand.*

Qui negotia Lucii Titii procurabat, is cum a debitoribus ejus pecuniam exegisset, epistolam ad eum misit, quæ significaret, certam summam ex administratione apud se esse, eamque creditam sibi se debiturum cum usuris semissibus: quæsitum est an ex ea causa credita pecunia peti possit: et an usuræ peti possint: respondit, non esse creditam: alioquin dicendum, ex omni contractu nuda pactione pecuniam creditam fieri posse: nec huic simile esse, quod si pecuniam apud te depositam convenerit ut creditam habeas, credita fiat: quia tunc nummi qui mei erant, tui fiunt: item quod si a debitore meo jussero te accipere pecuniam, credita fiat: id enim benigne receptum est: his argumentum esse eum, qui cum mutuam pecuniam dare vellet, argentum vendendum dedisset: nihil magis pecuniam creditam recte petituram: et tamen pecuniam ex argento redactam, periculo ejus fore qui accepisset argentum: et in proposito igitur dicendum, actione mandati obligatum fore procuratorem: ut quamvis ipsius periculo nummi fuerint, tamen usuras de quibus convenerit, præstare debeat.

Procurator meus cum a debitoribus meis pecuniam exegisset, per epistolam mihi significavit, se eam debere ex causa mandati, et rogavit ut eam mihi deberet in posterum ex causa crediti sub usuris semissibus. Ea epistola pro conventione sive pactione nuda est si ego non dissensero: silentium enim meum habebitur pro consensu: atque ita epistola cui consentit is ad quem mittitur pro pacto est, ut in *l.* 15. *de fun. dot.* et constat pacta recte fieri per epistolam, *l.* 2. *de pact.* et vero epistolam in hac specie pro conventione esse illa verba declarant in fine, Usuras de quibus convenerit. Ergo pactione nuda, veluti epistola, id actum est inter me et te, ut pecuniam quam mihi debes ex causa mandati, debeas ex causa crediti cum usuris semissibus. Inter hanc et illam causam multum interest. Illa est bonæ fidei, hæc stricti juris. In illa usuræ veniunt ex pacto interposito initio nascendæ actionis, cautionis, obligationis, *l. Lucius, in fi. l. Publia*, §. 1. *Depos. l. cum quidam*, §. *ex locato, de usur. l. initio, C. de pact. inter empt. et vend.* In hac usuræ non veniunt ex pacto nisi sint in stipulationem deductæ, *l. idemque*, §. *si Titio, mand. l.* 10. §. *sed utrum de in rem ver. l. Titius, de præscrip. ver. l. quamvis, C. de usur.* In illa periculum non pertinet ad debitorem si forte sine culpa sua procurator pecuniam perdiderit casu majore quodam, nisi ex pacto, *l. et Aristoni, mand.* In hac periculum pertinet ad debitorem etiam sine pacto. Quæritur primum an ea pactione causa mandati sit conversa in causam crediti. Et ait non esse creditam, et deberi eam ex causa mandati, non ex causa crediti. Rursus quæritur, an ex ea pactione tamen

usuræ semisses peti possint? Et significat in fine, peti eas posse actione mandati, quæ si credita esset pecunia non peterentur ex pacto condictione, Si certum petetur. Item quæritur an ex eodem pacto periculum ejus pecuniæ pertineat ad procuratorem ? hanc quidem quæstionem non proponit, sed definit tamen etiam in fine periculum esse procuratoris, perinde ac si credita pecunia esset, quod pacto agebatur, ac per hoc id etiam agebatur ut periculum esset procuratoris, quod tamen in causa mandati nisi ita convenisset pertineret ad dominum non ad procuratorem: proinde ex mandato debitæ pecuniæ periculum non est procuratoris nisi aliud convenerit. Ex mutuo autem debitæ pecuniæ periculum est debitoris, nisi aliud convenerit. Pactio igitur de qua agitur in hac specie quod ad usuras semisses et quod ad periculi causam attinet inutilis non est, sed quod ad sortis obligationem tantum, quam commutare pactio non potest: quod Africanus probat argumento ab absurdo in hunc modum. Si pecunia quam mihi debes ex causa mandati pactione nuda converti potest in causam crediti, et ex qualibet alia causa sive contractu debita pecunia nuda pactione credita fiet: hoc autem est absurdum: ergo et illud. Absurda nimium hæc regula est. Creditum nuda pactione contrahi: quia pactione nuda non transfertur dominium, et non est creditum nisi transferatur dominium: denique creditum fit re, id est datione, numeratione, alienatione dominii, non pactione nuda. Nec satis habet Africanus ita definire, sed respondet etiam duobus argumentis a simili quæ in contrarium adferuntur. Unum est hujusmodi. Si nummi quos mihi debes ex causa depositi crediti fiunt, modo convenerit inter nos ut crediti fierent, *l.* 5. §. *ult. de reb. cred.* fient etiam crediti quos mihi debes ex causa mandati si ita convenerit inter me et te. Cui ita respondet ut in *l. cum quis,* §. *de peculio, de solut.* non esse simile quod in eo argumento adsumitur, sed magis dissimile. Nummos mihi debitos ex causa depositi esse meos: nummos mihi debitos ex causa mandati non esse meos. Meis me nummis facilius mutuum contrahære quam nummis non meis: fictionem brevis manus facilius admitti in nummis meis quam in nummis non meis. Alterum argumentum est hujusmodi. Si nummi crediti fiunt quos debitorem meum ex causa mandati vel ex alia causa jussi solvere alii cui eos credere volebam, fient etiam crediti quos debitorem meum ex causa mandati volui sibiipsi quodammodo solvere et retinere jure crediti. Cui ita respondet, esse quidem persimile id quod in hoc argumento adsumitur, sed in eo casu id esse benigne receptum. Et quod est benigne receptum, id est, contra rationem juris, non posse produci ad alium casum. Communia jura produci ad similia. Singularia non produci. Benigna recepta, singularia recepta strictius accipi *l.* 23. §. *pen. de fid. lib.* Sic Flor. scriptum est recte in *l.* 15. *de reb. cred.* non singularia præcepta: et ita quoque in Basilicis, ἐπὶ τοῦ δανείου τινὰ παρὰ τὴν ἀκρίβειαν καὶ παρὰ κανόνας ἐδέχθησαν. Denique quod non est receptum, non est recipiendum, si aberret a jure communi, etiamsi sit receptum in simili casu: et licet usurpare quod idem Africanus pari religione conservandi juris ususque communis in *l. pen. de reb. cred.* Non sicut illud receptum est, ita hoc quoque receptum est. Et quod dicitur ubi est eadem ratio, et idem jus, sic accipere, ubi est vera ratio eadem, non ubi ficta: ac proinde quo figmento, pigmento, colore defendimus creditam pecuniam fieri si tibi debitorem meum jussero, dare pecuniam, non defendimus etiam creditam si te debitorem meum jussero aut consensero pecuniam mihi ex mandati causa debitam retinere crediti nomine. Persequamur reliqua. Africanus probavit, pecuniam non fieri creditam argumento ab absurdo: et refutavit argumenta duo sumpta a simili quæ suam sententiam impugnabant. Nunc quæ non valuere argumenta a simili in adversariorum causa, eis ipse utitur in sua ad defensionem suæ sententiæ. Dedi tibi rem vendendam eo pacto ut pecunia ex venditione redacta utereris quasi credita: vendidisti et redegisti pecuniam: pecunia nondum est mea, nec fit credita ex pacto: non fiet igitur credita si debitam ex causa mandati, quæ etiam non est mea, placuerit converti in causam crediti. Verum quia pacto fieri potest ut pecunia ex venditione redacta quæ non esset periculo ejus qui rem vendendam suscepit, sit ejus periculo, et cum id agitur ut credita fiat, et hoc agitur tacite ut sit periculo ejus qui rem vendendam accipit, licet credita ex eo pacto non fiat, erit tamen ex eo pacto periculo ejus: nec per omnia inutile pactum erit: et ita in specie proposita Africanus concludit, ex pacto pecuniam creditam non fieri, et peti eam actione mandati non condictione, ex pacto tamen periculum adscribi procuratori perinde ac si credita esset licet non sit credita, ex pacto usuras ei semisses, de quibus convenit, infligi: quæ non venirent in condictionem creditæ pecuniæ, quod interpres juris nescio quis non intelligens, audet in fide hujus quæstionis negationem apponere, et legere, præstare non debeat: licet igitur ex pacto nummi sint periculo procuratoris, ut nummi crediti: tamen usuras ex pacto præstare debet, ut nummorum debitorum bonæ fidei judicio, non etiam ut debitorum ex causa crediti non debet usuras præstare de quibus pactus est cum domino. Nunc vi-

deamus ut pugnaverit cum Africano Ulpianus non in priori specie tantum si convenerit pecunia debita ex causa mandati credita fiat, sed etiam in posteriori si convenerit pecunia ex venditione redacta credita fiat. In utraque Africanus negat contrahi mutuum, Ulpianus contrahi putat eodem libro, nempe XXXI. ad edictum, *l.* 15. *de reb. cred. et l. rogasti, de præsc. verb.* quod et ex alio libro in posteriore specie repetitur *l. rogasti, de reb. cred.* Sed de priori videamus quemadmodum tractet Ulpianus in *d. l.* 15. Fatetur primum quod Africanus scripsit id esse benigne receptum circa pecuniam creditam, ut si tibi cui credere volebam debitorem meum jussero dari pecuniam et dederit, debitor liberetur, et tu obligeris mihi ex causa crediti quamvis nummos meos non acceperis: quod benignum et singulare receptum sustinetur fictione quadam, quæ brevis manus dicitur, *l. licet,* §. 1. *de ju. dot.* fingitur enim ea pecunia mihi a debitore soluta, et mox a me tibi data crediti nomine: et eleganter *l.* 3. §. *sed si debitorem, de don. inter vir. et uxor.* celeritate conjungendarum inter se actionum, id est dum quod agimus acceleramus, unam sæpe actionem occultari, et quodammodo subripi. Eandem fictionem scit Ulp. non esse quidem receptam, si debitorem meum ex causa mandati voluero nummos retinere quasi creditos, sed putat esse recipiendam multo magis: et rem Africanum nimis ad vivum resecare: nam si in duabus personis recipitur, cur non recipitur etiam in una eademque persona? Si L. Titium debitorem meum jussero dare pecuniam G. Sejo receptum est creditam fieri. Ergo si debitorem meum jussero sibi ipsi retinere pecuniam quasi creditam, recipiendum est creditam fieri. Si isto casu hoc esset receptum, faterer non esse recipiendum illo. Sed si illo est receptum, quo id erat longe receptum difficilius et improbabilius, et isto recipiendum videtur. Argumentatur a minus probabili ad magis probabile. Si quod est minus probabile est receptum, et recipiendum igitur quod est magis probabile. Si per alium possum pecuniam non meam tibi credere, et per teipsum igitur etiam tuam, nulla alia interposita persona. Quinimo facilior fictio breviorque manus ibi est ubi una tantum est manus, et tu scilicet videaris mihi solvisse et protinus a me accepisse. Denique si ab alio mihi debitos nummos accipias mea voluntate, meos videris accipere, et facilius si a te ipso debitos nummos accipias a te ipso mea voluntate: facilius enim est a seipso accipere quam ab alio, sicut facilius est a seipso exigere quam ab alio, *l.* 6. §. *ult. de neg. gest.* Et secundum hæc quod dixerat Africanus, benigne recepta non esse producenda ad consequentias, ei Ulpianus, qui post eum scripsit, ita respondet, non esse quidem producenda ad ea quæ minus sunt probabilia, sed produci posse ad ea quæ sunt verisimilia et probabilia magis. Probabilius esse fictionem induci in una persona quam in duabus. Et breviter audentior est Ulpianus, qui quod uno casu est receptum vult recipi etiam altero, Africanus religiosior juris. Hic sententiam juris proponit, ille opinionem suam nondum receptam, quam recipi, increscere, et invalescere cupit, ut de sententia quadam Sabini ait, *l. quæsitum*, §. *sed si fundum. de instr. vel inst. leg.* Crescit jus paulatim, *l. fideicommissa*, §. *si rem suam, de leg.* 3. et vero crevit etiam hac in re, ut Ulpianus voluit. Prævalet enim sententia Ulpiani, quæ et ex contrario confirmari potest, *l. si ex pretio, C. si cert. pet.* quæ si abesset simulatio demonstrat pecuniam debitam ex causa venditionis nuda pactione in causam crediti converti: unde generaliter possis constituere, hodie ex quolibet contractu nuda pactione creditam pecuniam fieri posse admissa in omnibus fictione brevis manus: et recte Fulgosius et Molinæus censent nullam etiam esse quærendam rationem componendi discidii inter Ulpianum et Africanum. Quam dant interpretes, quis probaverit? Hoc loco, inquiunt, pecunia debita ex causa mandati consumpta erat. In *d. l.* 15. extabat: primum hoc neuter Jurisconsultus spectat, extet, an consumpta sit pecunia: quod si spectandum foret, si in eo cardo rei verteretur, sane non prætermisissent: deinde etiamsi consumpta sit pecunia, non tamen est consumpta obligatio pecuniæ, obligatio mandati, de qua agitur an converti possit in crediti obligationem. Satis est si maneat res qua de agitur, licet pecunia consumpta sit: ac postremo si consumpta pecunia non sit credita, et extans multo minus. Solet enim consumptio bona fide facta conciliare mutuum quod extante pecunia consistere non poterat, *l.* 9. §. *ult. l.* 11. *l.* 12. *de reb. cred.* Idem vero discidium fuit, ut dixi ante, inter Ulpianum et Africanum in alia specie. Dedi tibi rem vendendam ut pretio utereris quasi credito: vendidisti et redegisti pecuniam, et vis ea uti quasi credita. Africanus non esse creditam Ulpianus autem putat esse creditam, *l. rogasti, de reb. cred.* quod et ex contrario significat, *l. rogasti, de præscript. ver.* nam si qui eo pacto rem vendendam acceperat, re vendita, pretioque recepto, eo uti voluisset, in causa mutui foret secundum mentem Ulpiani. Sequitur posterior quæstio nec elegans, nec utilis minus, et meo judicio difficilior.

Cum hæres ex parte esses, mandavi tibi ut prædium hæreditarium mihi emeres certo pretio: emisti: pro cohæredum quidem partibus non dubie mandati actio est inter nos: pro tua autem

parte posse dubitari ait, utrum ne ex empto, an mandati agi oporteat: neque enim sine ratione quem existimaturum, pro hac parte sub condicione contractam emptionem: quod quidem maxime quæri pertinere ait, ut si forte prinsquam emptio fieret, decesserim, et tu cum scires me decessisse, propter mandatum meum alii vendere nolueris, an hæres meus eo nomine tibi sit obligatus, et retro, si alii vendideris, an hæredi meo tenearis. nam si quidem sub condicione emptio facta videtur, potest agi, quemadmodum si quævis alia condicio post mortem extitisset: sin vero perinde mandati agendum, sit, ac si alienum fundum emi mandassem, morte insecuta, cum id scieris, resoluto mandato, nullam tibi cum hærede meo actionem fore. Sed et si mandati agendum esset, eadem præstanda quæ præstarentur si ex empto ageretur.

Certissimum illud est, morte mandatoris resolvi mandatum si moriatur re integra, id est antequam cœpisset procurator exequi mandatum. Quæro an et actio vel obligatio mandati solvatur morte? finita societate non finitur actio pro socio: finita venditione non finitur actio ex vendito. An idem dicemus de actione mandati? Et distinguitur. Aut sciens mortem mandatoris implevi mandatum, et nulla mihi est actio mandati: Aut ignorans, et est actio mandati ne justa ignorantia mihi noceat, sed domino potius vel hæredi ejus cujus causa mandatum suscepi, ne officium meum, id est, benignitas mea mihi noceat, nec res utiliter inventa usibus hominum ut per alios agant sua negotia hoc metu injecto retardetur. Hæc est inutilitatis causa quæ dicitur, *l. inter* §. 1. *hoc tit.* Sed addit Paulus in *d. l. inter*, Julianus quoque scribit, mandatoris morte solvi mandatum, sed obligationem aliquando durare. Et quo casu id evenire Julianus censuerit, nescitur: non est certe ille quem posuit Paulus ante, si per ignorantiam impletum sit mandatum, sed alius: nec possim statim exprimere qualis sit. Sit igitur hoc veluti in deposito interim dum in quæst. propositam inquiro diligentius. Et ponamus aliud fundamentum huic quæstioni. In hoc §. de eo agitur cui mandavi ut mihi fundum emeret quem habebat communem cum aliis: quamobrem incboandum esse opinor a distinctione hujusmodi. Vel mando tibi ut rem mihi alienam emas, vel ut meam, vel ut tuam propriam, vel ut communem quam habes cum aliis. Si ut rem alienam, nemo ambigit consistere mandatum. Si ut rem meam, vendente non domino cui vendendi jus est veluti creditore pignoraticio, licet subtili jure non consistit, tamen recipitur, *l.* 22. §. *si hi quorum, hoc tit.* Si ut rem tuam propriam, sane non consistit, quia rem tuam non potes emere, et impossibile est mandatum. Si ut rem communem quam habes cum aliis, mandatum consistit, quia cum tota re etiam partem tuam emere potes: idque quotidie fit in auctionibus, ut si sint plures qui rem communem subjiciant hastæ, unus eorum eam rem emat recte, *l. quod si uno*, §. *ult. de in diem add.* et ita cum tota re emimus recte locum sacrum vel religiosum, *l. in modicis, de contr. empt.* et pleraque alia non possunt sola emi quæ possunt per universitatem, non possunt principaliter, quæ possunt accessionis vice. His cognitis quæ maxime ad quæstionem in hoc §. propositam pertiuebant, finge: L. Titio tu et alii duo vel tres hæredes extitistis, et vobis hæreditariam actionem facientibus ego tibi mandavi ut certo pretio puta C. aureis mihi emeres fundum hæreditarium: fundum igitur communem quem habebas cum aliis cohæredibus, emisti me vivo. Pro partibus tuorum cohæredum constat esse ultro citroque actionem mandati, mihi ut præstes partes cohæredum quas emisti meo mandato, tibi ut pretium recipias. Pro tua parte quæri posset utrum sit actio mandati, an ex empto. Sed nihil magnopere attinet in hac specie de eo quæri, cum utraque possit probabiliter agi: constat mandati posse. Possit et ex empto, quia videtur emptio partis tuæ contracta sub condicione, si et ceterorum partes emerentur. Emptio contrahi sub condicione potest, §. *pen. Inst. de empt. et vend. l. sicut, loc.* quod notatur ad differentiam mancipationis. Condicio autem illa fuit tacita, quia scilicet non potes partem tuam solam emere meo nomine, nisi emas et ceterorum. Sed magis est ut agatur mandati etiam pro ea parte pro qua hæres es, quia dum mandavi tibi ut cum fundum emeres, et hoc mandavi, ut partem tuam emeres cum fundo toto et mihi præstares, *l.* 22. §. *Julianus, hoc tit.* in qua tamen eadem venient quæ in actione ex empto: itaque damni nihil facis etiamsi non agas ex empto, aut vendito. Sed aliter posita specie si antequam partes ceterorum emeres ego vita decessero, et tu scieris me decessisse, et emeris post mortem meam, maxime interest quæri utrum pro ea parte, qua hæres es, sit actio mandati an ex empto: nam mandati actio soluta est morte mea, quod scieris me mortuum esse: ex empto actio durat etiam post mortem impleta condicione, id est emptione totius fundi. Obscure quidem exprimit suam sententiam Julianus vel Africanus hoc loco, sed significat tamen mandati agi posse non pro tua parte tantum, sed etiam pro parte ceterorum, quamvis partes ceterorum emeris soluto mandato, perinde ac si totum fundum a te emptum habere vellem, quia hæc actio mandati induit naturam actionis ex empto, et

præstanda in ea sunt quæ præstarentur si ageretur ex empto: ut recte Græci ita videantur hunc §. in summam redegisse. Ἐὰν μερικῷ σοὶ κληρονόμῳ ὄντι, ἐντείλομαι κληρονομιαῖον ἀγρὸν ἀγοράσαι μοὶ, καὶ ἐπὶ τῷ σῷ μέρει ἡ περὶ ἐντολῆς ἀγωγὴ ἁρμόζει ἀπαιτοῦσα ὅσα ἡ περὶ πράσεως ἀπαιτεῖ κἂν ἀποθανῶ πρὶν ἀγοράσεις, id est, *Si tibi hæredi ex parte mandavero, ut mihi fundum hæreditarium emeres, etiam pro tua parte teneris mandati, in qua idem veniet quod in actione empti, etiamsi decessero antequam emeres:* vellem addidissent, et scieris me decessisse. Sic enim fit ut etiam si is, qui mandatum suscepit post mortem mandatoris sciens expleverit mandatum, hoc casu duret actio mandati, quia habetur pro actione empti: et hoc est, quod concludit in fine. Sed et si mandati agendum esset, sicuti agendum est inspecto initio contractus, quamvis morte mandatoris resolutum mandatarius scierit esse mandatum, tamen instar esse eam actionem judicii empti venditi, nec esse necesse potius agi ex empto vendito, cum non minus illa quam ista contineatur. Etenim si ideo fundum noluisti alii addicere, quod mandatum suscepisses mihi emendi fundi, atque ita impediveris ne cohæredes alii addicerent, mecum ages pretii nomine actione mandati, vel si alii vendideris nec fidem datam exhibueris, tecum agam eadem actione in id quod mea interest eum fundum emptum habere: atque ita idem erit effectus eademque potestas istius actionis quæ foret actionis ex empto, ac proinde durabit post mortem mandatoris sicut actio ex empto: et hic est casus qui ex Juliano notatur in *l. inter*, §. 1. *h. tit.* Ponuntur duo, quibus soluto morte mandato durat actio mandati. Unus hic est, qui vulgo receptus est utilitatis causa, non introductus auctoritate Juliani, si per ignorantiam impletum sit mandatum. Alter ex Juliani auctoritate is est, qui exponitur hoc loco: nam Africani quæ sunt, Juliani sunt omnia: et in eandem rem adducitur Julianus *l.* 22. §. *Julianus, hoc. tit.* Sequitur ut tractemus in hac specie quid pro sua parte ferre eum oporteat, qui mandatum suscepit emendi fundi quem habebat communem cum aliis. Et vel mandavi, ut emeret certo pretio veluti C. vel ut emeret simpliciter non dicto certo pretio. Priore casu ceterorum partibus emptis, etiam partem suam præstare debet pro modo constituti pretii, ut si emerit partes aliorum XCIX. pro sua non ferat nisi nummum unum, vel si emerit C. nihil omnino. Cur enim tale mandatum suscepit? aut cur non commodius negotium gessit? Non possit excedere condictum pretium. Et si commode, vel ut Basil. habent *l.* 36. §. 1. ἐποφελῶς gesto negotio, vilius emerit partes ceterorum puta XX. coactorum, inquit, forte partes suas abjicere necessitate rei familiaris, necessitate exsolvendi æris alieni, ubi male Budæus legit addicere (abjicere enim vel projicere proprium est verbum vendentium vilissimo pretio, *l. si pignora, de evict.* et prodigantium non donantium. Seneca in epistolis: *Multi sunt qui non donant sed projiciunt*) hoc casu feret pro sua parte quanti sua interest, id est justum pretium, non integra LXXX. ne lucrum faciat ex mandato *l.* 10. §. *sed et si, hoc tit.* neque enim est honestum sub specie beneficii sibi parare lucrum, sed si quid est lucri, id totum debet reservare ei cujus gratia mandatum suscepit. Lucrum est emere exiguo pretio. Martialis: *Lucrifecit, adeo bene emit*: et alio loco, *Lucrifieri bombycina possunt*, id est, exiguo pretio emi. M. Tullius pro Flacco: *Emit aliquid quod multo pluris esset: dat de lucro*: et in *d. l.* 36. horum verborum, *Neque enim tibi concedendum est, etc.* quem non adsequuntur vulgo, sensus hic est: non ideo licere mandatario augere pretium partis suæ, quod cognoverit mandatorem ea duci cupiditate habendæ ejus rei, ut sit multo pluris eam empturus quam mandaverit, si quis difficiliorem se venditorem præbeat: hoc enim neque amicitiæ neque officii suscepti ratio patitur. Posteriore autem casu si constitutum non sit certum pretium, et pari pretio singulorum partes emerit, tantumdem pro sua parte feret. Quod si diversis pretiis, prout bonus vir arbitrabitur *l. seq.* Instruit autem ita bonum virum *l.* 36. *in princ.* quo demonstratur etiam bonos viros præcepta accipere a Jurisconsultis si quidem ex æquo et bono arbitrari velint neque aberrare, ut scilicet si quatuor fuistis cohæredes, Primus, Secundus, Tertius, Quartus, et Primus mandatum susceperit atque emerit Secundi partem XX. Tertii XXX. Quarti X. coacervet ea pretia quæ coacervata, et consummata efficient LX. et ut ex ea summa summarum det Primo portionem tertiam, id est XX. inæqualibus pretiis redactis ad æqualitatem: et recte Joannes qui medium constitui voluit inter majora et minora pretia, idque Primo dari, et hoc si hæredes fuerint ex æquis partibus: nam si ex inæqualibus, puta Primus ex uncia, Secundus ex quadrante, Tertius ex semisse, Quartus ex sextante, et partem Secundi Primus emerit XII. Partem Tertii XX. Quarti XXIII. coacervatis pretiis omnibus, ex ea summa Primus feret partem undecimam, id est V. atque ita docet Jurisconsultus bonum virum quemadmodum arbitrari debeat: nam et quis bonus vir nisi Jurisconsultus æquitatis magister atque sacerdos? Dixi de fundo a pluribus cohæredibus vel sociis vendito sub hasta. Nunc dicam de vendito per partes vel communi cum mandatario, vel communi inter alios non cum mandatario ex *d. l.* 36. §. *quod si fundum.* Si tibi mandavi ut eum fundum, qui venibat per

partes mihi emeres eo addito, ut non aliter tenear mandati quam si totum emeris, quid fiet si cœperis emere partes quasdam, sed defeceris in medio itinere nec potueris etiam emere reliquas, puta nolentibus dominis eas vendere? Contractus ex conventione legem accipiunt. Cum magno incommodo mandatum hujusmodi suscepisti: namque hoc casu tibi emeris partes quas occupasti emere cum sperarem etiam reliquas redempturum te, et tuo periculo, et ingratiis, inquit, eas retinebis. Non est legendum ingratus, sed ingratiis. Sic Latini loquuti sunt omnes, non Comici tantum, sed et M. Tullius pro Quintio: *Extorquendum est invito et ingratiis* et VI. Ver. *Dicent quæ necesse erit ingratiis*: et simili forma gratiis. Plautus Captivis: *Cujus nunquam vultum tranquillavi gratiis*. Quod si eam legem mandato non adjecero, res expedita est, mihi emptæ erunt partes et meo periculo. Transeamus ad *l.* 37.

Ad L. Hominem 37. Mand.

Hominem certum pro te dari fidejussi et solvi: cum mandati agatur, æstimatio ejus ad id potius tempus, quo solutus sit, non quo agatur, referri debet: et ideo etiamsi mortuus fuerit, nihilominus utilis ea actio est: aliter in stipulatione servatur: nam tunc id tempus spectatur, quo agitur: nisi forte, aut per promissorem steterit, quo minus sua die solveret: aut per creditorem, quo minus acciperet: etenim neutri eorum frustratio sua prodesse debet.

Ait, Hominem certum: et adjicit Accursius, idem si incertum: quod non fero: alioquin frustra dixisset certum, cum hoc loco, tum *l.* 23. *de verb. oblig. l. pen. C. de usur leg.* et aliis plerisque: et vero quod hic quæritur an morte hominis, quo de agitur perimatur actio, aptari homini incerto non potest, hic enim non moritur. Etiam non recipio, quod adjicit, homine promisso generaliter, et fidejussore dato, si quem solverit fidejussor, non esse ei cum reo mandati actionem nisi viliorem solverit: nam qui hominem generaliter debet, non liberatur viliorem dando, *l. si hæres generaliter, de leg.* 1. nec moveor *l. fidejussorem, Mand.* quoniam de his rebus est, quæ pondere, numero, mensura constant, a quibus non absque ratione corpora separantur: nam qui corpus debet, veluti hominem, tenetur ne pessimum det: idcirco furem dando non liberatur, quia talem servum habere non expedit. Qui exempli gratia, triticum debet, si in obligatione non sit adjecta bonitas tritici, pessimum et vilissimum dando liberatur, modo sit integrum, et incorruptum, ut si in ea regione in qua contrahitur obligatio, sit Italicum, Africum, Gallicum, Gallicum dando liberatur, quia et hoc habere expedit; et si forte fidejussor cum posset pessimo tritico se liberare, melius solverit, et actione mandati vel certi condictione repetat melius, quod solvit, repellitur exceptione doli mali: et bene, Cum posset: nam si ex necessitate melius solverit cum non esset alterius tritici comparandi copia, aliud dicendum est, *l.* 50. §. *ult. hoc tit.* quæ utitur exemplo Africi pro meliore, licet Plinius Italico principatum det. Erravit etiam plurimum Accursius in specie hujus legis, et in reddenda ratione differentiæ inter actionem mandati, et actionem ex stipulatu. Mandatu tuo fidejussi pro te Stichum dari, et dedi: ago mandati, ut consequar hominis soluti æstimationem: quæritur quanti sit æstimandus: possit hodie esse pluris, vel minoris quam fuerit ante, aut certe hodie nihili qui fuerit in pretio ante: Pretium enim cujusque rei pro tempore est, ut Seneca ait III. de Benef. Ergo utrum ejus temporis æstimatio fiet, quo solvi, an quo mandati ago? Et ait tempus solutionis spectari, non tempus litis contestatæ, quo scilicet ago mandati? alioquin si tempore litis contestatæ is homo mortuus esset, vel si debilitate flagitiove ad nullum pretium sui redactus esset, inutilis esset actio mandati: quod est iniquum, *d. l.* 50. §. *ult.* vel etiam si pretiosior factus esset, in id reus condemnaretur quo pretiosior esset litis contestatæ quam solutionis tempore: quod etiam est iniquum: nam actio mandati contraria sicut negotiorum gestorum datur in id tantum, quod eo nomine actori abest abfuturumve est, qua de causa quando abesse intelligatur tractat *l. inter*, §. *abesse, h. t.* et id tantum abest fidejussori, quo dignus fuit servus solutionis tempore, non etiam id quo postea dignior factus est. Aliud vero servari ait in actione ex stipulatu: nam si quis mihi stipulanti Stichum promiserit, et tempore quo ago ex stipulatu mortuus sit Stichus, promissor absolvitur, nisi mortuus sit post moram promissoris, quo casu condemnandus est reus omnimodo, ne ei mora sua prosit, *l.* 23. *de verbor. obligat.* ne ex culpa sua sibi liberationem acquirat. Mora enim culpa est. Et moram esse significat si sua die non solverit, ut *l. trajecticiæ, de oblig. et act.* hoc igitur casu reducetur æstimatio ad tempus moræ, id est ad diem qua solvi debuit. Mora etiam est si patiatur secum litem contestari: et ideo si moriatur Stichus post litem contestatam, æstimatio referetur ad tempus litis contestatæ, vel ad tempus mortis utro tempore pluris fuerit, *l. pen. de cond. trit.* Et similiter si deterior, vel pretiosior factus sit Stichus post stipulationem, non præterita æstimatio quanti fuerit tempore stipulationis veniet in hanc

actionem, id est, in condictionem triticariam ex stipulatu, de qua hæc lex necessario accipienda est (stricta enim actio ex stipulatu æstimatoria non est) sed veniet arbitrio judicis æstimatio præsens, ut et in fundo promisso respondit Pap. *l. Fundum Cornelianum*, *de novat.* in qua, quod secus esse ait si quis promiserit, Quanti fundus est, rationem manifestam habet, quia ea verba referuntur ad tempus stipulationis, non ad futurum tempus, Quanti erit. Ergo si de fundo vel homine promisso agatur condictione triticaria ex stipulatu, tanti æstimabitur fundus vel homo quanti est litis contestatæ tempore: quod tamen ita procedit, nisi post moram promissoris deterior factus sit, hoc enim casu ad tempus moræ referetur æstimatio. Quod si post moram pretiosior factus sit, referetur æstimatio ad tempus quo pluris fuerit, rei judicatæ scilicet vel mortis, *d. l. pen.* Et ita si oblatum servum noluerit stipulator accipere, ac deinde pretiosior factus sit, et nunc eo facto pretiosiore agat condictione triticaria ex stipulatu, non quanti nunc est feret ne ei sua mora prosit, sed quanti fuit moræ tempore: quod in hac lege his verbis significatur: Aut per creditorem quo minus acciperet. Mora est frustratio debitoris non solventis, vel creditoris non accipientis. Non autem id significatur simpliciter quod Acc. adnotavit, posteriorem moram creditoris apud eum residere eique soli nocere, abolita priore: quod dum adjicit etiam procedere post litem contestatam, non usquequaque esse verum docuimus in *l. trajectitiæ.* Et quod attinet ad rationem differentiæ inter actionem mandati et actionem ex stipulatu, impudenter qui primum tentant nullam esse differentiam, in quo etiam non perstant: et imprudenter, qui in æstimationem agi mandati, in rem ipsam ex stipulatu, quæ si interierit sine culpa rei, et consequenter actio interierit necesse est: nam et ex stipulatu hic agitur condictione triticaria, quæ æstimatoria actio est, et mandati non in æstimationem nominatim, sed in id quod ex bona fide dari oportet. Et dum interrogor cur in actione ex stipulatu spectatur tempus litis contestatæ, non in actione mandati, hoc soleo primum dicere simplicius, Quod enimvero aliud tempus possis spectare in actione ex stipulatu? nec enim usquam occurret quidquam de spectando tempore stipulationis, in quæstionibus hujusmodi, nisi in specie *l. cum quis, de obl. et act.* quam exposuimus Tract. III. Deinde latius ita enarrare rationem differentiæ, fidejussor me ære alieno liberavit solvendo pro me, et durat liberatio etiam mortuo homine post solutionem, ergo et actio mandati quæ durat vel tantum utiliter cœpto negotio licet eventus non successerit, *l. 17. de in rem ver.* alioquin officium suum erit fidejussori damnosum, et aberit ei homo quem solvit pro me. Stipulator neque mihi rem gessit stipulando, neque ei propter me quidquam abest. Non est igitur cur agat ex stipulatu si homo promissus interierit sine culpa mea. Culpæ nomine intelligo etiam moram, ut *l. si servum*, §. *sequitur, de verb. obl.* et *d. l. fundum Cornelianum.* Idem si deterior factus sit ante moram, non est quod in actione ex stipulatu velit duci æstimationem servi retrorsum. Et hæc quidem satis sunt ad sententiam hujus legis, sed non ad quæstionem universam de æstimanda re quæ petitur, quam tamen non possum non tractare plenius cum sit cottidiana. Si quis in ea quæstione diceret non esse differentiam inter judicia bonæ fidei et stricti juris, refelleretur hac lege, quæ si agatur de homine æstimando actione mandati, qua scilicet fidejussor experitur, qui hominem solvit pro alio, tempus solutionis spectari ait, non tempus litis contestatæ, sive homo post solutionem interierit, sive deterior, aut melior factus sit, In actione ex stipulatu spectari tempus litis contestatæ. Et de actione ex stipulatu loquitur, quæ stricta quidem est initio, et origine sua, sed desinit in æstimationem arbitrariam, id est, de condictione triticaria ex stipulatu, in qua non res ipsa venit tantum sed quanti res est: quæ adjectio etiamsi inducatur in modum exceptionis actionem strictam arbitrariam facit, ut exceptio doli mali actionem strictam bonæ fidei facit, *l. Seja, de don. cau. mor.* et omnino actiones arbitrariæ sunt, quæ duas clausulas habent, unam de re ipsa, alteram de æstimatione: quarum priori qui paret, absolvitur posteriori, qui priori non paret, plerumque damnatur posteriori. Verum quod ait in ea actione mandati, qua fidejussor experitur spectari tempus solutionis, idem constitui non potest in aliis judiciis bonæ fidei: quibus non agitur de re soluta pro alio, veluti commodati, depositi, empti, venditi, similibus. Quæ igitur alia differentia inter ea constituetur, et judicia stricta? an nulla constituetur? an in omnibus æstimabitur pretium, quod est litis contestatæ tempore? Et (*) *l. 3. §. in hac, Comm.* docet in strictis litis contestatæ tempus spectari, ut et hoc loco Africanus tradit, et confirmat *l. vinum, de reb. cred. et l. ult. de cond. trit.* quæ omnes sunt de condictione triticaria: nam quod in *d. l. ult.* idem omnino est in *l. vinum*, et una ex Sabino, altera ex Cassio, qui ejusdem fuere scholæ. Confirmat id etiam *l. fundum Cornelianum, de novat.* quæ tempus litis contestatæ spectari ait sive melior, sive deterior facta res fuerit, si modo debitor non sit in mora. Sed hoc tamen ita procedit, ut primum

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 17.*

tamen semper sumatur æstimatio ejus temporis, quo dari debuit, si dies solutioni adjecta fuerit: quia die adjecta id videntur sensisse contrahentes, ut dies illa observaretur, *l.* 59. *de verb. obl.* quod et in bonæ fidei judiciis locum habere puto. Alias in bonæ fidei judiciis, *d. l.* 3. §. *in hac*, tempus rei judicandæ quanti res sit observari ait: nec sine ratione: nam eis id tantum petitur, quod bonus judex arbitrabitur, et æstimabit dari oportere ex fide bona: atque ita litis æstimatio refertur ad tempus rei judicatæ: et hoc si culpa sua reus rem desierit possidere: nam si dolo malo, rem æstimat actor juratus, non judex. Et actor quanti voluerit non observato justo pretio, ex animi sui sententia. Judex qui et ipse juratus semper agit quidquid agit, cum soleat initio jurare in leges, justo pretio. Cujus vero temporis, hoc quærimus, et tractamus, et dicimus ejus temporis æstimationem judicem sequi, quæ est rei judicandæ tempore. Nec movemur *l.* 3. *si per venditorem*, *de act. empt.* quæ post moram ejus qui vinum vendidit aut triticum, tempus spectari ait quo res unquam plurimi fuit, tempus contractus scilicet quo vinum tradi debuit pure contracta venditione: atque ita tempus moræ, vel tempus rei judicatæ: nec enim reducitur necessario æstimatio ad tempus moræ, si postea res pluris esse cœperit, *l. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *eod. t.* Putem etiamsi obligationi sit adjectum certum tempus, quo vinum traderetur, id primum tempus spectari non tempus contractus, exemplo loci: nam ejus loci sumitur æstimatio, quo vinum pluris fuit, vel quo contractum est, vel quo agitur. Idem potest esse locus, quo contrahitur, et quo agitur, *l. hæres*, §. *proinde*, *de judic.* sed non est tamen semper. At idem est semper locus quo agitur, id est, lis contestatur et quo res judicatur, *l. ubi*, *l. si is qui Romæ*, *de jud. Nov.* 90. Itaque nihil refert dixeris spectari locum quo agitur, an quo res judicatur. Nec tamen ita potest idem esse tempus quo contrahitur, agitur, judicatur, sed tria sunt tempora diversa: quod maxime pertinet ad intelligentiam *d.* §. *si per venditorem.* Verum si certo loco vinum dari convenerit, is potius locus spectabitur quam locus contractus: et hoc etiamsi tacite convenerit, ut si Romæ venierit vinum, quod erat Brundusii, tacite convenisse intelligitur, ut vinum Brundusii traderetur: et hoc est quod ait *d.* §. *si per venditorem.* Nam quod a Brundusio vinum venit, etc. id est, si vinum venit, quod Brundusii est, ut in Comœdia, *Ab Andria hæc ancilla est.* Post moram autem emptoris, in eodem §. traditur æstimari pretium, quod est tempore litis contestatæ, quo scilicet agit emptor ex empto. Locum autem spectari quo minoris fuerit, vel quo venit, vel quo lis contestatur. Et forsitan idem censendum de tempore, ut quod ait æstimari pretium, quod sit cum agitur, ita procedat, si eo tempore minoris fuerit: nam si, ut ita dicam, morosus debitor, quo pluris res fuerit infert, æquabile est ut etiam morosus creditor quo tempore, vel loco minoris res fuerit, ferat. Ita vero respondeamus ad *d.* §. *si per vend.* Propter moram venditoris spectari tempus, et locum contractus, tempus moræ, si eo tempore, vel loco vinum pluris fuerit, non tempus, vel locum rei judicatæ. Propter moram emptoris, spectari tempus et locum, quo minoris fuerit, vel quo venit, vel quo agitur. Et ad id quod abscise dicitur, in bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus spectari, addenda hæc exceptio est: Nisi per reum, vel per actorem mora fuerit: quæ exceptio etiam additur in hac lege ab Africano ad id quod dicimus, In strictis judiciis litis contestandæ tempus spectari: et est, meo judicio, huic exceptioni adaptanda *l. pen. de cond. trit.* ita ut extra exceptionem positam *d. l. pen.* regula ponatur *l. ult.* de spectando tempore litis contestatæ: Nam si moram fecerit debitor in homine præstando, tempus moræ spectatur, sive id fuerit litis contestatæ, sive aliud tempus, si post moram deterior factus sit, ut puta luscus, aut claudus, aut mancus, sive vixerit, sive mortuus fuerit postea. Sed si post moram pretiosior factus sit, veluti agitator, aut pantomimus, spectatur tempus rei judicatæ si vivat, vel mortis si moriatur ante rem judicatam. Denique quo tempore pluris fuerit, in id damnabitur debitor per quem mora fuit, quo minus daret, aut præstaret id quod erat in obligatione. Et pari modo, quod hæc lex indicat si per creditorem mora fuerit, quo minus acciperet utro tempore minoris res fuerit, id tantum consequetur, ut si moræ initio minoris fuerit, et pluris litis contestatæ tempore, referetur æstimatio ad tempus moræ non ad tempus litis contestatæ. Et hæc non tantum ita procedunt in condictione triticaria ex mutuo, vel ex stipulatu, sed etiam ex causa furtiva, vel rerum amotarum, et ex alia qualibet causa. Constat enim ex omni causa condictionem triticariam dari. Igitur in condictione furtiva, vel rerum amotarum ita demum spectatur tempus furti commissi, quod initium est moræ, *l. parvi*, *l. ult. de cond. furt.* si postea res furtiva pretiosior facta non sit, *l. pen. rer. amot. l.* 8. §. 1. *l. ex argento*, *de cond. furt.* Crescit enim obligatio in morosum debitorem crescente pretio rei, non etiam decrescit: Nec quidquam obstat *l.* 2. §. *quæsitum*, *de privat. del.* quæ in condictione furtiva ait æstimationem non egredi retrorsum tempus litis contestatæ; nam id ita accipiendum est, ut non retrorsum æstimetur quanti res eo in anno plurimi fuerit, ut in actione legis Aquiliæ, sed ut ait *l.* 8. §. 1. quanti unquam plurimi fuerit,

vel furti scilicet facti, vel litis contestatæ, vel rei judicatæ, vel mortis tempore. Sed de his hactenus. Concludamus hoc tantum, si quæratur quanti a judice æstimanda res sit, quæ petitur, excepto casu hujus legis, quo in actione mandati tempus solutionis observatur, In bonæ fidei judiciis rei judicandæ, in strictis litis contestandæ tempus observari. Et huic regulæ aliam addamus exceptionem, nisi moram fecerit debitor, aut creditor: nam si moram fecerit debitor, utro tempore res pluris fuerit, vel moræ, vel litis contestatæ, vel rei judicatæ, vel mortis, tanti damnabitur reus. Sin autem creditor moram fecerit, utro minoris fuerit, condemnatio fiet. Hæc est summa definitio hujus quæstionis valde notanda: nam nullus est hodie, vel judex, vel patronus, vel Jurisconsultus, qui non hæreat maneatque suspensus quoties tractatur hac de re. Transeamus ad *l.* 30. *de act. empt.*

Ad L. servus 30. de action. emp.

Servus quem de me cum peculio emisti, prius quam tibi traderetur, furtum mihi fecit: quamvis ea res, quam subripuit interierit, nihilominus retentionem eo nomine ex peculio me habiturum ait: id est, ipso jure ob id factum minutum esse peculium: eo scilicet, quod debitor meus ex causa condictionis sit factus: nam licet si jam traditus furtum mihi fecisset, aut omnino condictionem eo nomine de peculio non haberem, aut eatenus haberem quatenus ex re furtiva auctum peculium fuisset, tamen in proposito et retentionem me habiturum: et si omne peculium penes te sit, vel quasi plus debito solverim posse me condicere. Secundum quæ dicendum, si nummos, quos servus iste mihi subripuerat tu ignorans furtivos esse, quasi peculiares addemeris, et consumpseris, condictio eo nomine mihi adversus te competat: quasi res mea ad te sine causa pervenerit.

Vendidi tibi servum cum peculio: is servus prius quam tibi traderetur mihi rem aliquam subripuerat, eaque res interierat: deinde tradidi servum et peculium, non deducto eo quod mihi servus debuit ex causa condictionis furtivæ, quod minuebat peculium ipso jure, *l.* 6. *et* 8. *de pec. leg.* etiam extincta re furtiva: nam fur interitu rei furtivæ non liberatur, quia semper moram facere intelligitur, *l.* 8. *de cond. furt.* Itaque si per errorem integrum tibi peculium præstitero, non habita ratione ejus quod mihi servus debuit, ex ea causa datur mihi condictio certi de indebito soluto, quod plus solverim quam esset in peculio. Nec obstat *l. ex quibus, de condic. ind.* quæ de retentione sive deductione loquitur, quæ per exceptionem fit, non de ea quæ fit ipso jure. Ex quibus causis retentionem, vel deductionem ipso jure habemus, actionem non habemus, ea si solverimus, certi condicere possumus, ut hoc loco, et *l.* 5. §. *ult. de imp. in rem dot. fact.* id est, condicere id possumus quo deminutum est peculium deminutave dos ipso jure ex edicto prætoris, vel ex XII. aut lege Julia. Ex quibus causis retentionem habemus opposita exceptione doli non ipso jure, ea si solverimus, certi condicere non possumus, *d. l. ex quibus*, *l. si in area*, *eod.* incerti condicere possessionem possumus, quam per errorem transtulimus in alium, *l. qui exceptionem*, §. *si pars*, *eod.* Quid vero dicemus, si post traditionem servi et peculii: is servus mihi rem subripuerit? An teneatur emptor condictione furtiva de peculio? Movet dubitationem, quia ex maleficio hæc actio esse videtur, *l. si mulier*, §. *pen. rer. amot.* et ex maleficio non venit actio de peculio: rursus rem persequitur, non pœnam, et ideo non male videtur dari etiam in peculium posse. At placuit media sententia existimantium teneri dominum duntaxat in id quo locupletius factum est peculium, in residuum autem servum esse noxæ dedendum, *l.* 4. *l. pen. de condic. fur. l.* 3. §. *pen. de pecul. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *rer. amot.* atque ita erit hæc actio partim de peculio, partim noxalis? Quod si nihil sit versum in peculium, erit noxalis tantum, vel si tota res furtiva sit versa in peculium, de peculio tantum. Quid vero si is servus antequam mihi traderetur ex causa emptionis, nummos venditori subripuerit, et ego eos consumpsero bona fide quasi peculiares? Et notat repetitionem eorum esse per condictionem sine causa, ut sicut supra demonstratum est suo casu esse condictionem indebiti, suo condictionem furtivam, sit etiam hoc suo casu condictio sine causa: et his, ut opinor, adjecerat Africanus statim quod habuimus supra *l. ult. de neg. gest.* de eodem servo vendito cum peculio qui ante traditionem rem aliquam venditori subripuit: si emptor eam ad se perlatam bona fide vendiderit quasi peculiarem, ac deinde ea in rebus humanis esse desierit: quo casu datur etiam venditori de pretio condictio sine causa, vel actio negotiorum gestorum. Sequitur in hac lege:

Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam prius quam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit, venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut ejus faciat, quia tamen dolum malum abesse præstare debeat, teneri eum, qui sciens alienam non suam ignoranti vendidit: id est, maxime si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.

Venditor in hoc duntaxat tenetur emptori, ut caveat de evictione repromissione nuda, et vacuam possessionem tradat, non etiam dominium. Sed recte adjicit *l. 1. de rer. perm.* etiam purgari eum debere de dolo malo: nam si sciens dolo malo rem alienam vendiderit ignoranti, et tradiderit, statim conveniri potest ex empto actione in id quanti interest rem emptoris esse factam: quod Africanus his declarat exemplis, id est, (sic enim est legendum) maxime si manumissuro vel pignori daturo vendiderit: nam is tantum manumittere servum potest vel pignori dare, qui servi dominus est: et alia ratio pignori dationis vel conventionis, alia venditionis et traditionis: illa id agitur ut res obligetur, hac, ut possessio sola transferatur: non potest obligari a me nisi res mea, potest possessio non meæ rei a me si possessor ejus fuerim in alium transferri; et ita res aliena mancipio non datur: nam mancipatione hoc agitur ut dominium transeat, traditione ea quæ fit ex venditionis causa ut possessio vacue transeat. Et mancipio non dari rem alienam; ille locus Plauti indicat in Curculione: *Egon ut a lenone quicquam mancipio accipiam, quibus sui nihil est nisi una lingua, qui adjurant si quid creditum est, alienos mancupatis, alienos manumittitis* et quod Varro 2. de re rust. c. 10. significat, non caveri culpam evictionis nomine nisi si mancipio non daretur: nam in mancipatione non interveniebat cautio de evictione, sed alia quædam quæ dicebatur secundum mancipium. Et secundum hæc in proposito interest maxime emptoris servum venditum suum fieri quem forte emit ut mox pignori daret, vel filium forte naturalem aut fratrem ut statim eum ad libertatem perduceret: nam in bonæ fidei judiciis etiam affectus, id est, necessitudinis ratio habetur, *l. cum servus, mand.* Ideoque merito agitur eo nomine ex empto in scientem, etiam re nondum evicta. Ex empto, inquam, non ex stipulatu, *l. 4. in princ. hoc tit.* Ignorans non tenetur antequam res evicta sit nisi aliud convenerit. Imo nec si in ipso limine contractus controversia moveatur, et denuncietur emptori ne emat, ex empto agi potest, sed non aliter emptor cogitur pretium solvere, quam si venditor satisdet evictionis nomine, *l. pen. §. ult. de per. et com. rei vend.*

Ad L. Cum et forte 44. de action. empt.

Sequitur alia quæstio in *l. 44. eod. tit.* quam plenius eodem libro tractasse Africanum significat *l. 45.* et eadem scilicet omnia, quæ Paulus exequitur *l. 43. et 45.* idcirco ea nobis diligenter enarranda sunt. Servus cui relicta est fideicommissaria libertas in diem vel in condicionem, non est quidem statuliber, sed statuliberi locum obtinet, *l. non tantum, §. cui per fideicommissum, de fid. lib.* quod ad hoc scilicet ut si veneat, cum sua causa veneat, et possit vel emptorem cogere per prætorem fideicommissarium (nam ex hac causa servi adversus dominum in judicio consistere possunt, *l. de libertate; eod. tit. l. vix, de judic. l. is quoque, de in jus voc. l. mulier, §. non est, ad Treb.*) ut se manumittat, vel hæredem, vel legatarium qui rogatus est, vel etiam hæredem, legatario qui rogatus est repudiante, quod servus legatus apud eum remanserit cum suo onere, atque ita eum hæres invitus redimet ab emptore, invitusque revendet emptor cogente prætore, *l. 15. de fid. lib.* nec mirum si cogatur revendere qui et cogeretur manumittere. Item statuliberi loco est quod ad hoc ne jura patronorum graviora experiatur. Statuliber si ei libertas obtigerit, nullum habet patronum. Is cui obtigerit fideicommissaria, nullum habet duriorem vel ingratum: nam si forte manumissus sit ab emptore antequam existeret condicio libertatis, ejus patronatum recusare potest et optare hæredis vel legatarii ex Constitutionibus Adriani et Pii, *l. generaliter, §. ult. de fid. lib.* quarum fit mentio l. præcedenti. His cognitis, finge. Quidam L. Titio legavit servos tres, Stichum, Pamphilum, Arescusam, et ejus fidei commisit ut eos manumitteret post annum. Titius repudiavit legatum nec liberavit hæredem per acceptilationem, vel ut solebant olim per æs et libram. Hæres eos vendidit reticens causam fideicommissariæ libertatis: emptori servierunt pluribus annis ignari fideicommissæ libertatis: deinde Arescusam sua sponte manumisit emptor: post comperta voluntate defuncti Stichus et Pamphilus ab hærede petierunt fideicommissam libertatem, et quamvis non ab eo esset relicta libertas, sed a legatario, quia tamen repudiante legatario apud eum remanserant cum suo onere, ab eo redempti et manumissi sunt cogente prætore fideicommissario. Arescusa autem etiamsi esset manumissa ab emptore, recusavit eum patronum habere utens beneficio Constitutionum. Hæc est species, ex qua oriuntur quæstiones tres, quas antequam proponam, ex narratione ejus hoc primum notandum esse censeo: Repudiatione legatarii non liberari hæredem ex legati causa: quod verissimum esse constat ex eo quod est proditum in *l. Imp. de leg. 2. et l. si filius, §. ult. de fid. lib.* etiam post repudiationem legati integras esse legatario actiones legati nomine: nam ei cui rogatus est rem legatam restituere, eas cedit, et si servum legatum rogatus sit manumittere, easdem cedit cui servus voluerit, ut ab eo manumittatur cui fuerint cessæ. Notandum id quoque est, legatum quod repudiatur apud hæredem

remanere cum onere fideicommissariæ libertatis: nec mirum, cum remaneat etiam cum onere fideicommissi peculiarii, *l.* 9. *de usufr. leg.* nam vel fideicommissario in hæredem ex cessione actio est, ut diximus ante, vel sine cessione utilis, nam plerunque cui ex cessione potest esse actio directa: et sine cessione utilis est. Aut certe hæc non de repudiatione dici possunt, sed de abstentione tantum: Et in hac lege legatarium legato se abstinuisse, non autem repudiasse: nam repudiatione ipso jure amisisset actiones. Prima autem quæstio quæ oritur ex specie proposita hæc est, an emptor pretium a venditore Arescusæ quoque nomine repetere possit, quod libertam non habeat, propterea quod non vult se patronum habere. Et quod ait quoque in l. præcedenti significat jam tulisse emptorem pretium Stichi et Pamphili, ut ante diximus redimendos eos esse ab emptore, et quæstionem in eo versari an etiam pretium Arescusæ actione ex empto consequi possit. Movet, quod sua voluntate non coactus eam manumisit, *l.* 15. *de evict.* et hac ratione existimabat Ulpianus non esse emptori actionem ex empto ad pretium recuperandum, quamvis Arescusa cum recusasset patronum habere. Sed verior est Juliani sententia dantis in hæredem eundemque venditorem actionem ex empto de pretio Arescusæ, quia sciebat se vendere ancillam, quæ erat in causa fideicommissæ libertatis, *l.* 26. *eod. tit.* Ignorantem hæredem dicerem non teneri. Secunda quæstio hæc est, cujus sit liberta Arescusa quæ recusat emptorem patronum habere, an hæredis, an legatarii: nam etsi legatarius repudiaverit, tamen adhuc videtur eum patronum habere posse, cum non amiserit actiones suas, nec enim liberavit hæredem. Sed recte concludit *l. seq.* §. *ult.* hæredis eam fieri libertam, nec legatarii patronatum eligere posse, cum hæres emptori hoc nomine teneatur ex empto, quod eripiat se ei liberta sua. Hæc actio datur emptori, quod libertam non habeat, in hæredem eundemque venditorem scientem, *d. leg.* 26. transire igitur liberta debet in hæredem: nam si emptor libertam habeat, id est si Arescusa eo patrono contenta sit, cessat actio ex empto. Et non videtur quidem esse locupletior, qui libertum, aut libertam habet, qui patronus est: quoniam jus patronatus est inæstimabile, *l. naturalis*, §. *ult. de præsc. verb.* Sed tamen interest mea, quod libertum habere desierim saltem pretii nomine quanti fuit antequam eum manumitterem? hoc enim æstimabile est. Eorum quæ sunt inæstimabilia, qualia sunt libertas, patria potestas, dominica potestas, jus patronatus, jus necessitudinis, ratio non habetur in judiciis, quia et haberetur frustra. Cujus enim ratio non est, nec iniri potest: nec alia ratione actio ingrati jure civili prodita non est, quam quod difficilis ejus æstimatio sit. Quemadmodum enim judex inibit æstimationem? Verba sunt Senecæ docentis non posse dari actionem ingrati, et ita in *l. si quis testamentum, ad leg. Aquil.* Marcellus deletis tabulis testamenti testatori non dari actionem damni injuriæ: quemadmodum enim, inquit, æstimatio inibitur? Duæ priores quæstiones fuere de Arescusa. Sequitur tertia de Sticho et Pamphilo, vel altero eorum. Si utrumque vel alterum erudierit emptor, an actione ex empto eis ereptis in libertatem, evictionis nomine potest consequi sumptus eruditionis, et mercedes magistrorum? Et ait Paulus *l. præced.* ad hanc quoque speciem actionem ex empto suppetere, quia non pretium tantum quod numeravit continetur empti actione qua agitur evictionis nomine, sed etiam id omne quod interest emptoris, quod repetitur ex eodem Pauli libro in *l.* 70. *de evict.* veluti adquisitiones servi, *l. venditor, de evict.* et sumptus ac meliorationes: atque ita jure repetet emptor id quo servus melior et eruditior factus est post traditionem ante evictionem: nam et si quo deterior factus sit, eo minus repetet, *l. seq. d. l.* 70. Sed quid si in tantum sit pretiosior factus ut non possit id venditor præstare propter inopiam et angustias rei familiaris, ut si agitator sit factus, vel pantomimus, quæ artes fuere semper in pretio, et sunt etiam admirabiles, licet personæ jure habeantur infames, *l* 4. *C. de spect.* nisi quas forte alit rex, nec merces compellit in ludum vel in scenam, *l. athletas, de his qui not. inf.* et eleganter Tertullianus de spectaculis: *Artem magnificant, artificem notant.* Gajus utitur exemplo pictoris et librarii, *l. forte, de rei vind.* quæ etiam artes pretiosiores servos reddunt. Quid igitur fiet si has artes servum emptor docuerit, nec sufficiat tanto pretio venditor? Et Paulus ait, non esse æquum venditorem obligari in magnam quantitatem: ac mox subjicitur ratio hujusmodi ex Afric.

Cum et forte idem mediocrium faculta'um sit, et non ultra duplum periculum subire eum oportet.

Non esse igitur æquum mediocrem hominem, quam mediocritatem Horatius significavit his verbis: Extremi primorum, extremis usque priores: damnari in quantitatem immensam Accedit mediocritas vicinaque paupertati magis est. Et ait mediocrium facultatum Juliani verbis, qui et in *l. patronus, de oper. lib.* mediocris patrimonii dixit. Ac præterea periculum evictionis venditorem ultra duplum subire non oportere actionem: ex empto dari in id quod ex fide bona dari oporteret: non oportere venditorem ultra duplum periculum præstare: nimia resecari bonæ fidei judicio, et quod excedit duplum, nimium id certe esse: et ita Ju-

stinianus generaliter definivit in casibus quibus agitur de re certa vel summa certa, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, id quod interest dupli quantitatem non excedere. At videamus quemadmodum duplum accipi oporteat, alias enim duplo inest res, alias non inest, sed duplum adsumitur extra rem aut rei pretium. Extra rem adsumitur in actionibus ex maleficio, quæ meram pœnam continent, ut in actione furti, qua agit non dominus, cujus interest rem non subripi, *l. si vendidero*, §. 1. *de furt.* Quod si ea dominus agat cujus nihil amplius interest, quam quod dominium apud eum fuit, quod interest non egredietur verum rei pretium, idemque hoc casu est rei pretium et quod interest, idque duplatur vel quadruplatur, *d.* §. 1. secundum quem accipienda est *l. in furti actione, eod. tit.* quæ videtur quidem separare rei pretium ab eo quod interest, et definire in actione furti non duplari quod interest, quorum utrumque falsum est, sed quod interest intelligit quod excedit rei pretium: quod si nullum existat, veluti domino agente cujus nihil amplius interest, necessario quod interest fine pretii continetur. In actione quoque ex empto ob evictionem, duplum non est extra pretium rei, sed quanti res empta est, alterum tantum solvit venditor emptori, ut si empta sit C. et reddit, et alia C. præstat, non ultra, etiamsi pluris intersit, ut si plus quam C. in erudiendum hominem impenderit, non id omne quod impenderit emptor recipit, sed intra modum rationemque dupli: denique solutis CC. liberatur venditor et a pretio et ab eo quod interest, et extinguitur actio ex empto. Idemque sequimur in actione ex conducto si frui non liceat conductori, et conduxerit X. in annos singulos: nam hoc primum consequetur ne pensionem solvat, vel ut prorogatam ejus anni, quo frui non licet pensionem recipiat, id est, X. et ratione ejus quod interest alia X. tantum. Et ita quoque duplum accipimus cum dicimus usuras: quarum exemplo idem in eo quod interest constituitur, non deberi supra duplum: hoc enim dicimus non deberi altero tanto sorte amplius, ut si sors fuerit C. usuras non deberi supra C. et solutis CC. liberationem debitori contingere tam a sorte, quam ab usuris: denique usuræ possunt æquare sortem non exsuperare. Verum quod ait Africanus, ultra duplum periculum evictionis venditorem non præstare, hoc ita procedit, nisi aliud convenerit, nam admitti conventionem tripli, vel quadrupli constat ex *l. si dictum*, *de evict. l. si procurator*, *de jure fis.* sicut in stipulatione judicio sisti, quæ in id quod interest concipitur, admissa est conventio supra statutum modum, id est, supra duplum si non per errorem interposita sit, *l.* 4. §. *ult. si quis caut.* In venditionibus duplæ cautio ut civilior ita frequentior fuit, et adeo quidem ut etsi nulla intervenisset, tamen veniret ipso jure dupla in actionem ex empto, *l.* 2. *de evict. l. quod si nolit*, §. *quia assidua*, *de ædil. ed.* nec tamen ex omni re, sed ex pretiosioribus, *l. emptor*, §. 1. *de evict.* Rei contemptibilis venditio simplaria est quod ex ea agatur tantum in simplam, id est ad pretium recipiendum. At usuræ quoque ex conventione supra duplum solvuntur si modo solvantur pluribus pensionibus per diversa tempora, et ita demum non supra duplum si solvantur una pensione, nec ulla usurarum medio tempore pensitatio intervenerit, *l.* 10. *C. de usur.* quod tamen Justinianus mutavit *Nov.* CXXI. CXXXVIII. CLX. Et sic in trajecticia pecunia sicut usuræ duplum excedere possunt, ita id quod interest, *l.* 2. §. *ult. de eo quod cer. loc.* Usuræ modus est duplex, Centesima, et duplum. Neuter servatur in trajectitia pecunia. Item placet venditorem qui sciens per fraudem vendit rem alienam vel servum qui erat in causa libertatis, omnimodo teneri ultra duplum etiam in immensam quantitatem, *l. seq.* et licet sit generalis Constitutio Justiniani, tamen excipienda semper est causa doli mali, ut liberatione generaliter legata, semper excipimus, nisi si quid factum sit dolo malo. Et hæc de casibus certis. In casibus incertis quibus agitur de re incerta, veluti possessione, liberatione, quibus non est simplum ad cujus rationem duplum constituatur, eadem Constitutio judici dat præcepta duo. Primum, ut in id tantum, quod in veritate interest condemnationem faciat. Alterum, ut ne vanis partium allegationibus quibus sua interesse adfingunt, animum attendat. De possessione exemplum dedi *Obs.* IX. C. XXXI. de obligatione nunc dabo aliud ex *l.* 15. *de re jud.* a Primo stipulatus sum X. a Secundo satisdari Primi nomine: Si agam in Secundum, de re incerta agam, de obligatione quam is mihi præstare debet, et lis æstimabitur quanti re vera arbiter cognoverit mea interesse satisdari: potest tantumdem interesse, id est X. Primo nequeunte solvere, potest minoris, si solvere possit partem: potest nihil, si possit solvere totum, *l.* 112. §. *ult. de verb. obl.* Nec enim vani, et irrationabilis timoris ulla æstimatio est, id est, quod timeat stipulator ne Primus fiat non solvendo, non ideo interim sua interesse fingat satisdari sibi, sed tunc duntaxat cum factus erit Primus non solvendo in totum vel in partem. Adventitii casus non sunt computandi, *l.* 6. *qui et a quib. etc.* et Græci elegantius, οὐ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι δὲ μᾶσι προσέχειν ἡμᾶς. Sed revertamur ad quæst. propositam. Sumptibus ab emptore factis in erudiendum servum, qui in libertatem evin-

citur ex causa fideicommissi: atque ita meliore et pretiosiore servo effecto, venditor qui non ignorabat causam fideicommissariæ libertatis, omnimodo tenetur in id quo servus melior effectus est sumptibus emptoris, vel in sumptus omnes quibus melior effectus est. Ignorans quoque tenetur, sed non ultra duplum: quin et vix in duplum damnabit unquam bonus judex, nisi tanti intersit, quamquam possit id quidem non injuste, propterea quod stipulatio duplæ tacite inest actioni ex empto. Ergo si melior servus apud emptorem effectus sit cum evincitur, augetur id quod venditorem emptori præstare oportet evictionis nomine: nam, ut subjicit Paulus *l. seq.* e contrario quoque minuitur præstatio, si servus deterior effectus sit, et in tantum consequitur emptor a venditore quanti fuit servus evictionis tempore, quia et id tantum ei abest propter evictionem, *l. si cum venditor*, §. *ult. l.* 70. *de evict.* Huic definitioni obstat *l. ex mille*, *de evict.* quæ de servo loquitur nominatim, et ait non minui obligationem duplæ ob evictionem, si servus venditus deterior aut melior factus sit, nec etiam augeri si melior effectus sit: idemque esse in fundo si deterior aut melior factus sit, vel si alluvione fluminis auctus aut diminutus sit, et totus evincatur. Verum Accursius et omnes animadvertere probe, *l. ex mille*, loqui de actione ex stipulatu interposita evictionis nomine quæ stricta est. Hæc committitur, uti concepta est, in duplum, in totum tota re evicta sive ea res melior, sive deterior facta sit, et sive aucta sive diminuta sit: eadem enim est quæ fuit ante etiamsi aucta vel diminuta sit: alioquin nos ipsi non essemus iidem, qui cottidie commutamur. Aliud servatur in actione ex empto: nam etiamsi tota res evicta sit, in id tantum intenditur, quod ex bono et æquo dari oportet, non stricto jure: hoc judicium adjicit vel rejicit quæ adjici vel rejici bonum et æquum est. Quid vero si pars fundi evicta sit, an etiam stipulatio duplæ committetur in totum? Minime: est quidem actio ex stipulatu directa, aspera, simplex, sed non iniqua: porro iniquissimum esset parte evicta committi stipulationem in totum: et ideo si venierit fundus mille jugerum, et flumen abstulerit CC. ac postea evincantur CC. aget emptor ex stipulatu non pro CCL. sed pro CC. tantum. Toto fundo evicto, id est, DCCC. non pro DCCC. sed pro mille. Nunc persequamur quod ad eandem quæstionem adjicit Paulus in *l. seq.* Dixit de servo vendito in quo erudiendo emptor sumptus fecit, an evicto servo in libertatem eos sumptus vel id quo meliorem servum fecit repetere possit. Idem tractari in area vendita potest. Tu in area tibi vendita a non domino, tuis sumptibus ædificium imposuisti, dominus ædes vindicat quasi suas, servare potest sumptus per retentionem sive per exceptionem doli mali habita fructuum compensatione: *l.* 14. *com. divid. l. sumptus*, *de rei vind. l. Paulus*, *de doli exc.* Actionem in dominum non habes, exceptionem habes, ut innumeris aliis causis exceptio sive retentio est, non actio: et recte Demosthenes, *οἱ νόμοι καὶ τοῦ των διδόασι παραγραφὰς ἀντιλαγχάνειν περὶ ὧν οὐκ εἰσὶν εἰσαγωγαί*: et retentionem quidem hanc habes sive bonæ, sive malæ fidei possessor fueris, ut docuimus initio decimæ Observationis, nec est quod adjiciat Accursius in *l. seq.* bona fide. Quod si tibi hac ratione sumptus ædificii non servaveris, non erit tibi eo nomine in venditorem actio ex empto. Cur enim retentione usus non es? aut si per errorem eam prætermisisti, cur non uteris condictione incerti? Non est emptori actio de evictione, qui vindicante domino rem sibi vel id quod interest servare potuit exceptione perpetua, *l. si rem* 1. §. 1. *de evictione:* sicut non est fidejussori actio mandati scienter prætermittenti exceptionem perpetuam, *l. si fidejussor*, §. 1. *mandati.* Eadem vero retentione uti non potuit emptor superiore casu in servo, quoniam evincebatur in libertatem. Si vindicaretur a domino, id est, si evinceretur in servitutem, posses similiter servare tibi impensas eruditionis, et mercedes magistrorum per retentionem, *l.* 1. *C. de inf. exp. l. apud*, §. *si minor*, *de doli exc.* et si ita non prospexeris tibi, nec ages adversus venditorem ex empto. Itaque nihil refert area an servus vindicetur. At *l. sin autem*; §. *ult. de rei vind.* differentiam facit inter servum, et aream: Verum de domino vindicante loquitur, qui aliunde sumptus solvere non potest: quo casu possessor ædificium tollere potest impositum areæ, eruditionem qua imbutus est servus tollere non potest. Nos de domino loquimur, qui sumptibus refundendis idoneus est. Rursus hæc ita procedunt si emptor possideat: nam qui non possidet retentione uti non potest, et evinci tamen ei res potest licet non possideat, ut in *l.* 9. *C. de evict.* quam ita Accursius accipit rectissime, quo casu sane emptori erit actio ex empto in id quo melior area meliorve servus effectus est. Item hæc ita procedunt, si venditor ignoraverit se rem alienam, aut servum statuliberum, vel quasi statuliberum vendere: nam si sciens emptori tenetur omnimodo, id est, etiamsi retentione emptor adversus dominum uti potuerit, atque etiam in omnes sumptus, et in omne id quod interest, licet duplum excedat. Sequitur *l.* 33. *loc.* in hæc verba:

Ad L. si fundus 33. loc. et cond.

Si fundus, quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat:

quamvis per te non stet, quo minus id præstes: quemadmodum, inquit, si insulam ædificandam locasses, et solum corruisset, nihilominus teneberis: nam et si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas: non ut etiam id præstes, si quid pluris mea intersit, eum vacuum mihi tradi: similiter igitur et circa conductionem servandum puto: ut mercedem quam præstiterim restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto præstare cogeris nam et si colonus tuus fundo frui a te, aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei præstabis, quanti ejus interfuerit frui: in quo etiam lucrum ejus continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim majorem aut potentiam ejus non poteris, nihil amplius ei, quam mercedem remittere, aut reddere debebis.

Locasti (*) mihi fundum fruendum: is publicatus est sine culpa tua, sine culpa mea, captus forte ab hostibus, et in publicum redactus: quamvis tua culpa absit, teneris tamen mihi ex conducto ut frui liceat, id est, ut ejus temporis quo frui non licet mercedem remittas, aut reddas. Sed non etiam ultra teneris in id puta quod interest: quia præstare vim majorem non debes, et publicatio hujusmodi vis est, cum nec prohiberi, nec ei resisti possit. Et ita si mihi Insulam ædificandam locasti, et eam ædificavero vel totam vel ex parte, ac deinde solum corruerit, id est, desederit terræ fragore, terræve motu, quæ vis neque evitari neque provideri potest, nihilominus teneris ex conducto ut mercedem solvas, *l. Martius*, *l. ult. h. t.* utroque casu est actio ex conducto, sed uno, ut merces non solvatur, altero ut solvatur. Et rectius id quod posuit initio Africanus confirmat exemplo venditionis, frequens est horum contractuum inter se collatio, ut *l. prox. sup. l. item si pretio*, §. *ult. eod. l. tenetur*. §. *sed si vas, de act. empt.* quia maximam inter se familiaritatem habent, ut ait l. 2. vendidisti mihi fundum: is publicatus est sine culpa tua ante traditionem. Quamvis absit culpa vel mora tua, tamen teneris mihi ex empto, sed in simplum, ut scilicet vel me liberes actione ex vendito, vel pretium quod accepisti restituas, non etiam in omne id quod interest fundum mihi tradi: ex quo intelligitur post perfectam venditionem periculum non respicere ad emptorem. Quod est contra id quod vulgo dici solet, perfecta emptione periculum omne pertinere ad emptorem, *l. id quod*, et *l. seq. de peric. et comm. rei vend.*

(*) *Vid. Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 26.*

Perficitur autem emptio nudo consensu etiam re non tradita aut pretio non numerato. Verum ita accipienda ea regula est ut pereat res emptori non pretium, id est, si res perierit ante traditionem: et perire videtur quæ in publicum redigitur, ut pereat emptori ne id quod interest supra pretium rei consequatur, non etiam ut vel pretium non repetat quod solvit, vel quod non solvit venditori solvere compellatur. Quod confirmat *l. quod si neque*, *de peric. et com. rei vend.* quæ lectis venditis si ante traditionem eos ædilis plebis, cum in via publica positi essent, consciderit, venditoris periculum esse ait, quia scilicet pretii petitionem non habet, quinimo restituit pretium si quod acceperit. Idem confirmat *l. ult. de cond. caus. dat.* quæ in permutatione ad exemplum emptionis si data pecunia, ut daretur Stichus, perierit Stichus ante traditionem, pecuniæ repetitionem esse ait, cum tamen constet ex *l. naturalis*, §. 1. *de præscr. verb.* non esse id quod interest Stichum tradi præscriptis verbis actionem. Idem etiam infra confirmavit *l.* 39. *de solut.* Contra quæ objicitur *l. Lucius*, *de evict.* quæ fundo ex præscripto principis victoria de hostibus parta erepto emptori, et partim distracto partim veteranis adsignato pro emerito periculum ait esse emptoris, et venditori integram esse de pretio actionem. Sed recte Azo in specie *l. Lucius* fundum traditum fuisse emptori. Ante traditionem perempta re vendita pretii remissio vel repetitio est: post traditionem pretii remissio vel repetitio non est. Et traditum fuisse ex eo apparet, quod futuros, et inopinatos casus evictionis dicat ad venditorem non pertinere: nec enim evincitur emptori nisi quod traditum est, nec ante traditionem evictionis nomine actio est, sed in hoc tantum, ut res tradatur emptori. Et quod in hac lege ponitur ante traditionem publicatum fundum satis indicat post traditionem publicato fundo nullam esse emptori actionem: ante traditionem esse, sed litem non æstimari supra pretium rei de quo convenit: si alia ratione evinceretur res emptori veluti jure dominii, vel hypothecæ, vel possessionis, vel usus, vel usufructus, vel emphyteuseos, vel superficii, periculum esset venditoris, sed non etiam si injuria belli, aut vi majore. Et in lectis venditis illa distinctio comprobatur in *l. lectos*, et *l. quod si neque*, *de peric. et com. rei vend.* Nec est cur non transferatur etiam ad ceteras res. At rursus huic distinctioni objicitur §. *cum autem*, *de empt. et vend.* in quo perspicue traditur, perfecta emptione periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinere, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit, et compelli emptorem solvere pretium. Sed juris regulæ in Institutionibus proponuntur, quæ omnes sunt ex

summo jure, et rudimenta: In Digestis incrementa juris, et diligentius exactæ res ad æquitatem. Et vero æquius est, ut qui rem non est nactus emptor pretium non solvat. Et ita quod proponitur in §. *certe*, *de rer. divis.* malæ fidei possessorem domino vindicante impensas servare non posse per exceptionem doli mali, ex jure summo est: nam æquitas aliud suadet ne petitor ex aliena jactura locupletetur, ut docui initio Observationis decimæ. Restat igitur ut concludamus, ante traditionem publicato fundo vel perempto alias et erepto emptori vi majore aut potentia, in hoc tantum esse actionem emptori ut pretium venditor emittat vel restituat. Sed addamus exceptionem, nisi per emptorem mora fuerit, quo minus res traderetur, quo casu pro tradita habetur, nec pretii remissio aut repetitio est, *d. l. lectos*, *l.* 15. *de ju. dot.* In qua ponendum est moram fecisse maritum, non mulierem. Et similiter in *l. si emptione*, §. *pen. de contr. empt.* moram fecisse emptorem. Item nisi per venditorem mora fuerit quo minus rem traderet: hoc enim casu emptori non tantum pretii nomine de quo convenit actio est, sed etiam si quid pluris intersit rem tradi. Idemque est si culpa, si ex delicto venditoris res publicata sit. Et has omnes fere exceptiones addi etiam oportet ad id quod in causa locationes ita concluditur in hac lege venditionis exemplo: publicato vel alias perempto fundo locato conductori in hoc tantum esse actionem, ut mercedem sive pensionem locator remittat aut restituat, non etiam si quid pluris intersit fundo perfrui. Excipiuntur enim hi casus si per locatorem prius mora fuerit quo minus frueretur fundo conductor, vel si culpa locatoris publicatus fundus sit, *l. item quæritur*, §. *si quis mansuras*, *hoc tit.* vel si sciens rem alienam locaverit et a domino evincatur, cui resistere locator non possit *l.* 55. his enim casibus in id omne quod interest locator tenetur, et posteriore etiam ultra duplum. Si ignorans locaverit, et a domino evincatur, non tenetur ultra mercedem, qua in re locatio distat a venditione. Nam venditori etiam ignorans tenetur in id quod interest rem tradi, vel habere licere, sive venditori sive emptori dominus eam rem evicerit: plus enim præstat quam locator, possessionem vacuam, evictionem, redhibitionem. Et ad locatorem tantum ignorantem pertinet distinctio Africani, quæ sequitur. Si conductor ideo frui non possit fundo conducto quod publicatus sit, vel quod chasmate perierit, vel qua alia vi majore aut injuria potentioris, aut jure domini cui resisti non possit, aut incursu latronum, ut ait *l. seq.* ereptus sit conductori, his casibus conductori actio est in hoc tantum ut merces remittatur, vel reddatur, et comparat publicationem vi majori, et injuriæ potentioris, et latrocinio. Sed si conductor fundo frui prohibeatur a locatore, vel ab extraneo quem locator prohibere possit, nec prohibeat, locator tenetur in id omne quod interest conductoris etiam ultra mercedem, non tamen ultra duplum, et in æstimando eo quod interest habebitur etiam ratio lucri, quod fecisset conductor si frui licuisset, *l. si in lege*, §. *colonus*, *hoc tit.* et vero lucraturus fuisset fructus ejus anni quo frui non licet, vel id quod postea pluris alium fundum aliamve coloniam conduxit, vel etiam quo pluris relocaturus erat, *l. qui insulam*, *hoc tit.* nam id agitur hoc contractu, ut frui conductione liceat, et perfrui, *l.* 8. *et* 9. *l. ex conducto*, *ad* §. *colonus*, *hoc. tit. l. ult. de ju. fisc.* ut igitur lucrum, et compendium ex conductione facere liceat, ut alii relocare liceat, *l.* 6. *C. de loc.* nam fructus nomine continetur compendium: et hoc distat fructus ab usu: nam qui nudum usum habet, ut usuarius, aut commodatarius, alii locare rem quam utendam accepit, et ex ea compendium facere non potest, *l. plenum*, §. 4. *de usu et hab.* §. 1. *Inst. eod.* Et id quidem lucri genus tantum continetur actione ex conducto, compendium scilicet quod ex conductione fundi conductor facturus erat, *d.* §. *colonus*, *et l.* 18. non etiam fortuitum, adventitium, extrarium compendium, puta si ex fructibus negotiari, et uberrimum quæstum facere potuit: quod etiam non venit in actione ex empto vel ex vendito: quia nec extrarium damnum: ut si dum moram facit venditor in tradendo frumento, mancipia aut animalia emptoris fame necata sint, *l. si sterilis*, §. *cum per venditorem*, *de act. empt.* Sed id tantum venit in actione ex empto, quod interest circa rem, id est quod ex reipsa manat, et proficiscitur, veluti fructus medio tempore percepti aut percipiendi, *l. venditor*, *de hær. vel act. vend.* et acquisitiones servorum, *l. venditor*, *de evict.* et id quo pluris res hodie est, *d.* §. *cum per venditorem*, *l. Titius*, *de act. emp.* et in actione ex vendito veniunt usuræ quasi fructus, non quod pretio soluto venditor, qui negotiari solebat, ex mercibus plus quam ex usuris quærere potuit, *l. ult. de per. et com. rei vend. l. Imp.* §. *si centum*, *de leg.* 2. Compendium negotiationis est extra emptionem vel extra conductionem, et separatur ab eo quod interest et ab usura, *l. Titium*, §. *altero*, *l. qui negotiationem*, *de adm. tut.* et recte Theophilus in §. *plus*, *de act.* τὸ διαφέρον καὶ τὸ κέρδος. Separat lucrum ab eo quod interest: itemque *l.* 2. *rem rat. hab.* Sed lucrum sive compendium extrarium, ne obstet, *l. si commissa*, *eod. tit.* et generaliter quoties ei quod interest opponitur lucrum,

lucrum extrarium intelligitur. Venit quidem in actionibus, quæ sunt ex negotio gesto, lucrum quodlibet, sive ex re ipsa sit, qua de agitur, sive extra rem, lucrum negotiationis, quod reus scilicet velut tutor aut procurator aut gestor fecit ex administratione rerum mearum, ut id mihi præstet nec lucrum faciat ex administratione negotii mei, *d. l. qui negotiationem*, *l.* 36. *mand.* et venit etiam injustum, *l.* 8. §. 1. *de neg. gest.* Sed lucrum quod actor facere potuit, non venit, neque damnum, quo affectus est nisi circa rem consistat, excepto uno casu, Si pecuniam nauticam creditori certo loco reddi convenerit: hoc enim casu lucri et damni extrarii habetur ratio etiam supra duplum aut centesimam, *l.* 2. §. *ult. de eo quod cer. lo.* quia nautica pecunia modum non habet ullum, non servat modum dupli, modum centesimæ, modum non petendæ vel arcescendæ extra rem allegationis ejus, quod interest: atque ideo compendium, quod ex negotiatione creditor nauticæ pecuniæ facere potuit, si eo loco de quo convenit soluta pecunia fuisset, imputat debitori, atque etiam damnum quod advenit extrinsecus, ut si ob non solutam condicto loco pecuniam inciderit in pœnam vel pignora distracta, vel fiscus cui erat creditor obligatus, qui semper tacitam hypothecam habet, rem creditoris vilissimo distraxerit, quæ venditio rescindi non potuit, ac similiter possit non minus adjungi ille casus, si ob non solutam pecuniam familia sua fame necata sit. Excepto hoc casu in omnibus judiciis vel bonæ fidei vel arbitrariis, vel etiam in strictis, quibus modo agitur ad quantum interest, ut loquitur *l. servum*, *de pign.* quoties æstimandum est id quod interest actoris, ejus tantum lucri vel damni ratio habetur, quod re vera abest vel adest, quod rei cohæret, ut Rogerius dixit, quod rem comitatur, quod circa rem consistit, et ut Græci interpretantur, *d.* §. *cum per venditorem*, *τὸ ὄν διαφέρον ἐξ αὐτῶν τῶν πραγμάτων*: non ejus quod venit aut venire potuit extrinsecus: et placet valde quod Accursius in *l.* 26. *de leg.* 3. post moram hæredis vel legatarii omne damnum venire quo affectus est fideicommissarius, ut si res periit, inquit, vel deterior facta sit: addamus, secus si in rebus propriis patiatur damnum: ac præterea nunquam ratio habetur ejus quod interest, quia et damni dati habeatur, et lucri intercepti, ejus scilicet cujus rationem haberi æquum est, non ejus quod ex alterius injuria quæritur, ut ex *l. si is cui*, §. *ult. de fur.* et *l. Proculus*, *de dam. infec.* idem Accursius tradidit recte in *l. si quis uxori*, §. *pen. de furt.* sed male hoc loco specialem esse casum hujus legis, quo habeatur ratio lucri in putando eo quod interest, cum hæc sit definitio veterum generalis, et confirmata constitutione Justiniani secundum quam ita solemus definire id quod interest, Utilitatem quam haberem vel habere possem si mihi damnum datum, vel lucrum interceptum non fuisset. Rem quæ mihi abest quamve lucrari potui ex causa qua de agitur. Id quo jus nostrum deterius, aut non melius factum est. Hæc ad tractatum quem fecimus de eo quod interest in *l.* 44. *de act. emp.* de eodem hæc supererat inspectio, An lucri semper habeatur ratio, et quatenus habeatur lucri vel damni. Nunc revertamur ad superiorem Africani distinctionem. Hanc idem in *l.* 45. hujus tituli, Servium introduxisse refert in alia, sed simili specie, his verbis.

Ad L. Et hæc distinctio 35. *loc.*

Et hæc distinctio convenit illi, quæ a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut si aversione, insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit effecerit, animadvertatur necessario necne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulæ propter vetustatem cogatur eam reficere, an locator fundi cogatur ferre injuriam ejus quem prohibere non possit? Intelligendum est autem nos hac distinctione uti de eo qui et suum prædium fruendum locaverit, et bona fide negotium contraxerit, non de eo qui alienum prædium per fraudem locaverit, nec resistere domino possit quo minus colonum frui prohibeat.

Conductori frui non licet, quod tamen ei præstare locatorem oportet: emptori habere licere, conductori frui licere. Videndum est qua re fiat ut conductori frui non liceat, ut sciatur quatenus conductori competat actio ex conducto. Si quemadmodum diximus ante, fundo conducto colonus frui prohibeatur a locatore, vel ab eo cui locator resistere possit, hoc casu conductori est actio in id omne quod sua interest fundi conductione perfrui etiam ultra mercedem, in qua inerit damnum seminis, si forte sementem fecerit, et metere prohibeatur, atque etiam lucrum quod ex conductione facere potuit. Sin autem ideo colono frui non liceat quod publicatus sit fundus, toto territorio forte ab hostibus capto, vel quod terræ motu decederit, vel quod injuria potentioris, vel incursu latronum dejectus sit e fundo colonus, vel quod evictus sit fundus a domino cui resistere locator non potest, his casibus colono in hoc tantum est actio ut mercedem locator remittat aut reddat, non etiam si quid ultra mercedem coloni pluris intersit, si ex conductione lucrum facere potuit, si sementem fecerit: sibi enim colonus adscribet damnum seminis amissi non locatori, *l. ex con-*

ducto, §. *sed et si labes, et* §. *pen. hoc tit.* Eadem distinctione utimur in hac specie. Locasti mihi domum: post eam demolitus es reficiendi causa, atque ita fecisti ne frui conductione possim. Aut necessario id fecisti quod propter cariem vetustatis rueret propemodum domus, et hoc casu teneris tantum mihi: in hoc ut pensionem remittas ejus temporis quo frui non licet, ut exoneres mercedem pro rata temporis, *d.* §. *pen.* vel si prorogata sit ut eam reddas, restituas, actione ex conducto vel condictione sine causa vel condictione ex promutuo. Necessitas enim hæc vi proxima est. Imo vis nihil aliud quam necessitas contraria voluntati, et retro necessitas, vis contraria voluntatis, vis cui inviti succumbimus, ut est in *l. pen.* §. *ult. de excus. tut.* et eleganter Græci hoc loco, ἀνάγκη τῆς διαλύσεως ἰσόῤῥοπός ἐστιν βία ὑπερτέρα. Aut non necessario ædes demolitus es, sed quod melius forte ædificare velles, et hoc casu teneris in id omne quod conductoris interest, in quo etiam lucrum continetur, ut si conductor cœnaculariam exercere solebat, et hac via plus acquirere quam ipse locatori solveret, et emigraverint cœnacularii locatore refectionem ædium instituente non necessariam, atque ita interceptum lucrum conductori fuerit, quod ex relocatione ædium per singula cœnacula facere consueverat, ejus lucri ratio habebitur in putando eo quod interest. Et hoc genus quæstus ut notaret ideo ponit locatorem domum locasse aversione, id est, totam uno pretio, quod Græce ὑφ' ὁμάδα, Latine quasi averso vultu, ut Græci τοῦ προσώπου διατρεπομένου. Hæc sunt contraria, locare domum aversione, et locare per singula cœnacula. Locasti mihi aversione. Ego vero locavi per singula cœnacula. Et quod mihi per te frui non licet, nec cœnaculariis licet quibus ego locavi. Itaque his emigrantibus tanti teneris mihi quanti mea interest inquilinos non emigrare, *l. qui insulam, hoc tit. l. in hanc, de damno infec.* Et hanc distinctionem in hac specie Servium Sulpitium introduxisse Africanus refert, et a præcipuo auditore Servii refertur in *d. l. qui insulam*. Et generaliter ex eodem Servio definitur in *l. ex conducto*, §. *hoc tit.* omnem vim cui resisti non potest dominum conductori præstare: quod ita accipiendum est non præstet id quod interest, sed ut mercedem reddat vel remittat pro portione temporis, *d. l. ex conducto*, §. *pen. et* §. *sed et si labes*, ubi Budæus male tabes, recte Basil. ὄλισθος: sed quia de fundo postea agitur qui terræ motu corruit, labes non est accipienda pro ruina quæ venit ex imo, quæque fundum absorbet, sed pro ea quæ venit ex summo, ut si mons deciderit, vel si ex fundo vicino crusta lapsa sit in fundum conductum quæ fructum tulerit aut perdiderit omnem. Sed notandum ad hæc ea tantum quæ inopinata et insolita sunt, cedere damno locatoris, non si quid accidat ex consuetudine: non item si quæ vitia ex re ipsa oriantur, ut si vinum coacuerit, vel si raucis, qui vermes sunt noxii segetibus vel herbis, segetes corruptæ sint, et hic a Græcis inter herbas noxias numeratur ἄγρωστις et ὀσπεριολέων, non item si exercitus præteriens per lasciviam aliquid abstulerit: namque ob has causas ex mercede conductor nihil quidquam deducere potest: et recte, aliquid per lasciviam: nam si prædonum more vel hostium milites vastaverit fundum totum, ex hac causa mercedis deductio vel diminutio fiet. Lascivia est joculatorium malum sive noxius lusus, παιγνίαν interpretantur Græci *l.* 4. 1. *de sicariis*, alibi τρυφήν, σπατάλην, ἀσωτίαν. Ne dixeris lasciviam, neque dolum esse neque culpam. Est enim culpa et plerumque lata, *l. pen. vi bon. rapt.* alioquin inique coercetur. Coercentur milites lapsi per vinum aut lasciviam, *l. omne*, §. *pen. de re mil.* ubi vino recte conjungitur lascivia. Ex vino enim plerumque nascitur lascivia. Coercetur actione in factum qui per lasciviam fugat armentum, §. *interdum*, *de oblig. quæ ex del. nasc.* Coercetur qui per lasciviam causam mortis præbuit, *d. l.* 4. §. 1. ut si in convivio, quæ fuit propria species ad quam proconsuli Beticæ rescripsit Imp. Hadrianus, quidam dum sago jactatur culpa eorum qui sagum tenebant ita male acceptus sit ut in solum ceciderit, et ex eo casu mortuus fuerit post dies aliquot: qua lascivia Svetonius scribit delectatum Othonem, ut noctu vagarentur sæpe et obviorum invalidum quemque aut temulentum corriperet, et distento sago impositum in sublime jactaret: quam et Martialis significat lib. 1. illo versu, *Ibis ab excusso missus in astra sago.* Id Italis hodie est Sbalzar, Gallis *Berner*: nam et Gallorum antiqua lingua Sagum, *Berne*. Sed redeo ad rem. Adjicit Africanus in hac lege, superiori distinctioni locum esse si quis suum prædium locaverit vel si alienum ignorans. In eum qui scivit se alienum locare sine ulla distinctione dari actionem ex conducto quod frui non licet in id omne quod interest, quemadmodum in venditorem scientem si habere non liceat, ut diximus sepe jam supra, atque etiam ultra duplum: nam tam a dupli definitione quam a superiori distinctione semper excipere oportet conventionem *l.* 9. §. *Julianus, hoc tit.* et dolum malum, ne non sit deteriori condicione is qui dolum admisit. Male autem de sciente locatore vulgo accipitur *d. l.* 9. *in princ.* cum palam lex ponat locatorem eam domum quam locavit emisse bona fide, nec ponat postea eum

tempore locationis rescivisse rem esse alienam. Et quod ait, locatorem etiamsi sine dolo aut culpa ejus domus evicta sit nihilominus teneri ut præstet frui licere, eo non significatur teneri eum in id, quodcumque conductoris interest, eadem enim oratio est initio *l.* 33. etiamsi per locatorem non stet, quo minus præstet frui licere, teneri tamen eum ut frui liceat: et tamen ita accipitur ut mercedem remittat vel reddat non si quid pluris intersit: idemque sensus est *l.* 9. Fateor tamen, quod in eadem lege subjicitur, parato locatorem aliam domum non minus commodam præstare, non cogi locatorem reddere mercedem: nam et si non necessariam refectionem domus instituens locator, faciat potestatem conductori conducendi aliam domum et offerat se pensionem pro eo soluturum, quoad domus sua refecta fuerit, eo stat neque remissionem neque repetitionem pensionis esse conductori, *l. quod si habitator, hoc tit.* Sequitur alia quæstio in *d. l.* 38.

Cum fundum communem habuimus, et inter nos convenit, ut alternis annis certo pretio eum conductum haberemus, tu cum tuus annus exiturus esset, consulto fructum insequentis anni corrupisti: agam tecum duabus actionibus: una ex conducto, altera ex locato: locati enim judicio mea pars propria, conducti autem actione tua duntaxat propria in judicium venient: deinde ita notat: nonne quod ad meam partem attinebit, communi dividundo præstabitur a te mihi damnum? recte quidem notat: sed tamen etiam Servii sententiam veram esse puto: cum eo scilicet, ut cum alterutra actione rem servaverim, altera perimatur: quod ipsum simplicius ita quæremus, si proponatur inter duos, qui singulos proprios fundos haberent, convenisse, ut alter alterius ita conductum haberent, ut fructus mercedis nomine pensaretur.

Fundus est communis inter me et te: eum communiter aramus, serimus, colimus, eo fruimur communiter: sed quia sæpe in fructibus percipiendis, et partiendis inter nos exoriuntur rixæ et contentiones, harum amputandarum causa convenit inter nos, ut alternis annis fundum certo pretio conductum haberemus, ut ego puta fundo fruere in solidum hoc anno datis X. pro tua parte, tu autem sequenti anno æque datis X. pro mea parte: vel quod forte inæquales essent partes convenit, ut pro tua parte darem decem tu pro mea XV. Tu cum instaret finis anni tui, dolo malo fructum sequentis anni quo me frui oportebat corrupisti, immisso forte pecore, ut ponitur in *l. si convenerit, com. divid.* vel contra legem vulgarem locationis, ne colonus capra natum in fundo pascat. Finge enim eum fundum fuisse vineam, aut agrum surcularium, atque ita per te factum est quo minus sequenti anno fundo frui possem. In te mihi duplex actio est, ex locato pro mea parte, ex conducto pro tua. Sum enim meæ partis locator, tuæ conductor, et tu utriusque partis fructus maligne corrupisti: et dantur in hoc, ut præstetur damnum, ut omne quod interest etiam ultra mercedem et ultra duplum. Et hoc cum ex Servio Julianus retulisset ita notavit, meæ partis nomine esse actionem Communi dividundo. Venire enim in hanc actionem damnum commissum ab uno ex sociis. Africanus autem et veram esse ait sententiam Juliani et sententiam Servii: ex hac enim causa, vel communi dividundo agi posse, vel ex locato, et ex conducto: quia certo pretio fundum conduximus: quod si dictum certum pretium non fuisset, sane cessaret actio ex locato et ex conducto, quia sine certa mercede locatio nulla est, et esset actio præscriptis verbis, *d. l. si convenerit*, quasi ex negotio simili locationi et conductioni, quia non dicto pretio, id agitur veluti pro pretio, ut fructus compensetur. Sed utroque casu alterutra contentus esse actor debet, quia utraque ad rei persecutione respicit, nec licet eandem rem his consequi, sive persequi. Ergo vel actionem communi dividundo eligere debet, vel actionem ex locato et ex conducto si certa merces intercesserit, aut si non intercesserit actionem præscriptis verbis. In actione communi dividundo inest quod inter se socii convenerunt, vel pepigerunt, *l.* 3. *com divid.* et quod damnum rei communi unus ex sociis dedit, *l. damno, fam. ercis.* Inest actio de pactu pecoris, sed non secundum sui naturam, est enim noxalis, sed in simplum tantum, *l. et puto*, §. *ult. et seq. eod. tit.* Quasi noxalis igitur, ut diximus in *l.* 61. *de furt.* Et hoc ipsum, quod tractavi ante, subjicit Africanus simplicius ita quæri, si proponatur inter vicinos convenisset, ut alternis annis singuli, et suum, et vicini fundum proprium conductum habeant ita, ut fructus pensetur mercedis nomine, mercedis, inquam, certæ de qua convenit: nam et hoc casu si quis eorum fructus insequentis anni, et utriusque fundi fructus dolo malo corruperit, locati judicio veniet fundus actoris proprius, conducti fundus rei proprius. Et simplicius ait, id est, detracta communione fundi, detracta actione communi dividundo, Græci: *δίχα τινὸς ποικιλίας καὶ διαστίξεως*: nam non potest hoc casu introduci actio communi dividundo. Neque dixeris improprie locationem accipi hoc loco, quod Accursius, tentat, cum de certo pretio ponatur convenisse inter nos, nam nec idem possit dicere in specie *l. si olei, C. de loc.* si fundus locatus sit certa olei ponderatione: cum et locandi verbo lex utatur sub titulo de locato, et

contractum hunc dicat esse bonæ fidei, nam si bonæ fidei, locatio igitur vera. Contractus enim similis locationi non est bonæ fidei, veluti Do ut facias. Fateor in emptione et venditione pretium in nummis debere consistere, et recte Galenum 11. de diff. puls. nummum esse σύμβολον ὠνῆς καὶ πράσεως, Platon. 11. de Rep. σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς. At (*) in locatione conductione dico etiam in alia quantitate consistere posse, veluti mensura aut pondere: ac proinde cum colono partiario contrahi locationem, et conductionem, si contrahendæ locationis animus fuerit, ac præsertim si de certa fructuum quantitate veluti modiis vel amphoris tot quotannis inferendis convenit. Plinius 9. Epist. *Non nummo, sed partibus locavi.* Quin etiam tentari potest et locationem esse si cum partiario ita convenerit ut inferret quotannis fructuum qui perciperentur partem dimidiam aut tertiam, nullo adiecto modo. Imo et si inter vicinos, qui singuli proprios fundos haberent, convenerit ut alter alterius fundum alternis annis ita conductum haberet, ut fructus nomine mercedis pensaretur, quamvis de certa mercede nihil convenisset, vel etiam si inter socios non constituta certa mercede convenerit, ut alternis fundum communem conductum haberent, et ut fructus pro pensione cederet, puto Servium dedisse actionem ex locato et ex conducto, alios autem dedisse præscriptis verbis, et componendi discidii causa Tribonianum in hoc §. de suo hæc verba inseruisse, Certo pretio, quibus insertis, nulla relinquitur dubitatio: detractis autem his tum duntaxat merito ad Servium notavit Julianus, quod notavit de actione communi dividundo, atque etiam Ulpianus *d. l. si convenerit,* vel de actione præscriptis verbis. Ait autem in ipso contextu, Cum eo scilicet, id est, ea condicione, pro quo vulgo male, In eo: et ita Africanus loquitur *l.* 59. *de solut.* Nunc transeamus ad *l.* 24. *de præscript. ver.*

Ad L. Titius 24. de præscrip. verb.

Titius Sempronio triginta dedit: pactique sunt ut ex reditu ejus pecuniæ tributum quod Titius pendere deberet, Sempronius præstaret, computatis usuris semissibus: quantoque minus tributorum nomine præstitum foret, quam earum usurarum quantitas esset, ut id Titio restitueret: quod amplius præstitum esset, id ex sorte decederet: aut si et sortem, et usuras summa tributorum excessisset, id quod amplius esset, Titius Sempronio præstaret, neque de ea re nulla stipulatio interposita est. Titius consulebat id quod amplius ex usuris Sempronius redegisset, quam tributorum nomine præstitisset, qua actione ab eo consequi possit. Respondit, pecuniæ quidem creditæ usuras nisi in stipulationem deductas non deberi. Verum in proposito videndum, ne non tam fœnerata pecunia intelligi debeat, quam quasi mandatum inter eos contractum: nisi quod ultra semissem consecuturus esset: sed ne ipsius quidem sortis petitionem pecuniæ creditæ fuisse: quando si Sempronius eam pecuniam sine dolo malo, vel amisisset, vel vacuam habuisset, dicendum, nihil eum eo nomine præstare debuisse: quare tutius esse, præscriptis verbis in factum actionem dari: præsertim cum illud quoque convenisset, ut quod amplius prestitum esset, quam ex usuris redigeretur, sorti decederet: quod ipsum jus et causam pecuniæ creditæ excedat.

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 21.

Dedit Titius Sempronio XXX. millia certa lege. Hæc datio contractus est. Lex vero contractus, sive dationis pecuniæ, pactum est tale, ut ex reditu ejus pecuniæ, etc. Reditus pecuniæ est usura: et ut brevis, ita certa definitio usuræ, Reditus pecuniæ debitæ, vel, reditus sortis debitæ, vel, ususfructus nominum, ut *l.* 3. *de usufruct. ear. rer. quæ usu cons.* id est quasi ususfructus. Sed ut intelligatur vis pacti hujus, enarrandum nobis id est diligentius. Dationi pecuniæ Titius adjecit pactum ut eam pecuniam Sempronius fœnore occuparet quanto maximo posset, et ex usuris redactis tributum quod Titius fisco deberet exolveret ad finem semissis usuræ. Si igitur collocaret pecuniam gravioribus quam semissibus usuris, puta bessibus aut dodrantibus commode negotio gesto, hoc pepigere, ut quod esset ultra semisses usuras, id lucrifaceret Sempronius. Semisses vel fisco præstaret tributi nomine si tantumdem fisco deberetur, vel partem Titio si minus esset in tributo quam in usura semisse: quod si plus esset in tributo, placuit ut id ne sumeret Sempronius ex eo quod superaret semisses usuras si forte gravioribus pecuniam collocasset, sed ex sorte, id est, ut tanto minus Titio redderet ex sorte. Rursus si plus esset in tributo quam in usura semisse et in sorte, placuit ut reliquum Sempronius solveret de suo, idque postea a Titio reciperet. Hæc est lex, hæc pactio, quæ addita est dationi pecuniæ incontinenti, quæ verbis etiam stipulationis conclusa et confirmata non est. Ne dicas rem omnem ita gestam esse pactum nudum, sed dicas esse contractum, datione scilicet pecuniæ certæ, cui inest pactum nudum illud quod enarravimus. Quæritur, an ex eo pacto detur actio: finge Sempronium plus redegisse ex usuris quam solverit tributi nomine,

an ex pacto agere cum eo Titius potest, ut superfluum præstet ad finem modumque semissis usuræ scilicet uti convenit. Dicam ex eo pacto actionem dari, Obiicies regulam juris. Obiiciam hanc conventionem datæ pecuniæ lege certa, quia datione sumpsit effectum, non tam pactum esse quam contractum, cui inest pactum, ut *l. si dominus, hoc titul. l. ult. Cod. de rerum permut. l. legem, Cod. de pactis:* et ex pacto dari actionem non quidem veluti ex pacto propriam, sed actionem ex ipso contractu: nam si inest pactum contractui, et actio igitur, ut ita dixerim, ex pacto inest actioni ex contractu. Si pactum format contractum, et actionem ex contractu igitur. Ut ergo intelligamus quæ actio sit, constituere prius debemus datio illa pecuniæ sub pacto suprascripto, quis contractus sit, Non est creditum: ideoque initio legis non dicit, Titius credidit, sed Titius dedit. Jus crediti hoc est ut tantumdem reddatur. Jus et causa contractus de quo agitur hæc est, ut quandoque minus reddatur vel nihil. Minus, si tributum absumpserit usuram semissem, atque etiam ex forte delibarit aliquid. Nihil, si absumpserit et sortem et usuram. Jus crediti hoc est ut periculum pecuniæ respiciat ad eum qui pecuniam accepit. Jus contractus de quo agitur hoc est, ut respiciat ad eum qui pecuniam dedit: nam si forte eam Sempronius perdiderit sine dolo et culpa sua, non tenetur: et similiter si vacuam et otiosam eam habuerit, id est, si eam fœnori non occupaverit sine dolo et culpa sua, forte quod non inveniret idonea nomina, non tenetur. Item jus crediti hoc est ut ex pacto usuræ non debeantur, ut docuimus in *l. qui negotia, mand.* quod non odio usurarum est receptum, sed quia pactum ex continenti factum in stricti judicii contractibus inest quidem ex parte rei, sed non ex parte actoris: hoc enim tantum receptum est in bonæ fidei contractibus: et quod ait *l. venditor, com. præd.* per stipulationis, vel venditionis legem personas obligari, sic est accipiendum, ut per stipulationem obligentur adiectam venditioni, vel per pactionem; non per pactionem adiectam stipulationi. Lex est non pactio solum, sed et stipulatio facta statim in ipso contractu. Jus autem contractus de quo hic agitur hoc est, ut ex pacto debeatur usura semis, id est, quod ex usura semisse superest soluto tributo. Videtur ergo esse contractus bonæ fidei, quia in bonæ fidei tantum contractibus usuræ veniunt ex pacto interposito initio contractus, ut dixi *d. l. quia negotia:* Et sane contractus hic mandatum est fœnerandæ pecuniæ et solvendi tributi: atque ideo secundum naturam mandati periculum pertinet ad mandatorem, id est, ad Titium non ad Sempronium, et usuræ debentur ex pacto, id est quod plus tulit ex fœnore, quam intulit fisco. Pactum adjectum mandato obligat, et ex eo est actio, non quidem propria actio quædam, sed actio mandati. Unum est tantum, quo quis fretus contendere possit hunc contractum non esse mandatum, quod convenerit inter Titium et Sempronium, ut si gravioribus usuris quam semissibus pecuniam exerceret, id compendi faceret Sempronius quod excederet usuras semisses: quod abhorret a natura mandati: nam aut gratuitum aut nullum est mandatum: ex liberalitate enim, et benignitate proficiscitur: non est liberalitas quæ sequitur lucrum, *l. 10. §. sed et si pecuniam, l. ita ut omnes, mand. l. si tibi rem, hoc t.* et ratio optima, ne ea res sit mihi lucro quæ non est periculo meo, *l. is qui, §. 1. Commod.* Contra vero dicam lucrum hujusmodi non adeo esse certum ut tolerari non possit hoc colore quod sit incertum et pendeat ex casu: nec enim forte inveniet qui velit gravioribus usuris pecuniam accipere, sicut salarium toleratur hoc colore quod sit honor non merces. Et ut depositi actio est, licet conventio excedat depositi modum, *l. Lucius, l. Publia, §. 1. depos.* cur non et mandati, licet particula conventionis quædam paulum recedat a jure et causa mandati: et ita fortiter defendi potest. Sed tollendæ omnis controversiæ causa tutius est agere prescriptis verbis, et repetere ea actione quod amplius fuerit in usura semisse, quam in tributo. Inventa est actio præscriptis verbis propter controversias Jurisconsultorum certantium de nomine actionis: nec enim possint tolli eæ aut evitari melius quam si egeris sine nomine secundum quod conventione præscriptum est, narrata conventione, narrato facto. Verum dicetur sane hæc actio magis esse similis actioni mandati, nam quasi mandatum contractum esse negari non potest: ideoque pactum negotio adjectum ex continenti proderit ad augendam obligationem sive ad usurarum incrementum de quo convenit: quia scilicet instar hæc actio habet bonæ fidei judicii, licet sit stricta: et evenit etiam aliis casibus nonnumquam, ut licet contractus sit stricti judicii usuræ veniant ex pacto, veluti credita nautica pecunia, vel civitatis, vel argentariorum, vel credito frumento, vino, oleo, propriis, certisque rationibus: et interdum etiam sine pacto officio judicis, ut in actione ex testamento, *l. 3. §. nonnumquam, de usur. l. ult. §. præterea, C. de jure dot.* Nunc transeamus ad *l. 9. qui pot. in pig. hab.* Duæ sunt in ea quæstiones. Prior tres causa complectitur, in quibus omnibus idem jus est. Quot igitur casus, tot sint etiam partes hujus questionis. Et ait Africanus:

Ad L. Qui balneum 9. qui pot. in pign. hab.

Qui balneum ex Calendis proximis conduxerat, pactus erat, ut homo Eros pignori locatori esset donec mercedes solverentur: idem ante Kal. Julias eundem Erotem alii ob pecuniam creditam pignori dedit, consultus an adversus hunc creditorem petentem Erotem locatorem prætor tueri deberet, respondit debere: licet enim eo tempore homo pignori datus esset, quo nondum quidquam pro conductione deberetur, quoniam tamen jam tunc in ea causa Eros esse cœpisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiorem ejus causam habendam: amplius etiam sub condicione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi cœperit, si modo non ea condicio sit, quæ invito debitore impleri non possit. Sed etsi hæres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post condicio legatorem exstitit, hic quoque tuendum eum cui prius pignus datum esset, existimavit.

Titius balneum Sempronio locavit ex Kalendis proximis. Græci interpretantur convenienter sequentibus verbis, ex Kalendis Juliis. Hunc diem recte notavit Angelus Politianus fuisse solemnem inchoandis locationibus et mercedibus exsolvendis. Vellem addidisset, vel etiam Kalendas Martias, quod constat ex *l. defuncta, de usuf.* Macrobius 1. cap. 12. *Mense Martio mercedes exolvebant magistris, quas completus annus deberi fecisset.* Pacti autem sunt inter se Titius et Sempronius ex continenti vel ex intervallo, nihil refert, ante Kalendas Julias: ante diem locationis, ut Eros servus Sempronii pignori esset pro mercede. Ut fidejussor, ita pignus præcedere obligationem potest vel diem obligationis, itemque constitutum et stipulatio: nam et stipulatio accessio est aliarum obligationum, sive conclusio, ut significat *l. si dominus, de præs. verb.* Et ex pacto pignoris etiam facto ex intervallo, id est, ex hypotheca jure prætorio datur actio, *l. si tibi*, §. *de pignore*, *de pact.* Idem vero Sempronius ante Kalend. Julias, id est, ante diem primum locationis eundem servum pignoravit Gajo ob creditam pecuniam pure. Quæritur, uter sit potior in pignore Titius an Gajus. Movet dubitationem, quod pignus Titii accesserit obligationi in diem, pignus Gaji puræ et præsenti: ac proinde prior fuisse videtur obligatio principalis in persona Gaji, et pignoris obligatio igitur. Si prior, et potior: nam privilegium temporis potiorem hypothecam facit tuitione prætoris, ut Africanus ait: quia hypotheca prætoria pactio est: et hoc est, quod ait *l. major*, *C. de pignoribus*: secundum voluntatem pacti jurisdictionem, id est, edictum prætoris tueri pignoris conventionem nudam. At contra Africanus, non Gajum, sed Titium potiorem facit: quia pignus recte Titio constitutum est ab initio, licet nondum cœpisset quidquam deberi ex locato conducto: et adjicit Azo recte, ut peti posset: quia nata quidem est obligatio statim, sed non etiam actio ante Kalendas Julias, qui dies est inchoandæ locationis hoc loco, non dies finitæ locationis annive completi, non dies migrationis: nec enim migrabant anno completo, sed quinquennio, quod solerent in quinquennium locationes fieri. Pignus igitur constitutum est antequam agi posset ex locato vel ex conducto, antequam deberetur: et recte constitutum est: nam certum est debitum iri: nec enim infirmari locatio quæ consensu perfecta est per conductorem invito locatore potest, nec per locatorem invito conductore, et veniente die perinde est atque si pura locatio fuisset. Et hæc est sententia primæ partis. Ascendit a facilioribus ad difficiliora, et ait in secunda parte, Amplius idem esse dicendum si pignus accesserit stipulationi condicionali, et ante condicionem alii, qui pecuniam credidit pure, idem pignus obligatum sit: potiorem enim esse causam condicionalis creditoris existente condicione, quia pignus recte contractum est licet nondum cœpisset deberi ex stipulatione, quando certum erat debitum iri si existeret condicio, nec poterat promissor suo facto stipulationem infirmare, vel condicioni adferre impedimentum: videlicet si erat condicio collata in casum vel in potestatem stipulatoris, non in potestatem promissoris: nam si in potestate promissoris, non ante intelligitur contracta pignoris obligatio, quam ipse promissor condicionem impleverit, et cui res ante condicionem impletam fuerit obligata, is potior erit. Sed si fuerit casualis, vel in potestate stipulatoris, pignoris obligatio ab initio consistit: et posteaquam extiterit conditio perinde erit atque si pure concepta stipulatio fuisset, *l. potior*, §. 1. *hoc tit.* et est similis species legis primæ hoc titulo. Cur vero amplius est hoc ita constituere in creditore condicionali quam in creditore in diem? quia scilicet ex contractu in diem obligatio nascitur statim, et facile igitur ei accedit pignus statim. Ex contractu condicionali obligatio non nascitur antequam extiterit condicio: et tamen pendente condicione pignus recte contrahitur, nec potest solvi invito creditore, atque adeo tempus illud observatur quo contractum est, non quo extitit condicio, et præfertur hic creditor illi cui postea idem pignus pendente eadem condicione obligatum est. Amplius etiam est in tertia parte, quam quod fuit in secunda, dum idem ait esse dicendum si pignus accesserit legato condicionali, id est, si hæres legatario condicionali rem suam pignori obligaverit, et mox eandem

antequam existeret condicio legati obligaverit creditori, ac post legati condicio extiterit: nam legatarius in pignore potior erit perinde atque si ut creditum ita purum legatum fuisset: quia pignus recte initio contractum est, nec potuit solvi invito legatario, cum nec fuerit in potestate hæredis efficere ne existeret condicio; quæ non fuit in ejus potestate: aliud enim esset dicendum, si ita legatum proponeretur, Illi do lego si hæres Capitolium ascenderit: nec enim firmo jure niteretur pignus contractum ante impletam condicionem. Amplius autem hoc est in legatario, quam in stipulatore condicionali, quod stipulator condicionalis sit creditor, legatarius condicionalis non item, *l. is cui, de obligat. et act. l. 27. qui et a quib. man.* ex quo multæ differentiæ sequuntur in jure inter legata et stipulationes. Condicio stipulationis retrotrahitur: Condicio legati retro non trahitur. Est igitur in hac lege gradatio quædam hoc modo: Non tantum potior est locator, cui ante diem primum locationis pignori res oligata est, licet ante eum diem alii eadem pignori obligata sit credenti pecuniam pure, sed etiam stipulator condicionalis, cui pendente condicione pignus obligatum est, et non tantum stipulator condicionalis, sed etiam legatarius condicionalis: Et ne quis nunc objiciat *l. 1. in fi. l. potior, in princ. hoc tit. l. pen. supra tit. prox.* notandus est quartus casus quo non idem dicendum est. Si Titius pignus acceperit in eam pecuniam quam post numeraret, et antequam numeraret eadem res Gajo numeranti pecuniam pignorata sit, et post Titius numeraverit, in eo pignore potior erit Gajus non Titius: quia pignus Titii non tenuit ab initio propterea quod solvi potuit nuda voluntate debitoris non accipiendo pecuniam, vel creditoris, non numerando. Et omnino sunt in hoc titulo, vel in hac quæstione de ordine creditorum hypothecariorum, observandæ eæ regulæ. Priorem tempore esse potiorem: a qua excipitur mulier quæ de dote sua agit: quamquam creditor is, qui prior muliere est, per retentionem pignoris æquum sit ut mulierem expellat, quod per actionem hypothecariam non possit. Excipiuntur et alii creditores quorum privilegium, licet posteriores sint, potius et potentius est privilegio temporis, *l. 5. 6. 7. hoc tit.* Si ex pecunia mea, cum esset necessaria refectio, ædes refectæ sint, quæ alii prius fuerant pignoratæ, ego sum potior: Si ex pecunia mea emptæ sint ædes, quæ alii fuerant obligatæ prius generaliter obligatis bonis præsentibus et futuris, ego sum potior: sed hoc interest quod priore casu habeo tacitam ex SC. *l. 1. in quibus caus. pig. tac. cont.* posteriore non item. Expressam habeo et eam quidem privilegiariam, *l. quamvis, C. de pign. l. licet, C. qui pot. in p g. hab.* Tacitam non habeo, nisi pupillus sim ex Constitutione Severi et Antonini, aut nisi emptor solvendo non sit: nam si hoc casu in subsidium habeo rei emptæ utilem vindicationem, perinde atque si ipse emissem, *l. uxor marito, de don. int. vir. et uxor.* cur non et vindicationem quasi hypothecariam? Hodie est magna quæstio quid sit dicendum si rem vendidero et tradidero, et convenerit ut ea res mihi pignori esset donec pretium solveretur, an sim potior illo cui ante obligaverat emptor omnia bona sua præsentia, et futura et intelligo judicari secundum me: non abs re: nam dominium ejus rei acquirit emptor cum hac causa, ut mihi sit nexa pro pretio, *l. 1. §. ult. et seq. de reb. eor. qui sub tut.* et cum hac causa igitur sive hac causa prælata, debet prior creditor in ea re jus sibi pignoris vindicare. Aliæ regulæ eæ sunt. Facto aut perfecto contractu, nec impleto, tempus dati vel conventi pignoris observatur, non tempus impleti contractus: quia ab initio recte constitutum est pignus. Neque perfecto neque impleto contractu, tempus contractus spectatur, non temeus dati aut conventi pignoris: quia nulla intelligitur contracta obligatio ante contractum. et ut de stipulatione dicitur *l. 6. de novat.* numerationem fieri implendæ stipulationis gratia, quæ præcessit, ita hoc casu fieri videtur contractus implendi pignoris causa. Difficilior est altera quæstio de qua scribit in hunc modum.

Titia prædium alienum Titio pignori dedit: post Mævio: deinde domina ejus pignoris facta marito suo in dotem æstimatum dedit: si Titio soluta sit pecunia, non ideo magis Mævii pignus convalescere placebat: tunc enim priore dimisso sequentis confirmatur pignus cum res in bonis debitoris inveniatur: in proposito autem maritus emptoris loco est, atque ideo, quia neque tunc cum Mævio obligaretur, neque cum Titio solveretur, in bonis mulieris fuerit, nullum tempus inveniri, quo pignus Mævii convalescere possit: hæc tamen ita, si bona fide in dotem æstimatum prædium maritus accepit: id est si ignoraverit Mævio obligatum esse.

Priusquam ingrediar hanc quæstionem, quædam dicenda sunt sine quibus ea intelligi aut definiri non potest. Dimisso priori creditore, sive debitor ei solverit, sive posterior creditor, vel obtulerit, obsignaverit, deposuerit pecuniam debitam, posterior subit locum prioris, *l. 4. l. potior, §. ult. hoc tit. l. 1. l. cum tibi, C. eod.* et potior est non in ea tantum quantitate, quam credidit, sed etiam in ea omni, quam solvit priori, *l. creditor, §. sciendum, hoc tit. l. secundus, C. de pign.* et potest pignus vendere si potuerit vendere prior, licet ipse suo jure non potuerit, *l. Aristo, tit. pr ræd.* Denique dimisso priori creditore, ut hæc lex ait,

posterioris pignus confirmatur, et convalescit. Dices merito. Imo non convalescit quod recte contractum est ab initio, et mansit idem semper eodem jure: nam etiam nondum dimisso priori creditore posteriori datur actio hypothecaria adversus debitorem, et quemlibet possessorem præter priorem creditorem, vel ad eum qui ab eo emit, *l. creditor*, §. *si simpliciter, hoc tit.* At convalescere dicitur hoc loco, non quod initio non tenuerit, sed quod jam non possit sibi avelli privilegio temporis a priori creditore, qui dimissus est: infirmum quidem erat pignus quodammodo manente obligatione: prioris creditoris, sed firmius redditur ea sublata. Id quoque sciendum est, pignus rei alienæ non valere, *l. servus, quem*, §. *ult. de act. empt.* Neque tamen omnino esse inutile, atque ideo facile convalescere, ut inferius dicemus, et retentioni locum esse: imo et creditori ignoranti hypothecariam dari adversus debitorem, vel posteriorem creditorem, vel alium possessorem non dominum: et debitori pignoraticiam, *l. si rem alienam*, §. *pen. l. si pignore*, §. *si prædo*, *de pig. act. l. si ab eo, de pignor. l. si non dominus, hoc tit. l.* 4. §. *si rem, de usurp. et usuc.* itemque ignoranti creditori debitor eo nomine tenetur contraria pignoraticia sive sciens sive ignorans rem alienam obligaverit, quod constat ex *l. tutor*, §. 1. *de pign. act.* et imperitissime quidam in *l. rem, de cont. empt.* quod non est in vet. libris, Accursio adscribit non esse creditori eo nomine contrariam actionem. Item sciendum est pignus rei alienæ convalescere acquisitione dominii, non quidem ipso jure, non directo, ut loquitur *l. si Titio, de pign.* Sed per retentionem, *l.* 1. *in princ. eod.* id est per exceptionem doli mali, quod improbe debitor velit rem auferre creditori quam ei pignoravit, quod sit mendax: nam actioni vel exceptioni doli insunt mendacia, *l. quid enim, de dolo*, et hoc etiamsi creditor scierit rem sibi alienam pignorari: nam ignoranti certum est non tantum dari exceptionem, sed etiam utilem actionem, *l. rem, de pign. act. l.* 5. *D. si res al. pign. da. sit*: in qua lege exemplo pignoraticiæ, id est ad exemplum hypothecariæ, ut in jure frequenter utiles actiones dari dicuntur exemplo directarum. His cognitis, finge. Mulier quædam rem alienam Titio pignori dedit, post Mævio: deinde domina ejus rei facta est. Convaluit pignus utriusque acquisitione dominii; etiam posterioris: nam quod valeret ab initio si res fuisset debitoris, convalescit postea si res facta sit debitoris: Atqui valuisset pignus posterioris creditoris si res debitoris fuisset, *l. creditor*, §. *si simpliciter, hoc tit.* convalescit ergo postea dominio acquisito debitori. Mox vero mulier marito eandem rem æstimatam dedit in dotem: vendidit igitur et maritum ejus dominum fecit, et pretium voluit esse in dotem: et ad extremum mulier Titium dimisit priorem creditorem soluta pecunia. Quæritur an Mævius possit adversus maritum agere actione hypothecaria. Et ait, non posse: nam si agat, vel agat ex persona Titii quasi in ejus locum successerit, vel ex persona sua, non potest ex persona Titii: nec enim successit in locum Titii: quia nec potuit in pignus succedere, quod jam non est in bonis mulieris, sed mariti: non potest etiam agere ex sua persona suoque jure. An quia sicut posterior creditor non potest agere hypothecaria adversus eum qui a priore creditore pignus emit, *d.* §. *si simpliciter. l.* 1. *C. si ant. cred. pig. vend.* ita non potest agere in eum qui a debitore emit: quod utique admitterem si emerit a debitore, ut ex pretio debitor liberaret se a priore creditore, et liberaverit se: quia hoc casu emptor succedit in locum prioris creditoris, *l.* 3. *C. de his qui in pr. cred. l. Aristo, tit. præced.* At in hac specie data re æstimata in dotem ex pretio non est liberatus prior creditor, sed id maritus retinuit dotis causa: igitur non successit in locum prioris. Et præterea in eo, qui emit a priori creditore, non distinguimus scierit an ignoraverit rem alii obligatam esse: nam emptio rata est si jure creditor vendiderit, adeo ut nec posteriori creditori sit offerendi facultas, *l.* 5. *tit. seq.* In marito distinguitur: nam si scierit rem fuisse obligatam Mævio, tenetur hypothecaria, si nescierit, non tenetur. Non est quærenda alia ratio quam quæ ab Africano redditur. Nullum tempus inveniri posse quo pignus datum Mævio valuerit, aut convaluerit. Non valuit quo tempore contractum est. Non convaluit quo tempore dimissus est Titius: quia et hoc et illo tempore res fuit aliena. Ratio est sumpta ab enumeratione partium, sed vitiose, ut videtur, quandoquidem prætermittitur pars una, id est medium tempus. Medio tempore pignus Mævii convaluit acquisito dominio mulieri, et convaluisse ex eo apparet, quod ei detur in malæ fidei emptorem actio hypothecaria. At certe verius est, nec medio tempore convaluisse pignus Mævii, quia ei obstabat Titius, qui eum præcedebat; nec poterat utrumque pignus implere: ac proinde infirmum erat Mævii pignus duabus ex causis, quod res aliena erat, et quod Titius prior erat: quarum una tantum efficit quantum altera: et una quidem causa convaluit pignus medio tempore dominio acquisito mulieri, altera non convaluit, quia medio tempore dimissus Titius non est, sed post æstimationem demum aut venditionem rei in maritum factam. Nullo igitur tempore plene convaluit: et ideo nec agit hypothecaria in maritum ignorantem. In scientem agit, quia id egit dolo malo cum muliere, ut res

æstimaretur fraudandi Mævii causa. Et hoc cum non perciperet Accursius, multa comminiscitur in hunc §. ac primum ideo non convalescere pignus Mævii dominii acquisitione, quod simpliciter esset contractum, id est nullo alio modo adjecto nullave lege, sed ita si desiisset teneri Titio: desiit autem teneri quo tempore desierat esse in bonis mulieris: male, nam Africanus repugnat. Titio, inquit, dedit, post Mævio. Hoc quid aliud est, quam, utrique simpliciter dedit? Male, scisse Mævium rem fuisse alienam, et ideo acquisito dominio non dari ei actionem hypothecariam. Hoc enim non omisisset Africanus si ratio responsi penderet ex eo. Deinde etiamsi scivit, non dabitur quidem ei, fateor, hypothecaria adversus debitorem, id est adversus dominum *l.* 1. *de pig.* sed adversus alium possessorem dabitur, ergo adversus maritum. Male etiam adjicit Mævium scisse eam rem obligatam Titio: nam hæc ei scientia nihil obest nisi in hoc ne agat contraria actione, *l. tutor*, §. *pen. de pign. act.* non etiam ne agat hypothecaria actione. Male, eam rem alienam fuisse obligatam Titio quia erat debita mulieri: tunc enim pignus Titii ab initio constitisset etiam ante acquisitionem dominii, *l.* 1. *de pign. l.* 3. §. 1. *hoc. tit.* nomen enim pignori datur recte, et pignus, et jus quodcumque nostrum quod est in re aliena: deinde obligata cur fuerit res Titio non est quod quærat, cum nullo verbo Africanus dicat rem fuisse obligatam Titio: ut perperam quoque mox adjiciat, ideo fuisse obligatam Titio quod ignorasset rem fuisse alienam: quæ ratio etiam non est idonea: nec enim ideo magis obligatur pignus rei alienæ, quod creditor ignoret rem esse alienam. Illud pessime, etiamsi mulier inæstimatam rem dederit in dotem, Mævio non esse actionem hypothecariam: nam tempore dimissi Titii hoc casu res fuisset in bonis mulieris: et convaluisset igitur sine controversia pignus Mævii. Et illud item pessime, non teneri etiam hypothecaria maritum si mala fide rem æstimatam in dotem acceperit: iniquum enim hoc esse, ne ei fraus sua prosit, et contra manifestam distinctionem Africani. Sequitur *l.* 51. *de ædil. ed.*

Ad L. Cum mancipium 51. *de ædilit. edic.*

Cum mancipium morbosum vel vitiosum servus emat, et redhibitoria vel ex empto dominus experiatur, omnimodo scientiam servi, non domini spectandam esse ait: ut nihil intersit, peculiari an domini nomine emerit: et certum incertumve mandante eo emerit, quia tunc et illud ex bona fide est, servum cum quo negotium sit gestum; deceptum non esse: et rursus delictum ejusdem, quod in contrahendo admiserit, domino nocere debet: sed si servus mandatu domini hominem emerit, quem dominus vitiosum esse sciret, non tenetur venditor: circa procuratoris personam, cum quidem ipse scierit morbosum, vitiosum esse, non dubitandum quin quamvis ipse domino mandati vel negotiorum gestorum actione sit obstrictus, nihilo magis eo nomine agere possit: at cum ipse ignorans esse vitiosum, mandatu domini qui id sciret emerit, et redhibitoria agat ex persona domini, utilem exceptionem ei non putabat opponendam.

Quæstio legis hæc est; servo vel filio emente mancipium morbosum aut vitiosum, cujus mens et existimatio spectanda sit, patris vel domini, cui ex eo contractu acquiritur actio, an filiif. vel servi qui contrahit: quæ definitur in priori parte legis. Posterior pars est de procuratore similiter utrum procuratoris opinio spectanda sit qui emit mancipium morbosum, an domini: nam si quis emerit sibi ignorans mancipium morbosum aut vitiosum, jure honorario, id est ex ædilitio edicto, habet actionem redhibitoriam rescindendæ venditionis causa in venditorem, qui scivit aut scire debuit nec certiorem fecit emptorem, vel jure civili habet actionem ex empto: nam redhibitio quoque continetur empti judicio, *l. ex empto*, §. *redhibitionem, de act. emp.* et electio est emptoris utro jure experiri malit. Sed si sciens emerit, non potest queri nec agere in venditorem eo nomine. Quid ergo si non ipse sed servus suus emerit, aut filiusf. aut procurator, cujus scientia vel ignorantia spectabitur? De servo primum dicam, deinde de procuratore. Et quæ de servo, eadem de filiof. Et rursus de scientia primum dicam, deinde de ignorantia. Venditor domino non tenetur redhibitoria vel ex empto actione si servus scierit mancipium quod emebat esse morbosum aut vitiosum, dominus ignoraverit. Scientia servi, qui negotium gessit, domino nocet: quod Africanus ait esse verum omnimodo, id est indistincte sive emerit servus suo nomine quod est peculiari nomine, sive emerit nomine domini. Si suo nomine, hoc est certissimum spectandam esse scientiam servi, quia sibi negotium principaliter gessit, non domino. Sed idem erit si emerit nomine domini. Nomine domini emit qui domino emit nominatim sive mandatum habeat sive non, id est sive quasi procurator emat sive quasi gestor: et latius patent hæc verba, Nomine domini quasi generalia, quam mandato domini. Et rursus omnimodo, id est sive quoties dominus mandavit emi, certum emi mandavit veluti Stichum, sive incertum, id est hominem generaliter: nam utroque casu scientia servi inspicitur non domini. Si incertum, est ratio cur scientiam potius servi spectari

conveniat qui emit certum, quam domini qui mandavit emi incertum : quia dominus omnem emptionem posuit in arbitrio servi, dum generaliter ei mandavit ut hominem emeret quem vellet. Sed idem tamen erit si certum emi mandaverit: inspicietur enim scientia servi eaque domino nocebit : et generaliter his omnibus casibus delictum, id est culpa vel stultitia servi, qui sciens emit hominem morbosum aut vitiosum, domino nocebit, quia non erit domino etiam ignoranti facultas rescindendæ venditionis per actionem redhibitoriam, vel ex empto. Nunc de ignorantia tractemus. Ut scientia servi domino nocet indistincte, quo minus habeat actionem redhibitoriam, an et ignorantia prodest quo magis habeat eam actionem, licet ipse scierit mancipii morbum aut vitium? quod dicendum videtur, ut contrariorum sit contraria consequentia. Et sane si suo nomine servus emerit, ignorantia servi domino scienti prodest, ut ei competat actio redhibitoria : idemque erit si mandaverit dominus incertum hominem emi: sed addi potest ad utrumque casum exceptio, *arg. l. imo, de lib. caus. et l.* 2. §. *si servus*, *pro empt.* nisi tempore emptionis præsens dominus fuerit, qui sciebat venalis servi morbum aut vitium et potuerit servum prohibere ne emeret nec prohibuerit: hoc enim casu ignorantia servi ei non prodest : quod habet rationem manifestam. Quid autem si dominus certum hominem emi mandaverit, qui non ignorabat hominis morbum aut vitium? Et hoc quoque casu placet ignorantiam servi domino scienti non prodesse : quia ipse contraxisse intelligitur non servus : quod confirmat *l.* 13. *de cont. empt.* nec est in eo quidquam quod repugnet, nisi objeceris rationi quam adduximus, quod ipse dominus scilicet videatur negotium gessisse non servus : eidem rationi esse consequens ut si scierit servus tale esse mancipium, dominus ignoraverit qui eum ipsum emi mandavit, scientia servi domino non noceat, quod tamen negavimus ante de servi scientia tractantes. Nec est quod respondeas, nisi dixeris, quod est in regula juris, rapiendam esse occasionem juris quæ præbet benignius responsum. Benignius esse rescindi venditionem semel contractam, cujus sustinendæ occasio præsens est aliqua: et coerceri quoque edicto occasionem rescindendæ venditionis ex causa morbi vel vitii quod latuit emptorem, brevi tempore, puta sex mensium : nam actio redhibitoria est semestris. Idcirco non domini tantum scientia, qui certum hominem emi mandavit, impedi actionem redhibitoriam, sed etiam scientia servi : et hoc est quod ait, scientiam servi spectari sive certum dominus sive incertum emi mandaverit : et in eo solo consistit differentia inter scientiam et ignorantiam servi : nam si certum emi mandaverit, ignorantia servi non inspicitur, si incertum, inspicitur; et quod ait illo loco, Ex bona fide esse, servum qui contraxit deceptum non esse, id est ignorantiam servi inspici debere, id ut subjicit, non obtinet illo casu quo dominus certum emi mandavit. Concludamus ergo, scientiam servi inspici etiamsi dominus certum emi mandaverit quem ignorabat esse vitiosum aut morbosum : nec est ullus locus in jure qui huic conclusioni in eadem specie repugnet de actione redhibitoria. Opponitur quidem *l.* 2. *de litig. et l. imo*, *et seq. de lib. cau.* Verum non sunt de actione redhibitoria, sed de aliis casibus: at similibus : imo dissimilibus, et in quibus non est par utilitatis ratio ne proniores simus ad rescindendas venditiones. Et casus *l.* 2. hic est. Qui sciens emit rem litigiosam, fisco pœnam committit, *l.* 1. *de jur. fisc.* Ignorans excusatur. Quid si servus emerit? Scientia servi inspicitur, sed si dominus certam rem emi mandaverit ignorans litigiosam eam esse, hoc casu scientia servi non inspicitur : quod efficit eadem benignitatis ratio, ne dominus ignorans et innocens propter scientiam servi in pœnam incidat: eadem igitur ratio in genere, non in specie. Casus autem *l. imo, et seq.* hic est. Qui ignorans emit liberum hominem, qui venire se patiebatur dolo malo, adversus eum habet actionem pœnalem in duplum. Qui sciens, non item. Quid si servus meus emerit sciens, ego ignoraverim? Scientia servi inspicitur, nisi mandavero certum emi nominatim : nam mihi hoc casu sane competit pœnalis actio, hac ratione, ne propter scientiam servi pœnæ eximatur liber homo, qui se quasi servum dolo malo venire passus est, maxime cum non tam emisse videatur servus meus, quam ego, qui nominatim servo eum hominem emendum destinavi. Et in summa, in casu hujus legis scientia servi nocet domino etiamsi certum emi mandaverit, ignorantia prodest, nisi certum emi mandaverit. In casibus *l.* 2. *et l. imo, et seq.* scientia servi nocet, et ignorantia prodest: nisi dominus certum emi mandaverit: hoc enim casu neque scientia servi domino obest neque ignorantia prodest. At quod hoc casu detracto ita definitur, scientiam servi nocere domino: ignorantiam servi prodesse domino est contra regulam *l.* 5. *de jur. et fact. ign.* nisi ita accipiatur, principali personæ neque alterius scientiam nocere nec alterius ignorantiam prodesse : ut cohæredi in petenda bon. possessione cohæredis scientia non nocet, vel ignorantia non prodest. Imo et filio cui principaliter defertur bon. possessio, patris scientia non nocet, id est, non cedunt filio ignoranti dies petendæ bon. possessionis quibus scivit pater dela-

tam esse filio bon. possessionem, et similiter patris ignorantia filio scienti non prodest, *l.* 3. *l. ult. quis or. in bon. possess. ser.* et simile exemplum sumi potest ex *l. non solum*, §. *sed et si plures, de lib. cau.* Principalis autem personæ scientia nocet, vel ignorantia prodest hæredi ejus, et successori universali, vel etiam illi cui per eum omnem emolumentum acquiritur, id est, patri vel domino: atque ita in superiori specie petendæ bon. possessionis, quæ delata est filio principaliter, scientia filii nocet patri, ignorantia filii prodest patri. Et ita in casu hujus legis et *d. l.* 2. *et l. imo*, principalis persona est servus aut filius qui emit suo nomine. Sed et pro principali habetur, qui emit nomine domini vel patris, si non ex mandato emit, vel si ex mandato emendi hominis incerti, quia collato in eum arbitrio emendi hominis, quem vellet, factus is est quasi auctor et princeps emptionis: et ideo scientia ejus domino nocet, ignorantia prodest. Dominus autem habetur pro principali si mandaverit certum hominem emi: et ideo scientia vel ignorantia domini inspicitur non servi, præterquam in casu hujus legis, quo ignorantia quidem servo non inspicitur, sed scientia inspicitur ut cohibeatur occasio rescindendæ venditionis, et similiter ut cohibeatur occasio usucapionis, quæ lucrum possessori ex re aliena parat invito domino, quæque ob eam rem multis constringitur legibus; ne facile procedat, indistincte scientia filii vel servi patri vel domino nocet: imo quod amplius est in usucapionis causa, quam redhibitionis scientia patris, vel domini etiam usucapioni obstat indistincte: qua de re tractatur in *l. hæres*, §. *ult. de usurp. et usuc.* Et hæc de priori parte hujus legis sufficiant: quæ qui bene perceperit, etiam intellexerit, quam erret a vero Accursius, dum ab his verbis, Nomine domini, quæ tamen generalia sunt, excludit mandatum domini, dum ab his, sive certum sive incertum mandante domino emerit, excludit Nomen domini. Transeamus ad posteriorem partem, quæ est de procuratore: et in ea procuratoris nomine continetur etiam voluntarius, id est gestor qui sine mandato gessit negotium alienum, ut *l.* 17. *de in rem ver.* ac propterea recte subjicit, eum teneri mandati, vel neg. gestorum, mandati, procuratorem verum scilicet, neg. gestorum, procuratorem voluntarium, sive gestorem, et ita Quintilianus 7. c. 4. *Male gestæ procurationis, in foro, negotiorum gestorum: nam et mandati actio est*: et *l.* 4. *de fidejuss.* quæ ita non male legitur a Græcis, divisa una quæ vulgo est, sententias in duas. Potest accipi fidejussor ejus actionis quam habiturus sum. Adversus eum pro quo fidejussi vel mandati neg. gestorum actionem habeo. Cujus vero scientia inspicienda est si procurator emerit mancipium morbosum, aut vitiosum? Si procurator emerit. Si igitur emerit nomine domini. Quod de procuratore dicam, idem dicam de tutore vel curatore. Scientia procuratoris inhibet actionem redhibitoriam: nec enim ea vel ipse procurator, vel dominus experiri potest, licet alia ex contractu procuratoris domino detur utilis actio, si aliter rem servare non possit, sed domino procurator tenetur actione mandati, vel neg. gestorum ob delictum suum: et hoc indistincte Africanus tradit, sive certum hominem dominus, sive incertum emi mandaverit; et si incertum emi mandaverit, congruit *l. imo, et l. non solum*, §. *pen. de lib. cau.* quæ sunt de eo procuratore qui sciens liberum hominem emit sine mandato, vel ex mandato emendi hominis incerti. Sed si certum dominus emi mandaverit, pugnat *l. in servo, eod. tit.* quæ vult scientiam procuratoris domino non nocere; id est, non auferre actionem pœnalem in duplum adversus eum qui dissimulavit condicionem suam, et hoc ne impunitus sit dolus liberi hominis, qui improbe in ea re versatus est. In quæstione autem actionis redhibitoriæ etiamsi dominus certum emi mandaverit, scientia procuratoris nocet ut conservetur venditio potius quam rescindatur. Ignorantia quoque procuratoris domino scienti non præbet actionem redhibitoriam, vel ex empto, *l.* 13. *de contr. empt.* At ipsi procuratori præbet, nec si ea agat repelli potest exceptione ex persona domini. Filius quoque et servus qui nesciere morbum aut vitium venalis, recte agerent ex sua persona si qua suo nomine actione experiri possent. De nuntio non est quod quæramus: nullus enim casus existere potest quo scientiam vel ignorantiam ejus spectari conveniat: nam vice epistolæ fungitur, ut Accurs. hoc loco scripsit recte, et nihil aliud est quam epistola loquens: ut contra Epictetus Adriano respondit, epistolam esse nuntium tacitum. Nuntius minister est. Procurator minister non est: officium enim præbet non ministerium. Nunc ex instituto ordine explicanda venit *l.* 47. *de evict.* cujus hæc sunt verba:

Ad L. Si duos. 47. de evict.

Si duos servos quinis a te emam, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore quin recte eo nomine ex empto acturus sim, quamvis alter X. dignus sit: nec referre separatim singulos an simul utrumque emerim.

Duos servos emi Stichum et Pamphilum, singulos aureis quinque. Stichus evictus est. Si separatim singulos emerim, certum est competere mihi ex empto actionem evictionis nomine. Si

utrumque simul emerim; nihil etiam dubii esse ait quin sit mihi actio de evictione in id quod interest. Spectabitur autem in ea tantum is qui evictus est, non etiam is qui evictus non est: namque tot sunt de evictione actiones, quot servi, quamvis simul empti, et uno pretio unoque instrumento comprehensi sint, *l. cum plures, hoc tit. l. et si uno, de act. emp.* Objicitur *l. si quis aliam, de solut.* quæ si pro nummis, vel qua alia re mihi debita volenti mihi dederis duos fundos in solutum, evicto altero fundo, ait posse agi pristina actione in solidum, quasi non aliter videatur sublata pristina obligatio quam si utrumque fundum quem dedisti in solutum feceris meum. De pristina actione loquitur, non de actione ex empto ut possit ea etiam agi in solidum perinde ac si uterque fundus evictus esset. Sed idem videtur dicendum de actione ex empto: nam constat ex hac causa etiam ex empto utilem actionem esse, *l. 4. C. de evict. l. eleganter, de pign. act. Nov. 4.* quia datio in solutum est similis emptioni aut permutationi, quæ et ipsa emptioni simillima est. Emptioni si pro nummis fundus aut fundi dati sint in solutum, Permutationi si pro alia re quæ etiam corpore constet. Et non est novum ut sit electio actoris qua actione agat, pristina actione quasi non solverit debitor, an utili ex empto quasi solverit: nam et si accepto tulero debitori ut mihi expromissorem daret nec dederit, vel agam pristina actione quasi inutilis sit acceptilatio, *l. licet, de ju. dot.* vel actione in factum præscriptis verbis in id quod interest, *l. ob eam. de præsc. verb.* vel condictione ob rem dati, *l. si accepto, l. si mulier, de condic. cau. da.* quasi utilis sit acceptilatio. Sed si superiore casu datis duobus fundis in solutum, evicto altero, agam ex empto de evictione: dico separatim spectandam esse actionem in eo fundo qui evictus est, non in utroque: quia tot sunt evictiones, quot sunt fundi, et hanc esse constituendam differentiam inter actionem ex empto et pristinam actionem. At dubitatio præcipua hujus legis non in eo consistit, si duos servos vel fundos simul emerim quinis aureis, evicto altero, separatim detur actio ex empto ob evictionem, an utriusque nomine: sed hoc quæritur an evicto altero sit actio de evictione, si is qui evictus non est tanti sit quanti uterque emptus est, puta X. quoniam potest videri, nihil interesse emptoris apud quem remanet servus qui tanti est quanti uterque emptus est. At certe interest emptoris habere eum qui evictus est, ut quo amplius est alter, id lucro ejus cedat potius quam venditoris: et ita definit Julianus vel Africanus hoc loco. Sed valde obstat *l. si duorum, de act. emp.* quæ in simili specie vult lucrum cum damno pensari. Species hæc est: Quidam duos fundos vendidit simul uno pretio, vineam scilicet et pratum aut sylvam cæduam, et vineam separatim dixit esse C. jugerum, pratum CC. In vinea desunt X. jugera, in prato exuperant, quoniam vinea est XC. jugerum, pratum CCX. Constat venditorem teneri ex empto quod minor sit modus vineæ licet amplior sit prati, et constet universus modus CCC. jugerum *l. si in qualitate, l. si fundo vendito, de act. emp.* nec agenti emptori obstat exceptio doli mali, quia dolo non facit qui perpetuo jure utitur, id est directo jure. *l. 2. C. Th. de jur. fis.* Et jus directum hoc est ut teneatur venditor qui majorem modum dixit, et si minorem dixit, ut quod amplius est ad compendium emptoris pertineat. Et ita si vendiderit uno pretio duos statuliberos, et singulos dixerit manumissos sub conditione dandi decem, et unus 15. alter 5. dare jussus sit, tenetur ex empto, quamvis constet summa, et sit ab utroque emptor accepturus 20. Contra si plus sit in vinea quam in prato, et constet universus modus, *d. l. si duorum*, significat non esse quod eo casu queratur vel agat emptor, cum quod in prato deest exuperet in vinea, cujus reditus longe amplior est quam prati. Ita judicant Jurisconsulti: ita Columella 3. *cap.* 3. Vulgus aliter, quod pratum sine opere paratum sit, et quod ei minime quasi noceri possit. Sed, ut ille docet, quod vinea infamis est, hoc non suo, sed hominem vitio contingit, qui vineta per avaritiam vel inscitiam vel per negligentiam perdunt, qui si cum scientia sociarent diligentiam, omnes illos qui fœnum suum et olera amplexantur, incremento patrimonii facile superarent. Et ad extremum concludit Paulus in *d. l. si duorum*, in omnibus etiam superioribus casibus æquius esse lucrum cum damno pensari, et quod deest emptori suppleri: quæ conclusio Triboniani potius esse videtur quam Pauli: et non male producetur ad causam evictionis: ideoque si ultra pretium non intersit emptoris, non aget ex empto evicto altero in specie hujus legis, vel si quid amplius intersit, in id tantum aget quod amplius interest: nisi dicamus, quod est verius, in specie hujus legis non venisse duos servos confuse uno pretio, ut *d. l. si duorum*, sed distincto pretio, id est singulos quinque: nec qui dicuntur venisse simul, ideo dicuntur et uno pretio venisse: quamobrem non subest hic eadem admittendæ compensationis ratio. Et observandum in hac specie hominem dignum 10. emptum 5. Hæc fraus est tolerabilis, non si vel dignum 10. emerit quis 4. aut 5. vel dignum 10. vendiderit 21. nam propter hanc fraudem venditio quodammodo rescinditur: quod non opinor esse primum introductum *l. 2. et 8. C. de resc. vend.* sed jure vetustiore, cum in Pandectis nullam speciem inveniam, qua vel emptor

dimidio minoris emerit vel venditor dimidio pluris vendiderit, et in hac ad finem dimidii emerit emptor, quod licet, non dimidio minoris. Quod sequitur in *l.* 27. *de usur.* est apertissimum.

Ad L. Cum patrifamilias 27. de usur.

Cum patrifam. mora facta sit, jam in hærede ejus non quæritur mora: nam tunc hæredi proximo hæreditario jure ea competet, ideoque ad ceteros quoque deinceps transmittitur.

Mora fit ex persona, *l. mora hoc tit.* nec tamen ideo minus ad hæredem ejus pertinet qui moram fecit, cuive mora facta est. Ad hæredem ejus qui moram fecit, id est qui interpellatus non solvit, licet hæres interpellatus non fuerit. Ad hæredem ejus cui mora facta est, id est qui debitorem frustra interpellavit, licet eum etiam hæres non interpellaverit. De hærede ejus cui mora facta est loquitur Africanus hoc loco: sed idem statuimus de hærede ejus qui moram fecit: et ita *l. si servum*, §. *nunc videamus*, *de verb. obl.* definit culpam debitoris, quo nomine comprehenditur etiam mora, perpetuare obligationem debitoris et successoris ejus. Sive igitur moram defunctus fecerit sive passus sit, eam transmittit ad hæredem, jure hæreditario, ut African. ait, quia scilicet hæres in jus omne defuncti succedit, in commoda et incommoda, in vitia et in virtutes quæ in defuncto fuerunt, *l. cum hæres*, *de diver. temp. præs. l. non solum*, §. *pen. de lib. cau. l. vitia*, *C. de acquir. poss.* et consequenter non ad proximum hæredem tantum mora transmittitur, sed etiam ad ulteriores, prout hæres hæredem, sicut Flaccus loquitur, velut unda supervenerit undam: nam quæ jure hæreditario hæredi proximo competunt, et sequentibus competunt in infinitum. Quæ proprio quodam jure, non item, *l. sciendum*, *de verb. sign.* Et quod dicitur, moram fieri ex persona, non hoc est, personæ eam adhærere nec ad hæredem transire, sed nasci eam ex interpellatione personæ ipsius quæ debet vel cui debetur: mora enim nihil aliud est quam frustratio interpellantis creditoris vel debitoris. Et quod dicitur *l. Titia*, §. *usuras*, *de leg.* 2. Semel moram intervenisse sufficit, hoc est una interpellatio sufficit modo fiat opportuno loco et tempore, nec remittatur vel intermittatur: nam ne persona quidem mortua quæ fecit moram vel passa est, necesse est repeti interpellationem in personam hæredis, et perperam interpretes quidam ad creandam moram plures interpellationes requirunt: et abutuntur in eam rem *l. qui Romæ*, §. *cohæredes*, *de verb. oblig.* nam etsi in ejus specie ponatur sæpius factam interpellationem, non ideo sequitur sæpius esse faciendam. Quod enim ex abundanti fit, ex eo jus non sumitur. Instantia quidem post interpellationem ut perseveret necesse est, *l. mora*, §. 1. *hoc. tit.* non etiam ut denuo cogantur testes et iteretur interpellatio. Interpellatio est admonitio, quæ fit testato, solvendi vel accipiendi ejus quod debetur. Mora, contemptio hujusce admonitionis. Ait autem, Cum patrifamilias: quia soli patresfam. vel qui pro patribusf. habentur, hæredem habent testamentarium, vel legitimum. Nunc transeamus ad *l.* 51. *de ju. dot.* cujus hæc sunt verba.

Ad L. Quæ fundum 51. de jure dot.

Quæ fundum in dote habebat divortio facto, cum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, uti decem in dotem acciperet, et fundum sibi restitueret, ac datis decem, prius quam fundus ei restitueretur in matrimonio decessit. Illud ex bona fide est, et negotio contracto convenit, ut fundus quasi sine causa penes maritum esse cœperit, condicatur. Et hoc evidentius circa actionem pignoraticiam apparebit: etenim si cum fundum Cornelianum pignoris causa tibi tradidissem, postea ex conventione fundum Titianum in hoc tibi tradiderim, ut Cornelianum mihi restitueres: minime, puto, dubitandum erit, quin statim recte pignoraticia ad recipiendum Cornelianum agere possim.

Divortio facto prius quam repeteretur fundus quem mulier dederat in dotem, redintegratum est matrimonium, et pacta est mulier cum viro, ut is fundus sibi restitueretur, et X. acciperet in dotem: adjectum est pactum restituendi fundi dationi secundæ dotis, quod si non fuisset adjectum, tacite idem fundus rediisset in dotem, *l.* 14. *l. dotem*, *l. divus*, *l. post divortium*, *hoc tit.* Sed permutatio dotium pacto fieri potest ex re in pecuniam, vel ex pecunia in rem, vel ex alia re in rem aliam, *l. si ei nuptura, et seq. h. t. l. si mulier*, *tit. seq. l.* 8. *de tut. et cur. dat.* qua in re permutationis verbum non accipimus ἐνεργητικῶς, ut Græci loquuntur, id est, proprie et κατὰ λέξιν, quia rei suæ cum re sua permutatio non est, et utriusque rei domina est mulier, alioquin (*) rei meæ cum pecunia aliena vel contra, permutationem fieri nihil vetat, si modo pecunia non detur pretio, si permutationis non emptionis contrahendæ animus fuerit: et ea ratione in specie *l. ult. de cond. cau. da.* permutatio est, ut Græcis videtur, non emptio, si pecuniam dedi, ut Stichum dares. Nec pugnat quidquam cum *l. naturalis*, §. 1. *de præs. verb.* ne in eo quidem, quod ait Sticho mortuo

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* i. *cap.* 19.

ante traditionem, pecuniæ repetitionem esse: hoc enim fit exemplo emptionis, *l. si fundus, loc.* quam permutatio imitatur. Et ob id solum periisse Stichus dicitur ei, qui priori pecuniam vel aliam rem dedit, quod non possit agere præscriptis verbis in id quod interest sibi Stichum tradi: quæ ultima fuit solutio Accursii: et ita *l. 7. de præs. verb.* datur pecunia ut Stichus manumittatur non tamen pro pretio, alioquin cessante domino Stichi, statim Stichus eriperetur in libertatem, *l. Paulus, de lib. cau.* Verum ad rem. Secundum conventionem initio propositam renovato matrimonio vir accepit X. in dotem, nec tamen restituit fundum: deinde mortua est mulier in matrimonio. Quæritur qua actione hæredes ejus fundum repetere possint? Et ait esse condictionem sine causa. Sed forsitan est et actio de dote: nam cessavit quidem manente matrimonio, nec potuit dari ex pacto adjecto secundæ doti: verum soluto matrimonio cur non dabitur actio de dote, maxime cum dicat ex bona fide, et ex negotio contracto esse fundum reddi? nullum enim aliud negotium contractum est quam dotis, et condictio sine causa bonæ fidei non est, inest tamen actioni bonæ fidei, *l. ult. de condict. ob turp. caus.* et cum illa concurrit *l. 2. de condic. sine cau.* et ita si conventione fiat permutatio pignoris, veluti ex fundo Corneliano in fundum Titianum ea lege, ut Cornelianus restituatur, recte agitur pigneraticia ad recipiendum Cornelianum, vel quod adjicendum puto condictione incerti sine causa, nam condictione certi dominus agere non potest: possessionem denique non rem condicere potest. Sequitur *l. 9. de fun. dot.*

Ad L. Si marito 9. de fun. dot.

Si marito debitori fundi, id quod debet, doti mulier promiserit, dotalem fundum effici: quod si ei promittat, qui fundum, aut decem debuit, in arbitrio esse mariti quod in dote sit: quod si Stichum aut fundum debuit maritus, et quod debet, doti ei promissum sit: Sticho mortuo fundum in dotem esse. His consequens esse ait, ut si Cornelianum aut Sempronianum fundum debenti, id quod debet, doti promissum sit, utrum eorum dotalem esse malit: plane utrum velit alienaturum, alterum alienari non posse: si tamen alienum rursus redimat, adhuc in ejus potestate est an eum quem retinuisset, alienari velit.

Sciendum est l. Julia prohiberi fundi dotalis alienationem et pignerationem: et addi ex ea exemplum potest vitiose aut inutiliter contracti pignoris, *l. cum vitiose, de pig.* cujus nec retentio erit creditori, nec fisco qui successit creditori, sicut nec fisco qui marito successit ejus fundi pigneratio est, *l. 2. hoc tit.* Lex autem Julia intelligitur de fundo inæstimato: nam hic proprie dotalis est, *l. un. §. in fundo, C. de rei ux. act.* Fundus æstimatus non est dotalis, sed mariti proprius emptionis jure, nisi uno casu, si relinquatur arbitrio mulieris ut vel fundum repetat soluto matrimonio vel æstimationem: hoc enim casu fundus æstimatus l. Julia comprehenditur, nec alienari potest, quem mulier repetere si velit potest, *l. 11. h. t. l. 1. C. eod.* Quod si vel detur æstimatus ita, ut æstimationem restituat maritus soluto matrimonio, vel ita, ut in potestate sit mariti restituere fundum aut æstimationem, alienari potest, et quanti emerit maritus, non quanti vendiderit soluto matrimonio repetitio est. Sed multum tamen alia in re interest æstimatus detur in dotem hoc an illo modo: nam si ut æstimationem restituat maritus, sola æstimatio est in dotem, et fundus alienari vel obligari potest. Et hæc est species *l. 6. C. de usufr.* in qua videtur legendum, æstimatio, ubi legitur, eadem possessio. Sin vero ut vel fundum restituat vel æstimationem, in pendenti est utrum sit in dotem res an æstimatio: quoniam hoc omne pendet ex voluntate viri varia et mutabili: alienato fundo, æstimatio erit in obligatione: non alienato aut redempto fundo, utrumque erit in obligatione, et fundum restituendo liberabitur maritus. Illud etiam non est omittendum, lege Julia permitti alienationem fundi dotalis volente et consentiente muliere, et voluntati ratihabitionem comparari, *l. æstimatis, sol. mat.* Sed et hodie ex *Nov. 61.* fundus dotalis alienari potest, si modo semel atque iterum consenserit mulier, et maritus sit solvendo: quo casu quanti fundum vendiderit maritus, tanti tenebitur judicio dotis: et inde petenda est ratio *l. ult. tit. præcedentis.* Vir accepit in dotem fundum æstimatum C. deinde adjectum est pactum, ut fundus restitueretur eodem pretio, id est tanti pretii nec deterior. Soluto matrimonio ex pacto restitui fundum oportet omnimodo. Quid si venierit CC. volente muliere? An et tunc restituendus est fundus? Sic sane nisi malit CC. quanti fundum vendidit præstare, *l. æstimatis, sol. mat.* Voluntas mulieris facit, ut liberetur restituendo CC. nam et voluntas mulieris confirmat alienationem: et *l. 12. hoc t.* dum soceri voluntatem non sufficere ait, satis probat sufficere mulieris. Id quoque sciendum est, in dotem dari vel caveri non rem tantum et pecuniam, sed etiam jura, veluti nomina, etiam nomen ipsiusmet viri: quod fit viro debitore liberato per acceptilationem, et eo quod debuit constituto in dotem. Constituitur dos pactione nuda, *l. ad exactionem, C. de dot. prom.* et

res quam vir debuit videtur a muliere ad virum pervenisse: alioquin non esset dotalis. Quid enim est dos? Quod nomine rei uxoriæ ad virum pervenit, *l. si nuptura*, §. 1. *hoc. tit.* Nunc proponenda est quæstio hujus legis. Mulier nuptura doti cavit fore quod vir debebat. Debebat is ex stipulatione fundum Titianum aut Cornelianum, ita concepta disjunctim. Erat igitur in ejus electione quem vellet dare. Quæritur obligatione eadem translata in causam dotis sicut dictum est, quem fundum maritus alienare possit vel an utrumque, an neutrum? Et quia electio ejus erat quem vellet dare, concludit Africanus, posse eum alienare quem voluerit, eoque alienato alterum remanere dotalem, nec posse alienari, nisi forte alienatum redemerit, atque ita rursus dominium ejus adquisierit: quod ut probet utitur veluti Sorite in hunc modum. Si debitori fundi mulier quod debebat caverit in dotem, estne fundus dotalis ut nec alienari possit? Est sane. Si ei qui debebat fundum aut 10. quod debebat doti dixerit, utrum erit in dotem fundus an 10. Utrum maluerit maritus. Quid si ei qui debebat fundum aut Stichum? Et similiter is erit in dotem quem maluerit maritus. Quid ergo si moriatur Stichus? fundus erit dotalis, quoniam extincta est electio morte Stichi, *l.* 2. §. *Scævola, de eo quod cer. lo.* licet adhuc tentari possit offerendo æstimationem Stichi, fundi præstatione maritum absolvi posse ex *l. cum res*, §. *si Stichus, de leg.* 1. Idemque erit si Stichus aliqua ex causa adquisitus mulieri fuerit, *l. Si Stichum aut Pamphilum, de verb. oblig.* Si igitur ei qui debebat fundum Cornelianum aut Titianum mulier doti promiserit, is erit dotalis quem voluerit maritus, et alienare alterum poterit. Quin et si alienatum redemerit, adhuc integra erit electio marito, et alienare poterit quem ante retinuerat: nam ejus qui debet illud aut illud, ambulatoria est voluntas quoad solverit vel quoad finita obligatio sit, *l. eum qui certarum*, §. *ult. de verb. obl. l. si sterilis* §. *ult. de act. emp.* et ambulatoria dicitur, a Grecis περιπατητικὴ inconstans et incerta voluntas quæ mutari subinde potest. Ad eam voluntatem necesse est accomodare legem Juliam, et consequenter ambulatoriam quoque esse legis Juliæ potestatem, ut prout ille voluerit aut noluerit, modo possit fundus idem alienari, modo non possit. Ut enim infinitæ rei necesse est infinitam esse regulam, ita inconstantis inconstantem: et ideo recte ait *l. seq.* quia dotis talis est obligatio. Sic enim jam diu emendavit. Cetera sunt aperta: et quod ex eodem Africano additur *l.* 11. id jam exposuimus initio, nec restat nisi ut verba referamus.

Ad L. quod si fundus 11. *de fund. dot.*

Quod si fundus in dotem æstimatus datus sit ut electio esset mulieris, negavit alienari fundum posse: quod si arbitrio mariti sit, contra esse.

Transeamus igitur ad *l.* 34. *sol. mat.* cujus hæc sunt verba:

Ad L. Titia 34. *sol. matrim.*

Titia divortium a Sejo fecit: hanc Titius in sua potestate esse dicit, et dotem sibi reddi postulat: ipsa se matremf. dicit, et de dote agere vult: quæsitum est quæ paries judicis sint. Respondi, patri nisi probet filiam non solum in sua potestate esse, sed etiam consentire sibi, denegandam actionem, sicuti denegaretur, etiamsi constaret eam in potestate esse.

Potest intelligi tam de adventitia, quam de profectitia dote. Dos profectitia sic dicitur ut peculium profectitium: sed hoc interest, quod peculium profectitium: a parente datur liberis quos habet in sua potestate. Dos profectitia ab eodem datur etiam liberis quos non habet in potestate, modo sit virilis sexus et per virilem sexum cognatione junctus: nam quæ a matre vel avo materno datur adventitia, non est profectitia. Et dotis profectitiæ proprium hoc, ut morte mulieris soluto matrimonio ad parentem dos revertatur sive filiaf. fuerit sive materf. *l.* 5. §. *pen. de jur. dot. l. si filia, de divor. l. si ab hostibus, l. filiæ, hoc tit.* et hoc ait *l.* 4. *C. sol matr.* de filiaf. idem etiam obtinet in matref. ut Theodorus adnotavit: nam adventitia apud virum remanet. Morte autem viri vel divortio soluto matrimonio, non distinguimus dos sit profectitia an adventitia, sed filiafam. sit pro qua data est, an materf. nam si filiaf. est, patri competit repetitio dotis adjuncta persona filiæ, id est volente et consentiente filia, *l. Titia* 1. §. *qui invita, de leg.* 1. *l. pater filiam, ad l. Falc. l. qui hominem*, §. *si gener, de solut. l.* 2. *l. filiæ, C. sol. matrim.* et Ulp. *tit. de dotibus*, et ex Constitutione etiam Justiniani hodie generaliter communes sunt actiones patris et filii aut filiæf. ex causis adventitiis, *l. ult.* §. *ubi autem et* §. *et filius, C. de bon. quæ lib. acq.* Quod si materf. sit solius mulieris actio est, *l. si cum dotem* §. *eo autem, hoc tit.* et hoc est quod ait *l. pater. de evict.* uno tantum casu, id est, si filia emancipata mortua sit in matrimonio dotem pro ea datam a patre, ad patrem reverti: nam morte mulieris soluto matrimonio, dos ab extraneo data nisi fuerit receptitia, apud virum remanet, et extraneus de-

finitur omnis persona præter parentem per virilem sexum ascendentem et vel habentem vel non habentem mulierem in potestate. Alio autem modo soluto matrimonio, dotis ab extraneo datæ repetitio soli mulieri competit, et extraneus definitur omnis præter parentem per virilem sexum ascendentem et mulierem in potestate habentem: nam sive dos a patre, sive ab extraneo profecta fuerit, ita demum patri dabit prætor repetitionem dotis, ut hoc loco ostenditur si probaverit filiam esse in sua potestate et consentire agenti sibi. In contextu videtur legendum, Respondit. Sequitur in *l.* 23. *de act. rer. amot.*

Ad L. Redintegrato 23. *de act. rer. amot.*

Redintegrato matrimonio, si iterum divortium factum erit, ob res amotas prioris divortii causa, item ob impensas donationesque priore matrimonio factas manere actionem existimavit.

Redintegrato matrimonio, ac deinde divortio facto iterum, non tantum agitur ob res amotas prioris divortii causa vindicatione aut condictione, ut *l. seq.* sed etiam ob res amotas posterioris divortii causa, et non tantum ob impensas factas in res dotales priore matrimonio mandati vel neg. gestorum, aut ob donationes factas priore matrimonio directa vel utili vindicatione vel conditione, ut *l. un.* §. *taceat*, *C. de rei uxor. act* sed etiam ob factas posteriore matrimonio, vel etiam ex his omnibus causis retentio est dotis jure veteri: nam eadem dos esse intelligitur, idemque matrimonium quod redintegratum est, *l. plerique*, *de rit. nupt.* nec mirum igitur, si in unum idemque judicium veniant quæ acta sunt priore quæque posteriore matrimonio, et redintegrato matrimonio, tacite dos redintegratur, nisi aliud convenerit, ut diximus *l.* 50. *de jur. dot* etiamsi medio tempore alii nupserit mulier, *l. pen.* §. *uxor, sol. matr.* modo nihil caverit de restituenda dote, *l. post divortium*, *de jur. dot.* Quod si medio tempore actum sit de dote vel condictione rerum amotarum et pendente judicio redintegratum matrimonium fuerit, judicium extinguitur, *l. si mulier diverterit*, *sol. mat. l. ult. hoc tit.* vel potius cessat, ut recte ait *l. qui res*, §. *aream*, *de solut.* ut in furioso dum interquiescit, furorem cessare, non deesse Seneca ait. Extinctam enim semel actionem, neque civilis neque naturalis ratio renasci patitur, *l.* 10. §. *pen. de in rem ver.* quod scilicet sit quidem, ut Aristoteles loquitur, μεταβολή ab habitu ad privationem, sed non a privatione ad habitum. Sequitur. *l.* 23. *de testam. tut.*

Ad L. Tutor 23. *de testam. tut.*

Tutor ita recte non datur, Illi aut illi filiis meis, utri eorum volet, Titius tutor esto: quid enim dicemus si Titius constituere nolit utri ex filiis tutor esse velit? ita autem recte tutor dabitur, Titius, si volet, illi filio meo tutor esto.

Si dixerit Illi aut illi filiis meis, puto utrique datum tutorem videri, *l. pen. C. de verb. sig.* Sed si adjecerit, utri eorum volet, alterutri, *arg. l.* 16. *de leg.* 2. Non igitur certæ personæ, cum tamen tutor dari debere videatur non tantum certus, sed etiam certæ personæ. Non est certa pupilli persona de qua constituere, nisi qui velit, cogi non potest. Sed forsitan cogi potest optare sibi pupillum alterutrum, ut hæres a quo legatum relictum est, Illi aut illi utri hæres vellet cogitur alterutri præstare solidum legatum, *d. l.* 16. Quod si certa sit persona pupilli, non est dubium utilem esse dationem etiamsi collata sit in voluntatem dati tutoris hoc modo, Illi filio meo, si volet, tutor esto. Restat ex hoc libro octavo tantum *l.* 39. *de solut.* cujus verba hæc sunt:

Ad L. Si soluturus 39. *de solut.*

Si soluturus pecuniam tibi, jussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim: tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit: quod verum est: cum eo tamen, ut illud maxime spectetur, an per te steterit, quo minus in continenti probaretur: nam tunc perinde habendum erit, ac si parato me solvere, tu ex aliqua causa accipere nolles, in qua specie non utique semper tuum periculum erit: quid enim si inopportuno loco vel tempore obtulerim? His consequens esse puto, ut etiamsi et emptor nummos, et venditor mercem, quod invicem parum fidei haberent, deposuerint: et nummi emptoris periculo sint: utique si ipse eum apud quem deponerentur elegerit: et nihilominus merx quoque, quia emptio perfecta sit.

Obtuli tibi pecuniam debitam: tu cum nolles eam accipere antequam spectaretur et probaretur, jussisti me eam signatam deponere ad mensam L. Titii nummularii quoad probaretur. Solent nummulariis pecuniæ probandæ dari. Menander: Ἀλλ' ἐςὶ τράπεζαν μὲν φέρειν τὴν προιχ' ἵνα εἰ τἀργύριον καλὸν ἐςι, δοκιμαςῆς ἴδῃ. Et signatam pecuniam deponere est sacculum, aut bulgam cum pecunia signatorum sive testium signis obsignatam deponere, *l. ult. de leg. com.* eandem etiam consignatam pecuniam dicimus, quo verbo abutuntur vulgo pro adnumerata pecunia et deposita, licet vel loculi obserati, vel sacculus obsignatus non sit.

Porro ut tu jussisti, ita ego obsignatam pecuniam deposui apud nummularium, quæ postea periit casu majore quodam. Quæritur cui perierit, mihi an tibi? Et ait pecuniam tibi periisse, sed addit modum, cum eo tamen, etc. ut in *l. et hæc distinctio*, §. *ult. loc.* Si igitur per te steterit quo minus in continenti pecunia probaretur et adnumeraretur, ac malueris eam deponi apud nummularium quem elegisti, tuo periculo erit, quia post moram tuam periit, sicut si parato me solvere, tu accipere nolueris, oblatam scilicet opportuno loco et tempore, ut *l. mora*, *de usur.* nam quæ fit inopportuno loco vel tempore oblatio, nullius momenti est: et inopportunus est locus inopportunumve tempus, non tantum si alio loco, vel tempore offeratur, quam quo dari debuit, sed et si sacra facienti creditori, vel funus ducenti, vel quibus aliis temporibus receptum est, in jus vocare non decedere, *l.* 2. *de in jus voc.* et ita si jusseris me oblatam pecuniam deponere apud nummularium, quoad opportunitas quæ tum non erat se offerret melior nobis præsentibus resignandæ et probandæ pecuniæ, meum erit non tuum detrimentum. Et secundum hæc in *l. creditor*, *hoc tit.* qui oblatam a debitore pecuniam ut alia die accepturus distulit, ideo non agnoscit ejus pecuniæ periculum, si postea quasi ærosa a magistratu reprobata sit, quod accipere distulerit justa ex causa, cum non offerretur opportuno et commodo tempore, sicut eadem lex ait, tutoris periculo non esse pecuniam pupillarem quam collocare distulit, cum non invenirentur idonea nomina. Et ærosam pecuniam dicit, quæ subærata est, quæ aurea vel argentea videtur, et habet in se æris plurimum, ut Festus ærosam Cyprum appellatam ait, quod in ea plurimum æris naseatur, a Græcis dicitur pecunia ærosa χαλκόκρας. Oblatio autem quæ fit opportuno loco et tempore, etiamsi nuda sit oblatio, sine obsignatione et depositione, hos habet effectus. Moram emendat, moram et periculum oblatæ pecuniæ in creditorem transfert, et ideo perempta pecunia post oblationem sine culpa debitoris, debitor liberatur ipso jure ex Sabini sententia, *l. stipulatus sum Damam*, *de verb. obl.* ex aliorum sententia per exceptionem, *l. interdum*, §. *ult. eod. l. qui X. hoc tit. l. hujusmodi*, §. *si cui homo*, *de leg.* 1. Item oblatio sola solvit ἀντιχρησιν, *l.* 11. *C. de usur.* et liberat publicis debitis, *l.* 1. *C. de suscep. et arc.* Et usuris debitis ex mora, *l. qui Romæ*, §. *Seja*, *de verb. obl. l. tutor pro pupillo*, *in fi. de adm. tut.* Et usuris gravioribus in stipulationem deductis si offerantur minores de quibus initio convenit, *l.* 9. *C. de usur.* Liberat etiam sorte in totum, vel pro qua parte oblata fuerit, licet oblata pecunia extet, quoniam denegatur actio si oblata fuerit apud prætorem initio postulandæ actionis, *l.* 30. *hoc tit. l.* 21. *de reb. cred.* Alias vero oblatio sola nec liberat sorte si extet, nec usuris debitis ex stipulatione, vel ipso jure etiam mora non interveniente, nec pœna jam commissa, nec pignus solvit, nisi oblationi accesserit etiam obsignatio, et depositio, *l.* 10. *C. de pig. act. l.* 1. *in fi. de usur. l.* 6. *l. acceptam*, *C. eod. tit.* Marcus Tull. 6. ad Att. *Consistere usura debuit, deponere volebant.* Obsignatio, inquam, et depositio, quæ fiat solemniter testibus præsentibus in æde sacra, vel in tabulario urbis, vel ubi judex arbitratus fuerit, *d. l. acceptam*, *l.* 9. *C. de solut.* Hæc pro solutione habetur. Nec similis huic est obsignatio et depositio facta in specie proposita: nam neque solemniter facta est, neque solvendæ, sed magis probandæ pecuniæ causa. Et notandum pecuniæ depositionem solemniter factam solvendi causa pro solutione haberi, *d. l.* 9. etiamsi obsignata fuerit pecunia. Obsignatio fit ut de certa pecunia constet quasi arca conclusa, et ne intercipiatur: et consequenter, si obserata pecunia deponatur, cur non et hoc pro solutione erit? Accidit aliquando ut qui vendiderat sub lege redimendi, pecuniam sua die offerret, et obseratam deponeret; et inefficax diceretur depositio, quod claves retinuisset, hoc argumento: Clavibus traditis translata videtur possessio, *l. clavibus*, *de cont. empt. l.* 1. *C. de cr. exp. hær. l.* 2. *C. de per. et com. rei vend.* Ergo retentis non videtur translata: nec igitur ea depositio pro solutione est in qua fuit calumnia summa: nam etsi non tradantur claves, transferri tamen aliis modis possessio potest, et in depositione transferri possessionem necesse non est. Et eodem argumento non aliter obsignata pecunia pro soluta haberetur, quam remotis signis quibus obsignata est, aut facultate eorum removendorum creditori data. Verum pergamus ad reliqua. Ex his quæ diximus colligit Africanus, si emptor nummos et venditor mercem deposuerint, quod invicem parum fidei haberent, ut depositarius venditori pretium, emptori mercem traderet, mercem quidem periculo esse emptoris, non quia perfecta emptio est (hæc enim ratio non sufficeret *l. si fundus*, *loc.*) sed quia elegit ipse depositarium, qui pecuniam custodiret quoad merx traderetur: et ideo merce perempta nec pretium quod etiam periit repetet emptor a depositario vel a venditore, quod tamen repeteret merce perempta ante traditionem, si extaret, vel si prænumeratum fuisset venditori, sive extaret sive periisset apud venditorem, *d. l. si fundus.* Ut vero priore casu creditoris periculo est pecunia, qui elegit depositarium, ita posteriore emptoris eadem ratione, quod elegerit deposita-

rium. Ait, Inopportuno. Bas. ἀνεπιτιδείῳ Atque ita explicitus est Africani liber VIII.

AD AFRICANUM

TRACTATUS IX.

Ultimus hic liber ne minorem curam deposcat quam superiores, facit *l. frater a fratre, de cond. ind. et l. si priusquam, de no. op. nunc.* Sed prius explicanda nobis est *l.* 33. *de serv. præd. rust.* in qua duæ sunt quæstiones de servitute aquæ. De priore ita scribit:

Ad L. Cum essent 33. de servit. præd. rust.

Cum essent mihi et tibi fundi duo communes Titianus, et Sejanus, et in divisione convenisset, ut mihi Titianus, tibi Sejanus cederet, invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est, ut alterum aquam ducere liceret: recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit.

Duo erant fundi communes inter me et te, Titianus et Sejanus. In divisione placuit, ut mihi Titianus cederet in solidum, tibi Sejanus, et mox tu mihi partem tradidisti quam habebas in fundo Titiano, ego tibi quam habebam in Sejano. Divisio fit permutatione partium, et ob id dicitur vicem emptionis obtinere, *l.* 1. *C. com. utriusque jud.* atque ita divisionem fecimus traditis partibus, sed adjecimus legem in traditione, ut mihi liceret per Sejanum fundum aquam ducere in Titianum. Quæritur an recte sit constitutus aquæductus? ratio dubitandi eadem est quæ fuit in lege præcedenti ejusdem Africani exposita lib. 6. et responsio eadem, et species fere eadem. Et concludit recte constitutum aquæductum: verum addit, maxime si pacto stipulatio subdita sit: quoniam ita proposuerat, qui consulebat Julianum vel Africanum, pacto subditam stipulationem fuisse. Ceterum sufficeret pactum divisionis traditioni adjectum incontinenti: et sic divisionis jure (sic lego) dicitur constitui servitus, *l. via constitui*, §. *alt. h. t.* Et generaliter, pactionibus et stipulationibus, §. *ult. Inst. de servit*, *l.* 5. *sup. eod. l.* 2. *de usufr. l.* 3. *l. proximum, l. si quis duas, tit. seq. l. et qui duas, tit. præced. l. si partem, Quemadmod. servit. amit.* Pactionibus scilicet contractuum, vel traditionum adjectis incontinenti, non aliis pactionibus. De posteriori autem in hunc modum:

Per plurium prædia aquam ducis quoquomodo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus, et hoc concedi solet: quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest.

Per plurium fundos, vel per unius fundum, nihil refert, pacto vel stipulatione imposita est servitus aquæ ducendæ in fundum meum, et ejus rei causa constructus rivus in fundo ejus: nam cui jus aquæ ducendæ conceditur, et rivi faciendi conceditur, *l.* 30. *de dam. inf.* Rivus est iter aquæ. Aquæductus, jus habendi rivi in prædio alieno: Quæro, an si ex eo rivo concessero haustum aquæ dominis fundi, per quem rivum duxi, jure sit constitutus aquæ haustus. Et ait non esse jure constitutum, duabus rationibus, ἐςάσει, et ἀντιπαραςάσει. Prior ostendit domino soli, in quo est rivus, non recte ex rivo haustum concedi, posterior nulli. Et prior ratio hæc est, quia ipsum sibi prædium servire non potest et debere aquæ haustum vel aliam servitutem: sicut nec domino etiam prædium servire potest, et debere usum vel usumfructum: denique in fundo meo neque prædialem neque personalem habere possum: hæc enim jura sunt in rebus alienis. Servitus prædialis est jus impositum prædio alieno, acquisitum nostro. Servitus personalis, jus alienis rebus utendi, aut utendi fruendi. Posterior ratio hæc est, quia servitutis servitus prædialis aut personalis esse non potest, *l.* 1. *de usufr. leg.* Aquæductus igitur, haustus esse non potest. Est enim servitus qualitas prædii, et qualitatis qualitas, accidentis accidens, non est. Aristot. ita, τὸ συμβεβηκὸς, οὐ συμβεβηκότι συμβεβηκός. Non possum ex rivo, quem in alieno fundo habeo jure servitutis, vel domino ejusdem fundi vel alii cedere servitutem haustus vel prædialem vel personalem. Pacto tamen facto initio imponendi aquæductus, vel stipulatione, etiam hoc concedi solet non ut sit quasi servitus prædialis aut personalis; sed obligatio personalis, quæ pertineat etiam ad hæredes contrahentium, et ita in specie *l. venditor, tit. seq.* si pactione venditionis vel stipulatione convenerit, ne contra retentum fundum piscatio thunnaria, vel cetaria (accipitur utraque pro piscatione quorumlibet magnorum piscium) exerceretur, rata est conventio non quasi servitute imposita mari, quod fieri nequit, sed jure obligationis personalis, quæ tenebit etiam hæredem emptoris. Eodemque modo accipienda est *l.* 2. *de rivis*, in qua merito Labeo reprehenditur, qui dicebat eum, cui debetur aquæductus, non posse rivum quem habet apertum in alieno fundo cooperire, ne domino fundi auferat commodum hauriendi, vel appellendi pecoris: nec

enim utitur ratione idonea, cum commodum illud domino ex occasione contingat potius quam jure: nam haurire aquam ex rivo, vel appellere ad eum pecus non potest, nisi in imponendo aquæductu ita convenerit, quo casu etiam non jure servitutis haustum vel appulsum pecoris habebit, sed jure conventionis: et sic explicanda, meo quidem judicio, fuit sententia hujus §. Sequitur *l. frater a fratre, de cond. ind.* in qua tres sunt quæstiones, quas sigillatim exponam. De prima sic scribit:

Ad L. Frater 38. de condict. indeb.

Frater a frater cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus, post mortem patris ei solvit: quæsitum est, an repetere possit: respondit: utique quidem pro ea parte qua ipse patri hæres extitisset repetiturum: pro ea vero qua frater hæres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset: naturalem enim obligationem quæ fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus: adeo ut si prælegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret: idque maxime consequens esse ei sententiæ, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum fam. ercis. reciperaturum a cohæredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset: igitur et si re integra familiæ ercis. agatur, ita peculium dividi æquum esse ut ad quantitatem ejus indemnis a cohærede præstetur: porro eum quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo quod fratri debuisset, indemnem esse præstandum.

Interpretes quibus erat hæc lex difficilis, eam confusa et perturbata disciplinæ ratione fecere difficilem magis: pravi interpretes, et pravus etiam ipse nisi eam facilem reddo. Quo enim interpres nisi, ut ad facilitatem redigat quæ difficilia sunt, aut esse videntur? et hoc adsequar, ut spero, si paulatim fecero ut explorata sint, et quasi in numerato omnia quæ pertinent ad quæstionem hujus legis. His enim bene cognitis, nulla quæstio Afric. videbitur adhuc fuisse facilior. Sciendum est, condictionem indebiti non dari ei qui solvit quod natura debuit, licet id jure civili non debuerit. Dari ei qui per errorem solvit quod natura non debuit. Naturæ nomine intelligo jus naturale vel gentium. Duo denique facio genera obligationum, aliam civilem, aliam naturalem. Ex civili petitio est, repetitio non est. Petitio non soluti, repetitio soluti. Ex naturali neque petitio est neque repetitio. Non est petitio, quia actionem non parit, atque ideo dicitur obligatio improprie: nam obligatio proprie est, quæ solvendi necessitate adstringit. Naturalis est solius æquitatis vinculum quod solvendi necessitate non adstringit. Habet tamen hos effectus, ut si ex ejus obligationis causa solutum sit aliquid, soluti repetitio non sit: et generaliter, ut quod debetur natura retineri possit, si quo alio modo ad creditorem pervenerit, itemque deduci et computari et compensari, licet peti non possit, nisi uno casu ex Constitutione Antonini Pii pupillo locupletiore facto qui contraxit sine tutoris auctoritate. Exempla naturalis obligationis sunt innumera, sed quæ hujus loci sunt tantum exponam. Filiusf. patri obligatur naturaliter non civiliter, et retro pater filiof. item frater fratri, qui in ejusdem patris potestate est, obligatur naturaliter, non civiliter: ratio hæc, quia pater, et filii omnes quotcunque in ejus potestate sunt propter nodum, vinculum, nexum patriæ potestatis jure civili unius personæ vice funguntur. Una autem persona ipsa sibi obligari non potest. Unam personam esse liquet ex eo quod manumissione vel emancipatione duæ aut plures personæ constitui dicuntur, *l.* 10. *de opt. leg.* et a Theophilo in §. *an servo*, *de legat.* manumissione personas separari atque discerni. Jure etiam naturali quot sunt capita in eadem familia tot sunt personæ, et consequenter alia alii facile obligatur. Item sciendum est, per filiumf. patri adquiri naturalem obligationem eodem potestatis jure quo civilis adquiritur, et quidem confestim, ut nec momento subsistat in personam filii: nam generaliter accipio *l. placet, de acq. hær.* sicut Azo, ut sive res, sive jus, sive hæreditas, sive obligatio qualiscumque per filiumfam. adquiratur, confestim adquiratur patri et in atomo. Id vero evidenter apparet in actione de peculio: nam si pater conveniatur de peculio ex contractu filii, non tantum deducit quod sibi filius debet, sed et quod debet alteri filio fratri suo, ut nominatim Theophilus scribit in §. *cum autem, quod cum eo*, *etc.* quoniam et hoc patri debet: sicut domino servus debet, quod et conservo vel filiof. domini, *l.* 9. §. *peculium*, *de pec. l.* 6. *in princ. de pec. leg.* ergo adquisita est patri per filium obligatio naturalis: idemque hæc lex confirmat illo loco, Filio eidemque debitori. De filio loquitur cui alter filius mutuam pecuniam dedit, et cujus filius dicitur, ejusdem debitor dicitur: adquisita igitur est obligatio naturalis patri per filium qui pecuniam mutuam dedit. Possit quis tentare obligationem naturalem non adquiri patri hoc argumento: Si patri adquireretur, pater filio nunquam obligaretur naturaliter: quæsita enim filio obligatio naturalis in patrem, mox adquireretur patri, et ad eum recurreret, et per hoc confunderetur, patre eodem

momento existente creditore et debitore. Atqui pater filio obligatur naturaliter, ut puta si filius patri pecuniam peculiarem crediderit: ergo obligatio naturalis non adquiritur patri. Verum ita respondeo. Imo acquiritur ipso jure, sed quamdiu pater ea adquisitione non utitur, id est, quamdiu peculium manet apud filium, non intelligitur adquisita: nam sua sponte pater patrimonium suum separavit a peculio ac veluti patrimonio filii, rationes suas a rationibus filii, *l. 4. in princ. de pecul. l. per servum*, §. 1. *de adq. rer. dom.* Concedente igitur patre fit separatio et distinctio personarum, nec habetur ratio patriæ potestatis: qua de causa in hoc proposito placet mihi valde, quod Græci ita peculium definiunt. Peculium est quod debuit adquiri patri, sed manet apud filium, τὸ ὀφεῖλον προσπορισθῆναι, μένον δὲ παρὰ τοῖς ὑπεξουσίοις. Extincto peculio veluti mortuo patre, tum plane apparet etiam naturalem obligationem patri adquisitam fuisse, id est, debuisse te patri pecuniam quam tibi frater dederat mutuam: transfertur enim in hæredes patris, nisi confundatur, et in fratrem ipsum si patri hæres fuerit. Certe quod servo debetur (id vero semper ei debetur naturaliter tantum) id constat ita adquiri domino ut et civiliter debeatur ac peti possit, *l. nec servus, de pec.* si extraneus sit qui debeat servo, qui libero homini possit debere civiliter: sed si conservus aliquid aut servus domini servo debeat, id etiam domino debetur naturaliter tantum. Verum ad hæc quæritur, an sicut obligatio naturalis quæritur patri, ita onus sustineat obligationis qua fratri frater obstrictus est. Et constat non sustinere, alioquin ejusdem pecuniæ idem inveniretur debitor et creditor, quod esse non potest. Finge igitur: Duo sunt fratres, Primus, et Secundus: uterque habet peculium. Secundus de peculio suo Primo mutuam pecuniam dedit. Secundi obligatio pertinet ad patrem. Primi obligatio non pertinet ad patrem, cum nec de peculio Primi a Secundo conveniri possit: propterea quod nulla lis esse potest inter patrem et filiumfamilias, et quod etiam patri Secundus omnem adquisivit obligationem. Illud quoque sciendum est, confusione tolli non tantum civilem, sed etiam naturalem obligationem, *l. Stichum*, §. *aditio, de solut. l. hæres*, §. *quod si stipulator*, *de fidejussor.* videlicet si debitor creditori hæres extiterit, vel contra: nam adquisitio hæreditatis pro solutione vel compensatione cedit, *l. quæ dotis*, *sol. mat.* et solutione tollitur omnis obligatio, id est, etiam naturalis: et a comparatione argumentor recte: nam et deportatione debitoris non alia ratione solvitur tota obligatio, id est, etiam naturalis, *l. si debitori, de fidejuss.* quam quod morti comparetur, atque adeo sicut qui pro mortuo, *l. creditorem, ad Maced.* ita qui pro deportato intervenit fidejussor, inutiliter intervenit, qui pro hærede aut successore ejus, utiliter. Confusione quoque tolli obligationem naturalem, argumentum præbet, quod confusione sublata principali obligatione, tollitur etiam fidejussoria, *l. Granius, de fidejussor.* quæ non tolleretur si maneret naturalis: nam si naturali obligationi potest accedere fidejussor, sicut constitutum, et pignus, et ubi accesserit adhærere igitur, licet confundatur civilis. Consumptio igitur fidejussoriæ obligationis argumentum est consumptæ naturalis obligationis: ac præterea naturalem obligationem confusione tolli natura ipsa dictat satis: nec enim patitur natura, ut sibi ipsi quis debeat, ut idem sit debitor et creditor. Concludo igitur, confusis personis debitoris et creditoris, et concurrente jure utriusque in unam personam, omnem obligationem tolli. Verum huic sententiæ opponitur quod est in *l. 6. et 8. Cod. ad leg. Falc. l. 1.* §. *si debitor, inf. eod.* et aliis plerisque in ponenda ratione legis Falcidiæ hæredem deducere et retinere quod sibi defunctus debuit, et bonis computare quod defuncto debuit. Deductio, retentio, computatio effectus sunt naturalis obligationis: ubi igitur effectus, et obligatio naturalis est. Denique ex effectis docemur non esse confusam naturalem obligationem, et simili argumento utitur ter Africanus in hac lege. Opponitur etiam *l. debitor, ad Trebel.* quæ etiamsi debitor creditori aut contra successerit, ait propter pignus manere naturalem obligationem. Nihil est quod tam facile expedire possim: ac primum in ponenda ratione legis Falcidiæ deductio et computatio fit ejus quod defunctus hæredi debuit et contra, hoc ideo, quia initur ratio omnium bonorum quæ mortis tempore fuerunt perinde atque si quæ tum fuerunt et nunc essent: nec ulla confusio pervenisset. Mortis autem tempore in bonis fuit debitum vel creditum hæredis, ac propterea vel bonis contribuitur, vel bonis deducitur: quin et ex causa ejus debiti ageretur quasi non sublata civili obligatione si esset qui ageret et cum quo ageretur, et necesse esset agi quo magis aut quo melius iniretur quantitas bonorum ac poneretur legis Falcidiæ ratio. Et quod ad *l. debitor* attinet, ipsa se aperit satis, dum propter pignus ait manere naturalem obligationem. Significat enim propter alia non manere, et esse confusam. Confusione tollitur omnis personalis obligatio, etiam naturalis. Obligatio realis, id est, pigneratícia non tollitur. Confusio personarum non mutat causam rerum: quod confirmat, etiam *l. cum quis*, §. *ult. de. solut.* Nunc notandum est, duobus modis confusionem obligationis fieri, Adquisitione hæreditatis, et Adquisitione peculii; et hanc duplicem confusionem obligationis naturalis contingere in specie hujus legis. Adquisitione hæreditatis, si de-

bitor creditori hæres extiterit confunditur obligatio pro ea parte scilicet qua hæres extiterit : nam pro parte cohæredis remanet obligatio nisi alia ratione sublata sit, *l. pen. C. de hær. act. l. si ab eo, C. de neg. gest.* Adquisitione autem peculii confunditur obligatio si peculium debitoris ad creditorem peculiarem vel ad hæredem ejus pervenerit : nam ut patrimonio debitoris, ita peculio obveniente creditori confunditur obligatio. Hæreditas et peculium nomina sunt quæ juris intellectum habent. Comprehendunt igitur non emolumenta tantum, sed etiam onera. Cui obvenit hæreditas, is sustinet onus æris alieni et tenetur creditoribus hæreditariis : quod si ipse ex eis creditoribus fuerit, adeundo hæreditatem secum pensasse et sibi solvisse intelligitur. Et similiter cui obvenit peculium, sustinet onus peculii, et si ipse fuerit ex creditoribus peculiaribus vel hæres creditoris peculiaris, etiam secum pensasse et sibi solvisse intelligitur : et ita venditor servi qui retinuit peculium, secum pensat quod servo credidit ante venditionem, *l. quoties*, §. *pen. de pecul.* Et secundum hæc in specie hujus legis cum essent duo fratres Primus et Secundus, et Primo Secundus pecuniam credidisset ac mox obligationem naturalem ex causa crediti contractam patri adquisivisset, ac deinde mortuo patre uterque patri hæres extitisset æquis partibus, confusa est naturalis obligatio, partim quia Primus debitor patri creditori hæres extitit ex semisse, partim quia secundus hæres patris ex altero semisse cœpit jure hæreditario ex peculio Primi tantum quantum erat in residuo debiti. Inde vero generaliter ita constituamus : Eum apud quem est peculium, vel in solidum vel pro rata ejus quod ex peculio habet, sustinere onus peculii. Onus obligationis peculiaris peculium sequi ubicumque sit. Hinc fit ut venditor servi qui retinuit peculium vel qui pro peculio pretium nominatim accepit, teneatur annali actione de peculio his qui cum servo contraxerunt ante venditionem, *l. deposui*, §. *ult. de pec.* Hinc fit de manumisso servo vel emancipato filio, vel morte vel deportatione patris filio sui juris effecto, ut dominus vel pater vel hæredes aut successores eorum de eo peculio quod apud eos est teneantur annali actione creditoribus peculiaribus, *l. si quis servum, de pec.* et in hac lege §. *quæsitum.* Hinc fit ut in servum manumissum, vel in alium cui peculium legatum, est sit annalis actio de peculio, non in hæredem qui desiit peculium habere idque legatario tradidit, et in hac re ex Julian. ostenditur in *l.* 1. §. *per contrarium, de dot. præl.* esse differentiam inter obligationem dotalem et obligationem peculiarem; nam dotalis obligatio dotem non sequitur : nec enim tenetur de dote maritus cui exhæredato pater dotem nurus, id est, uxoris suæ legavit, sed hæres : quamvis dotem habere desierit, cui tamen hac via consulitur ne bis dotem præstet : ut non aliter cogatur tradere legatario quam si legatarius ei caverit de indemnitate et de defendendo eo adversus mulierem. Obligatio autem peculiaris sequitur peculium, et ideo annali de peculio tenetur legatarius, non hæres qui peculium habere desiit. Sed huic sententiæ Juliani opponitur *l.* 1. §. *item si hæres, quan. de pec. an. sit*, quæ aperte definit, actionem de peculio non dari in legatarium quamvis res peculiares habeat, sed in hæredem. Non in legatarium, quia, ut arbitror, in eum testator plenam liberalitatem exercere voluisse videtur, ut haberet peculium sine onere : sicut natura plerumque legati hæc est, ut non sit onerosum nisi nominatim fideicommisso a legatario relicto. In hæredem vero, quia penes se videtur hæres habere peculium, quo se liberavit actione ex testamento id tradendo legatario : quæ non est absurda ratio: nam sane id quisque videtur habere quo se absolvit et quasi redemit : atque ita quod vertit in rem suam : sed labefactatur *l. at cum hæres, de pecul.* quæ non tantum si hæres tradito peculio legatario se liberaverit, sed etiam quod plus est si acceperit a legatario certam summam quod legatum esset peculium sub condicione dandæ hæredi pecuniæ certæ, ait non teneri hæredem de peculio, nec penes eum videri peculium esse, quia eam summam condicionis implendæ causa, non tanquam pretii loco, accepit. Fuit hac in re controversia inter Sabinianos et Proculianos. Quod refertur in *d.* §. *per contrarium*, est ex Juliano, quod in *l. at cum hæres*, ex Javoleno, et Cassio, qui Sabiniani fuere. Contra quo refertur *d.* §. *item si hæres*, ex Cæcilio qui Proculianus fuit, *l. vir mulieri, de don. inter vir. et ux.* cui ejusdem sectæ Pegasus adjicit, hoc tamen remedio consuli hæredi, ne teneatur de peculio qui peculium re vera non habet, ut retineat peculium nec tradat legatario aliter quam si caverit defensum iri hæredem si peculiares creditores cum eo agant de peculio : qua via effectu ipso onus peculii transfertur in legatarium. Et consequenter si forte per errorem hæres non usus fuerit retentione peculii, non exegerit cautionem, sed peculium sine cautione legatario tradiderit, erit hæredi condictio incerti vel possessionis quam retinere, vel cautionis quam exigere potuit, ut *l. hoc SC.* 1. *de usufr. ear. rer. quæ usu cons. l. seq. hoc tit.* Eadem cautione admittebant Sabiniani, ut diximus supra, consuli hæredi adversus filium cui legata dos esset. Sed legato peculio nihil ista cautione censebant opus esse : quandoquidem destricte affirmabant hæredem non teneri

de peculio, et differentiam hanc esse constituebant inter obligationem dotalem et obligationem peculiarem. Contra Proculiani, quod illi admittebant in obligatione dotali, et in peculiari admitti volebant: et horum sententia obtinuisse videtur. Probatur Ulpiano *d. l.* 1. §. *item si hæres.* Probatur Marciano, *l. si servo manumisso, de pec. leg.* et dicitur esse hodie extra omnem dubitationem. Probatur et *l.* 2. *C. an ser. ex suo fac.* Est enim illo loco; Maxime, ἀπαγόρευσις, non ἐπίτασις. Postremo sciendum est, peculium extingui morte patris, extingui emancipatione filii, actionem de peculio non extingui, sed durare adhuc anno, fictitiam actionem quæ fingit peculium esse quod desiit esse nuper morte patris aut emancipatione filii, et ob id breviori tempore coercetur. Eleganter autem *l.* 40. *de pec.* peculium simile esse homini, id est, servo cujus peculium est, variari per qualitates, nasci, crescere, decrescere, mori, ac si animam haberet ut homo secundum Pythagoreos qui omne quod crescit animam habere dicunt. Prætermittit ἀκμήν, quam Aristoteles non prætermittit 3. de anima, illo loco, ἀνάγκη τὸ γενόμενον αὔξησιν ἔχειν καὶ ἀκμήν καὶ φθίσιν. Moritur ergo peculium mortuo patre, quia scilicet filius fit paterf. et paterfam. peculium habere non potest, et eadem ratione moritur peculium emancipato filio. Mortuo autem confunditur et commiscetur bonis paternis et in familiæ erciscundæ judicium, atque adeo in divisionem venit, nisi prælegatum sit, quod hæc lex ostendit illo loco, peculium dividi, et *l. certum, C. fam. erc. l. filiæ C. de collat.* De peculio pagano loquimur: nihil hic agimus de castrensi vel quasi castrensi: et rursus secundum jus vetus nihil interesse dicimus peculium paganum profectitium an adventitium fuerit. Jure novo interest: nam adventitium extinguitur quidem morte patris, sed præcipuum a filio retinetur pleno jure, consolidato usufructu qui erat patris. Et non est actio de peculio adventitio. De peculio profectitio creditori extraneo est actio prætoria de peculio intra annum in patrem si filium emancipaverit retento peculio, vel si vita decesserit pater, in hæredes ejus de eo peculio quod ad eorum quemque pervenit, *l.* 1. §. *sed et si morte, quan. de pec. ac. an. fit, l. si quis servum, l. quæsitum,* §. 1. *de pec.* In filium autem qui obligationem contraxit tam vivo quam mortuo patre datur creditori actio civilis in solidum, vel si emancipatus filius fuerit, quia emancipatione atque adeo imaginaria servitute obligatione solutus videtur, quæ erat extincta emancipatione, actio civilis restituitur ex edicto de capite minutis in solidum, vel in id quod facere potest, prout prætori æquum visum fuerit. Ita vero conventus filius post mortem patris si condemnetur, vel si condemnationem vereatur, vel etiam si solidum solverit creditori peculiari, ei consulitur remediis quatuor, ne omne onus peculii sustineat, qui omne peculium non habet, quod scilicet divisit cum cohæredibus suis. Primum remedium hoc est, ut non aliter solvat creditori peculiari, quam si ei creditor cesserit actionem de peculio adversus cohæredes: audietur enim si hoc desideraverit, *d. l. quæsitum,* §. *si vero filius, l. his consequenter,* §. *si filiusfam. fam. erc.* Secundum remedium, si solidum solverit, ut judicio familiæ erciscundæ tantum recipiat a cohæredibus quantum ab eis creditor actione de peculio consequi potuisset; quod proponitur in hac lege, et *d.* §. *si filiusfam.* Tertium remedium, si nondum solverit et agant inter se cohæredes judicio familiæ erciscundæ, ut officio judicis præcipiat peculium pro modo debiti, si quid plus sit in peculio id non præcipiat *l.* 20. §. *si filiusfam. fam. erc.* Quartum remedium, ut etiamsi nondum solverit et agant inter se cohæredes judicio familiæ erciscundæ, si hoc malit, cohæredes ei caveant defensum iri eum adversus creditorem peculiarem pro modo ejus peculii quod cohæredibus obvenerit in divisione hæreditatis: quod etiam proponitur in hac lege, et simile aliud ab eodem Africano in *l. si a pluribus. de leg.* 1. Hæc omnia quæ dixi hactenus qui tenet, et totam legem tenet: nec si paulum modo contendat, amplius eget opera mea. Species legis hæc est: Duo sunt fratres in eadem potestate, Primus et Secundus: uterque habet peculium. Secundus Primo credidit pecuniam peculiarem suam in causam Primi peculiarem. Obligatio est peculiaris: nec est in eo laborandum quod integra legis recitatio liquido demonstrat: et rursus obligatio est naturalis tantum: nam filiusfam. fratri qui in eadem potestate est obligatur naturaliter tantum, extraneo civiliter ex alia scilicet causa quam mutui: et hoc distat a servo: nam servus et conservo et filio domini et extraneo cuilibet obligatur naturaliter tantum; propterea quod pro nullo computatur jure civili et prætorio et extraordinario, ea vero obligatio naturalis per Secundum patri confestim acquisita est: deinde mortuus est pater. Post mortem patris, cui Primus et Secundus æque hæredes extiterunt, Primus Secundo per errorem solvit eam pecuniam: frustra quæsieris quod Accursius, solverit ante aditam an post aditam hæreditatem: nam sui hæredes non adeunt, sed a morte patris statim hæredes existunt ipso jure. Sed quæsieris recte statim quod proponit Africanus, an Primus quod solvit Secundo frater cohæredi suo repetere possit: et videtur non posse, quia id natura debuit patri:

quod autem natura debetur, solutione facta repeti non potest. Id, inquam, si debuit, natura debuit patri, vel Secundo quasi hæredi patris creditoris, non Secundo quasi creditori, quia nullo momento ea obligatio constitit in persona Secundi: nec est admittendum quod Accursius et alii quidam tentant de plebe, Primum ejusdem pecuniæ duos habere creditores, patrem et fratrem, et quod ait lex illo loco, Quod fratri debuisset, id ita accipiendum est, Quod fratri debuisset quasi hæredi patris. Verum Africanus respondit, Primum utique repetiturum quod solvit pro ea parte qua Primus ipse debitor patri creditori hæres extitit, quia pro ea parte sublata et confusa est obligatio naturalis acquisitione hæreditatis. Utique, id est, sine dubio, ἀδηρίτως. Utrumque dixit *l. Julianus*, §. 1. *de adq. hær.* utique sine dubio, κατὰ τοῦ αὐτοῦ, quia utique et sine dubio quasi unum sunt, et *l. si sine*, §. *Marcellus*, *rem. rat. hab.* utique non dubie. Qui nescio quo libello non agnoscunt confusione sive acquisitione hæreditatis sublatam esse obligationem naturalem, audent negationem apponere, et ita legere: Respondit utique quidem pro ea parte quia ipse patri hæres extitisset non repetiturum: scutica profecto digni, et illo superdicto, μὴ κακούργει τὴν νομικήν. Basilica rectissime: πρὸς μὲν τὸ μέρος εἰς ὃ κληρονομῶ, ἀναλαμβάνω: et ratio qua moventur pene indigna relatu. Primus pro parte hæreditaria habet suum peculium: esto: ergo pro ea parte obligatus est: perperam, nam confusio et concursus debiti et crediti in eandem personam, hoc non patitur: nam si obligatus est pro ea parte: obligatus est sibi ipsi, quod fieri nequit. Et iidem etiam nescio quo ingenio hoc tota lege quæri, An morte patris vel emancipatione filii extincto peculio, extinguatur peculiaris vel naturalis obligatio, et hoc unum agere Africanum tota lege ut doceat non extingui: non fuit cur in re certissima hunc laborem caperet Africanus: nec cepit igitur: nam et id solum quæritur in hac lege, quod proponitur in initio et in §. *quæsitum*. Quæsitum est an repetere possit. Fateor et consequenter illud quæri, manserit obligatio naturalis an consumpta fuerit, verum non an consumpta fuerit morte patris vel emancipatione filii, sed an consumpta potissimum fuerit acquisitione peculii, et quod proponitur, filium solvisse post mortem, et in §. *quæsitum*, post emancipat. ac similiter in *l. si id quod*, *hoc. tit.* servum solvisse post manumissionem, hoc fit, ut convenienter quærat an agere possit condictione indebiti: nam quandiu est in potestate, nullam actionem exercere potest. Et iidem rursus si Secundus, ut posuimus, Primo crediderit pecuniam peculiarem, quod debet Primus Secundo, id debere patrem: perperam: Non debet id Primus Secundo, sed patri, acquisita enim est obligatio Secundi patri. Ergo aut id non debet pater, aut debet sibi ipsi, et si sibi ipsi, non debet igitur. Et iidem etiam eodem libello titulos Digestorum nobis corrumpunt ut non dicamus, Quarum rerum actio non detur, sed Quarum rerum exceptio vel exactio non detur: ut non dicamus De condictione causa data, sed de condictione causa dati, quod interpretationes titulorum nostræ refellunt satis. Verum, ut istos mittam, certissimum est pro ea parte quia Primus debitor patri creditoris hæres extitit confusione sublatam esse obligationem naturalem et consequenter quia pro ea parte nullo jure debuit quod solvit, eum repetiturum. Pro parte autem Secundi cohæredis, de qua præcipue tractatur. Primus quod solvit sane non repeteret si nihil ad Secundum de peculio Primi pervenisset, nec pro ea parte sublata esset obligatio naturalis, sed quia pars peculii ad Secundum pervenit jure hæreditario, peculio Primi morte patris hæreditati commisto, pro ea quoque parte verius est alia confusione sublatam esse obligationem naturalem, id est, acquisitione peculii, si quantum est in residuo debiti tantum ex peculio Primi ad Secundum pervenerit, quia pro sua parte Secundus invenitur esse creditor, et debitor. Creditor quia patri creditori successit: debitor quia successit in peculium. Quod si ex peculio Primi minus ad Secundum pervenerit, concurrentis quantitatis compensatio fit: et quia mansit naturalis obligatio in eo quod superest, ejus quod superest repetitio non est. Sin vero nihil ad secundum pervenerit, æque repetitio pro parte Secundi hæreditaria solutæ pecuniæ non est quia pro ea parte remansit naturalis obligatio. Pone, prælegatum fuisse peculium Primo: nihil igitur ex eo ad Secundum pervenisse: quod Primus solverit, pro sua parte Secundus retinebit jure obligationis naturalis, nec poterit ab eo repeti, et si Primus non solverit, in eodem jure deducet: hi enim sunt effectus naturalis obligationis: et consequenter si per errorem eo non deducto, Secundus Primo toto peculio cesserit, quod ei prælegatum est, poterit id quod deducere poterat condicere quasi indebitum, quia non fuit in peculio, *l. si noxali*, §. *denique*, *de pecul.* Quod enim debetur patri, minuit peculium ipso jure, *l. 30. de act. emp.* Secundum hæc ita interpretabimur hæc verba legis, Adeo ut si prelegatum filio eidem debitori id fuisset, etc. adeo ut si nihil Secundus ex peculio Primi consequutus sit, si peculium Primi non sit divisum inter Primum et Secundum, ut puta si peculium primo prælegatum sit, tum ut Secundus deducere possit judicio familiæ ereiscundæ pro sua parte quod Primus debuit patri; et retinere solu-

tum igitur, ut ita onus peculii sequatur semper peculium: ac deinde pro parte Secundi confusam esse obligationem naturalem si non minus ex peculio Primi ad Secundum pervenerit, Africanus probat hoc argumento: Si Secundus Primum adversus extraneum creditorem peculiarem defendere et indemnem præstare debet pro rata peculii quod ad eum pervenit, multo magis Primum debet præstare indemnem adversus seipsum, ut scilicet cum peculio successerit in partem, peculiaris debiti parem neque deducat neque retineat. Atquin si Primus extraneo creditori debuisset certam summam, cui civiliter obligatur, ut diximus ante, ex omnibus causis excepta causa mutui ex qua filiusfam. extraneo obligatur naturaliter tantum, *l. quia naturalis ad Maced.* post mortem patris æqualiter diviso peculio inter Primum et Secundum partem Secundo creditor petere et exigere posset actione prætoria de peculio intra annum, partem a Primo civili actione: posset et eadem actione solidum exigere a Primo, qui tamen eo soluto partem postea reciperet a Secundo judicio familiæ erciscundæ vel re integra, id est, eo non soluto, a Secundo cautionem exigere indemnem præstare se et defendere adversus creditorem peculiarem pro rata peculii quod ad eum pervenisset. Ergo debet etiam in eo quod frater sibi debuisset quasi hæredi patris indemnem eum præstare nec retinere solutum: et similis pene argumentatio est in *l. si ita legatum, fam. erc.* In summa, non tantum pro parte Primi confusa est obligatio naturalis acquisitione hæreditatis, sed etiam pro parte Secundi acquisitione peculii: et probo summam hujus legis, quam Bartolus fecit, nisi quod illo loco, Quatenus de eo pervenit ad creditorem, vellem addi, vel hæredem creditoris. Sequitur in hac lege, quod onus peculii peculium sequi, et superiora confirmat: Et est de eo quod pater filiofam. vel contra filiusfam. credidit patri, superiora fuerunt de eo quod frater fratri.

Quæsitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit: respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio, deduceret pater quod sibi filius debuisset: contra si pater quod filio debuisset, eidem emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere naturalem obligationem eodem argumento probatur quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur: eademque erunt et si extraneus hæres exhæredato filio solverit id quod ei pater debuisset.

Si pater filio pecuniam crediderit et solverit filius patri post emancipationem; repetit quod solvit si peculium pater retinuerit, quia confusa est obligatio naturalis retentione peculii: non repetit si nihil ex peculio apud patrem remanserit, quia manet naturalis obligatio, et manere eam ex effectis probat. Si pater post emancipationem filii conveniatur de peculio annali actione, et si per eam ablaturus creditor omnem peculii quantitatem, pater deducit quod filio credidit: debuit ergo id naturaliter filius patri. Idem dicendum ex diverso si filius crediderit patri, et emancipato solverit pater, vel si hæres patris solverit eidem filio exhæredato non repetit, quia manet naturalis obligatio. Computatur enim in peculio id quod filio pater debet vel hæres patris si conveniatur annali actione de peculio: et quodcumque deducitur, computatur, compensatur, retinetur, id vel naturaliter deberi necesse est. Ideo autem ponit hæredem patris filio exhæredato solvisse, quia si cohæredi filio solvisset, solutum pro parte repeteret: quia pro parte confusa est obligatio filio creditore patri succedente debitori. Semper autem in hoc omni tractatu etiamsi id non exprimamus, de soluto per errorem intelligimus quotiens quærimus an solutum repeti possit: nam qui sciens solvit vel civiliter vel naturaliter indebitum, donat, etiamsi dixerit Solvo, non Dono, ut contra qui dicit: Dono, non donat semper, *l.* 15. §. *Papin. Loc.* Sequitur in fine hujus legis quod nihil ad superiora pertinet, nova quæstio et facilie admodum.

Legati satis accepi, et cum fidejussor mihi solvisset, apparuit indebitum fuisse legatum: posse eum repetere existimavit.

Nota est vulgaris cautio legatorum quæ datis fidejussoribus præstatur non tantum legatariis quibus in diem vel sub condicione, sed etiam his quibus pure legatum est si hæres inficietur aut contendat cum legatario: nam et si purum legatum non compellatur statim solvere qui contendendum putat et provocat ad judicium, fidejussorem tamen dare compellitur statim, *l. etiam, ut leg. nom. cav. l. uxorem,* § *ult. de leg.* 3. Quæstio autem hæc est: si fidejussor datus legati nomine, legatam quantitatem legatario solverit, ac postea appareat indebitum fuisse legatum, cui competat repetitio hæredi, an fidejussori? Et si suo nomine solverit, id est, propter suam obligationem, fidejussori repetitio competit, ut ait hoc loco, si nomine hæredis, hæredi, *l. indebitum, hoc tit.* Sequitur *l.* 32. *de cond. et demonst.*

Ad L. Quamvis 32. de condit. et demonstr.

Quamvis rationes reddere nihil aliud sit quam reliqua solvere: tamen si et statuliberi et hæredis culpa, sine fraude tamen servi, minus solu-

tum sit, et bona fide redditas esse rationes existimatum fuerit, liberum fore: et nisi ita observetur, neminem qui sub condicione ita manumissus esset, unquam ad libertatem perventurum, si per imprudentiam minus solutum esset: hæc ita accipienda ait, si quando is qui rationes reddere jussus sit, per aliquem errorem sine dolo ita rationes ediderit, ut dominus quoque circa computationem erraret.

Quæstio legis est de servo testamento manumisso sub condicione, si actus sui rationes hæredi reddiderit. De servo actore igitur vel dispensatore, vel ut est in *l.* 22. *de man. testam.* quæ huic conjungenda est, vel potius illi hæc, de servo cui erat commissa cura argenti, id est, vasorum argenteorum, qui in antiquis inscriptionibus dicitur, Servus aut libertus ab argento escario vel potorio, ut alius ab auro, alius a veste matutina, alius ab studiis, alius a commentariis. Qui ita manumissus est, non aliter potest pervenire ad libertatem quam si condicioni satisfecerit: ut autem intelligatur in quem modum satisfacere debeat, videndum est quid sit rationes reddere. Rationes reddere, est edere rationes legendas et computandas, tradere libros rationum et cautiones instrumentaque actus sui, instruere hæredem de singulis quæ ad eam rem pertinent, et non hoc tantum, sed etiam reliqua solvere in solidum, *l. non solum*, §. *is qui reddere, de lib. leg.* Incipit res a facto, id est, a computatione et dispunctione rationum et desinit in pecuniæ dationem: qua de causa mista est condicio, quæ in faciendo et in dando consistit, *l. cum servus*, *hoc tit. l.* 6. §. *ult. de statulib.* nec enim videtur rationes reddere, qui chartas in quibus rationes conscriptæ sunt tradit, qui edit rationes tantum, nisi et reliqua solvat: et contra non videtur rationes reddere qui reliqua tantum offert in folle, ut ait *d. l. cum servus*, in sacculo, *l.* 5. §. *si plus quam jussus erat*, *de statulib.* ut illo Juvenalis versu, *Si reddat veterem cum tota ærugine follem,* de pecunia in folle deposita, quod in sacculo, *l.* 1. §. *si pecunia, l. si sacculum, depos.* Non videtur, inquam, rationes reddere qui reliqua offert in folle, nisi et legendas rationes ac computandas tradat: et hoc maxime distat hæc condicio a condicione hæredi dandæ pecuniæ certæ, nam hæc impleta videtur si pecuniam statuliber offerat in folle, *d.* §. *si plusquam*: et ita debitor quilibet offerendo pecuniam in folle, evitat vel emendat moram eamque in creditorem transfert simul ac periculum oblatæ pecuniæ. Est et alia differentia in *l.* 5. *de statulib.* Qui dare jussus est pecuniam certam, numerare debet, non fidejussorem dare, Qui rationes reddere, aliquando implesse videtur condicionem et fit liber, si de eo quod est in rationibus obscurius aut liquidum minus, paratus sit fidejussorem dare, ne alioquin cohibeatur occasio perveniendi ad libertatem incerta existente causa rationis, et genere negotii hujusmodi, quæ postrema verba *d. l.* 5. ita perspicue Basilica interpretatur, *διὰ τὸ ἄδηλον τῶν οἰκείων λογισμῶν, καὶ τὸ γένος τῆς διοικήσεως αὐτῶν.* Illud notandum est, non frustra libertati servi actoris testatores præponere condicionem rationum reddendarum, hac enim omissa, servus pure manumissus non cogitur reliqua omnia solvere, *l. si pure, de fid. lib.* secundum regulam quæ vult de eo quod quis in servitute gessit, post libertatem conveniri non posse, *l.* 1. *si is qui test. lib. esse jus. etc. l. ult. C. an ser. ex suo fac. l.* 1. *C. de nox. act.* Sed rationum tamen volumina extra ordinem reddere compellitur, et reliquas res aut pecunias quæ extant: nam et is quem noluit testator rationes reddere, volumina rationum tradere cogitur, et reliqua quæ apud eum sunt, *l. si servus vetitus*, *de leg.* 1. *l. ult.* §. *inter*, *de lib. leg.* Etiam illud adnotandum est, condicione rationum reddendarum libertati preposita, aliquando pure relictam libertatem videri, puta si servus nulla reliqua habuerit, si pariator non reliquator apparuerit, *l. Julius*, *hoc tit. l. si servo sub. condicione*, *de statulib. l.* 4. *C. de man. testam.* Pariatori reliquatorem opponimus more auctorum nostrorum, non debitori debitorem. Pariator inreliquator est, Græcis *ἀλοιπάδης*: et reliquas non fugiemus dicere eorumdem exemplo, sicut reliqua, et se reliquare sicut reliquare aut reliquari, *l. si quis rationes*, *l. ult.* §. *inter*, *de lib. leg.* Ille vero casus sub condicione datæ libertatis, quæ pura intelligitur, addi potest ad *l. aliquando*, *hoc tit.* At ita paulatim adnotemus etiam quod est in hac lege, aliquando statuliberum quasi impleta condicione pervenire ad libertatem, licet non solidum solverit quod erat in reliquis, sed aliquanto minus, modo per imprudentiam id fecerit erroremque calculi. Cum erratur in edendis rationibus, et erratur in reddendis, et propter hunc errorem iniquum est libertatem impediri ceteraque commoda libertatis. Differentiam hæc lex facit aperte inter edere et reddere rationes, notissimam ex *l. Boves*, *de verb. sig.* Porro ad eamdem speciem condicionis pertinet ejusdem Africani *l.* 22. *de man. testam.* quam huic subjungendam esse duxi.

Ad L. Qui filium. 22. de manum. testam.

Qui filium impuberem hæredem instituit, Stichum ratione argenti quod sub cura ejus esset, reddita, liberum esse jusserat: is servus parte argenti subtracta, cum tutore divisit: atque ita

tutor ei parem rationem adscripsit : consultus an Stichus liber esset , respondit , non esse liberum : nam quod alioquin placeat , si statuliber pecuniam dare jussus tutori det , vel per tutorem stet , quo minus condicioni pareatur, pervenire eum ad libertatem : ita accipiendum ut bona fide et citra fraudem statuliberi , et tutoris id fiat : sicut et in alienationibus rerum pupillarium servatur: itaque et si offerente statulibero pecuniam tutor in fraudem pupilli accipere nolit : non aliter libertatem contingere, quam si servus fraude careat , eademque et de curatore dicenda. Item quæsitum est , rationem argenti reddere jussus in quem modum intelligendus sit condicioni paruisse , id est , an si quædam vasa sine culpa ejus perierint , atque ita reliqua vasa hæredi bona fide adsignaverit , perveniat ad libertatem : respondit , perventurum : nam sufficere si ex æquo et bono rationem reddat : denique quam rationem bonus paterfamilias reciperet , ea hæredi reddita impletam condicionem videri .

Condicio libertatis hæc , Si hæredi rationes reddiderit, utilitatis causa receptum est ut impleatur recte in persona tutoris , si modo reliquæ pecuniæ quæ tutori solvuntur vertantur in rem pupilli, nec avertantur a tutore , *l. si servus* 10. *l. Stichum,* §. *usumfr. de solut.* nam tutor domini loco est, id est pupilli, si bene rem pupilli gerat, non si quid avertat. Et consequenter pro impleta condicio habetur si per tutorem stet quo minus ei pareatur, ut si oblata reliqua ab statulibero accipere nolit forte in fraudem pupilli , dummodo statuliber non participet , idque secundum jus commune , id est secundum regulam juris , ut est proditum, *l. cum pupillus*, *l. jure* , *de cond. et dem. l.* 3. §. *non solum* , *de statulib.* Contra quoque non videntur tutori vel hæredi rationes recte redditæ nisi bona fide redditæ sint. Non redduntur bona fide si quid expensis falso retulerit statuliber, vel si quid subtraxerit acceptis, *l. qui sub. condicione*, *de cond. et demonstr.* et condicionis verba sic accipiuntur, Si bona fide rationes reddiderit: finge servum rationem argenti reddere jussum partem vasorum subtraxisse eaque divisisse cum tutore , atque ita corruptum tutorem parem ei rationem adscripsisse, id est , congruere accepta espensis , nihil esse reliqui , vel solvisse reliqua statuliberum et parem utramque rationum paginam fecisse : quæ subscriptio apocha est, sive ut hic loquuntur Græci ἀπόδειξις quasi ἀπόδεξις , id est, cautio de suscepta pecunia: et vox podiciæ vel policiæ , qua vulgo utimur ex ea voce Græca , deflexa et depravata est. Ita vero non videtur impleta condicio, nec servus pervenit ad libertatem. Apocha a tutore extorta per fraudem , fraudis tutore ipso etiam participe et conscio, non liberat : et similiter alienatio rei pupillaris mobilis non est efficax , si a tutore sit facta mala fide et in pupilli fraudem, sed vel ipso jure nulla est , si et fraudis conscius emptor fuerit, vel facile rescinditur per restitutionem in integrum. Quod in posteriori parte hujus legis ostenditur statuliberum fore , si quædam vasa perierint sine culpa ejus , modo quæ reliqua supersunt reddat, cum eo valde congruit quod est in *l. Sticho* , §. *ult. de statulib.* illo loco , exceptis perditis . Sequitur difficilior quæstio in *l.* 15. *de oper. novi nunt.*

Ad L. Si priusquam 15. de op. no. nunt.

Si priusquam ædificatum esset, ageretur jus vicino non esse ædes altius tollere , nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait , quam ut eum cum quo ageretur, cavere juberet, non prius se ædificaturum, quam ultro egisset jus sibi esse altius tollere . Idemque e contrario si cum quis agere vellet jus sibi esse invito adversario altius tollere: eo non defendente , similiter , inquit , officio judicis continebitur, ut cavere adversarium juberet, nec opus novum se nuntiaturum, nec ædificanti vim facturum , eaque ratione hactenus is , qui rem non defenderet , puniretur , ut jure suo probare necesse haberet : id enim esse petitoris partes sustinere.

Quæstio est de officio judicis apud quem agitur actione confessoria vel negatoria de servitute altius tollendi vel non tollendi , et de ordine quem sequi et observare in eo judicio debet rem non defendente eo quo cum agitur : quod quid pertineat ad hunc titulum , simul et vis ac sententia quæ sit hujus legis , ad quam tot Alciatus collegit intellectus , totque alii desudarunt interpretes , ut intelligatur : sciendum est , multis modis posse nos prohibere vicinum ne ædificet , vel opus novum faciat , per lapilli jactum , per prætorem , per interdictum prohibitorium , per nuntiationem novi operis , per actionem civilem, id est confessoriam vel negatoriam , sed de duobus posterioribus erit tantum hoc loco sermo : et sciendum inter eos multum interesse , multum , inquam , interesse , utrum per nuntiationem novi operis prohibeat quis vicinum facere novum opus an per civilem actionem. Nuntiatio novi operis permittitur edicto prætoris. Edictum sufficit, nec necesse est adiri prætorem ut eam permittat, *l.* 1. §. *nuntiatio, hoc tit.* Civilis actio a prætore postulanda est. Sed hodie moribus Galliæ quasi inversa hac prima differentia nuntiatio novi operis non fit sine speciali

jussu judicis, et ex Constitutionibus civilem actionem postulari necesse non est. Secunda differentia hæc est, Civilis actio non ante inhibet opus quam probaverit actor jus non esse faciendi operis novi, *l. si eo loco, si ser. vind.* Nuntiatio vim suam exercet statim, et inhibet opus: et qui confestim nuntiationi non obtemperat, destruere compellitur quidquid post nuntiationem ædificavit, sive jure, sive injuria ædificare cœperit initio: nam quod cumque fit post nuntiationem, injuria fit, antequam prætor remissionem nuntiationis faciat, aut satisdet is cui nuntiatum est de opere restituendo si judicatum erit nuntiatorem jus prohibendi habuisse. Tertia differentia hæc est. Nuntiatio novi operis non permittitur antequam vicinus ædificet vel inchoet ædificium, *l.* 5. §. *nuntiationem*, *hoc tit.* Civilis actio datur non tantum si ædificaverit vicinus, aut ædificare cœperit, sed etiam si nondum quidquam ædificaverit: et ita initio hujus legis ait recte, Si priusquam ædificatum esset ageretur jus vicino non esse ædes altius tollere. Est et quarta differentia. Nuntiatio novi operis permittitur non possessori adversus possessorem: quinimo per nuntiationem adversarius possessor constituitur, *l.* 1. §. *in operis*, *hoc tit. l.* 7. §. *ait Julianus*, *quod vi*, *aut clam.* Civiles actiones de jure altius ædificandi vel non ædificandi ut de ceteris servitutibus non tantum non possessori, sed etiam possessori dantur, *l. et si forte*, §. 1. *si ser. vind. l. pen.* §. *ult. si ususfr. pet.* et hic est unus ille casus §. *æque*, *Instit. de act.* quo is qui possidet agit in rem actione, nec quærendus est alius: apparere enim ait in latioribus Digestorum libris: et hic sane unus apparet locis innumeris. In controversiis rerum corporalium is tantum agit in rem actione, qui non possidet. In controversiis servitutum, etiam qui possidet. Sed hoc declaremus exemplo. Si ædificatum habes, possessor es, et recte agis jus tibi esse ita ædificatum habere, vel jus tibi esse reficiendi. Si ædificatum non habes, ego possessor sum, et nihilominus recte ago jus tibi nec esse ædificare. Ergo in controversiis servitutum reus non æstimatur ex possessione sicut in controversiis rerum corporalium, cum possessor actor esse possit, sed ex ratione conveniendi, ita ut qui convenit quive provocat judicium actor sit, sive possideat sive non, et similiter qui convenitur quive provocatur, reus, sive possideat sive non; multum autem interest scire quis actoris, quis rei partes sustineat: nam actori incumbit onus probandi: et favorabilior est reus: ac propterea pœna in hac lege, ex reo actorem fieri, et compelli reum qui rem non defendit, partes rei deponere et suscipere actoris. His cognitis, fac ita esse. Priusquam ædificare, agere volui, vel egi jus tibi non esse altius ædificare: ego licet possessor sim, actor sum tamen, tu reus. At rem non defendis. Quid fiet? Non dico te latitare, sed rem non defendere. Latitantem separo ab absente et rem non defendente, ut *l.* 7. §. *Celsus*, *quib. ex caus. in possess. eat.* Gravior est latitantis pœna, quæ inferius explicabitur. Quæro quæ sit pœna non defendentis. Pœna non defendentis hæc erit, ut ex reo fias actor, id est ut non prius ædificare possis, quam ultro intra certum tempus quod judex perfinierit, egeris jus tibi esse invito me altius ædificare, et hoc probaveris, eaque de re officio judicis cavere debes, non prius ædificaturum te quam id probaveris: ego possessor maneo. Nunc pone ex diverso. Priusquam ædificares, atque ita cum non possideres, prior egisti jus tibi esse altius ædificare invito me, tu es actor, ego reus: quid si ego judicio absim, nec rem defendam? Pœna non defendentis eadem erit, ut ex reo fiam actor, id est, ut non possim vim facere ædificanti tibi, vel nuntiare tibi novum opus, antequam egerim et probaverim intra certum tempus quod judex præfinierit jus non esse tibi altius ædes tollere, eaque de re officio judicis cavere debeo, non prohibiturum me, non nuntiaturum novum opus antequam id probaverim. Fio igitur ex reo actor: itemque ex possessore non possessor: sicut is cui nuntiatum est novum opus si rem non defendat, ex possessore fit non possessor, quasi adversario cesserit possessione, et ita accipienda videtur *l. vel in operis, de procurat.* ut si procurator cui nuntiatum est novum opus neque satisdet de opere restituendo, neque remissione desideret, satisdare debeat de rato, quia dominus fit hoc modo ex possessore non possessor. Idemque accidit in specie *l.* 46. *tit. seq.* Diversa est species ab ea quæ in hac lege proponitur: est enim de eo qui ædificatum habet, et hic agitur de eo qui ædificatum non habet; ordo tamen est idem: Finge, Ædificatum habes: possides igitur: ego non possideo: ago jus tibi non esse ita ædificatum habere: ego sum actor, tu reus. Si rem non defendas, fies ex reo actor, ex possessore non possessor, quoniam transfertur in me possessio ædificii, idque demoliri potero nisi intra certum tempus, quod judex præstituerit, egeris et probaveris jus tibi esse ita ædificatum habere. Incipit vulgo ea lex ab his verbis, Ædificatum habes, etc. uam hæc quæ præcedunt, A quo fundus petitur si rem nolit, notantur quasi supervacua. Completa tamen placebunt valde. A quo fundus petitur si rem nolit defendere, ab illo possessio transferenda est in petitorem, donec ille egerit et probaverit fundum suum esse, et ita fere opinor Scævolam scripsisse, et sic, sive fundus sive servitus petere-

tur, et rem non defenderet reus, docuisse ita puniri eum ut ex possessore fieret non possessor, translata scilicet possessione in actorem quoad ille egisset, et probasset vel fundum suum esse, vel jus sibi esse ita ædificatum habere. Dubitari poterat an omisso hoc remedio transferendæ possessionis ipsius fundi vel ædificii, reo absente et rem non defendente, posset actor mitti in possessionem omnium bonorum. Et constat non posse, *l. 7. §. Celsus, quib. ex. caus. in poss. eat.* quod longe aliter se habet in latitante in omnibus iis casibus, *d. l. 7. §. item videamus:* nam adversus latitantem fit missio in possessionem omnium bonorum, et bona distrahuntur si perseverat latitare. Adversus absentem non latitandi animo, et rem defendentem hanc tantum pœnam esse propositam, ut possessor ejus vel rei juris quo de agitur fiat non possessor, et reus actor, nec fiat missio in universa bona: hæc si fieri posset, inutile esset remedium hujus legis, et *d. l.* 45. Et hæc sunt quæ in hanc legem sola pure nitideque tradi possunt. Male huic adjungunt alii *l. pen. de aqua quot. et æst.* quæ de eo loquitur qui agit negatoria vel confessoria de jure in cujus possessione est, ut ei interim caveat reus se non impediturum utentem eo jure donec de jure suo docuerit, ut *l. cujuscumque, §. ult. de usufr.* De reo igitur qui judicio adest et rem defendit et de alio genere cautionis. Hic vero agitur de eo qui rem non defendit: eademque ratio est *l. harum, si serv. vind.* nec enim loquitur de eo, qui rem non defendit, sed de eo, qui defendit, quem si velit absolvi parere debere arbitrio judicis ait et cavere de onere ferundo: est enim de servitute oneris ferundi. Male alii, ei qui agit negatoria non incumbere onus probandi, ut si agat jus non esse altius ædificare antequam ædificetur: male: quia adserit sibi jus, id est, servitutem, *l. loci, §. ult. si serv. vind.* ergo de ea probare debet. Et negatoria ea actio est figura verborum, vi ipsa confessoria, ut Theophilus ait in *d. §. æque*, et refelluntur aperte hac ipsa lege. Negatoria proprie est etiam vi ipsa, si ago jus tibi non esse eundi per fundum meum: qui servitutem nego itineris, libertatem adsero fundo meo, et ita e contrario si agam jus mihi esse altius ædes tollere jure imposito, ut quia cum tibi cessissem jus mihi non esse tollere, postea tu cessisti jus mihi esse, confessoria actio est etiam vi ipsa, quia servitutem mihi adsero, quia minuisti jus ædium tuarum, auxisti mearum, *l. egi tecum, de exc. rei jud. l. si domus, de serv. urb. l. si mihi, de serv. rust.* Si agam jus mihi esse ædes altius extollere jure naturali, figura verborum confessoria est actio, vi ipsa negatoria, quia servitutem nego ædes meas debere altius non tollendi, libertatem adsero ædibus meis. Male etiam in posteriori specie hujus legis, cum agente eo qui ædificatum non habebat jus sibi esse ædificare, reus rem non defendit, ac postea agit jus non esse ei ædificare: ita possessorem ajunt agere negatoria: desiit enim esse possessor, et ut ex reo actor ita ex possessore factus est non possessor. Et pessime, quod hunc tamen ipsum solum quasi virgula divina scilicet adinvenerint esse casum de quo in §. *æque*, quo is qui possidet, agit in rem: ac pessime rursus aliud esse in jure actoris partes sustinere, aliud actorem esse: quibus quid reponas aliud, quam hoc, Et similiter tu doctoris partes sustines, doctor tamen qui male doces non es. Transeamus ad *l. 44. de dam. inf.* cujus duæ sunt perelegantes quæstiones, et de prima quidem Africanus scribit in hunc modum:

Ad L. Cum postulassem 44. de dam. inf.

Cum postullassem ut mihi damni infecti promitteres, noluisti: et prinsquam prætor adiretur, ædes tuæ corruerunt, et damnum mihi dederunt: potius esse ait, ut nihil novi prætor constituere debeat, et mea culpa damnum sim passus, qui tardiu experire cœperim: at si cum prætor, ut promitteres decrevisset, et te non promittente ire me in possessionem jussisset, et priusquam eo venissem corruerunt: perinde omnia servanda esse existimavit, atque si posteaquam in possessionem venissem, damnum datum esset.

Si vicini ædes ruinosæ, aut vitiosæ sint, et timeo ne in meas ruant et mihi damnum inferant, recte stipulor præstari mihi quanti ea res erit, si quod damnum ædibus aut rebus meis ex ea re contigerit. Stipulatio est non de damno facto, sed de infecto, de futuro non de præterito, et cautio qua mihi prospicio in futurum ne ædes vicini ruina sua mihi noceant, videlicet si alio remedio mihi prospectum non sit: nam quod alia actione quæri potest, id in stipulatione damni infecti omnino non deducitur, *l. 18. §. emptor, hoc tit.* Sed quid si stipulanti mihi vicinus cavere et promittere nolit? Adeundus est prætor vel præses in jure, id est, dum sedet pro tribunali, et postulandum ut jubeat caveri mihi damni infecti, quæ postulatio instar actionis habeat, et actio dicitur, *l. inquilino, hoc tit. l. 5. §. si vicinus, l. supra, §. officium, l. seq.* et a Græcis ἡ ἐλπίδι συμπτώσεως ἀγωγὴ et qui postulat hanc cautionem, experiri hoc loco, et agere Plinii XXXVI. cap. 11. et persequi, *l. quibus, in fi. de verb. signific.* dum ait persequi etiam eum qui satis accipit, id est qui postulat ut satis accipiat vel damni infecti

vel legatorum vel tutelæ nomine, quæ stipulationes instar actionis habere dicuntur, quia postulari eas in jure necesse est. Solent autem in causa damni infecti a prætore interponi tria decreta. Primo decernit ut vicinus promittat damni infecti, quod hæc lex demonstrat illo loco, Si prætor ut promitteres decrevisset. Sic prætor primo decreto decernit stipulationem, sic dat stipulationem, ut loquitur *l.* 15. §. *eleganter*, *h. t.* quasi actionem quandam. Quod si huic decreto non pareat vicinus, id est, si non caveat damni infecti; vice cautionis, ut ait *d. l.* 15. §. *si quis damni*, secundo decreto prætor mittit me non in possessionem omnium bonorum, sed in possessionem ædium vitiosarum tantum, vel ejus rei unde damnum timetur, nec tamen propterea vicinus decedit possessione ædium suarum, *d. l.* 15. §. *si quis autem*, sed manet possessor ut fuit ante: ego qui missus sum in possessionem non sum possessor, sed in possessione, id est custos potius quam possessor, missus in hoc ut tædio custodiæ et consuetudinis meæ extorqueam vicino cautionem damni infecti. Aliud est esse in possessione, aliud esse possessorem. Sed si adhuc quasi nullo tedio affectus perseveret vicinus non cavere, tertio decreto permittit mihi prætor ut ædes possideam; hoc decreto vicinum possessione expellit, *d. l.* 15. §. *ubi autem*, et me possessorem facit: nec jam est amplius integrum vicino offerre cautionem: alioquin nullus finis esset, *d. l.* 15. §. *posteaquam*. Sic fit ad extremum ut vicinus ædibus careat quas non defendit, id est, quarum nomine non caveat damni infecti, non quod fecerit me hoc decreto dominum prætor (nec enim dominum facere potest) quod fecerit me possessorem, expulso vicino. Faciendo autem me possessorem, etiam occasionem præstitit per usucapionem acquirendi dominii licet sciam ædes esse alienas, ut *l. et generaliter*, *de noxal. action.* possessor enim factus, postea dominium ædium acquiram usucapione. Possessorem me facit jure dominii, ut ait *d.* §. *posteaquam*, id est, ut possideam quasi dominus, animo et jure dominii, ut sim quasi dominus, dominum non facit: hoc enim est legis non jurisdictionis: et aliud est dominum esse, aliud possessorem esse iure dominii, et ita accipienda est *l.* 1. *de fun. dot.* ut possidere jussus dominus fiat, id est veluti dominus, dominus possessionis non dominus proprietatis antequam usuceperit: et ita bonorum possessor est veluti hæres, et bonorum possessio veluti dominium tribuit, *l.* 1. *et* 2. *de bonorum posses.* Neque vero dicas, Prætoris decreto trasferri causam vel condicionem vel jus usucapionis, sed præstari occasionem, ut *l. qui alienam*, *de mort. cau. donat.* Aliud est occasio, aliud causa, aliud occasio, aliud jus, *l.* 2. *de rivis*. Occasio usucapionis est a magistratu vel a privato, jus a legibus. Et hæc tria sunt quæ damni infecti nomine interponuntur decreta prætoris. Quandoque auctores nostri non habent rationem primi, atque eo fit ut primum appellent quod nos fecimus secundum, et secundum quod nos fecimus tertium, *d. l.* 15. §. *Julianus*. Sed vere possis adfirmare tria intervenire: nec enim promitti jubet de plano et quocunque loco, sed pro tribunali et causa cognita, perpensa, deliberata, *d.* §. *eleganter*, quanquam non inficier interponi hæc decreta posse quocunque tempore, *l.* 2. *de feriis*. Cognito omni hoc ordine, repetendum illud est, necessario postulari in jure cautionem damni infecti: si postuletur extra jus inutilem et inefficacem postulationem esse: et hoc unum agit Africanus in priori quæstione hujus legis, ut ostendat multum interesse postuletur cautio damni infecti in jure an extra jus, sicut multum interest confiteatur quis in jure an extra jus, offerat debitor pecuniam in jure totam vel pro parte, an extra jus: nam is tantum habetur pro judicato qui confitetur in jure, et in eum tantum denegatur actio qui pecuniam debitam obtulit in jure. Si igitur extra jus, id est, non adito prætore postulavero ut mihi vicinus promitteret damni infecti nec promiserit, et mox ædes corruerint et in meas deciderint, mihi imputare debeo quod prætorem non adierim, quod tardius egerim caveri mihi damni infecti, nec de vicino conquiri quicquam possum: denique, ut Africanus ait, culpa mea damnum passus sum et mihi potest objici illa regula, Quod quis ex sua culpa damnum sentit, non intelligitur damnum sentire. Id vero probat hoc argumento *l.* 7. §. *pen. hoc tit.* Si res animales, veluti servi aut quadrupedes nostræ, quæ noxam commiserunt, non ultra onerant nos quam ut noxæ eas dedamus: nec igitur res nostræ inanimales, veluti ædes, si damnum alii dederint ruina sua, ultra nos debent onerare, quam ut eas veluti noxæ dedamus si possumus: atquin non possumus eas quæ ruerunt veluti noxæ dedere, cum esse desierint. Ergo earum nomine nullo modo tenemur, nisi ante promisimus damni infecti: et ita mortuo servo qui noxam nocuit, nullo modo tenemur, *l.* 7. *de nox. act.* Et stipulatio damni infecti, veluti noxalis actio est, *l. in noxalibus, de nox. act. conjuncta l. eorum*, *hujus tit.* Ergo si ædes vicini deciderint in meas antequam interponeretur hæc stipulatio, vel postularetur in jure, licet fuerit postulata extra jus, nulla actione vicinus tenetur neque de damno dato, neque ut tollat rudera, si modo omnia pro derelicto habeat, *l.* 6. *hoc tit.* Unus tantum est casus, quo etiam si mihi non prospexero stipulatione damni infecti,

nec eam in jure postulavero, si ædes vicini corruerint, et damnum mihi dederint, cogitur vicinus decreto prætoris sarcire mihi damnum, aut de eo sarciendo cavere, et tollere rudera, aut ædes totas, id est, quod restat ædium, ruinam, et aream derelinquere veluti in noxam, videlicet si non negligentia mea, sed propter aliquod impedimentum, veluti propter angustias temporis subita, et insperata ruina, vel propter absentiam Reip. causa stipulari non potuerim, *l.* 7. §. *ult. l.* 8. *l.* 9. *in princ. hoc tit.* quæ sententia Juliani est comprobata propter utilitatem. Nunc tractemus de postulatione facta in jure. Si in jure postulavero mihi caveri damni infecti, et prætor caveri decreverit, et noluerit cavere vicinus, ac deinde decreverit prætor me ire in possessionem, et priusquam irem, ædes deciderint, an ibo postea in possessionem ruinæ et areæ quoad mihi damnum præteritum sarciatur, vel de eo caveatur? Sic sane, ut perinde sit ac si postquam in possessionem venissem, ædes ruissent. Itaque Julianus non probat Sabini sententiam, qui rationem damni ex eo tempore ducebat, quo ventum esset in possessionem, sed Labeonis, qui ex quo decretum esset, *d. l.* 15. §. *illud quæritur, et* §. *si jam.* Quid si corruerint post factam postulationem in jure, cum nondum prætor caveri decrevisset, an mittar in possessionem ruinæ, et areæ? Minime, quia ruerunt priusquam mihi caveretur, et priusquam quidquam decrevisset prætor: sed æquum est tamen decreto prætoris, vel data actione in factum compelli vicinum damnum sarcire, quod mihi labes intulit ædium suarum, *d. l.* 15. §. *eleganter:* idemque dicendum forte si ruerint postquam prætor caveri jussisset antequam jussisset iri in possessionem. Sequitur alia quæstio.

Damni infecti nomine in possessionem missus possidendo dominium cepi: deinde creditor eas ædes pignori sibi obligatas persequi vult: non sine ratione dicetur, nisi impensas, quas in refectionem fecerim, mihi præstare sit paratus, inhibendam adversus me persecutionem. Cur ergo non emptori quoque id tribuendum est, si forte quis insulam pignoratam emerit? non recte hæc inter se comparabuntur: quando is qui emit sua voluntate negotium gerat: ideoque diligentius a venditore sibi cavere, et possit, et debeat: quod non æque et de eo cui damni infecti non promittatur, dici potest.

Ait, damni infecti nomine in possessionem missus: addendum: et possidere jussus, quoniam subjicit possidendo dominium cepi, id est usucepi: et ita quoque accipienda est *l.* 5. *in prin. h. t.* dum ait, prætoris officium esse, ut missus in possessionem eam rem de qua damnum timetur usucapere possit, *id* est, ut alio decreto possidere permittatur, et usucapere, vel per longi temporis spatium eam rem acquirere: quibus postremis verbis sæpenumero utitur Tribonianus commutato in ea usucapionis verbo, quod transformata esset usucapio a Justiniano in longi temporis possessionem: usucapio enim rei immobilis erat biennii ex XII. tab. hodie est decennii inter præsentes, et vicennii inter absentes. Nunc finge: missus in possessionem ædium ex causa damni infecti, et possidere jussus usucepi, et refeci ædes meis sumptibus. Creditor cui eædem ædes pignoratæ erant mecum agit actione hypothecaria. Usucapio non perimit causam pignoris, *l.* 1. §. *cum prædium, de pign. l. usucapio, C. eod. l. justo* §. *non mutat. de usurp. et usuc.* Actio hypothecaria avocat possessionem, *l. si cum venditor, de evict.* An igitur eam mihi avocabit? Minime: imo inutilis ei erit actio hypothecaria, nisi paratus sit mihi præstare impensas refectionis: utor igitur retentione ædium veluti pignoris jure, et quasi privilegiarius, quod meis sumptibus conservaverim pignoris causam: idemque erit si eas refecerim ante usucapionem, et agit creditor Serviana actione etiam ante usucapionem, post ultimum decretum. Inde quæritur an idem dicendum sit, si quis ædes suas quas creditori obligaverat alii vendiderit, et emptor eas refecerit, an etiam repelletur creditor agens hypothecaria, nisi paratus sit emptori præstare impensas refectionis. Et Africanus negat idem esse dicendum, negat onerandum esse creditorem hypotecarium præstatione impensarum: ac prudentissime animadvertit, non recte comparari inter se emptorem et eum qui vice cautionis damni infecti possidere jussus usucepit: nam emptor sponte sua accedit ad emptionem, et diligentius sibi cavere debet a venditore evictionis nomine: nam evictionis nomine continetur etiam causa hypothecariæ actionis, *l. si mancipium*, §. *ult. de evict.* Is vero cui damni infecti non cavetur, veluti coactus possidet ædes, nec potest sibi cavere a domino ædium evictionis nomine: neque enim eo nomine quidquam ei præstare vicinum oportet: et hæc est sententia hujus §. 1. ex qua primum quod colligitur, creditorem recte agere hypothecaria, et auferre possessionem ei, qui eam nactus est ex causa damni infecti, si modo paratus sit ei præstare impensas refectionis, ei opponitur *l.* 12. *et l.* 15. §. *si qua sunt jura, h. t.* quæ potiorem creditore ajunt esse eum cui non cavetur damni infecti si possidere, et usucapere ei permissum fuerit, et creditori denegari hypothecariam actionem. At respondeo de creditore eas loqui, ut *l.* 11. §. *ult.* demonstrat, possidente ædes vitiosas jure pignoris: hic si postulanti vicino non caveat damni infecti, possessio ei aufertur, et denegatur

persecutio pignoris, ut fructuario et persecutio ususfructus, *l.* 9. §. *ult. eod.* Quod si non creditor, sed debitor eas ædes possederit, nec voluerit vicino cavere damni infecti, atque ita vicino possidere, et usucapere permissum fuerit, creditori adversus quem vicinus non est missus in possessionem, sed adversus debitorem tantum, non denegatur actio hypothecaria : nec longe ab hac responsione, quod Accursius ait ibi præsentem fuisse creditorem cum hæc cautio postularetur, et decerneretur, hic absentem. Rursus quod colligitur ex *hoc* §. usucaptis ædibus, creditori salvam esse actionem hypothecariam, huic dicto opponitur *l.* 1. *C. si advers. cred. præs. op.* quæ diuturno silentio, id est, X. aut XX. annorum tolli ait actionem hypothecariam : quod confirmat *l.* 2. *C. eod. l.* 7. *et ult. C. de obl. et act. l. creditor, de div. temp. præs.* Porro diuturno etiam silentio hodie completur usucapio. Ergo eodem spatio temporis et completur usucapio, et tollitur actio hypothecaria: ac proinde usucaptis ædibus, actio hypothecaria superesse non potest : idque profecto ita est jure novo. Jure enim veteri usucapio non perimit pignus: et hic §. secundum jus vetus accipiendus est, quo usucapio ædium biennio complebatur, nec exigebat longi temporis spatium. Postremo quod ait, creditorem audiri agentem hypothecaria adversus emptorem domus sibi pignoratæ etiamsi nolit emptori præstare impensas refectionis, ei opponitur *l. Paulus*, §. *domus, de pignor.* quæ non aliter admittit creditorem, quam si præstiterit emptori sumptus in ædificii extructionem erogatos : nihil est facilius: quid tot commenta Accursii in hanc rem et superiorem? De sumptibus refectionis hic agitur: hos non agnoscit creditor, qui ab emptore pignus suum persequitur, cui sufficit habere regressum adversus venditorem evictionis nomine, in quo judicio veniunt etiam impensæ refectionis. In *d.* §. *domus* agitur de sumptibus ædificationis, extructionis, de sumptibus factis in novum ædificium : hos agnoscit creditor, quoniam sine his nullius ædificii pignus creditor haberet, sed areæ tantum, et æquum est, ut quibus restitutum est sibi integrum pignus, hos præstare non recuset. Distinguenda sunt genera sumptuum. Non de eodem genere sumptuum hoc loco agitur et illo. Sequitur *l.* 24. *de mort. cau. donat.*

Ad L. Quod debitori 24. *de mort. cau. donat.*

Quod debitori acceptum factum esset mortis causa, si convaluerit donator, etiam tempore liberato ei potest condici : namque acceptilatione interveniente abitum ab jure pristinæ obligationis, eamque in hujus condictionis transfusam.

Quod quis in adversa valetudine donavit mortis causa, si convaluerit, id potest repetere condictione causa data causa non secuta: quia donatio hæc fit ob causam, et negotium gerit qui ita donat, puta, ut reddatur sibi cum convaluerit, *l. Senatus* §. 3. *hoc tit.* Donator inter vivos negotium non gerit. Finge: ego quod mihi debebas actione temporali acceptum tuli, et condonavi mortis causa, et cum nondum convaluissem, interim exiit etiam dies temporalis actionis: post convalui, an condicere possum quod mihi debuisti? Si spectas jus prioris obligationis, non possum, quia dies ejus exiit. Si jus condictionis, possum, quia condictio causa data causa non secuta perpetua actio est: et hoc est verius: acceptilatione enim sublata est prior obligatio, et veluti novatione facta transfusa in jus condictionis ob rem dati re non secuta : denique temporalis transfusa est in perpetuam, ut jam dici possit non tantum ea novatione, quæ fit lite contestata, quæ necessaria dicitur, *l. ult. de separat.* actionem temporalem perpetuari, *l. aliam, de novat.* Sed etiam voluntaria quotiens id agitur: et ita legendum est in fine hujus legis, *eamque in jus condictionis transfusam.* Post hanc, datur *l.* 49. *de fid. lib.* cujus hæc sunt verba :

Ad L. si is cui servus 49. *de fideicomm. libert.*

Si is cui servus legatus est, rogatus manumittere latitet: Orcinum fieri libertum respondit: idem fore, et si non legatarii, sed hæredis fideicommissum esset, sed etsi non omnium, sed quorundam hæredum fideicommissum sit: æque dicendum Orcinum fieri : in eos autem qui latitaverint cohæredibus, a quibus redimendæ partes essent, utilem actionem eo nomine dari debere: vel etiam familiæ erciscundæ judicio recte eos acturos.

Si legatarius servum legatum, vel hæres servum hæreditarium rogatus sit manumittere, et latitet, vel evocatus a prætore fideicommissario adesse noluerit ne cogeretur manumittere, ex SC. Rubriano servus fit liber, perinde atque si testamento verbis directis manumissus fuisset, non per fideicommissum. Non est igitur libertus legatarii vel hæredis, qui non manumisit, non personæ ullius, *l.* 4. *de bon. lib.* sed libertus familiæ, *l.* 48. *de man. test. l.* 3. §. *plane, de leg. tut.* licet improprie nonnunquam defunctus dicatur patronus, itemque filius hæres defuncti, *d.* §. *plane, l. si filius in princ. de fid. lib. l. cum patronum, de jur. patr.* vel libertus Orcinus, quasi Plutonis, vel Acheronticus libertus, vel ut Theophilus noster loquitur, Charoneus, in titulo *de sing. reb. per fid. rel.* ut similiter Plinius lib. 2. *In regno Neapolitano, quæ adhuc sunt spiracula quædam mortiferum spiri-*

tum exhalantia, quæ Virgilius, *sævi spiracula Ditis*, Plautus, *ostia Acherontis*, Lucretius, *januas Orci regionibus*. Charoneas scrobes vocat, quasi Orcinas scrobes, Aretæus medicus, ἐν χαρωνίοισιν αἰπνίξιες ὀξύταται γίγνονται. Antigonus historicus: τῶν βαράθρον καλουμένων καὶ χαρωνίων ὑνακγένος. Addit autem Africanus, si non omnes hæredes, sed quidam rogati sint manumittere, debere eos partes cohæredum quas in eo servo habent jure hæreditario ab eis redimere: nam ut alienum, ita communem rogatus manumittere eum redimere debet. Sed si hæredes rogati servum manumittere, latitaverint ne redimere cogerentur, et manumittere, servum ipso jure liberum fieri et Orcinum libertum, non libertum hæredum, qui debuere nec præstitere fideicommissariam libertatem, et tamen eos cohæredibus teneri actione in factum quasi ex causa judicati vel familiæ erciscundæ judicio, ut pretium servi cohæredibus præstent pro rata partium ex quibus instituti sunt, id est, quod cohæredum interest servo non esse præstitam fideicommissariam libertatem, ut *l.* 3. §. *sed et si justum, de statulib.* nam si præstita fuisset, pretium servi pro suis partibus accepisset. Sequitur in *l.* 15. *de statuliberis.*

Ad L. mortuo 15. de statulib.

Mortuo hærede si statuliber locupletiorem hæreditatem tanta pecunia quantam dare sit jussus fecerit, veluti creditoribus solvendo, cibaria familiæ dando, statim eum ad libertatem esse venturum existimavit.

Placet valde quod ait, mortuo hærede: nam si statuliber jussus hæredi decem dare, vivo hærede tantum erogaverit alendæ familiæ hæredis aut creditoribus hæredis adimplendis quantum dare jussus est, non fiet liber: nec enim erogavit hæc pro libertate, *arg. l. prox. sup.* sed quasi negotium gerens hæredis et ut eum sibi obligaret, *l.* 3. §. 1. *de in rem ver.* Cur enim non prædixit se id præstare pro libertate? At mortuo hærede, jacentem hæreditatem si locupletiorem fecerit tanta pecunia quantam dare jussus est, statuliber sane fiet statim liber, quia hac ratione non hæreditatem sibi obligare voluisse, sed hæreditati solvisse implendæ condicionis causa intelligitur, cui nec solvi potuit aliter. Sequitur:

Hæres eum statuliberum decem dare jussum venderet, condicionem pronunciavit, et traditioni legem dixit, ut sibi potius quam emptori eadem decem darentur; quærebatur utri eorum statuliber pecuniam dando libertatem consequeretur: respondit, hæredi dare debere. Sed si talem legem dixisset, ut extraneo alicui statuliber pecuniam daret: respondit, et hoc casu conventionem valere: quia hæredi videtur solvere, qui voluntate ejus alii solvit.

Condicio præposita statulibertati dandæ pecuniæ hæredi, impleri potest in persona ejus cui hæres statuliberum vendiderit, ex XII. tab. Excipitur unus casus hoc loco, si hæres in vendendo receperit sibi eam pecuniam dari vel alii extraneo: Nec enim fiet liber nisi hæredi dederit vel extraneo adjecto solutionis causa: et quod id ita hæres receperit, non fit statuliberi condicio deterior. Et observandum Græcos hic notare referri hæc ab Africano ex Juliano, ut et *l.* 49. *de fid. lib. et l.* 21. *de man. test.* quod confirmat dictum a nobis jam sæpe, nihil scribere Africanum quod non habuerit a Juliano. Sequuntur de variis exceptionibus aliquot quæstiones: ac primum de exceptione præjudiciali, *l.* 16. *et* 18. *de except.* quibus hujus exceptionis usus tribus exemplis ostenditur. Primum hoc est:

Ad L. Fundum 16. de except.

Fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter me et te controversia est: et dico præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi; si viam petam, exceptionem quod præjudicium prædio non fiat, utilem tibi fore putavit: videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse.

Præjudicialis exceptio est quæ præpostere agi intendit et non servato recto ordine judiciorum: et præjudicium facere qui prævertit agere uno judicio præ alio, quique morem et ordinem judiciorum non servat. Inter me et te est controversia de proprietate fundi Titiani quem tu possides: lis forte nondum: et simul ego confessoria dicens per tuum fundum Sempronianum, de quo non est controversia mihi viam deberi in Titianum: ago præpostere: nam prius constet necesse est, fundum Titianum meum esse: nec enim servitutem fundo petere potest nisi qui fundi dominus est, *l.* 1. *si serv. vind.* De domino igitur constare debet priusquam agi recte possit de servitute: atque ideo merito repellar exceptione, Quod præjudicium fundo non fiat, vel Quod agam præpostere. Non recte vindicat quis servitutem fundo quem alius possidet, quemque suum esse affirmat. Ordo judiciorum est quidam. Prius judicium de proprietate, quam de servitute. Prior quæstio major minore, *l.* 21. *hoc tit.* Major enim trahit ad se minorem, minor trahitur, *l. per minorem, de judic.* Et major est re, aut quantitate major, *l. scio, de in integ. rest.* aut certe principalis, et summa quæstio. Idem vero dicendum opinor

si lis sit contestata de fundo Titiano inter me, et te: et recte Accursius *l. 15. hoc tit.* sic accipit, ut post litem contestatam et finitam, frustra opponatur exceptio præjudicialis, quod probavi Obs. IX. C. XXXVII. Quod si constiterit fundum Titianum esse meum, tum recte viam petam. Si non esse meum, petitioni viæ obstabit exceptio rei judicatæ. Quid e contrario si ante viam petam, deinde fundum Titianum, an repellar exceptione præjudiciali? Minime: quia ad ordinem redeo quem non servaveram initio agens de proprietate fundi, quæ major est quæstio: sed cessare debet interim petitio viæ quoad de proprietate fundi pronuntiatum sit. Quod si prius pronuntiatum sit de via, non deberi eam mihi scilicet, non obstabit etiam mihi petenti fundum exceptio rei judicatæ, quia alia res est fundus, qui nunc petitur, et alia quæ ante petita est, et potest mihi via non deberi, et fundus tamen non esse meus: et ita scripserat Paulus *l. seq.* de exceptione rei judicatæ, non de præjudiciali: nam ratio convenit tantum summovendæ exceptioni rei judicatæ, non summovendæ exceptioni præjudiciali: Quia diversa corpora sunt, et causæ restitutionum dispares, *l. cum quæritur*, *l. et an eandem, tit. seq.* Diversa corpora, fundus scilicet et locus viæ: nam petita via, videtur quodammodo loci corpus peti, *l. 4. in princ. si serv. vind. l. in concedendo, de aqua et aqua pluv. arc.* Causæ restitutionum dispares, quia petito fundo res, petita via, cautio præstatur, *l. pen. de aqua quot. et æst.* Et vero LXX. libro Paulum tractasse de exceptione rei judicatæ constat ex plerisque legibus tituli sequentis. Recte quidem dices in specie *l. seq.* neque exceptionem rei judicatæ nocere, neque exceptionem præjudicialem: sed ratione legis non uteris recte nisi ad excludendam exceptionem rei judicatæ. Sequuntur alia duo exempla de exceptione præjudiciali in *l. 18.*

Ad L. Fundi 18. de exception.

Fundi quem tu proprium tuum esse dicis, partem a te peto, et volo simul judicio quoque communi dividundo agere sub eodem judice. Item si ejus fundi quem tu possideas, et ego proprium meum esse dicam, fructus condicere tibi velim: quæsitum est, an exceptio, quod præjudicium fundo partive ejus non fiat obstet, an deneganda sit, et utrubique putat intervenire prætorem debere: nec permittere petitori, priusquam de proprietate constet, hujusmodi judiciis experiri.

Fundi quem tu possides quemque tuum proprium esse dicis, ego communem partem vindico, et simul sub eodem judice volo agere communi dividundo ad fundum partiendum: obstat agenti communi dividundo exceptio præjudicialis, quia prius agi debet de proprietate fundi quam de divisione, prius in rem quam communi dividundo, ut hæreditatis petitione prius quam familiæ erciscundæ, *l. 1. famil. ercisc.* ubi constiterit fundum esse communem, tum recte agam Communi dividundo. Quod si constiterit non esse communem, et agam Communi dividundo, obstabit exceptio rei judicatæ, *l. 8. tit. seq.* Quid vero fiet e contrario si ante agam Communi dividundo, deinde fundi partem vindicem? Sane petitioni partis non obstabit exceptio præjudicialis. Obstabit rei judicatæ si pronuntiatum sit contra me judicio Communi dividundo: quia eadem res est quæ venit in actionem Communi dividundo, quæ cum sit mista vindicat etiam partem, et quæ in meram vindicationem partis: et hoc quidem est prius exemplum hujus legis. Posterius hujusmodi. Vindico fundum totum quasi meum proprium quem tu possides, et simul condico fructus quasi ex fundo meo sine causa perceptos. Condicenti obstat exceptio præjudicialis, quia prius constare debet fundum meum esse quam possim fructus recte condicere. Quod si constiterit non esse meum, et condicam, obstabit exceptio rei judicatæ. Non idem e contrario: nam si ante condicam, deinde fundum petam, non obstat exceptio præjudicialis, neque exceptio rei judicatæ, ut opinor, si judicio condictionis superatus sim, quia alia res est fructus, alia fundus, et potest mihi fructus non deberi, et fundus tamen esse meus. Nunc transeamus ad *l. 26. de except. rei jud.*

Ad L. Egi tecum 26. de except. rei jud.

Egi tecum jus mihi esse ædes meas usque ad decem pedes altius tollere: post ago jus mihi esse usque ad viginti pedes altius tollere: exceptio rei judicatæ proculdubio obstabit: sed et si rursus ita agam, jus mihi altius ad alios decem pedes tollere, obstabit exceptio: cum aliter superior pars jure haberi non possit, quam si inferior quoque jure habeatur.

Si egi licere mihi ædes meas altius tollere jure imposito sive constituta servitute, cum forte ante vicino cessissem jus mihi non esse altius tollere, et victus sum, post agenti mihi licere usque ad XX. pedes tollere, obstabit exceptio rei judicatæ, quia si non licet ad X. certe nec ad XX. Eadem intervenit ratio si victus priore judicio, ut posui, post agam licere mihi ad alios X. pedes altius tollere: nam si non possum infra ad X. pedes, sane nec supra ad alios X. et eleganter, non posse

superiorem partem haberi jure nisi inferior jure habeatur. At quemadmodum cui non licet ad X. quod est minus, nec ad XX. quod est plus, ita videtur dici posse, cui non licet ire, nec licere agere. Plus enim esse agere quam ire. Et tamen *l. si mater, §. si quis iter, hoc tit.* eum qui petiit iter, et victus est, si post actum petat, ait non repelli exceptione rei judicatæ. Sed nihil eo moveri debemus: nam convenire omnia hæc invicem apparebit si prius constituero ex philosophis: Cum sequitur ex hoc illud, vicissim etiam hoc ex illo non sequi, quod generale præceptum est sive aliud ex alio sequatur τῷ ἅμα sive τῷ ἐφεξῆς, sive vi ipsa: nam sequitur quidem recte, Si peculium habet alieni juris est, sed non contra: Si alieni juris est peculium habet: et similiter, Si statuliber condicionem implevit, libertus Orcinus est: recte: Si libertus Orcinus est, ergo aliquam condicionem implevit: male. Si non licet ædes altius tollere ad X. pedes, nec ad XX. igitur. Non sic e contrario. Si non licet XX. nec licet ad X. Si totum fundum vindicare non licet, id est si nullam fundi partem, nec hanc vel illam igitur, *l. 7. hoc tit.* nec accessionem fundi, veluti insulam e regione fundi in flumine enatam, quod hoc loco proponitur his verbis, *Item si fundo petito, postea insula quæ e regione ejus in flumine nata erit, petatur, exceptio obstatura est.* At contra non sic. Si hanc partem non licet: nec ullam igitur. Ac simili modo, Si pars fundi non est mea, nec totus igitur: ita quidem bene, contra autem minime. Si totus non est meus, nec pars igitur. Et ut post tot exempla ad itineris et actus quæstionem veniamus. Si judicatum sit actum mihi non competere, id est non licere mihi ire agere, et hoc judicatum est non licere ire, sed non sequitur etiam contra, Si non licet ire, nec agere igitur, *d. §. si quis iter.* Fateor iter esse sine actu. Actum plerumque in se habere iter, *l. 1. de serv. rust. præd.* Sed potest tamen esse actus simplex sine itinere, *l. loci, §. 1. si serv. vind.* et ita possit mihi non competere iter, et competere tamen actus. Sic etiam potest esse usus sine fructu, *l. 5. usufru. quemad. cav.* quod exposui Obser. 13. cap. 12. at propterea quamvis ita sequatur recte, Si uti frui non licet, nec uti igitur: non tamen e contrario, Si uti non licet, nec frui igitur. Restat ex quæstionibus Africani tantum una in *l. 6. de diver. temp. præsc.*

Ad L. Si duobus 6. de divers. temp. præscr.

Si duobus eandem rem separatim vendiderim, ea possessio quæ utramque venditionem præcesserit; soli priori emptori, cui et tradita sit, proficit: denique et si quam rem tibi vendiderim, rursus a te emam, et Titio vendam: omnem et meam et tuam possessionem Titio accessuram: videlicet quod et tu mihi, et ego ei possessionem præstare debemus: vendidi tibi servum, et convenit, ut nisi certa die pecunia soluta esset, inemptus esset: quod cum evenerit, quæsitum est quid de accessione tui temporis putares: respondit id quod servetur, cum redhibitio sit facta: hunc enim perinde haberi, ac si retrorsus homo mihi venisset: ut scilicet si venditor possessionem postea nactus sit, et hoc ipsum tempus, et quod venditionem præcesserit, et amplius accessio hæc ei detur cum eo quod apud eum fuit, a quo homo redhibitus sit.

Hæc lex pertinet ad eam partem tituli quæ est de accessionibus possessionum. Accessiones possessionum sunt conjunctiones temporum quibus duo vel plures separatim eandem rem possederunt, quæ fit præscriptionis longi temporis adquirendæ causa. Ex legibus in usucapione non fit accessio possessionis. Ex Constitutionibus fit in præscriptione longi temporis: atque etiam usucapione ex constitutione Justiniani, et ita emptor utitur accessione possessionis auctoris sui, id est tempus quo venditor possedit, conjungit cum eo tempore quo ipse possedit ex Constitutione Severi et Antonini *§. inter, Instit. de usucap.* Quid si ego diversis contractibus duobus eandem rem in solidum vendidero? cui mea possessio accedit, priori an posteriori emptori? Et ait ei accedere cui priori res tradita est: recte: nam et is potior est in vindicatione rei, sive agat Publiciana, sive directa in rem actione, *l. quoties, C. de rei vind. l. quoties, C. Greg. eod. t.* idemque est in donationibus, *d. l. quoties, et Paulus V. Sentent. tit.* XI. et in pignoribus, *l. si non dominus, qui pot. in pign. hab.* et legendum in hac lege, mea possessio, ut in Basil. et paulo post, omnem et meam et tuam, non trajectis verbis, ut Flor. et tuam omnem. Hæc vero est prima species accessionis, quæ proponitur in hac lege. Sequitur alia. Si ego vendidero tibi, post a te eandem rem redemero, et Titio vendidero; nam Titio accedit mea et tua possessio, quod et tu mihi possessionem præstare debeas actione ex empto, et ego Titio. Accedit igitur possessio, quæ præstari debuit. Præstare possessionem est tradere. Traditio præstatio possessionis. Et ut solet procedere Africanus in his quæstionibus veluti gradibus quibusdam, et a facilioribus, ad difficiliora, ut *l. 49. de fid. lib. l. 9. qui pot. in pign. hab.* ita et hoc loco duas superiores accessionis species proposuit, ut perveniret ad tertiam, qua et si non sit venditio proprie cum res ab emptore restituitur ex lege commissoria, vel redhibetur ob morbum, aut vitium, emptoris tamen possessio accedit venditori.

Finge: vendidi tibi servum lege commissoria, id est, ut nisi intra certum diem pretium solveres, inemptus esset: legi non paruisti, venditio resolvitur: et quia præstare mihi possessionem debuisti, tua possessio mihi accedet proficietque ad complendam possessionem longi temporis, ad comparandam præscriptionem longæ possessionis: nam hæc resolutio emptionis redhibitioni similis est, et redhibita re ob morbum aut vitium, possessio emptoris venditori proficit, *l. Pomp.* §. *præterea, de acq. possess.* quia et si redhibitio venditio non sit proprie, *l. si hominem, de usurp. et usucap.* tamen revenditioni et redemptioni similis est, propterea quod emptor redhibet rem et pretium recipit, et constat ex his quæ ante dicta sunt, si eandem rem emptor mihi vendiderit possessionem emptoris accedere mihi. Ergo et redhibitione facta tempus quo possedi antequam venderem, et tempus quod possedit emptor conjungitur cum posteriore tempore quo ego redhibitum mihi hominem possedi. Et ait, accessio datur cum eo, quod apud eum fuit, ut *l. pen. hoc tit.* accessio danda cum eo quod apud pupillum fuit. Proculiani tamen hoc casu videntur non admisisse accessionem possessionum. Verum his omnibus opponitur *l. si a te,* §. *ult. de except. rei jud.* quasi non debeat præscriptio temporis aut possessio, quæ ad eam parandam conducit, magis ab emptore transire ad venditorem quam exceptio rei judicatæ. Sed discrimen etiam inter eas exceptiones nullum constituimus. Quin imo neutram transire dicimus ab emptore ad venditorem si venditor rem non redemerit, aut non intelligatur redemisse, sed quo alio casu ad eum ejus rei possessio pervenerit, quia ab emptore causam non babet, ut *d. l. si a te,* §. *ult.* Et utramque transire ab emptore ad venditorem si rem ab emptore venditor redemerit, aut intelligatur redemisse, quasi a venditore scilicet ad emptorem, quandoquidem certissimum est a venditore ad emptorem utramque exceptionem transire. Et hic est finis quæstionum Africani, nisi libuerit addere quod ex eo refertur in *l. 2.* §. *sed si sint, ad S. C. Tertyll.* quod interpretatione non eget. Saluto te Deus omnipotens pater domini nostri Jesu Christi, quod hanc me operam ad finem perducere voluisti, Deus omnipotens tibi gratias, tibi laudes, tibi honores.

FINIS.

JACOBI CUJACII J. C.

IN LIBRUM SINGULAREM

RESPONSORUM

ULPII MARCELLI

RECITATIONES SOLEMNES.

DE ULPIO MARCELLO.

Facturo mihi interpretationem Libri singularis Marcelli responsorum, prius distinguendum videtur, quis hic Marcellus fuerit, de quo aliquandiu addubitavi, an is esset, qui Neratii Prisci frater dicitur in *l.* 12. §. *idem respondit domo instructa. de instruc. vel instrum. leg.* qui appellatur Neratius Marcellus in Epistola Plinii ad Tranquillum lib. 3. an vero esset Ulpius Marcellus, quem Julius Capitolinus numerat inter Consiliarios Antonini Pii: et is verus est Marcellus noster, argumento eo, quod in suis scriptis sæpe utitur auctoritate constitutionum Antonini Pii, ut *l.* 7. *de in integ. restit. l.* 3. *de conjug. cum emanc. lib. l.* 5. *de his, quib. ut indig. l.* 7. *qui satisd. cog.* Ex ejus libro singulari responsorum hodie dabo tria responsa. Primum est in *l.* 24. *de constit. pecun.*

Ad L. XXIV. De constit. pecunia.

Titius Sejo epistolam emisit in hæc verba; remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo Idibus Maiis probos. Quod si ad diem suprascriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot. Quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit: si intercessisset stipulatio, in sortem successisse. Item quæro, an si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondit, in sortem teneri: est enim humanior et utilior ista interpretatio.

Quæ de tutore loquitur, qui creditori pupillorum suorum per epistolam cavit, se ei Idibus Maiis redditurum 50. aureos probos, qui apud se remanserant ex majore summa ab eo credita pupillis suis: ac præterea cavit per eandem epistolam ex mora reddendorum 50. aureorum eidem creditori, etiam usuras certas: qua ex cautione quæritur, an tutor in locum pupillorum successerit, quasi novata obligatione, et in tutorem transfusa, ut expromissorem. Et Marcellus respondit, tutorem successisse in locum pupillorum, si stipulatio intercesserit, quæ utique præsumitur intercessisse, si res gesta sit inter præsentes, ut *l. Titia* 134. §. 2. *de verb. oblig. l.* 57. *de donat. int. vir. l.* 24. *de fidejuss. l.* 1. *C. de contrah. stipul.* Et sic plerumque præsens præsenti per modum epistolæ cavere solebat olim præmissa salutatione his verbis, *ille illi salutem*: eaque epistola, quæ scribitur præsenti, inter præsentes proprius emitti et exponi, quam mitti dicitur, ut *d. l.* 24. *et l.* 38. *in princ. de liber. causa, l.* 13. *de fundo dot. l. qui negotia mand.* Quanquam et absenti dicatur non male, ut *l.* 16. *ad SC. Maced. l. ul.* §. 1. *de oblig. et action. l.* 5. *de pollicit.* Et hoc loco: Titius inquit, *Sejo epistolam emisit, etc.* Ac si quidem res gesta sit inter tutorem et creditorem pupillorum absentes per hanc epistolam non videtur stipulatio intercessisse, quæ nec inter absentes fieri potest. Ceterum epistola, quæ mittitur absenti, aut ad probationem prodest causæ debiti in ea expressæ, ut *l. Publia*, §. *ult. depos. l. si mand.* 2. §. *pen. mand. l.* 34. *de pign. act.* vel habetur ea epistola, quæ absenti missa est, quamque absens accepit pro pactione, vel pro stipulatione, ut *d. l. qui negotia, et d. l.* 13. *de fun. dot.* vel etiam habetur pro constituta pecunia, ut in specie legis ultimæ hujus tituli, si non agenti

de constituta pecunia in ea specie obstaret exceptio doli. Et omnino in specie hujus legis pro constituta pecunia habetur, videlicet si stipulatio non intercesserit ex epistola, et cautione supradicta. Tutor creditori pupillorum de constituta pecunia in sortem tenetur: in sortem, inquam: non in usuras, quamvis de usuris etiam caverit, quia usuræ non debebantur, *l. hactenus*, *in fin. hoc t.* nec deberi etiam possunt sine stipulatione ex negotiis stricti juris. Si usuras pupilli debuissent, tum etiam in usuras tutor teneretur actione constitutoria, *l.* 26. *inf. hoc t.* At hic usuræ nullæ a pupillis debebantur, et non possunt etiam a tutore deberi incipere sine stipulatione, quæ nulla fingi potest intercessisse inter absentes. At rursus sciendum est, in sortem teneri non tutorem modo, sed etiam pupillos, quia constitutæ pro alio pecuniæ ratio non novat principalem obligationem: stipulatio novat, si animus novandi fuerit, non constitutum, non constituta pecunia, *l.* 18. *§. ult. l.* 28. *hoc t. l. si filiusfam. de in rem verso*, *l. si actor* 36. *de jurejur. l.* 3. *§.* 1. *de administr. rer. ad civit. pert.*

Ad L. XXXIV. De pignerat. actione.

Titius cum credidisset pecuniam Sempronio, et ob eam pignus accepisset, futurumque esset, ut distraheret eam creditor, quia pecunia non solveretur: petit a creditore, ut fundum certo pretio emptum haberet: et cum impetrasset, epistolam, qua se vendidisse fundum creditori significaret, emisit. Quæro, an hanc venditionem debitor revocare possit, offerendo sortem et usuras, quæ debentur? Marcellus respondit, secundum ea, quæ proposita essent, revocare non posse.

Ex eodem libro singulari est *l.* 34. *de pignerat. act.* Creditor, cui pecunia debebatur sub pignore fundi certi, cessante nimium debitore in solutione, cum vellet distrahere fundum, debitor ab eo petiit, ut ne eum aliis distraheret, sed ut ipse eum emptum haberet certo pretio: et cum hoc impetrasset a creditore, epistolam ei, sive cautionem et chirographum emisit, qua se ei fundum vendidisse significavit: quæ epistola plurimum facit ad probandam venditionem, ut diximus in superiori lege. Quamobrem postea recte respondit Marcellus, non posse debitorem oblata sorte et usuris eam venditionem revocare. *Vox*, inquit Symmachus in Epistolis, *juris et legum est*, *bonæ fidei contractum non posse rescindi.* Porro creditor a debitore pignus emere potest, *l. rescriptum*, *de distract. pign.* non vero debitor a creditore, quia dominus est: *l. debitor*, *hoc t.* Ad *l.* 45. *quamvis*, *de solut.* quam huic nostræ objicit Accursius, ipsemet respondet recte. Quod autem de pacto legis commissoriæ interpretes hoc loco tradunt, id quidem pactum in pignoribus reprobatum est, *l. ult. C. de pact. pign. c. significante*, *extra de pign.* De quo pacti genere etiam Albertus Crantzius Saxoniæ *lib.* 10. *cap.* 16. puta, si paciscantur inter se debitor et creditor, ut pecunia ad diem non soluta, pignus jure dominii apud creditorem remaneat, cujuscunque sit pretii: ut plerunque plus est in pretio pignoris, quam in pecunia debita. Hoc est pactum legis commissoriæ, quod non valet. Quod, inquam, hoc loco interpretes tradunt, pactum illud non valere quidem, si fiat in initio contrahendi pignoris: sin vero fiat postea, adventante solutionis tempore, valere. Id etiamsi forte verum est, tamen non admodum congruit huic legi, quæ de venditione pignoris loquitur creditori facta certo tempore, non de pacto legis commissoriæ. Venditio non est pactum, sed contractus. O quam sunt stupidi, qui pacti nomine etiam contractus comprehendi putant. Ac præterea velim vos scire, etiam initio contrahendi pignoris pacisci licere, ut pecunia non soluta ad diem, creditor pignus possideat emptionis jure, justo pretio tunc æstimandum, *l. si fundus*, *§. ult. de pign.* Sed non etiam pacisci licet, quod est pactum legis commissoriæ, ut pecunia ad diem non soluta, creditor pignus, quanticunque pretii sit, sibi habeat.

Ad L. XXXVIII. Mand.

Lucius Titius Publio Mævio filio naturali domum communem permisit, non donationis causa, creditori filii obligare. Postea Mævio defuncto relicta pupilla, tutores ejus judicem adversus Titium acceperunt: et Titius de mutuis petitionibus Quæro, an domus pars, quam Titius obligandam filio suo accommodavit, arbitratu judicis liberari debeat? Marcellus respondit an, et quando debeat liberari ex persona debitoris, itemque ex eo, quod inter contrahentes actum esset, ac tempore, quo res, de qua quæreretur, obligata fuisset, judicem æstimaturum. Est enim earum specierum judicialis quæstio, per quam res expediatur. Non absimilis illa, quæ frequentissime agitari solet: fidejussor an et prius quam solvat agere possit, ut liberetur. Nec tamen semper expectandum est, ut solvat, aut judicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit, aut certe bona sua dissipabit: præsertim si domi pecuniam fidejussor non habebit: qua numerata creditori, mandati actione conveniat.

Sequitur tertium responsum in *l.* 38. *mand.* Pater filio suo naturali, id est, in servitute, vel ex concubinatu quæsito, domum, quam communem cum eo habebat, permisit creditori filii pignori obligare in solidum, id est, etiam pro parte sua, non donationis quidem, sed commodati causa: postea mortuo filio, relicta pupilla, tutores ejus et pater a prætore acceperunt judicem de mutuis petitionibus, qui scilicet cognosceret de mutuis petitionibus tutorum, et patris, ut puta, cum tutores petierint pecuniam creditam patri a defuncto pupillæ reddi, et contra pater desideraverit liberari ab obligatione pignoris partem domus, quæ ad se pertineret, et suo permissu creditori filii pignorata esset: non donationis, ut dictum est, sed commodati causa. Observa diligenter specialiter a prætore judicem fuisse datum de mutuis petitionibus. Nam si datus esset judex tantum in unam causam, veluti in causam creditæ pecuniæ (ex Bartoli sententia, ex jure, quod et verum est) apud eum judicem institui mutua petitio, aut ea temere instituta, ipse de ea cognoscere non posset, nisi forte ea mutua petitio ad idem negotium pertineret, de quo judex acceptus est, *l.* 15. *de-pos. l. cum Papinian. C. de sent. et interlocut.* quia, ut Seneca ait, *judicem datum formula actionis, et certos, quos non excedat, terminos ponit.* Et longe alia est ratio magistratus, alia judicum datorum sive delegatorum: hi cognitionem tantum habent, non jurisdictionem: Magistratus jurisdictionem simul, et certis de causis cognitionem extra ordinem. Si qua autem de causa magistratus judicant, quæ ad eorum cognitionem non pertineat, etiam extra ordinem de mutua qualicunque petitione cognoscere possunt, *l.* 1. §. *ult. de extr. cognit. l. si idem* §. 1. *de jurisdict.* Etiam illud notandum, mutuam hujusmodi petitionem in *l.* 1. *C. rer. amot.* compensationem vocari, satis nove videlicet, si quæ instituitur mutua petitio certa, et confessa sit. Nam compensatio non fit, nisi ea de re, de qua liquet: nec sine exemplo tamen in illa *l.* 1. compensatio dicitur. Nam et Tertullianus lib. 2. adversus Marcionem: *Reposcunt,* inquit, *Ægyptii de Hebræis vasa aurea, et argentea, contra Hebræi mutuam petitionem instituunt.* Et paulo infra: *Quid judicabis Hebræos fraudem agnoscere debere, aut Ægyptios compensationem?* Quam dixerat initio mutuam petitionem, post compensationem vocat. Locus ille plurimum facit ad illam legem. Verum ad rem. In specie proposita hoc loco, de judice dato specialiter in hoc, ut cognoscat inter duos de mutuis petitionibus inter avum et neptem, tutoresve ejus, quæritur, an arbitratu judicis, ut avus postulat, pars domus avi liberari debeat? Et Marcellus respondit, hanc quæstionem in arbitrio et æstimatione judicis esse, ut scilicet ex circumstantiis, puta, ex tempore, quo res nexa permanserit apud creditorem defuncti, et ex persona debitoris, et ex conventione inter contrahentes habita, ipse judex dispiciat, et arbitretur res liberari, id est, pars domus eo tempore, quo pater de ea liberanda agit, debeat, nec ne, aut quando. Nam si perlonge sit, ex quo res pignorata est, tempus, justum est eam repignorari, liberari: si debitor, vel hæres ejus sensim labatur facultatibus, ut periculum sit, ne eam rem totam creditor jure suo distrahat, æque patris interest partem suam liberari: et multo magis, si ita convenerit inter patrem et filium, ut quamprimum liberaretur, ut diu obligata non maneat. Alioquin si nihil tale convenerit, si non ita dudum fuerit ea res obligata permissu domini, si integræ sint facultates debitoris, non est quod nondum urgente creditore, pater properet liberandæ partis suæ causam in judicium deducere: est igitur quæstio hæc facti magis, quam juris: quæstio judicialis, ut ait hoc loco, id est, disquisitio judicialis, quæ remittenda est ad judicem, ut per eam rem expediat, ut *l. mora. de usur. l.* 15. *Mævia*, §. *pen. de ann. legat.* Non est remittenda ad Jurisconsultum: quia non est quæstio juris. Et huic quæstioni subjicit aliam non absimilem, si quæratur, quod in foro sæpe quæritur: an fidejussor mandati agere possit cum reo principali, cujus mandatu pro eo fidejussit, ut se liberet obligatione, ut reus principalis obligatione fidejussorem absolvat, puta, soluta creditori pecunia, vel qua alia ratione adimpleto creditore, an, inquam, agere possit in debitorem principalem fidejussor, ut ab eo liberetur, etiamsi nondum urgeat creditor, et appellet fidejussorem, nondumque ei fidejussor solverit quidquam? Quæstio est judicialis, de qua absolute statui nihil potest: quia nonnunquam æquum est, etiam antequam solvat, et conveniatur fidejussor, et condemnetur ex causa fidejussionis, liberari eum facto et opera rei principalis, non expectata conventione creditoris: ut si diu in solutione cessarit debitor principalis, æquum est fidejussorem ab eo liberari, etiam tacente creditore. Itemque si bona sua debitor principalis dissipare et dilapidare incipiat, quod Græcis est σκορπίζειν, ut *l.* 10. *C. mand.* Et maxime his casibus, si domi fidejussor pecuniam non habeat, qua soluta creditori, mandati actione conveniat reum: denique si ita convenerit inter debitorem et fidejussorem, ut ante solutionem fidejussori cum debitore principali liceat mandati experiri ut liberetur, *d. l.* 10. alioquin non agit mandati fidejussor, antequam solvat, vel assignaverit pecuniam debitam, vel depo-

suerit, quod pro solutione est, vel denique quid aliud fecerit, quod pro solutione sit, vel condemnatus sit, *l.* 45. *de fidejussor.*

Ad L. XXXVIII. Sol. matrimonio.

Lucius Titius cum esset filiusfam. voluntate patris uxorem Mæviam duxit, et dotem pater accepit: Mævia Titio repudium misit: postea pater repudiati absente filio sponsalia cum ea de nomine filii sui fecit: Mævia deinde repudium sponsalibus misit, atque ita alii nupsit: quæro, si Mævia aget cum L. Titio quondam marito, et a patre hærede relicto de dote, et probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum: an possit maritus propter culpam mulieris dotem retinere? Marcellus respondit, etiamsi ut hæres institutus a parte Titius conveniretur, tamen si sponsalibus non consensisset, culpam mulieris multandam esse.

Quartum responsum Marcelli exstat in *l.* 38. *sol. matrim.* Cujus legis species hæc est. Filiusfamilias voluntate patris, ut decet et oportet, uxorem duxit, eaque dotem patri socero suo dedit: mox repudium marito misit sine causa, atque ita vitio et culpa ejus solutum matrimonium est, quam tamen culpam postea emendasse visa est contractis sponsalibus, patre interveniente absentis filii nomine, non consentiente tamen filio. At mox mulier etiam his sponsalibus repudium misit, et alii nupsit: et patre socero suo, cui dotem dederat, defuncto, hærede relicto filio, si ipsa dotem ab eo repetat: quæritur, an is possit dotem, aut partem dotis retinere ob mores mulieris, quasi culpa ejus soluto matrimonio, juxta jus vetus, ad quod respicit hæc lex. Nam jure novo ex constitutione Justiniani de rei uxoriæ actione, retentiones dotium sublatæ sunt: qua de causa etiam hæc lex prætermissa est in Basilicis. Ad quæstionem vero propositam videtur prima specie ita respondendum esse, non posse dotem a filio quondam mulieris marito retineri, quam ipse non accepit: atque adeo, quæ repetitur ab eo, ut hærede soceri, qui eam accepit, non etiam ut marito, cui dos data vel numerata sit: at quia prope est ut accepisse videatur hæres, quod defunctus accepit, qui et κατὰ τὸ πλεῖστον eadem cum defuncto persona esse intelligitur, recte respondet Marcellus, si probetur culpa mulieris matrimonium dissolutum fuisse, factum, aut missum repudium fuisse, eam esse multandam parte dotis. Nec dici potest, sponsalibus contractis post divortium de nomine filii hæc curante, et satis agente patre, culpam mulieris fuisse detersam: quia, ut initio proposui, facta ea sponsalia sunt non consentiente filio: et ideo nihil valent, *l.* 13. *de sponsal.* Yvo Carnotensis epist. 20. *Leges seculi, dissentiente filio, sub ejus nomine sponsalia fieri non permittunt. Culpam*, inquit Marcellus, *mulieris mulctandam esse*: ergo partem dotis retinendam. Nam mulcta nunquam aufert totum, sed publicatio, sive confiscatio, sive adjudicatio. Mulctantur autem, ut Ulpianus docet *lib. sing. Reg.* ob mores graviores, qui causam repudio præbuerunt, sexta parte dotis, ob leviores octava. Et quod ad culpæ nomen attinet, valde placet, quod Donatus scribit in illum locum Virgilii, *hoc prætexit nomine culpam.* Verbo, inquit, juris usus est, ut diceret culpam. Sic enim definitum est, culpam esse mulieris, cum pudoris culpa peccaverit.

Ad L. XXI. de Administr. tutor.

Lucius Titius Gajum Sejum filiumfamilias testamento filio suo tutorem dedit. Gajus Sejus, sciente et consentiente patre tutelam administravit. Quæro, an defuncto Gajo Sejo actio tutelæ adversus patrem ejus, et in quantum competat? Marcellus respondit, secundum ea, quæ proposita essent, actione de peculio, et de in rem verso patrem teneri: nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum, nisi forte contutore, vel alio quo volente eum facere suspectum, intercessit, et quasi in se periculum recepit.

Ex hac l. intelligimus, patrem, quo sciente et consentiente filiusfamilias tutelam testamento delatam, vel a judice, suscepit, quod idem est, et administravit, non ideo, morte filii finita tutela, tutelæ actione in solidum pupillo teneri, sed de peculio tantum, quasi ex contractu. Nam tutelæ gestio, quasi contractus est, et de in rem verso. Scientiam et consensum patris non obligare patrem in solidum, nisi, inquit, contutore, vel quo alio volente filium facere suspectum, et removere, pater intercesserit, et quasi periculum administrationis in se receperit. Consensum hic accipere oportet pro taciturnitate et patientia patris, qui etsi monuerit filium, ut diligenter tutelam administret, hæc admonitio non obligat patrem in solidum: consensus expressus et intercessio obligant in solidum, *l.* 7. *si filiusfamilias, de tutel.* Item, qui casus singularis est, si filiusfamil. decurio factus sit, sciente et tacente patre, et magistratus municipales eum tutorem dederint, ex causa tutelæ pater pupillo tenetur in solidum, *l.* 1. *C. quod cum eo qui.* Quia consentiendo, id est, non contradicendo decurionatui filii, agnoscere videtur omnia munera civilia, quæ quandoque filio injungerentur, et obiret filius, ex quorum numero con-

stat esse tutelam. Tutela est civile munus, excepto casu illius legis primæ. Taciturnitas sola patris patrem pupillo non obligat in solidum, puta, si filiusfamilias non est factus decurio, id est, senator municipalis, vel etiamsi factus est decurio sine voluntate patris, contradicente patre: obligatur, inquam, hoc casu pater in solidum cum filiusfamilias factus est decurio non contradicente patre, *l.* 2. *ad municip.* Ex causa videlicet civilium munerum pater Reipublicæ obligatur in solidum ex taciturnitate sola, quod passus sit filium decurionem fieri, *l.* 2. *ad municip. l. honores*, §. *ult. de decur.* Obligatur etiam pupillo, *d. l.* 1. At si factus non sit decurio, vel si factus sit contradicente patre, taciturnitas sola pupillo patrem non obligat.

Ad L. LIII. de Hæredibus instit.

Lucius Titius, Sejo et Sempronio ex semissibus hæredibus institutis, et ceteris exhæredatis, invicem hæredes substituit: deinde legata, et libertates dedit: postea ita subjecit: Cornelius, et Salustius, et Varro æquis partibus hæredes sunto, quos invicem substituo. Quæro, quantum vel priores duo ex semissibus instituti, vel posteriores habere debeant? Marcellus respondit, in obscuro esse, Cornelium et Salustium, et Varronem primo, an secundo, vel tertio gradu hæredes instituere voluerit: sed secundum scripturam testamenti, quæ poneretur, alterum assem datum eis videri.

Testator Sejum ex semisse, et Sempronium ex altero semisse hæredes instituit, eosque invicem substituit: ceteros exhæredavit suos omnes, scilicet hac adjecta vulgari clausula testamentorum, *ceteri exhæredes sunto,* ut l. 25. *Titius, de liber. et post.* deinde legata, et libertates dedit. Ordo hic est juris veteris, quod obtinuit ante Justinianum, ut legata, et libertates præcedat hæredis institutio quasi solum et fundamentum testamenti, §. *ante, Instit. de leg.* Quo ordine servato non est dubitandum, quin et post legata, et libertates extremo loco alii hæredes adjici possint, ut in specie hujus legis proponitur idem testator, post legata, et libertates datas Cornelium, et Salustium, et Varronem hæredes instituisse ex æquis partibus. Unde tamen oritur hæc questio, utrum hi tres, Cornelius, Salustius, Varro proprie sint instituti primo gradu, non minus quam Sejus et Sempronius, an substituti Sejo et Sempronio secundo gradu: præsertim cum his duobus testator totum erogaverit assem: et ceteros se exhæredare dixerit, an vero sint substituti tertio gradu ei, qui ex hæredibus illis priore loco scriptis hæredibus ultimus decederet. Ac penitus inspecta scriptura testamenti, quia scripsit hoc modo: *Cornelius, Salustius, Varro ex æquis partibus hæredes sunto, quos invicem substituo:* Marcellus magis ait, ut primo gradu instituti intelligantur, et quasi instituti primo gradu ex voluntate testatoris in alium assem revocentur: atque ita ratione redacta ad solemnem distributionem assis, ut Sejus et Sempronius habeant semissem, Cornelius, Salustius, Varro alterum semissem, ut *l. interdum*, §. *sed si duos, sup. h. t.* Et observa hoc loco, non *Sallustium* geminata consonante, sed *Salustium* dici, ut et Salustia hæreditas, *l.* 39. §. *ult. de leg.* 1. et a Græcis Σαλύστιος, non Σαλλύστιος.

Ad L. XXV. de Milit. testam.

Titius, priusquam tribunus legionis factus esset, testamentum fecit. Et postea cinctus, manente eodem defunctus est. Quæro, an militis testamentum videatur esse? Marcellus respondit: Testamentum, quod ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum, dictum esse probaretur, quod valere vellet, ad commune jus pertinet: constitutionibus enim principum, non militum testamenta, sed quæ a militibus facta sunt, confirmantur. Sed plane fecisse testamentum eum interpretandum est, qui se velle testamentum, quod ante fecerat, valere, aliquo modo declaravit.

Lucius Titius tribunus legionis, priusquam tribunatum adipisceretur, et referretur in numerum militum, testamentum fecit: postea cinctus in militia armis et balteo, donatusque tribunatu, vita decessit, non mutato testamento, quod fecerat ante militiam: quæritur, an illud testamentum valeat jure militari? Et respondit, non valere jure militari, nisi probetur postea in militia agentem eum testamentum illud confirmasse: ut puta, declarasse se id valere velle: quia tunc pro eo habetur, ac si factum esset, aut refectum vel iteratum in militia, *l.* 9. *et l.* 15. *et* 20. §. 1. *l.* 25. *h. t.* Alioquin jure tantum communi civium Romanorum testamentum valet, nec ad privilegium militum pertinet. Et notanda est differentia, quam facit inter testamentum militis, et testamentum factum a milite: quod testamentum militis possit non esse factum a milite, et constitutiones propria, et singularia jura servari voluerunt non in testamentis omnibus militum, sed in testamentis factis a militibus. Itaque qui testamentum dicit militis, ambigue loquitur: quia vel testamentum a milite factum dicit, vel testamentum a pagano factum, qui nunc militat. Eadem est ambiguitas, si quis Senatoris filium dicat: vel enim dicit filium susceptum in dignitate senatoria vel filium susceptum ante dignitatem senatoriam:

uterque recte dicitur Senatoris filius, *l. 5. de Senat.*

Ad L. CXXIII. de Legatis 1.

Lucius Titius, cum duos filios hæredes relinqueret, testamento ita cavit: Quisquis mihi liberorum meorum hæres erit, ejus fidei committo, ut si quis ex his sine liberis decedat, hæreditatis meæ bessem, cum morietur, fratribus suis restituat. Frater decedens fratrem suum ex dodrante fecit hæredem. Quæro, an fideicommisso satisfecerit. Marcellus respondit, id quod ex testamento Lucii Titii, fratri testator debuisset, pro ea parte, qua alius hæres exstitisset, peti posse: nisi diversum sensisse eum probaretur: nam parum inter hanc speciem interest, et cum alias creditor debitori suo exstitit hæres. Sed plane audiendus erit cohæres, si probare possit, ea mente testatorem hæredem instituisse fratrem suum, ut contentus institutione, fideicommisso abstinere deberet.

Sequuntur duo responsa *in l. 123. de leg. 1.* Primum responsum pertinet ad speciem hujusmodi. Pater duobus filiis hæredibus institutis, rogavit eum, qui prior vita decederet sine liberis, ut portionis suæ bessem fratri superstiti restitueret: et moriens unus sine liberis fratrem hæredem scripsit ex dodrante, extraneum ex quadrante: pro dodrante quidem confusa est actio ex causa fideicommissi a moriente superstiti relicti. Sed de quadrante, qui superest, quæritur, an frater superstes ab extraneo cohærede suo quadrantem jure fideicommissi petere possit? Et respondet posse, quasi non perempto fideicommisso per institutionem: cum hac exceptione tamen: nisi extraneus evidenter probaverit (quod semper exigitur in probationibus) compensandi debiti fideicommissi causa fratrem a fratre hæredem fuisse institutum ex dodrante, ut *l. si compensandi, C. de hæred. instit.* Et ita si debitor creditorem suum hæredem instituerit ex besse, confunditur quidem obligatio pro besse, sed integra est petitio creditæ pecuniæ pro triente adversus cohæredem: nisi compensandi debiti animo debitor creditorem hæredem instituerit, *l. creditor, C. de leg.* et eleganter Marcellus, inter has duas species parum interesse ait, in utraque idem juris esse.

Ad §. 1. In testamento.

In testamento ita scriptum est: Gajo Sejo illud et illud hæres meus dato, et te rogo Sei, fideique tuæ mando, uti ea omnia, quæ supra scripta sunt, reddas sine ulla mora, ei redde res ipse. Quæro an tacitum fideicommissum sit, cum personam testator, cui restitui vellet, testamento non significaverit? Marcellus respondit: si in fraudem legum tacitam fidem Sejus accommodasset, nihil prodesse ei potest, si his verbis paterfamilias cum eo locutus esset: non enim ideo circumvenisse minus leges existimandus est: cum perinde incertum sit, cui prospectum voluerit.

Alterius responsi species hæc est: a Sejo legatario testator fideicommissum reliquit his verbis: *rogo te, Sei, ut quæ tibi legavi, reddas sine ulla mora*, nec nomen fideicommissarii adscripsit, qua ex causa inutile esset fideicommissum, ut *l. 4. de reb. dub.* nisi mox personam fideicommissarii subindicasset his verbis, quæ subjecit, *ei redde res ipse*, hoc sensu, *reddas ei: cui nosti me velle reddi, cui et ultro redderes, etiam irrogatus.* At quod reticuit nomen fideicommissarii, suspicionem fraudis habet: puta, ne in fraudem legum tacite fideicommissum incapaci reliquerit, legatario accommodante tacitam fidem restituendi fideicommissi incapaci. Qua ex causa fideicommissum fisco vindicari constat. Ac sane si tacitam fidem legatarius, domestica epistola, in fraudem legum Juliæ et Papiæ dedit, sive accommodavit, quo minus fisco vindicetur fideicommissum, non juvabitur legatarius his verbis, *rogo te Sei, ut quæ tibi legavi, reddas sine ulla mora, ei redde res ipse*, quasi scilicet palam relicto fideicommisso his verbis, non tacite. Nam quod palam relinquitur, etiam incapaci, non illud capit fiscus, sed apud hæredem remanet. Nihil, inquam, juvatur his verbis, quasi palam relicto fideicommisso, non tacite, quia hæc verba distringunt potius fraudem, quam dissolvunt, *l. 3. et 40. de jure fisci*: quæ et fraudem hanc circumventionem legis vocat. Idem et fraudem facere legibus, et circumvenire leges, *l. contra de legib.* Et ita respondit Marcellus.

Ad L. LXIX. de Leg. 3.

Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sensisse testatorem.

§. 1. *Titius codicillis suis ita cavit: Publio Mævio omnes juvenes, quos in ministerio habeo, dari volo. Quæro, a qua ætate juvenes, et in quam intelligi debeant? Marcellus respondit: quos verbis, quæ proponerentur, demonstrare voluerit testator, ad notionem ejus, qui de ea re cogniturus esset, pertinere. Non enim in causa testamentorum ad definitionem utique descendendum est: cum plerumque abusive loquantur, nec propriis nominibus ac vocabulis semper utantur. Ceterum existimari posset juvenis is, qui adole-*

scentis excessit ætatem, *quoad incipiat inter seniores numerari.*

Ex libro singulari Responsorum Marcelli hodie dabimus *l.* 69. *de leg.* 3. Quæstio hujus legis hæc est: si testator omnes servos suos juvenes legaverit, quos in ministerio habuit, a qua ætate, et in quam ætatem usque servi juvenes esse intelligantur, aut testator ipse intellexit? Quam quæstionem Marcellus ait, facti quæstionem esse, non juris quæstionem, scilicet voluntatis et sententiæ testatoris: et remittendam igitur esse ad judicem, non ad Jurisconsultum, ut dixi *in l.* 38. *mand.* et confirmat *l.* 7. *C. de fideicomm.* In qua hæc tantum sunt verba, *voluntatis defuncti quæstio in æstimatione judicis est*, et *l.* 14. *C. de donat. inter vir. et l. pen. sup. de pecul.* Est, inquam hæc quæstio facti, sive, quod idem est, voluntatis defuncti: quia in juvenum nomine anceps multiplexque potestas est: vel enim eo nomine adolescentes significantur, qui nondum pervenerunt ad justam ætatem viginti quinque annorum, *l. ult. C. de aliment. pup. præst.* vel qui adolescentum ætatem excesserunt, id est, ab anno vigesimoquinto, qui finis est adolescentiæ ex lege Lætoria, usque ad annum quadragesimum quintum, vel ut Varro censuit ab anno trigesimo, ut Augustinus quoque *lib.* 22. *de Civitate Dei cap.* 15. *Doctissimos homines juventutem definiisse ait*, *incipientem circa trigesimum annum*: vel denique juventutis appellatione, vel viridis juventa, vel prima juventa intelligitur. Quos autem testator intellexerit judicem arbitrari et æstimare oportere, non tam inspecta verbi propria significatione, quam usu, et sententia testatoris, quæ semper scripto potior est. Et eleganter inquit, *in causa testamentorum non utique semper ad verborum definitionem descendimus*, et Græci, οὐ φυλάττομεν τοὺς ἀκριβεῖς ὅρους, *non servamus exactas definitiones*, cum plerumque testatores abusive, id est, improprie loquantur. Ceterum ut proposuit initio hujus legis, quod periocham continet sequentis responsi ab studioso aliquo olim ad Marcellum propositam, *non aliter a verborum significatione propria recedendum est*, ut *l.* 16. *de condit. et demonst. l.* 12. §. 7. *de instr. et ins rum. leg. Non aliter*, inquit. *a verborum significatione recedendum est*, *quam cum manifestum est*, *aliud sensisse testatorem.* Et ideo secundum propriam verbi significationem in obscuro, vel in obscura voluntate, cum de voluntate nihil apparet, nihil liquet, juvenis accipiendus est ab anno vigesimoquinto usque ad eam ætatem, quæ, ut ait, in senioribus habeatur. Seniores autem Varro definit a quadragesimoquinto ad sexagesimum, senes a sexagesimo usque in finem vitæ, seniores separat a senibus, ut *l. non tantum*, *de decur.* Et seniorum nomen accipe ὑποκοριστικῶς, diminutive, quasi non admodum senes. Ovidius: *inter juvenesque senesque*, id est seniores. Virgilius de Charonte: *Et ferruginea subvectat corpora cymba jam senior.* Et, ut intelligatur quid sit *senior*, subjicit, *sed cruda deo viridisque senectus*: his verbis *cruda senectus*, significatur ὠμογέρων, id est, *crudus senex*, post hunc γέρων, id est, *senex*, deinde πέμπελος, id est, *plane senex*, ultimo σύφαρ.

Ad L. VI. de Auro, et argento leg.

Seja ab hærede Publio Mævio ita legavit: Antoninæ Tertullæ, do lego auri pondo tot, et unionem cum hyacinthis. Postea unionem solvit, neque ullum mortis tempore inter ornamenta sua unionem reliquit. Quæro, an hæres ex causa fideicommissi æstimationem rei, quæ in hæreditate non est, præstare debeat? Marcellus respondit, non debere.

§. 1. *Item quæro: si probari possit, Sejam uniones, et hyacinthos quosdam in aliam speciem ornamenti, quod postea pretiosius fecit; additis aliis gemmis et margaritis, convertisse: an hos uniones, vel hyacinthos petere possit, et hæres compellatur ornamento posteriori eximere, et præstare. Marcellus respondit, petere non posse: nam quid fieri potest, ut legatum vel fideicommissum durare existimetur, cum id, quod testamento dabatur, in sua specie non permanserit? nam quodammodo extinctum sit: ut interim omittam, quod etiam dissolutione ac permutatione tali, voluntas quoque videatur mutata.*

Nunc transeamus ad *l.* 6. *de aur. et arg. leg.* Seja, quæ Antoninæ legaverat unionem, quo nomine non significatur sæpe, qui et Latine unio dicitur tamen, sed μονοκόκκος, ut Græci vocant, id est, singularis, et eximia margariti bacca: Seja inquam, quæ Antoniæ legaverat unionem cum hyacinthis, qui inclusi erant ornamento cuidam, sive monilio mulieris, ut Capitolinus, monilium pro monili, cujus in medio forte ille unio prælucebat, postea unionem solvit, quod non est præstitit, deditve Antoninæ, non item dissolvit aceto, ut Cleopatra fecit, ut quidam somniant, sed solvit, id est, separavit ab hyacinthis, et ornamento detraxit, atque distraxit, vel donavit alii: nec inter ornamenta sua ullum unionem moriens reliquit. Quæritur, an Antoninæ unionis æstimatio debeatur? Et respondit non deberi, quia Sejæ ademisse legatariæ unionem videtur: et hyacinthos deberi, qui in hæreditate inventi sunt, ut *l.* 19. §. *perveniamus*, *et* §. *ult. inf. h. t.* videlicet si accessionis loco unioni

hyacinthi non fuerint: alioquin et hyacinthorum legatum exstinguitur, *l.* 1. *et* 2. *de pec. leg.* quin etiam si Seja uniones suos, et hyacinthos, vel auro inclusos, vel uni filo insertos: quod lineam vocant, et seriam, et tractam, in aliam speciem ornamenti pretiosioris additis aliis gemmis, et margaritis converterit (ut mulieres solent quotidie ornamenta mutare, dissolvere, et permutare) hujusmodi legatum unionis, et hyacinthorum ademisse videtur, id est, legatum prioris ornamenti, quod permutavit, est hodie nullum: nec posteriori ornamento eas species, eas gemmas, eos lapillos hæres eximere cogitur, ut legatariæ eas præstet. Huic responso in hac ipsa lege subjicitur aliud de fideicommisso patriæ relicto.

Ad §. 2. *Lucius Titius.*

§. 2. *Lucius Titius testamento ita scripsit: hæredem meum volo, fideique ejus committo, ut in patriam meam faciat porticum publicam, in qua poni volo imagines argenteas, item marmoreas. Quæro, an legatum valeat? Marcellus respondit valere: et operis ceterorumque, quæ ibi testator poni voluerit, legatum ad patriam pertinere: intelligi enim potuit, aliquod civitati accedere ornamentum.*

Ut in patria sua hæres faciat porticum publicam, et in ea ponat imagines argenteas, et marmoreas, quod fideicommissum valere ait, quia accedit inde civitati ornamentum aliquod, et civitatibus posse legari constat, quod ad ornatum earum pertinet, vel ad honorem, nedum ad compendium, *l. civitatibus, de leg.* 1. Patriam dixit, et postea civitatem. Patriam igitur vocat hoc loco civitatem certam, ex qua quis oriundus est, *l. liberto*, §. *Lucius, de ann. leg. l.* 3. §. 1. *de muner. et honor.* Alias patria dicitur de provincia, vel regno aliquo, ut illo loco Salustii, Hispaniam sibi patriam esse. Sequuntur duo responsa.

Ad L. XXXVI. de Condit. et demonstr.

Publius Mævius testamento suo ita cavit: quisquis mihi hæres hæredesve erunt, do, lego, fideique eorum committo, ut dent Gajo Sejo sororis meæ filio in honorem consulatus quadringenta. Vivo Mævio Sejus Consul designatus est, et munus edidit, deinde ex calendis Januariis consulatum ingressus est, atque ita Mævius decessit. Quæro, an quadringenta Sejo debeantur? Marcellus respondit deberi.

Prioris responsi hujus species est. Testator ab hærede hæredibusve suis Gajo Sejo sororis filio in honorem consulatus, id est, cum consul factus esset, quadringenta reliquit legati simul et fideicommissi genere, verbis directis, et verbis precariis, nempe hoc modo: *do lego fideique hæredum committo*, quod fit etiam his verbis: *damnas esto hæres dare fideique ejus committo, ut ei det*, ut *l. quisquis, de legat.* 3. *l.* 28. *Aurelius*, §. *Titius Sejo, de lib. leg.* vel bis, *do, lego, darique volo*, ut *l. Alumnæ* 30. *in princ.* et in antiqua inscriptione Reipub. Barcinonensis, *do, lego, darique volo denaria tot.* Cum autem, ut proposui, testator Gajo Sejo ita reliquisset quadringenta, et vivo testatore Cajus consul designatus esset, et munus populo edidisset, ut fieri solebat: et ex calendis Januariis consulatum iniisset, ac postea testator vita decessisset: quæsitum est, an quadringenta Gajo deberentur. Dubitationem faciebat genus conditionis injectæ legato, quæ videbatur non nisi post mortem testatoris impleri posse, et sic vivo testatore impleta fuerat, Gajo facto consule vivo testatore. At Marcello videtur etiam vivo testatore hanc conditionem recte impletam videri: et ideo quadringenta deberi. Hæc igitur conditio, si consul factus fuerit, iis conditionibus adnumeranda est, quæ quandocunque adimpleri possunt, *l.* 11. *hoc tit. l.* 7. *si quis, C. de instit. et subst.* munus autem hoc loco accipitur pro munere gladiatorum, pro venatione. Lactantius lib. 6. *primitus*, inquit, *venationes, quæ vocantur munera, Saturno attributæ sunt.*

Ad §. 1. *Titia Codicillis.*

§. 1. *Titia Codicillis, de prædiis: quæ testamento Septitiæ relinquerat, ita cavit: a te peto, Septitia, ut filio meo, cum annorum sedecim esset, eadem prædia restitueres: quod si filius meus sedecim annos non impleverit, peto uti reddas ea, restituas Publio Mævio, et Gajo Cornelio. Quæro cum Septitia decesserit, deinde filius quintum decimum annum agens defunctus sit: an repræsentetur fideicommissum, quinto decimo anno impleto, et hæredes Septitiæ restituere id Publio Mævio et Gajo Cornelio debeant? Marcellus respondit: Septitiam jus, quod in his prædiis habuisset, hæredi suo reliquisse. Etenim videri contra voluntatem testatricis repræsentationem fideicommissi desiderari, ut amplius ad substitutos perveniat, quam ad puerum pervenire, vel a Septitia, vel ab hæredibus potuisset. Et verba quidem videntur repræsentare fideicommissum: sed non est verisimile, ut maturius voluerit testatrix ad substitutos id transferre. Nec quidquam mutat, quod Septitia ante decessit: nam et si puer viveret, non prius Septitiæ hæredes, quam Septitia possent conveniri.*

Posterius responsum hujus l. est de eo, qui prædia, quæ testamento legaverat, codicillis legata-

rium rogavit, ut restitueret filio suo, cum esset annorum quatuordecim, vel si filius non impleret annos 14. ut ea restituat Mævio, et Sejo. Filio igitur in fideicommisso substituit Mævium, et Sejum. Ut hæredibus substitui potest, ita etiam legatariis, et fideicommissariis, *l.* 50. *de leg.* 2. Inde vero nascitur hæc quæstio, an defuncto primum legatario, deinde filio nondum impleto decimoquarto anno, agente tamen decimumquartum annum, an fideicommissum Mævio, et Sejo hæredes legatarii præstare debeant statim a morte filii: quod verba fideicommissi exigere videantur, ut repræsentent fideicommissum; an vero ex verisimili sententia testatoris, in id tempus sustinere Mævius, et Sejus debeant, quo si viveret filius, annum decimumquartum impleret, et hoc posterius melius esse ait, ut ne ejus repræsentetur fideicommissum, sed expectent diem, quo si viveret filius impleret decimumquartum annum: hac ratione, ne plus habeant substituti filio, quam filius ipse haberet, qui sane ante impletum decimumquartum annum ad fideicommissum pervenire non posset: nec impedimento est quod prior decesserit legatarius: quia etsi filius legatario supervixerit, non potest filius prius agere de fideicommisso cum hærede legatarii, quam cum legatario ipso. Ergo nec hi prius agere possunt, qui filio substituti sunt. Hæc est sententia posterioris responsi, cui obesse videtur, et obesse plurimum *l.* 62. *a filia*, §. *ult. ad Senatusc. Trebell.* quoniam alumno legatam pecuniam, si testator jusserit fœnori occupari apud Sempronium, ita ut Sempronius alumno præstaret ejus pecuniæ usuras certas, donec alumnus pervenisset ad vigesimum annum: alumnum autem, si sine liberis decederet, partem pecuniæ Sempronio, partem Gajo reddere jussisset, defuncto alumno intra vigesimum annum, confestim ait substitutos ab hærede alumni fideicommissum petere posse. At ne sim longus, longe est alia ratio in illa specie: quia in ea dies apposita est non fideicommisso ab alumno relicto, ideoque statim peti potest, sed usuris dependendis a Sempronio. Non omittam, cum in hoc §. filius puer appellatur semel et iterum, quo nomine significatur pupillus, cumque modo sedecim, modo quindecim annos scriptura hujus §. referat varie et inconstanter, manifestum esse delictum in numero, et pro sedecim quod bis, ac pro quindecim, quod item bis ponitur, ubique legendum esse quatuordecim, ut in *l.* 48. *h. t.* ut patet ex *l.* 40. *si cui legetur* 49. *de legat.* 1. Causa est conferendi legati, aut fideicommissi in pubertatem pueri: quæ vero causa conferendi in decimumsextum, vel decimum quintum, qui nullius ætatis finis est? At præterea illo loco hujus §. *an repræsentetur fideicommissum, etc.* perquam evidens est non esse legendum, *an repræsentetur fideicommissum decimoquinto anno*, sed *an repræsentetur fideicommissum decimoquarto anno impleto, et hæredes Septitiæ, etc.* Alioquin idem faceret repræsentare fideicommissum, et id præstare decimoquarto anno impleto, quæ duo sunt adversa penitus.

Ad L. III. De Obsequis parentibus, et patronis præstand.

Titius puerum emit, quem post multos annos veniri jussit: postea exoratus, accepto ab eo pretio, eum manumisit. Quæro, an eum filius et hæres manumissoris, ut ingratum accusare possit? Respondit posse, si nihil aliud esset impedimento. Nam plurimum interesse a suo servo quis, vel etiam ab amico ejus, acceptis nummis dederit libertatem: an ab eo servo, qui cum esset alienus, in fidem ejus devenit. Etenim ille, etiamsi non gratuitum, beneficium tamen præstitit, iste nihil amplius, quam operam suam accomodare videri potest.

Supersunt leges quinque, quas tamen omnes hodie explicare non potero, sed ex eis tres tantum explicabimus. Ac primum quidem *l.* 3. *de obseq. parent. et patron. præstand.* Libertus patrono necessario debet honorem, reverentiam, pietatem, obsequium, quod si quid adversus ea fecerit ex l. Ælia Sentia ingrati accusari potest, non tantum a patrono, sed etiam a filio et hærede patroni, *l.* 70. *de verbor. signific.* non ab hærede extraneo, ut recte Accurs. ad *l. pen. C. de libert. et eo liberis.* Idque verum est, non tantum si directam a domino, et gratuitam libertatem acceperit, sed et si pro capite domino pretium, forte cum dominus eum extraneo vendere vellet, dederit ipse, ne extraneo veniret, et ut liber fieret ipse, vel amicus ejus, quia et si non gratuitum, beneficium tamen ei domus præstitit, dando libertatem accepto pretio, quam contempta pecunia non dare potuit. Non omne beneficium semper est gratuitum: possit esse beneficium, nec tamen esse gratuitum. *Beneficium*, inquit Seneca, libro de beneficiis, *quod quis dedit, cum illi liceret et non dare.* Huic licebat non dare libertatem accepto pretio. Ergo si dederit libertatem, beneficium dedit. Alia est ratio ejus, qui ex causa fideicommissi libertatem dedit, cum rogatus esset servum manumittere: quia hic debitam libertatem præstitit, cujus denegandæ potestatem non habuit: et ideo illi nec beneficium contulit: quia necessaria, et coacta manumissio proprie liberalitatis beneficium non est, *l. unum ex familia*, §. 1. *de leg.* 2. Et consequenter accusatio ingrati ei competere non potest, *l.* 1. *C.*

de libert. et eor. lib. l. 84. de hæred. instit. l. 50. prox. de ritu nupt. Alia item est ratio, quod in hac lege proponitur, ejus qui servum emit suis, non servi nummis, interposita fide manumittendi ejus, cuique postea servus, quod prænumeravit, pretium obtulit, ut *l. 4. §. si ab ignoto, de manumiss.* Quia hic cum sit imaginarius fiduciariusque emptor servi, non potest eum servum non manumittere, cujus manumittendi fidem dedit: nec tam manumissor igitur est, etiamsi eum ex fide manumittat, quam minister parandæ servo libertatis: minister est, qui operam suam alii accommodat.

Ad L. XXVIII. de Mortis causa donat.

Avunculo suo debitori mortis causa donaturus, quæ debebat, ita scripsit: tabula vel chirographum tot, ubicumque sunt inanes esse neque eum solvere debere: quæro an hæredes, si pecuniam ab avunculo defuncti petant, exceptione doli mali tueri se possint? Marcellus respondit, posse, nimirum enim contra voluntatem defuncti hæres petit ab eo.

Si creditor Titio debitori suo mortis causa donaturus debitam pecuniam, ita scripsit præsentibus testibus quinque, ut Justinianus exigit in *l. ult. C. eod. tit.* Si, inquam, ita scripsit, tabulas vel chirographum Titii tot aureorum, ubicumque sit, vanum et inane esse, sive pro cancellato haberi, ut in *l. 47. emptor, §. Lucius, de pact.* Nec pecuniam eo chirographo comprehensam Titium solvere debere, ex hoc responso intelligitur, mortuo creditore, si hæres ejus pecuniam petat, repelli posse exceptione doli mali, quia contra voluntatem defuncti petit, cui animus fuit donandi Titio, remittendique debiti, ut *l. apud, §. præterea, de doli except. l. pen. de coll. dot. l. 1. §. si debitori, ut in poss. leg. mitt.* Tertia et celebrior est *l. ult. de fideicomm. libert.*

Ad L. ult. de Fideicom. libert.

Lucius Titius testamento ita cavit: si quos codicillos reliquero, valere volo. Si quis mihi ex Paula, quæ uxor mea fuit, intra decem menses natus, natave erit, ex semisse hæredes sunto. Gajus Sejus ex semisse hæres esto. Stichum et Pamphilum servos meos, et Erotem, et Diphilum peto, et fidei hæredum committo, ut cum ad pubertatem liberi mei pervenerint, manumittant, deinde novissima parte ita cavit: quod si mihi liberi nati non erunt, aut intra pubertatem decesserint: tunc hæredes ex paribus partibus sunto Mutius, et Mævius: legata, quæ priore testamento, quo filios, et Sejum reliqui, præstari volo: hoc est et a sequentibus hæredibus: deinde codicillis ita cavit: Lucius Titius hæredibus primis, et substitutis salutem, peto ut ea, quæ testamento cavi, legavi, et ea, quæ codicillis cavero, legavero, præstetis. Quæro, cum liberi Lucio Titio nati non sint, an Sticho, et Pamphilo, et Eroti, et Diphilo servis confestim fideicommissa libertas præstari debeat? Marcellus respondit, conditionem, quæ libertati eorum, de quibus quæreretur, si filii hæredes exstitissent, apposita esset, repetitam non videri. Ideoque confestim libertatem præstandam esse, et a primis, et a substitutis hæredibus, nam (ut suprascriptum est) petiit, ut quæ testamento cavisset, præstarentur. Cavit autem de libertate eorum servorum: atquin sub conditione cavit: et si alterius generis conditio esset, expectanda esset. Sed non est verisimile, ut hoc in ista conditione cogitaverit: cum fidei substitutorum committeret, et admitti ad hæreditatem non possent, si impleretur conditio.

Cujus species prolixa satis, et utilis sane plurimum. Lucius Titius testamentum inchoavit a confirmatione codicillorum, quos post testamentum faceret: quod non fecit præpostere: quia codicilli pars intelliguntur testamenti, *l. pen. quem. test. aper.* Quo exemplo, etiam recte dices, testamentum incipere posse a substitutione pupillari, si postea filius, cui fit substitutio, hæres instituatur, ut *l. 2. §. sed si quis; de vulg. subst.* Quia substitutio etiam pupillaris, pars est etiam principalis testamenti, *d. l. pen.* Deinde vero idem Lucius Titius hæredem instituit ex semisse posthumum, posthumamve, qui quæve ex uxore sua nasceretur post mortem suam intra decem menses, quod est legitimum pariendi tempus, *l. Gallus, de liberis, et postu. l. ult. C. de post. hæred. instit.* Et in testamento Varronis: *si quis mihi filius, pluresve in decem mensibus gignutur* apud Gellium. Tertull. in libro de anima: *legitima*, inquit, *nativitas, ferme decimi mensis ingressus est.* Extraneum autem idem testator posthumo adjunxit hæredem ex alterosemisse, Posthumo autem ex semisse hærede instituto, pluribus natis, hic locus aperte demonstrat omnes ex testamento ad hæreditatem vocari. Porro idem testator hæredes suprascriptos rogavit, ut certos servos, quos nominavit, cum liberi ad pubertatem pervenissent, manumitterent: deinde novissima parte testamenti, si liberi non nascerentur ex uxore, qui est casus vulgaris substitutionis, vel si nati intra pubertatem vita decederent, qui est casus pupillaris substitutionis, secundo gradu substituit Mutium, et Mævium, et ab eis, simulque ab

extraneo filiorum cohærede repetiit legata, quæ reliquerat priore testamento, ut ait, id est, testamento suo principali, *l. qui plures* 58. *in fine, de vulg. subst.* quia duo quodammodo testamenta sunt, paternum, et pupillare, §. *igitur, Inst. de pupil. substit.* Et plerumque paternum præcedit. Erat autem repetitio illa legatorum, quam fecit a primis hæredibus, et a substitutis, maxime quam fecit a substitutis, necessaria ante constitutionem Antonini, qua generaliter statuitur nisi evidentur probetur aliud sensisse testatorem, legata ab instituto relicta, a substituto repetita videri, *l.* 74. *licet, de leg.* 1. *l.* 4. *C. ad Senatusc. Trebell.* Ac præterea idem testator, codicillis postea factis, ab iisdem primis hæredibus, et substitutis repetiit, non legata tantum a primo gradu relicta, sed et quæcumque in eo testamento cavisset: repetiit ergo libertates servorum, quæ tamen, et seposita ista repetitione, sub legatorum nomine satis repetitæ intelligerentur, *l.* 77. *de leg.* 3. *l.* 80. *de verbor. signific.* Hinc quæritur posthumis non natis, liberis non natis, an servi, quos manumitti jussit sub conditione, cum liberi ad pubertatem pervenissent, confestim petere fideicommissariam libertatem possint ab extraneo primo gradu instituto, et a substituto: nec expectare cogantur id tempus, quo si nati essent liberi, pubertatem attigissent? Et ait confestim peti libertatem posse, et ab hæredibus repræsentari eam debere. Quod responsum cum responso, quod habuimus in *l.* 56. *sup. de cond. et demon.* conjunxeris, vel potius commiseris recte: quoniam in illo responso negatur fideicommissum repræsentari oportere: nimirum quia ibi conditio, *cum filius impleverit annos quatuordecim*, apposita fideicommisso filio relicto, censetur repetita in substitutis filii, quibus idem fideicommissum sub contraria conditione, *si filius non impleverit annum decimumquartum*, relictum est. At hic conditio apposita libertati servis datæ per fideicommissum ab his hæredibus, qui filio substituti sunt, ex sententia testatoris repetita non videtur, quæ si intelligeretur repetita, vitiaret substitutionem: neque enim testator quisquam puberi, qui sibi hæres extiterit, substituere potest, §. *ult. Instit. de pupill. substit. l.* 7. *de vulg. et pupill.* Conditio libertatis hæc erat: *cum filii hæredes mei ad pubertatem pervenerint*: fac eandem esse conditionem substitutionis: *si filii mei et hæredes exstiterint, et ad pubertatem pervenerint, illos substituo*: inanis et inutilis hæc substitutio est. Quamobrem recte respondit repetitam a substituto non videri conditionem, cujus repetitio inutilem faceret substitutionem, ut in *l.* 134. *Titia* §. 1. *de verb. obl. l. servo alieno*, §. *pen. de leg.* 1. Alia quæcumque conditio, aliusve generis libertati præposita, sane videretur in substitutione repetita, et expectanda conditio servi esset. At hæc, quæ repetita vitiaret substitutionem non intelligitur. Restant duæ leges, quas absolvam.

Ad L. XXIV. de Fidejussor.

Lucius Titius, cum pro Sejo fratre suo apud Septicium intervenire vellet, epistolam ita emisit: Si petierit a te frater meus peto des ei nummos fide, et periculo meo. Post quam epistolam Septicius Sejo pecuniam numeravit, deinde Titius inter reliquos, et Sejum fratrem pro tertia parte reliquit hæredem. Quæro an quia adversus Sejum debitorem Septicii confusa sit actio pro tertia parte, qua Titio fratri suo hæres exstitit, cum cohæredibus ejus agere in solidum possit? Marcellus respondit, cum cohærede Seji, non pro majore, quam hæreditaria parte mandati agi posse.

Ex illis duabus una est *l.* 24. *de fidejussor.* Lucius Titius mandavit Cajo per epistolam, ut fide, et periculo suo pecuniam Sejo fratri suo crederet, quam Sejus eum rogaret: quod et Cajus fecit: ac postea fratrem suum Sejum debitorem principalem hæredem scripsit ex triente: si Sejus pro triente hæreditatem Titii fratris sui adeat, obligatio confunditur, et consumitur pro triente, ex quo Titio hæres extitit: obligatio scilicet mandati, qua Titius Gajo obstrictus est: quia ubi debitor mandatori, vel fidejussori hæres existit, principalis obligatio, qua debitor civiliter tenetur, consumit, et tollit obligationem, qua ex causa accessionis, id est, ex causa mandati, vel fidejussionis, defunctus creditori tenebatur, propterea quod non potest idem esse debitor principalis, et mandator, vel fidejussor, *l. hæres*, §. *quod si hic servus, hoc tit. l. debitor, de separat.* Sicut nec eadem res potest esse res principalis, et accessio sui ipsius. Ubi ergo in unam personam concurrunt jus debitoris principalis, et fidejussoris, vel mandatoris, ut si debitor fidejussori, vel mandatori hæres existat, principalis obligatio manet, quasi plenior et major, accessoria quasi minor extinguitur. Verum in specie proposita obligatio accessoria non consumitur, ut dixi ultra trientem, ex quo debitor principalis mandatori hæres exstitit. Nam pro besse reliquo, et in Seji debitoris principalis cohæredem, vel cohæredes est actio mandati: pro besse, inquam, duntaxat, non in solidum, quæ est sententia hujus legis 24. Eademque ratio servatur e contrario, si mandator, vel fidejussor debitori principali hæres exstiterit, *l* 5. *et* 50. *h. t.*

Ad L. XLVIII. de Solution.

Titia, cum propter dotem bona mariti possideret, omnia pro domina egit, reditus exegit, et moventia distraxit. Quæro, an ea, quæ ex re mariti percepit, in dotem ei reputari debeant? Marcellus respondit, reputationem ejus, quod proponeretur, non iniquam videri, pro soluto enim magis habendum est, quod ex causa mulier percepit. Sed si forte usurarum quoque rationem arbiter dotis recuperandæ habere debuerit, ita est computandum, ut prout quidque ad mulierem pervenit, non ex universa summa decedat, sed prius in eam quantitatem, quam usurarum nomine mulierem consequi oportebat: quod non est iniquum.

Morte viri soluto matrimonio, cum hæres viri nullus exstaret, qui conveniri posset, vel cum suspectus hæres satisdare jussus, mulieri de dote non satisdaret, mulier missa est in possessionem bonorum mariti dotis servandæ causa, ut *l.* 26. *ea quæ*, §. 1. *ad municip. l. pen.* §. *item, de divers. tempor. præscript. l. officium, de rei vindic.* Quæ dos in pecunia consistebat, et cum possideret mulier bona mariti, omnia, ut ait, pro domina egit, quamvis non esset domina: sed tanquam possestrix, reditus scilicet locationum exegit, et pretia ex distractione mobilium quarundam rerum redegit. Quæritur, an ea, quæ redegit ex bonis mariti, in dotem ei reputari debeant, ut quantum redegit, tantum decedat ex dote, quæ restituenda ei est. Et respondit, reputari debere, quasi a seipsa sibi soluta dotis nomine, sed si usuræ dotis etiam mulieri debeantur, quarum rationem arbiter rei uxoriæ habere debuerit, arbitrio, ut ait, dotis recuperandæ, ut *l.* 1. *de pact. dot. l.* 12. *de impens. in res dot.* mulier debet omne id, quod percepit ex re mariti, imputare in usuras dotis, non in dotem, et in usuras pro rata. Gravior enim est causa usurarum, quæ ocyssime summovenda est, *l.* 5. §. *penult. et ult. hoc tit.* Nec quidquam huic responso obest *l.* 95. *Stichum*, §. *si creditor, inf.* quæ creditorem, qui, dum pro hærede possidet debitoris hæreditatem ad se non pertinentem, reditus hæreditatis percepit, negat ipsum sibi solvisse, ex eo, quod percepit pecuniam debitam, videri. Namque, ut breve faciam, agitur illo loco de possessore hæreditatis ad alium pertinentis, a quo petitione hæreditatis verus hæres evincere hæreditatem potest. At in specie hujus legis agitur de muliere; quæ jure suo possedit bona mariti ex edicto prætoris dotis servandæ causa, quam et utique servat sibi per seipsam, ex eo, quod percepit dotis nomine ex bonis mariti.

FINIS.

JACOBI CUJACII J. C.

AD LIBROS SEX

RESPONSORUM

CERVIDII SCÆVOLÆ

RECITATIONES SOLEMNES.

AD LIBRUM PRIMUM.

DE CERVIDIO SCÆVOLA.

Scævolæ responsa, quæ interpretari decrevi, sex libris continentur, et sunt non Q. Mutii, qui fuit florente Republ. pop. Rom. nec dum potita Imperatorum; sed Q. Cervidii Scævolæ, qui extitit multo post sub Divo Marco, ut Jul. Capitolinus scribit. Impp. Arcadius et Honorius in *l. 3. C. Theod. de testam.* prudentissimum Jurisconsultorum eum vocant, dum ejus auctoritate freti, statuunt testibus, et signatoribus testamentorum iisdem testamentis legata jure reliqui, tutelasque deferri. Quod etsi ex Scævola nullibi sit relatum in Digest. Justin. est tamen relatum ex aliis juris auctoribus in *l. 20. qui testamento, qui testam. fac. poss. et. l. si quis ita* 14. *de reb. dub.* Quod autem Scævolam Imperatores illi prudentissimum Jurisconsultorum vocant, idem est, ac si dixissent *κορυφαῖον τῶν νομικῶν*, ut de eodem Modestinus dixit in *l. 13. de excusa tut.* Et placet, quod *κορυφαῖον* dixit potius quam *κορυφαιότατον*, aut *κορυφαιοτάτοις*: quoniam et eundem honorem Modestinus tribuit Paulo et Ulpiano: quia superlativum illud *σκρυφαιότατος*, Lucianus improbat in Pseudologista, et tamen Plutarchus adversus Colotem, Stratonem, *κορυφαιότατον* Peripateticorum vocat, et Theophilus noster in *tit. de jure nat.* populum, *κορυφαιότατον τῶν νομοθετῶν*. Porro ad commendationem Cervidi Scævolæ etiam plurimum facit, quod Julius Paulus, et Claudius Triphoninus, quoties ejus auctoritate utuntur, *Scævola noster*, inquiunt: *noster*, a quo scilicet imbuti, et instructi sumus. Paulus in *l. si unus*, §. *pactus in fi. de pact. in l. 6. de reb. auctor. jud. possid. l. 19.* §. *Scævola, de negot. gest. l. 32. Nesennius, de excusat. tut. l. 38.* §. *ult. de vulg. substit. l. 10. de bon. poss. sec. tab. l. quod si minor*, §. *Scævola, de minorib. l. si is qui Stichum*, §. *ult. de jure dot.* Et fere igitur semper Paulus. *Scævola noster*, inquit Triphoninus in *l. 12.* §. 1. *de distr. pign. de castr. pec.* His plane verbis. *Scævola noster*, significant, se eo præcipue auctore, et præceptore juris usos in jure respondendo, condendo, vel interpretando: sicut Justinianus in Institutionibus ea quoque ratione dixit *Gajus noster* duobus locis: quoniam ex ejus præcipue Institutionibus Institutiones suas fecit. Et similiter Seneca, atque Strabo sæpe, Zeno noster, princeps Stoicæ disciplinæ, quam illi sequebantur. Et quod Paulus atque etiam Triphon. in eundem Scevolam notas scripserunt, præ nimio ejus studio id fecerunt certe, confirmandi, et explicandi, non reprehendendi causa. Preterea observavi, Scevolam, quod magnæ eruditionis, et prudentiæ argumentum est, multum et diffusum esse valde in enarrandis propositionibus, sive factis, hypothesibus, de quibus consulitur, cujus rei etiam studiosissimos esse oportet Jurisconsultos, et judices, et patronos causarum omnes, quia in facto jus est positum, ut ait *l. si ex plagis*, §. *in clivo, ad leg. Aquil.* Alioquin steriles juris sunt, aut esse videntur, qui non explanant facta, de quibus agitur, late atque perspicue, quique ea omni ex parte non excutiunt, *il faut s' estudier a cela d' estre maistre du faict.* In responsis autem suis Scevolam esse brevem, atque concisum, pene

dixerim laconicum: cognito enim facto perito homini jus in facili, et proclivi est. Imperito neque pes, neque caput sermonis usquam apparet. Est enim omnis imperitus ἀτελεύτητος. Respondet autem Scævola de jure semper, non de facto, *l.* 20. *Seja*, §. *ult. de instr. vel instrum. leg. l.* 100. *l. a testatore*, *de condit. et demonst.* de jure, secundum factum tamen, id est, secundum ea, quæ proponuntur, secundum ea, quæ in consultationem deducuntur. Sit igitur hic auctor nobis pro exemplo, cum de jure consulemur, ut ad ejus exemplum breviter de jure respondeamus secundum factum, secundum propositionem, et hypothesin. Ubi autem denuo frustra ab aliquo Scævola consulitur eadem de re, cui forte prius responsum non satis clarum, aut facile fuit: ubi, inquam, denuo consulitur, mutatis forte, ut fit, paucis quibusdam, nec tamen mutat facti specie præcipua, Scevola non iterat responsum suum, sed respondet, supra se jam respondisse, ut in *l.* 41. *uxorem*, § *legaverat*, *et* §. *pater naturalis, de leg.* 3. *l. fundi, de usufr. leg. l. prædia*, §. *liberto, de instr. vel instrum. leg.* Quem imitatus Paulus eodem quoque modo respondit in *l.* 58. *quæro*, §. *pen. de edil. edic.* Ad hæc etiam illud scitu dignum est, ejusdem Scævolæ Digest. libros nihil aliud continere, quam responsa, quo fit, ut pleraque his sex libris responsorum, inserta responsa etiam reperiantur in libris Digest. quod in horum sex librorum interpretatione plerisque locis ostendemus: et efficiet hæc quoque causa, absoluta eorum interpretatione, Deo faciente, ut ad Digesta aggrediamur: quæ videntur esse responsa ab eo ordine digesta, et distincta titulis, latiusque exposita. Nam et ita Marcelli, et Modestini Digest. libri nihil aliud continent, quam responsa in ordinem titulosque distributa, qui etiam libri ita vulgo feruntur fuisse inscripti. Digesta responsa. Responsa autem horum sex librorum dixero responsa indigesta, inelaborata, incondita: ad quæ jam tempus est accedere.

Ad L. LXX. De procur.

Pater filio suo pupillo tutorem dedit Sempronium creditorem suum. Is administrata tutela, reliquit fratrem suum hæredem: qui et ipse decessit, et per fideicommissum nomen debitoris Titio reliquit: eique mandatæ sunt actiones ab hæredibus. Quæro, cum tam tutelæ actio, quam pecuniæ creditæ ex hæreditate Sempronii descendant, an non aliter mandata actio ei detur, quam si defendat hæredes, a quibus ei actiones mandatæ sunt? respondi debere defendere.

Ex libro primo et prima dabitur *l.* 70. *de procurat.* Cujus species est de patre, qui Sempronium creditorem suum filio suo impuberi testamento tutorem dedit. Quod jure veteri adeo ratum est, ut nec tutelæ excusatio sit ob id solum, quod tutor datus creditor sit pupilli: utputa si datus sit pupillo hæredi instituto is, cui pater certam pecuniam debuerat, vel etiam si sit tutor legitimus. At hodie datio tutoris non valet, si creditor pupillo tutor, vel curator detur a patre, vel judice ex *Nov.* 72. olim datio valebat illius tutoris, ut patet ex hac *l. et l.* 44. *cum in eo, sup. de pact. l.* 8. *creditorem, C. qui tutor. dar. poss. l.* 7. *neque, C. de excusat. tut.* Hodie non valet, et merito improbata est supra *d. Nov.* quamobrem hæc lex etiam omissa est in Basilicis, quasi abrogata. Ex quo apparet quam sint stulti interpretes, qui contendunt hanc legem non esse abrogatam. Nec tamen ex ea Novella Justin creditor, qui pupillo tutor datus est, jus crediti amittit aliter, quam si ab initio cum ad tutelam vocaretur, vel curam, sciens dolo malo reticuerit, se pupilli creditorem esse, vel adolescentis, vel dementis. Ponenda igitur species ad hanc legem est secundum jus vetus: patrem filio suo impuberi hæredi instituto Sempronium creditorem suum tutorem dedisse, et administrata jam finitaque tutela, creditorem vita decessisse, fratre suo hærede scripto, qui et postea ipse vita decesserit, nomine pupilli, id est, credito, quo pupillus sibi obnoxius fuit jure hæreditario ab hæredibus suis per fideicommissum Titio relicto, qui mox hæredes Titio cesserunt, et mandaverunt actionem creditæ pecuniæ adversus pupillum, id est, fecerunt eum procuratorem in rem suam, id est, sui commodi causa, ut exigeret pecuniam a pupillo, quam defuncto debuit, eamque sibi haberet jure fideicommissi: legato nomine, vel fideicommisso, hoc tantum continetur, ut actiones adversus debitorem legatario cedantur, *l.* 44. *servum filii*, §. *eum qui*, *de leg.* 1. Et ex mandato quidem illo, sive ex cessione, hæredum nomine Titio in hac specie competit directa actio creditæ pecuniæ adversus pupillum, et sine mandato etiam utilis in factum suo nomine, *l.* 18. *ex legato, C. de leg.* Hinc vero nascitur hæc quæstio, an non aliter ab hæredibus sibi mandatis creditæ pecuniæ directis actionibus adversus pupillum Titius uti possit. quam si vicissim hæredes defendat, qui ei mandaverunt actionem, hæredumve defensionem suscipiat, pupillo invicem agente judicio tutelæ contra hæredes hæredis Sempronii tutoris? Et breviter respondet Scævola, debere defendere: quia utraque actio, id est, creditæ pecuniæ, et tutelæ, mutua actio, ex eadem causa, puta ex hæreditate Sempronii descendit: et judice dato in unam causam, reconventio, sive mutua actio non quidem ex alia, sed ex eadem causa, et origine fa-

cile admittitur, *l.* 25. *depos. l. cum Papin. C. de sent. et interloc. omni. jud.* Itaque si actio creditæ pecuniæ moveatur in pupillum, et invicem ipse eodem judicio movere poterit actionem tutelæ: quoniam utraque proficiscitur ex eadem causa hæreditaria. Inde ergo ita concludamus; procurator etiam datus in rem suam, ut Titius in hac specie ab hæredibus factus est procurator in rem suam, id est, legati sibi relicti consequendi gratia: mandatis actionibus (mandare actiones, et procuratorem facere idem est) si, inquam, hic Titius hæredum nomine experiatur, ut procurator, quamvis experiatur non in rem hæredum, sed in rem suam, hæredum etiam defensionem suscipere debet, si reconveniatur a pupillo tutelæ judicio, ut patet ex *l. si servum*, §. *ult. inf. hoc tit.* Ubi tamen additur hæc exceptio, nisi ex necessitate factus sit procurator in rem suam, ad quam exceptionem sane videtur statim subjici exemplum in l. 34. quæ sequitur *d. l.* 33. *servum*, de emptore hæreditatis, cui venditor necessitate coactus rei familiaris, hæreditatem sibi quæsitam vendidit, ut plerumque omnis venditio fit urgente necessitate rei familiaris, ut *l. ita ut omnes* 36. §. 1. *mand. l.* 12. *et* 16. *C. de rescind. vend.* Hic vero, qui, ex necessitate vendente hærede, ab eo hæreditatem emit, et ab eodem hærede factus est procurator in rem suam, mandatis actionibus hæreditariis in rem suam, si modo rem ita gesserint inter se bona fide, non in fraudem creditorum hæreditariorum: hic, inquam, si agat procuratorio nomine, non suo, si nomine venditoris, non suo, non cogitur venditorem invicem defendere: quia id actum videtur, ut qui emit ab eo, quem rei familiaris necessitas ad vendendum compellit, ejus onera non sustineat. Dixi, si agat nomine hæredum, si nomine hæredum, si nomine alieno. Igitur, nomine mandatoris, non suo nomine, si directa actione agitur, quæ sibi mandata est, non utili. Nam qui agit utili, suo nomine agit: nec eum, a quo procurator factus est, cum non agat, ut procurator, sed ut legatarius nominis, vel donatarius, eum, inquam, defendere non cogitur. Ad hæc si quis dicat in specie hujus legis, hæredem quoque ex necessitate cessisse fideicommissario pupilli nomen, fecisse procuratorem fideicommissarium in rem suam, in utilitatem suam, dicam non id fecisse ex necessitate rei familiaris, ut posui ante, sed ex necessitate juris extraordinarii, id est, ex causa fideicommissi. Diversa esse necessitatis genera, quæ temere permiscenda non sunt.

Ad L. XLVII. De minoribus.

Tutor urgentibus creditoribus rem pupillarem bona fide vendidit: denuntiante tamen matre, et emptoribus. Quæro cum urgentibus creditoribus distracta sit, nec de sordibus tutoris merito quippiam dici potest, an pupillus in integrum restitui potest? Respondi; cognita causa æstimandum: nec idcirco si justum sit restitui, denegandum id auxilium, quod tutor delicto vacaret.

Sequitur ex primo Scævolæ responsorum libro *lex* 47. *de minoribus.* In ea duæ proponuntur species, et due quæstiones consequenter, quæ ex eis oriuntur. Prior hæc est. Tutor urgentibus creditoribus pupilli, rem pupillarem ex necessitate, quod scilicet nimium urgeretur a creditoribus, vendidit, bona fide tamen, et rem, vel mobilem, vel immobilem: et rursus immobilem, vel rusticam, vel urbanam: sed rusticam vendidit interposito decreto prætoris, vel præsidis, ut oportet, quod Accursius supplet recte, et suppleri etiam, vel subintelligi debet plerisque in locis juris nostri, ut in *l. Titia, l.* 2. *de jure dot. l.* 44. *de acquir. hæreditat.* Hoc vero tutor fecit contra voluntatem matris pupilli, consiliumve atque judicium: matre scilicet pupilli tutori denuntiante ne venderet, atque etiam emptori ne emeret. Quæritur an pupillus adversus venditionem hujusmodi restitui possit in integrum, id est, an desiderante pupillo hæc venditio rescindi possit decreto prætoris? Et ait, pupillum restitui posse in integrum causa cognita, quod semper requiritur, *l.* 13. §. *causa, sup. h. t.* Causa cognita quod est decreto prætoris in §. *seq.* Decretum nunquam interponitur, nisi causa cognita, nec nisi pro tribunali, non de plano. Et adjicit Scævola, si justa fuerit petendæ dandæque restitutionis causa, non ideo eam denegari, quod tutor delicto vacet, puta, quod tutor bona fide vendiderit, non sordide non gratiose, ut ait *l. tutor, qui repertorium*, §. *competet, de administr. tut.* Quod si fecisset tutor, si vendidisset per gratiam, *pour faire plaisir*, vel per sordes, accepto munere aliquo, vili si vendidisset rem pupillarem, venditio non valeret, *l. cum plures* 12. §. 1. *eod. tit.* At hic proponitur vendidisse bona fide. Et recte bonæ fidei Scævola opponit sordes. Opponitur etiam ei gratia, sive ambitio. Ad hæc notandum, non ideo etiam magis pupillum restitui in integrum in hac specie, quod denuntiante matre pupilli, et prohibente, res pupillaris empta vendita sit: quia denuntiatio quidem domini emptorem, aut venditorem malæ fidei facit, *l.* 17. *si fundum, C. de rei vind.* non etiam denuntiatio non domini, veluti matris, *l.* 13. *si major, C. de rescind. vend.*

Ad §. 1. *Curator.*

§. 1. *Curator adolescentum prædia, communia sibi, et his, quorum curam administrabat, vendi-*

dit. Quæro, si decreto prætoris adolescentes in integrum restituti fuerint an eatenus venditio rescindenda, sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondi, eatenus rescindi, nisi si emptor a toto contractu velit discedi, quod partem empturus non esset. Item quæro, emptor utrum a Sejo, et Sempronio pupillis pretium cum usuris recipere deberet, an vero ab hærede curatoris? Respondi: hæredes quidem curatoris teneri, verum in Sejum, et Sempronium pro parte, qua eorum fundus fuit, actiones dandas: utique si ad eos accepta pecunia pro eadem parte pervenisset.

Altera species hujus legis est ejusmodi. Curator Seji, et Sempronii fratrum adolescentum fundum, quem communem cum eis habebat pro indiviso, vendidit, partim suo, partim adolescentum nomine, interposito decreto, ut oportet: et adolescentes causa cognita restituti sunt in integrum adversus venditionem a curatore factam. Quæritur, utrum venditio in totum rescindi debeat, an pro parte duntaxat, quam adolescentes in eo fundo habuerunt? Et ait, pro parte tantum adolescentum rescindendam venditionem esse: quoniam eatenus dumtaxat eorum interest venditionem factam non esse, et rescindi. Quod ita procedit, nisi emptor velit a toto contractu discedi, totumve contractum infirmari, eo quod ab initio non partem fundi, sed totum fundum emptum habere voluit. Audietur emptor, qui non erat empturus partem, si desiderat totum contractum infrigi. Et toto quidem contractu rescisso voluntate emptoris, partem pretii cum usuris medii temporis emptor repetet a curatore, vel hærede curatoris, cujus fundus pro parte fuit: partem vero ab adolescentibus, quos hic vocat pupillos, quasi nuper egressos pupillarem ætatem, per ἀναφορὰν, videlicet, si pars pretii ad adolescentes pervenerit, si ex ea parte locupletiores facti fuerunt, non aliter. Et hanc quoque partem emptor repetet ab adolescentibus cum usuris competentibus: sicut etiam restituit fundum cum fructibus medio tempore perceptis, *l.* 27. *patri*, §. *prædium*, *h. t. l. si prædium*, *C. de præd. minor.* Usuris pretii scilicet cum fructibus fundi compensatis pro modo concurrentis quantitatis, sive æstimationis: restitutio in integrum restituit non adolescentem tantum, sed etiam eum, qui cum adolescente negotium habuit: restituit omnia in pristinum statum, ac si nihil cum adolescente gestum esset. Omnis restitutio in integrum est reciproca.

Ad L. XLIII. De recept. et qui arbitr.

De rebus controversiisque omnibus compromissum in arbitrum a Lucio Titio et Mævio Sempronio factum est: sed errore quædam species in petitionem a Lucio Titio deductæ non sunt: nec arbiter de his quicquam pronuntiavit. Quæsitum est, an species omissæ peti possint? Respondit, peti posse, nec pœnam ex compromisso committi: quod si maligne hoc fecit, petere quidem potest, sed pœnæ subjungabitur.

Inter duos quosdam multæ erant et variæ controversiæ variis de rebus, et causis, multæ disputationes, et querelæ, quarum dirimendarum causa arbitrum elegerunt, qui de omnibus controversiis, et rebus arbitraretur, et pronuntiaret: et quod is pronuntiasset, id se observaturos recte caverunt, interposita pœnali constipulatione, et compromissione, si quis eorum non pareret arbitrio. Plenum hoc dicitur compromissum, quod fit de omnibus controversiis, ut *l.* 21. §. *plenum, sup. h. t.* πληρέστατον. At unus ex eis species quasdam controversiarum in petitionem non deduxit, cum de omnibus compromisisset generaliter, ac deinde etiam singulas controversias specialiter percensuissent, vel cum initio singulis controversiis enumeratis ita subjecissent: *de his omnibus, aut de aliis quibuscunque omnibus.* Pono, inquam, unum ex eis certas quasdam species quæstionum, et controversiarum omisisse, atque adeo etiam de his arbitrum non pronuntiasse, quæ apud eum propositæ non erant. Quæritur, an causarum omissarum, petitio in judicium ab eo deduci possit, qui eas omisit, aut etiam amisit? Et distinguendum: aut per errorem, et oblivionem eas omisit, et integra ei eorum petitio est: nec ex eis petitionem instituendo incidit in pœnam compromissi: quia omissæ species compromisso non continentur, licet generaliter compromiserit de omnibus rebus, et controversiis, quia de eis non cogitavit, quas per errorem omisit, *ut l.* 5. *sup. de transact.* aut maligne ut ait, et κακούργως, fraudulenter, κακοθελῶς, ut est in Basilic. sciens prudensque eas omisit, ne quid arbiter de his pronuntiaret, ne pronuntiatione arbitri comprehenderentur, qui tamen debet compromittendo de omnibus, et eas species specialiter commemorare. Et hoc quoque casu integra ei est petitio omissarum specierum, *il ne pert rien du bien.* sed compromissam pœnam dependere cogitur, si quæ omisit, petat per judicem: quia arbitrio non paruit, qui post arbitri sententiam id petiit quod generaliter deduxerat in compromissum.

Ad L. LXVII. De rei vindicat.

A tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxit, is pecuniam invenit. Quæritur, ad quem pertineat? Respondi, si non thesauri fuerunt, sed pecunia forte perdita, vel per errorem ab eo ad quem pertinebat, non ablata: nihilominus ejus eam esse, cujus fuerat.

Hujus legis quæstio est de thesauro invento in alieno prædio: ut si quis emerit, et acceperit a tutore pupilli domum pupillarem, quæ venditio valebat, quia domus est urbanum prædium: valebat, inquam, etiam sine decreto ante constitutionem Constantini Imperat. id est, ante leg. 22. *lex quæ tutoris, C. de admin. tut.* et faber, quem in ea domum induxit ejus reficiendæ causa, forte fortuna invenit thesaurum in ea domo: quæritur, cujus sit thesaurus, fabri, an pupilli, an emptoris? Et quia thesaurus nomen est ἀμφίβολον, ita distinguendum est: aut thesaurus (quæ propria est significatio) sic accipitur, ut sit vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, ut jam dominum non habeat, ut *l.* 51. *nunquam*, §. 1. *de acquir. rer. dom.* vel ut Virgil. ait. *ignotum argenti pondus, et auri.* Cassiod. depositiva pecunia, inquit, quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Et ejus quidem thesauri pars in ea specie cedit fabro, pars emptori, veluti domino domus, *l. un. C. de thesaur. lib.* 10. §. *thesaurus*, *Instit. de rer. divis.* aut thesaurus accipitur pro pecunia, cujus dominus est certus, non ignotus, ut *l.* 22. *item Labeo, famil. ercisc. et l.* 15. *thesaurus, ad exhibend.* Et hoc casu, vel significatu, ejus sane est pecunia, cujus fuit: et in hac specie pupilli quidem erit pecunia, quam faber invenit, pupilli, inquam, qui domum vendidit, si forte eam per tumultum hostilem a patre pupilli defossam fuisse, aut reconditam doceatur: vel emptoris erit tota quasi domini, si emptor ipse probet se eam defodisse: non fabri ulla ex parte, non pupilli, vel adolescentis: ut senex ille, qui fundum ab adolescente emerat, invento thesauro a servo adolescentis in eodem fundo, contendebat suum esse thesaurum, quod ipse eum defodisset, in Lucii comœdia inscripta Thesaurus, cujus mentio fit in prologo Eunuchi.

Ad L. ultim. De servitut. urban. præd.

Olympico habitationem, et hortum, quod in ea domo erat, quoad viveret, legavit: juxta eandem domum hortus, et cœnaculum, quod Olympico legatum non est, fuerunt: ad hortum autem, et cœnaculum semper per domum, cujus habitatio relicta erat, aditus fuit. Quæsitum est, an Olympicus aditum præstare deberet? Respondi, servitutem quidem non esse, sed hæredem transire per domum ad ea, quæ commemorata sunt, posse, dum non noceat legatario.

Ero brevis hodie. Nam explicabo tantum *l. ult. de servit. urb. prædior.* et *legis* 39. *familiæ erciscundæ* primum responsum, et secundum. Vereor ne breviores nos sæpe faciat conditio temporum, quæ nullius non boni consternat animum. Quotidie narrantur miserrima quæque. Mihi etiam strictum frigus, dum viget, sane inimicissimum est. In *l. ult. de servit. urb. præd.* duo proponuntur responsa, quorum prius pertinet ad hanc speciem. Quidam Lucio Titio, vel, ut ponit, Olympico domus certæ habitationem, et horrei domui conjuncti usum legavit, quoad viveret, quod etsi non adjecisset, intelligeretur. Habitatio enim, et usus finitur morte legatarii. Hortum autem, et cœnaculum, sive diætam, eidem domui adjacentem, non legavit, ad quem hortum scilicet, et cœnaculum per domum erat aditus. Quæritur, an Lucius Titius, cui domus habitatio legata est, et usus horrei, hæredi defuncti aditum præstare debeat ad hortum, et cœnaculum? Et ait, præstare debere, quoniam hæres sine aditu non potest uti horto et cœnaculo, *l. binas hoc t.* Sed præstare aditum debere, non quasi servitutem prædii, *l.* 1. §. 1. *si usufruct. præd.* Quia domus, et horreum in dominio hæredis est, cum non proprietas ejus legata sit, sed habitatio, et usus dumtaxat: et hortus quoque ac cœnaculum in dominio hæredis est. Nemini autem res sua servire potest, *l. in re communi, hoc t. l.* 5. *si ususfr. pet.* Non potest igitur domus servire horto, quoniam utrumque est in dominio hæredis, quoniam utriusque proprietarius hæres est. Verum hæredi per domum aditum esse præstandum, quasi servitutem personalem, quasi transitionem per viam, quasi transitum potius, quam iter: dum tamen in transitu hæres nihil legatario noceat. Sic in *l. pen. de servit. leg. et l. damnas esto*, §. *ult. de usufr. leg.* Jus transeundi jus est personæ, non prædii, transitus, non iter: iter est jus prædii, tam rustici quam urbani in *l.* 14. *comm. præd. l. servitutes*, §. 1. *de servit. urb. præd.*

Ad §. 1. *Lucius Titius.*

Lucius Titius, aperto pariete domus suæ, quatenus stillicidii rigor, et tignorum protectus competebat, januam in publico aperuit. Quæro, cum neque luminibus Publii Mævii vicini, neque itineri vicini officeret, neque stillicidium, ne vicini domo cadat; an aliquam actionem Publius Mævius vicinus ad prohibendum haberet? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, nullam habere.

Altera species hujus legis hæc est. Lucius Titius aperto pariete domus suæ, januam in publico aperuit, qua domo sua, cum vellet, exiret in publicum, idque fecit intra ambitum domus suæ, id est, quatenus stillicidii domus suæ rigor, et tecti projectio competebat. Rigor, id est, rectitudo, ut Aggen. Urbic. in libro de limitibus ait:

rigorem suæ rectitudinis nomen obtinere. Et ita quoque in antiquis inscriptionibus accipitur *rigor macerie*, pro rectitudine, et in *l.* 1. §. *quod autem, inf. ne quid in flum. publ. Rigorem cursus aquæ*, etiam Græci interpretes interpretantur, τὴν εὐθύτητα. Eo vero facto Lucius Titius vicinum nulla in re lædebat, neque enim vicino eripiebat lumen de cœlo, quod forte capiebat per collisionem, aut reflexionem quandam, non aperto pariete vicini, κατ' ἀντανάκλασιν, per refractionem luminis contra interpositi, ut ait *l. si arborem*, *h. t.* Neque officiebat etiam itineri vicini, neque stillicidium, ne vicini domo cadat. Sic habent Florentinæ Pand. recte, id est, neque efficiebat suo facto, quo minus stillicidium e vicini domo cassitaret, ut solebat. Cassitare est verbum proprium stillicidii, uti in *l.* 20. §. *si servitus stillicidii*, *h. t.* Denique ea res nihil officiebat vicino, et tamen vicinus prohibebat, aut prohibere tentabat, ne adversum se janua aperiretur. Et Scævola respondit, nullam vicinum habere actionem ad prohibendum Lucium Titium, ne januam in suo pariete aperiat e regione domus vicini, intermedia via publica, qua egrediatur in eam viam: quia vicini nihil interest, vicinove ea res nihil nocet. Sicut ex Harmenop. lib. 2. Epitomarum didicimus nullam vicinum habere actionem ad prohibendum, si quis ita ædificet in suo solo, ut conspectum habeat in ædes vicini, intermedia via publica: non esse indulgendum semper invidiæ vicinorum, nisi lædamur admodum. Et conspectui sui vicini vicinus facile occurrere potest, scilicet oppositis cancellis. Hæc est sententia hujus responsi. Neque assentior iis, qui januam in publico aperire, interpretantur foris domus extorsum aperire versus viam publicam: quod olim in Latio inusitatum erat: usitatum in Græcia, ut ex Plinio, et Asconio, et Dionisio Halic. intelligere licet. Non assentior, inquam huic interpretationi, quia janua, et foris non sunt idem, ut apud Græcos πύλη, et θύρα, eadem differentia, in Idiotismo inter *huis*, et *porte.* Nec moveor eo, quod Marcus Tullius ait 2. de natura Deorum, a Jano fores in liminibus profanarum ædium januas nominari: quia non dicit fores simpliciter, sed fores in liminibus. Potest esse janua sine fore, non foris sine janua. Et ostii denique variæ sunt partes, janua, foris, limen inferum, et superum, quod et superlimen dicitur, antelimen, et postes, quæ sunt latera ostii. Ex *l.* 39. *famil. ercis.* dabo breviter 1. responsum.

Ad L. XXXIX. Famil. erciscundæ.

Ex parte hæres institutus, causam de totis bonis, quam omnes hæredes patiebantur ob inultam mortem, suscepit, et obtinuit. Cohæres ab eo partem suam petebat, nec partem sumptuum factorum in litem præstare volebat. Quæsitum est, an doli exceptio noceret? Respondi, si idcirco amplius erogatum esset, quod ipsius quoque causa defensa esset, habendam rationem sumptuum. Sed et si omiserit doli exceptionem, agere potest de recipienda portione sumptuum.

Sciendum est, hæredi, qui non vindicat cædem defuncti fiscum hæreditatem auferre quasi indigno, vel conscio potius perpetratæ cædis, *l. necessarios*, §. 1. *ad Senatuscons. Syllan. l.* 9. *cum fratrem*, *C. de his*, *quib. ut indig.* Nunc finge: duo sunt hæredes occisi hominis: unus ex eis defendit causam totius hæreditatis, fisco vindicante hæreditatem quasi caducam ob inultam necem defuncti, et fiscum superat. Cohæres, victo fisco, partem hæreditatis petit judicio familiæ erciscundæ, nec partem sumptuum in eam litem factorum præstare vult. Quæritur, an repelli possit a petitione partis? Et ait, agentem eum judicio familiæ erciscundæ, et partem suam petentem nec offerentem sumptuum partem, repelli posse exceptione doli mali. Nam etsi omnibus judiciis bonæ fidei, quale est judicium familiæ erciscundæ, ipsius judicii potestate insit exceptio doli mali, *l. sed et si ideo, sol. matrim.* tamen ex abundanti opponi potest nominatim, ut *l. tres fratres, de pact. l.* 5. *C. de exception.* Quin etiam omissa exceptione doli mali, nec eorum sumptuum habita ratione in judicio familiæ erciscundæ, teneri eum pro sua parte actione negotiorum gestorum: quia propter partem ejus amplius impendit, qui defensionem totius hæreditatis suscepit, quam nec suscipere pro parte potuit: quia defensionis indivisa causa est, *l.* 4. §. *ult. de verb. oblig.*

Ad eandem L.

Explicabo accuratius: quod proponitur initio *l.* 39. *famil. ercisc.* ut ex eo, quod dixi nudius tertius, immutem aliquid. Unus ex duobus hæredibus hominis ab aliquo interfecti, defendit causam totius hæreditatis, fisco vindicante hæreditatem totam, quasi caducam ob inultam cædem defuncti, et ita defendit causam totius hæreditatis, totorum bonorum adversus fiscum, ut fiscum superaret: forte quia probavit se, cohæredemque suum in requirendis, et persequendis auctoribus, omnem diligentiam adhibuisse, nec eos reperire potuisse, ut *l.* 7. *C. de his, quib. ut indig.* Quo probato fiscus absque dubio excluditur. Cohæres autem ejus ab eo partem hæreditatis petit judicio familiæ erciscundæ, nec partem sumptuum in eam litem factorum præstare vult. Et Scævola ait

agentem eum familiæ erciscundæ, nec offerentem sumptuum partem, repelli posse exceptione doli mali, vel officio judicis scilicet, vel opposita nominatim exceptione doli mali: nam etsi judicio bonæ fidei satis per se insit exceptio doli mali, tamen ex abundanti opponi potest. Quin etiam in hac specie, omissa exceptione doli mali, nec eorum sumptuum habita ratione in judicio familiæ erciscundæ, ait; ex hac causa teneri cohæredem cohæredi, qui totam hæreditatem defendit sumptuum nomine pro parte hæreditaria, et teneri repetito judicio familiæ erciscundæ, non negotiorum gestorum, ut plerique dicunt, utque excidit mihi nudius tertius. Judicium familiæ erciscundæ repeti et iterari potest causa cognita, *l.* 20. *si filia*, §. *familiæ, h. t.* Causa cognita, ut in hac specie, personalis præstationis, quæ omissa priori judicio est, sumptuum nomine consequendæ gratia: sic Græci interpretantur. Et res ita procedit omnino, ut Scævola ait, si propter partem cohæredis, is, qui litem subiit, amplius impendit: is, inquam, qui defensionem totius hæreditatis suscepit, quam nec suscipere pro parte sua tantum potuit: quia defensionis causa indivisa est. Et ad hæc recte Græci hoc loco, εἰ ἀμελήσῃ τῆς παραγραφῆς καὶ ἐνάγειν δύναται *si omiserit exceptionem doli mali, etiam agere potest.* Et ideo non est mirum, si detur ei exceptio. Nam cui damus actionem, et exceptionem multo magis, *l.* 15. *de reg. jur.*

Ad §. 1. *Intestato.*

§. 1. *Intestato moriens codicillis prædia sua omnia, et patrimonium inter liberos divisit, ita ut longe amplius filio, quam filiæ relinqueret. Quæsitum est, an soror fratri dotem conferre deberet? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, si nihil indivisum reliquisset, rectius dici, ex voluntate defuncti collationem dotis cessare.*

Venio ad secundum. Sciendum est, filio et filia, quam nuptum collocavit pater, dote pro ea genero data, vel promissa, patri succedentibus ab intestato, debere filiam in commune conferre, et bonis paternis confundere dotem, quam a patre accepit. Dote data, tantum scilicet remittendo in bonis paternis, quantum ex dote ejus frater habere debet, ut *l.* 5. *C. de collat. C' est a dire rapporter en monis prenant de l'heritage en commun*, manente scilicet matrimonio, vel soluto morte viri: Divortio autem soluto matrimonio, tantum conferendo; quantum a viro consequi potest, qui in id tantum tenetur uxori, quod facere potest, *l.* 1. §. *cum dos, de collat. dot.* Dote autem promissa a patre, filia confert eam fratri, onus integrum dotis marito dandæ in se recipiendo, et de indemnitate cavendo fratri, *l. pen. de collat. dot. l.* 2. *C. de collat.* Et hæc quidem ita procedunt, nisi alia fuerit voluntas defuncti patris intestati scilicet, ne filia dotis collatione fungeretur: quæ voluntas vel fuerit expressa, vel præsumatur ex justa conjectura, ut in specie hujus §. 1. si pater codicillis factis ab intestato, prædia sua omnia, et patrimonium omne diviserit inter filium et filiam, ita ut longe amplius habeat filius, quam filia. Hoc enim casu non videtur pater, qui minus filiæ reliquit, etiam voluisse ut ipsa dotem conferret filio: hoc, si pater, ut proponit, nihil indivisum reliquerit. Nam si quid indivisum reliquerit, filia, si velit venire in partem ejus, quod pater indivisum reliquit, dotem conferre debet. Ceterorum bonorum divisionem conservabit arbiter familiæ erciscundæ. Posui patrem intestatum obiisse. Nam patre testato, et liberis hæredibus institutis, hoc jure non est collationi locus, quod obtinuit ante *Nov. Justin.* 18. *l.* 1. *et* 7. *C. de collat. l. ult. C. comm. utri. jud.* eadem certe ratione, quia testamento bona sua omnia pater inter liberos divisit.

Ad §. 2. *Servo.*

§. 2. *Servo libertatem dedit, qui erat annorum quindecim, cum erit annorum triginta: eidem ex die mortis suæ quoad viveret, cibariorum nomine denarios denos, vestiarii denarios viginti quinque præstari se velle significavit. Quæsitum est, an utile esset cibariorum, et vestiariorum legatum, cum Stichus ante libertatis tempus decesserit, et an, si non est utile hæres qui præstiterat, a cohærede repetere possit, apud quem moratur? Respondi, non quidem debita fuisse, sed si id, quod datum est in alimenta consumptum sit, repeti non posse.*

Tertium responsum est in §. *servo.* Quidam testamento suo duobus hæredibus institutis, servum suum, qui erat annorum 15. ut *l. Aristo*, *de manumis. test.* et aliis quibusdam locis. Idque tempus annorum 30. præscripsit, ut ad civitatem Romanam servus perveniret: quoniam ante 30. annum testamento manumissus Latinus fiebat, non Romanus civis, ut Theophil. noster docet in *tit. de libertin.* Eidem servo ex die mortis suæ cibaria quot mensibus certe quantitatis, et vestiaria quotannis, ut *l. servos, de aliment. leg.* 1. *C. de fideicom.* ab uno ex hæredibus præstari jussit: et mortuus est servus, antequam ei obtigerit libertas, id est, ante 30. annum. Quæritur an utile fuerit cibariorum, et vestiariorum legatum: et an

cibaria, et vestiaria, quæ hæres interim ei præstitit, eo mortuo ante libertatis tempus, repeti possint a cohærede, apud quem servus ille morabatur, an repeti possint judicio familiæ erciscundæ? Causa dubitandi magna est: quia servo proprio inutiliter legatur sine libertate, *l. plane, §. si conjunctim, de legat.* 1. *l.* 11. *de legat.* 2. *l.* 30. *§. cum testamento, de legat.* 3. *l.* 4. *C. eod. tit.* Plinius 4. epistol. *non deberi legatum, quia servo suo dederit.* Et vero respondit Scævola, summo jure legatum alimentorum servo proprio relictum non deberi, sed repeti tamen alimenta, quæ præstita et consumpta sunt, non posse, quia etsi jure civili non debeantur alimenta servo suo proprio relicta, debentur tamen jure naturali: et hæres quoque, a quo relicta sunt, extraordinario jure officio judicis, ut ea præstet, compelli potest, *l. servus, de ann. legat. l. servus, de aliment. leg. l. servo alieno, §.* 1. *de legat.* 1. Ait, *si id, quod datum est in alimenta, consumptum sit.* Nam quod extat repeti potest, non etiam quod jam consumptum est, vel detritum, ut vestimentum. Et ait, *in alimenta*, quoniam alimenta quodammodo legasse videtur, qui non tantum cibaria, sed etiam vestiaria legavit: cum alimentorum nomine præter vestiaria etiam contineantur habitatio, et cibaria, *l.* 6. *et l. diariis, de aliment. legat.* Cibariorum autem nomine, vel etiam diariorum continentur tantum διατροφαὶ, *ce qui est pour la nourriture du corps*, non habitatio, non vestiarium, non calciarium. Et ideo in specie hujus §. non satis habuit testator legare cibaria, sed cibariis etiam adjecit vestiaria.

Ad §. 3. Filius.

§. 3. *Filius Reipubl. debita, quæ post mortem patris contraxit, fratri suo pro parte hæreditaria reputare non potest, si non in omnibus socii essent: licet hæreditatem paternam communem haberent: et pater pro altero filio in patria magistratu functus decessit.*

Qui duos filios habebat, si ambos hæredes instituerit, et unus ex eis vivo, et volente patre, decurio civitatis factus, civilia munera gesserit, vel pater ipse pro filio: patre defuncto, potest decurio judicio familiæ erciscundæ fratri pro parte hæreditaria reputare quod et ex causa gesti muneris publici ipse, et pater Reipublicæ obligati fuerunt: ut si quid reliquati fuerint, non etiam, quod post mortem patris decurio Reipublicæ debere cœpit, puta suscepto aliquo munere civili, in quo traxerit reliqua quædam: quia id debitum hæredes numquam tenuit, non fuit hæreditarium, cum cœperit post mortem patris: et hæreditatis tantum ex testamento post mortem patris fratres in se socii sunt, non omnium bonorum. Hæreditas paterna inter eos est communis: sed non ideo omnia bona erunt inter eos communia. Si essent socii omnium bonorum ex conventione, hoc sane casu non tantum emolumenta, sed etiam damna omnia inter eos communia essent. Et hoc confirmatur aperte in *l. Lucius, §. idem respondit hæredes, ad municip. et l.* 15. *et si filium, de muner. et honorib.*

Ad §. 4. Duos filios.

§. 4. *Duos filios scripsit hæredes, et certos homines unicuique eorum prælegavit, in quibus uni Stephanum cum peculio: is vivo testatore manumissus decessit, deinde pater. Quæsitum est, an id, quod in peculio habuit Stephanus priusquam manumitteretur, ad utrosque filios pertineat, an vero ad eum solum, cui cum peculio prælegatus fuerat? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, ad utrosque.*

Sequitur penultimum responsum hujus legis 39. cujus species hæc est. Pater duos, quos habebat filios hæredes scripsit, et uni eorum prælegavit Stephanum servum suum cum peculio (Stephanus servile nomen est) quem tamen Stephanum postea vivus vindicta manumisit apud prætorem. Quæritur, Stephano mortuo, patrono superstite relicto, peculium ejus, utrum ad eum hæredem pertineat, cui is Stephanus prælegatus est cum peculio, an ad utrumque fratrem, et hæredem patris? Et respondet, ad utrumque peculium pertinere, atque adeo venire id peculium in judicium familiæ erciscundæ, quia ut Stephani, ita et peculii Stephano competentis legatum, imo et peculii ipsum nomen, manumisso eo inter vivos, et mortuo ante mortem testatoris, prorsus extinguitur: ita ut legatum peculii consistere non possit in persona ejus, cui servus cum peculio prælegatus est. Peculium accessio fuit Stephani, Stephanus res principalis, et principali re perempta, aut principalis rei legato perempto, quod in hac specie contigit, Stephano manumisso inter vivos, etiam accessionem perimi consequens est, *l.* 1. *et* 2 *et* 12. *de pecul. leg.* 2. *de penu. leg.*

Ad §. 5. Pater.

§. 5. *Pater in filios divisit bona, et eam divisionem testamento confirmavit: et cavit, ut æs alienum, quod unusquisque eorum habet, sive habebit, solus sustineret. Postea unus ex filiis cum pecuniam mutuaretur, intervenit pater, ejusque consensu prædia, quæ filio adsignaverat,*

pignori data sunt : post mortem patris eadem prædia idem filius possedit , usuras solvit : Quæro , an familiæ erciscundæ judicio , si prædia pignori data distrahat creditor , aliquid ei a cohærede præstandum sit ? Respondit , secundum ea , quæ proponerentur , non esse præstandum.

Præmittendum est , duobus filiis a patre hæredibus institutis, quorum uterque peculium habuerat , debita peculiaria utriusque pro quantitate peculii cujusque de ære communi , et de communi pecunia hæreditaria dissolvenda esse , *l.* 18. §. *si filiusfamil. l.* 20. §. *si filiusfamil. hoc t.* At finge : Pater iu filios suos bonorum suorum divisionem fecit , adsignatis cuique certis prædiis inter vivos, eamque divisionem testamento confirmavit: ac præterea adjecit, ut eorum quisque æs alienum, quod habet, vel habiturus quandoque fuerit , solus sustineret, id est, ut quod quisque ex causa peculii debitum contraxit , contraheretve, id de sua portione solveret , non de omnibus bonis , quæ patris , cum is moreretur, fuerint: quam defuncti voluntatem utique sine dubio sequetur, et servabit arbiter familiæ erciscundæ. At si post testamentum factum , vivens adhuc pater , uno ex filiis pecuniam mutuam accipiente, intervenerit pro filio , consentiendo, ut prædia filio adsignata creditori hypothecæ darentur: quæritur , an ad luenda ea prædia quidquam pro sua parte alter filius fratri conferre debeat judicio familiæ erciscundæ ? Causa dubitandi hæc est , quia pater consentiendo, ipse pignoris obligationem contraxisse videtur : et transisse ea igitur obligatio in utrumque hæredem. Verum Scævola respondet, nihil fratrem fratri in hanc rem de sua parte debere conferre : et onus hoc totum incumbere filio, qui æs alienum principaliter contraxit , quique , ut proponebatur, ejus usuras post mortem patris creditori solvit, et prædia hypothecæ obligata possedit solus: quia dum voluit pater æs alienum suum quemque de suo dissolvere, voluit etiam, ut quisque de suo pignus in eam causam oppositum lueret in solidum. Si pater ipse contraxisset æs alienum , et pignori prædia opposuisset , quæ uni ex filiis in divisione bonorum adsignavit , hoc sane casu luendum esset pignus de omnibus bonis, sive de pecunia communi , ut *l.* 28. *et* 53. *sup. hoc t.* At in hac specie non pater, sed filius ipse æs alienum contraxit principaliter , cujus causam, et pignoris accessionem sequi convenit.

Ad L. pen. Comm. divid.

Communi dividundo judicio recte agi, sive neuter possideat , sive alter sociorum fundum non possideat.

Judicio communi dividundo agi posse, non tantum si uterque socius rem communem possideat pro indiviso , sed etsi alter tantum : vel etiamsi neuter eorum eam rem possideat. Quod et in judicio familiæ erciscundæ locum habet. Cedo rationem , an quia utraque actio est mixta, tam in rem, quam in personam ? qua ratione utitur Accursius. Atque adeo non ex possessione tantum est utraque, sed etiam ex obligatione personali. Imo etiam, quia res , quam neuter sociorum possidet , dividi intellectu, vel uni adjudicari in solidum potest: sicut res , quæ est apud hostes , de qua et communi dividundo , et familiæ erciscundæ agi potest inter socios et cohæredes , ut *l. item Labeo,* §. *ult. famil. ercisc.* quia recuperari ea res quandoque potest.

Ad L. XXVI. De constituta pecunia.

Quidam ad creditorem litteras ejusmodi fecit. decem , quæ Lucius Titius ex arca tua mutua acceperat , salva ratione usurarum , habes penes me domine. Respondit , secundum ea , quæ proponerentur actione de constituta pecunia eum teneri.

Si quis ei , cui Lucius Titius debebat decem ex causa mutui sub usuris certis , epistolam miserit in hæc verba : *Decem , quæ ex arca tua Lucio Titio credidisti, salva ratione usurarum, penes me habes :* non intelligitur esse innovata principalis obligatio, cum stipulatio nulla intervenerit , sed is , qui hanc epistolam scripsit creditori , habetur pro reo constitutæ pecuniæ , et pro accessione igitur. Principalis autem obligatio consistit in persona Lucii Titii. Constitutum non novat principalem obligationem , *l.* 18. *item, l.* 28. *ubi , hoc t. l.* 3. §. *in eum , de admin. rer. ad civit. pert. l. si filiusfamilias* 15. *de in rem verso.* Constitutum autem in hac specie, constitutave pecunia intelligitur verbis illis , *decem , quæ ille tibi dedit , penes me habes.* Vulgo ita constituitur , sive contrahitur constitutum: *promitto , aut caveo , me pro illo tibi soluturum decem.* Qui hoc scripsit , non est expromissor , *il ne se constitue pas principal debiteur,* sed est accessor, id est , reus constitutæ pecuniæ: atque ideo juxta Novell. Justiniani, si præsens sit debitor principalis , excutiendus est prius, quam veniatur ad eum , qui constituit se soluturum pro debitore. Nihil est certius. Tenetur autem reus constitutæ pecuniæ , sive accessor in hac specie, et in sortem et in usuras : quia dixit, *salva ratione usurarum*, id est , ut Basilic. interpretantur recte, μετὰ τῶν τόκων , id est , *cum usuris : decem penes me esse cum usuris* , debitis , scilicet , a Lucio Titio. Nec obstat *l. Titius* 24. *inf. h. t.*

quia, ut ibi proponitur, tutor, qui constituit se soluturum pro pupillis suis, quamvis et in usuras se obligaverit nominatim, tamen in sortem duntaxat tenetur: quoniam nullæ a pupillis usuræ creditori debeantur: et accessio plus debere non potest, quam reus principalis, sive sit fidejussor, sive reus constitutæ pecuniæ, *l.* 11. *hactenus*, §. *ult. hoc tit.* §. *fidejussores*, *Instit. de fidejussor.*

Ad L. VII. Quod cum eo, qui in alien. potest.

Pater filio permisit mutuam pecuniam accipere: et per epistolam creditori mandavit, ut ei crederet: filius ex minima parte patri hæres extitit. Respondit, esse in potestate creditoris, utrum filium, cui credidisset, in solidum, an hæredes, pro qua parte quisque successisset, mallet convenire: sed filius condemnatur, in quantum facere potest.

Si jussu patris filiofamil. credita sit pecunia, et postea moriente patre, filius ex minima parte testamento patris hæres institutus inveniatur, creditor duos habet debitores in solidum, patrem actione quod jussu: et consequenter patris hæredes pro hæreditariis portionibus ex 12. tabulis, quæ nomina defuncti diviserunt in portiones hæreditarias inter cohæredes: filium æque in solidum obligatum habet actione creditæ pecuniæ, actione si certum petatur. Sed quia is filius ex minima parte patri hæres extitit, in id tantum condemnatur, quod facere potest causa cognita. Convenitur in solidum: sed causa cognita condemnatur tantum in id, quod facere potest ex edicto prætoris, *l.* 2. *in fin. hoc t.* neque enim novus paterfamilias urgendus est ad solidi præstationem: et hic est novus paterfam. nimirum factus sui juris morte patris, et ex bonis patris modica tantum portione sublata.

Ad L. LIV. de Peculio.

Filiofamilias uni ex hæredibus prædia prælegavit ut instructa erant, cum servis. Hi servi domini debitores fuerunt. Quæsitum est, an ceteris hæredibus adversus eum actio de peculio competat? Respondit, non competere.

Incipiam a *l.* 54. *de pecul.* cujus legis responsum etiam ex lib. 5. Digestorum ejusdem Scævolæ proponitur in *l. ult. hoc ipso tit.* sed aliquanto latius: ut jam monui initio hujus libri, latiora responsa referri in Digestis, quam in responsis Scævolæ. Pater filiumfamilias suum hæredem scripsit ex parte, adjectis aliis cohæredibus: eidemque filio prælegavit prædia, quæ in dividenda hæreditate præciperet præcipuasve haberet: prædia, inquam, ut instructa erant, cum servis, et ceteris rebus, et quidquid ibi esset. Servi, qui ibi erant, ex ratione Calendarii a se administrata nomine domini, et ex aliis causis testatori domino suo debebant certam pecuniam. Quæritur, an cohæredes filii, ab eo, pro suis partibus, pecuniam, quam servi illi defuncto debuerunt, petere possint actione de peculio, quasi a domino servorum in solidum jure prælegati? Et respondet Scævola, ceteris hæredibus adversus filium non competere pecuniæ ab his servis debitæ actionem de peculio. Rationem nullam adjicit. *Jurisconsultorum*, ut Seneca ait 14. *epistol. responsa valent, etiamsi ratio non reddatur.* Piget eos sæpe reddere rationem, maxime si facile animo comprehendi possit: ratio tamen hæc est: quia in novum servi dominum, ex eo quod prior dominus cum servo contraxit, antequam dominium servi mutaretur, priori domino non est actio de peculio, *l.* 27. *et ancillarum*, §. *sed ipsi*, et §. *sicut*, *sup. h. t.* Et nihil refert, venditione an legato dominium mutatum sit, ut *l. quotiens*, §. *ult. h. t.* Ergo nec hæredibus prioris domini actio de peculio ex eadem causa competere potest in novum dominum, ne plus juris habeant hæredes, quam defunctus.

Ad L. pen. de in rem verso.

Pater pro filia dotem promisit, et convenit, ut ipse filiam aleret: non præstante patre, filia a viro mutuam pecuniam accepit, et mortua est in matrimonio. Respondi: si ad ea, id quod creditum est, erogatum esset, sine quibus aut se tueri, aut servos paternos exhibere non posset, dandam de in rem verso utilem actionem.

§. 1. *Servus absentis Reipubl. causa, pupilli servis pecuniam credidit, subscribente tutore, stipulatione in personam tutoris translata: quæsitum est, an adversus pupillum competat actio? Respondit: si cum in rem pupilli daretur, id in rem ejus versum est, et quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spopondit, posse nihilominus dici, de in rem verso cum pupillo actionem fore.*

In qua sunt duo Scævolæ responsa ex hoc libro. Et eorum quidem prius responsum repetitur, et latius exponitur ex 5. Digestorum in *l. ult. hoc. tit.* Et est species hujusmodi. Pater pro filiafamilias dotem promisit, vel dixit: et convenit inter patrem, et filiam, et generum, ut pater interim, quoad dotem promissam solveret, filiam tueretur, exhiberet, et aleret, eique præstaret salarium certum quotannis: salarium, id est, σιτηρέσιον: dictum quasi, quod inde se quisque alat: vel etiam, ut ipsa se aleret ex bonis paraphernis, id est quæ haberet, et compararet extra dotem, quæ et ἐξώπροικα di-

cuntur. Et patre quidem non præbente alimenta, ipsa mulier partim a viro pecuniam mutuam accepit, partim cum ei maritus rei suæ familiaris administrationem commisisset, inscio marito (quod mulieribus amicum et familiare est) pecuniam sumpsit ex arca mariti, qua se et servos aleret paternos, ut ait, sive ancillas, quos, quasve ei pater dederat. Post deinde filia in matrimonio vita decessit superstite patre, antequam pater salarium, quod filiæ dare instituerat, explesset, sive ministrasset. Quæritur, an maritus cum socero agere possit, ut eam pecuniam recipiat? Et respondit, in socerum esse actionem de in rem verso, si eam pecuniam mulier in alimenta consumpsit, quæ pater filiæ præstare debuit: quamobrem in rem patris eam pecuniam consumpsit. Et utilem quidem eam esse actionem ait, idest, efficacem: non opponit utilem directæ, sed inutili et inefficaci, ut sæpissime in jure nostro. Et hoc confirmat recte etiam *l.* 3. §. *proinde, si servus, et lex* 19. *filiusfamilias*, illo loco, *atqui si filio*, *h. t. et l.* 7. §. *quod dicitur, ad Macedon.* Quæ loquitur de filiofamilias, qui pecuniam mutuam accepit studiorum causa, aut viatici causa, cum peregre ageret studiorum causa, quæ pecunia, quia eam pater filio præstare debuit ex officio pietatis, videtur versa in rem patris: et pater creditori consequenter tenetur actione de in rem verso, ut pecuniam ab eo recipiat, quam filius sumpsit mutuam, et absumpsit studiorum causa. Ad hæc, si quæratur, an etiam eo nomine maritus retentionem habeat paraphernorum mulieris? Equidem dieam incunctanter, et aliter quam Accursius, quod miror, habere retentionem τῶν παραφερνῶν: quia juxta regulam juris, cui datur actio, ei multo magis danda exceptio, sive retentio est. Ac præterea certum est, creditorem habere retentionem rei ad debitorem pertinentis, si quocunque casu ad eum ea res pervenerit, donec pecunia debita solvatur, etiamsi non sit ei pignori nexa, *l.* 26. *si non sortem,* §. *si centum, cond. indeb.*

Altera species talis est: servus actor rerum domini absentis Reipublicæ causa, sive dispensator, servis etiam actoribus pupilli cujusdam pecuniam credidit, tutore pupilli subscribente et adpromittente, se eam pecuniam redditurum, quo magis actus servorum pupilli confirmaretur, quo magis pecunia eis crederetur, qui est finis dandorum fidejussorum, vel dandarum aliarum accessionum ad principalem obligationem. Sane hoc casu in tutorem est actio ex stipulatu: an et in pupillum est actio creditæ pecuniæ de in rem verso? et ait, esse de in rem verso si pecunia in rem pupilli credita, et in rem quoque ejus versa sit, *l.* 3. *C. quando ex fact. tut. l.* 2. *de curat. furt.* Tutor est accessio, non expromissor. Subscriptor est adpromissor, non expromissor. Per expromissorem notatur obligatio, non per adpromissorem, vel fidejussorem, vel reum constitutæ pecuniæ. Reus autem principalis in hac specie est pupillus, maxime, si pecunia in rem ejus versa sit, non aliter.

Ad L. XXVIII. Ad Senatusc. Vellejan.

Seja municipia emit, et mutuam pecuniam accepit sub fidejussore marito, eamque solvit venditori. Postea maritus decedens non solvendo, in fraudem creditoris cavit testamento, se eam pecuniam universam debere. Quæritur, an intercessisse mulier videretur? Respondit, secundum ea, quæ proponuntur, non intercessisse.

§. 1. *Fundum uxoris suæ maritus obligavit Sempronio ob conductionem: mox mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam sub obligatione ejusdem fundi, solvit statim Sempronio pro marito suo. Quæsitum est, an adversus Senatusconsultum obligata sit? Respondi, si Numerius scisset eam intercedere, fore Senatusconsulto, de quo quæretur, locum.*

In hac lege duo Scævolæ responsa proponuntur, et priori quidem, quia intercessiones mulierum Senatusconsultum Vellejanum rescindit in totum, ut si mulier fidejusserit pro alio, relevatur ex Senatusconsulto Vellejano: item, si constituerit se soluturam pro alio: item si rem suam pro alio pignori obligaverit: ideo quæritur, an intercessisse videatur mulier pro marito, quod est, an sit locus Senatusconsulto Vellejano, quæ pecuniam, quam ipsa suo nomine debuit venditori servi, mutuam accepit ab aliquo, fidejussore marito, et venditori solvit, si maritus, qui non erat solvendo, testamento caverit falso, non vere, in fraudem creditorum suorum, se universam eam pecuniam debuisse, aut debere, quam in rem suam mulier sumpserat mutuam, et mulierem pro se fidejussisse? Et Scævola respondit, nihil proponi, quo videatur mulier intercessisse pro marito: quia non potest excogitata a marito fraus effecisse, ut fidejussisse videatur, quæ re vera non fidejussit, vel, ut non videatur ipsa principaliter suo nomine contraxisse obligationem, quæ re vera principaliter eam contraxit. Cautio illa, sive testimonium mariti nihil est, cum et falsum sit, et structum in fraudem creditorum. Ratio est aperta.

Posterior quæstio hæc est: Maritus fundum uxoris pignori obligavit Sempronio ex causa locationis conductionis pro mercede, sive pretio, sive pensione, mox mulier acceptam a fœneratore pecuniam mutuam sub pignore ejusdem fundi pro marito solvit Sempronio locatori, atque ita maritum et fun-

dum suum liberavit. Quæritur, an quasi intercesserit pro marito, locus sit Senatusconsulto Vellejano, aut, ut novissime constitutum est, an ipso jure nulla sit intercessio? Et respondet, locum non esse Senatusconsulto Vellejano, aliter quam si scierit fœnerator, mulierem fide sua mutuari pecuniam mariti liberandi causa, ut *l.* 11. *et* 12. *hoc t.* Objicies statim *l.* 13. *C. eod. t.* qua etiamsi sciverit fœnerator causam contractus, negat Senatusconsulto locum esse: quia, ut breviter respondeam, in specie *d. l.* 13. ipsa mulier principaliter contraxit obligationem, non intercedendi, sed magis donandi animo, et mutuatitiæ pecuniæ convertendæ in usum mariti. In specie quoque hujus responsi mulier principaliter contraxit obligationem suo nomine, sed ab initio animum habuit intercedendi pro marito, id est, suscipiendæ obligationis, qua maritus Sempronio tenebatur obstrictus ob conductionem cujusdam prædii. Locus vero Senatusconsulto foret absque dubio, si maritus tantum pignori obligasset fundum mulieris, etiamsi eum obligasset ea consentiente, alioqui nullum esset pignus, si modo creditor non ignorasset fundum mulieris esse proprium, ut in *l.* 5. *et* 7. *C. eod. t.*

Ad L. XXVIII. Depositi.

Quintus Cæcilius Candidus ad Paccium Rogatianum epistolam scripsit in verba infra scripta Cæcilius Candidus Paccio Rogatiano suo salutem. Vigintiquinque nummorum, quos apud me esse voluisti, notum tibi ita hac epistola facio, ad ratiunculam meam ea pervenisse, quibus ut primum prospiciam, ne vacua tibi sint, id est, ut usuras eorum accipias, curæ habebo. Quæsitum est, an ex ea epistola etiam usuræ peti possunt? Respondi deberi ex bonæ fidei judicio usuras: sive percepit, sive pecunia in re sua usus est.

Sequitur ut exponamus *leg.* 28. depos. Is, cui viginti quinque nummorum summam forte a servo actore rerum mearum dari jusseram, ut eam summam apud se haberet in causam depositi, et servaret mihi, per epistolam mihi significavit, eam pecuniam ad ratiunculam suam pervenisse, id est rationibus suis se eam pecuniam tulisse acceptam. Et ratiunculam dixit ut Plautus, *Subduxi ratiunculam, quantum æris mihi sit, quantumque alieni fiet.* Et alio loco: *Ibo intro, et intus subducam ratiunculam.* Adjecit in eadem epistola depositarius ille, sibi curæ fore, ne vacui, ne otiosi et steriles apud se hi nummi sint: id est, se curæ habiturum, ut ejus pecuniæ depositor usuras ferat. Quæritur, an ex ea epistola pecuniæ depositæ usuræ peti possint actione depositi? Et ait, si eam pecuniam depositarius fœnori occupaverit, et ex ea usuras perceperit, vel si eam pecuniam in usus suos converterit, ut in ceteris bonæ fidei judiciis receptum est, his casibus usuras pecuniæ depositæ deberi, ut *l. idemque* 10. §. *si procurator*, *l. seq. l.* 1. §. 1 *de usur. l.* 60. *socium, pro soc.* Quod et verba illa epistolæ innuunt: *Curæ habebo, ut primum prospiciam, ne vacui nummi tibi sint,* id est, ἄτοκοι, ut in *l.* 24. *Titius de prescript. verb.* Et citra epistolam certum est ex bonæ fidei judicio his duobus casibus, etiamsi mora nulla intervenerit (nam et ex mora usuras deberi constat) usuras deberi, quæ scilicet intra modum legitimum in regionibus frequentantur, in quibus negotium geritur, usuras usitatas et civiles.

Ad L. LX. Mandati.

Creditor mandatorem convenit: is condemnatus, provocavit. Quærendum est, an manente appellatione debitor a creditore conveniri potest? Respondi posse.

Sequuntur multa alia responsa ejusdem auctoris in *l.* 60. *mand.* Ac primum sciendum est, hoc jure in arbitrio creditoris esse, quo cum agat prius cum debitore principali, an cum fidejussore, vel mandatore, cujus scilicet mandatu alii pecuniam credidit. Hodie ex *Novel. Justin.* prius excutiendus est reus principalis, si præsens sit, vel si absens sit, accessioni, id est, fidejussori, vel mandatori, reo constitutæ pecuniæ, a judice dari debet certum tempus ad evocandum absentem reum principalem. At hoc jure, quod obtinuit ante Justinian. in arbitrio creditoris est, quem velit prius convenire, quin et potest cum utroque agere in solidum, vel etiam actione divisa in partes: puta partem debiti petere a reo principali, partem a mandatore, vel fidejussore, *l.* 3. §. *ult. et l.* 11. *de duob. reis, l.* 1. *C. de fidejussor. tut. l.* 23. *reos, C. de fidejussor.* Quod obtinet etiam in duobus reis debendi, ut scilicet creditor cum uno possit agere in solidum, dimisso altero, cum singulis simul in partem. Imo et creditor variare potest, puta electo reo principali, mox transire ad mandatorem, *l.* 56. *qui mutuam, hoc t.* Omnis est honesta ratio sui consequendi, nec inhonesta variatio, cum de rei suæ periculo agitur, *d. l. qui mutuam.* Vel etiam, ut proponitur initio hujus legis, electo, verbi gratia, et condemnato mandatore, si mandator appellaverit, pendente appellatione, creditor debitorem principalem convenire potest. Cui tamen sententiæ opponitur quod dicitur in *l.* 47. *quotiens*, §. *si creditor de pecul.* Vendito servo non posse creditorem peculiarem statim ab initio dividere actionem de peculio, agendo simul cum

venditore et emptore in partes. Cur tamen licet creditori dividere actionem inter duos reos debendi, vel inter reum principalem et mandatorem vel fidejussorem? Dicere possis non ineleganter, dividere quidem aliam quamcumque actionem, etiam ab initio statim creditorem posse inter duos reos debendi, vel inter reum et fidejussorem, *d. l.* 3. § *ult. l.* 11. *de duob. reis.* Sed alio jure nos uti, ut ait *d.* §. *si creditor*, in actione de peculio, quam ab initio statim creditor peculiaris non potest scindere inter venditorem et emptorem servi: quoniam ut ait idem §. *si creditor*, satis est, hoc solum ei tribui, ut si ab uno, quo cum prius egit de peculio a venditore scilicet, vel ab emptore servi, partem tantum exigere et exprimere potuerit, tum ab altero reliquam partem petat, ut *l.* 30. *quæsitum*, §. *pen. eod. t.* non ut simul eodem tempore cum utroque agat. Et quod ait *l.* 27. *et ancillarum*, §. *illud. eod.* omnino permittendum creditoribus peculiariis in partes cum singulis agere, cum venditore vel emptore: quod item ait *l.* 37. *si creditor*, §. *servum*, *in fin. eod.* permittendum esse creditori peculiario et cum venditore, et cum emptore de peculio agere: ita sane accipiendum non est, ut simul cum utroque agere permittatur, sed ordine excusso uno prius, deinde altero. Et separandi venditoris, emptorisque servi peculiarii a duobus reis debendi, et a principali debitore ac fidejussore summa ratio est: quia ex venditore et emptore servi non possis dicere, unum esse fidejussorem, alterum reum principalem de peculio. Non potest etiam dici, venditorem et emptorem servi duos esse reos debendi, cum eodem tempore simul non inciderint in obligationem. Et ita respondendum est ad *d.* §. *si creditor*, quod explicatu pervium non erat admodum.

Ad §. 1. *Ad eum.*

§. 1. *Ad eum, qui uxorem ducturus erat, litteras fecit tales: Titius Sejo salutem. Semproniam pertinere ad animum meum cognovisti, ideoque cum ex voto meo nuptura tibi sit, velim certus sis, secundum dignitatem tuam contrahere te matrimonium: et quamvis idonee repromissuram tibi Titiam matrem puellæ dotem sciamus, tamen et ipse, quo magis conciliem animum tuum domui meæ, fidem meam interponere non dubito. Quare scias quodcumque ab ea ex hac causa stipulatus fueris, id me mea fide esse jussisse, salvam te habiturum. Atque ita Titia, quæ neque Titio mandaverat, neque ratum habuerat quod scripserat, dotem Sejo promisit. Quæro, si hæres Titii ex causa mandati præstiterit, an actione mandati hæredem Titiæ convenire potest? Respondi, secundum ea, quæ proponuntur, non posse. Item quæsitum est, an nec negotiorum gestorum? Respondi, nec hoc nomine jure agere posse, palam enim facere Titium, non tam Titiæ nomine, quam quod consultum vellet, mandasse. Item, si maritus adversus mandatorem ageret, an aliqua exceptione summoveatur? Respondi, nihil proponi, cur summovendus sit.*

In secundo responso hujus legis proponitur Titius Sejo, qui Semproniam consobrinam forte Titii uxorem ducturus erat, litteras scripsisse in hanc sententiam: *Semproniam ad animum meum pertinere*, id est, *animo meo carissimam esse cognovisti, Sei. Ideoque cum ex voto meo, ex animi mei sententia nuptura sit tibi, velim certus sis, secundum dignitatem tuam, eam te ducturum uxorem. Et quamvis matrem puellæ idonee*, ἀξιοχρέως, *sciam pro puella cavituram tibi dotis nomine, tamen et ipse, quo magis conciliem animum tuum domui meæ, eodem nomine fidem meam interpono.* Hoc vero Titius scripsit Sejo ultro, neque mandante, neque ratum habente matre, hoc scripsit irrogatus a matre, vel puella. Et est sane hæc scriptura pro mandato. Quamobrem et paulo infra Titium mandatorem vocat non fidejussorem; fidei nomen etiam mandatum complectitur. Itemque subjicit, Titium Sejo ex causa mandati (fuit etiam ea scriptura mandatum Titii) præstitisse quod dotis nomine promitteret mater. At quæritur, an mandati actione, quod forte solverit Sejo, a matre, vel hærede matris repetere possit? Et ait, non posse, quia mandatum non habuit a matre, *l.* 20. *ex mandato* §. *ult. sup. hoc tit.* Rursus quæritur, an tamen quod solverit Titius Sejo ex causa sui mandati posita in epistola, actione negotiorum gestorum a matre consequi possit? Et negat hanc quoque actionem Titio competere adversus matrem puellæ, optima ratione: quia ex epistolæ verbis patet, non tam matris, quam suo nomine Titium intervenisse, dum consobrinæ ultro consulere vult. Denique sibi negotium gessisse, sui animi explendi causa: matris negotium non gessisse, aut animum non habuisse gerendi negotii materni. Postremo quæritur, an, si Titium convenerit Sejus actione mandati, aliqua exceptione se Titius tueri possit? Et ait, dandæ exceptionis cujusquam Titio causam nullam se cernere. Itaque solvere omnimodo Titius debet quod fide sua, et periculo suo esse jussit: quamvis id quod solverit, non sit a quo repetere possit. Et convenietur actione mandati: quia non fidejussit, cum nec stipulatio intervenerit. Epistola non facit stipulationem. Stipulatio non potest fieri per epistolam, et fidejussor nemo constituitur nisi per stipulationem. Ex quo sequitur omnino, quamvis verba epistolæ sint communia stipulationi interpositæ

ex fidejussionis causa, mandatum contractum esse, non stipulationem.

Ad §. 2. *Duobus.*

§. 2. *Duobus quis mandavit negotiorum administrationem: quæsitum est, an unusquisque mandati judicio in solidum teneatur? Respondi unumquemque pro solido conveniri debere: dummodo ab utroque non amplius debito exigatur.*

Sequitur in *l.* 60. §. *duobus*, cujus species est de duobus quibus quis rerum suarum administrationem commisit, et credidit: quorum singulos, ait actione mandati domino teneri in solidum: ita tamen, ut non a singulis dominus solidum ferat, sed ab alterutro, vel a singulis portionem virilem, id est, ab utroque solidum. Hæc est sententia hujus §. summe notanda, secundum quam si quæras, an igitur duo mandatarii sint rei debendi? Dicam non esse proprie duos reos debendi, quamvis singuli teneantur in solidum, sed quodammodo, ut caute loquitur *l.* 5. *si ut certo*, §. *ult. sup. commod.* de duobus commodatariis, vel conductoribus vehiculi, esse eos quodammodo duos reos debendi. Proprie enim hi tantum sunt duo rei debendi, de quibus initio contractus actum est expressim, vel tacito intellectu, ut singuli in solidum obligarentur, ut si quis a duobus pariter stipulatus fuerit dari, utriusque fidem sequutus in solidum, vel si duobus eandem rem commodaverit, vel locaverit, vel deposuerit apud duos similiter, *l.* 3. *in princ. l. reos*, §. *cum tabulis, de duob. reis*, *l.* 9. *eandem, eod. t. l.* 47. *cum apparebit*, *inf. loc. l.* 13. *C. eod. t.* Dico *similiter*, ut *d. l. eandem*, non *simul*. Sunt valde diversa hæc, *similiter*, et *simul*. Alioquin pugnaret *d. l. si ut certo*, §. *ult.* si simul commodavero, vel locavero duobus, ut proponitur, in *d.* §. *ult.* non ideo statim sunt prorsus duo rei debendi: si pariter, si similiter, in solidum scilicet, duo sunt rei in solidum, scilicet quique: tunc duo sunt rei: non ergo, qui singuli in solidum ex una causa uni obligantur, continuo duo rei esse censentur, quod in duobus depositariis ex eo apparet, quod etsi teneantur singuli in solidum, tamen factum unius, puta dolus, aut culpa, alteri non nocet, *l.* 1. §. *si apud duos, in fine, depos.* Quod tamen aliter se habet in duobus reis: Factum enim nocentis innocenti nocet, *l. pen. de duob. reis.* Quoniam in omnem causam singuli ab initio se obligaverunt. Et idem in hoc §. dicendum est de duobus mandatariis. Idem de duobus commodatariis, vel conductoribus in *d. l. si ut certo*, §. *ult.* Quod et ibi Fulgos. probat, et hoc loco. Et ad hæc jungi aliud exemplum potest de venditore et emptore servi, quorum uterque ex contractu cum servo habito ante venditionem, creditori peculiari tenetur in solidum de peculio, quatenus peculii vires patiuntur, *l.* 27. *et ancillarum*, §. *illud, de pecul.* Nec tamen omnino sunt duo rei debendi: quia nec in partes statim ab initio conveniri possunt, *l.* 47. *quotiens* §. *si creditor de pecul.* Cum tamen duo rei statim ab initio, et in solidum, et in partes viriles obligentur, *chacun pour soy, chacun en droict soy, et chacun pour le tout, l. inter eos* 51. *de fidejus.* Eodemque modo si ex duobus unus hodie eidem promiserit 10. alter eadem 10. postera die non novandi animo, non item animo constituendi duos reos sane singuli in solidum tenentur, et tamen non sunt duo rei, ut intelligere licet argumento ducto a contrario sensu; *l.* 3. *et* 12. *de duob. reis.* Item si jussu patris filiofam. pecunia credita sit, cum quolibet in solidum agi potest. *l. pen. quod cum eo, qui in alien. pot.* Nec tamen eos esse duos reos debendi quisquam dixerit. Quid plura? Hoc ipsum evidentius apparet in debitore principali, et fidejussore ejus, aliove accessore quolibet: singuli tenentur in solidum, tamen non sunt duo rei, quia non sunt æque principales debitores. Hæc censeo esse maxime notanda: confundunt enim interpretes reos debendi cum duobus, quorum unusquisque tenetur in solidum, *il y a bien à dire.*

Ad §. 3. *Si inter maritum.*

§. 3. *Si inter maritum et socerum id actum esset, vel tacito intellectu, ut onus exhibendæ uxoris ad maritum rediret, præstante patre dotis usuras: nullam actionem superfore ad recipiendum, quod negetur consumptum: quod si pater puellæ exhibitionem mandasse se docet, actionem mandati competere.*

In hoc §. ostenditur, multum interesse, inter socerum et generum convenerit expresse vel tacite, ut ait (paria plerumque hæc sunt expressisse, et intellexisse, *l.* 6. *de adsign. libert. l.* 1. *de penu. leg.*) Multum, inquam, interesse inter socerum et generum convenerit in dote promittenda, ut onus exhibendæ, id est, alendæ, et tuendæ uxoris rediret ad maritum, sive generum, ut onus alendæ uxoris gener subiret, socero præstante usuras dotis promissæ, quoad dos omnis solveretur: an vero mandaverit socer genero, ut uxorem tueretur, et aleret se præstante usuras dotis promissæ, dotis cautæ. Nam priore casu, quod ex usuris sibi a socero præstitis, gener non consumpserit in alimenta uxoris, id dote soluta, pater ab eo repetere non potest: quia non tam usuras præstitit pater, ut haberet maritus unde tueretur, et aleret uxorem, quam pensandæ ipsius dotis tardæ solutionis: et quia, ut Accursius ait, et confirmat *l. pen. C. de solut.*

quam tamen non adducit ex contrario, si plus consumpserit maritus in exhibenda uxore, quam usuræ, quas accepit a patre, largiantur, id, quod plus consumpsit, a patre petere non potest. Contrariorum eadem est ratio. Posteriore autem casu, cum pater mandavit genero, ut uxorem aleret se præstante dotis usuras, pater a marito actione mandati, quod maritus plus perceperit usurarum nomine, quam consumpserit in alimenta uxoris, repetere potest. Ratio discriminis est satis evidens. Priore casu, onus alendæ uxoris maritus pacto convento in se recepit suo proprio nomine, ut scilicet alimenta suo nomine præberet uxori, et pater sibi præstaret usuras dotis, donec integra dos exsolveretur. Posteriore autem casu maritus aluit, exhibuit uxorem alieno nomine, tanquam procurator patris, id est, ex mandato patris. Onus igitur alendæ uxoris fuit patris. Ergo si quid superfuerit ex usuris, quod non sit consumptum, erogatum in alimenta uxoris, id merito repetere pater. Hæc est ratio hujus responsi etiam valde notanda.

Ad §. 4. *Lucius Titius.*

§. 4. *Lucius Titius fratris filio commisit rerum suarum administrationem ita* : Σεΐῳ τέκνῳ χαίρειν. ἐγώ μὲν κατὰ φύσιν ἐιναι νομὶζω, ὑπέρ πατρὸς, καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν πραγματέυεσθαι, δίχα τοῦ τινὰ ἐπιτροπικὸν αἰτεῖν. εἰ δὲ δεῖ καὶ τοιοῦτου τινὸς. ἐπιτρέπω σοι περὶ πάντων ἐμῶν, ὡς θέλεις πραγματέυεσθαι, ἔιτε πωλεῖν θελεῖς, εἴτε ὑποτίθεσθαι, εἴτε ἀγοράζειν, εἴτε ὀτιοῦν πράττειν, ὡς κυρίῳ ὄντι τῶν ἐμῶν, ἐμοῦ πάντα κύρια εἶναι τὰ ὑπό σου γινόμενα ἡγουμένου, καὶ μηδὲν ἀντιλέγοντος σοι πρὸς μηδεμίαν πρᾶξιν : (Id est *Se,o filio suo salutem. Ego quidem secundum naturam esse existimo, pro patre, et patris filiis negotiari sine aliqua concessionis inquisitione. Si autem necessitas alicujus talis erit : concedo tibi de omnibus meis, ut vis negotiari, sive vendere vis, sive pacisci, sive emere, sive quodcunque operari, ut domino omnium meorum : me omnia firma esse a te facta existimante, et non contrarium dicente tibi ad ullam operationem*). *Quæsitum est, si quid non administrandi animo, fraudulenter alienasset, vel mandasset, an valeret ? Respondi, eum, de quo quæreretur, plene quidem, sed quatenus res ex fide agenda esset, mandasse. Item quæro, an, cum Sejus magistratu functus, debitor extitisset, Lucius Titius eo nomine conveniri possit, vel res ejus obligatæ essent, propter verba epistolæ suprascripta. Respondi, neque conveniri posse, neque res obligatas esse.*

Sequitur ultimum responsum. Patruus negotiorum suorum plenam et amplam administrationem

per epistolam Græce conscriptam, quæ hic proponitur, mandavit filio fratris sui, quem filium suum vocat, et se patrem, et filios suos fratris sui filios, id est, filiorum fratris fratres patrueles in illo loco, quem qui hoc non intellexerunt, male mutarunt : ὑπὲρ, πατρὸ, καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν, reponentes pro υἱῶς, ἀδελφῶν. Sensus hic est: *Quamvis hoc a te pietas, filii, pietatisve ratio naturalis exigat, ut et sine mandatu geras nego'ia patris, id est, negotia mea, qui tibi sum patruus, et filiorum patris, id est, filiorum meorum, qui tibi sunt fratres patrueles, tamen do tibi hoc generaliter in mandatis, etc.* quæ sequuntur. Patruus patris locum obtinet, §. *item amitam, Instit. de nupt.* Paul. Diacon. de Theodosio : *colere patruum tanquam genitorem, fratris mortui, sororisque liberos habere pro suis.* Plenum autem fuit, ut dixi, mandatum, quod in epistola vocat ἐπιτροπικὸν, ἐντολὴν id est, *mandatum.* Idem dicitur ἐπιτροπὴ, et προτροπὴ. Unde προτροπετάροι, id est, mandatarii sive procuratores, ἐπιτροπὴν ἔχοντες, ut Hæsychius interpretatur. Plenum, inquam, fuit mandatum : quia et vendere filio fratris permisit ex suis bonis, quod semper mandatum speciale requirit, *l.* 63. *de procur.* et emere, quæ in rem suam essent, et pignori obligare, et quodcunque aliud gerere, et contrahere negotium, omnia, quæ gesserit, se rata habiturum, quo tamen mandato, quamvis generale, et plenissimum sit, Scævola censet, non contineri ea, quæ filius ille fratris mala fide gesserit. Neque enim ei permisisse videtur, ut quidquam ageret in fraudem suam, *l.* 10. *si procurator, C. de procur.* A pleno sive generali sermone semper excipitur dolus malus, *l.* 35. *tres fratres, de pact.* Idem Scævola addit in fine : Si filius ille fratris magistratu functus, duumviratu functus in civitate sua, debitor reip. esse cœperit, si quid reliquatus fuerit, ex hac causa neque bona patrui esse reip. obligata, neque patruum ipsum reip. teneri, quasi fidejussorem pro filio fratris. Alia est hac in re conditio patris, alia patrui, *l.* 2. *ad municip.* Denique mandato superiori etiam non contineri administrationem reipub. sed administrationem tantum earum rerum, quæ ad patruum pertinent. Et hæc est sententia hujus. §. *ult.*

Ad L. XXXI. de Pignor.

Lex vectigali fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat : postea is fundus a possessore pignori datus est. Quæsitum est, an recte pignori datus est? Respondit, si pecunia intercessit, pignus esse. Item quæsiit, si, cum in

exsolutione vectigalis tum debitor, quam creditor cessassent , et propterea pronuntiatum esset, fundum secundum legem domini esse , cujus potior causa esset? Respondit , si (ut proponeretur) vectigali non soluto , jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse.

De pignoribus , et hypothec. tria , vel quatuor dabimus hodie responsa Scævolæ. Primum est in *l. 31. de pignor.* cujus sententia hæc est. Si fundum vectigalem , id est, emphyteuticum (sic semper accipitur in jure fundus vectigalis pro emphyteutico , qui pendit domino vectigal certum quotannis) si , inquam , fundum vectigalem , is , qui eum in causam emphyteuseos a domino accepit (cujus generis contractus sunt etiam hodie frequentissimi) postea creditori obligaverit pignori , ut potest , *l. 16. tutor. §. ult. de pignor. act.* et postea ob non solutum vectigal sua die (quod et canon dicitur in jure , et ἐμφύτευμα , et pensio) is fundus jure commissi ad dominum redierit , id est , domino commissus fuerit , atque pleno jure factus domini (quod contingit , vel ex conventione, ex lege contractus , vel etiam ipso jure ob tardam solutionem ἐμφυτεύματος, ob non solutum scilicet vectigal) fundus committitur domino , et extinguitur jus emphyteuseos. Quod si acciderit , pignus ab emphyteuticario contractum , ut proposuimus, perimitur, commisso fundo domino, pignus ejus fundi, quod emphyteuticarius contraxit, perimitur , quoniam creditori imputatur, quod vectigal sua die non solverit pro debitore , ut et debitori fundum , et sibi pignus conservaret. Hæc est sententia hujus responsi sane perelegans; ad quam tamen notandum est, aliud esse dicendum, quod jam docuit Observatio 24. cap. 36. si fundum emphyteuticum , quem possessor creditori suo pignori obligaverat , cum vendere possessor extraneo eum vellet , aut cum eum jam vendidisset extraneo , dominus eum fundum retraxerit , ut etiam hodie loquimur jure prælationis , jure προτιμήσεως: nam hoc casu pignus , ante contractum a possessore emphyteuticario, non perimitur, quia imputari creditori nihil potest, qui non potuit dominum prohibere , quin privilegio suo uteretur. Ac præterea dominus, qui fundum retrahit ab emptore, eum retrahit et revocat, ut eum habeat emptionis jure, eodem quo habuit prior emptor. Atqui prior emptor eum habuit emitque cum sua causa , id est, salvo pignore creditori venditoris. Et ita multum interest , quod ad pignoris causam attinet, jure commissi fundus redeat ad dominum pleno jure, an jure προτιμήσεως, jure prælationis. Eodemque modo recte Bart. in *l. 4. §. sed et Marcellus, de in diem add. et l. 3. quibus mod. pig. vel. hypot. solvit.* Fundum venditum ea lege , ut intra certum tempus, vel quamdocumque ablato pretio , eum venditori emptor revenderet , si interim cum fundum emptor creditori suo pignori obligaverit , postea redempto fundo a venditore pignus evanescere , Bart. statuit recte, quia non facto emptoris , qui pignus contraxit , venditio rescinditur, sed facto venditoris, qui eam legem in contrahenda venditione de fundo sibi redhibendo , et revendendo dixit . At si venditor fundi in contrahendo deceptus fuerit ultra dimidiam justi pretii , et prius quam ex hac causa ageret de rescindenda venditione , fundum emptor pignori obligaverit, ex hac causa postea rescissa venditione pignus non extinguitur: quia juste imputari emptori potest , quod fundum non retinuerit, supplendo quod justo pretio deest. Neque enim ex hac causa venditio omnino rescinditur, cum in emptoris arbitrio sit, vel integrare justum pretium , vel fundum reddere, *l. 1. §. si qu s in fraudem , si quid in fraud. patr.* Aut in hac lege , *si pecunia intercessit , pignus esse ,* id est, ne cui hæc verba negotium faciant, recte datum esse pignori fundum vectigalem, si pecunia emphyteuticario credita et numerata sit, *l. pen. inf. quæ res pign. obl. poss.* Alioquin pignus non consistit , videlicet si nulla subsit principalis obligatio. Et pecuniæ verbum accipitur hoc loco ut in Senatusconsulto Maced. pro omni re , quæ mutuo dari potest , ut *l. 7. §. mutui , ad SC. Maced.*

Ad L. XVIII. Qui potior in pig. habeantur.

Lucius Titius pecuniam mutuam dedit sub usuris , acceptis pignoribus : eidemque debitori Mævius sub iisdem pignoribus pecuniam dedit. Quæro , an Titius non tantum sortis , et earum nomine, quæ accesserunt antequam Mævius crederet , sed etiam usurarum earum , quæ postea accesserunt , potior esset? respondit, Lucium Titium in omne , quod ei debetur , potiorem esse.

Secundum responsum est in *l. 18. qui pot. in pig. hab.* Qui fundum suum jam pignori obligaverat priori creditori, eundem fundum posteriori creditori obligavit . Prior creditor in causa et jure pignoris, sane præfertur posteriori : quod privilegium temporis dicitur , *l. 10. h. t.* Prior tempore, potior, et potentior est posteriore : et præfertur ergo prior posteriori , et quidem in omnem obligationem , quam contraxit cum debitore , in omne id , quid sibi debetur , id est , non sortis tantum nomine , et usurarum , quæ sorti accesserunt, antequam posteriori creditori fundus obligaretur, sed etiam earum usurarum nomine , quæ accesserunt postea, id est , post contractam posteriorem obligationem cum secundo creditore , certe quæ prin-

cipalis obligationis, eadem etiam sequelæ, et accessionis ejus causa et origo est. Et huic responso simile est aliud ejusdem, quod suo ordine explicabitur in *l.* 28. *Aurelius*, §. *legatum*, *de lib. leg.* quod non omisit Accursius. Neque vero dicas adversus, hoc responsum, quod idem Accurs. objicit, quia fuit in potestate debitoris, solvendo sortem, præcidere usuras, quæ postea accesserunt sorti, ideo earum usurarum nomine potiorem priorem creditorem non esse. Ne hoc dicas, inquam, nam et si hoc fuerit in potestate debitoris, solvendo se liberare omnimodo, tamen quia contracta jam erat obligatio principalis, tempus contractæ cum priori creditore obligationis principalis omnimodo spectandum est, *l.* 1. *h. t.* Quod utique tempus antiquius est tempore contractæ posterioris obligationis. Quod si nondum contracta fuerit obligatio principalis cum priori creditore, si nondum prior creditor pecuniam numeraverit, quam crediturus est, etiam tempus, quo postea contrahetur principalis obligatio, spectandum est. Denique eo tempore contracta videtur pignoris obligatio, non quo pignus datum, vel conventum est, sed quo numerata est pecunia, id est, quo principalis obligatio contracta est, quia potuit non contrahere posteriorem obligationem, quo genere evanesceret pignoris datio, vel conventio. Et hoc est, quod proponitur in *l. pen. tit. prox. sup. l. qui balneum hoc. tit.*

Ad L. XI. de Distract. pign.

Arbiter dividundæ hæreditatis, cum corpora hæreditaria divisisset, nomina quoque communium debitorum separatim singulis in solidum assignavit. Quæsitum est, an debitoribus cessantibus, pro solido pignus vendere quisque potest? Respondi, posse.

Sequitur aliud responsum eadem de materia pignoris in *l.* 11. *de dist. pign.* Quod responsum in *l. ult. h. tit.* etiam proponitur ex ejusdem actoris 6. Digestorum. Arbiter familiæ ercisc. inter cohæredes divisit non tantum corpora hæreditaria, sed etiam nomina debitorum hæreditariorum, quæ lex quidem 12. tab. divisit inter cohæredes pro hæreditariis portionibus, sed hic arbiter, ut potest, longe aliter ea divisit, nam uni attribuit certa nomina in solidum, et alteri æque alia nomina attribuit, adsignavit, addixit in solidum, ut *l.* 2. §. *ult. et. l.* 3. *fam. ercisc.* Pignora non divisit, quæ dederant debitoris hæreditarii defuncto. Quæritur, an debitoribus unicuique addictis cessantibus in solutione debitarum pecuniarum, possit quisque pignora, quæ iidem debitores defuncto pignori obligaverant, vendere in solidum? Et respondit, posse, nimirum quia pignora sequælæ et accessiones sunt principalium obligationum, quæ principales obligationes, cum fuerint arbitrio judicis separatim divisæ, et unicuique attributæ in solidum, uni hæ, alteri illæ, consequens est, ut et in solidum pignora sub eo nomine obligata, ut separatim unicuique attributa sunt, et quod attributum est in solidum, cum etiam, cui nomen attributum est, in solidum sequatur. Denique cui nomen, id est, debitum, attributum est in solidum, ei et pignus attributum in solidum censetur.

Ad L. XIII. de Usuris.

Qui semisses usuras promisit, per multos annos minores præstitit: hæres creditoris semisses petit, cum per debitorem non steterit, quo minus minores solvat: quæro an exceptio doli, vel pacti obstet? Respondi, si exolvendis ex more usuris per tanta tempora mora per debitorem non fuit, posse secundum ea, quæ proponerentur, obstare exceptionem.

§. 1. *Quæsitum est, an judicio negotiorum gestorum, vel mandati pro pecunia otiosa usuras præstare debeat, cum dominus nullam pecuniam fœneravit? Respondit, si eum pecuniam positam habuisset, idque ex cousuetudine mandantis fecisset: non debere quicquam usurarum nomine præstare.*

Hodie dabo, quæ resident ex libr. 1. responsa omnia, et ea quidem primum, quæ proponuntur in *l.* 13. *de usur.* Initio ejus legis proponitur exemplum taciti pacti tale. Si debitor stipulanti creditori promiserit usuras semisses creditæ pecuniæ, et longo tempore non præstiterit nisi quadrantes, quæ semissibus duplo minores sunt, hæredi creditoris petenti semisses ex stipulatu, obstare exceptionem taciti pacti, vel doli mali, respondit Scævola. Concurrit hæc exceptio cum illa semper, *l. rescriptum*, §. *ult. de pact.* Hoc vero ita procedit, si nullam moram debitor fecerit in præstandis usuris quadrantibus, quas præstare consueverat: quia tacite convenisse videtur inter creditorem et debitorem, ut semisses non peterentur, sed quadrantes duntaxat, ut *l.* 17. *cum quidam*, §. *Divus*, *inf. l.* 5. *adversus*, *C. eod. t.* Nam et e diverso ex longa præstatione certarum usurarum tacita stipulatio inducitur, *l.* 6. *sup. h. t.* Sed, ut a contrario sensu ex hoc responso licet recte colligere, si debitor, quo de agitur, moram fecerit in præstandis solitis usuris, id est, quadrantibus, ex stipulatu ab eo peti majores usuræ possunt: quia adversus agentem ex stipulatu, cum ipso jure pacto stipulatio sublata non sit, non potest opponere exceptionem pacti, qui pacto non paruit,

qui pacti fidem sequutus non est. Quod summe notandum est. Sequitur altera quæstio in altera parte hujus legis: an qui administrat negotia aliena, actione negotiorum gestorum, vel mandati, pecuniæ otiosæ et vacuæ, quam scilicet non exercuit, quam fœnori non occupavit, usuras domino præstare debeat? Ad quam ita respondet. Usuras ejus pecuniæ domino deberi, si dominus solebat pœcuniam suam fœnori occupare, si erat fœnerator, si argentarius, sed si solebat, ut plerique his moribus boni viri præditi sunt, suam pecuniam in arca sua depositam habere, et otiosam, ut *l.* 62. *si navis, de rei vind. l.* 6. §. *ult. de pign. act.* ob id solum, quod pecuniam et ipse procurator otiosam habuerit, usuras etiam ejus pecuniæ domino non debere, ex mora certe debere. Itemque si eam pecuniam in usus suos converterit, ut *l.* 10. *idemque*, §. *si procur. mand. l.* 28. *Quintus, depos.* Et ita vulgo accipitur recte *l.* 31. §. *qui aliena de negot. gest. et. l.* 24. *si mater, C. de usur.*

Ad L. XXX. de probat.

Si ancilla fuit, ad libertatem perductam non videri, neque per fideicommissi relicti sibi probationem, nec quod alimenta sunt ut nutrici præstita.

Videtur etiam ex hoc libro esse *l. penult. de probat.* quamvis nullum ei sit præpositum nomen, sicut nec legi ultimæ: quo significetur eam esse hoc libro Scævolæ. Sed conjectura tantum ducitur ex eo, quod *l. propènult.* quæ præcedit, sit Scævolæ. Suspecta proinde est hæc *l. pen. et ult.* quod auctorem nullum adscriptum habeant. Certe utraque abest a Basil. Sententia autem l. pen. hæc est: ancillam nec per fideicommissum videri perductam ad libertatem, si alimenta ei, quasi nutrici inter vivos præstita sint, vel per fideicommissum relicta: nam et servis, ut Symmachus ait in epist. testamentorum justa commoda non negantur, et alimentorum commoda sane omnium minime, ut *l. servus, de annuis leg. l.* 17. *servos, dè alim. leg. l.* 39. *ex parte*, §. *servo, famil. ercisc.* Denique non sunt, quæ hac l. pen. proponuntur idonea argumenta, justæve presumptiones datæ libertatis.

Ad L. XXVII. de Usu, et usufr. legato.

Uxori maritus per fideicommissum usumfructum, et alia, et dotem prælegavit: hæredes usumfructum ei concesserunt. Post biennium illicitum matrimonium fuisse pronuntiatum est. Quæsitum est, an id, quod præterito tempore possedit, ab ea repeti possit? Respondit, id quod fructus nomine percepisset, repeti posse.

Sequitur *l.* 27. *de usufr. leg.* Si quis mulieri ut uxori suæ, quæ non erat uxor legitima, legaverit usumfr. certæ partis bonorum, quem et ei mulieri hæredes testatoris cesserint per errorem facti, cum existimarent ipsam testatori fuisse uxorem justam et legitimam, atque ita ipsa aliquamdiu fructus perceperit: quæritur, an veritate cognita, et matrimonio, quod intercessit inter eam et testatorem, illicito pronunciato, hæredes ab ea fructus, quos percepit, repetere possint? Et ait, posse repetere quasi indebitos, quod satis est apertum. Proponitur vero, eidem mulieri et alia quædam fuisse legata, et dotem, quam attulerat: quorum repetitionem non dat hæredibus: nimirum quia ea fiscus mulieri eripit quasi indignæ, *l. un. inf. unde vir. et uxor*, *l.* 13. *Claudius, de his, quibus ut indig. l.* 61. *de ritu nupt.* Usufr. redit ad hæredes, non ad fiscum. Nusquam enim invenies usumfr. cadere in fiscum, *l.* 9. *sup. hoc t.* quia nec sine persona esse potest, quæ morti obnoxia sit, *l.* 26. *ususfr. de stipul. serv.* id est, sine homine esse non potest. Homini autem similis fiscus non est. Civitas est hominis similis. Nam et civitas quodammodo interire potest, veluti ducto aratro, *l.* 21. *si ususfr. Quib. mod. ususf. amitt.* Fiscus non item.

Ad L. LX. de Acquir. rer. dom.

Titius horreum frumentarium novum ex tabulis ligneis factum mobile, in Seji prædio posuit. Quæritur, uter horrei dominus sit? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non esse factum Seji.

Sequuntur perquam brevia alia pleraque responsa. In *l.* 60. *de acq. rer. dom.* ostenditur id, quod vulgo jactatur, superficiem cedere solo, de superficie tantum esse intelligendum, quæ solo alieno inædificata, immolita est, quæve radices egit in solo alieno: nam si horreum ductile ex tabulis compactum, *horreum frumentarium mobile* (ut ait) quod Basil. vocant σπῆλον, insolito nomine: si, inquam, horreum mobile in solo Seji posuero, non cedit solo, sed meum manet horreum. Denique superficies immobilis cedit solo, non mobilis.

Ad L. XXI. Quæ in fraudem credit.

Debitor in fraudem creditoris, cum vicino de finibus pignori dati fundi pactus est. Quæsitum, an is, qui a creditore emit, de finibus agere possit? Respondit, secundum ea, quæ proponeren-

tur, non idcirco minus agere posse, quod debitor ignorante creditore pactus esset.

Qui fundum suum pignori obligavit creditori suo, orta inter eum et vicinum vera aut ficta controversia de finibus, in fraudem creditorum, ignorante eo creditore pactus est de finibus cum vicino, eique ampliores fines adscripsit, quam jure competerent. Quæritur, si eum fundum creditor jure pignoris vendiderit, an et emptori adversus vicinum agenti finium regundorum, obstet exceptio pacti facti inter vicinum et debitorem? Et ait, non obesse: jus esse apertum: quia fuit factum in fraudem creditoris. Quæ fiunt in fraudem alterius, semper rescinduntur.

Ad L. XXX. de Obl. et Act.

Servus effectus, non idcirco quod postea indulgentia principali libertatem consecutus est, rediisse dicitur in obligationem creditorum.

Si debitor pœnæ servus efficiatur, puta si damnetur in metallum, liberatur, et creditori in fiscum quasi successorem ejus, actio est, ad quem omnia bona ejus deferuntur. At si is postea indulgentia principis pœna solutus, et libertati pristinæ restitutus sit: quæritur, an in pristinam obligationem redeat, et creditori in eum actio restituatur? Et respondet non restitui semel exstincta obligatione maxima capitis diminutione. Quod ita procedit, nisi et omnibus bonis restitutus sit: nisi plenissima principis restitutio et indulgentia fuerit, *l. 2. C. de sent. pass.* Idem vero dicendum omnino, si debitor non servus, sed peregrinus factus fuerit, quod contingit deportatione. Et idem dicendum esse ostendit *l. 3. et 5. C. de sent. pass. et rest.*

Ad L. LX. de Fidejussoribus.

Ubicumque reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, teneri fidejussorem respondit: cum vero genere novationis transeat obligatio, fidejussorem aut jure, aut exceptione liberandum.

Ultima hujus libri est *l. 60. de fidejussor.* quæ definit, debitore liberato civili jure, non naturali jure, veluti absoluto sententia judicis, quæ expungit quidem civilem obligationem, sed non etiam naturalem, *l. Julianus de cond. indeb.* persona debitoris, ut idem dicam alio modo, liberata, non obligatione in totum sublata, fidejussorem obligatum manere, quasi accesserit etiam naturali obligationi. Et quamdiu igitur manet naturalis obligatio, consequens est et manere obligationem fidejussoris. At si novatione liberatus sit debitor, puta, dato vice sua expromissore, quia hoc genere omnis obligatio tollitur, et transfertur in expromissorem, proculdubio fidejussor liberatur. Jure, inquit, id est, ipso jure, ἰδίῳ δικαίῳ, *ut l. 28. de novat.* aut per exceptionem: fidejussor, inquit, liberatur jure, aut per exceptionem (supple) quod magis est, ut auctores nostri loquuntur: quia ipsius fidejussoris obligatio novata non fuit nominatim, *l. 4. C. eod. t.* Sed tamen per consequentiam novata intelligitur, sublata prorsus principali obligatione. Sic vero alternatim dixit, *vel ipso jure tutus est, vel certe doli mali exceptione se tueri potest*, in specie *l. 29. si rem quam, §. 1. de evict.* Sic et in *l. 34. qui servum, §. 1. de obl. et act. l. 3. §. ult. naut. caup. stab. l. 17. de const. pec. l. si sine 22. §. si procurator, rem ratam hab. l. 27. nec ex prætorio, de reg. jur.*

JACOBI CUJACI J. C.

IN LIB. II. RESPONS. CERVIDII SCÆVOLÆ

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XIV. de Transact.

Controversia inter legitimum et scriptum hæredem orta est, eaque transactione facta certa, lege finita est: quæro creditores quem convenire possunt? Respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, si alii creditores essent, propter incertum successionis, pro parte hæreditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.

Quoniam jam interpretatus sum Librum I. Respons. Cervidii Scævolæ, debeo etiam, ut pollicitus sum, dum tempus in spatio est, et res quasi quodammodo desumere videntur, præstare interpretationem secundi, atque ceterorum. Itaque venio ad *leg. 14. de transact.* a qua incipit secundus. Primum sciendum est, si duo, pluresve sint hæredes defuncti debitoris ex testamento, vel ab intestato, singulos actione si certum petatur de rebus creditis creditoribus hæreditariis teneri, non in solidum, sed pro hæreditariis portionibus ex 12. tab. quod jus permansit semper, *l. 26. pacto, Cod. de pact. l. 6. C. famil. ercisc. l. 1. C. si cert. pet.* Hoc est certissimum. Sed si, ut proponitur in hac lege, unus tantum fuerit testamento ex asse hæres scriptus, et testatoris mater forte dicat, testamentum injustum vel irritum esse, atque adeo jure intestati ad se hæreditatem rediisse ex Senatusc. Tertyll. eaque controversia dirempta et finita fuerit, non sententia judicis hæreditate huic, vel illi

a se adjudicata, sed transactione, sive transactionis pacto facto inter eos hac lege, ut scriptus hæres ex bonis defuncti ferret bessem, mater trientem. Quæritur, utrum eorum, scriptum hæredem, an matrem, convenire hæreditarii creditores possint in solidum quasi solum hæredem, an vero utrumque convenire possint, quasi uterque sit hæres defuncti pro portionibus, scilicet in transactione expressis, id est, pro besse, et triente? dubitationem facit incertum successionis τὸ ἄδηλον διαδοχῆς, id est, quia non apparet quis eorum sit hæres defuncti, propterea quod de testamento, et hæreditate nihil pronuntiatum est. Denique a nullo evicta, nulli adjudicata hæreditas est: quoniam transactio intercessit antequam res judicaretur, quæ litem extinxit, et judicium, quod erat institutum de hæreditate universa. Quamobrem creditoribus hæreditariis neque in hunc, qui se testamentarium hæredem, neque in matrem, quæ se hæredem legitimum vocat, directæ actiones sunt creditarum defuncto pecuniarum, quibus actionibus hæredes solos teneri certum est, quoniam propius ad vicem defuncti accedunt, *l. ult. C. de hæred. act.* placet tamen, ut hic respondet Scævola, creditoribus hæreditariis esse utiles actiones in eos, qui de hæreditatis controversia inter se transegerunt certis portionibus: pro portionibus scilicet in transactione expressis. Et huic responso nihil obstat rescriptum Principum, quod idem Scævola proponit in *l. 3. in princ. h. t.* quia non loquitur de creditoribus hæreditariis, sed de legatariis, et manumissis testamento per fideicommissum: quia transactione facta, et divisa hæreditate partibus certis inter legitimum et scriptum hæredem, id est, inter eum, qui se legitimum hæredem esse dicebat, et eum, qui se testamentarium, non habent legatarii, vel servi manumissi verbis fideicommissi quem convenire possint, nisi hæredem scriptum: quia ab intestato neque legata debentur, neque fideicommissariæ libertates testamento relictæ, nisi adminiculetur clausula codicillaris, ut vocant. Itaque legatarii, et manumissi per fideicommissum non possunt convenire eum, qui se dicebat hæredem ab intestato, quamvis abstulerit partem hæreditatis ex transactione, sed hæredem tantum scriptum convenire possunt, ut legata præstet, ut manumittat. Creditorum alia causa est, alia conditio: quia quemlibet ex transactione possidentem hæreditatis partem, pro rata ejus partis velut hæredem convenire possunt ex 12. tab. saltem utilibus actionibus. Lex ea vetus 12. tab. servatur non tantum inter hæredes, sed inter quasi hæredes, quamvis de eis non loquatur nominatim, qui quasi quodammodo hæredes sunt, sed interpretatione. Quod de veris hæredibus ea lege cavetur, ut nomina inter eos ipso jure divisa sint pro hæreditariis portionibus, porrigitur etiam ad quasi hæredes, et locum habet omnino, etiamsi inter eos, qui de hæreditate certabant, utri potius competeret, de ære alieno, id est, de creditoribus adimplendis aliud convenerit: quia non potest conventio, pactio, vel transactio facta inter eos, jus publicum, quod antiqua lege 12. tab. introductum est, creditoribus adimere, minuere, vel mutare, *l. jus publicum, de pact. l. 25. debitorum, et l. seq. C. eod. t. d. l. 3. in pr. hoc t.* Transactio, inquam, facta inter eum, qui se ex testamento, et eum, qui se ab intestato hæredem esse ajebat, et conventio de ære alieno dissolvendo pro partibus certis creditoribus hæreditariis, qui eandem cum ipsis conventionem non fecerunt, obesse non potest, creditoribus hæreditariis legem novam dicere non potest. Quod me inscio agis cum alio, id mihi nocere non potest, vel præjudicare, *l. 2. C. res int. alios act. vel jud. al. non noc.* quæ loquitur nominatim de transactione. At quod Scævola hic notat illo loco, *respondit, si iidem creditores, etc.* si et ipsi, qui de hæreditate controversabantur, et transegerunt de eadem hæreditate creditores hæreditarii fuerint, quod inter ipsos quidem de ære alieno pactum conventum est, id ipsi procul dubio inter se observare debent, non etiam huic eidem conventioni alios creditores subjicere invitos, et ignorantes. Et hæc est sententia hujus legis sane elegantissima, in qua observa quod ait, scriptum, et legitimum hæredem de hæreditate, qua de agebatur, transegisse certis portionibus, puta, ut unus bessem haberet, alter trientem. Nam si aliter res acta transacta sit, puta, ut hæres scriptus obtineret assem, legitimus, id est, qui se ab intestato hæredem esse ait, ab alio pecuniam, vel rem certam accipiat, sane hoc casu creditoribus adversus ipsum hæredem scriptum actio competit in solidum, non adversus legitimum hæredem. Hujus sententiæ argumentum præbet *l. si legatus 30. §. multum, ad Senatusconsult. Trebell.* Observa etiam in Florentinis deesse in hac lege verba aliqua, quæ supplenda sunt omnino ex vulgaribus editionibus, cum quibus etiam Basil. consentiunt.

Ad L. VI. De leg. commiss.

De lege commissoria interrogatus, ita respondit, si per emptorem factum sit, quo minus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore, et id, quod arræ, vel alio nomine datum esset, apud venditorem remansurum.

§. 1. *Idem respondit, si ex lege inempti sint fundi, nec id, quod accessurum dictum est, emptori deberi.*

§. 2. *Post diem lege commissoria comprehensum, venditor partem reliquæ pecuniæ, accepit. Respondit: si post statum diem reliquæ pecuniæ, venditor legem dictam non exercuisset, et partem reliqui debiti accepisset, videri recessum a commissoria.*

Lex commissoria est pactum. Hæc lex non est scitum populi, et est perquam ridiculus, quod non possum reticere, qui de legibus scripsit pop. Rom. et inter eas posuit legem commissoriam, quæ est pactum, id est, lex emptionis venditionis, qua id agitur, ut nisi intra diem certum emptor pretium solverit, aut partem aliquam pretii, res sit inempta. Qua lege si venditor uti velit post diem solutioni pretii condictum, et rem venditam velit vindicare, abducere, auferre, vel retinere, si eam nondum tradiderit emptori, quæritur an restituere debeat emptori, quod ab eo accepit arræ nomine, vel alio nomine, ut ait utputa sicut fit, si quid emptor dederit uxori venditoris, ut *l. debet* 27. *de ædil. ad. l.* 18. *de liber. causa.* Et ait, id a venditore restitui emptori non oportere, rescissa venditione secundum legem commissoriam: quia scilicet per emptorem stetit, quo minus venditio impleretur. Et hoc est lucrum, quod ex lege commissoria venditor sentire dicitur *l.* 25. *in princ. de petit. hæred.* Idem Scævola subjicit, emptore committente in legem commissoriam, id est, non solvente pretium ad diem, venditorem rei venditæ non tantum retentionem habere, sed etiam accessionis, ut si quid rei venditæ dixerit accessurum, si servo vendito accessurum peculium. Accessio sequitur naturam rei principalis. Ratio est evidens. Dixi, si venditor lege commissoria uti velit, emptore non solvente pretium ad diem; quia in venditoris arbitrio est, si hoc malit, ea lege non uti, huic legi renuntiare. Et utique ei renuntiare videtur, si post diem lege commissoria comprehensum pretium petat actione ex vendito, vel reliquam partem pretii, vel usuras pretii, ut *l.* 4. *C. de pact. int. empt. et vendit. l.* 4. §. *eleganter*, *et hujus l.* §. *ult. et l. seq. hoc t. et l.* 38. *Æmilius*, *de minor.* quod robur et pondus accipit ex *l.* 2. *C. de jur. dom. impetr.* quod venditoris causa dat lex venditionis, eo venditori non uti liceat: quidni? *l.* 1. *et* 2. *hoc t.* juxta generalem regul. *l. pen. C. de transact.*

Ad L. XXII. De hæred. vel act. vend.

Hæreditatis venditæ pretium pro parte accepit: reliquum emptore non solvente, quæsitum est, an corpora hæreditaria pignoris nomine teneantur? Respondi, nihil proponi, cur non teneantur.

Hæc lex docet, rei venditæ, necdum traditæ, venditorem retentionem habere, quasi jure pignoris totius pretii nomine, quoad id emptor venditori obtulerit, aut partis pretii, vel minimæ partis, si emptor pretii solverit partem unam, partem vero alteram nondum solverit, si supersit nummus unus tantum, venditori retentio est rei venditæ, quoad nummus ille offeratur, ut *l. Julianus* 13. §. *offerri, de action. emp. l. fistulas* 78. §. *pen. de contr. emp. l.* 13. *quod si nolit*, §. *idem Marcellus*, *de ædil. edic. l.* 5. *de dot. præleg.* Dixi venditorem habere retentionem rei venditæ quasi jure pignoris ex *d.* §. *offerri*, quia rei suæ mero jure nullum pignus est, et res vendita venditoris est ante traditionem *l.* 45. *neque pignus*, *de reg. jur.* Omnem ferme retentionem jure permissam tuetur color pignoris, ut *l. creditoris* 15. *in fin. de furt.*

Ad L. VIII. De rescind. vendit.

Titius Seji procurator, defuncto Sejo, ab eo scriptus hæres, cum ignoraret, fundum vendente servo hæreditario, quasi procurator subscripsit. Quæsitum est, an cognito eo, priusquam emptio perficeretur, a venditione discedere possit? Respondit: Titium, si non ipse vendidit, non idcirco actionibus civilibus teneri, quod servo vendente subscripserat: sed servi nomine prætoria actione teneri.

Ex lib. 2. quartum responsum est in *l.* 8. *de rescind. vendit.* ex quo intelligimus, Titium, exempli gratia, procuratorem Seji, cum fuisset testamento Seji hæres scriptus, et ipse ignoraret Sejum vita decessisse, et se peregre forte agentem hæredem scriptum, ac se igitur procuratorem Seji esse desiisse morte Seji; fundum vendenti servo hæreditario, quasi procuratorem venditioni subscripsisse, non quasi dominum, quippe cum nondum cognovisset se esse dominum, ob quam subscriptionem ait, non teneri quidem eum quasi venditorem actione civili ex empto suo nomine, ut fundum tradat emptori, sed teneri actione prætoria de peculio, et de in rem verso servi nomine. Actio ex empto de peculio, est prætoria, non civilis, §. *actiones*, *Instit. de action. Actiones*, inquit, *de peculio comparavit prætor*, et competit in dominum servi nomine, ut ait hoc loco, id est, ex contractu servi, non in solidum, sed de peculio dumtaxat, civilis in solidum, et civilis suo nomine, ut dixi, de peculio prætoria servi nomine, ut *l. Fulcinius* 7. §. *si quis actione*, *quib. ex caus. in poss. eat.* et sæpe in *tit. de pecul.* dari actionem de peculio servi nomine, vel filii, licet in plerisque aliis locis dicatur, etiam actionem de peculio dari in patrem, vel dominum suo nomine, quod eatenus ipse teneatur jure

prætorio ex contractu servi sui, ut *l.* 1. §. *ult. de constit. pec. l.* 59. *de solut.* Utrumque ergo dixeris recte, quod notandum, actionem de peculio jure prætorio dari in patrem, vel dominum suo nomine, vel dari filii, aut servi nomine. Ponit autem Titium procuratorem Seji cognovisse, se hæredem esse mandatoris, priusquam, inquit, emptio perficeretur, emptio fundi venditi a servo hæreditario: priusquam emptio perficeretur, id est, integris omnibus, nequedum re tradita, neque pretio soluto. Igitur priusquam emptio perficeretur, id est, priusquam impleretur, ut proprie loquitur *l. si quis alienam* 46. *de act. emp.* Et sic perficere pro implere in *l. Lucius* 21. §. *ult. ad municip. l.* 17. *contractus*, *C. de fide instrum. l.* 1. *C. de vendend. reb. civit.* ut et in *l.* 9. *metum autem præsentem*, §. *sed quod prætor, quod metus causa*: perfici stipulationem, idem quod impleri, *l.* 7. *de novat.* Alioquin, si proprie loqui volumus, aliud est perficere, aliud implere. Perficitur stipulatio verbis, impletur numeratione, vel datione: perficitur emptio venditio nudo consensu, impletur numeratione. Perficitur matrimonium nudo consensu, impletur concubitu. Implere est consummare rem, implere matrimonium est peragere res mariti.

Ad L. XLVIII. De action. empti.

Titius hæres Sempronii fundum Septitio vendidit ita: Fundus Sempronianus, quidquid Sempronii juris fuit, erit tibi emptus tot nummis, vacuamque possessionem tradidit, neque fines ejus demonstravit: Quæritur, an empti judicio cogendus sit ostendere ex instrumentis hæreditariis, quid juris defunctus habuerit, et fines ostendere? Respondi, id ex ea scriptura præstandum, quod sensisse intelliguntur. Quod si non appareat, debere venditorem, et instrumenta fundi, et fines ostendere: hoc enim contractui bonæ fidei consonat.

Huic vero legi subjungamus *l.* 48. *de action. empt.* quæ de perfecta et impleta venditione loquitur. Ponit enim hæredem Sempronii fundum hæreditarium, et quicquid in eo fundo juris Sempronius habuisset, vendidisse, et fundum tradidisse, nec tamen, quid juris in eo fundo Sempronius habuisset, ostendisse, prolatis scilicet instrumentis auctoritatis et originis, *qu'on appelle les tiltres et enseignemens*, ac ne fines quidem ejus fundi demonstrasse. Quamobrem statuit Scævola, actione ex empto venditorem teneri, ut fines et instrumenta fundi hæreditarii ostendat emptori, *l'acquisition*, *le tiltre*, ut exhibeat, non ut tradat: instrumenta enim ea semper remanere apud venditorem oportet (et ita fit vulgo) quibus scilicet conventus forte evictionis nomine jus suum approbare possit: nisi convenerit, ut ea emptori traderentur. Quod confirmari belle potest ex *l. instrumenta* 24. *C. de fideicommiss.* Nec contradicit huic sententiæ *l.* 65. *cum servo*, §. *ult. de contrah. empt.* quia de confinibus loquitur, non de finibus, id est, de personis vicinorum, non de terminis prædiorum.

Ad L. XII. De evict.

Quidam ex parte dimidia hæres institutus, universa prædia vendidit: et cohæredes pretium acceperunt, evictis his. Quæro an cohæredes ex empto actione teneantur? Respondi, si cohæredes præsentes adfuerunt, nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.

Tres sunt hæredes: unus ex semisse, alter ex sextante, tertius ex triente. Qui hæres erat ex semisse, vendidit universa prædia hæreditaria certo pretio, ejusque pretii partem ratam cohæredes acceperunt. Quæritur, evictis prædiis emptori jure judicioque, an cohæredes evictionis nomine ex empto teneantur, qui partem ratam pretii receperunt? Et ait, teneri (non si partem ratam, ut dixi, pretii acceperint, vel quia acceperunt) sed si præsentes adfuerint, cum prædia ab hærede semissario venderentur, nec dissenserint, id est, si tacuerint: quoniam ut Ambros. ait serm. 49. (vel Max. Taurinensis in Homil. 4. quadam, cujus sane videntur, esse sermones omnes, qui Ambrosio tribuuntur: Sermo et homilia idem est) Taciturnitas interdum pro consensu habetur, et hoc frequenter occurrit in jure nostro. Quin et hoc esse παροιμιῶδες Gregor. Nazianzen. ait 2. de pace, τὴν σιωπὴν συγκατάθεσιν εἶναι διδάσκει ἡ παροιμία. *Taciturnitatem, inquit, consensum esse docet pareomia*, id est, vox de via collecta, vel e vulgo. Igitur in specie proposita unusquisque partem suam vendidisse videtur: quia taciturnitas consensum imitatur: non est satis partem pretii accepisse cohæredes, ut partes suas vendidisse videantur, quas in prædiis habuerunt: sed necesse est, ut venditioni contrahendæ interfuerint, nec contradixerint: venditores tantum tenentur de evictione. Non est autem venditor judicandus quisquam ob id, quod partem pretii acceperit, sed quod interfuerit, nec rem impedierit: retro tacuisse, et interfuisse; meo quidem animo, satis est, etiamsi pretii partem ab cohærede semissario, qui palam prædia omnia hæreditaria vendidit, nondum acceperit. Responsio est elegans.

Ad L. VI. De probatione.

Patronum manifeste docere debere, libertum in fraudem suam aliquid dedisse, ut partem ejus quod in fraudem datum esset, posset avocare.

Eamus porro ad *l.* 6. *de probat.* quæ definit, patronum, qui Fabiana vel Calvisiana actione revocat quod libertus in fraudem suam alienavit, partis sibi debitæ in bonis liberti minuendæ causa (debetur autem triens jure novo, semis jure veteri) id manifeste docere debere inquit, hæc sunt verba, id est, semper ubi probatio exigitur, exigitur evidens, exigitur autem in jure evidens, et manifeste igitur probare debere, dolum malum liberti, aut si dolus malus liberti absit, mortis causa factam alienationem, ut *l.* 1. §. 1. *si quid in fraud patr.*

Ad L. ult. Eod. tit.

Commemorationem in chirographo pecuniarum, quæ ex alia causa deberi dicuntur, factam, vim obligationis non habere.

Tribuitur etiam huic libro 2. in *eod. tit. de probat. l. ult.* quæ commemorationem, vel mentionem in chirographo quodam factam alterius chirographi, sive cautionis, sive pecuniarum, quæ ex alia causa eidem deberi dicuntur, ait, vim obligationis non habere: nihilve prodesse ei, qui ex alia causa sibi deberi dicit. Instrumenta, vel testes produci oportere, quibus probet sibi etiam ex alia causa deberi: commemorationem illam non esse probationem idoneam. Quod etiam cavetur nominatim in *Novel.* 119. §. 1. et ita est, sicut ex diverso omissa in chirographo aliquo alterius chirographi, et debiti mentio, nihil officit creditori, *l. Lucio* 29. *de obl. et action.*

Ad L. XXIX. De pactis dotal.

Cum maritus, qui æstimata prædia in dotem acceperat, manente matrimonio pactus est circumscribendæ mulieris gratia, ut prædia inæstimata essent, ut sine periculo suo ea deteriora faceret: quæsitum est, an secundum priores dotales tabulas prædia æstimata remanerent, et periculum eorum ad maritum pertineret? Respondi, non idcirco id pactum, de quo quæreretur, impediri, quod in matrimonio factum esset, si deteriore loco dos non esset: nihilominus, eo pacto admisso, si deteriora prædia faceret, eo etiam nomine dotis eum actione teneri.

Sciendum est, multum interesse, prædia in dotem data sint marito inæstimata: nam quæ æstimata, mariti fiunt pleno jure, et consequenter, periculum eorum ad maritum pertinet (id enim est æquum, ut res sua cuique pereat) *l. cum post.* 69. §. *pen. sup. tit prox. l.* 51. *æstimatæ, sol. matri. l. uni.* §. *cum autem hypothecam, C. de rei ux. act.* Et hoc casu soluto matrimonio, quod elegerit maritus, id restituet, scilicet æstimationem, vel prædia, etiamsi ab alio quodam sine culpa, aut dolo mariti deteriora facta sint, *l. plerumque* 10. §. *ult. et l. seq. de jure dot.* Inæstimata autem, quia proprie dotalia appellantur, *d. l. uni* §. *in fundo*, mulieris sunt, *l. quamvis, sup. tit. prox.* Ac proinde periculum eorum pertinet ad mulierem, si perierint, aut deteriora facta sint sine dolo, aut culpa mariti. Inde quæritur, si ab initio, consignatis dotalibus tabulis, ut idem etiam loquitur in *l. ult. de dot. præleg.* maritus dotis nomine prædia acceperit æstimata, et constante matrimonio consignatis aliis tabulis dotalibus pactus sit cum muliere, ut inæstimata essent avertendi a se periculi causa, et convertendi in mulierem: quæritur, inquam, an tale pactum, quod factum est manente matrimonio, an talis emendatio dotalium tabularum valeat? Respondet, valere, si prædia ipse maritus deteriora non fecerit, sed si ea ipse deteriora fecerit, pactum marito nihil proficit, quin eo nomine teneatur actione de dote. Valere, inquam, pactum, quod inter se fecere mariti, ut dos æstimata sit inæstimata: quia hoc genere dos redit in dominium mulieris. At e contrario, quod maxime notandum, non valet pactum constante matrimonio factum inter maritos, inter conjuges, quo id agitur, ut dos inæstimata sit æstimata constituto certo pretio, *l.* 12. *in princ. sup. tit. prox.* quia hoc genere a muliere dotis dominium discedit, et transfertur in maritum sub conditione reddendæ dotis soluto matrimonio. Transfertur enim ex causa dotis dominium in maritum ad tempus, vel ut loquuntur, revocabiliter, id est, ita ut possit revocari dirempto matrimonio. At plenum revera dominium est mulieris, propter spem revocandæ dotis.

Ad §. 1. *Titius.*

§. 1. *Titius mulieris nomine dotem dedit, et stipulatus est in casum mortis, et divortii: divortio secuto, non repetita dote Titius decessit, mulier ex voluntate hæredis ejus redintegravit matrimonium. Quæsitum est, an ex stipulatu dotem petere possit? Respondi, hæredem Titii si consensisset, ut ea quantitas, quam ex stipulatu consequi potuerat, dotis reconciliato matrimonio fieret: posse pacti exceptione summoveri.*

Alterum responsum hujus legis est in §. 1. de extraneo, qui dotem dedit pro muliere, et stipulatus est eam sibi reddi quocunque modo soluto matrimonio, vel divortio, vel morte (quæ dos specialiter dos receptitia dicitur, puta, quam recipit, qui dedit pro muliere, sibi reddi, *l.* 31. *mortis causa capitur*, §. *sed et dos, de mort. causa*

donat.) Qui post divortium, si vita decesserit ante repetitionem dotis, ait, hæredi ejus cum effectu non competere repetitionem uno casu (alioquin competit in hoc casu) ut puta, si consentiente hærede, rursus mulier in matrimonium redierit constituta eadem dote, aut si hæres stipulatoris non tantum consenserit redintegrationi matrimonii, sed etiam redintegrationi dotis, ut Dorotheus tradit recte hoc loco: male Thalelæus, et Stephanus, et ex Latinis Accursius, satis esse, si consenserit redintegrationi matrimonii. Hoc enim ipso tacite etiam consensisse cum videri redintegrationi dotis. Quod verba hujus responsi certe non ferunt, neque *l.* 63. *stipulatio*, *sup. t. prox.* In muliere quidem verum hoc est, nisi aliud convenerit nominatim, eam renovatis nuptiis, tacite etiam dotem renovasse videri, quam dederat de suo, *l. dotem, quæ* 30. *et l. post divortium* 64. *eod. tit.* In extraneo sane non est verum.

Ad §. 2. *Mulier.*

§. 2. *Mulier de dote quam dedit pacta est, ut si in matrimonio decessisset, fratri ejus redderetur: isque in eum casum stipulatus est: mulier decedens quasdam res dotales marito legavit, et aliis: quosdam ex servis dotalibus manumisit. Quæsitum est, an maritus earum nomine, quas legavit mulier, et servorum, quos manumisit, fratri tenetur? Respondi, nihil proponi, cur non teneretur: cum etiam hæredes defunctæ tam legatariis, quam libertatibus obnoxii sint.*

Mulier in dote danda pacta est, ut si ipsa in matrimonio moreretur, maritus fratri dotem redderet, et in eum quoque casum frater mulieris dotem sibi reddi stipulatus est, alioquin ex pacto sororis non haberet actionem, *l.* 26. §. *pen. hoc tit.* Alteri paciscimur inutiliter. Post vero moriens mulier testamento quasdam res dotales ab hæredibus suis, non a fratre, quem hæredem non instituit, sed ab aliis hæredibus suis marito, et aliis quibusdam amicis, vel cognatis legavit, et servos etiam quosdam dotales manumisit per fideicommissum. Quæritur, an frater, qui stipulatus est in casum mortis sororis dotem sibi reddi, ex stipulatu eas res, eosque servos dotales repetere possit? Respondet, posse: quia semel quæsitam fratri obligationem ex stipulatu soror auferre, et adimere non potest. Ceterum maritum, et ceteros legatarios, et servos manumissos habere actionem adversus hæredes mulieris, ut consequantur legata, et libertates. Ponendum est, mulierem fratri stipulanti morte sororis soluto matrimonio dotem sibi reddi, voluisse mortis causa dotem donare fratri, ex *l.* 11. *de dote prælег.* nec a fratre tamen, ut posuimus, sed ab hærede mulieris legata fuisse relicta: quæ nec relinqui possunt a donatario mortis causa, legata scilicet, sed fideicommissa tantummodo, *l.* 9. *ab eo, C. de fideicommiss.*

Ad L. LVIII. De donat. inter vir. et uxor.

Si prædia, et mancipia Sejæ data effecta sint ejus tempore concubinatus, ac postea tempore matrimonii, aliis acceptis reddita sunt: quid juris est? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, negotium potius gestum videri, quam donationem intervenisse.

§. *Item, cum quæreretur de cibariis mancipiorum, respondit: tempore quidem concubinatus data cibaria repeti non possunt, sed nec tempore matrimonii, si ea mancipia uxoris in communi usu fuerint.*

Sequitur *l.* 58. *de donat. inter vir. et uxor.* Nota, ut arbitror, omnibus est differentia in causa donationis, quæ jure civili recepta est inter uxorem et concubinam, quod concubinæ donari possit, uxori non item, *l.* 31. *donationes, de donat.* Quod si quis concubinæ donaverit prædia, et mancipia quædam, et deinde eandem concubinam procedente consuetudine, et affectione roborata, duxerit uxorem, et res, quas ei in concubinatu donaverat, ab ea receperit, aliis rebus datis in earum vicem: Scævola ait, negotium eum gessisse potius cum illa videri, id est, permutationem rerum contraxisse, quam donasse, quæ ei tradidit in matrimonio, in vicem earum rerum, quas ei in concubinatu donaverat: et valere igitur, quod cum ea gessit post contractum matrimonium. Permutatio enim longe distat a donatione, *l. ita constante* 26. *sup. de jure dot.* Addit Scævola, donationem etiam non videri intercessisse, si mancipia uxoris, quæ erant in usu communi mariti et uxoris, maritus de suo exhibuerit, si eis cibaria de suo præbuerit: quia et ipse ministerio eorum utebatur: et naturalis ratio postulat, ut cibaria præstet familiæ servorum, qui ea utitur: et ideo condicere ea cibaria maritum non posse, seu repetere ab uxore condictione sine causa, vel ex injusta causa, *l. sed si vir* 31. §. *ult. sup. hoc tit.*

Ad §. *ult. Filius.*

§. 2. *Filius rebus matris intervenire solitus, pecunia matris, consentiente ipsa, mancipia, et res mercatus, emptionum instrumenta suo nomine confecit: decessit in patris potestate. Quæsitum est, an mater cum marito suo experiri, et qua actione uti possit? Respondit: si mater obligatum filium in ea pecunia voluit esse: intra annum, quam filius decessit, de peculio cum patre,*

in cujus potestate fuisse proponatur, actionem habere: si donavit, repeti posse, quanto locupletior ex ea donatione pater factus est.

Sequitur in §. *ult.* hujus legis, neque marito donare uxorem posse, neque filio communi, quem maritus habet in potestate, quia marito quæritur, *l. 3. §. secundum hoc tit.* Et ideo, si filio mater donaverit pecuniam, qua suo nomine prædia et mancipia compararet, condicere uxor ea marito potest, quatenus locupletior ex ea donatione factus maritus est: quia quæ donat filiofamilias, quem etiamsi ipsa genuerit et creaverit, sane donare marito videtur: quæ donatio jure civili improbata est. Sed si mater filio non donaverit eam pecuniam, sed quasi procuratori negotiorum suorum eam pecuniam ei dederit, mortuo filio, ait, mulieri in maritum filii nomine esse actionem de peculio intra annum, juxta tit. *quando de pecul. actio annal. est.* Res est perspicua satis.

Ad L. L. Sol. matrimonio.

Æstimatis rebus in dotem datis, pactum intercessit, ut ex quacunque causa dos reddi deberet, ipsæ res restituerentur, habita ratione augmenti et deminutionis, viri boni arbitratu: quæ vero non exstarent, ab initio æstimatio earum. Quæsitum est: cum res quædam, quas maritus vendiderat, exstarent: an secundum pactum et hæc ad mulierem pertinerent? Respondi: res, quæ exstant, si neque volente, neque ratum habente muliere venissent, perinde reddendas, atque si nulla æstimatio intervenisset.

Transeo ad *l. 50. sol. matrim.* Mulier viro dedit in dotem res æstimatas certo pretio: mox pacto convento hoc actum est inter eos, ut maritus soluto matrimonio non haberet electionem, utrum malit res offerre, an æstimationem earum: sed ut omnino res ipsas offerret, et restitueret, habita ratione augmenti et diminutionis ipsarum rerum boni viri arbitratu, puta, ut restitueret etiam earum rerum augmentum: diminutionis autem compensatio fieret cum augmento, et quod plus esset in diminutione, quam in augmento, id pertineret ad mulierem, si modo eadem diminutio contigisset sine dolo et culpa mariti. Ac præterea hoc actum est, ut rerum dotalium, quæ non extarent tempore soluti matrimonii, æstimatio dicta ab initio restitueretur mulieri, vel hæredi ejus. Extantes vero ut ipsæ omnimodo restituerentur. Porro si maritus res quasdam dotales vendiderit, quæ extent tempore soluti matrimonii, quæritur, an eæ etiam res uxori omnimodo restituendæ sint? Et ait, restituendas esse, quia extant, venditio eas non peremit: restituendas, inquam, eas esse, si neque volente, neque ratum habente uxore, venierint. Igitur nec invita muliere maritum liberari offerendo earum æstimationem. Voluntas aut ratihabitio mulieris exigitur, si res sint immobiles, quæ a marito venundatæ sint, *l. ult. de pact. dot.* quia pro inæstimatis habentur, non si æstimatæ sint, vel pro æstimatis. Non item si sint res mobiles, non item si pondere, numero, mensura constant, ut *l. res in dotem. 42. sup. de jure dot.* hæ omnes res dotales, puta, res æstimatæ, res mobiles, res, quæ pondere, numero, mensura constant, a marito alienari possunt sine voluntate uxoris. Non etiam res immobiles inæstimatæ, quæ proprie dotales nuncupantur.

Ad L. XXVI. De tut. et curat. dat.

Sejæ egressæ annos duodecim, decreto prætoris ex inquisitione datus est tutor quasi minori. Quæro, an excusare se deberet? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, neque excusationem necessariam esse, neque obligari, quod non gereret.

Sequitur *l. 26. de tut. et curat: dat.* ex qua intelligimus, tutorem decreto prætoris ex inquisitione puberi dari inutiliter, atque ideo tutori, quem prætor puberi dedit, neque excusationem necessariam esse, neque obligari eum, si negligat negotia puberis. Puberi curatorem dari, non tutorem: curatorem indifferenter dari modo puberi, modo impuberi. Tutorem soli impuberi Loquitur Scævola in hac lege de tutore puberi dato ex decreto prætoris, ex inquisitione. Quæro, an idem dicendum de tutore puberi dato testamento patris? Sic sane: nullam esse dationem, non jure datum tutorem videri. Verum hoc casu a prætore citra inquisitionem confirmari potest, quia sufficit electio et judicium patris, ut *l. 6. sup. de confirm. tut.* Denique a prætore puberi tutor dari non potest, confirmari potest ex judicio patris. Nec igitur dationis et confirmationis eadem prorsus causa est. Dicitur quidem et qui confirmat dare, *l. jure 26. §. ult. et l. seq. de testam. tut. l. pen. §. sed cum veteres, C. de necess. hæred.* Sed aliud est dare confirmationis spe, aliud dare directo et simpliciter. Ait in hac lege, *quasi minori*, id est, quasi pupillo. Minor pro pupillo, ut in §. 2. vers. *sed si nummi, Instit. quibus alien. lic. vel non.*

Ad L. XLVII. De administr. et peric. tut.

Titium et Mævium tutores quis dedit: et cavit: Βούλομαι καὶ παρακαλῶ πάντα γίνεσθαι μετὰ τῆς Μαιβίου τοῦ ἀδελφοῦ μου γνώμης: δίχα αὐτοῦ τὸ γινό-

μενον ἄκυρον ἔςω: id est: (*Volo, et rogo, omnia fieri cum Mævii fratris mei consilio, et quod sine eo fiet, irritum sit*) *Titius solus a debitoribus exigit: an liberati essent? Respondi, si et administrationem Mævio dedisset, non recte solutum.*

§. 1. *Quantum autem filio meo diurnum sufficiat, Marina et Januaria æstimabunt. Quæro, an contenti esse debeant tutores arbitrio mulierum? Respondi, sumptum boni viri arbitrio faciendum.*

§. 2. *Tutores dati ad res Italicas, instrumenta Romæ repererunt debitorum provincialium, ut pecunia Romæ, aut ubicunque petitum fuerit, solvatur. Quæro, cum neque debitores in Italia essent, neque eorum prædia, an hæc exactio ad Italicæ rei tutores pertineat? Respondi, si provincialis contractus esset, non pertinere: respicere tamen ad officium eorum, ne instrumentorum ignorantia contractus eos, ad quos administratio pertineret, lateret.*

Multa alia responsa Scævolæ de tutelis suppeditat *l. 47. de admin. et per. tut.* Quorum 1. hoc est. Qui dato filiis suis impuberibus tutore Titio et Mævio fratre suo subjunxit, se velle et rogare omnia pupillorum negotia geri ex sententia Mævii fratris sui, πάντα γίνεσθαι μετὰ τῆς Μαιβίου γνώμης. hoc addito, ut hic proponitur, ἄκυρον ἔςω, *irritum esto, quidquid sine Mævio gestum erit*: si solus Titius non adhibito Mævio a debitoribus hæreditariis pecunias exegerit, non erunt liberati: quia non recte solverunt soli Titio, videlicet si Mævius non fuerit honorarius tutor, sed commissa ei etiam fuerit administratio tutelæ: sicut commissam ei fuisse sane illa verba pervincunt, *Titium, et Mævium tutores dedit.* Honorarii tutoris voluntas exquirenda non esset, licet testator irrita esse jussisset quæcunque is, cui tutelæ administratio credita est, sine honorario tutore gereret. Neque enim semper expedit, διὰ πάντων, sequi judicium et voluntatem defuncti. Verbum est Quintil. *potentius esse, quod in albo legitur, quam quod testamento.* Quod et alio exemplo comprobatur in 2. responso. Si jusserit testator, libero et soluto arbitrio duarum mulierum diurnum sive diarium pupillo constitui, et præstari alimentorum causa, liberum illud arbitrium mulieribus non permitti, sed redigi ad arbitrium boni viri, ut *l. 5. §. Papinianus, hoc tit.* Non semper exacte obsequimur voluntatibus defunctorum. Tertium responsum est hujusmodi: pupillo locupletissimo alii dati sunt tutores rerum Italicarum, alii tutores rerum provincialium. Qui rerum Italicarum tutores erant, Romæ chirographa provincialium debitorum repererunt, vel, ut hic scriptum est, *repererunt*, quibus cavebant, se soluturos debitas pecunias Romæ, vel ubicumque conventi fuissent: et chirographa quidem eorum erant Romæ. Ceterum ipsi, bonaque eorum erant in provincia: quæritur, an ex chirographis Romæ repertis, tutores rerum Italicarum convenire eos, et exigere in provincia possint? Et ait, non posse: rectissime: quia provinciales debitores sunt, non Italici, officio tamen eorum incumbere, ut provinciales tutores de repertis Romæ chirographis certiores faciant: *Si*, inquit, *provincialis contractus esset*, id est, si debitores essent provinciales. Sic respondere Scævola solet, ut in 2. *responso hujus l. si et administrationem Mævio dedisset*, et in 4. *responso: si manet res pupilli*, et in 5. *si secundum voluntatem defuncti elegissent*, et in *l. 122. qui Romæ, §. Agerius, et §. seq. de verb. obligat.* Scævola ait, *si*, non ambigens, non ἀμφιβάλλων, ἀλλὰ καὶ σφόδρα διαβεβαιούμενος καὶ ὁμολογούμενος, ut Chrysost. loquitur 4. *ad Ephes. et 2. ad Tessal. cap. 1.* dum docet, et in sacris script. hunc artic. *si*, non dubitationem significare, sed adseverationem, et affirmationem, *si*, pro *quia, comme l'on dit.*

Ad §. 3. A matre datus.

§. 3. *A matre datus testamento tutor. cum putaret se tutorem esse, distraxit bona materna et paterna pupillorum, et decessit non solvendo. Quæritur, an pupillus res possit vindicare? Respondi, si manent res pupilli, vindicari ab eo posse.*

Certum est, testamento matris liberis impuberibus non jure tutorem dari, *l. 1. et 2. sup. de confir. tut.* quia patri soli, qui impuberes habet in potestate, hoc jus lex 12. tab. dedit his verbis: *Paterfamilias uti super pecunia tutelave suæ rei, etc.* Sed si datus fuerit tutor testamento matris, nec confirmatus decreto prætoris, vel præsidis (indiget enim confirmatione) cum errans in jure putaret, se recte tutorem datum, bona mobilia et immobilia pupillorum paterna et materna distraxit, et protutelæ actio, qua tenetur pupillis, inanis sit propter ejus inopiam, quia bona pupillorum esse non desierunt, nec sunt cum effectu a protutore abalienata, recte definit hoc loco, eorum bonorum vindicationem pupillis competere: si solvendo fuerit protutor, forte non competit pupillis vindicatio, propter auctoritatem rei judicatæ, utputa, si facta alienatio fuerit, ut oportet, ex decreto prætoris, vel præsidis bonorum immobilium, juxta orationem Severi Imperat. de qua est tit. ille *de reb. eor. qui sub tut. vel cur. sunt sine decr. non alien.*

Ad §. 4. *Præfectus legionis.*

§. 4. *Præfectus legionis ita testamento cavit: Volo, ut sit in arbitrio tutorum filii mei, si voluerint hujus summæ uncias inferre usurarum nomine, ita ne nummæ dispergantur. Quæro, si apparuerit pecunia fœnerata a tutoribus, judicio tutelæ uncias usuras, an vero eas, quas stipulati sunt, præstare debeant? Respondi, si secundum voluntatem defuncti elegissent usurarum præstationem, neque pupilli nomine in fœnus dedissent: id præstatur, quod testator voluisset.*

Quidam tutoribus datis filio suo impuberi, ne certi nummi, quos in arca filio relinquebat, dispergerentur in plures, ut ait, pluribus scilicet fœnoris causa, si in arbitrio tutorum posuit, ut ipsi eos nummos sibi sumerent, et pro illis inferrent rationibus pupilli uncias usuras, quæ usuræ in centenos quotannis reddunt nummum unum, nec ullæ sunt eis mitiores, centesimo duntaxat anno sortem æquant: tutores vero acceptis nummis, eos fœnori aliis occuparunt, vel apud alios majoribus usuris, veluti semissibus, aut centesimis: quæritur judicio tutelæ utrum semisses, aut centesimas, an uncias tantum usuras pupilli rationibus inferre debeant? Et ait, uncias tantum usuras esse præstandas, si suo, ut præsumitur, non pupilli nomine pecuniam fœnori occupaverint: quia fœnori occupantes suo nomine subsequuti videntur: et elegisse judicium defuncti, qui voluit nummos apud eos remanere, si ipsi vellent ab ipsis retineri sub unciis usuris. Uncias usuras promiscue dicimus et unciarias, ut unciarum fœnus; Corn. Tacitus 7. annal. 12. *tab.* inquit, *sanctum esse*, *ne quis unciario fœnore amplius exerceret.* Livius lib. 7. Id sanctum esse Duilia lege, ac postea alia lege, ne amplius semunciario fœnore. Quamvis autem species hic proposita sit de testamento cujusdam præfecti legionis, tamen et in quolibet alio testatore eadem poni species, idemque responderi potest De officio præfecti legionis, quale fuerit, si scire cupis, adi Vegetium 2. cap. 6.

Ad §. 5. *Lucius Titius.*

§. 5. *Lucius Titius mutuam pecuniam a tutore accepit, et rem hæreditariam pignori ei dedit: post triennium, jam puberibus his, quorum tutela administrata est, fisco bona defuncti adjudicata sunt, quia mortem ejus hæres non est ultus. Quæritur, an id nomen pupillus recusare possit? Respondi, secundum ea, quæ proponuntur, id nomen ad onus tutorum non pertinere.*

Hæres defuncti, quem familia necasse dicebatur, tutori pupillorum quorundam re hæreditaria pignori data, ab eo tutore pupillorum nomine pecuniam pupillarem mutuam accepit. Post triennium finita tutela pubertate pupillorum, hæredi supradicto, quasi indigno et ingrato fiscus eripuit bona defuncti, quod necem ejus exsecutus et ultus non esset ex Senatusconsulto Syllan. et quod ante vindictam necis defuncti, et ante quæstionem de familia habitam, sumptumque de noxiis supplicium hæreditatem adiisset, atque ita hæres ille, ereptis sibi bonis defuncti, quæ sibi habuit sola, desiit esse solvendo: et consequenter minus idoneum factum est nomen, quod cum illo tutor contraxerat, mutuam ei dando pecuniam pupillarem, pignorisque causa exstincta, quod erepta hæreditate non possit consistere pignus rei hæreditariæ, quod nec ab initio constitisse intelligitur, cum pronuntiatum est, non jure aditam, ergo non quæsitam hæredi hæreditatem videri. Ac quæritur periculum istius nominis, *la perte de ceste debte*, utrum pertineat ad tutorem, an ad pupillos? Et respondet, pertinere ad pupillos, non ad tutorem: quia scilicet tempore finitæ tutelæ idoneum erat nomen, fisco nondum vindicata hæreditate, *l.* 59. *in princ. h. t.* Et ideo nomen illud recusare nec agnoscere pupillos non posse.

Ad §. 6. *Altero ex duobus.*

§. 6. *Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, hærede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus, et sibi redemptis, negotium suo nomine exercuit. Quæsitum est, utrum compendium negotii, an usuras pecuniæ præstare debeat? Respondi, secundum ea, quæ proponuntur, pupillo usuram, non compendium præstandum.*

Duo sunt fratres socii universorum bonorum, et negotiationis cujusdam, sive mercaturæ certæ: quorum unus cum vita decessisset relicto filio impubere, tutelam impuberis patruus, *qui est l'autre frere*, quasi legitimus tutor suscepit, et venditis omnibus mercibus communis negotiationis, alias merces sibi, id est suo nomine comparavit, et ex eis mercibus sibi soli negotium exercere cœpit. Quæritur, pupillo utrum patruus usuras tantum præstare debeat pecuniæ redactæ ex venditione mercium communium pro rata suæ portionis, quam pupillus in ea pecunia habet: an vero etiam præstare debeat pupillo incrementum quæstuum, et compendium, quod fecit ex posteriori negotiatione, quam instituit suo nomine, aliis mercibus reparatis (ut idem Scævola loquitur in *l. qui Romæ* 122. §. *Callimachus, de verb. oblig.*) ex supradicta pecunia? Et ait, usuram tantum pupillo esse præstandam pro rata portionis, quam in ea pecunia pupillus habet,

non compendium factum ex posteriori negotiatione: quia finita est societas morte unius ex fratribus, et post ejus mortem negotium sibi soli patruus exercere cœpit, redemptis aliis mercibus. Et longe alia est ratio *l.* 58. *qui negotiationem, infr. h. t.* ne quis eam objiciat. Quia ibi liberti ex voluntate, ex præscripto defuncti idem negotium exercuerunt post mortem quondam patroni, filii impuberis, nunc patroni sui nomine, ut iidem exercebant vivo patrono. Ergo impuberi, non sibi, sicut jusserat testator, ut perseverarent post mortem suam in eadem negotiatione, eamque eodem nomine exercerent, quo et exercebant se vivo. Aliud est usura pecuniæ, aliud compendium, sive incrementum negotiationis. Usura ex obligatione est: compendium ex re ipsa, ex re aliqua, et ex industria nostra mercandique peritia

Ad §. 7. Tutor.

§. 7. *Tutor rerum Italicarum, conventus a creditore provinciali, ubi rem pupillus habuit, solvit. Quæsitum est, an id tutelæ judicio reputari potest? Respondi, nihil proponi, cur non possit.*

Ex §. *ult.* hujus leg. summe notandum hoc est, quod si tutor rerum Italicarum solverit creditori provinciali, quod ei pupillus debuit, id pupillo eum reputare posse, quamvis fuerit creditor provincialis, non Italicus, cui solvitur pupilli nomine: dummodo solverit eo loco in Italia, ubi bona pupillus habuit: quia et ibi conveniri pupillus possit in Italia a creditore provinciali, nedum in provincia, in qua contractus initus fuerat. Est singulare responsum.

Ad L. XXXVII. De excusat. tutor.

Qui testamento tutor datus fuerat, adito prætore, dixit, se tres liberos habere: adjecit præterea, habenti patruum legitimum tutorem se vitiose tutorem datum: Prætor ita decrevit: si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio. Quæro, cum nemo patruus impuberi tutor esset, an nihilominus tutor remansit? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, quamvis justas excusationis causas haberet, non tamen esse excusatum propter vitium pronuntiationis.

§. 1. *Item quæro: si adquievisset sententiæ, an ob id, quod non gessit tutelam, utilis actio in hunc dari debeat? Respondi: si errore potius, quod se pro jure trium liberorum, quod allegabat, excusatum crederet, quam malitia, ab administratione cessasset, utilem actionem non dandam.*

Ut absolvamus etiam cetera, quæ ex hoc libro sunt responsa de tutelis, veniamus ad *l.* 37. *de excusat. tut.* Ab initio hujus legis, quod tale est, *Qui testam. tutor datus fuerat*, amovenda est, aut amovenda videtur vox *testamento*, ut sit, *qui tutor datus fuerat*, a prætore scilicet, non testamento: quoniam si testamento tutor datus est, legitimo tutori, de quo mox agit locus esse non potest, *l.* 11. *sup. de testam. tut.* Congruentius igitur ita speciem ponam: tutor Romæ a prætore datus se excusat, dicens, se habere tres liberos: ac præterea patruum esse pupillo legitimum tutorem, et dativam utique tutelam cedere legitimæ, atque adeo vitiose se tutorem a prætore datum habenti tutorem legitimum, ut *l.* 9. *C. qui dare tut. vel cur. possint.* Et prætor ita decrevit, *si legitimum tutorem habenti tutor datus es, non est tibi necessaria excusatio.* Hæc est sententia prætoris. Ita decrevit prætor errore plane deceptus, quia pupillo nullus fuit legitimus tutor, neque patruus neque alius agnatus. Quæritur, an qui datus est tutor a prætore, tutor maneat? Et ait, tutorem manere, quia vitiosum prætoris decretum est, in quo falsa allegatio expressa est, et quod falsa allegatio tutoris extorsit: ne tutori prosit se circumvenisse prætorem, *l.* 1. *C. si tut. vel curat. fals. allegat. excus. sit.* Sed necesse est, sicuti hic proponitur, ut falsa illa allegatio sit expressa in sententia prætoris: alioquin propter auctoritatem rei judicatæ, falsa illa allegatione in sententia sub conditione non expressa, standum esset rei judicatæ, nec tutor maneret, *l.* 65. *servo invito*, §. *cum prætor, ad Senatusc. Trebell.* At in hac specie tutor manet propter vitium manifestam sententiæ, ut ait. Quin et si fretus sententia prætoris non gesserit tutelam, tutelæ utili actione tenetur, nisi κακολογισμῷ, ut est in Basilic. et errore potius et ipse ductus non gesserit tutelam, puta, quod se jure trium liberorum excusatum crederet: si, inquam, errore potius, quam malitia ab administratione cessaverit: si enim malitia quadam, utili actione tenetur: perinde atque si tutelam administrasset.

Ad L. LXXXV. De hæred. instit.

Lucius Titius, qui fratrem habebat, testamento ita cavit: Titius frater meus ex asse mihi hæres esto. Si mihi Titius hæres esse noluerit, aut (quod abominor) prius morietur, quam meam hæreditatem adierit, aut filium, filiamve ex se natum, natamve non habebit: Tunc Stichus et Pamphilus servi mei liberi et hæredes mihi æquis partibus sunto. Quæro, cum Titius hæreditatem adierit, et liberos aditæ hæreditatis tempore non habuerit: an Stichus et Pamphilus ex substi-

tutione liberi et hæredes esse possint. Item quæro, si ex substitutione neque liberi neque hæredes esse possint, an in parte hæreditatis videantur adjecti? Respondit: apparet quidem, non eam mentem testatoris fuisse, ut quemquam hæredem adhiberet fratri, quem aperte ex asse hæredem instituisset. Igitur, si frater adiit, Stichus et Pamphilus hæredes non erunt, quos eos amplius noluit hæredes esse, si frater, priusquam hæreditatem adiret, decessisset liberis relictis: nam prudens consilium testantis animadvertitur: non enim fratrem solum hæredem prætulit substitutis: sed et ejus liberos.

Ex his, quæ restant ex lib. 2. quæ omnia hodie dare decrevit, primum datur *l.* 85. *de hæred. institut.* cujus legis nomen, et fama est magna satis apud juris studiosos. Quidam testamento ex asse fratrem hæredem instituit, eique fecit vulgarem substitutionem in hunc modum: *si frater mihi hæres esse noluerit,* id est, si repudiaverit hæreditatem meam, *aut si moriatur antequam hæreditatem meam adierit, aut filium filiamve ex se natum natamve non habuerit,* quod tacite est, *aut etiam si hæreditatem adierit, et filium filiamve ex se natum natamve non habuerit, tunc Stichus et Pamphilus servi mei liberi et hæredes sunto.* Si hæreditatem frater adierit, exspirasse videtur substitutio vulgaris, *l.* 5. *C. de impub. et aliis subst.* Vulgaris finitur aditione. Si igitur, ut dixi, frater hæreditatem adierit, expirat substitutio vulgaris servorum, etiamsi aditæ hæreditatis tempore, ut ait neque filium neque filiam habuerit. Serva quod ait, *aditæ hæreditatis tempore*: dummodo igitur moriens, mortis suæ tempore habuerit liberos. Contra si hæreditatem non adierit, et moriens filium aut filiam reliquerit, etiam exspirasse videtur substitutio vulgaris: quia filios fratris manifestum est testatorem prætulisse substitutis. Excluduntur itaque substituti adita hæreditate, et si liberos mortis tempore frater hæres institutus habuerit. Excluduntur etiam substituti non adita hæreditate, si liberos habuerit, quoniam testator non aliter substitutos admitti voluit, quam si utrumque concurreret, si non adiret frater, et si liberos non haberet. Itaque ut excludantur substituti, si non adierit, necesse est, ut etiam liberos habuerit; sin vero adierit, non necesse est, ut etiam liberos habuerit mortis tempore. Qui autem non admittuntur ut substituti in assem, nec admittuntur in partem ut adjecti, ut cohæredes: quoniam testator fratrem voluit assem integrum habere, ut *l.* 7. *verbis, t. seq.* De hisce liberis quæri solet, quos frater reliquit, quo jure hæredes sint patrui defuncti. Neque enim ex testamento hæredes esse possunt, qui instituti, vel substituti non sunt, sed positi tantum in conditione. Et verius est, eos, qui sunt in conditione, non esse in dispositione, id est, in institutione, ut patet ex *l.* 29. *Gallus,* §. *idem credendum, et* §. *in omnibus, de liber. et posthum. l.* 16. *si quis eum,* §. *ult. t. seq.* Consequens igitur est, eos mortuo patre ante, vel post aditam hæreditatem patruo hæredes esse jure legitimo, id est, ab intestato. Et legitimos igitur in hac specie præferri testamentariis hæredibus, id est, substitutis, ut *l.* 82. *si quis ita hæres, sup. hoc. t.* Et præferri secundum voluntatem, ut ait, et prudens consilium patrui, qui non tantum fratrem, sed etiam fratris filios prætulit substitutis, qui omnino voluit, filios fratris præferri substitutis, etiam in casum aditæ hæreditatis. Unde cave tamen ne colligas, ut nostri faciunt, directo posse substitui hæredi instituto in casum aditæ hæreditatis, quia nec in eum casum fratri substitutio palam facta proponitur, sed in contrarium casum, nempe hoc modo: si non adierit, aut liberos non habuerit. Et ita hæc lex explicanda est.

Ad L. XLVII. De vulg. et pupill. substit.

Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto filio hærede, filiam exhæredavit, et, si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit. Sed filiæ, si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem substituit. Quæro, cum filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes: an filii hæreditas ad uxorem, et sororem testatoris jure substitutionis pertineat? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non pertinere.

Sequitur *l. pen. de vulg. et pupill. substit.* Qui filium habebat, et filiam parvos ætate, id est, impuberes, filium ex asse hæredem instituit, filiam exhæredavit. Utrique vero substituit in secundum casum: quæ substitutio pupillaris dicitur, et jure fit etiam exhæredatis, in bonis scilicet, quæ acquisituri sunt, vel quæ jam proprio jure acquisiverunt, *l.* 1. §. *pen. l.* 10. *sed si plures,* §. *ad substitutos, hoc t.* Puta filio substituit, si impubes decessisset, filiam: filiæ æque, si antequam nuberet, id est, ante nubilem ætatem (sic interpretari oportet omnino) quod est, si impubes decessisset, substituit uxorem suam eorum matrem, vel novercam, et sororem suam eorum amitam; filia præmortua in pupillari ætate, deinde filio, filiæ quidem bona, si qua sunt, pertinent ad uxorem, et sororem testatoris jure substitutionis. Filii autem bona ad eas mulieres eodem jure non pertinent: quia substitutæ mulieres sunt filiæ, non filio. Pertinent igitur filii bona ad matrem, vel alium legitimum hæredem defuncti filii. Denique substituti, vel substitutæ filiæ,

substitutæ filio non intelliguntur. Hoc vult Scævola in hac lege. Et quod dicitur, si opponatur, substitutum substituto, substitutum videri instituto, ex *l.* 41. *cohæredi in princ. hoc t. et* §. *sed si instituto, Institut. de vulg. substit.* quod quidem dicitur sine distinctione ulla, non spectato ordine successionis, ordine mortis, id profecto locum habet tantum in vulgari substitutione, per quam hæres testatori constituitur: hoc est certum, non in pupillari, per quam hæres constituitur, et testamentum fit pupillo, non testatori. Scævola in hac *l.* spectat ordinem successionis, quatenus si prior impubes filia decesserit, ut proposui, ei significat succedere mulieres jure substitutionis. Filio autem postea impubere defuncto, legitimum hæredem ei succedere, non easdem mulieres. Ex diverso, si prior decesserit filius impubes, significat ei succedere filiam jure substitutionis. Filiæ autem postea defunctæ succedere substitutos mulieris, easque inventuras in hæreditate filiæ etiam hæreditatem filii. Quod latius memini me explicare ad Papinianum, ad *d. l. cohæredi.* In contextu autem hujus *l. pen.* recte legitur, ut in Florent. *Quæro, cum filia impubes*, non, *pubes.* Nam si pubes filia prior decesserit, ejus bona pertinent ad fratrem superstitem jure legitimo, jure intestati, non ad substitutas mulieres: quia substitutio pubertate finita est, *l. in pupillari* 14. *hoc t.*

Ad L. XIV. De Carbon. edicto.

Quæritur an impubes, qui bonorum possessionem ex Carboniano accepit, si, antequam possessio ad eum translata fuerit, pubes factus sit, petitoris partibus fungi debeat: Respondit, in eo, quod a possessore petet, probationem ei incumbere.

Cetera, quæ sequuntur hujus lib. responsa erunt levioris operæ. Ac primum, quod est in *l.* 14. *de Carb. edi.* Quanquam in eo explicando est labor aliquis modicus. Carboniana bonorum possessio datur liberis defuncti impuberibus, quibus fit controversia status, et bonorum paternorum, dilata quæstione status, et bonorum in tempus pubertatis, quo tempore etiam finitur Carboniana, *elle n'est que provisionaire.* At si tempore pubertatis, in filium impuberem, cui data est bonorum possessio Carbon. (datur a prætore verbotenus, non re ipsa, datur jus, non corpus: bonorum possessio prætoria est juris, non facti, *c'est un tiltre*) si, inquam, tempore pubertatis in filium impuberem, cui data est bonorum possessio Carbon. etiam re ipsa translata jam sit possessio corporalis bonorum defuncti parentis, quod fit utique non aliter, quam si filius caverit, id est, satis dederit de bonis interim non diminuendis, et restituendis adversario, si secundum eum judicatum erit: sane hoc casu in quæstione status, et bonorum, quæ disceptabitur post pubertatem filii, filius ipse quasi possessor, quoniam translata est in eum possessio, rei et defensoris partibus fungitur, nec ei onus probandi incumbit statum suum, vel jus suum, quod habet in bonis, quibus de agitur, *l. de bonis*, §. *ult. hoc t.* Si vero non satis dederit, atque adeo nec in eum translata fuerit possessio corporalis, in eo quod ab adversario possessore petit, sane probatio ei incumbit: quia actoris partibus fungitur, qui non possidet et congreditur cum possessore. Quæ est sententia hujus legis.

Ad L. XLV. De oper. libert.

Libertus negotiatoris vestiarii an eandem negotiationem in eadem civitate, et eodem loco invito patrono exercere possit? Respondit, nihil proponi, cur non possit, si nullam l esionem ex hoc sentiat patronus.

Quæ sequitur *l.* 45. *de oper. libert.* hoc vult: libertum negotiatoris vestiarii, vel lintearii non jure a patrono prohiberi in eadem civitate, et eodem loco idem negotium exercere. Vult forte patronus monopolium exercere, et ideo invidet liberto ejusdem negotii exercitionem, quod non jure fit. Et ita etiam lib. 4. respondit Scævola. Verum hoc loco a Triboniano addita videtur hæc exceptio, *si nullam læsionem ex hoc sentiat patronus.*

Ad L. XLVIII. de bon libert.

Quæro de eo, qui libertum effracturæ crimine accusavit. Respondit: si ejusmodi effracturæ crimine accusatus sit, ex quo, si probaretur, in metallum datus esset, denegandam bonorum possessionem.

Idem Scævola in *l.* 48. *de bon. libert.* definit, non posse ejus liberti patrono dari bonorum possessionem ex edicto prætoris, quem patronus major viginti quinque annis, ut exigitur, *l.* 14. *sup. hoc t.* quem, inquam, patronus effracturæ crimine accusavit, quo scilicet casu id crimen capitale est, et irrogat effractori metalli pœnam: ut si dixerit libertum esse nocturnum confractorem cardinum, et effractorem ædium, sive ut loquebantur, apertularium, *c' est un croche-teur.*

Ad L. ult. Unde cognati.

Intestata reliquit sororem Septiciam diverso patre natam, et prægnantem matrem ex alio marito. Quæro, si mater hæreditatem repudiaverit

dum adhuc prægnans est, posteaque enixa fuerit Semproniam: an etiam Sempronia, bonorum Titiæ possessionem accipere possit? Respondi, si mater hæreditate exclusa est, eam, quæ, ut proponeretur, postea nata est, accipere posse.

Ultimum hujus libri responsum est in *l. ult. unde cognati.* Quo cavetur, et eo jure utimur, matrem ab intestato præferri uterinis sororibus defuncti vel defunctæ. Ceterum matre repudiante hæreditatem intestati filii, vel filiæ, defuncto, vel defunctæ, tum succedere sorores uterinas, eadem matre, diverso a patre natas, sive natæ sint eo vivo, sive eo mortuo, modo conceptæ fuerint eo vivo: alioquin non essent cognatæ, *l. 6. Titius, et l. seq. de suis et leg. hæred.*

JACOBI CUJACII J. C.

IN LIB. III. RESPONS. CERVIDII SCÆVOLÆ

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. XIII. De inoffic. testamento

Titia filiam hæredem instituit, filio legatum dedit: eodem testamento ita cavit. Ea omnia, quæ supra dari fieri jussi, ea dari, fieri volo ab omni hærede, bonorumve possessore, qui mihi erit etiam jure intestato. Item, quæ dari jussero, ea uti dentur, fiantque fidei ejus committo. Quæsitum est, si soror centumvirali judicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur? Respondi, si hoc quæratur, an jure eorum, quos quis sibi ab intestato hæredes, bonorumve possessores successuros credat, fideicommittere possit? Respondi posse. Paulus notat: probat autem nec fideicommisso ab intestato data deberi, quasi a demente.

Ex Lib. III. Responsorum Scævolæ primum datur *l. 13. de inoffic. testam.* cujus initio jampridem indicavi in Florent. aliaque omni editione Pandect. perperam scriptum hoc modo: *Titia filiam hæredem instituit, filio legatum dedit*: cum paulo infra ponat, filiam non hæredem institutam, sed exhæredatam fuisse: et ideo egisse querela inofficiosi testamenti, quæ competit exhæredatis, atque ideo pro *filiam* scribendum *filium*, pro *filio*, *filia*: ut ita legamus: *Titia filium hæredem instituit, filiæ exhæredatæ legatum duntaxat dedit*: et erit hæc species: mater filium hæredem instituit, filiam exhæredavit, eique certum legatum dedit, et aliis quibusdam, et in extrema parte testamenti apposuit clausulam hujusmodi, quæ vulgo dicitur clausula codicillaris, qua testamento relicta legata

declaravit etiam se velle ab intestato præstari, si forte testamentum destitueretur, vel injustum pronuntiaretur, vel rescinderetur. Denique se velle testamento legata relicta præstari ab omni hærede, bonorumve possessore suo ex testamento, vel ab intestato, si non jure legati, jure fideicommissi. Si filia adversus fratrem egerit centumvirali judicio, ut ait, quæ est querela inofficiosi testamenti, et resciderit testamentum, intestatamque fecerit matrem pro parte sua: Scævola quidem ait, fideicommissa ab intestato relinqui potuisse, ut *l. 88. Lucius Titius, §. ult. de leg. 2. l. 8. de jur. codic. l. ex testamento 29. C. de fideicom.* Sed Paulus, qui notas in Scævolam scripsit, in hac specie ea fideicommissa deberi negat pro parte hæreditatis, quam evicit filia, quæ obtinuit in querela, hac ratione, quæ verissima est: quia is, cujus testamentum inofficiosum pronuntiatur, quasi demens, sive furiosus non intelligitur habuisse testamenti factionem, *l. 17. §. ult. hoc t. l. 36. de legat. 3.* Et qui testamenti factionem non habet, nec codicillos facere, aut fideicommissa relinquere potest *l. 2. de legat. lib. 1.* Qua ratione querela inofficiosi testamenti hoc jure rescindebat omnia, quæ in testamento scripta erant, quasi scripta a demente: hodie tamen ex Novella Justin. Querela inofficiosi testamenti rescindit tantum caput, et fundamentum testamenti, id est, hæredis institutionem: cetera non rescindit, cetera firma manent. Centumvirale judicium specialiter hoc loco dixit pro querela inofficiosi testamenti, sive petitione hæreditatis de inofficioso testamento: nam et sic appellatur, eodemque modo Plinius initio 5. Epist. *Exhæredatus*, inquit, *filius cum hæredibus suscripsit centumvirale judicium*, id est, querelam inofficiosi testamenti, Et paulo infra, *Verebantur, ne ex centumvirali judicio capitis rei exirent.* Et Quint. 7. cap. 1. *Exhæredatorum*, inquit, *repetentium bona paterna apud Centum viros*. Vulgo perperam, *apud Consules*, cum subjiciat de filio exhæredato sub hoc elogio, quod meretricem amaverit, quæstionem esse, an huic delicto pater debuerit ignoscere, et centumviri, inquit, tribuere debeant veniam.

Ad L. LVIII. De Usufr.

Defuncta fructuaria mense Decembri, jam omnibus fructibus, qui in agris nascuntur, mense Octobri per colonos sublatis, quæsitum est, utrum pensio hæredi fructuariæ solvi deberet: quamvis fructuaria ante Calend. Martias, quibus pensiones inferri debeant, decesserit: an dividi debeat inter hæredem fructuariæ, et Rempub. cui proprietas legata est? Respondi: Rem-

pub. quidem cum colono nullam actionem habere: fructuariæ vero hæredem sua die, secundum ea, quæ proponerentur, integram pensionem percepturum.

Quemadmodum fructus fundi dotalis, qui eo anno provenerunt, quo solutum est matrimonium, dividuntur inter virum et uxorem, vel hæredes eorum, pro rata temporis quo matrimonium in eo anno stetit *l. fructus 7. §. Papinianus, l. si alienam 11. l. 31. si marito, §. ult. sol. matrim. l. un. §. sed et novissimi, C. de rei uxor. act.* ita etiam fructus ejus anni æquitatis ratione pari, quo finitus vel amissus est ususfructus, placet dividi inter fructuarium, et proprietarium pro rata temporis, quo constitit ususfructus eo anno in persona fructuarii: quod multæ admodum leges comprobant, *l. si operas 26. hoc t. l. 5. §. pen. si ususfruct. pet. l. 32. §. ult. de usuf. leg.* Cui tamen sententiæ adeo repugnare videtur prius responsum *hujus l. 58.* ut vulgo interpretes nostros traxerit in contrariam sententiam: qui ideo non eandem causam esse censuerunt fructuum fundi dotalis, et fructuum fundi fructuarii absque ratione ulla diversitatis. Et sane ab eis facere videtur prius hoc responsum, nisi, ut oportet, apte et convenienter ejus responsi proponatur species: puta, durasse usumfructum toto eo anno, quo per colonos fructuarius fructus percepit, et sub finem anni jam collectis coactisque omnibus fructibus per colonos, amissum morte fructuarii, et ideo fructuum a colonis eo anno preceptorum pensiones integras, et indivisas deberi hæredi fructuarii, licet tardius a colonis illatæ sint, ex eis fructibus, sive pensionibus nihil proprietario deberi. Finge, coloni, *ce sont les fermiers*, quibus fructuarius locaverat fructus fundi fruetuarii certa pensione sive mercede, ii, inquam, coloni fructus omnes fundi collegerunt mense octobri, quorum pensiones ex more solvere debebant fructuario, a quo fructus conduxerant Calend. Mart. qui dies solemnis est locationibus faciendis, et pensionibus exolvendis, ut *l. Cæsar, de Publ. l. 7. §. e contrario, sol. matrim.* Vita autem defunctus fructuarius est mense Decembri: et in anni igitur mense extremo, in fine anni: quandoquidem a die constituti ususfr. non a die locationis annis computatur, sicut a die constitutæ et traditæ dotis, non ex die locati fundi dotalis, *d. l. 7. §. Papin.* Et constitutum usumfr. ponimus Calend. Januariis: ergo interiit anni extremo, quo casu nulla est ratio partiendi fructus inter fructuarium, et proprietarium, imo integri sunt relinquendi fructuario, vel hæredi fructuarii: interiit, inquam extremo anni, non medio anno, quo sane causa partitioni fructum locus esset.

Ad §. 1. Sempronio.

§. 1. *Sempronio do, lego ex redactis fructuum oleris, et porrinæ, quæ habet in agro Farrariorum, partem sextam. Quæritur, an his verbis ususfr. legatus videatur? Respondi, non usumfr. sed ex eo, quod redactum esset, partem legatam. Item quæsitum est, si ususfr. non esset, an quotannis partem sextam redactam legaverit? Respondi, quotannis videri relictum, nisi contrarium specialiter ab hærede approbetur.*

Posterius responsum, quod est in §. *Sempronio* hujus l. est de testatore, qui ex redactu fructuum oleris, et porrinæ, ut ait, quæ habuit in agro Farrariorum nuncupato, legavit cuidam partem sextam: redactum dixit, ut Palladius de re rustica, *Redactus tenues collegi*: quod vulgo reditum, Varro *refectum* lib. 4. et idem Scævola *refectum*, *l. 78. Lucius, §. hæredum, ad Senatuscons. Trebell.* Dixit item *oleris, et porrinæ*. Porrina quid sit notum. Arnob. lib. 2. *Quid sit lenticula*, inquit, *melo, cuminum porrina, ulpicum*: ulpicum (*c' est une espece d' aulx*) Cæpe, olus etiam in genere quid sit notum. At cum adiectio porrinæ exigat, ut olus hic accipiatur in specie, non satis constat, quæ sit hæc species. Verius tamen est sic appellari brassicam per eminentiam, quod antistet omnibus oleribus, ut illo loco Varronis primo de re rust. cap. 17. *vitis adsita ad olus*, id est, ad magnam quandam brassicam: qualem descripsit quodam loco Josephus in historia Judaica, et in Moreto Virgilius: *Hic olus, et latæ fundentes brachia betæ.* Plinius lib. 27. *florem oleris*, quod Dioscorides ἄνθος κράμβης. Et idem Plinius 29. olus marinum, quod Dioscorides κράμβην θαλάσσιον. Queritur autem, qui ita legavit partem sextam ex reditu fructuum, oleris, et porrinæ, quæ habet in agro illo, an videatur legasse usumfructum illius agri? et ait, non legatum usumfructum, non legatam servitutem, vel in rem, vel in personam, ut in *l. 12. de an. leg.* sed ex eo, quod inde redigeretur partem sextam, atque ideo corpus, non jus, relictum: partem, inquam, sextam, quæ non uno tantum anno præstaretur, sed quotannis, nisi hæres probaverit, voluisse testatorem semel tantum præstari eam partem sextam, ut *l. 20. §. ult. de an. legat.* Denique, qui legavit sextam, videtur legasse sextas, qui quinquagesimam, quinquagesimas, ut *l. 21. eod. t.*

Ad L. LXXXVIII. De legat. 2.

Lucius Titius testamento ita cavit: si quid cuique liberorum meorum dedi, aut donavi, aut in

usum concessi, aut sibi acquisiit; aut ei ab aliquo datum, aut relictum est; id sibi præcipiat, sumat, habeat. Filii nomine Calendarium fecerat. Postea sententia dicta est, et placuit id quod sub nomine ipsius filii in Calendario remanserat, ei deberi: non etiam id quod exactum in rationes suas pater convertisset. Quæro, si id, quod exegisset, pater ex nominibus filii ante testamentum factum, iterum post testamentum factum in nomen filii convertisset: an ad filium secundum sententiam pertineret? Respondi id quod ex eadem causa exactum, in eandem causam rediisset, deberi.

Lex *pen. de leg. lib.* 2. continet multa responsa Scævolæ, et omnia quidem certe præclara admodum, scituque digna. Initio hujus l. pen. proponitur pater filiis, quos habuit in potestate, hæredibus institutis, prælegasse quæcumque eis vivus dederat, donaverat, atque ita confirmasse donationes eis factas inter vivos, quas constat ab initio non valere: sicut donationem factam uxori, vel marito manente matrimonio, quam etiam constat non valere ab initio, confirmat donator scribendo, aut legando in testamento, *quæcumque vivus conjugi donavi.* Donationes, quæ ab initio non valent, pleræque confirmantur morte, et suprema voluntate donatoris. Sic igitur proponitur initio hujus legis pater filiis prælegasse quæcumque eis vivus dederat, donarat, vel concesserat, ut ait, in usum, vel in peculium. Ac præterea quæ sibi ipsi filii acquisierant industria sua, quæque eis ab aliis data, vel relicta erant, quæ per filium sane etiam patri statim acquisita sunt: at, si non vindicentur a patre, in peculio computantur, si sciens pater ea filium acquisiisse, sinat esse penes filium. Ad hæc etiam proponitur, patrem filii unius nomine exercuisse Calendarium, id est, pecuniam peculiarem filii fœnori occupasse filii nomine. Et cum apud arbitrum familiæ erciscundæ quæreretur, an, quod ex pecunia fœnebri lucrum fecerat pater filii nomine, prælegato contineretur, necne: sententia dicta ab arbitro, placuisset ait, contineri prælegato, quod sub nomine filii rationibus ad filium pertinentibus pater adscripsisset, adnotasset, puta, si ex calendario filii exegisset semisses usuras, *l. ult. de pec. leg.* Id vero, quod exactum ante vel post testamentum ex calend. filii, quod exercuit pater, in nomen suum, in rem suam, in rationes suas retulisset, quasi sibi acquisitum per filium jure patriæ potestatis, id prælegato non contineri, ut *l. pen.* §. *ult. de aliment. leg.* Ait, *postea sententia dicta est, et placuit.* Placet igitur, est verbum solemne in sententiis judicium, ut in *l. Metrodorum* 40. *de pen. Philoctetem*, hæc sunt verba, *in insulam relegari placet*, et apud Cicer. 1. *de legibus: requiri placere terminos, quos Socrates pepigisset.* Et apud Senecam in *Apolycint. fi. Placet mihi in illum severe animadverti.* Et in Martyrolog. Sæpe: *Illum gladio animadverti placet.* Sententia vero dicta non est de his, quæ pater ante testamentum a peculiariis debitoribus filii exacta verterat in rem suam nomenque suum, et post testamentum rursus transcripserat in rationem nomenque filii, de iis, inquam, quæ et filii, et patris rationibus adscripta sunt; sed a filii rationibus antequam moreretur pater, ab eodem patre translata in rationes filii: de iis dicta sententia non est. Verum consultus de his Scævola, respondit, ad hæc quoque trahendam esse sententiam arbitri, qua placuit prælegato contineri, quæ rationibus filii pater tulisset accepta: quia et hæc priusquam moreretur pater in nomen, et rationes filii converterat: et ut eleganter ait, æquum est id quod ex eadem causa exegit pater, puta ex nominibus filii, et in eandem causam rediit, ad extremum præstari filio, aut præcipere filium judicio familiæ ercisc. jure prælegati. Et hæc de primo responso.

Ad §. 1. *A te peto.*

§. 1. *A te peto, Titi, fideique tuæ committo, uti curam condendi corporis mei suscipias: et pro hoc tot aureos e medio præcipito: quæro, an si Lucius Titius minus quam* 10. *aureos erogavit, reliqua summa hæredibus proficiat. Respondi secundum ea, quæ proponerentur, hæredum commodo proficere.*

Sequitur alterum in §. 1. quod est de eo, cui testator sepulturæ, et funeris sui curam mandavit, et pro hoc 10. aureos e medio præcipere jussit, ut curaret funus, id est, e media hæreditate, ut §. *quisquis inf.* ante scilicet, quam ex ea hæreditate aliquid hæredes attingerent, ut ante omnia ipse funeris curandi causa sumeret, caperet ex hæreditate bonisve defuncti aureos 10. Et quæritur, si minus in eam rem impenderit, utrum id, quod superest lucro ejus cedat, an hæredum? Et ait, cedere lucro hæredum, quod superest ex 10. aureis, hæredibus esse reddendum. Ratio hæc est certissima: quia hic, cui cura funeris demandata est, non fuit legatarius, sed curator tantum, sive executor funeris: prius enim testator ei injunxit curam condendi corporis, quam juberet eum præcipere 10. quæ etiam non simpliciter eum præcipere jussit, sed in hoc, ut humo, vel conditorio corpus daret. Aliud dicendum foret, si testator Titio legasset 10. ad funus faciendum. Hoc enim casu Titio legatum est, et quod minus impenderit

in funus, jure legati retinet, *l. 1. in fi. ad leg. Falcid. l. 17. sup. hoc. tit.*

Ad §. Quæ marito.

§. 2. *Quæ marito hæres extiterat, ita testamento cavit: Mævi et Semproni filii (mei) dulciss. præcipitote omne, quicquid ex hæreditate bonisve Titi Domini mei, patris vestri ad me pervenit mortis ejus tempore: ita tamen, ut omne onus ejusdem hæreditatis tam in præteritum, quam in futurum, nec non etiam si quid post mortem Titii domini mei, agnoscatis. Quæro an si quid solvisset post mortem mariti, cum ipsa fructus cepisset, dedisset, ad onus eorum pertineret? Respondi secundum ea, quæ proponerentur, ea duntaxat onera legatariis imposuisse, quæ superessent.*

Sequitur 3. responsum in §. *quæ marito*: Cujus §. perspicua explicatio paucorum hominum est: est enim sane difficilis. Mater vidua filios suos, et extraneos quosdam hæredes scripsit: et filiis prælegavit quicquid ad eam pervenisset ex hæreditate, bonisve patris mariti sui, quem dominum suum vocat, ut in *l. 57. ea quæ, de don. int. vir. et ux.* in *l. 41. uxorem*, §. *testamento*, *t. seq.* ὑποκοριστικῶς id est, per deminutionem dominulum: ut contra mariti solebant etiam uxores suas dominas vocare, vel Epicteto teste in Enchiridio, et Justiniano Novell. 74. Pervenerat autem ad eam mulierem tota hæreditas mariti ex testamento ejus, filiis forte exhæredatis quam quidem hæreditatem moriens filiis nominatim prelegavit, ut dixi, sub hac lege tamen, sive modo, ut filii omne onus ejusdem hæreditatis agnoscerent tam in præteritum, quam in futurum: hæc sunt verba, et ut id quoque agnoscerent, quod ipsa post mortem mariti quibusdam creditoribus hæreditariis solvisset: sic enim rectissime legitur vulgo in hoc §. *nec non etiam si quid post mortem Titii domini mei solvi.* Quod verbum, *solvi,* extremum in Flor. deest, non abest. Unde nascitur hæc quæstio an et si quid ipsa solverit post mortem mariti, si quod onus hæreditarium ipsa dissolverit ex fructibus a se perceptis, an id ad filios pertineat, ita ut quod ipsa solvit cohæredibus reddere filii teneantur? Et sane videtur ita esse dicendum, quia etiam præterita onera filiis mater injunxerat, et nominatim quod ipsa solvisset post mortem mariti. Ac sane non tantum onera præterita hæreditatis paternæ, quibus, etsi dies eorum venisset, nondum hæreditas patris soluta est, quæve in diem mortis maternæ perseveraverint insoluta, ut ait *l. 76. cum. filius*, §. *Lucio, sup. hoc t.* non tantum onera, quæ supersunt indissoluta, sed etiam onera, quibus perfuncta est mater, et quibus de sua pecunia hæreditatem absolvit post mortem mariti, ad filios pertinent in solidum: et consequenter quantam pecuniam mulier de suo solvit, tantam pecuniam filii cohæredibus reddere tenentur: ut hoc onus, quod dissolvit mater, ipsi soli sentiant, sicut voluit mater, non cohæredes. Atque ita quod dixit mater in testamento, *tam in præteritum, quam in futurum:* et rursus quod dixit, *nec non etiam si quid solvi*, accipiendum est de præteritis oneribus, quæ ipsa solvit, quibusve hæreditatem liberavit de suo, vel quæ nondum quisquam dissolvit: non etiam accipiendum ita est de his oneribus, quæ ipsa solvit, non de suo, sed ex fructibus ejusdem hæreditatis a se medio tempore perceptis: nec enim ea pertinent ad filios: quoniam tanquam absumpti hi fructus, atque conversi in causam hæreditariam, levasse, vel exonerasse videntur hæreditatem patris filiis prælegatam: et ideo nihil ex eo, quod inde solvit mater, cohæredibus reddendum est. Et hæc certe Scevolæ sententia, quam et ex inter. Paulus Castrensis assecutus est. In contextu illo loco, *Cum ipsa fructus cepisset, dedisset*, Florent. sic habent: certe rectius alii *cum ipsa fructus, quos cepisset, dedisset.* Dedisset nempe in solutum quibusdam creditoribus defuncti mariti.

Ad §. 3. Quisquis.

§. 3. *Quisquis mihi hæres, hæredesve erunt, hoc amplius Lucius Eutychus, quam quod eum hæredem institui, e media hæreditate sumito, sibique habeto una cum Pamphilo, quem liberum esse jubeo, instrumentum tabernæ ferrariæ, ita ut negotium exerceatis. Lucius Eutychus, viva testatrice decessit, pars hæreditatis ejus ad cohæredem pertinuit, quæro, an Pamphilus eod. testamento manumissus, ad petitionem partis instrumenti admitti possit: licet taberna, ut voluit testatrix, exerceri non possit: respondi, admitti.*

Transeo ad §. *quisquis*, cujus explicatio facilior. Testator duos hæredes scripsit 1. et 2. Primo autem prælegavit simul et Pamphilo eodem testamento manumisso instrumentum tabernæ ferrariæ, ita ut ambo eandem tabernam, et negotiationem ferrariam exercerent. Primus vita decessit vivo testatore: hæreditatis portio, quæ fuit adscripta primo in testamento, sane adcrescit secundo cohæredi jure antiquo, et novissimo. Et pars ergo hæreditaria, quam in eo instrumento primus habuit (prælegatum, ut scitis, aut debent scire omnes, capitur partim jure hæreditario, partim jure legati) adcrescit secundo cohæredi, ut et quidquid habet jure hæreditario. Pars autem, quæ in eo instrumento tabernæ ferrariæ primo competebat jure legati, adcrescit Pamphilo collegatario, ut

l. 34. plane, §. si duobus, sup. t. prox. quia Primus et Pamphilus in eo legato fuerant conjuncti re, et verbis. Itaque deducta portione hæreditaria primi, quæ adcrescit secundo hæredi, reliquum omne instrumentum debetur Pamphilo, partim jure legati, partim jure adcrescendi: licet taberna, ut voluit testator, ab utroque exerceri non possit, e vivis sublato primo: quia per Pamphilum non stat, quo minus adjectus legato modus impleatur. Et ita Azo hunc §. recte interpretatur.

Ad §. 4. Sempronia.

§. 4. *Sempronia substituta hæredi instituto, legata accepit si hæres non esset: movit contra institutum actionem, quod dolo ejus factum esse dicebat, quo minus testatrix volens primo loco scribere eam hæredem, testamentum mutaret: nec obtinuit. Quæro, an legati persecutionem salvam haberet? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, salvam habere.*

Si hæredi instituto substitutus vulgari modo in hunc casum, si institutus hæres non esset, in contrarium casum, si hæres esset, legato donatus, vel honoratus fuerit: adita hæreditate ab hærede instituto, atque ita extincta substitutione vulgari, *ut l. post aditam, C. de impub. et al.* non ideo repellitur a legato, quod egerit adversus hæredem institutum actione de dolo, vel in factum hoc modo, hac formula, quod dolo hæredis instituti factum sit, quo minus testator mutato testamento, volens eum primo loco hæredem instituere, et ante institutum primo loco removere, mutare testamentum, quod, inquam, ita egerit, nec obtinuerit: non ideo repellitur a legato eodem testamento relicto, quia scilicet sic agendo non impugnavit testamentum, sed de dolo tantum egit hæredis instituti. Qua ratione et is, qui injustum, id est, minus solemne testamentum dixit, nec obtinuit, non excidit legato eodem testamento relicto: imo legati persequutionem salvam habet: quia testamentum non impugnavit testamentum impugnat qui falsum dicit, aut inofficiosum, non qui dicit minus solemne, qui disputat tantum de solemnitate juris, ut *l. 5. §. 1. et l. pen. de his, quæ ut ind.* Et multo minus impugnat testamentum, qui hæredem dolo malo fecisse dicit, quo minus testamentum mutaretur.

Ad §. 5. Testator.

§. 5. *Testator legata ante quinquennium vetuit peti, præstarique: sed hæres quædam sua sponte ante quinquennium solvit: quæsitum est, an ejus, quod ante diem existentem solutum est, repræsentationem, in reliqua solutione legati reputare possit? Respondi, non propterea minus relictum videri, quod aliquid ante diem sit solutum.*

Hujus §. hæc est species. Testator, quæ ab hærede suo pluribus dederat legata, peti, præstarique vetuit ante quinquennium elapsum: veruntamen hæres ultro quibusdam legatariis repræsentavit sua legata, et solvit ante quinquennium, quod potuit, *l. 12. post mortem, C. de fideic.* quia præstari vetuit, non præstare: præstari petenti. At quæritur in ponenda ratione l. Falcidiæ, an repræsentationem eorum legatorum, id est, commodum, quod medio tempore cepisset hæres ex his legatis, si ea non solvisset ante quinquennium, an, inquam, hoc commodum, quod contempsit hæres, reputare ceteris legatariis possit, quasi oneratus supra dodrantem, qui alioquin habuisset quadrantem Falcidianum integrum, quartam Falc. integram. Et merito respondet, id non posse: quia hoc ipse sibi intrivit, stultitia hæredis ceteris legatariis nocere non debet, *l. 61. alienus, ad l. Falcid.* Nec obstat quod olim obtinuit: interveniente lege Falcid. id est, locum habente lege Falcidia, si hæres sua sponte uni ex legatariis solverit solidum legatum sine deductione Falcidiæ, non ideo et ceteris debere eum præstare solida legata sine deminutione Falcidiæ, *l. 15. §. non idcirco, ad leg. Falcid. l. 6. §. ult. C. eod. t.* quia illo casu Falcidiæ locus fuit statim ab initio: in casu proposito, non item. Illo casu testator legatis oneravit hæredem: hoc casu non testator, sed hæres ipse oneravit seipsum, quibusdam solvendo legata in anteessum, id est, ante diem legati cedentem, *c' est ce que l' on dit, devant la main.*

Ad §. 6. Lucius Titius.

§. 6. *Lucius Titius testamento ita cavit: prædiolum meum dari volo libertis, libertabusque meis, et quos hoc testamento manumisi, et Sejæ alumnæ meæ, ita ne de nomine familiæ meæ exeat, donec ad unum proprietas perveniat. Quæro, an Seja in communione cum libertis habeat portionem, an vero sibi partem dimidiam ejus prædioli vindicare possit? respondi, perspicuam esse testantis voluntatem, omnes ad viriles partes vocantis.*

Sequitur §. *Lucius Titius.* Testator per fideicommiss. legavit prædium libertis suis utriusque sexus, quos manumisisset inter vivos, qui liberti sunt testatoris, et quos etiam manumisisset testamento, qui sunt liberti Orcini, ut sæpissime vocantur in jure. His libertis omnibus conjunxit etiam Sejam alumnam suam hoc adjecto, *ita ut prædium*

illud de nomine familiæ meæ non exeat, quamdiu eorum aliquis superfuerit, non veneat extra familiam nominis mei. Alumni ex familia et nomine educatoris sunt, ut patet ex hoc loco, quia liberorum locum obtinent, *l. 8. denique, de pign. l. Nesennius* 32. *de excus. tut.* At quæritur, alumnæ testatoris utrum prædii legati dimidia, an virilis portio debeatur? Et ait, virilem tantum deberi: subjicitque hanc rationem, quæ removet omnia, et propellit quæ huic responso opponi possent, vel ex *l. 7. si quis Attio, de usufr. accresc.* vel *l. 9. de vul. substit.* vel *l.* 104. *ab omnibus, §. si Attio, et l.* 53. *quid ergo, sup. tit. prox. et l. interdum* 13. *de hæred. instit. l. ult. C. de impub. et al. subst.* Subjicit, inquam, hanc rationem, quæ submoveat omnes illos obices: quia hoc casu, inquit, perspicua est voluntas testantis omnes legatarios ad viriles partes vocantis. Unde vero perspicua? nimirum quia testator non personas legatariorum spectavit et intuitus est, sed nomen tantum familiæ suæ, ex qua qui essent, omnes legati socios et participes esse voluit: igitur perinde est, atque si familiæ suæ prædium legasset, quo casu partes viriles fierent proculdubio, *l.* 67. *unum ex familia, §. si duos, l.* 77. *cum pater, §. hæreditatem, sup. hoc tit.* In obscura voluntate, ut in specie sup. dictarum legum, dimidiam ferret Seja alumna testatoris, et liberti alteram dimidiam.

Ad §. 7. *Impuberem.*

§. 7. *Impuberem filium hæredem instituit: uxori dotem prælegavit, item ornamenta, et servos, et aureos* 10. *et si impubes decessisset, substituit: a quibus ita legavit: Quæcumque primis tabulis dedi, eadem omnia ab hæredibus quoque hæredis mei in duplum dari volo. Quæritur, an ex substitutione, impubere mortuo, dos quoque iterum debeatur? Respondi, non videri de dotis legato duplicando testatorem sensisse: Item quæro, cum corpora legata etiam nunc ex lucrativa causa possideantur, an substitutis peti possint? respondi non posse.*

Finge: pater primis tabulis impubere filio hærede instituto, eidem secundis tabulis testamentum fecit, sive substitutionem pupillarem, si impubes decederet datis ei pluribus substitutis. Uxori autem suæ primis tabulis certæ pecuniæ dotem, quam ab ea acceperat, prælegavit, et ornamenta ejus, et servos quosdam, et aureos decem legavit, et aliis quibusdam, eaque omnia legata secundis tabulis repetiit ab hæredibus hæredis, inquit, id est, a substitutis. Per substitutionem pupillarem dantur hæredes hæredi filio impuberi, et nepoti, atque etiam exhæredi. Per vulgarem autem substitutionem dat testator ipse hæredem sibi ipsi. Repetiit vero ea omnia legata a substitutis, ita ut ea omnia substituti præstarent in duplum. Minus pepercit substitutis, quam filio instituto hæredi, id est, plus oneravit substitutos, quos duplum dare jussit legatariis, quam filium hæredem institutum: quæritur, existente casu substitutionis pupillaris, id est, mortuo filio impubere, an substituti dotem uxoris in duplum præstare debeant? Et ait, non debere, nimirum, quæ est posterior et verior sententia Accursii, quia dotis legatum æs alienum est potius, quam legatum, et redditur potius uxori hoc genere dos, quam datur, *l. 2. §. ult. l. pen. de dot. præleg. l.* 62. *a filia, ad Senatuscon. Trebell.* et testator duplari voluit legata, non æs alienum, id est, duplari quod daret, non quod deberet. Item quæritur, an si corpora legata, puta fundi, vel servi, legatarii jam nacti sunt ex alia causa lucrativa, ea possint petere iterum a substitutis? Et ait, non posse: nimirum quia impedimento est regula illa juris, duas lucrativas causas in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non posse, *l. non quocunque* 82. *sup. tit. prox. §. si res aliena, instit. de leg.* Quamobrem ea corpora, quæ jam legatarii nacti sunt sine ullo impendio, veluti ex donatione, vel ex legato relicto alterius testamento, hæres non cogitur iterum præstare: quia jus non patitur, ut quis eandem rem habeat ex duabus causis lucrativis. In quantitate legata (ideo de corporibus loquitur) hæc reg. non procedit. Nam possum decem nancisci ex una causa lucrativa, et totidem decem ex alia causa æque lucrativa, *l.* 87. *Titia Sejo, sup. hoc t.*

Ad §. 8. *Civibus.*

§. 8. *Civibus meis do, lego chirographum Gaii Seii. Postea codicillis vetuit a Sejo exigi: et ab hærede petit, ut ex alterius debitoris debito, quem codicillis nominavit, eandem summam reipub. daret: quæsitum est, si posterior idoneus non esset, an integram quantitatem hæredes præstare debeant? Respondi, hæredes reipub. adversus eum duntaxat debitorem, qui novissimis codicillis, ut proponitur, designatus est, actionem præstare debere.*

Finge: quidam testamento civibus suis, vel reip. suæ, nihil refert, utrumque idem potest, *l. 2. de reb. dub.* qui civibus suis, et reipub. legasse videtur, et contra, qui reipub. et civibus suis: quidam, inquam, civibus suis, vel reipublicæ suæ, vel civitati suæ chirographum, sive nomen Gaji Seji legavit: quo genere actionem legasse intelligitur, actionem tantum, non pecuniam, actionem adversus Gajum Sejum ex chirographo. Ac proinde

hæres nihil amplius, quam cedere actionem reipub. debet adversus Gajum Sejum, *l. servum* 44. §. *eum qui chirographum*, *sup. tit. prox.* At postea idem testator mutata voluntate codicillis a Gajo Sejo debitore suo quicquam exigi vetuit, atque ita Sejum liberavit, et reip. ademit illud legatum. Verum enimvero hæredem rogavit, ut ex alio nomine, sive chirographo, quod designavit, eandem summam reipubl. daret, quanta erat in nomine Gaji Seji. Quid fiet, si aliud nomen, quod designavit, idoneum non sit, si alius debitor, quem nominavit, non sit solvendo, an hæres teneatur reipubl. integram summam præstare? Et ait, satis esse etiam hoc casu, si hæres cedat Reipublicæ actionem adversus alterum debitorem, qua ferat quod poterit: quia nomen est in legato, non summa: cum non dixerit simpliciter eandem summam, sed eandem summam ex debito illo, ex nomine illo. Itaque nomini priori nomen posterius subrogavit, non summam priori nomini. Denique eadem videtur fuisse æquitas posterioris legati, quæ prioris fuit, id est, utroque legata actio, non quantitas, non summa, non pecunia. Nec obstat *l. Paula* 27. §. *ult. tit. seq.* quoniam ibi palam est testatorem ab hærede legasse certam summam, non nomen, quamvis legato subjecerit demonstrationem certi nominis, unde eam summam sumeret et conficeret hæres, ut *l. quidam* 96. *in pr. sup. tit. prox.* Quia demonstratio non mutat causam legatæ pecuniæ certæ.

Ad §. 9. *Filiam.*

§. 9. *Filiam ex asse instituit hæredem, eique substituit nepotem suum, et ita cavit: Si (quod abominor) neque filia mea, neque nepos meus, hæredes mei erunt: tunc portionem meam partis dimidiæ fundi illius ad libertos meos pertinere volo. Quæritur, cum ante testatorem, et filia, et nepos decesserunt, et intestati bona pertinuerunt ad pronepotem ejus: an fideicommissum ad libertos pertineret: respondi, secundum ea quæ proponerentur, si nullus alius hæres institutus, substitutusque esset, quam filia, et nepos, videri legitimorum fideicommissum esse, ut præstarentur.*

Filiæ puberi hæredi institutæ substituit vulgari modo nepotem suum in hunc casum, *si filia hæres non esset*: hæc est vulgaris substitutio, et adjecit: si neuter sibi hæres esset, neque filia, neque nepos, tunc se velle libertis suis partem certam cujusdam fundi dari. Accidit, ut vivo testatore et filia, et nepos excederent: atque ita ut neuter ei postea morienti hæres existeret, quod abominatus maxime fuerat, nempe his verbis, quæ hic proponuntur, *si quod abominor, neque filia mea, neque nepos meus hæredes mei erunt*, ut in *l. Lucius* 85. *de hæred. instit.* Sunt sequentes hujusmodi testatorum abominationes, *d. l. Lucius*, *l.* 41. *cohæredi*, §. *ult. de vulg. substit. l.* 4. *C. de impub. et aliis substit.* Græci dicunt, ὃ μὴ γένοιτο, aliquid abominantes: dicunt etiam οὐδὲ ἔςαι, aliquid bene ominantes, ut in testamento Aristotelis. Hoc vero casu, neque filia, neque nepote ex supradicto testamento hærede existente, atque ita re deducta ad causam intestati, recte statuit Scævola, libertis fundi fideicommissum deberi ab intestato a legitimis hæredibus, veluti a pronepote: quia dixit, *tunc* id est, deficientibus hæredibus testamentariis, *fundum illum ad libertos meos pertinere volo.* Et præstari igitur omnimodo voluit fundum libertis, aut partem fundi a legitimis hæredibus.

Ad §. 10. *Quisquis.*

§. 10. *Quisquis mihi hæres erit, sciat, debere me Demetrio patruo meo denaria tria, et deposita apud me a Seleuco patruo meo denaria tria, quæ etiam protinus reddi, et solvi eis jubeo. Quæsitum est, an si non deberentur, actio esset? Respondi, si non deberentur, nullam quasi ex debito actionem esse, sed ex fideicommisso.*

Ex hoc §. intelligimus, causam debiti, quæ prætexitur fideicommisso licet falsa sit, non vitiare fideicommissum, ut *l.* 12. *sup. h. t.* ut si dicat, se ab illo mutua accepisse 10., ab illo in causam depositi se accepisse totidem, quæ reddere hæredes suos protinus eis, et solvere jusserit. Si nihil eis revera debuerit ex causa mutui, vel depositi: quamvis ex causa debiti, quæ nulla est, non sit in hæredes actio fideicommissariis, est tamen, si ex testamento capere possunt: id est, si non sunt incapaces, actio in hæredes ex causa fideicommissi, *l. Lucius* 93. §. 1. *tit. seq. l. Aurelius* 28. §. *ult. de liber. leg.* quia in dubio præsumitur testator quæsiisse prætextum fideicommisso, quem non ignorabat esse falsum: quæ res non est cur vitiet fideicommissum.

§. 11. *Lucius Titius.*

§. 11. *Lucius Titius Damam, et Pamphilum libertos suos ante biennium mortis suæ de domo dimisit: et cibaria, quæ dabat, præstare desiit: mox facto testamento ita legavit: Quisquis mihi hæres erit, omnibus libertis meis, quos hoc testamento manumisi, et quos ante habui, quosque ut manumittantur petii, alimentorum nomine in menses singulos certam pecuniam dato. Quæsitum est, an Damæ, et Pamphilo fideicommissum debeatur? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur,*

ita deberi, si hi, qui petent, manifeste docerent, eo animo circa se patronum, cum testamentum faceret, esse cœpisse, ut his quoque legatum dari vellet, alioquin nihil ipsis præstetur.

Patronus, qui Damam, et Pamphilum libertos suos in domum suam recipere, et alere solebat, in eos concitatus aliqua ex causa, infensus, eos dimisit domo, et alimenta eis præstare destitit. Quæritur, an si postea facto testamento libertis suis omnibus, quos aut vivus manumisisset, aut moriens testamento verbis directis, vel precariis, legaverit alimentorum nomine menstrua denaria, verbi gratia 100. singulis, an, inquam, etiam legata, videantur alimenta Damæ, et Pamphilo? Et ait, Damam, et Pamphilum, in quos infenso animo esset testator, non videri ipsum legato comprehendisse, nec ad petitionem legati eos aliter admitti, quam si manifeste probaverint (omnem probationem manifestam esse oportet *l.* 6. *patronus, de probat.*) quam inquam, si manifeste docuerint, patronum iracundiam remisisse, et propitium sibi esse cœpisse. Clementiam ut ait in hanc rem eleganter, *l.* 5. *C. famil. ercisc.* flexisse offensam patroni, peregrinatum patroni animum in iracundia fuisse, non habitasse: alioquin nemo præsumitur legare inimico Imo quod alicui quis legaverit, id supervenientibus inimicitiis gravissimis et capitalibus, non levi offensa, ademisse videtur, *l.* 3. §. *ult. inf. de adim. legat.* Et inimicitiæ argumentum est domo dimittere, vel interdicere. Corn. Tac. 6. annal. *Morem fuisse majoribus, quotiens dirimerent amicitias, interdicere domo eumque finem gratiæ ponere.* Sveton. in libello de claris Grammaticis: *Pompejum* inquit, *offendit, domoque ei interdictum, est.*

Ad §. 12. *Damæ.*

§. 12. *Damæ, et Pamphilo, quos testamento manumiserat, fundum dedit, ita post ut mortem suam filiis suis restituerent: eodem testamento petiit ab hæredibus suis, ut Pamphilam manumitterent, quæ Pamphila filia naturalis erat Pamphili. Idem Pamphilus, post diem legati sui cedentem, testamento hæredem instituit Mævium, ejusve fidei commisit, ut hæreditatem suam (id est, fundi suprascripti partem dimidiam, quam solam in bonis ex testamento patronæ suæ habebat) Pamphilæ filiæ suæ, cum primum libera fuisset, restitueret. Quæro, Pamphila manumissa, utrum ex testamento superiore patris sui patronæ eam partem petere possit: an vero ex testamento patris naturalis, ex causa fideicommissi habita ratione legis Falcidiæ? Respondi, ex his, quæ proponerentur, probari Pamphilam duntaxat ex testamento superiore fideicommissum petere posse. Claudius: quia creditur, appellatione filiorum et naturales liberos: id est, in servitute susceptos contineri.*

Quædam mulier Damam, et Pamphilum servos suos testamento manumisit verbis directis, et fundum Tusculanum eis legavit, ita ut si quis eorum vita decederet, pars vita decedentis ad filios eorundem perveniret: eodem testamento filiæ naturali Pamphili, id est, in servitute a Pamphilo quæsitæ, libertatem reliquit verbis fideicommissi. Post mortem testatricis, Pamphilus moriens testamento facto ab hærede suo eidem filiæ suæ naturali, cum primum ex causa fideicommissi manumissa esset, partem supradicti fundi, quam solam habuit in bonis (quod notandum) per fideicommissum reliquit. Quæritur, utrum ex testamento mulieris patronæ patris sui filia naturalis eam fundi partem integram petere possit, an ex testamento patris? Et ait, ex testamento patronæ patris sui eam fundi partem integram petere posse: quia, ut Claudius Triphon. ad hoc Scævolæ responsum notavit, filiorum appellatione in testamento patronæ, non justi tantum, sed etiam naturales liberi continentur, ut *l. ult. sup. de jure delib. l.* 77. *hæredibus*, §. *ult. inf. ad Trebell. l.* 77. *cum pater*, §. *volo. sup. h. t.* Dico partem integram, sine deminutione scilicet: quia legatarii, quibus testamento patroni relictum est legatum, non utuntur Falcidia, non deminuunt fideicommissa a se relicta: hæredum est uti Falcidia, non legatariorum: ex testamento patris Pamphili sane filia naturalis non caperet partem integram fundi: quia Falcidia intervenit, quia Falcidiæ locus est, propterea quod totum, quod habuit in bonis (habuit autem tantum illam partem fundi) filiæ naturali per fideicommissum legavit. Itaque melius fecerit, si egerit ex testamento patronæ patris sui potius, quam ex testamento patris. Hinc colligere licet, quod sicut pater in legatis, quæ filius ei dedit, patitur Falcidiam, *l. pater* 54. *inf. ad leg. Falcid.* ita et e contrario filius in legatis, quæ pater ei dedit, patitur Falcidiam: quod valde notandum est. Observa etiam hoc loco testatricem illam, quæ testamento suo Pamphilum directo manumisit, appellari Pamphili patronam, ut et §. 1. *Institut. de hæred. qualit. et diff.* Cum tamen testamento directo manumissus, qui libertus orcinus dicitur, dicatur nullius esse libertus, quod est, non habere patronum, *l.* 4. *si necem, de bon. libert.* At nullius, scilicet viventis, est libertus, sed orci tantum, aut testatoris, sive testatricis in orcum delapsi.

Ad §. 13. *Scævola.*

§. 13. *Scævola: codicillis Gajo Sejo centum legavit, ejusque fidei commisit, ut ancillæ te-*

statoris ea daret: quæro, an utile fideicommissum sit, quod legatarius ancillæ testatoris dare jussus est? Respondi non esse. Item si utile non est, an legatarius hæredi, cujus ancilla est, restituere compellatur? Respondi, non compelli: sed nec ipsum legatarium legatum petere posse.

Legatis 100. Gajo a testatore, eodemque Gajo per fideicommissum onerato, ut statim post mortem suam, id est, testatoris, ancillæ testatoris ea 100. restitueret: neque fideicommiss. valet hoc jure, quod ancillæ propriæ datum est sine libertate, *l. 4. C. de leg.* neque legatum, quod testator noluit apud Gajum residere: sed et si forte Gajus legatum acceperit, id domino ancillæ, id est, hæredi restituere non tenetur: alioquin sequeretur fideicommiss. valere: quod jus non patitur. Hæc est proxima et vera ratio hujus responsi: remotior altera, nec admodum certa, quod etsi Sejus legati petitionem legatarius non habeat, habeat tamen retentionem, ut in plerisque aliis casibus accidit. Sed de hoc §. satis.

Ad §. 14. *Insulam.*

§. 14. *Insulam libertis utriusque sexus legavit, ita ut ex reditu ejus masculi duplum, fœminæ simplum percipiant, eamque alienare vetuit. Ex consensu omnium ab hærede venundata est. Quæro, an et ex pretio insulæ duplum mares, simplum caperent fœminæ? Respondi, ob pretium nullam fideicommissi persecutionem esse: nisi ea mente venditioni consenserunt, ut similiter ex pretio mares quidem duplum, fœminæ autem simplum consequantur.*

Domum suam quis libertis, libertabusque suis per fideicommissum legavit ea lege, ut ex reditu ejus domus mares duplum, fœminæ simplum ferrent: eamque domum alienare vetuit extra familiam libertorum; si quis eorum contra voluntatem patroni partem suam extero alienaverit, alienatio non valet: et pars ejus ad collibertos vel collibertas pertinet jure fideicommissi: Sed si consensu omnium libertorum, libertarumque domus tota extero venundata sit, alienatio valet, *l. 11. quoties, C. de fideicomm. l. 77. cum pater*, §. *libertis, sup. hoc tit. et Nov.* 15. *et l.* 120. *nihil* §. 1. *sup. prox. tit.* At quæritur, an etiam pretium domus, quo eam omnes vendiderunt, ex priori fideicommisso ita dividi inter eos debeat, ut mares ferant duplum, fœminæ simplum? Et ait, rationem illam, sive conditionem, quæ fideicommissio domus injecta est, locum non habere in pretio. Pretium igitur inter eos dividendum esse æquis portionibus: nisi, inquit, ea mente venditioni omnes consenserint, ut easdem in pretio, quas in fideicommisso domus partes haberent, id est, ut altero tanto plus haberent mares, quam fœminæ.

Ad §. 15. *Instituto.*

§. 15. *Instituto filio hærede, et ex eo nepotibus emancipatis, testator ita cavit:* Βούλομαι καὶ τὰς ἐμὰς οἰκίας μὴ πωλεῖσθαι ὑπὸ τῶν κληρονόμων μου, μηδὲ δανείζεσθαι κατ' αὐτῶν, δηιὰ μήνειν αὐτας ἀκτραίας αὐτοῖς, καὶ υἱοις καὶ ἐκγόνοις, εἰς τὸν ἅπαντα χρόνον. ἐὰν δὲ τις βουληθῇ αὐτων πωλῆσαι τὸ μέρος αὐτοῦ, ἢ δανεῖσασθαι κατ' αὐτοῦ, ἐξουσίαν ἐχέτω πωλῆσαι τῷ συγκληρονόμῳ αὐτοῦ, καὶ δανείζεσθαι πὰρ' ἀυτοῦ. ἐὰν δὲ τις παρὰ ταῦτα ποιηση, ἔσαι το χρηματιζόμενον ἄχρηςον καὶ ἄκυρον: (id est, *volo meas ædes non vendi ab hæredibus meis, neque fœnerari super eas: sed manere eas firmas, simplices meis filiis, et nepotibus per universum tempus. Si autem aliquis eorum voluerit vendere partem suam, vel fœnerari super eam, potestatem habeat vendere cohæredi suo, et fœnerari ab eo. Si autem aliquis præter hæc fecerit, erit quod obligatur, inutile atque irritum*). *Quæritur, cum filius defuncti mutuam pecuniam a Flavia Dionysia acceperit, et locatis ædibus pro parte sui pensiones sibi debitas creditrici delegaverit, an conditio testamenti extitisse videatur, ut filiis suis fideicommissi nomine teneatur? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, non extitisse.*

Qui habebat filium in potestate, et nepotes ex eo emancipatos, atque adeo morte sua non recasuros in potestatem filii, eos omnes hæredes instituit ita, ut (quod expressit verbis græcis, quæ vel sola arguunt fideicommissum esse quod reliquit, non legatum: quia olim legatum non poterat relinqui, nisi verbis Latinis) ita, inquam, ut ædes suas, sive partes, quas jure institutionis in eis ædibus haberent, neque venderent, neque pignori darent aliis, quam cohæredibus suis: vel si secus facerent, si venderent exteris, vel pignorarent, ut τὸ χρηματιζόμενον, id est, τὸ πραττόμενον, quod gestum esset, inutile et irritum esset. Hoc sermone manifestum est, venditionem tantum et pignorationem prohiberi ne fieret exteris. Nihil ergo faciet filius contra voluntatem patris, si locatis ædibus illis pro sua parte, pensiones sibi a conductore ædium debitas delegaverit creditori suo: quia ædes manent in familia liberorum: quia ædes non sunt datæ creditori in solutum, sed debitor tantum ex conductione ædium creditori delegatus est, quasi vicarius debitoris delegantis: et ideo nepotibus cohæredibus nulla adversus patrem fideicommissi persecutio est: quia delegatio nominis, neque venditio est, neque pignoratio. Est elegans responsum.

Ad §. 16. Matre, et §. ult. Lucius Titius.

§. 16. *Matre et uxore hæredibus institutis, ita cavit. A te, uxor carissima, peto, ne quid post mortem tuam fratribus tuis relinquas. Habes filios sororum tuarum, quibus relinquas: scis, unum fratrem tuum, filium nostrum occidisse, dum ei rapinam fecit. Sed et alius mihi deteriora fecit. Quæro, cum uxor intestata decessit, et legitima ejus hæreditas ad fratrem pertineat: an sororis filii fideicommissum ab eo petere possunt? Respondi, posse defendi fideicommissum deberi.*

§. 17. *Lucius Titius hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam: et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas. Deinde hæredes instituit. Quæsitum est, intestati ejus bonorum possessione petita, an portiones adscriptæ ex causa fideicommissi peti possint? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, posse.*

In §. pen. proponitur maritus uxorem suam ex parte hæredem institutam rogasse, ne quid post mortem suam fratribus suis relinqueret, adjecta causa, quod unus eorum filium communem occidisset, dum ei per vim aliquid eriperet, et alter sibi deteriora fecisset, et subjunxit (quod vim fideicommissi habet) *habes filios sororum tuarum, quibus relinquas*, hæreditatem tuam scilicet ne relinquas fratribus tuis. Igitur his verbis, *habes filios, etc.* ab uxore sua videtur filiis sororum ejus fideicommissum reliquisse. Quod utique debebitur etiam ab intestato a fratribus, qui jure legitimo uxori hæredes extiterunt, quia his verbis: *post mortem tuam relinquas*, et testati et intestati causa continetur, *habes filios sororum tuarum, quibus relinquas*, sive testata morieris, sive intestata scilicet. Sic et in specie §. ult. veluti jure fideicommissi ab intestato relicti debentur hæredibus scriptis in testamento portiones hæreditariæ jure codicillorum, jure fideicommissi (utrumque idem potest) non jure testamenti ex his verbis testatoris (quæ adeo sunt elegantia, ut suadeant facile cunctis, ea ediscere memoriter) *Lucius Titius, hoc meum testamentum scripsi sine ullo jurisperito, rationem animi mei potius sequutus, quam nimiam et miseram diligentiam, et si minus aliquid legitime, minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas.* Ait, *sine ullo jurisperito*, ut ille (sicut antiqua urbis inscriptio refert) qui testamento suo ita præscripsit: *dolus malus abesto, et Jurisconsultus.* Conjungit dolum Jurisconsulto, quod soleant Jurecconsulti esse vafri. Dictare vero testamenta Jurisconsulti solebant et ordinare, *l. 22. dictantibus, Cod. de testam.* Svetou. in Nerone: *Instituit, ut ingratorum in principem testamenta ad fiscum pertinerent, ac ne impune esset studiosis juris*, id est, Jurisconsultis (vulgo studiosis viris, sed male) *qui scripsissent, vel dictassent ea.* Ammianus Marcellinus 28. *Maritum testari compellit, et periti juris extrinsecus adsciscuntur.* Ait, *nimiam et miseram diligentiam*, id est, scrupulositatem, et solemnitatem juris, et subtilitatem nimiam, *l. 12. postumus, de inj. rup. test.* Diligentem nimis observationem, ut ait Justinian. *in Institut.* Hic ergo Lucius Titius juris solemnia in testamento sprevit, et omnino hæredibus institutis sic testatus est, ut Staberius apud Horatium *Sermon 2. Satyr. 3. Sive ego prave, sive recte: hoc volui: ne sis patruus mihi*, quæ sane voluntas pro justo testamento non est, sed habetur pro codicillis factis ab intestato. Itaque hæredes instituti portiones sibi adscriptas non vindicabunt ex testamento, quod non valet, sed veluti ab intestato jure fideicommissi, vel codicillorum eas petent a legitimis hæredibus Lucii Titii.

Ad L. XCIII. De leg. 3.

Lucius Titius testamento suo cavit, ne ullo modo prædium suburbanum, aut domum hæres alienaret: filia ejus hæres scripta hæredem reliquit filiam suam: quæ easdem res diu possedit, et decedens extraneos hæredes instituit: quæsitum est, an prædia pertinerent ad Juliam, quæ Lucium Titium testatorem patruum majorem habuit? Respondit, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, quo minus ad hæredem pertineret, cum hoc nudum præceptum est.

Hujus legis primum responsum retulit etiam Scævola in lib. 19. Digestorum, ubi et speciem, ad quam id responsum pertinet, aliquanto latius exposuit, *l. 38. pater, §. Julius, sup. h. t.* Species autem hæc est. Testator ita cavit testamento suo, ne ullo modo prædium suburbanum, et domum majorem suam hæres alienaret: nec adjecit quid fieri vellet, si alienaret, quorumve in gratiam alienationem eorum prædiorum hæredi suo interdiceret. Itaque nudum est præceptum testatoris, quod vacat causa, scilicet propter quam præcipiat prædia non alienari. Porro filia hæredis post mortem hæredis diu possedit ea prædia, et moriens extraneum hæredem instituit: quæritur, utrum prædia pertineant ad extraneum hæredem, quem illa instituit: an ad proneptem fratris testatoris, cui nempe testator erat patruus major? Et ait, prædia pertinere ad extraneum hæredem institutum, quia prohibitio illa testatoris nudum

præceptum fuit, ut *l. filiusfamil.* 114. §. 2. *sup. de leg.* 1. Et consilium denique fuit potius, quam præceptum, ut *l.* 24. *generaliter*, §. *si petitum, de fideicomm. libert.* Quia prohibitioni nullam adjecit causam, verbi gratia, non adjecit, *ne de familiæ meæ nomine exeat*, vel, *ne de nomine filiorum meorum exeat*, ut *l. cum pater* 77. §. *libertis*, *l. peto* 69. §. *fratre, sup. tit. prox. et d. l. pater* 38. §. *duobus:* sed prohibuit simpliciter alienationem, quæ simplex prohibitio neque legati, neque fideicommissi vim habet: cum nulli sint designati, quorum intuitu ea prohibitione usus sit testator. Denique nec legati præceptum illud vim habet, nec fideicommissi, nec enim potest esse legatum aut fideicommissum, nisi sit cui detur, nisi designatus sit vel demonstratus is, cui dandum legatum vel fideicommissum est.

Ad §. 1. *Semproniæ.*

§. 1. *Semproniæ mulieri meæ reddi jubeo ab hæredibus meis centum aureos, quos mutuos acceperam. Quæsitum est, si hanc pecuniam, ut debitam Sempronia petendo victa sit: an fideicommissum peti possit: Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, posse ex causa fideicommissi peti, quod apparuisset non fuisse ex alia causa debitum.*

Testator mulieri suæ, id est, uxori, ut Græci etiam loquuntur, et hodie quoque Itali, et Hispani, et Vascones, uxori, inquam, suæ reddi jussit aureos 100. quos se ei debere scripsit ex causa mutui, qui revera nullos ex ea causa, vel ex alia nummos debuit, qui hunc prætextum quævit fideicommisso. Ac proinde etiam, petita ea pecunia condictione certi de rebus creditis, mulier lite cecidit: quia apparuit non fuisse mutuum. Et vero etiam non debuit eam pecuniam petere, quasi ex debito, quod nullum erat: sed ex fideicommisso, ut idem Scævola jam supra respondit, *l. pen.* §. *quisquis* 2. *tit. sup. prox.* Ea enim verba, quibus reddi jussit centum aureos, obligationem non constituunt ex causa mutui, quæ nulla subest, sed ex causa fideicommissi.

Ad §. 2. *Quidam.*

§. 2. *Quidam prædia legavit libertis, adjectis his verbis: uti a me possessa sunt, et quæcunque ibi erunt cum moriar: quæsitum est, an mancipia, quæ in his prædiis morata in diem mortis patrisfam. fuerunt operis rustici causa, vel alterius officii, ceteræque res, quæ ibi fuerunt, ad legatarios pertineant? Respondit, pertinere.*

Sententia hujus §. hæc est: cum, qui libertis prædia legavit, uti a se possessa sunt, et quæcunque ibi essent tempore mortis suæ, etiam legasse videri servos, qui in iis prædiis morati in diem mortis testatoris fuerunt operis rustici, vel alterius officii causa, ceterasque res omnes, quæ ibi fuerunt. Quod responsum etiam iisdem verbis Paulus retulit in libros suos ad Vitellium, *l.* 78. *quæsitum*, §. *prædia, sup. hoc tit.* His ergo verbis, *quæcumque ibi sunt*, etiam homines continentur, id est, servi. Et sic in testamentis, ut dicitur, plenius voluntates testantium interpretantur, *l.* 12. *de reg. jur.* Quia largiores plerumque sunt, qui moriuntur, quam qui vita superant: qua de causa et morientium donationes coercentur magis, quam viventium, quæ scilicet in vita eorum vires accipiunt; nisi forte vivus donet Ecclesis, ut *cap.* 6. *ext. de donat.* Quia pietas largior, uberior, profusior esse solet.

Ad §. 3. *Quæsitum est.*

§. 3. *Quæsitum est, an quod hæredes fratribus rogati essent restituere, etiam ad sorores pertinerent? Respondit, pertinere: nisi aliud sensisse testatorem probetur.*

In hoc §. ostenditur, appellatione fratrum etiam sorores contineri, puta, relicto fideicommisso fratribus, nisi probetur aliud sensisse testatorem. Vox est omnium juris studiosorum, et quasi παροιμία, masculinum concipit fœmininum. Hoc nihil est facilius, ut *l. qui duos* 62. *l.* 81. *servis, hoc t.*

Ad §. 4. *Collegio.*

§. 4. *Collegio fabrorum fundum cum sylvis, quæ ei cedere solent, uti opt. maximusque esset, legavit. Quæro, an ea quoque, quæ in diem mortis ibi fuissent (id est fœnum, pabulum, palea: item machina, vasa vinaria, id est cuppæ, et dolia, quæ in cella defixæ sunt, item granaria) legata essent? Respondit, non recte peti, quod legatum non esset.*

In plerisque urbibus fuere collegia fabrorum instituta ad incendia restinguenda, et coercendos ignes, nedum ad ædificanda opera publica, vel privata, ut constat ex epistola Plinii ad Trajanum de collegio fabrorum Nicomediensium instituendo, et ex Panegyrico ejusdem: collegia, inquam, fabrorum tignariorum, ut in antiquis inscriptionibus legitur sæpe, qui et fabri ædium dicuntur, et ut Isidorus scribit 10. Origin. *Machiones*, *d'ou vient nostre nom de maçon*, quod plerumque machinis insistant. Collegia vero fabrorum cum sint licita, consequens est eis recte legari, *l. cum senatus* 20. *de reb. dub.* Ac proinde recte proponitur in hoc §. Collegio fabrorum fuisse legatum

fundum, uti optimus maximusque esset cum sylvis, quæ fundo accederent. At quæritur, an legato hujusmodi etiam contineantur, quæ in diem mortis testatoris in eo fundo fuissent, veluti fœnum, pabulum, palea, machina frumentaria, vel olearia: an continerentur vasa vinaria, id est, cuppæ, et dolia in cellam defossa, sive defixa, ut *l.* 206. *vinaria*, *de verb. sign.* an continerentur granaria, quæ ibi essent, id est, vasa ex tabulis confecta, fructuum, aut frugum condendarum causa, ut *l. granaria* 18. *de act. empt.* quæ et σιτοβόλια, et ὀσπριοθῆκαι: an, inquam, iis verbis, *uti optimus maximusque est*, ea omnia continerentur, quæ in eo fundo sunt, sicut in *l. fundo legato* 22. *de instr. vel instrum. leg.* dicitur, fundo legato, uti opt. max. est, instrumenta venationis contineri, veluti retia et plagas; forte et cetera omnia, quæ hic enumerantur, legato, aut illis verbis, quæ latissime patent, contineri verius est; plenius accepta voluntate testantis, ut dixi ante. At quia sensisse aliud testator potuit, ideo Scævola, ut solet, non respondit ad quæstionem voluntatis defuncti, quæ quæstio facti est, sed recte tantum respondit ad quæstionem de jure, non recte peti, quod legatum non est: quid autem legatum esset, hoc reliquit in disquisitionem judicantis.

Ad §. 5. *Ex parte.*

§. 5. *Ex parte dimidia hærede instituto, per præceptionem fundum legavit, et ab eo ita petiit: peto, uti velis cohæredem tibi recipere in fundo Juliano meo, quem amplius te recipere jussi, Clodium verum nepotem meum, cognatum tuum. Quæro an pars fundi ex causa fideicommissi nepoti deberetur? Respondit, deberi.*

In §. *ult.* ostenditur, hæredem, cui præter portionem sibi adscriptam testator fundum prælegavit, et rogavit, ut cohæredem suum admitteret et reciperet in eum fundum, ex causa fideicommissi cohæredi partem fundi præstare debere, quod responsum etiam extat ejusdem Scævolæ *lib.* 19. *Dig. l.* 38. *pater*, §. *ult. sup. h. t.*

Ad L. XVII. De usu, et usufr.

Quidam prædia reipublicæ legavit, de quorum reditu quotannis ludos edi voluit, et adjecit: quæ legata peto decuriones, et rogo, ne in aliam speciem, aut alios usus convertere velitis. Resp. per quadriennium continuum ludos non edidit: quæro, an reditus, quos quadriennio resp. percepit, hæredibus restituere debeat, vel compensare in aliam speciem legati ex eodem testamento? Respondit, et invitis hæredibus possessione apprehensa perceptos fructus restituendos esse, et non erogatum secundum defuncti voluntatem, in alia, quæ deberentur, compensari.

Testator prædia quædam legavit reipubl. sub hoc onere, ut ex eorum prædiorum reditu decuriones quotannis ederent certos, nec illicitos ludos: nec in aliam speciem sive causam, vel in alios usus eorum prædiorum reditum converterent, quod nec potuit jure citra auctoritatem principis, *l.* 1. *et* 5. *de adm. rer. ad civit. pertin.* Idem eidem reipubl. legavit et alia quædam nullo onere adjuncto. Resp. prædiorum reditus quadriennio percepit, nec tamen ludos edidit, non implevit onus injunctum legato prædiorum. Scævola ait, fructus quadriennio integro perceptos hæredibus testatoris rempub. restituere oportere, vel pensare cum aliis legatis, quæ eidem reipub ut posui, testator reliquit. Pensationem pro restitutione esse, ut *l.* 4. *qui pot. in pig. hab. l.* 19. *de lib. causa.* Et rempubl. vel eo maxime teneri hæredib. ad restitutionem fructuum quadrimorum, non solum, quod non implevissent impositum legato modum, verum etiam quod, ut proponebatur, invitis hæredibus eorum prædiorum possessionem respublic. apprehendisset malo more et modo, ut ille loquitur.

Ad L. XXXVIII. Eod tit.

Fundi Æbutiani reditus uxori meæ, quoad vivat, dari volo. Quæro, an possit tutor hæredis fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefam. ex locatione fundi redigere consueverat? Respondit, posse. Item quæro, an habitare impune prohiberi possit? Respondit, non esse obstrictum hæredem ad habitationem præstandam. Item quæro, an compellendus sit hæres reficere prædium? Respondit, si hæredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quæro, quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quæ supra responsa essent, intelligi differentiam.

Hæc lex initio ostendit, reditu certi fundi uxori legato, quoad viveret, non ideo prohiberi hæredem, vel tutorem hæredis, eum fundum vendere ex decreto prætoris, ut oportet, si modo tantum quotannis uxori defuncti inferat, quantum ex locatione fundi testator redigere consueverat, ut *l. liberto* 21. *in pr. sup. tit. prox. l. ult.* §. *ult. sup. de contr. empt.* Quia neque realis, sive prædialis, neque personalis servitus legata est, *l.* 12. *sup. tit. prox.* sed pecunia tantum: reditus est pecunia, quæ ex locatione prædiorum redigitur,

ut *l. pen. §. insulam , sup. de leg. 2. et d. l. liberto.* His addit Scævola , etiam non compelli hæredem in eo fundo mulieri præstare habitationem, eadem ratione, quia pecunia legata est mulieri non servitus , et habitatio est servitus personalis: compelli tamen hæredem reficere fundum , si facto ejus deterior factus sit , si culpa ejus reditus minores facti sint. Et ad extremum cum hoc quæreretur , quo distaret reditus legatum ab usufr. qui servitus est personalis: Scævola graviter respondit, ex supradictis satis intelligi interesse : se idem sæpius inculcare nolle : usumfructum scilicet esse servitutem : reditum non esse servitutem : hæredem non posse vendere fundum , cujus ususfructus alii legatus est , *l. pen. §. utrum , si ususfr. petat.* hæredem posse vendere fundum , cujus reditus annuus legatus est : fructuarium in fundo habitare prohiberi non posse , *l. 10. si habitatio , §. ult. de usu , et habit.* eum , cui reditus fundi legatus est, impune prohiberi in eo fundo habitare.

Ad L. XII. De dote prælegata.

Qui dotem in pecunia numerata , et æstimatis rebus acceperat , uxori ita legavit : Sejæ uxori meæ , si omnes res , quæ tabulis dotalibus contineantur , hæredi meo exhibuerit , et tradiderit, summam dotis , quam mihi pro ea pater ejus intulit , dari volo : hoc amplius denarios decem. Quæsitum est, cum res in dotem datæ plures ipso usu finitæ essent, nec moriente marito fuerant, an quasi sub impossibili conditione legatum datum debeatur ? Respondi, videri conditioni paritum , si quod ex rebus in dotem datis supererat , in potestatem hæredis pervenit.

In hac l. proponitur , maritum a socero suo pro uxore , in dotem accepisse pecuniam certam , et quasdam res æstimatas : et accepisse , sic enim interpretari oportet , non quidem de manu in manum , sed consignatis hac de re dotalibus instrumentis : dare in dotem , vel accipere non est tradere , vel traditum accipere , sed scripto , aut stipulatione complecti, ut *l. si fundum 16. de fundo dot. l. 14. de jure dot. l. creditor 52. §. prædium, de act. empt. l. 60. creditor , §. 1. mand.* eundemque maritum proponitur morientem uxori summam dotis , quam ita ut dixi , acceperat a socero, legasse sub conditione , si omnes eas res , quas socer æstimatas doti dixerat , dotisve fore dixerat , hæredi suo uxor re ipsa exhiberet et traderet, et præter eam quoque dotis quantitatem , ei legasse denarios 10. Quæritur , si quædam res usu consumptæ sint , ut vestimenta , adeo ut non possint ab uxore hæredi exhiberi et tradi, an uxori summa illa dotis debeatur jure legati ? Et ait, deberi : quia paruisse conditioni satis mulier videtur , si res omnes , quæ exstant , tradiderit hæredi , quandoquidem testator de iis tantum rebus tradendis sensisse videtur , quæ exstarent. Nec igitur fuit illa conditio impossibilis, quæ etiamsi esset impossibilis , legatum non vitiaret : quia haberetur pro non scripta , *l. ab omnibus 104. §. 1. de leg. 1. l. 3. de cond. et demonstr.*

Ad L. ult. Eod. tit.

Uxori ita legavit : uxor mea , quicquid ei comparavi , et quod mihi dedit , e medio sibi sumat. Quæro an dos prælegata videatur? Respondi : verbis , quæ proponerentur, videri et de dote legata loqui , nisi aliud testatorem voluisse probaretur.

§. 1. Titiæ uxori meæ quanta pecunia ad me , vel in stipulationem dotis ejus nomine pervenit : quæ dos est dotalibus duobus consignatis instrumentis centum aureorum. Quæsitum est, an utramque summam consequi possit ? Respondit , nihil proponi cur non possit.

In lege ultima hoc tit. docet , uxori legato relicto in hæc verba : *Quicquid ei comparavi , in ususve ejus , et quæ mihi dedit , e medio sumito,* id est , *e media hæreditate :* dotem prælegatam videri: nisi probetur , aliud sensisse testatorem. Itemque uxori ita relicto legato, quanta pecunia ad me ob eam , vel in stipulationem dotis ejus nomine pervenit , ut *l. uxori 33. §. ult. sup. de legat. 3.* Hoc adjecto , quæ dos est centum aureorum dotalibus duobus consignatis instrumentis , id est , quæ dos per partes promissa est duobus instrumentis , quorum summæ coacervatæ efficiunt centum : ait , utramque summam utroque instrumento comprehensam uxori prælegatam videri : quæ omnia apertissima.

Ad L. XX. De instruct. vel instrum. leg.

Sejæ ex parte hæredi institutæ , si hæres erit, fundos per præceptionem dederat instructos cum suis villicis , et reliquis colonorum , et codicillis ita scripsit. Postea mihi venit in mentem , Sejam fundos , quos reliqui , ita ut sunt instructi rustico instrumento , suppellectile , pecore , et villicis , cum reliquis colonorum , et apotheca , habere volo. Quæsitum est , an etiam ea, quæ patris familias usus quotidiani causa in fundis fuerunt , legato continerentur ? Respondit, testamento quidem (ut proponeretur) Sejæ insuper fundum legatum , verum non amplius deberi, quam in codicillis , quos sane post oblivionem testamentaria scriptura fecis-

set, instructi appellatione contineri velle se, manifeste ostendisset.

Hujus legis primum responsum pertinet ad hanc speciem. Hæredi instituto ex parte, si hæres esset, testator prælegavit fundos quosdam instructos, vel, ita ut instructi sunt cum villicis suis, et reliquis colonorum, id est, cum reliquis pensionum, quæ a colonis, sive conductoribus fundorum deberentur. Postea codicillis espressit, quibus rebus instructos fundos prælegaret, his verbis, ita ut instructi sunt, rustico, scilicet instrumento, supellectili, pecore, et villicis, cum reliquis colonorum, *les restes*, et apotheca, id est, vino, quod est in apotheca, quod utique vinum etiam cedit instructo, id est, instructi fundi appellatione continetur, si id ibi paterfamilias usus sui causa habuerit, *l.* 1. *C. de verb. signif.* non si casu in horreo vinario custodiæ causa, promercii causa id ibi habuerit: hoc enim instructo non cedit, *l.* 12. §. *proinde si fundus*, et §. *seq. h. t.* instructo, inquam, non cedunt vina, quæ in fundis, veluti in horreo quodam vinario reposita sunt, nisi nominatim, ut hic proponitur, legata sit apotheca. Quæritur vero circa speciem hujusmodi, an, præter ea, quæ paterfamilias enumeravit, etiam cetera omnia, quæ in illis fundis habuit usus sui quotidiani causa, legato cedant? Et respondit Scævola, testamento quidem fundum *instructum legatum*, sic omnino legendum, ut jampridem ostendi *Obser.* 1. *cap.* 27. non *insuper*. Illud *insuper* nihil valet. Ergo testamento quidem fundum instructum legatum: atque adeo, inspectis verbis testamenti, et virtute illius verbi, *instructum*, etiam legato cedere ea omnia, quæ in fundo testator habuit usus quotidiani causa, *d. l.* 12. §. *sed si fundus*. At codicillorum verba potius spectanda et servanda esse, quibus declaravit finivitque manifeste, quid instructi fundi appellatione contineri vellet. Itaque ea tantum legato cedere, quæ codicillis enumeravit, atque percensuit, et codicillis supplevit, quod testator per oblivionem omiserat, nempe instructi significationem: codicilli sunt supplementum, ἀναπλήρωσις testamenti, ut Theoph. noster definit *tit. de codicill. in princ.*

Ad §. 1. *Liberto.*

§. 1. *Liberto suo quidam prædia legavit his verbis: Sejo liberto meo fundos illum et illum do, lego, ita ut instructi sunt, cum dotibus, et reliquis colonorum, et saltuariis, cum contubernalibus suis, et filiis et filiabus. Quæsitum est, an Stichus servus, qui prædium unum ex his coluit, et reliquatus est amplam summam, ex causa fideicommissi Sejo debeatur? Respondit, si non fide dominica, sed mercede, ut extranei coloni solent, fundum coluisset, non deberi.*

Sequitur aliud in §. *liberto.* Quidam liberto suo certos fundos legavit, ita ut instructi sunt, cum dotibus. Dotes eæ sunt, quæ ἐνθῆκαι dicuntur in *l.* 2. §. *dotes*, *h. t. l. Julianus, alias, testatorem* 68. §. *ult. de legat.* 3. et aliis plerisque locis. Et sunt instrumenta omnia, quæ prædiorum causa reposita custodiuntur, ut dotes vinearum: Columella lib. 5. ait, esse pedamenta, et vimina, *cum dotibus*, adjecit, *et reliquis colonorum*: quæ reliqua profecto alioquin instructo non cederent: reliqua nomina colonorum, *l. quæsitum* 78. §. *peto*, *l. prædiis* 91. §. 1. *l.* 101. *qui habebat*, §. *ult. de leg.* 3. Qua vel ex re sola, quod et reliqua colonorum legaverit, plenissima legantis voluntas manifestatur, ut eleganter ait *l.* 27. *prædia*, §. 1. *et seq. inf. h. t.* Adjecit etiam, *et cum saltuariis*, id est, cum servis custodibus finium, aut fructuum, *et cum contubernalibus*, id est, uxoribus suis: quia inter servos est contubernium, non connubium: et *filiis filiabusque*, qui omnes etiam instructo cedunt, *l.* 12. §. *contubernales*, *l.* 15. §. *ult. h. t.* Filiis autem et filiabus, ut dixi, in testamentis dici consuevisse ob discrimen sexus ex Plinio Sosipater scribit, cum sufficeret dicere filiis in utroque genere, *l. si quis* 16. *de testam. tut.* ut et Ennium et Plautum dixisse in eodem genere Priscianus docuit. Hoc vero legatum, etsi amplissimum est et plenissimum, et contineat etiam servos colendi agri causa inductos, non tamen continet servos, qui pensionis certa quantitate domino soluta, ut extranei coloni solent, agrum colerent, non fide domini sola. Denique legato hujusmodi, reliqua colonorum, contineri colonos ipsos: non contineri colonos servos testatoris, qui fructus veluti suos facere dicuntur domino illata pensione certa. Reliqua colonorum, ut dictum est, nominatim contineri, non colonos ipsos, id est, conductores. Et in hanc rem etiam hoc Scævolæ responsum Paulus in testimonium vocat in *l.* 18. §. *cum de villico*, *h. t.*

Ad §. 2. *Gajo Sejo.*

§. 2. *Gajo Sejo alumno meo fundos meos illum et illum, ita ut instructi sunt, et domum superiorem dari volo. Quæsitum est, an etiam domum instructam dari voluerit? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, ita videri dedisse, nisi is, a quo peteretur, aliud testatorem sensisse manifeste doceret. At si habitationis, id est, ædificii instrumentum legasset, non cedere servos operæ, aliive rei paratos.*

Alumno suo Gajo Sejo testator legavit fundos certos, ita ut instructi sunt, et domum suam superio-

rem, domum majorem: nihil præterea adjecit: quæro, an etiam videatur domum instructam legasse? Sic sane, ut respondit Scævola: nisi hæres manifeste docuerit, aliud sensisse testatorem. Manifestam semper probationem Scævola exigit, *l. patronum* 6. *de probat. l. pen.* §. *Lucius* 2. *de legat.* 2. *l.* 27. *prædia*, §. 1. *inf. hoc. t.* Et semper etiam in causis testamentorum hac utitur exceptione, nisi manifeste hæres doceat, vel is, ad quem res pertinet, aliud sensisse testatorem, quoniam, ut eleganter ait *l.* 35. *ex facto*, §. *rerum*, *de hæred. institut.* totum facit voluntas testatoris, quæ modo sit legitima. Nam quid senserit, inquit, spectandum est semper: additur etiam hoc loco, *habitationis*, id est, *ædificii* (addit hanc interpretationem) sive domus instrumento legato, non instructo, servos, qui ibi sunt, legato non cedere: quia nihil animalis instrumenti est, nisi ruri agri colendi causa inductum sit, ut *l.* 12. §. *Alphenus*, *et l. prox.* §. *pen. hoc tit.* Instructo autem ædificio legato, etiam servi, qui ibi sunt, legato cedunt. Plus instructo continetur: quam instrumento, *d. l.* 12. §. *sed si fundus*, et §. *idem Celsus*, *l.* 2. *C. de verbor. signif.* Nota, quod ait, *habitationis*, subjecta interpretatione, id est, *ædificii*: quia habitatio bifariam accipitur, pro servitute, pro jure servitutis, ut in *tit. de usu et habit.*

Ad §. 2. *Prædia et* §. 4. *Idem quæsiit.*

§. 3. *Prædia ut instructa sunt, cum dotibus, et reliquis colonorum, et villicorum, et mancipiis, et pecore omni legavit, et peculiis, et cum actore. Quæsitum est, an reliqua colonorum, qui finita conductione, interposita cautione de colonia discesserant, ex verbis suprascriptis legato cedant? Respondit: non videri de his reliquis esse cogitatum.*

§. 4. *Idem quæsiit in actore legato, an uxor, et filia legato cedant: cum actor non in prædiis, sed in civitate moratus sit? Respondit, nihil proponi, cur cedant.*

Testator legavit prædia ut instructa sunt, cum enthecis, cum dotibus, et reliquis colonorum, et villicorum, qui nummis colerent prædia, cum mancipiis: item et pecore omni, cum peculiis mancipiorum, cum actore servo, sive dispensatore, qui longe alius est a villico: ne confundatur villicus cum actore, sed separetur semper, ut apud Columellam sæpissime, *l.* 1. *cap.* 6. 7. 8. *et l. pen. in princ. de adim. leg.* *l.* 166. *de verb. signif.* Hoc quoque legatum amplissimum est: nec tamen eo continentur, quod maxime notandum est, reliqua, quæ coloni traxerunt, et finita locatione caverunt se domino soluturos, atque ita de colonia discesserunt. Colonia in jure sæpe est ager, quem quis exercet, aut colit per se, vel per alium, quo sensu et Seneca in præfatione Declamationum: *intra coloniam meam me continui, en ma maison des champs.* Reliqua legato continentur, quæ manente adhuc locatione coloni debent, non quæ post finitam locationem caverunt se debere: hæc sibi servasse videtur testator hæredibusve suis, non legasse. Idem subjicit, prædiorum actore, sive procuratore servo legato si is in urbe agat, non in prædiis ipsius, uxorem ejus filiam legato non cedere: quod durum videtur, et forte legendum in hoc responso, *nihil proponi, cur non cedant*, uxor scilicet, et filia, propter duram separationem, ne separetur pater ab uxore et filia, ut in *l.* 12. §. *uxores, hoc tit.*

Ad §. 5. *Idem quæsiit.*

§. 5. *Idem quæsiit, cum testator facto testamento in provinciam sit profectus an ea mancipia, quæ post profectionem ejus, aut mortem, sine cujusquam auctoritate, sponte ad parentes, et notos sibi homines in fundos legatos transiere, legato cedant? Respondit, non legatos eos, qui forte veluti commeantes transissent.*

In *l.* 20. §. *idem quæsiit*, hæc quæstio ponitur. Si quis fundos instructos legaverit cum mancipiis, quæ ibi essent, an legato cedant mancipia, quæ post testamentum factum testator proficiscens in provinciam secum duxit: si eo testatore mortuo in provincia forte fortuna ea veluti commeantia, *faisant leur chemin*, mancipia transierint per fundos legatos, sine jussu defuncti, vel hæredis sponte sua, parentum, et notorum suorum visendorum causa, ubi notos videtur accipere pro cognatis, ut in Comœdia Terent. *omnes noti me, atque amici deserent.* Et alio loco: *habeo hic neminem, neque amicum, neque cognitum.* Græcis quoque γνωτὸς est cognatus. Recte autem Scævola respondit, ea mancipia legato non cedere, nec enim unquam in eo fundo fuisse, certe non mortis tempore, aut illuc reversa fuisse videri, quæ forte, ut ait, id est, casu, veluti commeantia sua sponte transierint: sicut nec constitisse, vel restitisse videtur viator illis locis, per quæ transitum fecit, *l. hæres* 19. §. *si quis* 3. *de judic.*

Ad §. 6. *Pamphilæ.*

§. 6. *Pamphilæ libertæ meæ dari volo fundum Titianum, cum instrumento, et his, quæ in eodem erunt, cum moriar. Quæsitum est: si Stichus servus ex eo fundo ante annum mortis testatoris abductus, et in disciplinam traditus,*

postea in eum fundum non reversus sit: an debeatur? Respondit, si studendi causa misisset, non quo a fundo eum aliorsum transferat, deberi.

Ponitur in hoc §. libertæ fundum Titianum legatum cum instrumento, et iis, quæ in eo fundo essent, tempore mortis suæ: quo genere legati contineri ait etiam servum, quem testator ante annum mortis suæ studendi causa in disciplinam miserat, etiamsi nondum in fundum reversus fuerit: quia non ideo videtur testator a fundo eum aliorsum transtulisse. Quod responsum etiam Paulus retulit in libros suos, *l.* 78. *quæsitum in princ. de legat.* 3. *lib.* 3. *Sent.* Id quoque his verbis expressit: *servum studendi gratia ex eodem fundo, qui cum mancipiis fuerat legatus, alio translatum, placuit ad legatarium* pertinere: perinde scilicet atque si loco motus non fuisset. Inde vero non male constituunt in *c.* 4. *et* 10. *de cler. non resi. in Ecc. etc. ult. extra, de magistr.* pro absente non haberi eum, qui ad tempus studiorum causa degit alibi.

Ad §. 7. *Tyrannæ.*

§. 7. *Tyrannæ sorori meæ fundum meum Græcianum cum stabulo, et instrumento rustico omni relinquo. Quæritur, an fundi appellatione etiam pascua, quæ ad eum simul cum fundo pervenerint, et quæ semper in usibus hujus possessionis habuerat, legato cederent? Respondit: si parata fundo Græciano ita conjunxisset, uti sub una fundi appellatione haberentur, ea quoque deberi.*

Ponitur in hoc §. sorori legatum fundum cum stabulo, et instrumento rustico omni: et quæritur, an fundi appellatione contineantur etiam pascua, id est, prata (hoc loco pascua et prata *c'est tout un*) prata, inquam, quæ simul cum fundo uno pretio comparaverat testator, quæ forte accesserant emptioni fundi, et quæ etiam in usibus ejusdem fundi testator semper habuerat? Et respondet, non aliter ea prata legato fundi cedere, quam si rationibus testatoris, ea relata sint sub una fundi appellatione: ex rationibus patrisfamil. deprehendi mentem, et sententiam testatoris, ut *l. prædiis*, §. *Titio, de legat.* 3. *l. ult. inf. de pecul. leg.* Paulus, 3. *Sent. tit. de leg. Pascua*, inquit, *quæ postea comparata ad fundum legatum testator adjecerat, si ejus appellatione contineantur*, in rationibus scilicet, in libellis testatoris, *ad legatarium pertinent.* Idem ergo est, si separatim, non simul uno pretio cum fundo comparata sunt. Et sufficit solum argumentum rationum testatoris: nec necesse est, ut concurrat etiam argumentum emptionis, vel usus. Et in hunc locum, et plerosque alios similes juris nostri meminisse oportet semper ejus, quod scribit Ascon. Ped. 3. *in Verr.* moris fuisse unumquemque patremfamil. domesticam rationem sibi per dies singulos scribere, ex qua appareret, quid quisque de reditibus suis, quid de arte, fœnore, lucrove deposuisset quoque die, et quid item sumptus, damnive fecisset. Eæ sunt rationes, ex quibus deprehenduntur sæpe voluntates defunctorum.

Ad §. 8. *Instructis.*

§. 8. *Instructis domibus legatis, grabatus argento inaurato tectus, mortis Titiæ tempore in domibus non est repertus, sed in horreis tantisper conditus. Quæro, an is quoque præstandus sit? Respondit, si in domo esse soleret, et quo tutiore loco haberetur, interim in horreo allatus esset, nihilominus præstandum.*

In §. *pen. hujus l.* ostenditur domibus instructis legatis contineri etiam grabatum argento inaurato tectum, coopertum, vestitum, ut alii loquuntur, licet mortis tempore grabatus ille in domibus repertus non fuerit, sed in horreo, in quo eum testator temporis causa condiderat, ut tutiore loco esset: satis enim est si in domibus esse consuevit, ut *l. si uxori* 39. §. *ult. de auro et arg. leg. l. ult. inf. de penu leg.* Ex hoc loco apparet, grabatum etiam dici de lecto pretiosiore, non (ut Theologi volunt) de viliore tantum: nec tamen ideo minus contineri legato instructi, sicut nec legato supellectilis, *l.* 9. *de supellect. leg.* Crabatum habent Pandectæ Florent. Latino more, qui primam corripiunt, mediam producunt. Græci contra, qui plerumque dicunt κράββατον, per duplex ββ

Ad §. *ult. Quod adjecit.*

§. 9. *Quod adjecit testator, uti possedi, an hoc significet, sicut instructa in diem mortis habui, id est, cum mancipiis, pecoribus, instrumento rustico? Respondit: non de jure quæritur.*

In §. *ult.* cum quæritur, an fundum instructum videretur quis legasse his solis verbis, *fundum illum uti possedi*, puta, an videretur cum fundum legasse cum mancipiis, et pecoribus instrumento rustico, quæ in eo fundo habuisset mortis tempore? Scævola respondit, de jure non quæri, sed de voluntate et mente testatoris, quæ facti quæstio est, non juris, *l.* 7. *voluntatis, C. de fideicom. l.* 14. *ex verbis, C. de donat. inter. vir. et uxor.* se de jure tantum respondere, non de facto, ut et ceteros omnes Jurisconsultos. Qua de causa cum de facto consuleretur Gallus Aquilius, consultores rejiciebat ad Ciceronem: quoniam facti quæstio est in

disquisitione Rhetorum, et judicum, non jurisperitorum. Ex hoc igitur responso sane quam gravi intelligere licet verba illa, *uti possedi*; ex mente testatoris interpretationem recipere, non ex ulla definitione juris.

Ad L. ult. De pecul. leg.

Tibi, fili, e medio præcipito, sumito, tibique habeto domum illam: item aureos centum. Alio deinde capite peculia filiis prælegavit. Quæsitum est, an peculio prælegato, et centum auri, et usuræ eorum debentur: cum rationibus breviarii in ære alieno et sortem, et usuras inter creditores complexus sit? Respondit, si id fœnus nomine filii exercuisset, et usuras, ita ut proponeretur filio adscripsisset: id quoque peculio legato deberi.

Sequitur in *l. ult. tit. seq. de pecul. legat.* hæc species et quæstio. Pater ex peculio filii sumpsit aureos centum, quos filio cum usuris ex ea pecunia redactis rationibus suis tulit acceptos, *il en tenoit compte a son fils.* Peculium vero deinde legavit filio simpliciter: quæritur, an illi centum aurei cum usuris peculii legato contineantur? Et ait, contineri pecuniam filii peculiarem, quam pater fœnori occupavit. Item usuras ejus pecuniæ, quas rationibus suis breviariis, ut ait, filio retulit acceptas, se faciente scilicet filii debitorem, et filium creditorem suum naturaliter. Hoc enim est, quod ait hoc loco, *inter ceteros creditores.* Et huc proprie pertinet etiam 1. responsum *l. pen. de legat.* 2. ex eodem libro jam a nobis expositum: ait, *rationibus breviariis*, vel potius aptiusque, rationum suarum breviariis, ut Sveton. dixit: breviarium rationum, et breviarium imperii, in Octavio cap. 28. et in Galba cap. 12. Rerum Romanarum Breviarium dixit lib. de illustrib. Grammat. cap. 13. quod et logarium in *l. 3. §. pen. de pen. leg.*

Ad L. ult. De pen. leg.

Penum meam omnem ad matrem, liberosque meos, qui cum matre sunt, pertinere volo. Quæro, si tutores pupilli eam solummodo penum deberi, quæ in cœnaculo esset, dicant, sint autem et in horreis amphoræ: an hæ quoque deberentur? Respondit, quidquid penoris usus causa ubicunque habuisset, deberi.

Hæc lex est de penu legata matri, et liberis, qui cum matre essent, quo genere legati non tantum ea continentur, quæ esui bibituique sunt, sed et vasa, quæ ea continent, veluti carnaria, vel amphoræ, et non tantum, quæ sunt in cœnaculo, sed et quæ sunt condita in horreis, vel alibi seposita. Satis est, si in cœnaculo his uti solitus paterfamilias fuerit, ut ad *l. 20. §. pen. sup. de instr. vel. instrum. leg.* de grabato dictum est.

Ad L. XX. De alim. vel cibar. legat.

Stichus nutricis meæ nepos, liber esto cui decem aureos annuos dari volo. Qui deinde interpositis nominibus eidem Sticho contubernalem ejus, et liberos legavit: isque quæ vivus præstabat. Deinde alio capite libertis omnibus, quæ vivus præstabat, dari jussit. Quæro, an Stichus præter suum legatum, et alimenta percipere possit? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, non posse.

§. 1. *Item cum alimenta libertis utriusque sexus reliquerit a Republica, et ex prædiis, quæ ei legavit, dari voluisset: Quæro, Stichi contubernali et liberis utrum ab hærede instituto, an a Republica diaria, et vestiaria, quæ vivus dabat, præstari deberent? Respondit, posse benigna voluntatis interpretatione dici, iis quoque a Republica præstanda.*

Dominus Sticho servo suo in testamento directam libertatem dedit, et per fideicommissum reliquit decem aureos annuos, alimentorum scilicet nomine: ut plurimum in jure annua, vel menstrua eum dicimus, alimentorum causam dicimus, *l. 22. quidam, de pact. dot.* quod et in *tit. de ann. leg.* plures indicant loci. Deinde interpositis nominibus propriis contubernalis, id est, uxoris Stichi, et liberorum ejus, eidem Sticho contubernalem, et liberos etiam per fideicommissum reliquit: quibus hoc amplius, id est, contubernali, et liberis præstari jussit alimenta, et vestiaria, quæ vivus eis ipse præstare solebat. Quod fideicommissum valet, etiamsi non manumissis servis relictum sit fideicommissum alimentorum, *l. 16. de ann. leg. l. 17. h. t.* Post hæc alio capite testamenti idem testator a republ. cui amplissima prædia dederat multa et uberrima, quod notandum, libertis suis utriusque sexus reliquit alimenta ex reditu eorum prædiorum, quæ vivus ipse præstabat. Quæritur hoc posteriore legato, an etiam Stichus contineatur, an ex hoc posteriore legato etiam Respub. Sticho alimenta præstare debeat, quæ vivus præstabat testator? Et ait, Stichum non contineri, Ratio est, quia annuis 10. Sticho relictis proprie, et separatim jam ante ei alimenta legaverat, quæ utique Sticho ab hærede scripto præstabuntur. Et hoc posteriore igitur legato, quod a Repub. reliquit testator, censetur ceteros tantum libertos comprehendisse, non Stichum, cui proprium legatum alimentorum nomine adscripserat. Rursus quæritur, alimenta relicta contubernali Stichi et liberis ejus quis debeat, hæ-

res eodem testamento scriptus, an Resp. Et ait, iis quoque Rempub. cui multa prædia, et fructuosissima legata sunt, ex eis prædiis diaria, et vestiaria præstare debere, *benigna*, inquit, *voluntatis interpretatione*, non ex scripto scilicet: quia libertis a Repub. alimenta relicta sunt, et ii non sunt liberti testatoris: sed pro libertis, quippe cum sint Stichi liberti testatoris uxor et liberi, una cum ipso vitam agentes. Et quantum potest, hæredi parcendum est, quantum potest hæres exonerandus est, *l. Sempronius* 47. *de leg.* 2. *l.* 5. §. *pen. de ann. leg. l.* 11. §. *si quis decem, de leg.* 3. *l.* 1. §. *pen. de dot. præleg.*

Ad §. 2. *Titia.*

§. 2. *Titia usumfructum fundi legavit Mævio, ejusque fidei commisit, ut ex reditu fundi præstaret Pamphilæ, et Sticho annuos centenos nummos, quoad viveut. Quæro, an mortuo Mævio hæres alimenta debeat? Respondit, nihil proponi, cur debeant præstari ab hærede Titiæ. Sed nec ab hærede legatarii: nisi id testator manifeste probetur voluisse, etiam finito usufructu præstari: si modo id, quod ex usufructu receptum esset, ei rei præstandæ sufficeret.*

Testatrix Mævio certi fundi usumfr. legavit, ejusque fidei commisit, ut ex reditu fundi Primo et Secundo præstaret annuos centenos nummos, quoad viverent: sic recte Florent. in hoc §. *quoad vivent*: morte Mævii finito usufr. et consolidato proprietati: finitur etiam alimentorum fideicommissum: nec debetur Primo et Secundo, neque ab hærede testatoris, a quo relictum non est, neque ab hærede Mævii, in quem ususfruct. non transiit: nimirum quia interiit cum persona Mævii, sed ut subjicit, si manifeste, quod semper exigit Scævola, doceant Primus et Secundus voluisse testatorem, etiam extincto usufructu morte fructuarii annua 100. sibi præstari: præstanda esse, non ex bonis hæreditariis universis, sed ex eo, quod ex usufructu extabit. Ex eo, inquit, quod ex usufructu receptum erit ab hærede Mævii, id est, ex eo, quod inde extabit, ut loquitur *lex* 1. *sup. si usufr. pet.* ἐκ τοῦ εὑρισκομένου Basil. breviter, ex eo, quod ex usufr. repertum erit penes hæredem Mævii, si id sufficiat annuo. Quod responsum etiam in *lib.* 17. *ff.* ejusdem Scævolæ relatum est, specie latius exposita *l. Titia* 19. *sup. de ann. leg.* Cui tamen objici solet *l.* 9. *si ab eo, de usufr. leg.* quæ lex ab eo, cui legatus est ususfr. fideicommissum relictum, si is repudiaverit legatum, aut vivo testatore in fatum concesserit, ait fideicommissum ab hærede testatoris deberi: quod hic negat deberi ab hærede, vel testatoris vel legatarii. At perquam diversæ sunt species: nam illa *l. si ab eo* non loquitur, ut hic §. de usufr. finito, et reverso ad proprietatem, sed de usufructu, qui nunquam separatus est a proprietate: *ususfructus, qui recurrit ad proprietatem*, id est, ususfructus, qui semel cœpit, et postea recurrit ad proprietatem, sine onere recurrit; qui vero nunquam a proprietate abscessit, apud proprietarium remanet cum onere fideicommissi.

Ad §. *ult. Mater.*

§. 3. *Mater filio hærede instituto, per fideicommissum libertatem Pamphilo servo dedit: eidem cibariorum nomine legavit quinos aureos, et vestiarii, in singulos annos quinquagenos, si cum filio ejus moretur. Quæro, filio defuncto, an alimenta debentur? Respondit, si conditioni paruisset, deberi et post mortem.*

In §. *ult.* hujus legis docet, alimenta et vestiaria servo per fideicommissum manumisso sub conditione relicta, si cum filio testatoris moretur, deberi etiam post mortem filii: cum jam non potest cum eo morari, si modo cum eo, quandiu vixit, moratus fuerit, *l.* 20. *annua, in princ. de ann. legat.* in qua ex libris Dig. simile Scævolæ responsum extat in *l.* 13. §. 1. *h. t.* Placet autem exceptio, quam huic responso addit Accursius, nisi, inquit, gratia filii fuisset illud dictum, sic est legendum, illud, non aliud, id est, præposita illa conditio, si cum filio moretur, quam exceptionem confirmat aperte *lex* 84. *illis libertis, de condit. et demonstr. l.* 10. *de annuis legat.*

Ad L. XXXVI. de Aur. et arg. leg.

Sejæ dulcissimæ poculum aureum, quod elegerit, fidei hæredum committo, ut darent. Quæro, cum in hæreditate non sint nisi trullæ, scyphi, modioli, phialæ, an Seja de his speciebus eligere possit? Respondit, cum omnia potui parata pocula dicantur, posse eam ex his eligere.

Ex eodem lib. 3. *in tit. seq. de aur. et arg. leg.* est *l.* 36. et *l.* 38. In *l.* 36. proponitur, Sejæ per fideicommissum relictum poculum aureum, quod eligere ex multis, quæ habebat testator: ubi poculum aureum, id est, inauratum, ut Seneca 5. *de benefic. cap.* 13. ait, quædam, et si vera non sint, propter similitudinem eodem vocabulo comprehendi et, sic dici, inquit, pixidem et argenteam et auream, puta, quod speciem habeat argenti, vel auri. Et ita forte accipi oportet imagines argenteas in *l.* 6. §. *ult. hoc t.* et lectos argenteos in *l.* 9. §. 1. *de suppell. leg.* Quæritur autem, si in hæreditate non sint, nisi trullæ, scyphi, modioli, phialæ,

an ex his speciebus Seja eligere possit unam? Et ait, posse: quia et hæ species omnes cum sint potui paratæ, pocula sunt, trullæ certe in vasis potoriis numerantur, de quibus magis dubitari poterat. Plautus in Amphit. act. 4. scen. 3. quæ sic incipit, *quæ tam vasto impetu: Lances detergam omnes, omnesque trullas hauriam*, et Horat. 2. Serm. Satyra 3. *Qui Vejentanum festis potare diebus, Campana solitus trulla.*

Ad L. XXXVIII. Eod. tit.

Titia testamento, item codicillis multas species tam argenti, quam vestis specialiter per fideicommissum reliquit. Quæro, an non aliæ species legato cedant, quam quæ in hæreditate inventæ essent? Respondit: eas cedere, quæ inventæ essent, de ceteris cavendum, ut si inventæ essent, præstentur.

In legis 38. initio, docet, pluribus et variis speciebus argenti, et vestis tam codicillis, quam testamento uni legatis, nec omnibus iis speciebus inventis in hæreditate: eas tantum cedere legato, quæ inventæ sunt, ut in *l. si domus* 71. *de legat.* 1. *et d. l.* 36. De ceteris, quæ non inveniuntur, cavere tantum hæredem debere, eas, si quando invenerit, se legatario præstaturum.

Ad §. 1. *Semproniæ.*

§. 1. *Semproniæ piæ hoc amplius copertoria Tabiana, et tunicas tres, cum palliolis, quæ elegerit, dari volo: Quæro, an ex universa veste, id est, an ex Synthesi, tunicas singulas, et palliola Sempronia eligere possit: Respondit, si essent tunicæ singulares cum palliolis relictæ: ex his duntaxat eligi posse, quod si non est, hæredem, vel tunicas et palliola, sed ex synthesi præstaturum, vel veram æstimationem earum.*

Proponitur Semproniæ ita fideicommissum relictum: *hoc amplius copertoria Tabiana, et tunicas tres cum palliolis, quæ elegerit, dari volo* (quæ verba sunt fideicommissi) cum hac adjectione hoc amplius: etiam ei legatur recte, cui nihil ante legatum est, *l. si servus legatus* 108. §. *si ita scriptum, de leg.* 1. Copertoria autem Tabiana dicuntur a Tabia oppido Liguriæ, inclito vino Apicio, *vin muscat*, hodie magis, quam stragulis. Quæritur autem, an ex universa veste, id est, ut interpretatur, an ex synthesi vestium, quæ testatoris fuit, tunicas, et palliola Sempronia eligere possit. Synthesis vestium est, vel universa vestis, vel vestis omni ex parte perfecta, *qu' on appelle un habillement complet*: ut synthesis cultrorum, *c' est une gaine de couteaux*: Synthesis calicum apud Statium Poetam: Synthesis medicamentorum apud Q. Seren. Medicum. Respondit autem Scævola ex synthesi esse præstandas legatario tunicas tres cum palliolis, quæ solent, aut solebant tunicis superinjici, videlicet si tunicæ singulæ, si tunicæ singulares, ut ait, specialiter relictæ sint cum palliolis: sed si generaliter et simpliciter tunicæ relictæ sint cum palliolis, in hæredis arbitrio posuisse videri testatorem, ut, vel ea vestimenta præstaret ex synthesi, quæ eligeret Sempronia, vel earum veram æstimationem, quasi re aliena legata, vel quasi quibuscunque tunicis sive palliolis unde comparari possit: *vera æstimatio*, justa æstimatio est, *l.* 14. *non dubium*, §. *ult. de leg.* 3. vel eo maxime, quod fideicommissum non vindicetur, sed petatur actione personali: *l. duobus* 85. *de legat.* 1.

Ad §. *ult. Seja.*

§. 2. *Seja testamento ita cavit: si mihi per conditionem humanam contigerit, ipsa faciam, sin autem, ab hæredibus meis fieri volo, jubeoque signum Dei ex libris centum in illa sacra æde, et in patria statui subscriptione nominis mei. Quæsitum est, cum in eo templo non nisi aut ærea aut argentea tantum sint dona: hæredes Sejæ utrum ex argento, an ex auro signum ponere compellendi sint, an æreum? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur argenteum ponendum.*

Sequitur in §. ultimo hujus legis: Si alicujus Dei signum: τύπον 100. liberarum in templo poni jusserit testatrix superstitiosa, et in eo templo sint varia signa, varia donaria, sive ἀναθήματα, ut si sint ærea, et aurea, et argentea, cujus materiæ signum hæredes ponere debeant, æreum, argenteum, an aureum? Et ait medii generis signum, puta, argenteum esse ponendum: sicut legato generaliter relicto, vel donatione facta generaliter medii generis, mediocris, res debetur, *l.* 35. *si quis argenteum*, §. 1. *et* 2. *C. de donat. l.* 37. *legato generaliter, de legat.* 1.

Ad L. ult. de Liber. leg.

Creditor debitori legavit ita: Gajo Sejo quicquid mihi sub pignore hortorum suorum debuit, ab hæredibus meis dari volo. Quæro, cum testator vivus a Sejo aliquid excepit, an id ex causa legati peti possit? respondit, secundum ea, quæ proponerentur, non posse. Idem repetiit, et ait: item testatorem ante factos codicillos, quibus legavit, pene omnem pecuniam sortis, et usurarum recepisse, ita ut modicum sortis, et usurarum debeatur: et quæsiit, an ei petitio competeret propter verba ad præteritum relata, quid-

quid mihi debuit? respondit: prius quidem secundum ea, quæ proponerentur, recte responsum est, verum posterius propter ea, quæ in tempore adderentur, ita ab judice æstimandum, ut inspiceret oblivione pecuniæ solutæ, aut quod eo inscio numerata esset, id fecisset, an consulto, quod quantitatem quondam debitam, non jus liberationis dare voluisset.

Restant ex hoc libro tres duntaxat leges, quæ hodie facile profligabuntur. Una est *l. ult. de liberat. leg.* cujus initio proponitur creditor codicillis suis ita per fideicommissum debitori suo liberationem legasse, *Gajo quidquid mihi debuit dari volo.* Verbo *dari*, sicut verbo *condonari* liberatio relinquitur recte, ut *l. 25. legavi; sup. h. t. l. Lucius 46. §. ult. de adm. tut.* At si post factos codicillos vivus testator exegerit partem pecuniæ debitæ a Gajo: quæritur an pecuniam solutam debitor ex causa legati ab hærede creditoris petere possit? Et ait non posse peti pecuniam ab hærede creditoris post factos codicillos exactam, et testatori solutam: quia liberatio legata est, non pecunia: et jam solutione debitore liberato, sane frustra liberatio legatur. At si ante factos codicillos creditor a debitore pene omnem pecuniam sortis, et usurarum exegerit, ita ut modicum sortis, seu usurarum sit in reliquis: rursus quæritur, an quia legati verba collata sunt in præteritum tempus, *quicquid mihi debuit*, an, inquam, solutæ pecuniæ repetitio debitori competat jure legati, ut *l. 28. §. Titius Sejo, h. t.* Et ait, hanc quæstionem esse facti, non juris, atque adeo positam in æstimatione judicis, *l. 7. voluntatis, C. de fideicomm.* ut scilicet judex ipse inspiciat, an oblivione pecuniæ sibi solutæ (oblivionis ratio habetur, ut *l. 20. Sejæ, in pr. de instruct. vel instrum. leg.*) oblivione, inquam, pecuniæ sibi solutæ, aut inscitia pecuniæ forte solutæ actori, vel procuratori suo ita legaverit: quo casu nulla repetitio debitori solutæ pecuniæ competit: quia non pecuniam, sed liberationem testator legare voluit debitori suo: cui liberationi, perempta jam per solutionem obligatione, locus esse non potest: liberato liberatio frustra relinquitur et ridicule: an vero consulto et cogitato ita legaverit testator, quod solutam pecuniam quondam debitori suo reddi vellet, quo casu soluti repetitio ei proculdubio competit actione ex testamento: quæ est sententia hujus loci. In contextu loco illo, *idem*, consultor scilicet; *repetiit, et ait item testatorem ante factos codicillos, etc.* Ut est scriptum in Florent. *Item testatorem*, puto scriptum olim fuisse hoc modo: *Et ait, em testatorem ante factos codicillos, quibus legavit, etc.* sed ex verbo priore, *ait*, ut accidit sæpe in veterum scriptis: repetitas duas literas posteriores, I. T. perperam coaluisse cum illo, *em*, quod significat, sive præfigas afflatum, sive non (ut sine afflatu, vel aspiratione plerumque scribi solebat) significat, inquit, em ecce, et demonstratio est ejus, quod consultor ait. Idem consultor, inquit, *repetiit, et ait, em*, id est: ecce verba consultoris, *testatorem, ec.* ut in Ulpiani libro 7. de offic. Proconsul. apud Licinium Rufinum tit. primo: Verba: inquit, consultationis, et rescripta ita se habent, em: inter Claudium optime imperator, etc. *em, voicy les paroles du rescript.* et lib. sing. reg. (quod jam pridem ostendi) titulo decimo, ni fallor, em l. 12. tab. jubet his verbis, em: *Si pater filium ter venundnit, etc.*

Ad §. 1. Inter cetera, §. 2. Titia, et §. 3. Item quær.tur.

§. 1. *Inter cetera liberto ita legavit: et si quid me vivo gessit, rationes ab eo exigi veto. Quæritur, an chartas, in quibus rationes conscriptæ sunt, item reliquas, secundum accepta, et expensa hæredibus reddere debeat? respondit: ea de quibus quæreretur, posse hæredem vindicare, id autem, quod conservis, qui remanent in hæreditate, crediderit, et in rem domini versum esset, desiisse in reliquis esse.*

§ 2. *Titia, quæ duos tutores habuerat. ita cavit: rationem tutelæ meæ, quam egit Publius Mævius cum Lucio Titio, reposci ab eo nolo. Quæritur, an si qua pecunia apud eum ex tutela remansit, peti ab eo possit? respondit, nihil proponi, cur non pecunia, quæ pupillæ esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur.*

§. 3. *Item quæritur: an contutor liberatus videretur? respondit, contutorem non liberari.*

Qui ratione actus a liberto suo administrati hæredes suos exigere vetuit, liberationem quidem liberto legasse videtur, et remisisse actionem negotiorum gestorum, et exactam redditionem rationum, sed non etiam videtur remisisse chartas sive instrumenta, in quibus rationes conscriptæ sunt, neque reliqua; quæ accepta, et expensa in rationes relata, eum contraxisse, et apud eum esse constiterit. Imo ea omnia hæredes suo jure vindicare possunt. Idque confirmat etiam responsum §. sequentis, quo proponitur, testatorem vetuisse rationem suæ tutelæ exigi ab uno ex tutoribus, quem nominavit, et tamen respondit, pecuniam reliquam, quæ apud eum esset, legatam non videri: et legatum illud prodesse tantum ei, non contutori. Quod responsum etiam relatum est libro Scævolæ 16. Digest. *l. 28. §. testamento h. t.* ex quo loco, et in dicto §. seq. ut vel ipsa ratio docet satis, legendum: *Respondit, nihil proponi, cur pecunia,*

quæ pupillæ esset, et apud tutorem remaneret, legata videretur, circumscripta negatione: non est legendum, *cur non pecunia*, sed *cur*, quod illa repetitio hujus responsi manifeste probat, atque pervincit. Reliquas autem in hoc §. *inter*, dicit pro, reliqua, ut *l.* 9. *sup. h. t.* quæ declarat aperta, quis sit effectus hujus legati: ut reliquas defunctorum, *l. propen. de relig. et l. ult. de mort. infer.* et Primarius 2. in Apocal. *martyrum se dicit reliquas perspexisse.* At subjicitur recte in hoc §. *inter*, in reliquis liberti non numerari, quod is conservis suis, qui remanserunt in hæreditate, antequam manumitterentur, credidit, et versum est in rem domini: quia versum in rem domini pro soluto habetur: non est igitur in reliquis.

Ad §. 4. Cajo Sejo.

§. 4. *Cajo Sejo optime merito hoc amplius lego, concedique volo, neque ab eo peti, neque ab hæredibus ejus quidquid mihi, aut chirographis, aut rationibus debitor est, vel quidquid a me mutuum acceperit, vel fidem meam pro eo obligavi. Quæro, utrum id solum, quod eo tempore, quo testamentum fiebat, debebatur, legatum sit: an et si quid ex ea summa usurarum nomine postea accessit, legato cedat? Respondit, secundum ea, quæ proponerentur, videri omnem obligationem Sejo jus debiti per fideicommissum solvi voluisse. Item quæritur, si postea novatione facta, et ampliata summa, cœperit debere: an id, quod ex vetere contractu debebatur, nihilominus in causa legati daret. Et an vero novatione facta, quasi novus debitor ampliatæ summæ possit conveniri? Respondit, id duntaxat legatum videri, quod tunc debuisset, si tamen mansit in ea voluntate testator, quæ tunc fuisset.*

Testator Cajo sibi obligato variis ex causis, actione si certum pet. de chirographis, actione si cert. pet. de reb. cred. actione negotiorum gestorum, actione mandati, remisit omnes eas actiones, an videtur etiam remisisse, quod post testamentum factum forte usurarum nomine accessit? sic sane: quia sorte remissa, usuras consistere necesse est. Quod responsum etiam proponitur lib. Scævolæ 16. Digest. in *l.* 28. §. *legatum, sup. hoc. t.* At rursus quæritur, si post testam. factum novatio omnium earum obligationum a testatore facta sit, interposita stipulatione, et ampliata summa debita, an extinguatur liberationis legatum? Et ait, non extingui: imo consistere in eo, quod debebat Cajus facti testamenti tempore, non etiam produci ad id, quod amplius debere postea cœpit, nisi (quæ est exceptio perpetua) novatione facta, quasi novum debitorem totius summæ testator facere voluit, revocato, sive adempto liberationis legato. Quod utique videtur voluisse, si consulto sciens prudensque novationem illam fecerit; non si eo inscio actores ejus in provincia facto anatocismo, ut vocatur, sorti usuras adjecerunt, *arg.* §. 1. *hac l. et l.* 34. *nomen*, *de l.* 3.

Ad L. LXXXV. de Cond. et demonst.

Titia hæredis instituti liberos habentis filii fidei commisit, uti rem ejus universam restitueret filiis ejus, liberisve eorum, cum ipsi petiissent, sine ulla juris cavillatione: quæro, an his verbis, cum illi a te petierint, conditio fideicommisso adscripta videatur? respondit, non videri.

Ex hoc libro 3. etiam est *lex* 85. *de cond. et demonstr.* in qua proponitur mater filii hæredis instituti fidei commisisse, ut hæreditatem restitueret filiis suis propriis, vel liberis eorum, cum ipsi petiissent sine ulla cavillatione, ut ait, sine mora, sine cunctatione, sine tergiversatione ulla, ut Quint. 7. Inst. cap. 5. *moveri sæpe*, ait, *mille juris cavillationes*, *vaframenta scilicet ex jure detorta*, *et nimis callidas*, *et malitiosas juris interpretationes.* Ait autem Scævola verba illa, *cum ipsi petiissent*, non facere fideicommissum conditionale, et consequenter mortuis filii liberis, antequam peterent fideicomm. petitionem ejus eos trasmisisse videri ad hæredes suos, quod confirmat aperte *l. si decem* 43. *de verb. obligat.*

Ad L. XXVII. Quando dies leg. ced.

Filiumfam. ex parte pure instituit hæredem, eique fideicommissum dedit: et eodem testamento ita cavit: Quod ego Lucium Titium hæredem institui, ita eum adire hæreditatem volo, si is patria potestate liberatus fuerit. Quæsitum est, an a cohæredibus ejus adita hæreditate, legati filiofamilias dati dies cesserit? respondit, si pure sit datum, a cohærede filii pro hæreditaria parte fideicommissum peti posse.

Ultima ex hoc libro est *lex* 27. *quando dies leg. ced.* in qua duæ consultationes. Prior est de L. Titio filiofam. hærede instituto ex parte, et eidem prælegato relicto pure: hærede autem instituto sub conditione, si a patre emancipatus fuerit: prælegato vero, ut dixi, relicto pure verbis fideicommissi: an hæreditate adita a cohæredibus, nondum adita a filiofam. propter conditionem illam, *si a patre emancipatus*, *vel si patria potestate liberatus fuerit*, quæ nondum existerat: an, inquam, possit pater interim filii nomine a cohæredibus

prælegatum petere pro hæreditaria portione eorum. Et ait, si pure datum sit prælegatum sive fideicommissum, prælegati vice et nomine, id est, quia pure datum sit (ut solet Scævola loqui) absque dubio interim peti posse. Unde apparet, ex hoc responso initio hujus legis vocem illam, *pure*, male esse collocatam, et suo loco sic esse restituendam, *filiumfam. ex parte instituit hæredem, eique pure fideicommissum dedit.* Deinde subjicit eodem testamento, institutioni adjectam conditionem, si a patre emancipatus fuerit, quæ conditio frequenter apponi solet iis, quæ filiisfam. relinquuntur, ut *l. 70. duos, et l. avia 77. de cond. et demonstr. l. mater, §. 1. si quis omiss. caus. testam. l. 46. de hæred. instit. l. ult. de petit. hæred. l. 3. §. si hæres, de minor.* et aliis plerisque locis. Plinius 8. Epist. *Curtius*, inquit, *perosus generum suum, sub conditione filiam ejus neptem suam instituit hæredem, si esset manu patris emissa*: et Svetonius in Vitellio: *Filium*, inquit, *a matre sub conditione hæredem institutum si de potestate patris exiisset, manu emisit.* Hanc conditionem adjiciebant ii, qui quod relinquebant filiofam. nolebant acquiri patri.

Ad §. 1. Menstruos.

§. 1. *Menstruos denarios denos manumissis legavit: quæsitum est, cum absentibus hæredibus ex Senatusconsulto libertatem sunt consecuti, ex quo tempore eis cibaria debeantur? respondit, secundum ea, quæ proponerentur, ex eo tempore his cibaria debeantur, quo liberi esse cœperint.*

Posterior consultatio hujus l. est de servis testamento per fideicommissum manumissis, et cibariorum menstruorum, sive mensurnorum, ut et Cicero locutus est, legato donatis, qui si, absentibus hæredibus, qui sunt rogati eos servos manumittere, ex Senatusconsulto ad libertatem pervenerint, ex Senatusconsulto, Rubriano scilicet, vel Dasumiano, quia absentibus hæredibus, et latitantibus se, ne servos manumittere cogantur ex causa fideicommissi, ex Senatusconsulto quidem Rubriano libertatem consequuntur: ex Dasumiano autem hæredibus absentibus, nec latitantibus se, ut si absint juxta ex causa, *l. 26. cum vero, §. subventum, l. neque infantes 36. l. 51. non tantum; §. Senatusconsulto, de fideicom. libert.* ait, cibaria eis deberi ex testamento ex eo tempore, quo ad libertatem ex Senatusconsulto pervenerunt, non expectata manumissione hæredum absentium, vel non exspectato eorum reditu.

JACOBI CUJACII J. C.

IN LIB. IV. RESPONS. CERVIDII SCÆVOLÆ.

RECITATIONES SOLEMNES.

Ad L. ult. De leg. 2.

Testamento filium et uxorem suam hæredes instituit, postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius, ei donavit, et adjecit, præcipua hæc eum, suique juris, et post mortem suam habere velle. Quæro: cum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset, id vice codicillorum valeret: epistola autem non sit obsignata, an quæ epistola continentur, ad filium pertineant? respondi, si fides epistolæ relictæ constaret, deberi, quæ in eam dare se velle significavit.

Varia sunt hujus legis responsa. Ac primum quidem est de testatore, qui filio et uxore hæredibus institutis, postea filio prælegavit suum peculium, epistola ad eum scripta, nec tamen confirmata testamento, quod ante fecerat: quandoquidem testamento id tantum caverat, se codicillorum vice valere velle, quod obsignatum a se filius recepisset. Et epistola illa non erat obsignata: ergo inquies, non erat vice codicillorum. At nihilo minus ait Scævola noster, prælegatum in ea epistola filio relictum deberi: quia potentius est, quod pater post testamentum factum gessit, quam quod testamento cavit, quasi δευτέρων, ἀμεινόνων. Idque confirmat etiam *l. 6. §. licet, de jure codic.* Ubi ferme idem proponitur, et est eadem ratio in utroque. Potentior suprema, quam prima voluntas, vel eo maxime, quia quod in supremis voluit, id valde se voluisse significavit, ut hic proponitur, scribendo, se velle peculium præcipuum sive ἐξαίρετον, suique juris filium suum habere post mortem suam. Enixa voluntas potior est nuda voluntate. Donatus illo loco Adelph. *ille tibi moriens nos commendavit senex. In jure*, inquit, *ultima judicia certiora et potiora sunt.*

Ad §. 1. Qui indivisam.

§. 1. *Qui indivisam cum fratre suo rem habebat, filias suas hæredes instituit, et ita cavit: Propter res universas, quæ mihi cum illo fratre meo, patruo vestro communes, cum quas æstimationis constiterit esse universas duo millium aureorum, fidei vestræ committo uti pro portione vestra mille aureos a Lucretio Pacato patruo vestro accipiatis. Huic testamento

quinquennio supervixit, *et abunde patrimonium reliquit. Quæsitum est*, *an hæredes Lucretii Pacati secundum verba suprascripta offerentes mille aureos*, *fideicommissum consequantur? Respondi*, *secundum ea*, *quæ proponerentur*, *non facere voluntatem*, *ut universa datis millenis aureis restituerentur*, *sed æstimationis*, *quæ mortis tempore in rebus fuerat*, *oblationem fieri debere.*

Pater testamento filias suas hæredes scripsit, easque rogavit, ut hæreditatis paternæ, id est, avitæ respectu filiarum, ut, inquam, hæreditatis paternæ, quam cum fratre suo, patruo earum, communem habebat pro indiviso, et cujus hæreditatis (hoc adjecit) res universas constitisset esse æstimationis bis mille aureorum, portionem a se filiabus obvenientem jure testamenti patruo suo restituerent accepto ejus portionis justo pretio, puta aureis mille. Post factum testamentum, vivo adhuc testatore, qui et ponitur testamento quinquennio supervixisse, auctore facto patrimonio communi inter testatorem et fratrem ejus (fac autem esse patrimonium usque ad 4000. aureorum) ac deinde mortuo testatore quæritur an oblatis mille, patruus portionis fideicommissum petere a filiabus fratris, et consequi possit, quæ portio propter incrementum, quod accessit patrimonio, tunc est 2000. aureorum? Et ait, patruum id petere non posse, nisi tantum offerrat, quantum tempore mortis testatoris valet filiorum portio, puta 2000. aureorum: quia quod de accipiendis mille aureis testamento cavit pater, id retulit ad æstimationem ejus temporis, quo testamentum fecit, non quod, si cresceret æstimatio patrimonii, vellet etiam 1000. tantum aureis filias esse contentas, et minore pretio portionem suam quasi vendere, quam quanti fuit mortis patris sui tempore. Voluit enim pater æquo pretio eas patruo portionem suam vendere, ut *l.* 66. *et si æquo pretio, de leg.* 1. non minore, idque, vel ex eo apparet satis, quod ita demum cavit testamento acceptis 1000. filias patruo restituere portionem suam, si constitisset hæreditatem universam non esse pluris, quam 1000. aureorum. Hæc verba testatoris, *quas res universas constiterit esse* 2000. *aureorum;* conditionem faciunt, ut *l. qui Romæ* 122. §. *Agerius, de verbor. obl.* Quæ conditio sane deficit aucto patrimonio, salvo tamen jure fideicommissi. Unde et post factum testamentum vice versa, minuto scilicet patrimonio, par est, ut etiam minuatur, quod conditionis implendæ causa patruum dare placuit: ita ut semper neque plus, neque minus accipiant filiæ a patruo, quam efficiat portionis suæ justum pretium, quod fuerit mortis patris sui tempore. Est elegans responsum.

Ad §. 2. *Sejo.*

§. 2. *Sejo*, *quem hæredi substituerat*, *ita legavit: Sejo*, *si mihi hæres non erit, et uxori ejus Marcellæ argenti libras* 15. *dari volo. Quæro cum Sejus hæres extiterit*, *an Marcellæ legati dimidiam portio debeatur? respondi*, *secundum ea*, *quæ proponerentur*, *deberi.*

Testator hæredi instituto substituit Sejum in primum casum, si hæres non esset, et si expiraret substitutio illa vulgaris, puta aditione hæredis instituti, quæ extinguit vulgarem substitutionem, Sejo et uxori ejus conjunctim per fideicommissum legavit argenti libras 15. Primo hærede instituto non adeunte hæreditatem, atque ita jure substitutionis Sejo hærede existente, quæritur, an uxori ejus dimidia pars legati debeatur? Et ait deberi. Sejus igitur, qui non venit in partem fideicomissi propter defectum conditionis, quia defuncto hæres extitit, partem fecit suæ uxori, id est persona ejus, quamvis partem non capiat fideicommissi, numeratur in parte facienda uxori. Quod sæpe evenit in jure, et uxore, quamvis conditio defecerit, tamen non repellitur a fideicommisso, id est, a fideicommissi parte, nimirum quia adscripta ea conditio potius Sejo est, quam uxori ejus: quod verba demonstrant (*si hæres non esset*). Denique Sejum tenet conditio, non uxorem. Ac præterea portio Seji, quæ deficit, ideo non accrescit uxori, quia per fideicommissum utique conjunctim proponitur fuisse quantitatem illam relictam, nempe his verbis, *dari volo*, quæ sunt verba precaria. *Volo* non est verbum imperativum, sive directum, sed precarium verbum, *l.* 96. *sup. tit. prox. l.* 11. §. *sic fideicommissum*, *l.* 34. *nomen*, *tit. seq.* fideicommissi jus idem est, quod legati per damnationem. Inter eos vero, quibus conjunctim eadem res, vel quantitas per damnationem legatur, non versatur jus accrescendi, sed pars deficientis apud hæredem remanet, *l.* 7. *sup. h. t. et lib. sing. reg. Ulp. tit. de legat.* Et ita est explicandum hoc responsum, quod est etiam elegans.

Ad §. 3. *Lucius Ti tius.*

§. 3. *Lucius Titius intestato moriturus*, *cum haberet uxorem*, *et ex ea filiam emancipatam*, *codicillis hæc verba inseruit*: *pertinent autem hi codicilli ad uxorem et filiam. Primum autem rogo*, *sic inter vos agatis*, *ut me vivo egistis*, *itaque rogo*, *ut quicquid aut ego reliquero*, *aut*

quod vos ipsæ habetis, commune vobis sit. Filia intestati patris bonorum possessionem accepit. Quæritur, an aliqua pars hæreditatis L. Titii ex causa fideicommissi a filia matri deberetur, et quota? Respondi, secundum ea, quæ proponerentur, dimidiam partem deberi: si modo uxor parata sit in commune bona sua conferre.

Quidam factis codicillis ab intestato, id est nullo facto testamento, et scriptis codicillis illis ad uxorem et filiam emancipatam, bona quædam propria habentem (filiafam. non habebat bona propria) utramque rogavit, ut bona, quæ ipse relinqueret, simul et bona propria inter se communicarent, *que tout fut commun,* Hujus fideicommissi vis hæc est, ut etiam bonorum paternorum, quæ ad filiam pervenerunt ab intestato, jure bonorum possessionis unde liberi, partem dimidiam matri filia conferre debeat, si modo etiam mater parata sit bona propria conferre in commune. Fuit enim mutuum fideicommissum, et qui hæres fideicommisso non paret, nec juste desiderat, ut ei etiam pareat cohæres. Quod idem Scævola retulit 21. Digest. in *l. Lucius* 78. *ad SC. Trebell.*

Ad §. 4. *Quatuor.*

§. 4. *Quatuor filios æquis partibus instituit, et fundum per præceptionem singulis legavit. Filii, cum universa bona patris obligata essent, mutua accepta pecunia, hæreditario creditori solverunt, et posteriori obligaverunt. Qui cum ei debitum non solveretur, prædia universa lege pignoris uni ex hæredibus vendidit. Quæritur an cum iste filius ex causa emptionis ea possideat, fratribus, et cohæredibus fideicommissi petitio esset: an vero ea perempta esset, cum communiter universa sequenti creditori obligaverint? Respondi, actionem quidem fideicommissi in personam competentem omnibus invicem manere, non autem fideicommissum restituendum, est nisi prius debitum ab eis emptori, eidemque cohæredi persolveretur.*

Pater 4. quos habebat filios hæredes instituit æquis portionibus, et singulis singulos fundos prælegavit per fideicommissum, ut suum quisque fideicommissum præciperet vicissim: et consequenter a cohæredibus, vel per prætorem actione fideicommissi: per prætorem fideicommissarium, vel per arbitrum familiæ erciscundæ, *l. 7. C. fam. ercisc.* At (quæ est species hujus §.) si, cum essent patris omnia bona cuidam creditori pignorata, eo se creditore filii liberaverint versura facta, id est, sumpta communiter ab alio mutua pecunia sub pignore eorundem bonorum omnium, quæ is posterior creditor, cum pecunia sibi non solveretur, jure suo vendiderit omnia uni ex filiis: quæritur, an ab eo, qui emit omnia bona a posteriore creditore, ceteri fratres, et cohæredes petere fideicommissum possint? Scævola respondit; actionem, sive persecutionem fideicommissi personalem omnibus fratribus, et cohæredibus invicem manere; sed non ante id eum, qui emit omnia bona paterna a posteriori creditore, cohæredibus restituere cogendum, quam pro sua parte cohæredes ei solverint debitam pecuniam, et quo minus cogatur restituere, ceteris fideicommissum non solventibus pro sua parte debitam pecuniam, tueri scilicet se posse adversus ceteros exceptione doli mali. Hæc est sententia hujus §. Loquitur in eo de actione fideicommissum extraordinaria, quæ competit in personam? sed ubi hæc competit, sive manet, manet etiam familiæ erciscundæ mixta actio in rem, et in personam, *d. l. 7.* Ergo et in hac specie, inquiens, in actionem familiæ ercisundæ venit, quod unus ex hæredibus pro emptore possidet, quod tamen negat *lex* 26. *hæredes*, §. *quod pro emptore*, *famil ercisc.* At ne quem hæc objectio turbet, serva in hac specie bona universa, quæ unius ex fratribus emit a posteriore creditore, me dicere venire in judicium familiæ erciscundæ, soluto tantum debito, atque ita pretio reddito emptori bonorum, nempe, quia (hæc est ratio) jam non pro emptore ea bona possidet reddito pretio, sed pro hærede.

Ad §. 5. *Filiæ.*

§. 5. *Filiæ fideicommisit in hæc verba: Peto a te, filia mea, ut dotalem cautionem post mortem meam mutes, et ita renoves, ut fratres tui dotem stipularentur hoc casu, ut si sine liberis uno pluribusve in matrimonio morieris, dos ad eos perveniat. Post mortem patris decessit maritus, antequam renovaretur: cautio dotalis: et postea alii nupta decessit, nullo liberorum relicto vivo adhuc Titio uno ex fratribus. Quæsitum est, an Titius petitionem haberet rerum, quæ in dotem fuerat? Respondi, posse fideicommissum ab hæredibus sororis peti, si per eam stetit, quo minus dotem frater stipularetur.*

Testator filiam hæredem institutam rogavit, ut cautionem dotalem, qua ipsa dotem hæredi suo reddi, si in matrimonio moreretur, stipulata erat, ut eam cautionem mutaret, et renovaret, elicito et adhibito videlicet consensu mariti: alioquin non posset eam novare, *l. 2. in primo soluto matrim.* Et ita scilicet eam novaret (præscripsit modum novationis) ut eam dotem, si ipsa moreretur in matrimonio sine liberis, fratres ipsius, etiam qui hæredes ei non extitissent, sibi reddi stipu-

larentur. Si per eam mulierem stetit, quo minus fratres ita stipularentur a priore, vel posteriore marito ejus, nihil refert: si per eam, inquam, stetit, non per maritos, fratribus in hæredem ejus mulieris sane competit petitio fideicommissi: quod et mulier fideicommissum non impleverit. Si per eam non stetit, sed per maritum, qui novari obligationem noluit, hoc casu absque dubio cessat petitio fideicommissi. Æque si renovata obligatione dotali fratres stipulati sunt in supradictum casum, perempta quoque est actio fideicommissi, quasi impleto fideicommisso: sed fratribus competit adversus maritum sororis actio ex stipulatu. Rès est aperta.

Ad §. 6. *Filium.*

§. 6. *Filium et filiam hæredes instituit, et libertis legata dedit, eorumque fidei commisit in hæc verba: A vobis peto, ut quidquid vobis legavi, contenti sitis viventes, ut post vos filiis meis restituatis. Defuncta testatricis filia Mævia, libertus decessit hærede instituto patronæ filio ex parte debita, ex altera extraneo. Quæsitum est, an adita hæreditate patronæ filius a cohærede suo partem eorum, quæ ex testamento matris ad Mævium libertum pervenerant, petere potest? Respondi, ejus, quod ei deberetur, si hæreditatem non adisset, partem a cohærede petere posse.*

Sequitur in §. *pen.* hæc species. Mulier filium et filiam hæredes instituit, et libertis suis quædam legata reliquit sub onere fideicommissi, puta, restituendorum legatorum filiis testatricis post obitum libertorum his verbis. *Post vos legata, quæ vobis dedi, filiis meis restituatis.* Mortua filia, ac deinde mortuo liberto uno testatricis, hærede relicto sive instituto patronæ filio, qui supervixerat filiæ, ex portione legitima, quæ debetur verecundiæ patronali, ut loquitur *l. si patronus, de donat.* extraneo vero instituto ex portione reliqua, ait, filium, adita ab utroque hæreditate liberti, et a filio, et ab extraneo, a cohærede extraneo posse ex causa fideicommissi petere partem dimidiam legatorum, quæ ad eum libertum pervenerunt ex testamento patronæ: partem, inquam, dimidiam dumtaxat: quia pro altera parte, ex qua liberto filius hæres exstitit, aditione hæreditatis confusa, fideicommissi obligatio est, *l. debitor, 59. ad Senatusc. Trebell.* Et pro parte tantum cohæredis fideicommissum consistit, *l. Lucius Titius 125. sup. tit. prox. l. pen. C. de hæred. action.* Si filius non adiisset hæreditatem liberti, totum id peteret ab extraneo, quod libertus ex patronæ testamento cepisset: adita hæreditate liberti, partem duntaxat petit.

Ad §. *ult. Maritus.*

§. 7. *Maritus uxorem ex asse hæredem instituit, cujus post mortem codicillos aperiri testator præcepit. Prædium hæreditarium uxor, infructuosum rationi suæ existimans, vendidit. Emptor quærit, an retractari hæc venditio possit post mortem mulieris ab his, quibus codicillis per fideicommissum hæreditas data deprehenderetur: an vero solum quantitas pretii ab hærede uxoris fideicommissariis debeatur? Respondi, propter justam ignorantiam tam mulieris, quam emptoris, hæredem mulieris, ut fundus apud emptorem remaneat, fideicommissario pretium dare debere.*

Sciendum est, regulariter hæredem rogatum restituere hæreditatem, adimere et deminuere ex ea nihil posse, et si quid vendiderit, id fideicommissarium ab emptore auferre et revocare posse, ut *l. ult. comm. de legat.* Addendæ duæ tamen sunt potissimum exceptiones: una hæc est, nisi hæres fideicommisso oneratus aliquid vendiderit, dissolvendi æris alieni hæreditarii gratia, *l. 58. pater*, §. 1. *t. seq.* Æris enim alieni ratio et causa potior est fideicommisso, nam et in hæreditate id tantum intelligitur esse, quod superest, deducto ære alieno. Altera exceptio est nisi is hæres, qui aliquid vendiderit ex hæreditate, et emptor justam habuerit causam ignorandi fideicommissum hæreditatis a testatore relictum, ut in specie hujus §. ultimi, quæ est elegantissima. Maritus uxorem hæredem institutam rogavit, non testamento, sed codicillis, hæreditatem Gajo restituere: codicillis a se obsignatis et clusis, quos tamen codicillos aperiri vetuit ante mortem uxoris hæredis institutæ, ut *l. 25. §. pen. ad Senatusconsult. Trebell.* Si viva uxor clusis codicillis, cum ignoraret igitur quid codicillis contineretur, fundum hæreditarium, quem infructuosum rationi suæ existimabat, fideicommisso etiam nihil scienti emptori vendiderit: postea mortua uxore, et apertis codicillis, ut voluit testator, atque ita patefacto fideicommisso, certe quia bona fide ultro citroque facta est venditio, non intervertendi, aut minuendi fideicommissi causa, non potest fideicommissarius ab emptore fundum revocare: pretium tamen fundi ab hærede mulieris petere potest jure fideicommissi.

FINIS OPERUM CERVIDII SCÆVOLÆ.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIA

ACCURATISSIMA

IN LIBROS QUÆSTIONUM

SUMMI INTER VETERES JURISCONSULTI

ÆMILII PAPINIANI.

OPUS POSTUMUM

Post Africanum, si, quod instituo, dederit Deus, ut possim explicare Papinianum eadem qua soleo arte, diligentiaque, dederit, quod nulli antea unquam dederit, mihi finiendorum laborum tempus, missionemque maturam. Verum non possum tantam rem præstare, nec vos in eandem rem incumbentes, quidquam proficere, sine divino numine: Id invocandum est nobis initio: invocandum quotidie dum procedit opus. Petita igitur hodie venia, et quotquot sequentur diebus: Te precamur Deus opt. maxime, per JESUM CHRISTUM, ut in hoc labore, nec non in ceteris actionibus omnibus, nobis adsis volens, ac propitius regas nos tuo sancto Spiritu, ut et vivi placeamus quibus prodesse volumus secundum ejus voluntatem, et mortui, si id optare fas est, iisdem non inutiles simus. Id ita Deus faxit.

Æmilius Papinianus, qui et Papianus dicitur contractiori nomine, maxime a Græcis, ut *Nov.* 1. *et* 118. præceptor fuit Africani, si Lampridio credimus: a discipulo igitur ascendimus ad præceptorem, cui etiam eodem auctore discipuli fuere Ulpianus, Paulus, Pomponius, Alpheus, Florentinus, Marcianus, Callistratus, Hermogenes, Venulejus, Triphoninus, Mætianus, Celsus, Proculus, Modestinus. Verum constat longe ante Papinianum et Alphenum fuisse et Celsum et Proculum, ut non potuerint Papiniani esse discipuli. Non est igitur per omnia Lampridio credendum: sed nec quod de Africano: nam Juliani potius discipulus fuit, ut notat Accursius in *l.* 16. *de pecul. leg. et l. hæres* 21. §. *servo, ff. de fidejuss.* Julianum autem Papiniano esse antiquiorem nemo ambigit. Dubito etiam, an verum sit, quod Lampridius in Papiniani discipulorum numero Modestinum ponit: nam Modestinus ipse Cerbidium Scævolam, et Domitium Ulpianum, et Julium Paulum laudat quasi Coryphæos jurisperitorum, *l.* 13. §. *aliud etiam, vers. sed etsi, de excusat. tutor.* et ipse Ulpianus eum sibi vindicat, et studiosum suum vocat in *l. si quis uxori* §. *si quis asinum, de furt.* hoc est μαθητὴν, ut Basilica interpretantur, quasi dicas discipulum, quod alii de nullo audent asserere: et vero nimia licentia est: nam si verum amamus, sumus alii aliis discipuli, et magistri simul omnes. Sed studiosi appellatio qua utitur Ulpianus est sane modestior, quam discipuli. Porro ejusdem Scævolæ discipulum Papinianum fuisse Ælius Spartianus scribit. Paulus etiam, et Triphoninus Scævolæ potius quam Papiniani discipuli esse videntur. Nam et Paulus sæpe Scævolam suum dixit, velut hoc modo: *hæc Scævolæ nostro placuerunt. l. si unus* 27. §. *quod et in specie, de pact.* et aliis modis ut *l.* 6. §. *ult. de reb. auct. jud. possid. l.* 19. §. 1. *de negot. gest. l.* 53. *de excus. tut. l. qui plures liberos*, §. *ult. de vul. subst. l.* 19. *de bonor. poss. sec. tab. l.* 24. §. *Scævola noster, de minor. l. si is, qui Stichum*, §. *quod dicitur de jur. dot.* et sic Triphoninus eundem Scævolam suum dixit in *l. rescriptum* §. 1. *de distract. pign. et in l. de hæreditate in princ. de castr. pecul.* Fuere igitur Papinianus, Paulus, Triphoninus condis-

cipuli potius, quam Paulus et Triphoninus Papiniani discipuli. Fuit autem ille Cerbidius Scævola prudentissimus Jurisconsult. ut Impp. testantur in *l. 5. C. Theodos. de testam.* et meo judicio prudentissimi Jurisconsulti sunt Papinianus et Scævola. Et hujus Scævolæ magnum ingenium laudat Claudius Saturninus in *l. a testatore* 109. *de condit. et demonst.* non deridet, ut stulti quidam arbitrantur: nec mirum igitur, si ab hoc Scævola sunt profecti tam præclari Jurisconsulti. Ulpianum quoque Papiniano æqualem fuisse potius, quam discipulum facile crediderim: nam et ei fuit adsessor una cum Paulo in præfectura prætoriana, quam administrabat Papinianus sub Severo Imperatore, ut auctor est Lampridius, et ipse Paulus in *l. lecta* 40. *si cert. pet.* et cum Ulpianus utitur auctoritate Papiniani, coæquat se ei quodammodo: ut cum ait *l.* 24. *famil. ercisc. et ego Papiniano consentio: et l. ex facto,* §. *unde, de hæred. instit.* ait; *cujus* (*Papiniani*) *sententiam ipse quoque probavi.* Utuntur vero Papiniani auctoritate hi tantum, Ulpianus, Marcianus, Paulus: Papinianus vero nullius unquam auctoritate utitur: et fuere ii omnes in consilio Imperatorum Severi et Antonini una cum Mecio JC. et Triphonino, et aliis quibusdam, quod licet colligere ex *l. ult. de jur. fisc. l. cum in fundo,* §. *ult. de jure dot.* ubi Triphoninus, *dixi,* inquit, *in auditorio,* hoc est, in consilio Impp. Severi et Antonini. Fuere igitur æquales, fateor tamen excelluisse Papinianum, ac semper tulisse primas, nec ullum unquam Jureconsultum fuisse, in quem homines tot laudes, totque ornamenta conjicerent: et Imperatores ipsi modo magnum vocant, ut *Novell.* 4. modo σοφώτατον, ut *Nov.* 118. consultissimum, *l. 5. C. de acq. poss.* disertissimum, *l. 9. C. de instit. et substit.* excelsi ingenii virum, *l. 6. C. eod.* et in §. *sed quia Instit. de fideicommiss. hæredit.* summi ingenii, *l. pen. C. de sent. et interlocut. l. 1. C. de vet. jur. enucl.* excellentis ingenii, *l. 1. C. Theodos. de respons. prud.* acutissimi ingenii virum, et merito ante alios Jurisconsultos excellentem. *l. cum acutissimi, C. de fideicomm.* Et Justinianus in oratione scripta Antecessoribus juris, §. *tertii anni,* vocat acutissimum maximum Papinianum, sublimissimum præfectorium: quia posteaquam aliquantum temporis Papinianus Severo Imperatori ad libellos paruit, *l.* 12. *de dist. pign.* insuper factus fuit præfectus prætorio, ut constat ex *d. l. lecta,* et ex Dione, Zonara, et Spartiano, qua dignitate nulla erat major in aula principum, ut recte eam Ammianus Marcellinus apicem omnium honorum appellarit. Eumdem Papinianum Justinianus splendidissimum vocat in l. 1. *C. de vet. jur. enucl.* et itidem Lampridius in Alexandro, et quod superat omnem laudem, Spartianus in Severo, asylum juris, et legalis doctrinæ thesaurum: eadem forma, qua Valentinianus in Nov. *de homicidio casu, aut vol. facto,* quæstorem sacri palatii (is est quem hodie Cancellarium dicimus) thesaurum famæ publicæ, et armarium legum; et Plato in Theæteto, arcam diserti sermonis, et Theodorum Balsamonem quidam splendidissimam lucernam juris, quem honorem quidam etiam Bartolo ponunt. Quæ major laus tribui potest Jurisconsulto, quam si dixeris eum esse juris, et legum armarium? et qui honor major excogitari potest, quam qui Papiniano defertur ex Constitutionibus principum, Theodosii et Valentiniani in *l. 1. C. Theod. de resp. prud.* ut si qua in re sint diversæ jurisperitorum sententiæ, et hæ sint pares vel æquales, ea pars vincat, in qua Papinianus fuerit, qui ut singulos vincit, ita a duobus vincitur, hoc est, non cedit nisi duobus. Quinimo ex eadem constitutione notæ Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factæ penitus infirmantur. Quod et jamdudum a Costantino constitutum fuisse ajunt, ut probatur *l. ult. C. de sent. pass.* in qua Constantinus ita scribit: *remotis Ulpiani et Pauli notis, Papiniani placet valere sententiam:* quod tamen postea non probavit Justinianus, *l. 1. C. de vet. jur. enucl.* et suæ auctoritati restituit notas Ulpiani et Pauli, et Marciani sicubi meliori ratione niterentur, ex quibus etiam pleraque reperiuntur in Digestis. Pertinet etiam valde ad honorem Papiniani, quod cum olim tertio anno auditores juris Papinianistæ dicerentur (quod scilicet primo anno τοῖς πρώτοις, et Institutionibus darent operam: secundo edictis prætorum: tertio libris Papiniani) erat in more, ut in ingressu tertii anni auditores festum diem Papiniano hilares celebrarent. Id voluit Justinianus etiam hodie fieri in epistola ad Antecessores juris, hoc est, vult eos tertio anno de Ulpiani nomine Papinianistas appellari, et Papiniani festum diem agere, ut per hoc viri sublimissimi præfectorii Papiniani in æternum maneat memoria. Nec omittam, quod Divus Hieronymus tanti facit Papinianum ex communi, ut arbitror, existimatione, ut sub ejus appellatione totum jus velit intelligi, et comparet eum cum Divo Paulo, quando divinum jus cum humano confert in epitaphio Fabiolæ: *Aliæ,* inquit, *sunt Cæsaris leges, aliæ Christi; aliud Paulus noster, aliud Papinianus præcipit.* Quis est major honos? nemo unquam Papiniano æquari potest, nisi per ridiculum: nemo unquam. Unus Papinianus erit, ut Homerus unus Poetarum princeps, sic unus princeps Jureconsultorum Papinianus, Bibliotheca ἔμψυχος, ut Eunapius de quodam Philosopho. Hic unus præceptor Jureconsultorum, quotquot fuere ab eo vel ejus temporibus, et muto quod dixe-

ram initio, Paulus et Ulpia. Triphoninus, quod non dissiterentur ipsi, Papinianistæ dici possunt, nullus Papinianus: in hoc uno est asylum juris, ad quod confugiant consilii inopes, jus ἔμψυχον, ut Aristoteles ait. Si jus piumque Christianis esset, illius aram opima imbueret hostia, sed religio vetat nec tamen efficit, ut non debitos ei honores juris studiosi deferant. Equidem pro mea parte in hoc ero deinceps, ut ejus acutissima scripta evolvam, enarrem, et proferam in medium, quanta potero diligentia, nec desinam quousque perduxero ad extremum, nisi vita defecerit. Scripsit Papinianus 37. libros diversarum quæstionum, et diversorum responsorum libros 19. Quæstiones tractatus sunt uberiores, et ubi simpliciter Ulpianus, vel Paulus, vel Marcianus, (qui soli, ut diximus, Papiniani auctoritate utuntur) ita scribunt, *Papinianus tractat*, intellige in libris quæstionum, qui ita exprimuntur, *l.* 6. §. *si ædes, si servit. vindic.* Responsa sunt ad consultationes brevia rescripta. Scripsit etiam definitionum libros duos, quibus tradidit nobis de jure regulas veterum. Solemus enim regulas etiam definitiones appellare: et quod est scriptum a Javoleno in *l.* 202. *de regul. jur. omnis definitio est periculosa,* est regula, quia nulla regula juris est perpetua, nulla, quæ non perdat officium suum aliquando. Sed liberis etiam definitionum quasdam inseruit finitiones verborum juris veteris. Ac præterea libros duos speciales scripsit de adulteriis, et Græca lingua librum singularem ἀστυνομικοῦ, qui est de officio Ædilium plebis. Hæc sunt, quæ de Papiniano habemus. Nos incipiemus a quæstionibus, et prima quæstio erit de eo cui mandata est jurisdictio, sive de mandata jurisdictione, quæ est in *l.* 5. *de offic. procons. et l.* 1. *de offic. ejus, cui mand. est jurisdict:*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. I. QUÆSTIONUM ÆMILII PAPINIANI

Ad l. V. de Offic. Procons.

Aliquando mandare jurisdictionem Proconsul potest, etsi nondum in provinciam pervenerit: quid enim si necessariam moram in itinere patiatur, maturissime autem legatus in provinciam venturus sit?

Prima quæstio Papiniani est de mandata jurisdictione, et de his quæ mandata jurisdictione transeunt in eum cui mandatur, de quibus tractatur uberius in *l.* 1. *de offic. ejus cui mandat.* Quæstiones, ut jam dixi, sunt tractatus uberiores, quos Græci διεξοδικοὺς λόγους, vocant. Mandare autem jurisdictionem est vice sua alium constituere, qui ea exerceat, quæ sibi jure magistratus competunt. Recte, *vice sua*, nam ut est scriptum in *l. solet, de jurisd. omn. jud.* is cui mandata est jurisdictio, fungitur vice ejus, qui mandavit, non sua, et in *l.* 3. *de offic. ejus cui mand. est jurisd.* etiamsi prætor alii prætori, puta urbanus peregrino jurisdictionem mandaverit, atque ita etiamsi prætor sit is, cui mandata est ab alio prætore jurisdictio, tamen alienam jurisdictionem exsequitur, non pro suo imperio, sed pro imperio ejus, cujus mandatu jus dicit. Jurisdictio exercetur pro imperio: jurisdictio omnis nexa est imperio, sine imperio certe nulla aut elusoria: et ita procuratores, quibus lites, aut negotia nostra mandamus, vicem nostram subeunt, *l. minor*, §. 1. *de procur.* M. Tullius in orat. pro Sex Amerino: *Quibus in rebus ipsi interesse non possumus*, inquit, *in his procuratores vicariam fidem, et operam interponunt, et juris nostri vicarii sunt.* At objicit quis: Potest quis vice magistratus fungi etiam sine mandatu ipsius magistratus, ut is, de quo agitur in *tit. Cod. de offic. ejus qui vicem alicu. lib.* 1. Neque enim idem est ille titulus cum tit. Digestor. *de offic. ejus, cui mandat est jurisdict.* non est, inquam, uterque titulus de eodem. Alius is, cui mandata est jurisdictio: alius is, qui vicem judicis obtinere dicitur, isque est, qui proponitur in *l.* 1. *de tut. et cur. dat. ab his*: qui moderamen alicujus provinciæ obtinet, præside puta defuncto, vel quia ei ad tempus, quoad præses aliquis vel proconsul mitteretur, regenda commissa sit provincia: et ita nonnunquam procurator Cæsaris fungitur vice præsidis, *l.* 3. *Cod. ubi caus. fisc. l.* 4. *C. ad leg. Fab. de plag. l.* 2. *C. de pœn.* Resp. Is de quo illis legibus agitur, constituitur a principe, non a magistratu, cujus vicem gerit, et præterea jurisdictionem habet propriam. Ille autem de quo agimus, a magistratu constituitur, cujus vicem subit, nec jurisdictionem habet propriam, sed alienam, ut ait *l.* 3. *de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* et consequenter non suo nomine jus reddit, sed alieno, hoc est, non se dicit pronuntiare, sed L. Titium prætorem, aut præsidem, qui mandavit jurisdictionem: sicut ante Novellam 126. quæ id prohibuit, præfectus prætorio, qui vice sacra judicabat, ita pronunciabat: *Nostra pietas*, vel *nostra serenitas decernit*, ac si princeps ipse decerneret.

Porro, cui a magistratu mandatur jurisdictio, is in hoc constituitur a magistratu, ut ea exerceat, quæ sibi jure magistratus competunt. Solis igitur magistratibus hujusmodi mandata permittuntur, nec pr

ea in mandatarium jurisdictio transfertur, sed exercitio sola jurisdictionis. Quapropter is, cui mandata est jurisdictio, eam rursus alii mandare non potest, quia non est magistratus *l.* 5. *et* 6. *de jurisdict. l. ult. de offic. ejus, cui mand. est jurisdict.* Sic procurator, cui lis agenda mandata est, non potest rursus eam alii mandare, et alium procuratorem facere, quia dominus litis non est; solus dominus litis ad litem procuratorem facit, *l. si procuratorem*, §. *si quis mandaverit, mand.* Idque re integra et ante litem contestatam. At lite contestata, quia, qui procurator erat, litis fit dominus, cujus solius est procuratorem facere, alium procuratorem facere potest, *l.* 4. §. *ult. de appellat. l. procur.* §. 2. *de dol. except.* Quo argumento fortiter defendi potest, eum, cui mandata est jurisdictio, postquam res geri cœperit, et jurisdictio exerceri, posse alii ad eam rem jurisdictionem mandare, quasi suam quodammodo effectam, quasi non jam alienam sed suam, quod notandum. Et similiter mortuo eo, qui jurisdictionem mandavit, si res sit integra, hoc est, si res nondum geri cœperit, vel jurisdictio exerceri ab eo, cui mandata est, mandatum est extinctum, *l.* 6. *de jurisdict. omn. jud.* Omne enim mandatum extinguitur morte mandantis, vel mandatarii re integra, *l. mandatum, C. mandati,* hoc est, si rem agere procurator nondum cœperit, §. *recte Instit. mand.* Nec illud omittendum, magistratum, vel omnem suam jurisdictionem mandare generalem, ut ait *l. pen. de offic. ejus, cui mand. est jurisd. universa, l. prætor de jurisd. omn. jud.* sive totum officium jurisdicundi, *l.* 1. §. *damus, de suspect. tut.* vel specialem, hoc est, unam tantum partem jurisdictionis, veluti ut illum mittat in possessionem rei servandæ causa, ut det bonorum possessionem secundum tabulas: vel extra ordinem cognoscat inter illos, ut exequatur sententiam illam judicis a se dati. Nec dubium, quin executio sententiæ dictæ a judice dato possit a magistratu, qui eum judicem dedit, alii mandari: qua de re tamen dubitavit Accursius in *l. a divo Pio de re jud.* Non dubium quin possit, cum possit pars jurisdictionis mandari, *l. solet, l. prætor, de jurisdict. omn. jud.* et executio sententiæ judicis dati, pars est jurisdictionis, et quidem summa sive extrema, *l. si quis*, §. 1. *si quis jus dic. non obtemp.* Ita vero procuratores alii sunt, qui generale mandatum habent, universorum seu totorum bonorum, omnium rerum alii, qui speciale mandatum habent, hoc est ad unam rem tantum dati sunt. Et sicut legitimi procuratores sunt, ut loquitur Tullius pro Cecin., qui omnium rerum procuratores sunt (dubitatum enim fuit, an esset procurator, qui ad unam rem datus esset, ut constat ex *l.* 1. *de procurat.* et licet hodie pro procuratore habeatur, tamen legitimum eum non esse dicimus. Legitimus enim est is, qui procurator est omnium rerum, et pene dominus.) Et sane eodem modo proprie mandata jurisdictio dicitur ei tantum, cui omnis mandata est, ut per omnia vicem subeat magistratus. Ideoque his verbis, *De officio ejus, cui mandata est jurisdictio*, significatur omnis mandata jurisdictio: Sed placet, etiam recte ex justa causa ad unam rem mandari jurisdictionem, et exemplum est elegans in *l. prætor de jurisdict.* Si qua in causa quis advocatus fuerit unius partis, antequam fieret Prætor, de ea causa post Præturam jus non dicet, sed mandabit jurisdictionem ad eam causam tantum: non potest quis jus dicere in ea causa, in qua advocatus fuit: nam nec adesse potest in consilio jus dicentis, *l. ult. Cod. de assess.* nec testimonium dicere in ea re, *l. ult. de testib.* Et hodie Jurisconsultus, qui consilium dedit uni ex litigatoribus, postea de ea re jus non dicet non abs re. Sed est tamen exemplum in Novella 158. singulare admodum, quo idem judex est in eadem causa, de qua ante consultus fuerat, et scripserat: sed melius, ut puto, fecerit, si abstinuerit, et nescio, an se illa Novella, quam posuimus, defendere possit, ne repellatur forte si quis illa uteretur. In lege autem *prætor* est exemplum, quo justa est causa mandandæ jurisdictionis ad speciem unam tantum: veluti ad litem, in qua advocatus Prætor fuit ante Præturam. Etiam illud sciendum, nihil referre, magistratus mandet jurisdictionem privato, an magistratui, *l.* 5. *l. ult. de eo, cui mand. est. urisdict.* Livus *lib.* 24. M. Æmilius *Prætor cujus peregrina sors erat, jurisdictione M. Attilio collegæ Prætori urbano mandata*, hoc est, jurisdictionem mandat Prætor Prætori. Quod non notamus abs re. Mandatum enim jurisdictionis cum quolibet alio mandato comparavimus: at hoc casu comparatio non est similis: nam mandari quidem jurisdictio magistratui a magistratu potest, sed aliis causis magistratus procurator seu mandatarius fieri non potest; quia judicium non patitur invitus, quamdiu est in magistratu, *l. neque fœmina, de procurat.* Ex his intelligimus quantum distet is, cui mandata est jurisdictio, ab eo, qui judex datur, utrumque tamen interpretes pro uno accipiunt, et eundem faciunt eum, cui mandata est jurisdictio, et eum, qui judex datur, sed sunt quatuor differentiæ. Primum mandatur omnis jurisdictio legitime: judex datur tantum ad litem unam, non ad lites omnes, et ea de re judex specialis, datus, delegatus, et pedaneus dicitur, *l. ult. de offic. Præt. l.* 5. *de offic. Præsid l. ult. Cod. de judic.* Is cui mandata est jurisdictio etiam judicem dare potest ad

litem aliquam: mandare jurisdictionem nequit: sed dare potest judicem: judicis enim dandi licentia, pars est jurisdictionis, *l. imperium de jurisdict. omn. judic.* Judex datus alium judicem dare non potest: et hoc est, quod dicitur, delegatus judex subdelegare non potest, *l. a judice, C. de judic.* Item is, cui mandata est jurisdictio jurisdictionem habet, *l. 4. §. ult. hoc tit.* non suo quidem jure, cum non sit magistratus, sed alieno beneficio, id est, mandatu mandantis, *l. 5. de jurisdict.* Judex datus, nullo modo jurisdictionem habet, sed tantum cognitionem causæ, et pronuntiationem: quare nec habet executionem sententiæ suæ, quia pars est jurisdictionis: sed qui dedit judicem, exsequitur sententiam, *l. a divo Pio de re judic.* Item mandatum jurisdictionis finitur morte mandantis re integra, judicis datio non finitur morte dantis, sed durat in tempus successoris, *l. venditor. §. ult. de judic.* et ratio mox intelligetur. Alia et postrema differentia hæc est, a judice dato appellatur is, qui dedit, *l. 1. in princ. et. l. 3. quis et a quo appellat.* at ab eo cui mandata est jurisdictio, is qui mandavit non appellatur, quia ipse sententiam dixisse videtur, quam dixit vicarius jurisdictionis suæ. Non potest autem idem ab eodem appellari, sed is appellatur, qui provocaretur ab eo, qui mandavit, qui major est mandante, *l. 1. §. ult. quis et a quo appell.* præterquam a legato Proconsulis. Proconsul mandat legato jurisdictionem suam, et a legato tamen appellatur Proconsul, *l. 2. eod. tit.* quia paulo amplius est legatus Proconsulis, quam is, cui præses, aut prætor mandavit jurisdictionem suam: nam legatum Proconsul ipse non eligit, ut eligit Præses, cui mandet jurisdictionem suam, sed legatus datur a Principe, vel republ. ut et soli non alii mandet jurisdictionem suam: ideoque suo quodammodo jure jurisdictionem habet, quam in eum invitus Proconsul confert, posteaquam scilicet mandata est, alioquin legatus Proconsulis, antequam mandata ei sit jurisdictio, nihil habet proprium, *l. legati hoc tit.* Ergo posteaquam mandata est, habet jurisdictionem proprio jure, et non tam vice Proconsulis, quam sua fungi videtur. Et ita etiam judex datus non dicitur cognoscere, vel judicare vice dantis, sed sua: nec enim datio judicis est similis maudato, et coactus etiam magistratus necessitate officii dat judicem. Denique alius est legatus a Proconsule, alius judex datus ab eo qui dedit. Et ideo non videtur idem ab eodem appellari, si legato appelletur Proconsul, vel a dato judice, is, qui dedit: verum is, qui mandavit jurisdictionem, et is, cui mandata est, idem videtur esse: fungitur enim mandatarius vice mandatoris: et ideo ab uno non appellatur alter.

His adhuc addamus unum. Proconsul legato sibi adjuncto mandat jurisdictionem, posteaquam est ingressus provinciam, non antea, quia ei nondum competit, *l. 4. §. ult. hoc. tit.* et inde potest apponi exemplum ad regulam juris, *Nemo plus juris in alium transferre potest, quam ipse habeat:* sed hoc dicitur tantum de jurisdictione contentiosa, non de voluntaria. Duplex est jurisdictio, contentiosa, et voluntaria, *l. 2. hoc. tit.* hæc exercetur inter volentes, ut si quis quem velit emancipare, aut manumittere apud magistratum: nam neque emancipat, neque emancipatur invitus: et plerumque etiam neque manumittit, neque manumittitur invitus: sed placet etiam invitum posse manumitti, ut si quis adeo degener sit, ut manumitti nolit *l. ult. §. sin. vero, Cod. de test. man.* plerunque hæc fiunt inter volentes, et inter eos jurisdictionem suam magistratus interponit. Contentiosa jurisdictio est, quæ in invitos, vel saltem in invitam alteram partem exercetur: et ita dicitur judicium reddi in invitum, *l. inter, 83. §. si Stichum, de verb. oblig.* et inde nomen actionis, quod agat et propellat invitos in judicium. Voluntaria jurisdictio de plano exercetur, hoc est, in ipso itinere, vel transitu: contentiosa pro tribunali; illa quolibet tempore, hæc certis diebus, sessionum diebus, fastis diebus. Proconsul voluntariam jurisdictionem habet etiam, antequam provinciam sit ingressus, nam in itinere possunt manumitti servi apud eum, filii emancipari, vel adoptari, sed eam nullo tempore potest mandare, *l. 1. de offic. ejus cui mand. est jurisdict.* Voluntaria scilicet intelligenda est, quia lege nominatim magistratui datur, et quæ lege nominatim dantur, non possunt mandari, *l. 1. de offic. ejus cui mand.* Hujus jurisdictionis voluntariæ sunt adoptio, emancipato, legis actiones, idest, actus solemnes, quos peragit ipsemet magistratus, nec potest eos alteri mandare: et quod ait regula juris: *nemo alieno nomine lege agere potest*, non tantum pertinet ad eos, quorum res est, puta, ut non possint emancipare per procuratorem, vel etiam ut non possint adoptare, non possint adire hæreditatem, tutorem dare per procuratorem, sed et ad magistratus ipsos, ut non possint per alium lege agere, vel legis actiones exequi: nam tam lege agere dicitur magistratus, quam qui lege agit apud eum: nam et partes, et actor et magistratus lege agere dicuntur. Legatus proconsulis non habet voluntariam jurisdictionem, quia mandato jurisdictionis non continetur voluntaria, *l. 2. hoc. tit.* et ut *lib. 1. obs. cap. 1.* admonui, adjicenda est negatio in *l. apud. proconsulem 17. de manu vind.* quam et habent quidam libri. Jurisdictionem contentiosam Proconsul non habet ante-

quam provinciam sit ingressus, et nonnisi provinciam ingressus mandare potest, ingressus potest, et vero debet, si ipse jurisdictioni vacare non potest, et vero cum hoc esset certissimum, Papinianus invenit unum casum, quo potest recte mandari jurisdictio, etiam antequam Proconsul ingressus sit provinciam. Nemo est Jurisconsultorum, qui tot adinvenerit casus singulares. Introduxit novas plerasque sententias, *l. ult. de jure fis. l. cum acutissimi, C. de fideic.* Introduxit sententiam illam, quam etiam hodie servat universus orbis, ut pure rogatus restituere hæreditatem fideicommissariam, sub hac conditione intelligatur rogatus si sine liberis decesserit, *l. cum avus de cond. et dem.* Ita in hoc proposito, docet aliquid mandari posse a Proconsule antequam ingressus sit provinciam, idque utilitate exigente. Finge, inquit, Proconsulem necessariam moram pati in itinere propter morbum, et legatum maturissime perventurum in provinciam, ratum erit mandatum jurisdictionis, sed valebit tantum ex eo tempore, quo legatus in provinciam pervenerit. Casum intelleximus singularem, quo Proconsul mandat jurisdictionem, quam non habet, contra quem est vulgaris regula, *nemo plus juris etc.* sed utilitas suadet, ut mandare possit jurisdictionem, et hac definitionem inflectit utilitas: quæ suadet, ut quam non habet, si dum proficiscitur in provinciam necessariam moram patiatur in itinere, eam tum mandare possit legato maturissime perventuro in provinciam: quo genere quodammodo in provinciam pervenisse fingitur, qui necessariam moram patitur in itinere.

Ad L. I. de Off. ejus cui mand. est jurisdictio.

Quæcumque specialiter lege, vel senatusconsulto, vel constitutione Principum tribuuntur, mandata jurisdictione non transferuntur: quæ vero jure magistratus competunt, mandari possunt: et ideo videntur errare magistratus, qui cum publici judicii habeant exercitionem lege, vel Senatusconsulto delegatam (veluti lege Julia de adulteriis, et si quæ sunt similes) jurisdictionem suam mandant. Hujus rei fortissimum argumentum, quod leg. Julia de vi nominatim cavetur, ut is cui obtigerit exercitio, possit eam, si proficiscatur, mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse cœperit: cum alias jurisdictio etiam a præsente mandetur. Et si a familia dominus occisus esse dicetur, cognitionem prætor, quam ex Senatusconsulto habet, mandare non poterit, §. 1. Qui mandatam jurisdictionem suscepit, proprium nihil habet: sed et ejus, qui mandavit jurisdictione utitur. Verius est enim more majorum jurisdictionem quidem transferri: sed merum imperium, quod lege datur, non posse transire: quare nemo dicit, animadversionem legatum proconsulis habere mandata jurisdictione. Paulus notat: *et imperium, quod jurisdictioni cohæret mandata jurisdictione transire verius est.*

Mandata jurisdictione ea transferuntur in eum, cui mandata est, quæ jure magistratus competunt: mandantur igitur a solis magistratibus, et non omnia, que eis commissa sunt, sed ea tantum, quæ jure magistratus competunt, id est, eo ipso quod sint magistratus, tacito intellectu. Hodie magistratus a Principe creantur, *l. 1. ad l. Jul. de amb.* olim a populo, ut moribus nostris magistratus municipales. Et creatis confertur jurisdictio nominatim, vel specialiter, non deferuntur partes singulæ jurisdictionis nominatim, sed competunt more majorum, tacito intellectu competunt postquam creati sunt magistratus, competunt suo jure: si enim deferrentur nominatim, non possent mandari. Divisio autem hic est elegans: quæ magistratui competunt, aut jure magistratus competunt, hoc est, tacito jure, sive more majorum, et hæc mandari possunt; aut ei sunt concessa lege aliqua specialiter, aut S. C., aut constitutione Principis, quæ aliquando conceduntur etiam privatis, non magistratibus tantum: et quæ non conceduntur quibus libet magistratibus hæc neque sunt jurisdictionis, neque imperii ejus, quod jurisdictioni cohæret, hoc est, jure magistratus non competunt: et ideo mandata jurisdictione non transferuntur. Hæc igitur sunt legis, non jurisdictionis, nec ea habet quisquam mandato alieno, sed a lege sola nominatim. Privatus, si lex velit, hæc etiam habet quandoque: hæc non habet quilibet magistratus, verum quæ jure magistratus competunt, ea quilibet magistratus habet, et nemo privatus unquam. Declaremus per exempla, quæ sint ea, quæ conceduntur lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione Principis. Primum exemplum sit de legis actionibus, id est, de actibus solemnibus et legitimis. Legis actiones dantur magistratibus specialiter, ut constitutione Augusti præfecto Ægypti, qui et Præfectus Augustalis dicitur, datur specialiter, ut apud eum servi manumitti possint solemni ordine, *l. apud. Præfectum, de manu vind.* et ideo si is mandaverit jurisdictionem suam, non et hoc simul mandaverit: denique mandata jurisdictione hoc non transit, ut manumissiones fieri possint, ut apud eum, cui mandata est jurisdictio, servi manumitti possint: legis enim actiones, quia lege mandantur specialiter, mandari non possunt. Eadem est ratio Proconsulis, ut *l. 1. et 2. de off. proc.* apud quem omnes legis actiones peragere possumus, apud ejus legatum non item, quamvis ei

mandata sit jurisdictio, quia legis actio data est soli Proconsuli, quam alii delegare, et demandare nequit. Eadem est ratio præsidis, sive Juridici Alexandriæ, cui *l.* 1. *præcedentis tit.* ait datam esse legis actionem, id est, lege datum ei esse ut apud eum solemnes actus quilibet exequi possit: si datum ei est a lege, ergo non potest alteri mandare, et mandata jurisdictione, hoc non intelligitur mandare, contentiosam non voluntariam, quæ magis solemnis est, mandasse intelligitur. Secundum exemplum sumitur ex *l. muto.* §. 1. *de tut.* Tutoris datio non est imperii, neque jurisdictionis, id est, non competit jure magistratus, imo nec ullius imperii est. Nam privatus tutorem dat, veluti pater liberis, quos in potestate habet, quamvis non sit magistratus, quia *l.* 12. *tab.* id ei nominatim concessit. *Paterfamil. uti super pecunia tutelave rei suæ legassit, ita jus esto.* Legatus proconsulis, quamvis magistratus non sit, sed vice magistratus fungatur, dare potest tutorem, non ex mandato, sed specialiter ex oratione D. Marci, *l.* 1. *de tut. et cur. dat.* Sic privatus tutorem dat, si hoc ei lex concesserit: et contra magistratus tutorem dare non potest, nisi ei lex hoc nominatim concesserit, veluti lex Attilia Prætori urbano: l. Jul. et Titia Præsidib. Provinciarum, ut est in *tit. de Att. tut. inst.* et constitutio D. Mar. juridico Alexand. *l.* 2. *tit. præced.* Tutoris ergo datio legis est, non jurisdictionis: nec recte colligis: tutorem dare potest, ergo magistratus est: vel, tutorem dare non potest, ergo non est magistratus: et secundum hæc tutoris datio mandari non potest, *l.* 8. *in princip. de tut. et cur. dat.* Exemplum aliud sumi potest ex oratione D. Marci, sive ex Senatusconsulto, quod sequebatur semper orationem principis (ut quod dicis fieri oratione, possis dicere Senatusconsulto) scilicet de transactione alimentorum, ut is, cui relicta sunt alimenta, vel in annos, vel in menses minutatim, non possit de alimentis cum hærede transigere: ne faciat contra providentiam testatoris, quam contemnere non debet, si conveniat, ut præsente, et modica pecunia sit contentus, et una solutione accipiat legatum, *l. cum hi in princ. de trans.* Hæc transactio de alimentis non valet, nisi facta sit interposito decreto Prætoris vel Præsidis, hoc est, causa ab iis cognita, quibus hæc cognitio datur nominatim ex oratione D. Marci, Prætori in urbe, Præsidi in provinciis: ergo ab his non potest mandari alteri, nec translata intelligitur in eum, cui mandata est jurisdictio, *d. l. cum hi*, §. *sed nec*, *de transact.* Et similiter lege datur Proconsuli, ut judicem dare possit. Prætor urbanus magistratus judicem dat more majorum, suo jure, et consequenter is, cui mandavit jurisdictionem suam, etiam judicem dare potest, *l. cum Prætor de judic.* sed cui Proconsul mandavit jurisdictionem suam, id est, legatus Proconsulis judicem dare non potest, nisi hoc ei specialiter lege mandatum sit: nam ita lege constitutum est, ut quod Proconsuli licet lege, non liceat legato sine lege, hoc est, non liceat ex solo jurisdictionis mandato. Et similiter, cognitio de removendis suspectis tutoribus, quæ lege 12. tabul. nominatim tribuitur Prætori, et Proconsuli, non competeret etiam legato Proconsulis ex mandato jurisdictionis, nisi ei datum esset constitutione Antonini et Severi: necesse id fuit lege dari, quia non sufficiebat mandatum jurisdictionis, et id propter utilitatem pupillorum receptum est, *l.* 4. *de offic. ejus cui mand. l.* 1. §. *damus, de susp. tut.* Exempla duo sunt in *l.* 2. *h. tit.* sunt duæ sententiæ, vulgo accipiunt unam esse. Præses vel Proconsul. consilium præbet minori, 20. annis manumittere volenti ex l. Ælia Sentia. Cur præbet seu cogit consilium? ut scilicet probet causam manumissionis: alioqui inutilis est manumissio servi, si dominus sit minor 20. annis, nisi causa fuerit probata apud consilium Præsidis vel Consulis. Ex eadem etiam lege Præses vel Consul consilium præbet etiam majori 25. annis minorem 30. annis manumittere volenti: quod constat ex fragmentis Ulpiani tit. 1. et ἐτυμολογία qua utitur *l. un. de off. cons.* ut in *l. contumacia, de re judic.* Cum igitur Præses vel Consul ex l. Ælia Sentia nominatim consilium præbeat manumittere volentibus: ergo is, cui mandata est jurisdictio, non potest manumittenti consilium præbere, et hoc est l. exemplum. Dixi, apud eum, cui mandata est jurisdictio, servum manumitti non posse, dico aliud, cum dico nec consilium posse præbere volentibus manumittere. Diversa hæc sunt, apud aliquem manumittere, et consilium manumittere volenti præbere, atque adeo diversa ut nonnunquam is, apud quem possum manumittere, non possit etiam consilium præbere manumittenti, et contra: ut ecce, magistratus, qui legis actionem habet, apud se potest manumittere servum suum, consilium sibi ipse præbere, et causam manumissionis probare non potest, non potest esse cognitor in re sua, et sibi ipsi consilium præbere. Contra apud collegam non potest manumittere, collega tamen ei manumittere volenti consilium præbere potest, quæ eliciuntur omnia ex *l.* 5. *l. apud filiumf.* §. 1. *l. si rogatus*, §. *ult. de manu. vind. l.* 1. *de off. cons. l.* 2. *de off. Præs. l. apud eum, de manum. l.* 4. *de adopt.* Posterius exemplum *l.* 2. hoc est: Prædia minorum non possunt alienari sine decreto Prætoris vel Præsidis, id est, sine causæ cognitione Præt. vel Præs. Idque est ex oratione Severi, qui nominatim hujus rei cognitionem commisit Prætori vel Præsidi. Ergo mandari

non potest. Hæc etiam l. 1. suppeditat tria exempla. Primum (quod facio primum, sed est secundum) est de Senatusconsulto Syllaniano. Prospexit illud Senatusconsultum saluti dominorum, qui habent amplam familiam, plures servos, et quotquot sunt servi, tot hostes ex veteri proverbio, quod extat apud Theophilum. Cum igitur occisus est dominus aliquis in suis ædibus sub tecto eodem, quo erant servi: si ab his præsumatur occisus, ex Senatusconsulto Syllaniano inquirit nominatim Præses vel Prætor, nec ante aperiuntur tabulæ testamenti occisi domini, quam hac de re quæsierit Prætor vel Præses. Igitur non demandatur hæc cognitio. Alterum exemplum est de exercitione judicii publici, quæ mandatur magistratib. sed potest mandari etiam privato. Et generaliter, quæ magistratus habet a lege specialiter, potest et privatus habere: et ideo in *l.* 1. §. 1. *ff. ad leg. Corn. de sic.* Magistratus, inquit, judexve quæstionis, qui scilicet exercet publicum judicium: ex quo intelligitur, cognoscere de eo crimine non magistratum tantum, sed quemlibet judicem, cui sorte obvenerit hæc cognitio. Judex quæstionis non est magistratus, sicut nec judex datus. Cic. pro Cluent. *Junius,* inquit, *judex quæstionis de eo crimine quærebat:* et sequitur: et Q. Voconius ut quæreret de veneno cum his judicib. qui ei obvenerant sorte: nam non quærebat de crimine solus magistratus, solusve judex quæstionis, cui ea sors obvenerat, sed adjungebantur etiam alii judices sorte delecti: ille tamen præerat judicio, ille erat quæsitor summus. Et didicimus in *l. Corn. de sic.* quod nondum est proditum, ita esse scriptum omnino, *ut is Prætor judexve quæstionis, cui sorte obvenerit quæstio de sicariis, ejus, quod in urbe Roma propius mille passus factum erit, uti quærat cum judicibus, qui ei sorte obvenerint de capite ejus, qui cum telo ambulaverit.* Ita legibus publicorum judiciorum, puta, lege Julia de adult. lege Julia de vi, l. Julia de sicariis, et similiter aliis nominatim datur ejus judicii publici exercitio certo magistratui, vel ei, cui sors obvenerit, etiam privato, et hanc publici judicii exercitionem noli dicere esse merum imperium: aliud enim est, quam sit exercitio publici judicii. Verum cum tribuatur quæstio judicii cujuslibet lege specialiter, et delegetur, ut hic Papinianus ait proprie: id enim proprie delegari dicitur, quod jure proprio mihi non competit: quod mihi delegat lex, non possum rursus alii delegare, quod Papinianus fortissimo argumento a contrario sensu probat, Græci ἐξ ἀντιδιαστολῆς vocant. Lege Julia de vi, inquit, nominatim cavetur, ut magistratus, qui de ea re quærit, si peregre proficiscatur, possit mandare alteri exercitionem: hoc tantum l. Julia de vi cavetur, non aliis legibus publicorum judiciorum. Inde apparet igitur ceterarum rerum quæstionem non posse mandari ab absente, a præsente ne hanc quidem mandari posse. Hoc genere argumenti sæpe utuntur auctores nostri. Simile argumentum est in *l. ex eo, de testib.* et *l. qui testamento, §. mulier, qui test. fac.* Mulier non potest esse testis in testamento: An potest esse in judicio? sic videtur, et probatur argumento a contrario sensu: eodem argumento utitur *l.* 3. *C. ex quib. caus. inf. irrog.* Aliquis decurio ordine decurionum prohibitus est ad biennium, interim infamium numero habetur: sed ex sententia judicis, qui curia interdixit, apparet eum post biennium restitui famæ. Sic M. Tull. pro Balbo: *Si exceptio facit ne liceat, ibi necesse est licere ubi non est exceptum.* Sic igitur dicamus. Si exceptio legis Juliæ de vi facit, ut liceat absenti demandare quæstionem judicii publici, ibi necesse est non licere ubi non est exceptum. Intelleximus ex Pap. quæstiones vel cognitiones lege vel Senatusconsulto nominatim datas magistratui judicive, non posse ab eo alii mandari. Et singularia hæc, quæ nusquam alibi in jure reperiuntur, cognitionem datam prætori ex Senatusconsulto Syllaniano, cum occisus dominus a familia esse dicitur, non posse alii mandari; Quæstionem publici judicii datam, vel ex *l. Corn. de sic.* vel ex aliis legibus magistratui vel judici, cui obvenerit sorte, eam etiam mandari non posse. Item, quod etiam alibi non reperitur, excipiendum esse eum cui obtigit quæstio legis Juliæ de vi: huic enim eadem lege permittitur, si abesse cœperit, eam quæstionem alii mandare posse. Subjicit deinde Papinianus: *Qui mandatam jurisdictionem suscepit.* Placet valde verbum, *suscepit:* est enim proprium mandati: frustra mihi mandas, nisi suscipiam mandatum, et inde voluntatis esse dicitur suscipere mandatum, necessitatis consummare seu explere, *l. in commodato* 17. §. *sicut, Commod. l. si mandavero* 22. §. *ult. et l. si quis alicui*, §. *qui suscipit, mand.* Congruit autem, quod hic Papinianus ait, *proprium*, *etc.* cum *l.* 3. *hoc tit. l.* 5. *l. solet, de jurisd.* eum cui mandata est jurisdictio, non pro suo imperio agere, etiam si sit magistratus, hoc est, mandatam jurisdictionem exercere, sed pro ejus imperio, qui mandavit, et fungi ejus vice, qui mandavit, non proprio jure, sed alieno beneficio. Alienam denique jurisdictionem exequitur, non propriam. Excipitur semper legatus Proconsulis: mandata enim jurisdictione proprium aliquid habet, *l. legati, de off. Proc.* cum enim Proconsul non optat, non eligit, sed ei datur a Principe, vel Repub. Excepto igitur legato Proconsulis, is cui est mandata jurisdictio, nihil proprium habere dicitur, et non tam ipse jus dicere videtur, quam qui mandavit. Ac

præterea non potest appellari is, qui mandavit, ne idem ab eodem appelletur. Duplex vero est jurisdictio: una, quæ lege nominatim datur, quæ mandari non potest: altera dicitur notio, quæ more majorum jure magistratus competit: notio est genus: species duæ jurisdictio et cognitio, veluti judicis dati, quæ caret jurisdictione *l. notionis, de ver. signif. l. ait. Prætor, de re jud.* et ita etiam officium jus dicentis si dixeris, multo plura comprehendes, quam si dixeris jurisdictionem: nam ut est in *l.* 1. de jurisd. officium jus dicentis comprehendit non tantum jurisdictionem, quæ jure magistratus competit, sed et eam, quæ lege nominatim defertur et delegatur, et jus quodlibet specialiter legibus concessum, veluti jus dandi tutoris, quod neque est imperii, neque jurisdictionis: continetur tamen officio jus dicentis, si ei dandi tutoris jus sit concessum lege nominatim. Et Papinianus in hoc §. loquitur de jurisdictione ea, quæ jure magistratus competit, dum ait, *Eam transferri more majorum*, et ita in *l. more majorum, de jurisd.* quod habet magistratus more majorum, id habet suo et proprio jure, etiamsi lege datum non sit nominatim, quod etiam significatur verbo, solet, *l. solet, de jurisdict.* dummodo non sit ei denegatum, *l. magistratus, ad municip.* et ita magistratus urbani more majorum judices dant, *l. cum prætor, de jud.* et mulctam dicunt, ut Gell. scribit *cap.* 1. *lib.* 11. Ergo ait Papinianus, verius esse, mandatam jurisdictionem transferri more majorum, hoc est, recte mandari ab eo, qui habet proprio jure magistratus quem gerit. Verum Paulus ad hanc Papiniani sententiam adjecit notam, quasi satis non sit quod scripsit Papinianus, more majorum jurisdictionem transferri, sed etiam addere debuerit, imperium quod jurisdictioni cohæret, transferri: mandata jurisdictione transire etiam imperium mixtum, id est, quod immixtum est jurisdictioni, et sine quo jurisdictio nulla est. Mixtum imperium est potestas, quæ jure magistratus competit, seu quæ jurisdictioni immixta et implicita est. Verum, ut subjicit Papinianus, imperium merum non transit, hoc est, animadversio, vel gravior coercitio reorum, quia hoc imperium non competit jure magistratus, sed lege nominatim datur: et quæ lege dantur, constat non contineri mandata jurisdictione: separata enim sunt a jurisdictione, et mera, hoc est, non permixta jurisdictioni. Quod initio merum imperium vocat, postea animadversionem vocat Papinianus. Est ergo imperium merum animadversio, hoc est, jus gladii, aut quæ alia coercitio criminum gravior: nulla est jurisdictio simplex, nulla nuda, aut separata ab imperio, quæ modo jure magistratus competat: et sive meam jurisdictionem exerceo, eam exerceo pro meo imperio, sive alienam, eam exerceo pro imperio alieno, ut est in *l.* 3. *hoc tit.* Eam ob rem illud imperium, quod cohæret jurisdictioni dicitur mixtum imperium, quia scilicet jurisdictioni immixtum et implicitum est. Et ita definitur mixtum imperium ab Ulpiano in *l. imperium, de jurisd.* cui jurisdictio inest, ac si diceres, quod heic Paul. quod jurisdictioni cohæret, vel ut Græci, quod cum jurisdictione coadunatum est. Et quemadmodum refert Accursius ad *d. l imperium*, recte veteres interpretes senserunt Pileus et Guillelmus, idem esse mixtum imperium et jurisdictionem, nec unum unquam est sine altero quidquid est imperii mixti, id etiam est jurisdictionis, et contra quidquid est jurisdictionis, id etiam est mixti imperii. Mixtio hæc rem unam efficit, hoc est magistratum unum. Et hoc est, quod ait *l.* 2. *de jurisdict.* cui data est jurisdictio, videri et ea data, sine quibus ea explicari non potest, hoc est mixtum imperium. Hoc est, quod ait *lex ult. hoc. tit.* mandata jurisdictione etiam mixtum imperium transire, quia jurisdictio sine modica coercitione nulla est: quod ideo dicit, quia cum mixtum imperium plura contineat, continet in primis modicam coercitionem per verbera, aut vincula, et ita *l.* 8. §. *si in locum, de relig.* Lex ait, *Eum qui mortuum intulit in locum publicis usibus destinatum, a Prætore plecti modica coercitione.* Jus virgarum dixit Tacitus *lib.* 1. dum scribit, tempore Tiberii datum jus virgarum Prætori in histriones, quod tamen obtinere non potuit propter constitutionem Augusti: sed sunt etiam alia genera coercitionum modicarum, quæ insunt jurisdictioni. Est pignoris capio, qua plectuntur et coercentur contumaces captis pignoribus. Et mulctæ dictio, quæ a Gallis dicitur *amande*, est missio in bonorum possessionem, *l.* 9. §. *ult. ad leg. Jul. pecul. l.* 1. §. *cogenda, de vent. insp.* §. *penult. Instit. de satisd. tut.* Coercentur etiam contumaces pœnali judicio seu actione in factum, de qua est tit. *Si quis jus dic. non. obtemp.* Sine modicis hisce coercitionibus, quæ vocat etiam remedia, jurisdictio quid est? Sed continet etiam alia mixtum imperium; veluti bonorum possessionem, ut det scilicet magistratui bonorum possessionem, unde liberi, unde cognati etc. Continet etiam judicis dationem, *d. l. imperium*, continet in integrum restitutionem, *l. ea quæ*, §. 1. *ad municip.* et decretum sive jussum interponendæ stipulationis, *l.* 4. *de jurisdict.* Et jurisdictio igitur continet etiam eodem, si hæc contineat mixtum imperium: nihil enim possis tribuere mixto imperio, quod non et jurisdictioni, et contra: denique nulla est simplex jurisdictio. Neque vero recte quis utetur exemplo magistratus municipalis, ut probet, simplicem esse aliquam jurisdictionem, quasi ma-

gistratus municipalis jurisdictionem habeat sine imperio ex *l. ea quæ, ad municip.* Huic enim respondendum: municipalis magistratus non habet omnia quæ sunt mixti imperii: sunt enim ei quædam denegata nominatim: alioqui magistratus, cui nihil denegatur nominatim, omnia habet, *arg. l. magistratus, ad municip.* sed ei denegantur quædam, ea scilicet quæ sunt magis imperii, quam jurisdictionis, in quibus vis imperii elucet: qua de causa non restituit in integrum, non mittit in possessionem, non jubet possidere ex ulla causa: non tanti est jurisdictio magistratus municipalis, ut possit sibi ea arrogare, nec tantum valet imperio, *d. l. ea quæ*; et ad eosdem magistratus pertinet *l.* 4. *de jurisd.* quæ ait, jubere caveri Prætoria stipulatione, veluti legatorum stipulatione, et possessionem mittere, si non caveatur magis esse imperii, quam jurisdictionis. cur hoc ait? ut scilicet intelligatur magistratum municipalem hæc non habere, sed urbanum tantum, aut provincialem. Quapropter non decernet stipulationem damni infecti, et ex ea causa mittet in possessionem, nisi nominatim id edicto Prætor vel Præses ei delegasset, quod delegavit, quia hæc res celeritatem desiderat, cum timetur labes ædium, et periculosa est dilatio: ideoque utile fuit magistratui permittere ex hac causa interponere primum decretum, *h. e.* jubere caveri, atque etiam secundum, quo mittat in possessionem, *l.* 1. *et* 4. *de dam. inf.* Sed tertium, jubere possidere, nec ex hac causa permittitur ei, sed illud suæ jurisdictioni reservat Prætor, *d. l.* 4. §. *si forte.* Non potest etiam magistratus municipalis jurisdictionem suam tueri pœnali judicio, quod proponitur in *tit. si quis jus dic. non obtemp.* Fateor, hæc ei denegantur: sed an ideo est expers mixti imperii? minime: nam pignoris habet capionem, et modicam coercitionem, ex *l.* 3. §. 1. *de reb. eorum qui sub. tut. l. quemadmodum,* §. *magistratus, ad l. Aquil.* juncta *l.* 12. *de jurisdict. l.* 17. *si privatus, qui et a quibus manum. l.* 15. §. *adjicitur, de injur.* Habent etiam, ut arbitror mulctæ dictionem, quia publicum judicium exercent et quicunque publicum judicium exercet, mulctæ dictionem habet, *l* 2. §. *ult. de jud.* Et cum defensoribus civitatum interdicatur mulctæ dictione, *l.* 5. *C. de defen. civ.* argumento est, non etiam similiter magistratibus municipalibus esse prohibitum mulctam dicere, qui longe superiores sunt defensoribus. Ergo jurisdictio municipalis non vacat imperio. Porro quæ ante retuli, mixti esse imperii, ex eo apparet, quod possunt mandari, ex *l. pen.* §. *ult. hoc tit. l. ult. C. ubi et apud quem cav. restit.* Mandare potest magistratus alteri ut mittat in possessionem, ut det bonor. poss., restitutionem in integrum, modicam coercitionem, *l. ult. hoc tit.* Quin etiam hæc omnia tacite mandat, qui jurisdictionem mandat: sunt igitur hæc omnia imperii mixti, hoc est, innata ingenitaque magistratui. Alterum est imperium, quod dicitur merum, non mixtum, quod lege datur specialiter, nec est immixtum magistratui et jurisdictioni, sed abstractum a jurisdictione. Mixtum imperium habent soli magistratus: merum habent etiam privati: Nam Cnejus Pompejus privatus contra Sertorium privatum missus est cum jure ferri, ut Tull. scribit 11. Philipp. Idem Pompejus ad aliud bellum maximum privatus, ut idem ait pro lege Manil. pro consule missus est, hoc est cum imperio consulari, et idem significat *l. aliud, de verbor. sign.* quæ constituit hanc inter ceteras differentiam inter pœnam et mulctam, mulctam dicere solos magistratus, quod est mixti imperii, pœnam irrogare etiam eos, qui non sunt magistratus, sed privati, si hujus criminis executio eis data sit. Unde possis conficere definitionem meri imperii, ut sit potestas irrogandæ pœnæ legitimæ, hoc est, pœnæ constitutæ legibus publicorum judiciorum: vel sic. Merum imperium est animadversio et coercitio omnis criminum gravior, legibus publicorum judiciorum nominatim concessa. Potest et sic definire ex *l. unic. de off. præf. prætor.* Merum imperium est licentia emendandæ disciplinæ publicæ: hæc licentia datur etiam privato, ut dixi. Addamus, et non datur cuilibet magistratui: nullus magistratus non habet mixtum imperium: aliquis non habet merum, non quilibet præses habet merum, *l.* 4. *C. de loc.* Prætor urbanus non habet merum imperium: sed si quid exigat graviorem animadversionem, id remittit ad præfectum urbi, *l.* 1. §. *solent, de off. præf. urb. l.* 1. *et* 2. *de suspect. tut.* Ac præterea excepto præfecto prætorio, qui solus habet plenissimum imperium merum, nullus magistratus habet plenissimum imperium merum, id est, omnes partes imperii meri. Consul habet jus gladii: jus relegandi non habet, *l.* 14. *infra de inter. et releg.* Præfectus vigilum jus atrociter verberandi habet, jus gladii non habet, quia illud datum est, hoc non est datum, *l.* 3. §. 1. *l.* 4. *de off. præf. vig.* Item præses provinciæ ex Constitutione Augusti habet jus gladii, jus damnandi in metallum, jus relegandi, *l. illicitas,* §. *qui universas, de offic. præs. l. relegatorum,* §. *de interd. et releg.* non habet jus deportandi, quia non datum est ei: nec jus confiscandi bona reorum, *l. inter pœnas,* §. *ult. de interd. et releg. l. un. C. ne sin. jussu princ. cert. jud. lic. conf.* Nec in causis imperii licet argumentari a minori ad majus, quia partes imperii nemo sibi adsumit omnes, nisi acceperit omnes. Et si majorem partem accepit, non propterea potest sibi

adsumere minorem, nec si minorem non acceperit, non ideo non recte acceperit majorem. Quinimo, quod mirum est, præsidi, cui datum est jus gladii, non licet vitam adimere aliter, quam gladio, non potest securi (licet habeat lictores, et secures sex, et propterea ἑξαπέλεκυς dicatur) non laqueo, sustibus, *l. aut damnum*, §. 1. *de pœn.* Non potest vitam adimere veneno: veluti propinato succo cicutæ, ut olim Athenienses: et placet quod Abdias 5. hist. eccl. scribit, præsidem quosdam male necasse veneno. Quin etiam hac eadem ratione ante Constitutionem Divorum Fratrum, de qua in *l. aut damnum*, non potuit Præses reo liberum arbitrium mortis dare, hoc est, electionem fati: ex Constituit. DD. Fratrum habet hoc jus dandi liberum arbitrium mortis, quod habuit solus princeps olim: ut constat ex Svetonio in Vita Domitiani, et Tac. *lib.* 11. Annal. Et ita Nero Senecæ dedit mortis arbitrium: balneum enim ingressus, aperta vena utraque seipsum necavit. Et inde veteres quidam dixerunt, præsagio quodam Senecam dictum, quasi se necantem. Ex his intelligitur, non licere cuiquam ultra, aut contra quam ei sit præscriptum: nec esse argumentandum a pari, vel minori. Denique restricte accipiuntur, quæ ex mero imperio permittuntur. Sunt igitur legis, non jurisdictionis, non arbitrii magistratus: et ideo mirum non est si dicat Papin. non posse imperium merum mandari, quod confirmatur *l. si quid erit*, *l. solent*, *de off. procon.* Legatus Proconsulis, an, si quid exigat graviorem animadversionem, potest fungi imperio proconsulis? Minime: sed debet id remittere ad Proconsulem, quia non habet jus animadvertendi, hoc est, gladio puniendi, non atrociter verberandi. Verum ut ostendit *l. solent*, Proconsul more majorum legato mandare potest etiam cognitionem custodiarum, hoc est, reorum, qui custodiuntur in carcere. Sed respondeo, illud genus mandati esse extraordinarium, et quasi illegitimum: Nam quod est extraordinarium, id quodammodo est illegitimum: et breviter declarat, eo mandato contineri, non ut apud eum accusentur rei, non, ut ipse reos absolvat, aut damnet, sed audiat tantum custodias: et nescio, cur Servius 6. Æneid ait: Custodia est quæ custodit, non quæ custoditur: usurpatum est autem, etc. Sed Ulpianus ait · *mandato contineri, ut audiat custodias, et postea remittat ad proconsulem:* quia nemo, inquit, gladii potestatem, sibi datam, vel cujus alterius coercitionis ad alium transferre potest, *id est merum imperium mandare potest: mandabit qu dem reorum auditionem, et hoc ipsum tamen extra ordinem, non rite et ordine.* Ex his intelligitis legem *imperium* ind gere tantum aliquantula explicatione, quod præstabimus perendie. Non displicebit hodie, ut opinor enarratio *d. legis imperium.* Jurisconsulti duo Papinianus, et Paulus in *l.* 1. *de offic. ejus cui mand. est Jurisd.* duplex imperium merum faciunt: merum, quod lege datur, quod et mandari non potest: et mixtum, quod jurisdictioni cohæret, nec ab ea unquam divellitur, sed simul transit cum ea in legatum Proconsulis, vel quem alium cui jurisdictio mandata est: ita quoque Ulpianus in *l. imperium*, dividit imperium in merum et mixtum: ratio nominum jam supra a nobis est exposita. Merum definit a majori parte sui, jus gladii, hoc est, jus vitæ adimendæ, quod et in ea lege hæc verba demonstrant, *ad animadvertendum facinorosos homines.* Sic Florentiæ scriptum eleganti forma loquendi, ut Varro dixit: *Repudiandum omnes artes*, per gerundii modum. *Emendum veteranos ex campestribus locis: faciendum præfectos atrociores, injiciendum frænos.* Ergo non legamus, *ad animadvertendum in facinorosos homines:* sed *animadvertendum facinorosos homines,* rejecta propositione *in*, quod est elegantius, quam si dicas: *animadvertendos facinoros.* Hæc verba satis demonstrant, quid sit jus gladii: ita animadvertere, est gladio punire, *l. perspiciendum*, §. *ult. et seq. de pœn.* Capitis pœna est, inquit, bestiis objiei, vel alias similes pœnas pati, vel animadverti. Animadversio igitur est species capitalis pœnæ, animadverti, gladio plecti, quod Græcis est ἐπιστροφὴν ποιεῖσθαι. Et in *l. seq.* Servos pœnæ fieri eos, in quos animadverti jubetur, vel qui bestiis objiciuntur. Locus hic etiam demonstrat, animadversionem esse speciem capitalis pœnæ, eamque propriam gladii. Inde (quod nescio, an adhuc quisquam explicarit) intelligere possumus, cur occiso Papin. nostro jussu Antonini Caracallæ, et percusso securi, percussori dixerit Antoninus, *Gladio te meum jussum exsequi oportuit:* quod Spartian. scribit in Antonino, et Dio, sive Xiphilinus: non video rationem cur id dixerit, nisi quod animadverti jussisset. Qui jubet in aliquem animadverti gladio puniri jubet. Fuit hic Antoninus parricida: occidit enim fratrem suum in sinu matris; occisus est etiam ejus jussu Papinianus, quod faveret partibus Getæ fratris longe melioris: hæc vera causa, quicquid referant Spartianus, Lampridius, et alii quod noluerit excusare parricidium, dicens: *non tam facile excusari quam fieri parricidium:* quod forsitan verum est: nam non tam fuit scientia excellens, quin et probitate morum excelleret; vel, ut alii narrant, occisus fuit, quod post occisum fratrem Getam noluerat dictare orationem, qua accusaretur Geta, tanquam jure occisus, cum diceret, *alterum parricidium esse, accusare innocentem occisum.* Si

hæc sunt vera, plane scientiæ mores respondebant. Verum quod ferunt dixisse Imperatorem: *Gladio te meum jussum exequi oportuit*, non habet aliam rationem, quam quod in eum animadverti jussisset. Ad rem redeo. Merum imperium, si vis definire a majori parte sui, est jus gladii, jus ferri, ut Lucanus dixit lib. 5. sicuti in libris nostris damnare ad ferrum, est damnare ad gladium in *l. ejus qui*, §. *ult. ff. de testam.* et placet quod Statius ait lib. I. *ferrum mulcere toga*, *et lib.* 5. *imperium mulcere toga*. Plane ferri nomine significatur merum imperium. Comprehendit etiam jus gladii, jus belli gerendi, et administrandi, licet id non sit scriptum in *l. Imperium*. Cui possis addere, merum imperium esse jus gladii ad persequendum et belligerandum hostes. Et adjicit Ulpian. simpliciter, imperium illud potestatem appellari: modo *potestatis* verbum generaliter, modo specialiter accipitur, generaliter passim. Nam quilibet magistratus potestas est. Mixtum imperium etiam potestas est, quæ jure magistratus competit: sed per eminentiam potestas est, summa et mera, id est, imperium merum, ut Zonaras loquitur in Basil. Porphyr. Præter nostros auctores nescio alium auctorem qui dicat merum imperium præter Zonaram: nam ἄκρατον ἐξουσίαν vocat dictaturam, quæ habuit summam potestatem. Definit ergo imperium heic a posteriore sui parte. Sed continet etiam alia, ut jus atrociter verberandi, damnandi in metallum, deportandi, confiscandi universa bona reorum, et generaliter omnem coercitionem graviorem, *l. soleat*, *l. si quid erat*, *de offic. proc.* Modica coercitio est mixti imperii, gravior coercitio meri, nec permissa cuiquam, nisi sit concessa nominatim. Nec idem est, ne quis fallatur, publici judicii exercitio, et imperium merum, quam exercitionem dixit Papin. non posse mandari: utrumque non potest mandari. Nec tamen dixeris utrumque idem esse: alioquin frustra utrumque repeteret in *d. l.* Sed in ea lege tria ponit exempla eorum, quæ lege dantur, quæque mandari non possunt: quæstionem, sive exercitionem, aut executionem publici judicii lege datam nominatim: cognitionem datam ex Senatusconsulto Syllan. et merum imperium lege datam. Et illa duo esse diversa ita demonstro. Legatus proconsulis ex mandato extraordinario Proconsulis publici judicii exercitionem habet: habet enim cognitionem custodiarum, hoc est, reorum, qui custodiuntur, quod quid aliud est, quam quæstio publici judicii, quo rei postulati sunt? Ergo ex mandato Proconsulis extraordinario legatus habet cognitionem publici judicii, ex *l. solent*, *de off. proc.* Merum tamen imperium non habet, quia neque apud eum inchoari accusatio potest, neque terminari: sed quæ in medio versantur, ea sola ex mandato Proconsulis quærere, et dignoscere potest. Reus non potest apud eum accusari, nec ab eo damnari, vel absolvi. Extrema non habet, quæ sunt meri imperii: cognitionem intermediam habet, sed ubi cognoverit, remittit reum ad Proconsulem *d. l. solent*. Proconsul igitur solet legato mandare quæstionem publici judicii. Sed ut ait idem Ulpian. mandatum est extraordinarium, hoc est, illegitimum, quia cognitio publici judicii est ei mandata a lege. Ergo dum eam mandat Proconsul, aberrat a jure, et facit illegitime: et hoc est, quod ait in ea *l.* 1. Papin. *errare magistratus*, *etc.* Et ita conjungenda est *d. l.* 1. cum *l. solent.* Una *extraordinarium mandatum* dicit: altera, *errare magistratus.* Et utraque igitur *l.* conjuncta, diu quæsitum convenientissimum exemplum apponeretur ad *l. quod non ratione*, *sup. de legib.* non ratione invaluit hoc, ut Proconsul mandaret legato quæstionem publici judicii, sive cognitionem custodiarum, sed primum errore: deinde soliti sint ita mandare. An ergo dicam et ceteras cognitiones, quæ ei lege dantur, posse Proconsulem mandare legato, veluti cognitionem de transactione alimentorum, cognitionem de domino a familia occiso, cognitionem de prædiis minorum distrahendis? Minime, est tamen argumentum idoneum. Si potest Proconsul mandare legato cognitionem criminum, cur non et cognitionem civilis rei mandare poterit? Sed respondendum, quamvis et hac *l.* 1. *et l. solent*, detur specialiter cognitio criminum: nos tamen errorem nunquam producimus in consequentiam, *d. l. quod non ratione.* Ut vero intelligamus, quid distet merum imperium a cognitione custodiarum, vel quæstione publici judicii, observandum est quod ait *l. aliud*, *de verb. sign.* cum pœnam irrogare posse, cui hujus criminis executio data est. Is enim, cui cognitio sive quæstio et inquisitio sola data est, non potest pœnam irrogare: propterea in *l.* 1. *C. ubi caus. fisc.* cui licebit pœnam irrogare, hoc est, qui habuerit merum imperium, quod lege datur; et licere dicitur, quod per legem licet, ut indicat oratio pro Balbo. Eadem *l. imperium*, ita definit mixtum imperium, cui etiam inest jurisdictio, hoc est, quod implicitum est magistratui, sive jurisdictioni, quod semper cum jurisdictione cohæret, quod jure magistratus competit. Et exempli tantum gratia in *l. imperium*, ait, mixtum imperium consistere in danda bonorum possessione, ex testamento scilicet, vel ab intestato, et dando judice. Quod inquit, *in danda bonorum possessione consistit.* Hoc est prius exemplum: Posterius exemplum: *jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.* Placet admodum illa vox, *etiam*, quod idem est, ac

si diceret, non tantum mixtum imperium, sive jurisdictio consistit in danda bon. poss. sed etiam in dando judice: recte dices, jurisdictionem esse licentiam dandæ bon. possessionis, et recte adjicies, esse quoque licentiam dandi judicis. Et idem omnino dices de imperio mixto, quia ita mixtum est unum alteri, ut nunquam secernatur. Et hoc in judicis datione, de qua magis ambigitur, planum facit *l. cum prætor*, *de jud.* quæ ait magistratum urbanum, judices dare posse propter vim imperii. Ergo judicis datio est imperii: aut meri igitur, aut mixti: at certe non meri est: ergo mixti. Fateor in quibusdam magis elucere imperium, ut in modica coercitione, in aliis apparere quasi nudam jurisdictionem, ut in interlocutoria aliqua sententia magistratus: et tamen dum interloquitur, aliquid etiam pro imperio agere dicitur, *l. quod jussit*, *de re jud.* Videntur etiam esse magis imperii mixti, quæ denegantur magistratibus municipalibus: alia quædam videntur quasi jurisdictionis nudæ: sed nunquam mixtum imperium a jurisdictione separatur. Hodie nullum est imperium merum, quia jurisdictioni cohæret jus gladii, et gravior coercitio omnis, hoc est, jure magistratus competit. Et hoc ipso, quod quis creatus est magistratus, jus gladii habet, etiamsi ei non sit datum lege nominatim. Merum quod fuit olim, hodie est mixtum imperium, quia competit tacito jure, et sequitur ultro magistratum, nec est necesse nominatim delegari: si igitur mixtum est hodie imperium: ergo mandari potest.

Ad L. XXXIII. de Rec. arb.

Arbiter ita sumptus ex compromisso, ut et diem proferre possit, hoc quidem facere potest: referre autem contradicentibus litigatoribus non potest l. 74. de regul. jur. *Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri.*

Sciendum est, judicem dari a magistratu plerumque, ut judicet intra certum tempus, quo finito jam non potest judicare, nisi partes ei prorogaverint tempus, quod magistratus præstituerat, *l.* 2. §. *si et judex*, *l. si judex*, *de judic.* Exemplo judicis dati arbiter compromissarius plerumque eligitur ab ipsis partibus, ut judicet intra certum tempus, non etiam datur a magistratu: sed nonnunquam additur clausula, ut possit proferre diem compromissi, producere, prorogare, prodere diem, ut ex Lucilio notant Nonius et Donatus: *Possis ne elabi, an porro prodenda dies sit*, hoc est proroganda, prolatanda: et in Andria: *At qui saltem nuptiis prodat diem*, i. differat, proroget nuptias. Et hoc pertinet ad *l. Labeo*, §. 1. *h. t.* et ad id quod ait initio hujus leg. quod etiam ostendit *l.* 32. §. *dies*, quærebatur, an possit etiam *referre diem?* Et ait, eum non posse sine consensu utriusque partis. Referre diem, est anteferre, antevertere diem jubendo, ut partes adsint in illum diem, ut Festus ait, *referre diem prædictam*, hoc est, præferre; nobis est, *anticipare*. Verum si retulerit diem, et unus abfuerit, an committetur pœna? Minime: quia nondum exierat dies compromissi, non potest retrocessum ire, repetere diem, aut ipsum producere diem, ut Græce ἐμαναχωρεῖν, id est, *proferre diem:* quod si consentiat unus, ut referat diem, et properet ad sententiam, consensus unius alteri non nocebit. Et hoc est, quod ait *l.* 74. *de regul. jur.* his verbis: *non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri:* et rectissime huic conjungetur, et est ejusdem Papin. Accipienda est hæc regula de consortibus, qui habent communem rem, aut litem; potest aptari ad cohæredes, *l. si petitor*, *de judic.* ad fratres; nam factum fratris nocere non potest, quia cohæredes sunt, aut consortes, *l.* 2. *si quis aliqui test.* Sed proprius aptabitur ad propositam speciem, scilicet si duo sint litigatores, qui adierint arbitrum, non potest alteri per alterum iniqua conditio inferri, puta unus consentiendo, ut arbiter diem referat, afficere, ut alter in compromissi pœnam incidat. Et ita videtur aptanda cum *l.* 33. *de recep. arb.*

JACOBI CUJACI J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. II. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. ult. Si qu. caut. jud. sist. caus. fact. non obtemp.

Hæc lex est de stipulatione judicio sisti, qua quidem se stipulanti obligat semper non tantum qui suo nomine convenitur, sed et qui alieno, quum enim vocaris in judicium, aut statim sequi debes partem, aut cavere judicio sisti ad condictum diem, vel ad diem, quo stipulator agere volet. Elegantissima est hæc legis species. Finge: Tutor nomine pupilli in judicium vocatus, promisit judicio sisti in diem certum, vel ad diem, quo stipulator agere vellet (his cautionibus hodie non utimur in Gallia, nec cautione de rato, nec de judicato solvendo: nullæ interponuntur judicii exercendi causa stipulationes) is vero tutor non obtemperavit stipulationi, qui ad

diem judicio non adfuit. Commissa est igitur stipulatio ipso jure. Priusquam reliqua hujus facti persequamur, sciendum est, tutorem, qui convenitur pro pupillo, cavere quidem judicio sisti, sed non judicatum solvi in *l.* 1. §. *sufficit*, *de admin. tut. et l. ult.* §. *defens. C. eod. tit.* Et hæc est una differentia non unica inter tutorem, et procuratorem sive defensorem litis alienæ. Et quæ de tutore dicemus, ea de curatore intelligenda sunt: nam defensor litis alienæ non est idoneus, nisi caveat judicatum solvi: tutor vero licet defendat pupillum, non promittit judicatum solvi: et ratio differentiæ hæc est, quia defensor litis alienæ volens suscipit mandatum agendæ litis: nemo eum invitus suscipit mandatum: sicut nemo invitus contrahit, vel etiam sine mandato immiscet se liti alienæ ultro, irrogatus tutor vero tutelam suscipit etiam invitus, quia tutelæ munus civile est, et omne munus civile invito injungitur: non est æquum onerari cautione judicati solvendi eum, qui ad litem alienam etiam invitus accedit: potest tamen tutor obligare pignori vel hypothecæ præd'a pupillaria, etiam sine decreto prætoris vel præsidis contra orationem D. Severi, videlicet judicati solvendi nomine, quum ipse pupillus litem suam defendit tutore auctore, qui casus est singularis, quo hypotheca contrahitur prædiorum pupillarium sine decreto, quia pupillus, qui in judicium vocatur, cavere debet, et frustra desideratur decretum, ubi solvere necesse est. Et hoc est, quod in *d.* §. *defensionem in fi.* dicitur, tutorem posse subsignare, hoc est, pignori obligare res pupilli etiam Immobiles, hoc est, prædia, pro cautela litis, sive pro cautione jud. solvi, non ut Accurs. pro cautione judicio sisti, *l. si servus*, *jud. solvi*, *l. si eum*, *de fidejuss. l.* 5. §. *in possessionem*, *ut in pos. leg.* Cautio jud. solvi, est cautio rei vel litis, nam est de solvenda re, aut æstimatione rei: est igitur cautio realis. Cautio judicio sisti est personalis, in *Nov.* 53. *cap.* 3. §. 2. cautio de persona, non de re. Igitur cautela litis, est cautio judicatum solvi, non cautio judicio sisti. Tutor igitur, cum non paruit stipulationi stipulatio commissa est, ut præstetur id quod interest, vel pœna stipulatione comprehensa. Verum antequam ageretur ex ea stipulatione, interim, ut Papinianus ait, vel inter moras, ut loquitur Marcellus in *l. tutor* 28. *de administr. tut.* Inter moras, inquam, id est, antequam ageretur ex stipulatu, pupillus adolevit, vel mortuus est: atque ita finita est tutela, quæ finitur adolescentia, vel morte; vel pupillus se abstinuit hæreditate, cujus nomine conveniebatur: Finge enim conventum fuisse eum, aut tutorem pro eo ex contractu patris, cui hæres extiterat, ut ait *l.* 2. *de administ. et peric. tutor.* et commissa jam stipulatione judicio sisti adversus tutorem, qui eam interposuerat, quive ad eam responderat, pupillum abstinuisse hæreditate. Quæritur, an actio ex stipulatu, quæ commissa est, danda sit in tutorem? Et ait prudentissime Papin. denegandam esse actionem, quia finita est interim causa stipulationis cum pupillus abstinuerit se bonis paternis, vel etiam quia finita est tutela. Et ita proponitur in *l. tutor.* Verum Papinian. ut hoc magis probet, utitur optima similitudine: si postquam tutor in judicium vocatus nomine pupilli et condemnatus sit, adoleverit interim pupillus, vel mortuus sit, vel abstinuerit se hereditate patris, ex qua lis descendebat, beneficio prætoris: si hæc contigerint post condemnationem tutoris, actio judicati in tutorem non dabitur. Sed primo casu, id est, si adoleverit pupillus, in pupillum dabitur. Secundo casu, id est, si mortuus fuerit pupillus, dabitur in hæredem pupilli. Tertio casu, si se abstinuerit, in nullum dabitur, *l.* 2. *de administrat. tut. l.* 1. *C. quando ex fact. tut.* Pari ergo ratione non dabitur etiam in tutorem actio ex stipulatu, si posteaquam commissa est stipulatio judicatum solvi, hæc contigerint, quia nihil interest stipulatio interponatur sine causa, an postea finiatur causa, *l. ult. jud. sol.* An ergo si hæc non contigissent, daretur actio judicati in tutorem? sic sane, si se liti obtulisset, si eum ipsum pupillum exhibere posset, cujus res erat, ipse maluerit judicium accipere pro pupillo, quam ei auctor esse judicium accipiendi. Nam in ejus arbitrio est, ut nomine pupilli judicium accipiat, aut pupillum exhibeat. Quod si judicium accipiat pro pupillo, videtur se liti offerre: et ideo merito est in eum actio judicati. Aliud dicendum est, si pro pupillo absente vel infante judicium acceperit, id est, minore annorum septem cum is non posset ei esse auctor ad judicium accipiendum: nam impuberes in jus vocare permissum non est, *l. neque impuberes* 22. *de in jus voc.* Quia igitur coactus ipse judicium suscepit, actio judicati in eum non dabitur, sed in pupillum, *l.* 2. *de admin. tut.* Idemque erit in procuratore cujuslibet: nam si procurator pro domino conventus sit et condemnatus, actio judicati dabitur in dominum, vel si vicerit procurator, dabitur domino: nam vincit et vincitur domino procurator. Actio ergo judicati non dabitur in procuratorem, nisi se liti obtulerit non rogatus, id est, nisi sit procurator aut gestor voluntarius, *l.* 4. *de re jud.* Et in hac re nulla est differentia inter tutorem et procuratorem, sed alia est, quæ pertinet ad quæstionem istam: Tutor si extra jus caverit se soluturum nomine pupilli, quod pupillus debuit, finita tutela recte recusat actionem, hoc est, non cogitur judicium accipere ex ea causa, *l.* 5. §. *ult. quando ex fact. tut.* Procurator autem,

qui, dum gerit negotia domini, pro domino promisit aliquid, finito mandato non recte recusat actionem. Id de tutore scripsit Papinianus in *d. l.* 5. Idem scripsit de proc. in *l. procurator* 67. *de procurator.* Finge: Procuratori mandasti, ut venderet rem tuam: vendidit, et cavit de evictione tuo nomine, ac postea desiit esse procurator tuus revocato mandato, aut quasi expleto mandato, cum non erat procurator omnium rerum, an procurator tenetur emptori evictionis nomine finito mandato? Sic sane: quia finito mandato non finitur obligatio, qua se obstrinxit pro domino: et ratio hæc est, quia volens accessit ad negotium alienum, et cavit ultro de evictione. Sed si quid vendat tutor, finita tutela non tenetur, etiamsi caverit de evictione, quia invitus accedit ad tutelam, et cavet si quid coactus necessitate officii quod sustinet vendat.

Ad L. XXXVIII. de Pactis.

Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

In hac lege ex Papiniano proponitur hæc regula juris, qua nulla est, quæ tot exempla habeat. Sed non utar vulgaribus, aut iis quæ jam a me antea sunt prodita. Jus publicum privatorum pactis mutari non posse: nullus est Jurisconsultus qui tot juris regulas nobis confecerit, quod longior progressus Papiniani ostendit, id est, argumentum summæ peritiæ Papiniani. Periti est habere in promptu regulas et definitiones tum rerum, tum etiam nominum. Ac memini Theologos inter ceteros non aliam ob rem facere plurimi Damascenum, quam quod ejus scripta sint plenissima definitionum. Possem statim ex eodem Papiniano apponere exemplum ex *l. ult. de suis et legit.* sed est tritum. Priusquam alia proponam sciendum est, jus publicum in jure accipi dupliciter. Publicum dicitur primo, quod consistit in sacris, sacerdotibus, religione, magistratibus, *l.* 1. *de justit. et jure.* Secundo jus fiscale dicitur jus publicum, quod tamen est privatum Principis. Tertio jus publicum dicitur jus commune omnium, id est, jus civile, leges, plebiscita, Senatusconsulta, edicta prætorum, mores populi Romani, qui respiciunt omnium utilitatem, non etiam commodum privati hominis: et ita sæpissime jus publicum accipitur pro legibus, puta pro lege Falcidia, etc. Hoc jus publicum privata conventione convelli et commutari non potest. Utamur novis exemplis. Jusjurandum calumniæ introduxit Justinian. voluit enim de calumnia jurare litigatores in ingressu litis: et pari religione exegit etiam jusjurandum a judicibus, atque etiam ab advocatis, respiciens ad publicam utilitatem, ne quis temere litigaret. An potest jusjurandum calumniæ remitti ex consensu partium? Minime, quia jus publicum privatorum pactis mutari nequit, *l.* 2. §. *sed quia, Cod. de jurejur. propt. cal.* Plus potest jus publicum, quam privata conventio, privata conventio eludere leges, aut constitutiones non potest. Item, ut constat ex sententiis Pauli, functio dotis pacto mutari non potest, hoc est, præstatio et redditio dotis: dos reddenda est ex 12. tab. annua, bima, trima die, hoc est, tribus pensionibus, si constat in pecunia numerata, auctore Ulpian. in Fragm. tit. 6. an valebit pactum et conventum, si placuerit, ut præstaretur quadrima die? minime, *l.* 16. *de pact. dot.* Legibus etiam prodita est actio ob mores, actio de moribus vel retentio ex dote propter mores ejus, qui divortio causam dedit: quæ a Rhetoribus dicitur actio malæ tractationis, quæ quia publici judicii est, pacto non tollitur. Est etiam actio ob res donatas conjugi, vel retentio, quæ non valet, nisi perseveret donator in eadem voluntate usque ad mortem. An si convenerit initio matrimonii, ut si quid donetur, non repeti possit, vel ne de moribus agatur, aut plus, aut minus exigatur, an hoc pacto obstringi possunt? Minime: nam juri publico derogat *l.* 5. *de pact. dotal.* Similiter ex lege 12. tabul: actiones hæreditariæ dividuntur ipso jure, ut singuli hæredes non teneantur in solidum, sed pro partibus hæreditariis: hoc jus non potest pactis immutari, *l.* 2. §. *ult. famil. ercisc.* Utar alio exemplo ex Novell. 22. cap. 32. et 33. Finge: datus est usufructus, vel data proprietas bonorum, aut nuda, aut plena in dotem, vel donationem propter nuptias, unus ex maritis soluto matrimonio lucratur dotem, vel donationem propter nuptias, an tale lucrum amittet, si transeat ad secundas nuptias? minime. An si initio convenerit ut amitteret hoc lucrum si forte transiret ad secundas nuptias, an transeundo ad secunda vota amittit? nec hoc etiam casu amittet. Et utitur etiam Justinianus hac regula, non posse juri publico derogari privata conventione, *d. Novell.* 22. Exceptio est una; nisi lex specialis id permiserit, nisi pactio sit legitima, ut possit juri publico derogari privata conventione. Exemplum est in *l. ult.* §. *ult. C. de tempor. appellat.* an initio litis pacisci licet, ut qui superatus sit, non appellet: aut fatalia tempora quæ dicuntur κυρίαι ἡμέραι, non observet? sane pactio non valebat. Sed hodie valet ex constitutione Justiniani, *d.* §. *ult.* Hæc igitur regula patet latissime, et habet exempla innumera: nam nec voluntate testatoris mutatur jus publicum. An potest mutari l. Falcidia, aut prohiberi? minime: sed hodie potest ex Novell. 1. et constitutione Justiniani. Non potest testator facere ne leges in suo testamento locum habeant, *l.* 55. *de legat.* 1. Est hoc addendum hujus leg. sensum hunc esse: Jus

privatorum facile mutatur privatorum conventione: ut puta quæsita tibi actione, jus tibi quæsitum facile condonaveris ubi quæsieris. Pacto non potes etiam efficere, ne nascatur actio, sed nata poteris non uti, aut eam remittere pacto, si volueris, quod hoc non pertineat ad jus publicum, sed ad privatum; non possunt autem privatorum pactiones efficere, ne leges, edicta, constitutiones vim habeant in suis contractibus, vel aliis negotiis, quæ ad eos spectant, quanquam, si quid eis quæsitum fuerit, de eo utiliter paciscantur, idque remittant, aut habeant pro derelicto aut nullo: ut hæres post mortem testatoris, quo maxime tempore locus legi Falcidiæ est, solida legata præstare potest non utendo Falcidia, *l.* 46. *ad leg. Falcid. l. ult. C. eodem.* Quo genere videtur hæres plenum obsequium plenamque fidem exhibere defuncto in *l. qui totam, ad S. C. Trebellian.* Plinius lib. 2. epist. 16. et lib. 4. epist. 10. Nam lex Falcidia contra voluntatem defuncti patrisf. semper inducta creditur: nam sane solidum defunctus præstari vult, *l.* 86. *ad l. Falcid. et Novell.* 1. Verum testatore vivo inutiliter paciscitur hæres de non deducenda Falcidia, si contigerit mori testatorem: ea pactio non efficit, ne locus sit Falcidiæ, *l.* 15. §. 1. *ad leg. Falcid.* Et sic legatum, aut hæreditas postquam delata est, recte repudiatur, sed antequam deferatur, si repudietur, vel si de ea paciscatur hæres, vel legatarius cum hærede legitimo, vel scripto, inutilis pactio est, inutilis repudiatio, quæ non potest impedire delationem, quæ fit ipso jure. Obviam non potest ire legibus. Dixi hanc regulam esse frequentissimam, imo nulla frequentior, addidique nova exempla quinque. Adjiciam quod ex Græcis didici, et ad pleniorem regulæ explanationem valde facit, hanc regulam aptari posse ad legem præcedentem; ad quam ipsi coaptant, ut plurimum est series quædam etiam in ipsa digestione et ordine legum, et nectitur quodammodo una ex alia: præcedentia et sequentia legenda, ut aliquid deprehendatur, quod ad legem faciat, cui damus operam, et qui volunt legere legem aliquam, debent prius spectare, quid sit in præcedenti, quid in sequenti: ita verum percipient legum sensum sæpissimo. In lege præcedenti hoc ostenditur, Curatorem reip. non posse remittere pecuniam debitam reip. habita pactione cum debitore publico, et si remiserit, nihilominus esse integram ejus pecuniæ petitionem. Ad eam legem addes rectissime eam rationem, *quia jus publicum pactis privatorum mutari non potest.* Ac sane videtur etiam Papin. hac regula esse usus in hac specie. Jus publicum, hoc est, jus Reip., civitatis, municipii, mutari non potest a privatis: ita enim in *l.* 42. *hoc tit.* dicitur, jus etiam fiscale privatorum pactis convelli non posse. Sed patet etiam regula latius, alioquin non esset regula, hoc est, non tantum continet jus reip. aut fiscale, sed etiam jus commune, leges, plebiscita, edicta, et mores. Verum ad hanc regulam addidi unam exceptionem, nisi scilicet privata conventio quæ derogat juri publico, lege aliqua, aut constitutione nitatur ac confirmetur, *l. ult. C. de temp. et repar. appell.* quia scilicet re ipsa hæc pactio non derogat juri publico cum probetur jure publico, et sit legitima conventio. Addam hodie similiter exceptiones duas, Unam ex *l.* 1. §. *inde quæritur, de ope. novi nunt.* Finge: Si vicinus meus faciat novum opus, quod arbitror juri meo officere posse, possum eum impedire, ne ædificet, nuntiatione novi operis instituta, etiam non adito prætore (quanquam jure Gallico oporteat adire magistratum) post eam nuntiationem litigatores se committunt prætoriæ jurisdictioni, ut animadvertat, remittenda sit nuntiatio, nec ne. Et qui ædificat antequam prætor remittat nuntiationem, facit contra edictum prætoris de novi operis nuntiatione, et tenetur interdicto restitutorio ut diruat quod ædificavit, cujus formula hæc est: *Quod adversus edictum prætoris fecit.* Inde quæritur, an sine jussu prætoris pacto remitti possit nuntiatio? et videbatur non posse, quia in ea re versatur prætoris imperium, eaque res pendet ex jurisdictione prætoris, *d. l.* 1. §. *inde quæritur, l.* 7. §. *si paciscar, hoc tit.* quia neglecto imperio prætoris, hoc est, non adito prætore, et admissa hujusmodi pactione quæ remittit nuntiationem, videtur privata pactio præponi imperio prætoris, edicto prætoris; ergo non admittenda, nec servanda. Sed magis placet servandam esse eam pactionem, et valere non minus remissam nuntiationem a denuntiante, quam si fieret a prætore, quia scilicet uterque idem agit et spectat, ut finiantur lites inter vicinos: idem agit hæc pactio, quod agit et prætor: atque ita reipsa nihil derogat juri publico: idem enim agit, quod edictum prætoris. Alia exceptio erit ex *l.* 31. *hoc t.* Ait lex: pacisci licet contra edictum Ædilium curulium omnimodo: quid est omnimodo? sive initio venditionis convenerit aliquid contra ædilitium edictum, sive post, rata est conventio, et infirmat Ædilitium edictum. Finge convenisse inter contrahentes, ne ageretur actione redhibitoria ob morbum vel vitium rei venditæ, quod est contra ædilitium edictum. Si ita convenerit post venditionem, sane rata est conventio, quia quæsita actio emptori, ab eo ultro remittitur: et nemo invitus cogitur uti jure suo. Sed si initio venditionis ita convenerit, an valebit ea conventio? Et ait valere. Pacisci contra ædilitium edictum, est juri publico derogare. Et licet regula enuncietur duobus modis: *contra leges, vel SC. aut constitutiones, pacta conventa non va-*

lent, non servantur a prætore. Vel, *jus publicum non potest mutari pacto privatorum;* et ita duæ videntur esse regulæ; tamen una tantum est, hoc sensu: *pacta contra formam juris publici, contra leges, plebiscita, Senatusconsulta, mores, edicta prætorum, constitutiones non valent.* Sed addamus etiam pacta facta a privatis, aut inter privatos contra jus fiscale non valere. Item, pacta inter privatos facta contra jus reipubl. non valere: et hoc ad ecclesiam trahi posse, quia in jure sæpe comparatur reipublicæ. Ideo autem pacisci contra edictum ædilitium licet quia ea est mens ædilium, ut ob eum tantum morbum, aut vitium sit actio redhibitoria, quod in gerendo negotio venditionis exceptum non sit: quod si generaliter omnes excepti sint, cur non erit rata conventio? Et in summa, in his exceptionibus videtur quidem pactio privata derogare juri publico prima fronte, sed reipsa non derogat, quia id fit ex mente, aut permissu legis, vel edicti, vel constitutionis. Hæc sunt, quæ maxime notanda erant ad hanc regulam.

Ad L. Ult. de Transact.

Venditor hæreditatis, emptori mandatis actionibus, cum debitore hæreditario, qui ignorabat venditam esse hæreditatem, transegit: si emptor hæreditatis hoc debitum ab eo exigere velit, exceptio transacti negotii debitori propter ignorantiam suam accommodanda est. Idem respondendum est in eo, qui fideicommissam recepit hæreditatem, si hæres cum ignorante debitore transegit.

Species hæc est: Heres vendidit hæreditatem omnem, hoc est, jus universum, et mandavit emptori, hoc est, cessit actiones hæreditarias: (in jure idem est mandare, cedere, exhibere. Erat necesse cedere actiones hæreditarias emptori ante constitutionem D. Pii. Hodie etiam sine cessione in emptorem actiones transeunt, *l.* 16. *de pact.*) Is hæres post venditam hæreditatem certa pecunia transegit cum debitore hæreditario, ignorante venditam esse hæreditatem: an erit emptori hæreditatis actio utilis ex cessione in debitorem hæreditarium? Sic sane, sed repelletur exceptione transacti negotii, vel transactionis, quamvis non transegerit cum emptore, sed cum venditore: qua ratione fit, ut ei, qui non transegit, noceat transactio facta cum alio: et ob id hæc exceptio non est directa, sed utilis: quod heic significat Papinianus in hac l. dum ait, *est accommodanda*, id est, inflectenda: nam in jure passim actiones et exceptiones dicuntur accommodari, hoc est, inflecti et transferri in causam, in quam propriè non conveniebant, ideo a Græcis vocantur πλάγια ςικαὶ, quasi obliquæ actiones, vel exceptiones: sane hæc exceptio datur ex utilitate, ne justa ignorantia noceat debitori hæreditario; qua ratione fit, ut debitor liberetur, qui solvit procuratori finita procuratione si ignoret finitam esse, §. *Item si, de mandato, l. ejus, ff. de rebus cred.* Et patet idem juris esse in solutione quod in transactione: nam si debitor hæreditatis ignorans venditam fuisse hæreditatem, venditori hæreditatis solverit, sane ipso jure debitor liberabitur, nec poterit cum eo experiri emptor hæreditatis. Solutio ipso jure liberat, transactio per exceptionem: nam genus pactionis est, et pactio nisi sit legitima, non liberat quenquam ipso jure, sicut nec obligat. Utitur Papinian. similitudine fideicommissarii Trebelliani, non abs re: nam et fideicommissarius Trebellianus, et emptor hæreditatis, uterque vicem hæredis obtinet, et effectu quodammodo hæres est, *l.* 2. §. *pen. de hæred. vel act. vend. l.* 5. *quod. cum eo, qui.* et in utrumque transeunt actiones utiles etiam sine cessione: ex constitutione D. Pii in emptorem hæreditatis: in fideicommissarium vero ex Senatusconsulto Trebell. Nunc finge: post restitutam hæreditatem hæres transegit cum debitore hæreditario accepta certa pecunia, cum scilicet debitor ignoraret causam fideicommissi, aut restitutam hæreditatem: si cum eo agat fideicommissarius utili actione, repelletur eadem æquitate exceptione transacti negotii cum hærede. Sed laudo, quod dixit Accursius, emptori hæreditatis vel fideicommissario teneri hæredem vel venditorem, qui restituit, quia non præstitit integram hæreditatem, non præstitit nomen illud, quod ipse extinxit facta transactione: nihil igitur damni facit emptor hæreditatis, aut fideicommissarius Trebellianus, sed nihil etiam debitor, qui transegit ignorans. Rectissime autem ponit Papinianus, cum transegisse ignorantem: nam si sciens transegit, proculdubio tenebitur: nam imputari ei potest, cur solverit ei, cui non debuit: nam post venditionem hæreditatis vel restitutionem, hæres quidem remanet venditor hæreditatis, ac etiam is, qui restituit, sed nomine, sed non re; actiones habent directas, sed sine re: nam si nomen est sine re, et actiones igitur. Sciens igitur debitor venditam aut restitutam esse hæreditatem, de se queri debet. Recte etiam Papinianus ponit, hæredem transegisse post venditam hæreditatem, vel restitutam: nam quod gessit hæres ante venditionem aut restitutionem hæreditatis: id ratum habendum est semper, neque distinguitur hoc casu inter scientem et ignorantem, *l. ante restitutam* 104. *de solut.* quam adducit Accursius.

Ad L. VIII. de Postul. et l. V. de decurion. et eor. fil.

Imperator Titius Antoninus rescripsit, cum, cui advocationibus in quinquennium interdictum esset, post quinquennium pro omnibus postulare non prohiberi. Divus quoque Adrianus rescripserat, de exilio reversum postulare posse, nec adhibetur distinctio, quo crimine silentium vel exilium sit irrogatum, ne scilicet pœna tempore determinata contra sententiæ fidem ulterius porrigatur. Ad tempus ordine motos ex crimine, quod ignominiam importat in perpetuum moveri placuit: ad tempus autem exsulare jussos, ex crimine leviore, velut transacto negotio, non esse inter infames habendos.

In hac l. Papinianus duo proponit rescripta, nec tamen quid de iis arbitretur, exponit, nec invaluerint ea unquam an secus: nec enim semper omnia rescripta vim suam habuerunt: et quod experimur etiam hodie idem fuit olim: non omnibus constitutionibus fuit sua vis. Refert igitur Papin. sententiam rescriptorum, nihil præterea: primum rescriptum est Titi, is est Antoninus Pius, non Caracalla occisor Papiniani, ex quo rescripto advocatus, cui silentium indicitur ad quinquennium, id est, ne pro aliis postulet, post quinquennium postulare potest. Subjicit ex rescripto Adriani, etiam advocatum relegatum ad tempus (nam exilium hic accipitur pro relegatione: deportatio enim nunquam irrogatur ad tempus) post tempus impletum postulare posse pro aliis. Hoc autem addit de suo Papin. ea rescripta esse generalia, nos igitur non debere illa distinguere: nam vox illa scholæ est vera; *Ubi non distinguit lex, non debemus distinguere.* Non exprimit rescriptum, an damnatus sit advocatus famosa ex causa, an vero ex alia. Itaque quacunque ex causa, quocumque ex crimine, sive famoso, sive non, ad tempus quis relegatus sit, vel interdictus sit officio advocationis ad tempus, post tempus pristino officio fungi potest, quia rescripta non distinguunt, id est, sunt generalia: nobis non licet addere distinctionem, quia ratio rescriptorum est generalis: nec sunt hac ratione casus alii ab aliis separandi: et in summa non est adhibenda ulla distinctio; et ratio est, ne pœna tempore definita porrigatur ultra sententiæ finem, ut in *l.* 3. *de decur.* ne exaggeretur, inquit, sententia, quæ certum modum habet. Ergo pœna non est exaggeranda aut amplianda, sed minuenda potius et mollienda. Et hoc est, quod in hac l. a Papin. proponitur, in qua sunt duo in eamdem rem consentientia rescripta: unum Adriani, quod fuit prius: alterum Antonini Pii, quod fuit posterius. Rescriptum autem minus est quam edictum, quanquam hodie parem vim habeant. Rescriptum mittebatur ad unum consultorem: edictum est lex missa ad populum, ad provinciam, ad S. P. Q. R. Post hæc rescripta subsecutum est edictum Caracallæ, quo generaliter sublata omni distinctione, cavit, eum qui ordine decurionum motus est ad tempus pœnæ causa vel eum, cui advocationibus interdictum est, vel alio quolibet officio, puta tabellionis, aut pragmatici officio, post tempus posse fungi honore et officio pristino: Et edicto cavetur nominatim: non esse distinguendum, qua ex causa ad tempus sit motus officio, vel quolibet ordine, an ex causa famosa, puta falsi, vel furti: nam post tempus, pristinum honorem et dignitatem et officium recuperabit. Idem etiam erit, si leviore pœna affectus sit, dum ordine motus est, seu quo alio officio ad tempus, quam legibus statuta esset: si extra ordinem (ut apertius dicam) sit ei inflicta pœna lenior, quam statuta esset legibus: nam non ideo minus post tempus statutum pœnæ restituetur officio: atque ita experietur duplicem humanitatem. Nam et patietur clementiorem sententiam seu pœnam, et post tempus pœnæ etiam recipiet honorem et officium pristinum. Et hoc edictum ita exponitur ab Ulpiano in *l.* 3. *de decur.* et extat etiam ejusdem edicti pars in *l.* 1. *de iis qui in exilium dati, vel ordine mot.* ubi ait, *post hac*, id est, in posterum, quasi ante id non obtinuerit Romæ. Unum notandum, quod proponitur in *l.* 2. *eod. tit.* 59. *et l.* 15. *ad municip.* ad tempus ordine motum post tempus redire in ordinem indistincte, ut vult edictum: quacunque ex causa damnatus sit: et esse decurionem igitur ut fuit ante: sed non admittitur ad honores statim, qui solent deferri decurionibus, nisi tanto tempore in eo ordine fuerit post completum tempus pœnæ, quanto ea dignitate caruit, aut eo ordine abstinuit: post deferentur ei honores non minus quam ceteris gradatim, et sigillatim, ut solebat fieri. Habemus igitur duo rescripta, et edictum unum, quæ consentiunt in idem. Sed habemus præterea etiam rescriptum Severi et Antonini ex *l.* 3. *C. ex quib. caus. inf. irrog.* quo ponitur decurio ex causa famosa ordine motus ad tempus, et mitiore sententia judicis, quod forsitan is debuerit moveri ordine in perpetuum secundum leges, sit autem motus ad biennium, et sic expertus est mitiorem sententiam ex causa famosa, tamen post biennium non habetur infamium numero, et redit in ordinem decurionum. Hæ igitur quatuor constitutiones mirum in modum inter se consentiunt. Sed repugnant nonnullæ leges, quas nunc exponemus. Ac primum *l.* 3. *de decur.* quæ tamen est Papiniani ex eodem libro atque ita huic l. conjungenda; imo vero prius explicanda fuisset, quam hæc. Exponamus igitur eam quæ distinguit, qua ex causa damnatus quis sit, et confera-

mus etiam singulas leges, quæ superioribus constitutionibus adversari videntur, hoc est, quæ distinguunt, qua ex causa damnatus sit quis, cum constitutiones nullam distinctionem admittant. Utamur bipartita distinctione: aut damnatur quis ex causa famosa, aut non famosa. Si ex causa non famosa, non turpi, relegetur quis, vel mittatur in exilium ad tempus, quanquam hoc vix fieri possit, ut relegetur quis ex causa non famosa, sed tamen fieri potest: Si ex causa non famosa ordine moveatur ad tempus, sane post tempus redit in ordinem: non enim est infamis: nec est quod impediat: et ita interpretanda est *l. falsi pœna*, §. 1. *ad l. Corn. de falsis*. Advocatus quidam ordine decurionum motus est ad tempus (poterat quis esse advocatus et decurio, *l.* 56. *et* 57. *C. de decur. lib.* 10. et perperam quibusdam curiis excluduntur hodie advocati a consilio municipiorum, *des conseils de la ville*) ordine, inquam, motus est ad tempus, quod falsum instrumentum apud Præsidem recitasset, quodque etiam falsa allegatione usus esset, non quod exarasset ipse, sed quod recitasset tantum, an tenetur lege Cornelia de falsis? Minime. Judicio publico legis Corneliæ de falsis, quod est famosum, tenetur is, qui falsum fecit, non qui recitavit, sed tamen et recitator plectendus est, verum non fit infamis: atque ita advocatus, qui falsum tantum recitaverat, ex causa igitur non famosa, ad tempus ordine motus, post tempus recipit pristinam dignitatem. Idem erit in plebejo qui non est decurio; et hæc sunt certissima: si advocatus, qui non est decurialis, sit relegatus ad tempus, post tempus poterit decurio creari, nec arcebitur curia et honoribus civitatis. Quid vero si damnetur quis ex causa famosa? Sic distinguendum rursus: vel damnatur pœna extraordinaria, vel legitima. Et hic in primis sciendum, pœnas olim fuisse legitimas, nec potuisse irrogari a magistratu: pœnæ irrogatio est legis, non jurisdictionis. Erant igitur pœnæ criminum certæ et legibus definitæ: nec a magistratu, cui data erat pœnæ irrogatio, hoc est, merum imperium, poterat alia pœna irrogari, quam quæ erat legibus definita; ac propterea dicitur ab ea pœna non posse appellari: nam appellaretur a lege. Nec enim tam magistratus irrogat pœnam, quam lex *l.* 151. *aliud*, *de verb. signif.* Verum non tantum pœna hæc fuit olim legitima, sed etiam ordo exercendorum publicorum judiciorum, fuit legitimus, seu solemnitas ejus legitima fuit, ac ordinaria, quam Gallice vocamus *la procedure*. Deinde ordo cœpit esse extraordinarius, cœpit contemni ordo solemnis legum, manente adhuc pœna legitima, *l.* 8. *de publ. jud.* postea etiam cœpit non observari pœna legitima, et subrogatæ sunt extraordinariæ ex constitutionibus, *l.* 7. §. *ult. ad l. Jul. repet. l. ult.* §. 1. *ad leg. Fab. de plag. l.* 13. *de pœn. l.* 2. *de prævar.* Quod usque adeo verum est, ut fur non manifestus, qui ex legibus damnabatur in duplum, hodie damnetur in quadruplum extra ordinem: quia omnes pœnæ sunt extraordinariæ, *l. quid ergo*, §. *pœna*, *de his qui not. inf.* Et hodie cur non utimur actione furtiva in duplum aut quadruplum? Quia non sunt in usu pœnæ legitimæ: omnes sunt extraordinariæ positæ in arbitrio judicis, eaque ratione recte appellatur a pœna: et sic est falsum hodie, quod ait Ulpian. in *d. l. aliud* 131. Redeamus ergo ad distinctionem: aut irrogatur pœna legitima, aut extraordinaria. Si irrogatur extraordinaria, quæ sit gravior quam legitima, ut si is, qui ex causa famosa debuit ad tempus ordine moveri secundum leges, extra ordinem ad tempus sit relegatus, quæ pœna est durior, post tempus non habebitur inter infames, quia duriore pœna vel sententia transactum cum eo videtur de infamia, ut scilicet non sit infamis, qui duriorem pœnam passus est, ut relevetur infamia, atque conservetur ejus æstimatio, qui duriorem patitur pœnam, quam lex permittit. Et ita in actione furti, quæ est famosa, et cujus pœna est tantum dupli vel quadrupli, si ex causa furti conventus non condemnetur in duplum vel quadruplum, sed relegetur ad tempus, vel damnetur in opus publicum ad tempus, an post tempus erit infamis quasi damnatus pœna legitima? Minime: quia severitas pœnæ videtur transegisse de infamia, nec pœna est producenda, sed minuenda quoad ejus fieri potest. Severiorem pœnam patitur, an æquum est ei adjici infamiam? Minime vero. Et hoc est quod ait in secunda parte: *Ad tempus exulare jussos ex crimine leviori* (quod scilicet non meretur pœnam illam, sed leviorem) *velut transacto negotio non esse inter infames habendos.* Idemque ostendit *l.* 4. *ex quib. caus. inf.* cujus species adnotanda est, quia difficilis. Finge: Quidam, qui secundum leges in annum tantum debuit relegari, relegatus est in quinquennium ex causa famosa. Et inquit, non excessit sententiam, quod est obscurum, hoc est, pœna sua functus est, non fuit refuga pœnæ, sed permansit in exilio per quinquennium; alioqui duplicaretur exilii tempus: nam contumacia refugæ duplicat pœnam, *l.* 4. *aut damnum*, §. *quisquis de pœn.* an hic post quinquennium habebitur infamis? Minime, quia severitas pœnæ cum eo videtur transegisse de infamia: non subjicitur ergo duplici severitati. Idem dicitur in *l. in servorum*, §. *ult. de pen. l.* 4. §. *ad tempus*, *de re milit. l.* 13. §. *pœna*, *de his qui not. inf. l. ordine*, *ad municip.* Hæc omnia adhuc consentiunt cum constitutionibus: nam post tempus pœnæ non habetur infamis, qui damnatus est graviori pœna. Verum ut summa-

mus alteram partem distinctionis: si ex causa famosa irrogata sit pœna legitima, veluti decurio ordine motus sit ad tempus pœna legitima, vel etiam pœna extraordinaria, quæ sit levior quam legitima, hoc casu post tempus manet infamis: et in perpetuum removetur ordine ob infamiam. Et hoc proponit prior pars *l.* 5. et idem omnino est, si decurio sit relegatus ad tempus: nam ut ait *l.* 3. *in prin. hoc tit. boni debet consulere humanitatis sententiæ* (il se doit contenter de cela) *quod sit leviori pœna affectus, nec desiderare, ut post tempus redeat in ordinem.* Post tempus igitur non recipiet pristinum honorem, sed habetur infamis. Omnis infamia proprie est perpetua, nisi princeps restituat famæ, qui solus potest abolere infamiam. Et quod dictum est ante, post tempus non haberi infamium numero eum, qui graviori pœna affectus est, quam sit pœna legitima, ita accipiendum est, ut nec retro intelligatur fuisse infamis, quamvis subierit pœnam quandam infamiæ. Sunt hi effectus infamiæ, ut infamis non possit accusare, *l.* 8. *de accus.* ut non possit esse judex, *l.* 12. *de jud.* ut non possit assidere judici, *l.* 2. *off. assess.* ut severius puniatur quam is, qui est integræ famæ, si quid deliquerit, quod est magni momenti, *l.* 28. §. *pen. de pœn.* Et ut eleganter ait M. Tullius pro Cluentio: *ut in perpetuum omni honore et dignitate privetur*, vel ut Tertullianus de spectaculis, *Arcetur curia, rostris, Senatu, equite, et ceteris omnibus simul honoribus, ac ornamentis*, quod congruit cum *l.* 2. *C. de dignit. et l.* 8. *C. de decurion.* Ergo si quis secundum legem vel etiam extra ordinem mitiore sententia, quam lex esset, ad tempus sit ordine motus vel relegatus, post tempus erit perpetuo infamis. Idem erit, si ad tempus damnatus sit in opus publicum, quæ est species *l.* 6. *C. ex quibus caus. inf.* in qua breviter hoc ait. In opus publicum damnatum ad tempus capite non minui, sed tamen post tempus infamium numero censeri, quando scilicet extra ordinem passus est mitiorem sententiam, vel etiam ex ordine pœnam legitimam ex causa famosa. Idem ostendit *l.* 4. §. *ad tempus, de re milit.* Igitur *l.* 6. *et d.* §. *ad tempus et l.* 3. *in princip. de decur.* et prior pars hujus quæ omnes leges volunt post tempus pœnæ manere infamiam, pugnant cum constitutione Adriani. Prior pars *l.* quamvis sit ejusdem Papiniani pugnat cum *l.* 8. *de postul.* Et in quærenda ratione componendi dissidii frustra fueris diligens: nulla enim est. Et hoc tantum respondemus, separandas esse constitutiones a jure, quæ separatio in plerisque juris locis plurimum conducit. Juris nomine intelliguntur leges veteres populi Rom. et auctoritates Jurisconsultorum: ita nonnunquam scribitur aliquid esse cautum, non tantum jure, sed etiam constitutionibus, *l.* 33. *de condit. et demonst. l.* 4. §. *contra, de doli except. l.* 1. §. *propter, nihil innov. app. int. l.* 2. *de offic. assess. l.* 2. *C. de divers. rescript. l.* 1. *tit.* 23. *l.* 5. *quorum appellat.* Et plane separat jus a constitutionibus Macrinus Imp. juris peritissimus et amantissimus, quem Capitolinus scribit, jussisse aboleri omnia Principum rescripta, ut ex jure ageretur, non ex rescriptis. Sane non abs re. Nam rescripta et constitutiones jus omne populi Romani exturbaverunt, quo cum comparata cetera jura, incondita videbantur. Magna est quæstio, an liberis damnatorum patronorum conservetur veluti jus patronatus, quod habuit, qui damnatus est capitali judicio? Minime, si sequamur *l.* 3. *de releg. et inter.* quæ de jure patronatus loquitur. Contra *l.* 4. *de jure patron.* ait, liberis damnatorum jus patronatus conservari, et profert constitutiones, quæ benignissime, ut ait, eisdem conservarunt jus patronatus, quod jus nolebat. Est etiam magna quæstio de majore parte creditorum, quæ paciscitur cum debitore interveniente Prætore solemniter, dum scil. timent, ne labatur facultatibus, ne foro cedat. Solent convenire in unum omnes creditores vel major pars, et adhibito solemniter Prætore pacisci cum debitore in partem aliquam debiti, ne totum amittant. Finge igitur ita rem actam apud prætorem a majore parte creditorem, an hoc noceat absentibus creditoribus? Sed an et noceat quoad privilegium, an aufert privilegium absentibus? negat auferre. Sic sane propter decretum Prætoris nocet quo ad actionem personalem, *l.* 58. *si præcedente* §. *Lucius, mand.* quod est jure. Sed *l. rescrip.* 10. *in pr. de pact.* vult, etiam privilegium auferri vel minui absentibus creditoribus ex eadem lege quæ loquitur de rescripto, quo id introductum est contra jus. Et ita in quæstione proposita discernendum jus a constitutionibus: et concludendum omnino ita ex edicto Caracallæ, eum qui ordine motus est, vel advocationibus, vel quolibet alio officio ad tempus, post tempus non haberi infamium numero, indistincte quacunque ex causa et quacunque pœna affectus sit. An idem dicemus de relegato ex causa famosa, ut cum esset affectus pœna legitima vel etiam extraordinaria et clementiore quam esset legitima? minime: quia edictum Caracallæ, quod est posterius, non loquitur de relegato ad tempus, sed de eo, qui ordine motus ad tempus pœnæ causa. Rescripserat quidem Adrianus, relegatum ad tempus, post tempus non esse infamium numero, eumque postulare posse, in *l.* 8. *de postul.* Sed non obtinuit rescriptum illud, nec Antonini. Et necesse fuit postea proponi ab Antonino Caracalla edictum generale, quod non comprehendit relegatum, sed ait *posthac*, quasi velit, hanc rem dirimi

ex edicto suo, non ex prioribus rescriptis. Ergo hodie in relegato ad tempus jus sequemur, ut proponitur in *l. 5. de decur.* in qua etiam hoc edictum Antonini refertur et ait, sub illo edicto non contineri relegatum ad tempus. Igitur post tempus manebit infamis. Scilicet si relegatio ad tempus fuit pœna legitima, vel etiam si fuit extraordinaria sed mitior, quam esset legitima.

Ad L. ult. de his, qui not. inf.

Exhæredatum quoque filium, luctum habere patris memoriæ placuit: Idemque et in matre juris est, cujus hæreditas ad filium non pertinet, §. 1. *Si quis in bello ceciderit, etsi corpus ejus non compareat, lugebitur.*

Certum est, hæredem etiam extraneum lugere defunctum debere, a quo hæreditas ad eum pervenit: nam et familia ejus funesta est, quoad justa fecerit defuncto, *l. si ex re*, §. *ult. de stip. serv.* Quod quidem descendit ex jure Pontificio veterum. Hoc autem argumento eo loco ostendit Gajus, servum hæreditarium recte stipulari hæredi futuro: nam jacente hæreditate et nondum adita, videbatur inutiliter stipulari, quia hæres eo tempore extraneus est: sed tamen placet valere stipulationem, quia qui postea hæres est, retro videtur successisse defuncto a morte ejus, *l. hæres quandoque.* 54. *de adquir. hæred.* tempus aditionis cum tempore mortis conjungitur et aditio retrotrahitur ad tempus mortis. Idque, inquit, ex eo apparet, quod familia hæredis intelligitur fuisse funesta a tempore mortis, licet aliquo post tempore hæres adiverit hæreditatem: si funesta sit familia hæredis, purganda igitur erit et expianda, quod non fit sine luctu. Nec tamen hæres, qui justa facit defuncto, ideo et continuo videtur se pro hærede gessisse. Gestio pro hærede magis est animi quam facti. Si justa fecerit defuncto, si funus duxerit, si sepeliverit defunctum animo hæredis, videtur se pro hærede gessisse: si pietatis causa, secus est: nam ut pro hærede gessisse dicatur, hoc in animo esse debet, ut velit esse hæres, *l. pro hærede*, §. 1. *de adq. hæred.* et in alienorum negotiorum gestio, magis est animi quam facti. Si quid gessisti pro alio, animo procuratoris, est ultro citróque negot. gestorum actio: Si pietatis causa, nulla actio est, *l. ex duobus* 27. §. *ult. l. Nesennius.* 54. *de neg. gest.* At si hæres velit esse hæres et adeat hæreditatem, vel quo alio modo eam acquirat: sunt enim plures modi acquirendæ hæreditatis, sane habebitur inter ingratos, impios, infames, nisi funus faciat defuncto, nisi justa funerum defuncto persolvat, supremum officium, exequias, inferias, solemnia mortis, ut loquitur *l. Mævia* 44. *de man. test.* nisi colat et celebret memoriam defuncti, a quo hæreditatem accepit. Hic est luctus, quem ab hærede desideramus, ut colat memoriam defuncti: hic est luctus temporarius, aut paucorum dierum, non annuus; alioqui est infamis, nisi in luctu sit paucorum dierum, si non jure, reipsa saltem et opinione hominum, *l.* 5. *C. de relig.* Si non infamis, notatus saltem est: nam et infames a notatis separantur, *l.* 2. *C. de dignit. lib.* 12. ut exhæredatio est nota, non infamia, *l. multi*, *de lib. et post.* Ac præterea hæres, qui non luget defunctum, quique defuncto justa non facit, jure Pontificio veteri contrahit porcam præcidaneam, ut scribunt Cicero, Varro, Festus, Gellius, et Victorinus, hoc est, hac pœna plectitur, ut quotannis Telluri et Cereri immolet porcam ante fruges novas, quæ dicitur præcidanea, quod mactetur antequam hæres possit capere fruges novas, et arva metere: annua religione obstringitur in perpetuum, qui ea fungi semel potuit, nec functus est. Porca præcidanea facit quotannis, quod semel facere potuit Porca præsentanea, hoc est, in præsentia, et quasi in conspectu mortui. Nam porcam præcidaneam opponi præsentaneæ eleganter scribit Marius Victorinus *in libel. de ortograph.* Denique memoriam defuncti hæres celebrat quotannis, qui cogeretur semel, nisi aliud testator cavisset, ut in *l.* 18. §. *ult. de alim. leg. l. legatum, de usuf. leg.* et elegans est in hanc rem ratio *d. l. legatum*, quæ ponit, legatam fuisse civitati pecuniam certam, ut ex ejus usuris sive reditu, quotannis spectacula celebrarentur, memoriæ defuncti causa. Id vero spectaculum in ea civitate nemini edere licebat: erat illicitum more civitatis. Quod fiet? an ea pecunia cedet lucro hæredis? Minime, sed adhibito advocatoque hærede, et primoribus civitatis dispiciendum erit, in quam aliam rem pecuniam converti oporteat, ut memoria defuncti celebretur alio et licito genere: qua lege recte memini alias Philippum Melanchthonem uti, et eam accomodare ad mores suæ patriæ, cum illa certum genus celebrandæ memoriæ defunctorum abrogasset, ut eo uti non liceret, licet id præcepisset defunctus, qui propterea ex hac l. arbitratur eam pecuniam non debere cedere lucro hæredum, sed in aliam justam causam convertendam, veluti in institutionem juvenum, aut aliam quamvis similem, ut alio genere conservetur memoria defuncti. Ut autem luctus mortui Latine variis nominibus effertur, *funus, justa, supremum officium, vel supremæ exequiæ, inferiæ, solemnia mortis*, sic et varie Græci ἔθιμα, νομιζόμενα, ἐναγίσματα, μνῆμαι et μνημόσυνα, et ut dicunt νομιζόμενα φέρειν: ita

latini *justa ferre,* non solum *justa facere,* ut in *l. 2. de in jus voc. d. l. pro hærede. Virgil.*

— *ingrato suprema ferebat.*

Et alio loco,

Absente ferat inferias decoretque sepulcro.

Ovidius, — *exequias ferte*, etc. et alio loco:

Hinc quia justa ferant, dixere feralia luctum,

Et Statius 12.

— *Et miserabile surgit,*
Certamen, qui justa ferant, qui funera ducant.

Et idem lib. 6. (qui locus adhuc est corruptus.)

— *Quid inania fertis*
Justa?

Vulgo legitur, *busta.*

Luctus ergo, ut ad rem redeamus, quem ab hærede desideramus, consistit in exequiis, in funere faciendo, justis faciendis, celebranda memoria defuncti, etiam in amictu atro, dum is supra terram est: solebat esse supra terram dies novem: tot diebus constabant justa et inferiæ mortuorum, que dicebantur μνῆμαι, id est, feriæ mortuorum, aut memoriæ: idque constat ex Nov. 115. et 133. Atque ob eam rem intra dies novem nihil peti poterat ab hærede, nec a quoquam qui lugeret defunctum, *l. 2. et 3. de in jus voc. l. 36. de jud.* Ita Donatus in Pormione, *In funere nonum diem esse solemnem*, et D. Augustinus in Genes. *Luctum celebrari novem dies*, et Latine appellari *novendialia*, quem tamen morem non vult observari a Christianis. Probat quædam Justinianus, quæ Theologi non probant, veluti festum Papiniani nostri, et illa novendialia, dict. *Nov. 115. et Nov. 133.* quæ Græci veteres recte interpretantur ἔννατα ἐπὶ νεκροῦ αγόμενα; Pergamus. Lugeri debet defunctus non tantum ab hæredibus, sed et a liberis, *l. 11. in princ. et l. parentes. 23. h. tit.* et a liberis defunctus per annum. Tit. Livius lib. 2. *Brutum*, inquit, *matronæ annum, ut parentem luxerunt, quod tam acer ultor violatæ pudicitiæ fuisset.* Et parentes igitur sunt lugendi annum, sed non necessario annum integrum, ut inferius demonstrabitur, et lugendi sunt a liberis, etiamsi sint exhæredati a patre, vel præteriti a matre, qui pro exhæredatis habentur, *§. ult. Instit. de exhær. lib.* Pater non exhæredat, nisi nominatim: mater etiam silentio exhæredat, puta extraneo hærede scripto et filio omisso. Et hoc est, quod ait Papin. in priori parte hujus legis. Cur liberi, qui parentibus hæredes non extiterunt lugent illos? quia per exhæredationem, vel præteritionem non desinunt esse liberi, licet amittant jura liberorum, *l. 9. §. si filium, de lib. et post. l. filium, §. videamus, de bon. poss. contr. tab. l. 1. §. post suos, de suis, et legit.* Retinent tamen quædam filii exhæredati, velut jus sepulcri hæreditarii, quamvis jus hæredum et filiorum amiserint, *l. 6. §. 1. de relig. et sumpt.* retinent dotem sibi datam a parentibus, vel liberis suis, vel datam parenti eorum causa et nomine, *l. dotem, de coll. bon. l. 1. §. Celsus. l. 13. de dote præleg. l. un. §. videamus, C. de rei ux. act.* retinent adsignationem libertorum, si quos eis vivus pater adsignaverit, quamvis eos postea exhæredaverit: nam exhæredatione sola non desinunt esse liberi, quo solo nomine admittuntur ad jus patronatus, *l. 1. §. sed etsi, de adsig. lib.* retinent lucra nuptialia, *Nov. 22. l. hac edictali, l. 1. §. ult. C. de sec. nupt.* retinent casum militiæ, quod est lucrum quoddam *Nov. 33. et 53. cap. 5.* exhæredatio igitur non omnia prorsus adimit, et licet adimeret omnia, tamen quia liberi sunt, parenti luctum debent, quem si non præstent, non carent nota vel infamia. Non est hic luctus annuus, sed novem dierum, et transactu facillimus, qui consistit in eis, quæ ante dicta sunt. Addendum est iis ex *l. 23. h. t.* lugeri etiam a parentibus liberos debere. Parentes igitur, et liberi lugentur, imo generaliter cognati lugentur omnes et agnati. Sed animadvertendum, quem modum iis præscribit *d. l. parentes. Lugendi*, inquit, *sunt agnati et cognati secundum pietatis rationem.* Pietas exigit luctum ab omni cognatione et agnatione. Et adjicit: *et animi sui patientiam, prout quisque voluerit.* Ex quibus verbis existimant vulgo hunc luctum esse voluntatis, non necessitatis, quod non est admittendum. Nam lex ait, *lugendi sunt:* neque vero ulla est lex, nisi conjuncta sit necessitati. At quod ait, *secundum animi sui patientiam prout quisque voluerit:* hoc significat, prout quisque hunc dolorem ferre poterit, pro captu et voluntate cujusque: ita tamen ut lugeat aliquo modo: et Græci recte interpretantur, κατὰ τὴν καρτερίαν τῆς ψυχῆς, secundum quod quisque animo ferre valet, secundum animi constantiam, qui mos etiam fuit majorum nostrorum honestissimus. Alias sane, qui non lugent parentes, liberos, agnatos, cognatos, non carent nota vel infamia, hoc est, qui dum mortui sunt supra terram, ut veteres loquebantur, justa eis non persolvunt, qui non funus sequuntur amicti atra veste: nam et hic mos fuit Paganorum, sicut et Christianorum nunc est, ut omnis agnatio et cognatio atrata funus sequeretur. Ergo non carent nota vel infamia qui non lugent parentes, liberos, agnatos, vel cognatos, quique lachrymulam debitam non spargunt: nam et lugeo fortasse tu-

bitur a λύζω, quod est singultio: nam de lugente Cupidine Ovid.

Oraque singultu concutiente sonant.

Et Arist. λύζει καὶ δακρύει. Ex his intelligitur qualis luctus exigatur a cognatione et agnatione, maxime ut sequantur funus amicti atra veste. Nemo est, qui id melius expresserit quam Varro apud Non. *Propinquæ,* inquit, *adolescentulæ, amictæ etiam anthracinis vestibus, proximæ amiculo nigello et capillo demisso funus sequuntur.* Et alio loco: *ut dum supra terram esset riciniis lugerent.* Ricinia sunt vestes funebres atræ: et alio loco: *in luctibus vestitum dedicationem ponunt, ricinia sumunt,* quæ vestis erat pulla, et anthracina, habitus lugentium: et ita dicimus lugendos esse parentes, liberos, cognatos, et agnatos, alioquin notari eos: non eos dicimus esse elugendos. Et ideo subjicit idem Ulp. in *d. l. parentes,* eum qui non eluxit non notari infamia. Denique vult eum, qui non luxit, notari, non eum, qui non eluxit: et hoc est etiam, quod ait in hac quoque lege, *Exhæredatum filium habere luctum patris memoria,* id est, dum celebratur memoria patris, dum justa persolvuntur patri ab agnatione et cognatione omni. Differentia est inter *lugere,* et *elugere.* Plus elugere est, quam lugere, ut plus est evincere, quam vincere: nam evincere est rem auferre post victoriam, *l. evicta* 16. §. 1. *l. non tamen, de evict. l.* 6. *de servis export.* Plus est exigere quam agere: nam exigere est extorquere, et exprimere pecuniam, postquam egisti. Elugere est consummare luctum annuum. Agrœtius vetus Grammaticus, *Eluxit, qui luctum deposuit:* et Livius 34. *Quid aliud in luctu, quam purpuram ponunt atque aurum deponunt? quid cum eluxerunt sumunt?* Et ita diximus, non esse elugendos parentes, liberos, agnatos, cognatos anno integro, ut uxor virum solet, sed lugendos tantum, et persequendum esse ab eis funus defuncti, eo quo diximus habitu, eaque religione. Et ita *l.* 1. *hoc tit.* semper existimavi loco illo quo dicitur, infamem esse eum, qui filiumfam. mortuo genero intra id tempus, quo virum *elugere* moris est, antequam eum elugeret, in matrimonium collocaverit: nam ante annum non recte nubit alteri mulier: et si nupserit, plectitur; legendum, *lugere* pro *elugere,* ut postea subjiciatur, *antequam virum elugeret,* id est, ante peractum annum luctus: et secundum hoc explicanda est *l.* 15. *C. ex quib. caus. inf. irrog.* quæ vulgo perperam accipitur, et posset multis imponere, ut mulieri lugenti virum remittatur vestis atra, tristior habitus, et insignia doloris, quod nunquam fuit observatum generaliter: neque ea est sententia legis, ut Senatusconsulto sit remissus mulieribus tristior habitus. Et Paulus recte ult. tit. 1. sentent. *Is qui luget, abstinere debet a conviviis, ornamentis, et alba veste:* et hæc est sententia illius legis: si quando Senatusconsulto ex aliqua causa remittatur et minuatur luctus, et accidit post Cannensem cladem, in qua ceciderunt tot cives Romani, ut omnes mulieres cernerentur atratæ: quæ cum tamdiu non possent agere sacra Cereris, ut ea possent agere, ex Senatusconsulto factum est, ne luctus mulieris extenderetur ultra 30. diem: ut Val. Max. et Livius scribunt: Item cum ob lætitiam publicam minuitur luctus mulierum, ut non lugeant ultra mensem, hoc declarat tantum lex, ut deponant atram vestem, et sumant ornamenta, non etiam, ut nubant intra annum, quo his elugere maritum moris est: nec enim ideo remittitur luctus mulieribus, ut matrimonium contrahere eis permittatur. Quid enim si eas prægnantes defuncti reliquerunt, novæ nuptiæ turbarent sanguinem, redderent partionem incertam, et incertum parentem: ergo non est generale Senatusconsultum illud. Sed si quando cavetur SC. ne lugeant ultra 30. dies, deponere tantum habitum tristitiæ, non etiam nubent.

Ad §. Ultim.

Quod sequitur in hac l. nostra, non est tam planum quam videtur. Si *quis in bello ceciderit, etsi corpus ejus non compareat, lugebitur?* Sic sane: nec deerat causa dubitandi: nam is, cujus corpus non comparet, non lugetur, non funus ducitur, non ei ferunt justa. Et ita invenio Pub. Mucium Scæv. decrevisse apud Cic. 2. de LL. *Cum quis in navi mortuus esset, et in mare projectus, quod scilicet os ejus supra terram non esset, quod non compareret, ut familia hæredis esset pura,* non esset funesta, nec teneretur ulla religione ob justa funerum, quoniam luctus habetur tantum ei, cujus corpus comparet, id est, cujus os supra terram est: ejus vero cujus corpus non comparet, familia pura est, *et extra porcam hæres est,* ut ait M. Tull. id est, non lugendus est ab hærede, cujus corpus projectum esset in mare, non est et funus ducendum, non ei justa facienda, neque punitur hæres porca præcidanea, quod justa non fecerit defuncto, cum non deberet facere. Sed aliud statuendum in eo, qui in bello ceciderit, cum dimicaret pro repub. Ejus os, etsi supra terram non sit, aut non compareat, recte Papin. ait, lugeri debere singulari jure, hoc est, funus ei esse ducendum, quasi corpus præsens esset: Hic luctus est novem dierum, non annuus. Ita etiam ut idem libro eodem refert, cum in 12. tabulis esset scriptum: *Mortuo homini ossa ne legito,*

quo post funus facias, extra quam si militiæ, aut peregre mortuus sit: recte excipit bellicam mortem: sententia legis 12. tab. hæc est.: Hominis mortui et cremati, ut solebant, ossa non esse legenda, ut asserventur: ac postea denuo et funus ducatur, sed sepeliendum esse statim atque corpus crematum est, nec legenda ossa, ut iteretur funus, et augeatur luctus. Voluit lex minuere luctum: sed excipit eadem lex bellicam mortem, ut scilicet si quis bello ceciderit, et forte a commilitonibus ustus sit, possint ossa ab hærede, vel a filio legi, aut agnato, ut filius ipse justa faciat ipsi, qui non fecit ante. Hæc erant adnotanda ad hunc §.

Ad L. ult. de Quib. reb. ad eund. jud. eatur.

Cum ex pluribus tutoribus unus, quod ceteri non sint idonei, convenitur, postulante eo, omnes ad eundem judicem mittuntur. Et hoc rescriptis principum continetur.

Hæc lex brevis est et facilis videtur; nec est tamen. Quum ex pluribus tutoribus unus convenitur in solidum, quod ceteri dicantur solvendo non esse, contra is, qui convenitur dicit, ceteros esse solvendo, et actiones, dividi oportere: atque ita postulat collegas suos vocari in judicium, et excuti facultates ipsorum, ut prout quisque facere potuerit, pupillo condemnetur, et ita ei solvat, utque ipse non exolvat solidum. Hanc postulationem sane Papinianus laudat et probat: et ait omnes esse mittendos ad eundem judicem, non alium judicem dandum esse excutiendis ceteris: uni rei unum esse addicendum, et unum sufficere. Plures tutores unius personæ vice fungi, sicut et plures magistratus municipales unius personæ vicem sustinent, *l.* 25. *ad municip.* Et hoc ait Papinian. contineri rescriptis principum Severi et Antonini: et congruit etiam cum eo omnino *l.* 5. *C. Arbitr. tutel.*, quæ statuit, ut omnes tutores ad eumdem judicem mittantur. Quia vero Papin. ait, unum conveniri in solidum, si ceteri contutores solvendo non sint, explicandum est pro qua parte quisque tutor conveniendus sit. Et quod de tutoribus hic dicetur, idem de curatoribus existimemus, et in quibusdam etiam idem de magistratibus municipalibus, de iis, qui honorem publicum gesserunt simul, vel quodcunque aliud munus publicum præter tutelam, et curationem gesserunt: quæ omnia videtur hoc libro pertractasse Papinianus. Nam pro qua parte magistratus quis municipalis conveniatur, quoque ordine, eodem libro explicat Papin *l.* 11. *et* 13. *ad municip.* quas nos huic conjungemus. Porro res hæc est implicita multis distinctionib. et proprie sunt duo loci in jure, quibus tractatur plenius, *l.* 1. §. *nunc tractemus, de tut. et. rat. distrah. et tit. C. de divi. tut. et pro qua parte quisque tutor conven.* quæstio est dignissima cognitu. Ac primum quidem ita distinguimus. Aut divisa est tutela inter tutores, aut indivisa. Rursus, si est indivisa, aut omnes communiter, tutelam gesserunt, aut nullus, aut quidam. Si omnes communiter tutelam gesserunt, singuli proculdubio teneantur in solidum: et pupillus vel adolescens potest eligere unum ex tutoribus: cum quo experiatur in solidum, sed si omnes tutores solvendo fuerint tempore litis contestatæ (ut Julianus antecessor Constantinopolitanus scribit in collectione quadam, quam fecit de hac quæstione) et congrediatur pupillus cum uno tantum, opposita exceptione vel postulante eo qui solus convenitur, dividetur actio tutelæ inter omnes pro portionibus virilibus, hoc est, pro rata ejus, quod quisque gessit, quodque facere potest, *d. l.* 1. §. *nunc tractemus.* Non dico, *pro portionibus æqualibus*: possent viriles partes esse inæquales, §. *ult. de inoffic. testament.* Sed dico pro portionibus virilibus, id est, pro ut quisque tutelam gesserit, et solvendo fuerit; pro rata igitur, seu ut Greci dicunt ἀναλόγως. Portio igitur virilis est portio rata, non æqualis. Dividitur autem actio inter tutores exemplo fidejussorum, ut ait *d.* §. *nunc tractemus*, et mandatorum: quia ex epistola D. Adriani, si omnes solvendo fuerint litis contestatæ tempore, divident inter se actionem pro portionibus virilibus: notum est cuivis beneficium divisionis, sive epistola Divi Adriani, quæ datur etiam hodie iis, qui constituuntur se soluturos pro alio, non tantum fidejussoribus, *l. ult. C. de constit. pec.* Atque etiam datur duobus reis debendi principalibus, *Novell.* 99. Datur quoque hoc beneficium divisionis omnibus omnimodo accessionibus: æquitatem enim divisionis diversa species actionis excludere nullo modo debet, ut ait *d. l. ult. de const. pec.* et idem confirmat Papin. noster in *l.* 7. *de fidejuss. et nominat.* Quod si pupillus non eligat unum, cum quo experiatur in solidum, sed agat cum omnibus, qui tutelam administrarunt: si condemnet omnes, periculum sententiæ inter eos dividitur, hoc est, executio judicati fit in eorum bona proportionibus virilibus, *l.* 2. *C. si plures un. sent.* Et hæc quidem, si omnes solvendo fuerint litis contestatæ tempore. Quod si quidam solvendo non fuerint, onerantur ceteri omnes tutores, qui solvendo sunt, idonei et locupletes. Et ita recte in hac lege ponitur, unum conveniri in solidum, et sustinere onus omnium tutorum, quod ceteri solvendo non essent et solvendo impares. Quo tamen casu necesse habet pupillus, et qui solus convenitur, pro se, et collegis suis, cedere actiones suas pro parte ceterorum adversus ceteros, et cum

facere procuratorem in rem suam, ut ait Papinianus in *l.* 42. *de administrat. tutor.* quod congruit cum *l.* 6. *C. arbit. tutel. l.* 2. *C. de divid. tutel.* vel etiam, si pupillus ei, cum quo agit in solidum non cedat actiones directas adversus ceteros, qui forsitan fuerint postea solvendo, dabuntur ei utiles ex constitutionibus, *d.* §. *nunc tract.* Sed hoc ita procedit, si unus ex tutoribus propter inopiam ceterorum conveniatur, et condemnetur, et solvat solidum ex communi negligentia, et culpa omnium, quod scilicet neglexerint negotia pupilli, vel quod aliquid deperierit pupillo: vel etiam conveniatur ex culpa, et negligentia propria eorum, qui solvendo non sunt: hoc casu, vel ceduntur ei actiones directæ, vel dantur utiles sine cessione ex constitutionibus, *d.* §. *nunc tractemus*. Sed si conveniatur ex dolo communi, quod omnes fraudem fecerint pupillo, neque ceduntur ei actiones directæ, neque dantur utiles, etsi solidum solverit, *l.* 1. §. *plane*, *de tut. et rat.* quia proprii delicti pœnam subiit, non omnium: quæ res indignum eum facit, ut aliquid consequatur a consociis, sive participibus doli: nulla enim est societas maleficiorum, vel communicatio justa damni ex maleficio est, dolus est maleficium. Is, qui prior ex dolo illo convenitur, proprii delicti pœnam subit, nec quicquam potest eo nomine a collegis desiderare, quod solidum solverit: et ita dicitur in *l.* 38. *si plures*, *de administrat. tut.* dum propria cujusque tutoris contumacia punitur, contumacia est nolle gerere tutelam, qui condemnatus est ex ea causa, qua fronte, inquit, desiderabit cedi sibi actiones adversus ceteros? non potest, sane, nisi perfricta. Contumacia est dolus, ignavia, desidia: negligentia est culpa levis. Magna negligentia est lata culpa, et fere idem quod dolus. Ad hæc sciendum est, idoneos tutores non statim conveniri in solidum propter non idoneos: Nam servandus est hac in re ordo aliquis; antequam veniatur ad contutores ceteros, prius excutiendi sunt ii, qui dicuntur non idonei vel hæredes eorum; deinde fidejussores eorum, ac post magistratus municipales, qui eos tutores dederunt jussu præsidis, (nam lex dedit magistratibus municipalibus jus dandi tutores) cautione non exacta, quo nomine tenentur pupillo actione in factum, quæ proponitur *tit. de magistrat. conven.* Et his non satisfacientibus pupillo, tum demum itur ad contutores idoneos, qui inter se dividunt omnes actiones, prout quisque solvendo erit, et feret onus ceterorum. Unus tantum excipitur casus, quo tutor, cui idoneus est, statim convenitur in solidum, si alter non sit idoneus, non servato illo ordine, non excusso magistratu municipali, scilicet, si ob hoc conveniatur, quod per dolum aut culpam contutorem suspectum non fecerit, vel quod tardius fecerit, illo fortasse jam lapso facultatibus, vel quod suspectum fecerit lusorie, vel dicis causa, vel, quod a contutore sive collega cautionem non exegerit, cum sciret magistratum municipalem non exegisse cautionem. His enim casibus convenitur statim in solidum inexcusso atque dimisso magistratu municipali. Et hoc proponitur in *d. l.* 1. §. *usque adeo*. Sed animadvertendum maxime, qua ratione legendus sit ille §. nam mutatur scriptura illius §. duob. locis, sed non est difficile, quid de ea re statuendum sit, definire. Uno loco ita legitur. Florentiæ (quam scripturam etiam Julianus Antecessor sequitur) *usque adeo ad contutores non venitur*, *si sint solvendo contutores, ut prius veniatur ad magistratus, qui eos dederunt, vel ad fidejussores*. Quæ scriptura non potest stare, et vulgo rectius addita negativa, *usque adeo ad contutores non venitur, si non sint solvendo, etc.* Ita legitur in Basil. Sententia illius §. hæc est: Inopia contutoris divitem contutorem non onerat statim, antequam excussi sint fidejussores contutorum, et magistratus, qui eum dedit cautione non exacta. Deinde ita argumentatur adversus hanc sententiam: *Sunt multa rescripta, quibus cavetur, ut quamdiu vel unus contutorum est idoneus, non eatur ad magistratum municipalem*. Prius ergo volunt rescripta vel unum tutorem idoneum conveniri, quam magistratum municipalem: Sed belle ita respondet hæc ita obtinere: *Si contutor ob hoc conveniatur, quod contutorem suspectum facere, vel ab eo cautionem exigere noluerit.* Florent. perperam: *Si non contutor.* delenda est negatio, ut Hugolinus voluit, ut si ob hoc tutor conveniatur, quod non removerit contutorem, vel ab eo satis non exegerit, hoc casu possit prius conveniri, quam magistratus municipalis, qui alium contutorem dedit, et non idoneum. Et hoc quidem locum habet, si omnes contutores gesserunt tutelam. Quid si nullus gesserit? idem dicendum, quod cum omnes gesserunt: quod confirmat *l.* 38. *de administr. tut.* At quid dicemus, si quidam gesserunt, quidam non, ut fit, cum plures sunt tutores, quod facilius geruntur negotia per unum, vel per paucos: nam et pupilli interest ne in plures distringatur; ceteri tutores sunt honorarii inspectores, Gallice dicimus *Controlleurs*. Et hoc etiam casu, cum plures scilicet tutores sunt, prætor decernit, qui gerant, vel non gerant, vel etiam tutores inter se de ea re conveniunt, et exigunt cautionem rem pupilli salvam fore ab iis, qui gerunt. Quod docet Justinian. in §. 4. *Inst. de satis. tutor.* Finge igitur quosdam non gessisse tutelam, quosdam gessisse: sane hoc casu actione tutelæ prius conveniuntur hi, qui gesserunt, eorumque

hæredes, *l. 2. C. de her. tutor. l. 3. C. de divid. tutel. et l. 6. C. arbitr. tutel.* Quod si forte hi, qui gesserunt tutelam, non sunt solvendo, tunc conveniuntur utili actione tutelæ ceteri tutores, qui non gesserunt tutelam, quia suo periculo cessaverunt; debent enim confestim suo officio fungi. Et ideo in *l. 55. de administratione tut.* is, qui non gessit, et permisit administrationem alii accepta cautione, convenitur, quia, ut proponitur initio, is, qui gessit, non est solvendo, sed prius excutiendus est is, qui gessit, qui si solvendo fuerit, liberatus est, qui non gessit. Et satis est, cum solvendo fuisse, qui gessit, tempore finitæ administrationis, vel fidejussorem ejus, vel magistratum municipalem, qui eum dedit ut liberetur is, qui non gessit: nam si post finitam administrationem is, qui gessit, factus sit non solvendo, hæc res damno cedit pupilli, non contutorum, *l. 1. C. de divid. tutel.* Verum hic ordo, quem servari diximus inter eum, qui gessit, et eum, qui non gessit, non servatur, si quid periit pupillo ex dolo communi, vel lata culpa, quæ proxima semper dolo est: eo enim nomine eliget pupillus, quem volet, vel eum, qui gessit, vel eum, qui non gessit: secus erit, si quid perierit culpa levi, aut levissima: tunc enim prius excutiendus, qui gessit, ut vult Julianus Antecessor, libenter sequimur quem propter antiquitatem: sic enim ait: Dico non administrasse tutelam eum, qui rem, qua de agitur, non administravit: nam quantum ad eam, non miscuit se administratione. Possunt in una re non administrare, et administrare in ceteris. Et hæc omnia pertinent ad tutelam indivisam. Quod sequitur de tutela divisa, est facillimum, sed distinguendum hoc modo: Aut divisa est tutela a testatore, aut a Prætore, vel judice, aut a tutoribus ipsi inter se, uno scilicet suscipiente res urbanas gerendas, altero provinciales: uno urbica negotia, altero peregrina administrante. Si a testatore vel a Prætore, seu judice divisa sit tutela, unusquisque tenetur prout gessit, hoc est, pro parte suæ administrationis tantum; exceptis casibus sequentibus, quibus singuli tutores conveniuntur in solidum, scilicet, si contutorem suspectum non fecerint: nam etsi pars tutelæ tantum ei commissa, sit, officio tamen ejus incumbit; ut observet semper quid agat alter pro altera parte, et non potest non suspectum eum facere impune: tenetur igitur in solidum, si non suspectum eum fecerit, cum male versaretur in rebus pupilli, vel si tardius fecerit, jam eversis facultatibus contutoris: vel si per collusionem eum suspectum fecerit, tenetur in solidum, *l. 2. de divid. tut. et l. si duo, de administr. et peric. tut.* perinde atque si ipse administrasset. Quod si tutores ipsi inter se diviserunt tutelam, perinde erit, ac si non divisissent. Sequemur igitur, quod constitutum est ante de indivisa tutela. Divisio tutorum non mutat jus publicum, non dividit periculum tutorum, quod dicitur individuum, vel commune, val mutuum. Denique hæc divisio privata non abscindit officium tutelæ, quod est individuum. Hæc omnia et hæ distinctiones servandæ in pluribus curatoribus: Videamus, an etiam hæc serventur in pluribus magistratibus, quibus resp. gerenda commissa est. Et hæc est quæstio, quam hoc eodem libro tractat Papin. noster in *l. Imperator, et seqq. ad munic ip.* quarum legum explicationem immutato Digestorum ordine, cogimur huic recitationi subjicere, quo scilicet res omnis a nobis explicetur.

Ad L. Imperator XI. et L. XIII. ad municipalem.

Imperator Titus Antoninus Lentulo Vero rescripsit, magistratum officium individuum, ac periculum esse commune. Quod sic intelligi oportet, ut ita demum collegæ periculum adscribatur, si neque ab ipso, qui gessit, neque ab iis, qui pro eo intervenerunt, res servari possit, et solvendo non fuit honore deposito: alioquin, si persona vel cautio sit idonea, vel solvendo fuit, quo tempore conveniri potuit, unusquisque in id, quod administravit, tenebitur. Quod si forte is, qui periculo suo nominavit magistratum, solvendo sit, utrum in eum prius actio reddi, quam in fidejussorem debeat? an vero non alias quam si res a collega servari non potuerit? Sed placuit fidejussoris exemplo priorem conveniendum, qui nominavit; quoniam collega quidem, negligentiæ, ac pœnæ causa, qui vero nominavit fidei ratione convenitur.

Lex. XIII. Ibid.

Quid ergo, si alter ex magistratibus toto anno abfuerit, aut forte præsens per contumaciam, sive ignaviam, vel ægram valetudinem reipublicæ negotia non gesserit; et omnia collega solus administraverit: nec tamen tota res ab eo servari possit? Talis ordo dabitur: ut in primis, qui reipublicæ negotia gessit, et qui pro eo caverunt, in solidum conveniantur: mox peractis omnibus periculum agnoscat, qui non idoneum nominavit: postremo alter ex magistratibus, qui reipublicæ negotiis se non immiscuit: nec juste, qui nominavit universi periculum recusavit, cum scire deberet eum, qui nominaretur individuum officium, et commune periculum suscepturum:

nam et cum duo gesserunt , et ab altero servari , quod debetur , non potest , qui collegam nominavit , in universo convenitur.

Quod de pluribus tutoribus diximus , quodque de his tractavimus , pro qua scilicet parte quisque eorum , quove ordine conveniatur : idem de magistratibus municipalibus , sive duumviris tractabimus in interpretatione *l. Imperator . et l. quid ergo* 13. *ad munic.* quæ omnes leges sunt ejusdem Papiniani ex eodem libro , et tractant de magistratibus municipalibus sive duumviris , qui erat annuus magistratus, ut indicat idem Papin. in *d. l. quid ergo* , his verbis. *Quid ergo si alter ex magistratibus toto anno abfuerit: toto anno* magistratus scilicet : et hoc confirmatur *l.* 18. *C. de decurion.* Verum honori eorum magistratuum complura onera erant permixta , et illud in primis , ne ante accederent ad administrationem reip. quam satisdedissent , remp. salvam fore , datis fidejussoribus : satisdatio onus est : neque enim faciles inventu sunt fidejussores. Magistratus municipalis est administrator reip. cum dignitas gradu , sive cum sumptu , sive sine erogatione contingens, *l.* 14. *de muner.* non igitur honos tantum , sed et onus, quia administratio non est adeunda sine satisdatione. Qua de causa plerique inviti suscipiunt magistratus municipales vel refugiunt, et qui refugiunt, hi jam non anno , sed biennio eo ordine fungi coguntur , *d. l.* 18. Et hoc valde congruit cum refugis pœnarum: nam sicuti damnatis ad metallum , si intra id tempus pœnæ fugerint, id tempus duplicatur *l.* 4. *et l.* 8. §. *quisquis, de pœn.* Ita refugis honorum municipalium , id est , qui latitant , ac effugiunt, aut etiam subterfugiunt honorem municipalem , duplicatur tempus gerendi magistratus municipalis , et hoc tempus biennale est, non annale. De illis Papinianus loquitur initio l. 11. et ex rescripto D. Pii hoc primum ponit , magistratum municipalium officium esse individuum , et commune periculum administrationis : quod de pluribus tutoribus dici solet , *l.* 55. *de administrat. tut.* Et secundum hoc ut plures tutores unius personæ vice funguntur , id est, pupilli , cum unam tutelam gerant , vel etiam plurium pupillorum , qui pro uno habentur. Sic magistratus municipales, ut est in *l.* 25. *h. tit.* unius personæ vice funguntur , hoc est , civitatis vel municipii vice funguntur, ut Marc. Tull. ait. *Ambo ii magistratus unus personam sustinet :* ea de causa , quod gerit unus , quodve administrat, eo alligatur alter , ac si ipse administrasset : neque enim duæ personæ intelliguntur duumviri , sed una : sicut et Respublica , quam administrant , una est. Sed videamus , quo quisque ordine hic magistratus municipali conveniatur post finitam administrationem et honorem illum depositum : quæ est questio harum ll. Finge igitur, unum ex magistratibus non gessisse rem , de qua agitur , alterum vero gessisse : puta unum non attigisse eam pecuniam Reipub. quam alter fœnori occupavit, et debitorem illum non esse solvendo : qua ratione sua res publico servabitur? quis primum convenietur? an is , qui eam rem gessit, an alter? an erit electio reipub. quem conveniat ? Quod videtur , secundum id , quod posuimus initio, quia officium magistratus municipalis est individuum ac officium commune et mutuum : idem etiam dicitur de pluribus tutoribus : neque tamen est per omnia verum : nam placet in tutoribus primum conveniri eum , qui gessit eam rem , qua de agitur , quam eum, qui non gessit, *l. ult. C. de divid. tut. l.* 1. *C. si tut. reip. causa l.* 6. , *C. arb. tut. l.* 2. *C. de hæred. tut.* Ita magistratus , qui pecuniam reipublicæ collocavit non idoneis nominibus , prius conveniri debet actione personali , deinde hypothecaria , vel ipse , vel hæres ejus , vel possessor quarumcumque rerum , quæ ad ipsum pertinent : actione hypothecaria convenitur quicunque rem ejus possidet , scilicet si reip. caverit , non tantum fidejussoribus datis , sed et hypothecis : post convenietur fidejussor ejus , qui fœnus contraxit : tum ad extremum si ab iis res servari non potuerit , convenietur ejus collega. Hic est ordo introductus constitutionibus. Sed si is, qui administravit : neque nunc sit solvendo , neque tempore finiti magistratus , quo tempore conveniri poterat , nec fidejussor ejus , sane is ordo non observatur : frustra enim observaretur. Igitur statim conveniri , et exigi potest is, qui non administravit , pro eo, qui administravit , ex facto scilicet, ac gestu ejus, cessis tamen actionibus in collegam, qui rem administravit , vel etiam sine cessione datis utilibus actionibus, sicut in tutoribus constitutum est, *l.* 1. §. *nunc tractemus , de tut. et rat. dist. l.* 2. *C. de cont. jud. tut.* Et ita de magistratibus municipalibus est proditum, *l.* 2. §. *jus reip. de adm. rer.* ubi eleganter ait , magistratui , qui pro collega dependit , seu solvit, qui quidem collega rem administraverat, de qua agitur , decerni actionem in collegam , et competere eam ex æquitate. Quibus verbis demonstrat , dari utilem in collegam actionem : nam omnis actio utilis decernitur , hoc est , datur causa cognita. Omnis actio utilis est decretalis , directa non est decretalis , sed edictalis : et præterea utilis actio ex æquitate competit , atque ita dum vult Ulpian. demonstrare utilem actionem eleganter ait in *d. l.* 2. eam actionem , quæ decernitur in collegam, competere ex æquitate: quæ verba continent definitionem actionis utilis, directa vero ipso jure competit , et datur sine decre-

to, sive causæ cognitione. Notandum est, aliud esse competere actionem, aliud dari vel decerni. Quæ actio competit, non statim etiam datur, *l.* 9. §. *ult. l.* 10. *de tut. et rat. distr. l. debitrix*, §. *ult. ad Vellejan.* Competere est nasci actionem. Non ut nata est tibi actio, et statim semper ea potes agere; et quod competit, hoc proficit tantum ad transmissionem, ut scil. possit transmitti ad heredem, si moriatur is, cui competere cœpit: nam si moriatur antequam competere cœpit, nihil transmittit eo nomine. Ergo secundum ea, quæ diximus, prius conveniendus est et excutiendus fidejussor ejus magistratus, qui administravit, prius magistratus ipse, deinde fidejussor: et si ab his res servari non possit, veniendum est ad collegam, qui eam rem non administravit: sed si ab illis res servari possit, absolutus est collega, qui non administravit, nec ad eum veniendum est, etsi dicatur individuum esse officium magistratus: non est reipublicæ electioni locus, cum is, qui gessit rem, de qua agitur, est idoneus, vel ejus fidejussor. Et hoc est, quod ait in priore parte hujus legis. Alia huic descendit quæstio, an sicut in fidejussorem magistratus, qui gessit, prius redditur actio, quam in collegam, qui non gessit: an sic etiam in nominatorem mag qui rem gessit, reddenda prius actio sit, quam in collegam, qui eam rem non gessit? Ut autem hoc intelligamus, hoc sciendum est, solere eos, qui vocantur ad honorem publicum nominare potiorem suo periculo, si ipsi nolint cum honorem suscipere. Solent etiam ii, qui a magistratu abeunt, successorem nominare suo periculo, et nominationem nonnumquam sequitur respub. ita ut ipsa respub. non videatur creare magistratum municipalem, sed is, qui nominavit successorem: qua de causa, et nominatio passim in jure creatio dicitur, et nominator, creator, *l.* 59. *C. de decur. l.* 1. *C. de peric. nomin. lib.* 11. *l.* 2. §. *si eo tempore*, *de adm. rer.* Quo loco ante Pand. Florent. male legebatur *procurator* pro *creator;* et similiter etiam emendemus alium locum in *l. ult. C. de hæred. decur.* ubi legitur *creditor defunctorum*, pro *creator.* Et ita in Basilicis sæpe dicuntur χειροτονηταὶ, qui aliquem nominarunt ad honorem. Jam igitur intelligimus quis sit nominator vel creator magistratuum. Quæstio igitur est, an in nominatorem ejus, qui rem gessit, prius detur actio, quam in collegam, qui non gessit: nam ex Juliano antecessore didicimus, non administrasse etiam dici, qui eam rem, de qua agitur, non attigit: quod confirmat *l.* 5. *de mag. conv.* Et Papin. definit hoc loco, etiam prius conveniendum nominatorem, quasi fidejussorem, quam collegam. Nominator est quasi fidejussor. Sunt quidam, qui legibus 12. tab. *subvades* nominantur, ii scilicet, qui vadum vel fidejussorum vicem sustinent, puta nominatores, creatores, affirmatores, qui non fidejusserunt quidem, sed perinde tenentur atque si fidejussissent. Utitur Papin. elegantissima ratione; *quia*, inquit, *major est ratio agendi cum nominatore, quam cum collega.* Id vero ita demonstrat. In nominatorem agitur, quod idoneum magistratum esse affirmaverit, quasi ex contractu et fidei suæ ratione, quam reip. adstrinxit, dum affirmat idoneum esse hominem, qui sibi in magistratu succederet: in collegam autem agitur negligentiæ ratione quod eam rem non gesserit, quam gessit alter, cum esset communis administratio, et indivisum officium, non quasi ex contractu, sed quasi ex delicto: nam negligentia delictum est: ut Græcis ἁμαρτία non tantum est delictum, ut dolus malus, sed etiam negligentia, stultitia, erratum quodlibet, *l.* 51. *de ædil. ed.* ibi delictum pro stultitia accipitur, quia servus sciens vitiosum mancipium emit, ut recte ibi notat Accurs. Denique, qui in nominatorem agit, rem persequitur: qui in collegam, pœna negligentiæ suæ, et culpæ, et ita in *l. ult. C. quo quisque ordin. con.* dicitur, collegam post nominatorem conveniri ob culpæ nexum, id est, negligentiæ nomine. Et similiter de tutoribus in *l.* 6 *C. arbit. tut.* si unus tutor gessit, eum prius conveniri, qui gessit, deinde contutorem ob culpæ rationem. Et hoc est, quod ait in posteriore parte hujus *l.* Concludamus igitur, non tantum fidejussorem, sed et nominatorem, sive creatorem ejus magistratus, qui rem gessit, de qua agitur, prius esse conveniendum, quam collegam, qui eam rem non gessit. Huic definitioni obstat primum *l.* 4. *C. de magistr. conv.* quæ ait, prius esse conveniendum contutorem sive collegam, quam nominatorem, scilicet, si indivisa tutela fuerit, id est, non divisa: et similiter, *l.* 2. *C. quo quisque ord.* quæ constituit ut si duobus sit injunctum munus publicum pro indiviso, veluti, ut exigerent reliqua pecuniarum publicarum, vel ut curam agerent Calendarii, etiamsi eam functionem inter se diviserunt, prius conveniendum esse collegam, quam nominatorem: quod pugnare videtur cum hac lege, nisi, quod est verum, separentur magistratus municipales ab iis, quibus munus publicum injunctum est pro indiviso, nisi separemus honores a muneribus. Nam ut demonstrat *l.* 3. *et* 4. *C. quo quisque ord.* hoc tantum in magistratibus est constitutum, quibus pro indiviso commissa est administratio reipubl. ut prius excutiatur et conveniatur is, qui nominavit magistratum, quam collega, qui eam rem non attigit: qui ordo, ut dixi, non servatur in iis, quibus commissa est tutela, vel quodlibet aliud munus publicum. Ratio differentiæ hæc est, quia magi-

stratus non sunt proprie correi, hoc est non sunt proprie ejusdem debiti rei, singuli in solidum, vel non sunt omnimodo rei ejusdem debiti, ut ait *l. 45. de administrat. tutor.* Nam in singulos non est actio in solidum finito magistratu, si ambo solvendo sint depositi honoris, vel magistratus tempore, sed dividenda est actio. Et est tamen actio in solidum in singulos tutores, si duo pluresve tutelam susceperint, vel aliud munus publicum: est actio in singulos in solidum ipso jure, licet opposita exceptione possit actio dividi, si omnes solvendo sint: sed in magistratibus non est ipso jure actio in solidum, et electio locum non habet in magistratibus, sed unusquisque conveniendus est, prout quisque administravit: in ceteris, qui munus publicum suscipiunt, electio locum habet, et qui electus fuerit, potest conveniri in solidum, atque etiam condemnari, si omittat exceptionem: si non alleget beneficium divisionis: ceteri igitur sunt duo rei ejusdem debiti: atque ita prius convenitur correus, id est, collega quasi principalis: deinde fidejussor, quia fidejussor propius accedit ad reum, et similior reo quam nominator. Contra est in magistratu: nam prius convenitur fidejussor, deinde nominator, postea collega, quia is non est omnimodo correus. Ad hæc subjicitur ex eod. Pap. ex alio tamen libro: *Et ei contra nominati collegam actionem utilem dari non oportet*: qui locus est depravatus: nam consideret quisque apud se, quid hæc verba sibi velint. Dixit ante teneri eum, qui nominavit, fidei suæ ratione, quod periculo suo successorem nominavit, teneri, inquam, ex fide sua et quasi ex contractu suo, et conveniri prius, quam collegam, exemplo fidejussorum: denique comparavit supra nominatorem cum fidejussore. Nunc videamus quomodo aptetur id, quod est in l. 12. Primum quænam sit actio utilis, quæ denegatur huic nominatori, et datur aliis: non invenies quibus detur, quam huic nominatori. Deinde, ut nihil mutemus nec detrahamus, quid sibi volunt hæc verba? *Eum qui nominavit, si conventus vice nominati solidum præstiterit, non habere utilem actionem adversus collegam nominati.* Quis hoc nescit, cum non pro collega nominati solverit, sed pro nominato? Si diceret Papin. nominatori, qui pro nominato solidum exsolvit contra nominatum non dari utilem actionem, esset elegans sententia. Et vero hoc scripsit Papin. et verbum *nominati* est interpretis cujusdam, et est circumscribendum omnino, quod satis demonstrat Accurs. dum ibi ait, *nominator unius cum prius convenitur, quam collega, non aget contra alium collegam, scilicet nominatim.* Illud verbum *scilicet* ostendit verbum illud *nominati* esse interpretis cujusdam et interpretis quidem mali. Non dicit Papin. *Et ei contra nominatum actionem dari non oportet:* sed, *Et ei contra collegam actionem utilem dari non oportet:* vulgo ita legitur: *et ei qui nominaverit, etc.* quæ verba, *qui nominaverit,* sunt etiam interpretis: vel aliter, *ei*, id est, *nominati contra collegam etc.* quod depravatum est in *nominati.* Hæc omnia invecta sunt ab interprete, et omnino ita legendum est: *Et ei contra collegam actionem utilem dari non oportet:* et hæc est sententia: Tutori, qui solidum solvit, datur actio utilis adversus contutorem, etiam sine cessione (hoc est certissimum) quia solvit pro eo, et nomine ejus: sic etiam magistratui, qui solidum solvit, cum essent duo magistratus, datur actio utilis adversus collegam, pro quo solvit. Æquum enim est, ut utili actione a te recipiam quod pro te solvi, si forte non cesserit mihi actionem is, cui solvi pro te. An etiam dicemus fidejussori, qui solidum solvit, superesse actionem utilem adversus confidejussorem? minime, nisi cessa sit: utilis non dabitur, quia suo nomine solidum solvit, id est, propter suam obligationem: nam duo fidejussores sunt duo rei debendi, hoc est, omnimodo singuli in solidum tenentur, et si unus solidum solvat, pro se solidum solvit, non nomine confidejussoris: atque ideo non habet utilem actionem adversus confidejussorem ut vel pro parte recipiat ac repetat ab eo quod solvit: idque recte, quia ut solvit, ita erat obligatus, nempe in solidum, *l. fidejussor 39. de fidejuss. et l. cum alter 11. C. eod. tit.* Ergo fidejussor adversus confidejussorem non habet utilem actionem. Ac similiter nominator, quem Papin. dixit similem esse fidejussori, idque probavit uno exemplo in *l. 11. et* alio in *l. 12.* nominator inquam, magistratus, qui solidum solvit, adversus collegam suum, qui nominaverat eumdem magistratum, non habet utilem actionem, quia etiam duo nominatores, omnimodo sunt duo correi debendi: et breviter probatur nominatorem similem esse ei, qui pro magistratu salvam esse rempublicam sua fide jubet. Ergo nominatorem municipalis magistratus, qui pro collega solvit, non habere actionem utilem adversus collegam; sicut nec fidejussor habet adversus confidejussorem. Et ut breviter dicam: comparatur nominator fidejussori duplici ratione. Sicut fidejussor prius convenitur, quam collega, ita nominator, *l. 11.* et sicut fidejussor, qui solidum solvit, non habet utilem actionem adversus confidejussorem, ita nominator magistratus, qui pro nominato solidum solvit, non habet actionem utilem adversus collegam suum, qui eumdem etiam magistratum nominavit. In l. 13. videtur idem dici, quod in l. 11. Sed hæc est differentia, quod uterque

magistratus in l. 11. aliquid gessit, sed separatum. In l. 13. unus omnia gessit, quia toto anno alter abfuit, vel ægrotavit, ut nihil potuerit gerere, aut quia contumaciter, vel ignaviter nihil voluit gerere; et res servari non potest ab eo, qui gessit omnia; quid fiet? sequemur eumdem ordinem, quem supra diximus, et agemus prius cum eo, qui gessit, deinde cum fidejussore ejus: post excussis omnium facultatibus, et ipsius, et fidejussorum ejus, si ab eis rem non possimus extorquere, perveniemus ad nominatorem ejus, qui gessit: ac postremo ad collegam, qui nihil gessit, et nominator sustinebit universi periculum: nam cum nominavit, sciebat se nominare ad officium individuum ac periculum commune. Qua de causa, nominationis scilicet ratione ipse universi periculo obstringitur. Et hoc verum est indistincte, non tantum, si unus magistratus gessit omnia, sed etsi ambo gesserint et administraverint rempub. nam si conveniatur nominator, convenietur in universum periculum.

Ad L. LIV. de Condict. indebiti.

Ex his omnibus causis, quæ jure non valuerunt, vel non habuerunt effectum, secuta per errorem solutione, condictioni locus erit.

Quæstio ex libro 2. Quæst. Papin. quam explicavi nudiustertius, erat de magistratibus municipalibus et fidejussoribus et nominatoribus ejus: quæstio difficilis: hodiernæ sunt faciles. In illa quæstione maxime velim vos retinere, in l. 12. circumscripto hoc verbo, *nominati*, ita legendum: et ei contra collegam actionem dari non oportet. His verbis adjicitur argumentum in d. l. 12. quo probetur, nominatorem similem esse ei, qui pro magistratu salvam esse rempub. sua fide jubet: nam et fidejussori, qui solidum solvit, non datur actio utilis adversus confidejussorem, qua repetat ab eo quod solvit, ut probat *l. ut fidejussor, de fidejuss. et l. alter, C. eod. tit.* quas leges quia non adnotaveram, ideo de fidejussore id fuit repetendum. Ita lex 12. *ad municipal.* ait, nominatorem municipalis magistratus, qui pro collega solvit, non habere actionem: esse igitur nominatorem similem fidejussori. Tutori tamen qui solidum dependit pro se et pro contutoribus adversus contutores datur utilis actio. Duumviro quoque, ut sit commune periculum utriusque. Nunc quod restat agamus. In *l. 54. de condict. indeb.* proponitur hæc regula juris: ex omnibus his causis, etc. Nullus est Jurisconsultus, ut antea diximus, qui tot nobis regulas confecerit, totque definitiones tum rerum, tum nominum, quod est argumentum summæ et magnæ eruditionis: nulli etiam Jurisconsulto par commendatio fuit, quæ Papiniano tribuitur. Summum etiam argumentum eruditionis est, quod nullius unquam auctoritate utitur, exceptis duobus locis, in *l. Sabinus, commu. divid.* et in *l. 51. venditor, de serv. exportand.* Nunc igitur, quod instat, agamus. Hæc eadem regula a Papin. proposita, etiam ab Ulpiano prodita est in *l. 1. de condict. sine caus.* quamvis concepta aliis verbis, id scilicet alicui condici posse, quod sine causa ad eum pervenit, vel injusta causa, vel etiam quod redit ad injustam causam. Hæc est regula omnium condictionum, quibus revocatur quod solutum est, quodve prorogatum est ex bono et æquo: neque enim hæ tres condictiones sunt ex legibus. Habuimus nuper ex Papin. aliam regulam in *l. jus publicum, de pact. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest:* quam diximus aptari debere ad legem quæ præcedit et loquitur de procuratore reip. qui debitam reip. pecuniam pacto convento de non petenda pecunia remisit, quod pactum lex ait inutile esse et inefficax, nec perimere obligationem. Addenda est ratio legis sequentis, quod jus publicum, id est, jus reip. non potest pactis mutari: ita est in *l. 2. §. reipublicæ, de admin. rer. ad civ. pert.* Sic regula hujus legis aptanda ad casum l. præcedentis hoc modo. Dominus testamento servum suum liberum esse jussit sub conditione, si mihi decem daret. Finge testamentum esse ipso jure nullum, forte, quod in eo filiusfam. est præteritus; cum vero servus ignoraret esse nullum, rogavit Titium, ut mihi 10. daret: Titius id dedit, atque ita servus liber esse jussus testamento implevit conditionem libertatis, nec tamen fit liber, quia testamentum ipso jure nullum est, et libertas ipso jure nulla est. Ergo locus erit condictioni indebiti, quia ex ea causa data est pecunia, quæ jure non valet: ac proinde Titius revocare ac repetere poterit decem, quæ dedit: quæ est ratio Papiniani in hac l. 54 subjecta sententiæ Proculi. Quæritur tamen a Proculo in l. præced. cuinam detur condictio? an Titio, qui decem dedit rogatu servi, an vero hæredi legitimo, id est, domino servi? videbatur sane danda condictio domino servi, quia soluta est pecunia nomine servi, et pro eo est, ac si servus ipse solvisset, qui aliunde corrasit pecuniam ad implendam conditionem libertatis. Videtur igitur a domino repetenda pecunia, qui tamen obligabitur Titio, et cogetur ei eam pecuniam reddere: Verum hoc non probat l. 10. Ait enim *tam benignius, quam utilius esse recta via ipsum, qui nummos dedit, suum recipere:* quæ verba sunt valde notanda: statim ergo Titio dari condictionem indebitæ pecuniæ: quia etsi non solvit suo nomine, sua tamen solvit. Facit comparationem utilitatum:

et recte quidem, quia condictio indebiti ex æquo et bono proficiscitur, *l.* 66. *hoc tit.* Ac denique danda est condictio potius ei cui eam dari benignius et utilius est: quæ ratio etiam efficit, ut nonnunquam detur condictio indebiti non ei, qui solvit, sed alii, *l.* 2. *et* 3. *hoc tit.* Non enim semper idem condicit, qui et solvit, sed et alius: et non etiam idem semper condicitur, quod solutum est, sed tantumdem, *l.* 7. *hoc tit.* Nam indebiti solutio promutuum est: et ut ex mutuo, sic et ex promutuo, non idem, sed tantumdem reddi potest. Ita igitur accommodanda est hæc regula Papiniani in hac *l.* 54. ad leg. præcedentem 53. quæ est Proculi. Et vix est ulla regula in Digestis nostris, quin sit referenda ad præcedentem speciem, et habenda pro ratione superioris responsi. Possent tamen complura alia exempla ad hanc regulam afferri, alioqui non esset regula: sed uno contenti erimus. Hæres per errorem solvit certam pecuniam ex legati causa testamento injusto relicti: cognito errore poterit repetere per condictionem indebiti, quia legatum ipso jure non valet: idem si solverit ex testamento quod valuit quidem initio, sed rescissum est per querelam inofficiosi, vel per bonorum possessionem contra tabulas: nam ex his causis condictioni locus erit. Causæ, quæ ipso jure non valuerunt, sunt, quæ ab initio consistunt. Causæ, quæ effectum non habuerunt, sunt, quæ initio quidem valuerunt sed rescissæ sunt. Nihil ergo refert, causa valuerit ab initio, an postea rescissa sit, et Græci recte in illo loco, τὸ κατὰ βαλλόμενον, etc. Sed exigit regula, ut per errorem solutum sit: Nam qui sciens solvit quod non debet, donat, nec repetere poterit, etsi dixerit, solvo, non dono, sicut contra, non quicunque dicit, dono, donat, sed transigit, vel solvit, vel quid aliud agit. Exemplum habemus in *l.* 15. §. *Papinianus, locati.* Si uno anno dominus remissionem dederit colono ob sterilitatem, deinde sequenti anno contigerit ubertas, remissio ante facta, domino nihil obest. Nam potest exigere integram pensionem etiam ejus anni, quo remisit, licet remittendo usus fuerit donationis nomine, quia quod remittit, transactio est potius, quam donatio mera: atque ita non tam verba, quam mens contrahentium spectanda sunt. Qui sciens igitur solvit indebitum, non repetet. Id evidenter apparet in hærede, qui interveniente Falcidia integrum legatum solvit: non debetur integrum legatum ipso jure, *l.* 73. §. *ult. ad leg. Falc.* quia lex Falcidia ipso jure minuit legata. Si igitur sciens hæres integrum solvit legatum, aut cavit se daturum integrum sine deminutione, condictioni locus non erit, quia donasse videtur. Hæc est ratio communis: sed est in hærede propria quædam ratio, qui non vult uti Falcidia, quod scilicet fidem pleniorem defuncto exhibuerit: nam sane defunctus voluit integrum legatum præstari, nec uti hæredem Falcidia, quæ lex est contra voluntatem defuncti. Id igitur præstando, hæres implet religiose voluntatem defuncti, et fidum obsequium præstat, ut loquitur *l.* 45. *ad Trebell.* quod idem dici potest citra Falcidiam, si legatum inutile ultro præstiterit hæres prudens, sciensque. Nam etsi sit inutile, forte ob non observatam regulam juris, tamen præstando inutile legatum, exhibet plenum obsequium defuncto, qui non voluit tam rationem juris haberi, quam suæ voluntatis, etsi non expresserit testator, quod si expresserit, inutiliter expresserit; nec enim facere potest, ne jus locum habeat in testamento: laudatur tamen hæres, qui præstat legata inutilia, quique fidum obsequium et plenam fidem exhibuit defuncto: et ita Plin. 5. Epist. 7. et similiter, si fideicommissum, aut legatum inutiliter relictum hæres promiserit se soluturum sciens, explendæ fidei causa, non erit condictio cautionis, ut ea obligatio solvatur, et jam pecunia debebitur non ex testamento, sed ex stipulatione, *l.* 62. *hoc tit.* quod maxime pertinet ad id quod M. Tullius scribit 2. de LL. de legatario, qui obligatur sacris defuncti: nulla est hæreditas sine sacris: hæredem sequuntur sacra defuncti, quæ ipse peragere solebat. Sed quæritur, an legatarius quoque obligetur sacris? minime: nisi tantum acceperit legatarius legati nomine, quantum pervenit ad omnes hæredes, hoc casu obligatur sacris defuncti. Verum liberatur si quod legatum est legatarius stipuletur, ut id ipsum ex stipulatione debeatur, hoc est, si novet obligationem, si legati caussam transfundat in jus stipulationis. Nam ita interposita stipulatio plerumque novat obligationem, *l.* 8. §. 1. *de novat.* et pro eo est ac si ea pecunia legata non esset, quia jam non debetur, aut capitur jure legati, sed jure stipulationis. Hæres igitur liberatus est novatione, vel ut Tull. ait, *per æs et libram:* nam eodem modo fiebant novationes, Livius lib. 6. *libraque æreque liberatum emittit.* Ignorantibus igitur tantum vel errantibus, vel etiam dubitantibus (dubitatio ignorantiam imitatur ex Constitutione Justiniani) dabitur condictio indebiti, non scientibus.

Ad L. VII. de Præscript. verb.

Si tibi decem dedero, ut Stichum manumittas, et cessaveris, confestim agam præscriptis verbis, ut solvas quanti mea interest, aut si nihil interest, condicam tibi, ut decem reddas.

Regula, quam ante exposuimus, est communis omnium condictionum: hæc lex est propria condictionis ob rem dati; quanquam ubi hæc condictio

locum habet, habent et ceteræ, et est in arbitrio actoris, ut condicat rem datam, quasi non sequuta causa, vel quasi sit sine causa apud eum, qui accepit: est enim liberrimus usus condictionum, sed proprie erit in hac l. 7. condictio ob rem dati. Finge: dedi tibi pecuniam, ut tabulam pingeres, vel membrum aliquod domus: hic contractus vocatur locatio et conductio: conduxi enim tuas operas, et tu mihi scilicet locasti. Hic contractus habet proprium nomen et legitimum: nam a JC. non sunt inventa propria nomina, sed sunt indita legibus. Ex hoc igitur contractu datur actio, quæ nomen habet, actio ex locato et conducto. Finge: dedi tibi togam, ut tabulam pingeres, an est locatio et conductio? minime: nam locatio et conductio non consistit sine pretio, ut nec emptio et venditio: locatio est instar emptionis: et ideo locator dicitur quoque emptor, sicut et conductor venditor: merces, pretium, sunt communia nomina: non ergo hic proponitur emptio et venditio, nec locatio et conductio, sed est contractus similis locationi, qui nomine vacat, et ideo dicitur actio præscriptis verbis, quod non est proprium nomen, quia scilicet datur secundum præscripta verba contractus, quia dum intenditur, recitantur verba contractus, cum tamen in actionibus quæ habent proprium nomen sufficiat exprimere nomen contractus: et hoc ostenditur in *l.* 5. §. *at cum do, hoc tit.* Finge iterum, quæ est species hujus legis: Dedi tibi pecuniam, ut servum, tuum manumitteres, non est locatio et conductio, quia hoc factum locari non solet, opera locari solet vel conduci, non liberale officium: manumissio est officium liberale, non opera. In iis igitur, quæ ex officio manant, et in quibus nulla nostra versatur opera, non potest consistere locatio et conductio: fateor tamen hoc negotium esse simile locationi et conductioni, et vacare nomine: atque ideo ex hoc negotio datur actio præscriptis verbis, quæ proprium nomen non habet. Quo fine datur hæc actio præscriptis verbis? ut scilicet præstetur id, quod interest servum manumitti, ut impleatur fides contractus, quia forte filius est, aut frater, quem capio manumitti. Verum etiamsi mea nihil intersit condicam pecuniam quam dedi, quasi datam ob rem, re non sequuta. Est igitur mihi duplex actio, præscriptis verbis, ut impleatur fides contractus, vel condictio ob rem dati ut mihi reddatur pecunia: sed his actionibus non agetur, ut docet Papinianus hoc loco, antequam cessaveris in manumittendo Sticho, hoc est, antequam moram feceris: moram autem fecisse videris, si cum primum potuisti manumittere servum, non manumisisti, maxime interpellatus: nam interpellatione sane est opus: post moram autem agam confestim, quia non est additum tempus manumissioni: sed ita res gesta est, *Do pecuniam, ut Stichum manumittas nullo addito tempore:* statim igitur, ut cessaveris in manumittendo Sticho, vel agam præscriptis verbis, si mea intersit eum manumitti, vel si non intersit, agam condictione ob causam dati, *d.* §. *At cum do, l. si liber C. de condict. ob caus. dat. l.* 2. §. 17. *ff. de cond. cau. da.* Imo dices, in hoc casu non est locus iis actionibus, quia ipso jure statim atque non est manumissus servus, eripitur ad libertatem: lex repræsentat libertatem, quam ille, qui pecuniam accepit, non præstat: non est ergo actionibus propositis locus, quia jam est ipso jure liber ex *l.* 38. §. *idem respondet, de liber. caus. l.* 4. *C. si mancip. ita alien.* Dedi tibi pecuniam, ut servum tuum manumitteres, non manumisisti; fit liber ex sententia D. Marci et Commodi. Sed distinguendum hoc modo: si pecuniam dedi veluti pro pretio ut Stichum manumitteres, et cessaveris, fiet liber ipso jure: et ita hanc rem declarant *d. l.* 38. *et d. l.* 4. quæ ita proponunt, dari pecuniam veluti pro pretio. Hic vero ponere debemus non dari pecuniam veluti pro pretio, sed ut mercem et rem quamlibet non habita ratione pretii quanti est Stichus: pecunia non semper pro pretio est: nummi peregrini, ut olim, ita hodie mercis loco sunt, ut refert Volusius Mætianus in libro de Asse, et Plinius Histor. 33. cap. 3. nostri etiam nummi nonnunquam mercis loco sunt. Et ita in *l. ult. de cond. caus. data.* Dedi tibi pecuniam, ut Stichum dares, an est emptio et venditio? sic videtur: et vero ita est, si modo pecunia data sit pro pretio: sed si dedi tibi pecuniam non veluti pro pretio ut mihi Stichum dares, permutatio est quasi mercis cum merce. Non pecunia semper vice pretii fungitur, sed etiam mercis: quod maxime pertinet ad explicationem illius *l. ult.* quæ negat illud negotium esse emptionem venditionem: et adjiciunt Græci recte, esse permutationem, quia non est data pecunia, veluti pro pretio Stichi, ut etiam in hac l. 7. ponendum est, non esse datam pecuniam veluti pro pretio servi: alioquin statim post cessationem servus eriperetur in libertatem ipso jure, et non esset locus his actionibus.

Ad L. I. de Usuris.

Cum judicio bonæ fidei disceptatur: arbitrio judicis, usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur, ita tamen, ut legi non offendat.

§. 1. *Socius si ideo condemnandus erit, quod pecuniam communem invaserit, vel in suos usus converterit, omnimodo etiam mora non interveniente, præstabuntur usuræ.*

§. 2. *Nec tamen judex judicii bonæ fidei recte jubebit interponi cautiones, ut, si tardius senten-*

tiæ condemnatus paruerit, futuri temporis pendantur usuræ, cum in potestate sit actoris judicatum exigere. Paulus notat. *Quid enim pertinet ad officium judicis, post condemnationem, futuri temporis tractatus?*

§. 3. Papinianus. *Circa tutelæ restitutionem pro favore pupillorum latior interpretatio facta est: nemo enim ambigit hodie, sive judex accipiatur in diem sententiæ, sive sine judice tutela restituatur, in eum diem, quo restituit, usuras præstari. Plane si tutelæ judicio nolentem experiri, tutor ultro convenerit, et pecuniam obtulerit, eamque obsignatam deposuerit, ex eo tempore non præstabit usuras.*

Hodie explicabitur alia regula, quæ proponitur initio h. l. Sciendum est, in bonæ fidei contractibus, vel quasi, ex mora, hoc est posteaquam debitor moram fecerit in eo solvendo, quod debetur, deberi usuras officio judicis, *l.* 32. §. *in bonæ fidei l.* 17. §. *ex locato, hoc tit. l.* 24. *ff. depos. l.* 13. *C. de act. empt. l.* 2. *C. depos. l. fructus C. de act. empt.* nulla est frequentior regula, cui est adnectenda ea, quæ ponitur initio hujus l. Sed sciendum est priorem hanc regulam etiam locum habere in legatis et fideicommissis, quamvis actio, qua legatum aut fideicommissum petitur, non sit bonæ fidei: usuræ legatorum vel fideicommissorum debentur ex mora, hoc est, si hæres interpellatus congruo loco et tempore ea non solverit. Quod ad usuras attinet, comparantur semper legata et fideicommissa bonæ fidei contractibus, *l.* 34. *hoc tit. l.* 3. *C. in quib. cau. restit. in integ.* et hoc puto esse ex constitutionibus. Nam ita invenio scriptum in *l.* 24. *de usufr. leg.* post moram hæredis legatario reddi usuras placuit. Et verbo *placuit* plerumque significantur constitutiones principum. At hoc posito in contractibus bonæ fidei, vel quasi contractibus ex mora deberi usuras arbitrio vel officio judicis, quæritur, quæ usuræ debeantur? nam officium vel arbitrium judicis non est liberum aut iniquum arbitrium, non licentia pronuntiandi juris, sed arbitrum boni viri in *princip. tit. Instit. de offic. jud.* ut non aliter judicet quam legibus et moribus proditum est. Quæritur, quæ usuræ debeantur, quod dum quærimus, quærimus, quas debeat usuras judex constituere: quærimus denique de officio judicis. Et hac de re Papinianus dat nobis initio hujus legis regulam elegantem. *Cum judicio bonæ fidei disceptatur, arbitrio judicis usurarum modus ex more regionis, ubi contractum est, constituitur, ita tamen, ut legi non offendat:* ut scilicet in judiciis bonæ fidei usuræ veniant ex mora arbitrio judicis, quæ in ea regione observantur, in qua contractum est: officio, inquam, judicis veniant, vel quod idem est arbitrio seu arbitratu judicis: ac proinde earum usurarum modum judex constituit et æstimat, inspecto et observato jure regionis in qua contractum est, observato more negotiatorum, atque etiam observato modo legitimo. Nam leges finem certumque modum dedere, quem non potest non sequi judex: has leges debet observare, non minus, quam morem regionis, si is mos legibus adversus non sit. Possunt moribus leviores esse usuræ, quam legibus, nec tamen possunt esse graviores: possunt attingere finem legum, non etiam superare. His igitur sive moribus, sive legibus regitur arbitrium judicis: sed quod secundum mores ac leges statuerit hac de re, id tantum potest, quantum stipulatio. Et hoc est, quod dicitur, quod ad usuras attinet tantum valere officium judicis in actionibus bonæ fidei, quantum stipulationem nominatim factam, *l.* 7. *de neg. gest. l.* 24. *depos.* Hic vero dicimus de usuris, quæ veniunt ex mora, quæ propter moram debitori infliguntur, ut creditor consequatur, quod sua interest, debitorem moram non adhibuisse, et non deberi, nisi judex pronuntiaverit deberi. Finge, judicem de re judicasse, et usurarum rationem non habuisse in bonæ fidei contractibus; an post rem judicatam apud eundem judicem disceptari de usuris potest? an apud alium judicem usuræ peti possunt? Minime, quia in bonæ fidei judiciis non est alia actio sortis alia usurarum: nec existimavit judex in ea re rationem esse habendam usurarum, l. 4. *C. depos. l.* 13. *C. de usur.* Aliæ sunt usuræ, quæ debentur ἀπὸ συγχρύσεως puta cum is, qui alienam pecuniam administravit, eam convertit in usus suos: σύγχρησις est conversio in usum: aliæ, debentur ἀπὸ ὑπερθέσεως: quæ ex usu debentur, illæ debentur, etiamsi de iis nihil pronuntiaverit judex, ex natura ipsius judicii, *l. ult. C. de usur. rei jud. Natura*, inquit, *rei judicatæ ipso jure debentur*, ex legibus proprie debentur usuræ, hæ debentur officio judicis, non debentur proprie, *l. ult. de eo quod certo loc.* Est ergo regula, quæ proponitur initio hujus l. de usuris, quæ veniunt ex mora, non ex abusu pecuniæ alienæ. Ergo debet judex earum usurarum, quæ ex mora infliguntur modum constituere ex more regionis, ubi contractum est: et ita in *l.* 7. §. *quæ autem, de adm. tut.* dicitur, in actione tutelæ venire usuras officio judicis, exceptis certis casibus, quibus tutor debet usuras legitimas, usuras maximas, centesimas: (nam ita semper oportet accipere in libris legitimas et maximas) ut puta, si tutor pecuniam pupillarem in usus suos convertit: quod est, σύγχρησις: aut si eam apud se esse negavit, et Prætor contra eum pronuntiaverit, et aliis quibusdam casibus: quibus exceptis, ex ceteris causis tutor dependit usuras secundum modum provinciæ; veluti quincunces, vel trientes, vel si quæ aliæ in

ea provincia leviores frequentantur. Idemque observandum in actione contraria tutelæ, quæ est bonæ fidei: nam si quid tutor dependat de suo in rem pupilli, id consequitur cum usuris, quæ ea in regione currunt, quoad ei omnis pecunia reddatur, namque æquum est ne sit ejus pecunia sterilis, *l.* 3. §. *consequitur, de act. contr. tut.* Idem habemus de contraria actione negotiorum gestorum, *l.* 37. *hoc. tit.* puta si ego pro te solvi mea sponte irrogatus creditori tuo, et ita te liberavero magno incommodo, ne fortasse creditor tua pignora distrahat, vel in bonorum possessionem mittatur: debetur mihi ea pecunia cum usuris, quæ frequentantur in ea provincia. Idque *d. l.* 37. *et hæc l.* 1. ait, generaliter constitutum in omnibus judiciis bonæ fidei, idemque procedere in actione mandati ostendit *l.* 10. §. *si procur. mand.* Idemque in legatis et fideicommissis, *l. cum servus* 39. §. *in usurarum, de legat.* 1. Igitur ex mora hæredis debentur usuræ legatariis et fideicommissariis, et in usurarum quantitate mos regionis servandus erit. Definit quidem usuras judex, sed secundum morem regionis ejus, ubi sita est hæreditas, ubique solvi legatum debet aut fideicommissum. In usuris igitur consuetudo regionis aut provinciæ plurimum valet. Et rectæ Asconius Pedianus in librum de Divinatione ait, *esse quadrupli actionem pecuniæ gravioribus usuris fœneratæ, quam pro consuetudine*, quæ pro lege est, sed potior tamen est lex consuetudine, *l.* 2. *C. quæ sit long. cons.* Consuetudinis, inquit, magna auctoritas est: sed non valet tamen usque adeo, ut legem minuat, aut rationem. Et ideo recte adjicit Papinianus; *ita tamen ut legi non offendat*, id est ita demum si mos non adversetur legi: vel si judex dum morem sequitur non committat in legem: et similiter *d. l.* 10. §. *si procurator, deberi usuras, quæ legitimo modo*, id est, intra modum legis *frequentantur;* non quæ supra modum legis sunt. Magna est quæstio etiam hodie: utra sit potior lex, an consuetudo? quæ paucis sic dirimenda est. Consuetudo est pro lege, ubi lex deficit, vel si defuerit, aut consenuerit, et hoc ait *l.* 33. *de LL.* diuturnam consuetudinem esse pro lege in iis, quæ ex non scripto descendunt, hoc est, quæ scripto comprehensa non sunt: Consuetudo abrogat legem: tacitus enim illiteratusque consensus populi obliterat legem, *l.* 32. *de legibus*, legem abrogat, non tamen vincit legem: non idem est abrogare et vincere legem: in ipso concursu legis et consuetudinis, dum utraque viget, utraque suis consistit viribus, sane vincit lex consuetudinem dum viget, nec consenuit, non consuetudo legem. Præterea quæritur, quis sit modus legitimus usurarum, quem plus valere vult Papinianus, quam morem regionis usurpatum, contra leges fœneratitias duplex est modus usurarum, duplum scilicet et centesima: semper excipiendæ sunt trajectitiæ et nauticæ pecuniæ, fœnus nauticum, quod nullum habuit modum, nunc habet ex constitutione Justiniani: nam sæpe debebantur usuræ ex fœnore nautico supra centesimas et supra duplum. His igitur exceptis, modus usurarum est duplum, quia non possunt deberi usuræ ultra duplum, id est, sorte tanto amplius. Finge: Cuidam tutori debentur centum: usurarum nomine tulit centum; sane usurarum nomine nihil prætereà desiderare potest. Sed si quid amplius solvatur, id imputatur in sortem: ubi usuræ æquaverunt sortem, nihil amplius peti usurarum nomine potest: hic modus usurarum obtinet etiam hodie. Alter modus, qui obtinuit etiam ante Justinianum, est centesima, quia fere in omnibus aliis negotiis admissa est, et dicebatur centesima, quæ in centenos reddit duodenos quotannis, unum nummum quot mensibus: atque dicebatur centesima, quod ejus pars centesima sit usura menstrua et legitima, *l.* 4. *tit. seq. l.* 8. *C. si cert. pet. l.* 26. *de usur.* Et utrumque modum legitimum significavit Papinianus, dum ait, *ita tamen ut legi non offendat*, hoc est, ne supra duplum aut centesimam usuræ æstimentur. At quæri potest, quæ lex hunc modum imposuerit usuris utrisque? Lege aliqua impositum esse necesse est: varii modi impositi fuere duodecim tabulis, uncia in centenos quotannis, quæ diu non obtinuit: imo et quibusdam legibus semuncia tantum: sed obtinuit diu et obtinet etiam hodie in quibusdam negotiis centesima. Quæ lex enim imposuerit modum, non satis liquet. Nam quod quidam tentant, modum esse impositum lege Gabinia, cujus mentionem facit M. Tull. 5. ad Attic. in fin. et alibi, falsum est: nam lex Gabinia fuit de versura, non de usura. Nescio, an quisquam adhuc intellexerit, quid sit versura. Est sane improba cum sit lege vetita, et est in versura quiddam reprehensione dignum. Jamdiu animadverti versuram esse mutationem pecuniæ sub usuris qua dissolvebantur usuræ aliis debitæ: quod lex Gabinia non patitur, ne inopes usuris obruantur, dum usuris usuras cumulant: regula juris est, usuras usurarum non deberi, et in stipulationem deduci inutiliter, sed sortis tantum. Hujus regulæ duæ sunt fraudes, una appellatur ἀνατοκίσμος, altera, versura; et utraque fraus coercetur legibus vel constitutionibus. Ἀνατοκίσμος est, si usuræ, quæ debentur interposita stipulatione fient sors, ita ut hujus sortis, id est, usurarum redactarum in sortem usuræ cedant; quod reipsa est usurarum usuras exigere: et merito prohibetur *l. ult. C. de usur.* Alia fraus est versura, ut si sumas ab aliquo pecuniam sub usuris, qua

alii solvas usuras debitas: non possis palam eidem creditori usuras usurarum dependere, sed nisi lex prospiceret, eas clam creditori tuo dependeres, dum sumeres ab uno pecuniam sub usuris, qua solveres usuras alii debitas. Hæc est versura prohibita lege Gabinia; quod etiam eleganter demonstrat Cic. libro 5. epist. ad Attic. epist. ult. his verbis: *Salaminii cum Romæ versuram facere vellent, non poterant, quod lex Gabinia vetabat, etc.* Non vero dubito, quin versuræ nomine uti possimus in alia significatione: nam et per translationem versuræ nomen pro usura accipitur: est enim versura generaliter repensatio quælibet, seu reciprocatio. Unde et in his regionibus, dos versura dicitur, vel ut patrio sermone *verchere*, id est, versura, quasi repensatio onerum matrimonii. Nec unquam illud verbum versuræ audio, quin veniant in mentem verba Marciani Capellæ de dote, dum ait: *utrum repensatrix data?* id est, utrum dos, utrum versura data. Et hæc de regula. Quæ sequuntur in hac lege sunt difficillima et scitu dignissima, eoque pertinent, ut ostendat Papinianus, aliquando in bonæ fidei contractibus usuras deberi, etsi mora non intervenerit, et sunt utilia quæ sequuntur.

Intelleximus ex initio legis, in bonæ fidei judiciis usuras deberi officio judicis secundum morem regionis, ubi contractum est, qui modo non sit adversus leges, quæ usuris posuere modum: et hoc locum habere in usuris, quæ debentur ex mora. Aliæ sunt usuræ, quæ in bonæ fidei judiciis debentur et veniunt, etsi mora non intervenerit, de quibus nunc tractaturi sumus, ut in actione mandati *l.* 12. §. *usuras*, *mand.* dicitur usuras admitti non tantum ex mora, frustratione, cunctatione debitoris, sed judicem etiam æstimare, si mandatarius, hoc est, procurator exegerit pecuniam sibi debitam a debitore suo cum usuris, ut domini negotia gereret, vel si mutuatus sit pecuniam gravioribus usuris, ut solveret pro domino, eumque liberaret magno incommodo, rei, earumve usurarum rationem habere judicem ex eo tempore, quo mutuatus est pecuniam illam sub gravioribus usuris, vel quo eam pecuniam exegit a debitore suo, ut posuimus. Atque ita in actione mandati non ex mora tantum veniunt usuræ, sed et ante moram. Idem quoque constitutum est in actione depositi, *l.* 3. *et* 4. *C. depos.* Is apud quem deposita est pecunia debet usuras ex mora, non tantum si interpellatus eam non reddiderit, sed et si eam pecuniam in usus suos converterit invito domino, cujus custodiendæ domino fidem dederat: ex eo tempore, quo eam pecuniam convertit in usus suos, usuris obligatur sine ulla alia interpellatione. Idem et in §. *socius* in h. l. ostenditur locum habere in act. pro soc. et act. tutelæ: tractemus primum de actione pro socio. Si socius communem pecuniam invaserit, vel in suos usus converterit, præstat usuras ex eo tempore, quo eam invasit, etiamsi nulla mora intervenerit, hoc est, etsi de ea pecunia reddenda, vel in commune conferenda, interpellatus non fuerit. Mora proprie est, si interpellationi debitor non obtemperaverit, hoc est, si non solvat. Et moram proprie creat interpellatio, nec videtur proprie moram fecisse, qui non interpellatus est. Et hoc est quod dicimus, moram fieri in personam, non in rem: moram contrahi ex interpellatione, non ex reipsa, non ipso jure. Aliquando tamen fit mora reipsa, quæ tamen proprie non est mora, ut significat *l.* 87. §. *usuras*, *ff. de leg.* 2. *l.* 32. *hoc t.* mora fit reipsa minoribus 25. annis beneficio Prætoris, hoc est, quid quid debetur minoribus 25. annis, in eo non præstando, moram facere videtur debitor, etsi non interpelletur, ex Constitutione D. Severi, quæ in hoc §. significatur illo verbo, *Hodie.* Mora etiam fit reipsa, si non sit, qui interpelletur, si debitor non compareat, *l.* 32. §. *ult. hoc tit.* ut etiam si solutioni addita sit dies: et est nota vox communis, *diem satis interpellare*, nec alia ratione additur dies, quam ne sit necesse creditori interpellare debitorem. Constat etiam furem semper moram facere reipsa, etsi non interpelletur, *l.* 17. *l. ult. de cond. furt.* fur autem etiam est, qui pecuniam communem invadit, hoc est, qui eam amovet intervertendi animo, ut sibi eam habeat in posterum quasi suam, *l.* 45. *pro soc.* Atque ideo etsi non interpelletur socius, nihilominus ejus pecuniæ usuras debet judicio pro socio, quod est bonæ fidei: is autem, qui pecuniam communem in suos usus convertit, non est fur, quia suo jure pecunia communi utitur, sed prope furem est, aut non longe abest a fure, quandoquidem clam et latenter abutitur pecunia communi. Aliud est invadere pecuniam communem, aliud eam convertere in usus suos: nam invadere, est prædonum more versari in societate, deprædari societatem. In suos usus convertere, est clam abuti pecunia communi, non tamen ut non reputaturum, sed tamen hoc est finitimum furto. Et ex utraque causa, id est, invasione pecuniæ communis, et in usum suum conversione, usuræ debentur statim reipsa, etiam non interveniente interpellatione: quia proprie dicitur mora, quam creat interpellatio facta in personam. Et huc valde pertinet l. 60. *in princ. pro soc.* Ad quam maxime est advertendum. Finge: Socius aliquid ex societate lucri fecit, in eo reddendo vel conferendo moram fecit, usu-

ras præstat; verum adjicit lex, cum ipse ea pecunia usus sit, id est, socius, quia in eo reddendo quod lucrum fecit moram facit; tunc moram facere intelligitur, cum ea pecunia usus sit. Sunt duo casus. Primus, si socius in eo reddendo quod lucrum fecit, moram fecit. Secundus, si ea pecunia usus est. Nam postea eadem l. adjicit hæc verba: *Sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit, contra esse*; id est, non præstare usuras, si aut moram non fecerit, aut pecuniam in usus suos non converterit. Et ita Græci, deberi usuras ἀπὸ ὑπερθέσεως καὶ σύγχρήσεως, id est, *quod moram fecerit, et pecuniam verterit in rem suam.* Et subjicit, quod eget explicatione, *Eas usuras non deberi ut usuras*, hoc est, ut fœnus: nam si deberentur ut fœnus, deberentur etiam citra moram, *l.* 17. §. *si pupillo*, *h. t.* usuræ, quæ propter lucrum infliguntur, hoc est, fœnus, debentur, et ante moram, imo currunt ex die ipso contractæ obligationis. Alia est usura, quæ infligitur propter lucrum, alia quæ propter moram, sive moram quis faciat ex interpellatione, sive reipsa. In actione igitur pro socio, usuræ non debentur ut fœnus, sed quod socii intersit socium moram non fecisse, vel eam, quæ ex interpellatione creatur, vel eam, quæ reipsa sit.

Concludamus igitur ex hoc §. socium usuras debere etiam non interpellatum, cjus pecuniæ, quam ex societate invasit, vel in suos usus convertit, et currere usuras ex eo tempore, quo invasit, et in usum suum convertit. Non satis est scire, ex quo die debeantur, nisi et sciamus, in quem diem: et significat Papinianus, deberi in diem condemnationis. Nam in jure hoc est ratum: Post sententiam consistere usuras, seu cessare usuras intra tempora judicati solvendi: non ignotum est, judicatis, hoc est, condemnatis dari certa tempora faciendo seu solvendo judicato; quæ in 12. tab. appellantur dies justi. Ergo intra ea tempora usuræ nullæ currunt. *l.* 3. §. 1. *hoc tit. l.* 13. *C. hoc tit. l. ult.* §. *pen. C. de usur. rei jud.* Ratio est: quia ea tempora reis humanitatis gratia dantur, *l.* 16. §. *ult. de compens.* ubi a Græcis nominatim ita scriptum est πρὸς περισθάλψιν. Et ideo sunt immunes ab usuris et fructibus dependendis, non quidem a perceptis interim, sed qui percipi potuerunt. Sunt denique expertes omnis inhumanitatis: jure *postulantur, nisi ex causa judicati.* Finitis autem his temporibus, rursus currunt usuræ, non priores, sed novæ, et plerumque graviores sine conventione, aut condemnatione nova, sponte, et ipso jure, et legibus, et hæ dicuntur usuræ rei judicatæ: et fuere olim ducentesimæ, hodie sunt centesimæ. Ideo quæritur, an judex addictus pro socio, qui condemnat socium in usuras præteriti temporis in diem sententiæ, possit etiam socium cogere ad cautionem interponendam de præstandis usuris futuris post tempora judicati? Et Papinianus ait, posse socium condemnare in sortem, et usuras usque in diem sententiæ, non etiam ab eo exigere cautionem de dependendis futuris usuris post tempora judicati solvendi: Et utitur hac ratione Papinianus, quia actori satis consultum est actione judicati, cum ipso jure insint usuræ legitimæ: et æquum non est reum onerari supervacua cautione: et hæc est ratio Papiniani quam reprehendit Paul. si quis totam recte intelligat, quæ quo obscurior reprehensio est, eo modestior. Paulus non reprehendit palam rationem Pap. sed dum aliam dat, satis indicat se eam non probare: et vero est cur improbet rationem Papin. quia actori est actio judicati, ideo non est necessaria actio ex stipulatu: an quod mihi est actio una, neganda est altera? cur non mihi possim multis cavere rationibus? et perquam utile est cavere multis cautionibus per stipulationem, etiam ei, qui habet actionem judicati: qua de causa ante litem contestatam solet interponi stipulatio judicatum solvi, quamvis certo sit competitura actio judicati, si condemnetur reus. Solet etiam interponi stipulatio de novi operis nuntiatione, ut cui est actio judicati, sit etiam actio ex stipulatu, *l.* 21. §. *habet*, *de nov. op. nunt. l.* 8. §. *idem Celsus, de novat.* Non est igitur hæc ratio Papin. idonea, et ideo Paulus meliorem adfert rationem, quia ad judicem nihil pertinet tractatus futuri temporis: judex perfungitur suo officio, dicendo sententiam, quam ubi dixit, statim desinit esse judex, *l.* 55. *de re jud.* De re gesta sententiam dicit, futurum tempus non attingit. Hoc est discrimen inter judicem et legem, quod lex statuat de futuris, judex de præsentibus et præteritis. Hæc est elegans ratio Pauli: usuræ rei judicatæ, quæ sorte post tempora condemnatis ad solutionem data, cedent, non veniunt in judicium: ergo de iis nihil potest dicere, vel statuere judex. Accursius multa affert in contrarium, ut probet judicem de futuris etiam statuere, quæ ego perstringam breviter, et redigam ad duas objectiones. Una est ex *l.* 1. *C. de sent. quæ sin. cert. quant.* quæ ait, Sententiam eam judicis non esse contra formam juris, qua judex jubet dependi usuras pecuniæ in condemnationem deductæ, usuras scilicet rei judicatæ: Atque ita videtur rata esse sententia judicis, qua statuit de usuris futuris. Sane videtur obstare hæc lex; quia scilicet ad eam non apponitur species congrua. Species est: Judex addictus erat actioni judicati, sententia debet esse certa ex definitione judicis, alioqui litem sereret: usurarum etiam condemnatio debet esse certa *l.* 3. *et* 4. *eod. tit.*

Finge: Judex cum esset addictus actioni judicati, pronuntiavit dependi usuras rei judicatæ, non expressa quantitate, quoad soluta esset pecunia condemnationis jam factæ priore judicio, neque certam sententiam dixit, neque certas usuras, an valeat sententia? Sic sane, quia est jam certa condemnationis summa facta, ad quam se refert, qui de judicati actione pronuntiat, et sunt certæ etiam usuræ rei judicatæ, cum sint præscriptæ legibus certis *in tit. C. de usur. rei judic.* et constat esse centesimas. Igitur certa est sententia, et præterea sic posita specie, Judex non statuit de futuris usuris; sed de iis, quæ jam debentur post tempora judicati. Altera objectio similis est ex *l.* 38. *pro socio*, *et ex l.* 41. *de jud.* quibus ostenditur, plerumque judicem debere interponere cautionem de re futura, veluti prætor jubet interponi cautionem de damno infecto, hoc est, de futuro; vel etiam si quid quis debeat ad diem, postulante creditore, jubet judex in judiciis bonæ fidei cautionem interponi de solvenda ea pecunia, cum dies venerit, quum metus est, ne debitor labatur facultatibus: Facile creditor, cui debetur ex contractu bonæ fidei ad diem, ante diem exprimit cautionem per judicem. Atque ita videtur statuere de futuris: Imo statuit de ea re, de qua jam agitur in præsenti, et de qua aditus est: sed nihil statuit si alia de re aditus sit extra eam rem de iis, quæ extrinsecus accedunt: quo nihil est evidentius. Docet etiam in actione tutelæ usuras venire et deberi citra moram: imo vero plus esse in actione tutelæ, quam in actione pro socio, vel, ut ait, latiorem interpretationem fieri, quo ad usuras in actione tutelæ, quam pro socio, favore pupillorum: quia scilicet tutor usuras debet pecuniæ pupillaris etiam interpellatus, non tantum si pecuniam pupillarem invaserit, vel in suos usus converterit, vel ea quidem non fuerit abusus, sed eam apud se habuerit otiosam. Et hæc est latior interpretatio, quæ fit in actione tutelæ, quoad usuras, nec necesse est interpellari tutorem. Et de hoc hodie nemo ambigit, hoc est, ex constitutione Severi secundum *l. cum vero.* 26. §. *apparet, de fideicomm. libert.* quæ statuit, ut in pupillis, ad justam ætatem usque mora fiat reipsa a debitoribus: atque ita non tutor tantum, sed quicumque debitor his usuris destringitur, etiamsi interpellatus non fuerit. Verum, ut loquamur tantum de actione tutelæ, notandum generaliter tutorem si agatur tutelæ, si reposcatur ratio tutelæ, usuras debere in diem sententiæ. Hoc enim tantum intendit actio tutelæ, ut reddantur rationes; vel, ut loquitur Papinianus, ut restituat tutelam, hoc est, ut reddat rationes: ergo ex quo tempore habuerit pecuniam pupillarem, in diem sententiæ debet usuras: vel etiamsi tutela reddatur sine judicio, in diem, quo reddiderit omnes rationes: quod consentit cum *l.* 7. §. *ult. de adminìst. tut. l.* 45. §. *quæsitum, eod. tit.* qui §. etsi dicat solvi usuras in diem accepti judicii, hoc est, litis contestatæ, tamen sunt producendæ in diem sententiæ, sive judicati: sed notatur dies litis contestatæ, quod eo die plerumque tutores agnoscant bonam fidem, aut saltem debeant agnoscere. Nec est novum, tempus litis contestatæ produci ad tempus sententiæ, in *l.* 29. §. *si hæres, de legat.* 3. Igitur hæc sit conclusio. Tutor quoquo modo usus sit pecunia pupillari, usuras debet in diem sententiæ, vel in diem, quo redduntur rationes. Sed quid fiet, si pupillus non curet, aut nolit sibi rationes reddi, quid si nolit agere tutelæ judicio illectus dulcedine usurarum, qua ratione consuletur tutori parato rationes reddere? offeret pecuniam, et si quæ sint reliqua, obsignet, offerri debet in folle obsignato, atque ita deponi: nec enim sufficit oblatio nuda, sed necessaria est depositio, *l.* 7. *hoc. tit.* Hæc obsignatio pro solutione est, *l.* 9. *C. de solut.* Et ab eo tempore, quo signavit et deposuit liberatur omnino: Et hoc intelligit M. Tullius 6. ad Attic. Epist. 1. *Consistere usura debuit, quæ erat in edicto meo, deponere volebant:* nam depositio pecuniæ solutio est. Est etiam aliud, in quo fit latior interpretatio in actione tutelæ, quam in actione pro socio. Sed quod dicetur de tutela, idem etiam pertinet ad actionem negotiorum gestorum. Nam generaliter tutores, curatores, procuratores, magistratus municipales, duumviri, qui alienam pecuniam exercent et tractant, et ut uno verbo dicam, gestores negotiorum alienorum, hi omnes, si alienam pecuniam, quam administrant, in suos usus converterint, quod est σύγχρησις, præstabunt usuras maximas, si clam et latenter hoc faciant. Nam finge, tutorem accipere pecuniam pupillarem a contutore mutuam, et convertere in suos usus, an ejus pecuniæ debet usuras centesimas? minime. Finge rursus: eam pecuniam accipere a seipso, et rationibus conscribere in eam sibi mutuatam, et hac videtur uti palam et bona fide, non debet usuras maximas, sed solitas, *l.* 9. §. *non tantum*, *l.* 54. *de adm. tut.* Sed si clam quicumque gestor abutatur pecunia aliena, debet centesimas, *l.* 38. *de neg. gest. l.* 1. *C. de usur. pup.* Ex ceteris vero causis præstabit tutor usuras secundum morem regionis et provinciæ, aut quincunces, aut trientes, aut, si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur, l. 7. §. *quæ autem sunt, de administ. tut.* Verum huic sententiæ obstat *l.* 10. §. *si procurator*, *mand.* maxime vexata a nostris: quæ ait, procuratorem, qui administrat alienam pecuniam, vel negotia, si

eam pecuniam in suos usus converterit, debere usuras, quæ in regionibus frequentantur. Imo debet centesimas. Hunc nodum, ut dissolvant, dicunt quidam: aliud esse in tutore, aliud in procuratore. Hanc solutionem refellit *l.* 38. *de neg. gest.* quæ ait, eum, qui administrat alienam pecuniam, si eam ad usus suos converterit, maximas usuras debere, id est, centesimas, etiamsi leviores frequententur in regione. Quod vero est scriptum in *d. l.* 10. §. *procurator*, procuratorem, qui convertit pecuniam in suos usus, cum sit aliena, debere usuras, quæ in regione frequentantur, hoc ita dicunt procedere, si palam usus sit pecunia domini, veluti, si eam sibi mutuatam scripserit, si rationibus suis eam acceptam tulerit domino, et sane sic non facit improbe, nec debet usuras centesimas. Verum hoc non exprimit §. *si procurator*: nec tamen aliter responderi potest, nisi hoc dicas, manifestam trajectionem verborum in eo §. esse. Ait, procuratorem ejus pecuniæ, quam habet ex negotio domini, ex mora debere usuras, ut in bonæ fidei judiciis est receptum. Hoc etiam addendum, quæ in regionibus his frequentantur. Deinde tractat de usuris, quas consequutus est, cum pecuniam domini fœnori collocavit, et tulit usuras, et has debet restituere, quia bonæ fidei hoc congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Sequitur tertius casus, si quam pecuniam in usus suos converterit: hoc semper accipitur in malam partem: Quid fiet? damnabitur in usuras centesimas exemplo tutoris. Nam et mox subjicit aliud in hoc §. in quo similis est procurator tutori. Si procurator pecuniam domini fœnori collocavit, et exegerit usuras, quas mox in usus suos converterit, an debebit usurarum usuras? sic sane, et quidem centesimas, quod etiam proditum est in tutore, *l.* 7. §. *si usuras*, *de admin. tut.*

Ad L. Tutor XXXV. de Admin. et peric. tut.

Tutor sive curator nomina, quæ juste putat esse idonea, a priore tutore vel curatore suscipere quidem cogitur, non tamen exactionem periculo suo facere.

In hac l. proponitur hæc regula: non cogi tutorem nomina minus idonea suo periculo exigere, licet cogatur ea a priore quidem tutore vel curatore suscipere. Finge: tutorem vel curatorem mortuum esse, vel remotum ut suspectum, et in locum ejus alium tutorem vel curatorem datum esse: vel finge: post pubertatem impuberis, qua finitur tutela, et succedit cura: postulante adolescente non invito, tutori succedit curator in administratione: huic curatori tutor restituit tutelam redditis rationibus. Cum hoc curatore confert rationes pup. et cogitur curator sive tutor novus a priore tutore, vel curatore, vel hærede ejus suscipere nomina, hoc est, cautiones, χρηματεῖα, sive debita, quæ is contraxit, quandiu gessit tutelam vel curam: etiamsi tutor vel curator habeat justam causam æstimandi, ea nomina non esse idonea, neque approbet, tamen eam suscipere cogitur: deinque nomina, quæ fecit prior tutor vel curator, sive idonea sint, sive non, sequens curator vel tutor suscipere cogitur, ut scilicet ea exigat a debitoribus, et persequatur: sed exactionem non faciet suo periculo, sed prioris tutoris vel curatoris, qui ea contraxit. Ac proinde, si debitores non sint solvendo, periculum nominum pertinebit ad priorem tutorem, vel curatorem, qui nomina fecit, et satisfaciet pupillo de suo. Idque est certissimum in jure, nominum periculum pertinere ad eum qui fecit, si ea non sint idonea, vel si culpa ejus facta sint deteriora, dum non satis mature interpellavit, *l.* 35. *de reb. cred. l. ult.* §. *pen. de admin. rer. ad civit. pert.* Novus igitur tutor cogitur suscipere nomina a priore tutore vel curatore, etiamsi ea nomina improbet, sed non cogitur ea probare. Et aliud est suscipere nomina, aliud probare nomina, *l.* 12. §. *Idem ait. mand.* Qui probat nomina, agnoscit periculum:. Ideoq. si posterior tutor vel curator probavit nomina, quæ prior tutor vel curator fecit, eorum nominum periculum in se transfert, et priorem tutorem vel curatorem omnimodo liberat. Qui probat nomina, agnoscit periculum: ideoque si posterior tutor probat prioris nomina, a priore in se transfert periculum. Nomina probare, est periculum eorum agnoscere, periculo suo nomina esse cavere, *l.* 44. *in princ. hoc. tit. l.* 56. *ad munic. l.* 19. *de tut. et rat. distr.* et exquirere nomina diligenter debet, qui succedit in tutelam aut curationem, si probare vult nomina: quæque non probat invitus, licet invitus suscipiat qualia qualia.

Ad L. Statuliberorum XXXIII. de statulib.

Statuliberorum jura per hæredem fieri non possint duriora.

Notissimum est, statuliberum esse servum, cui verbis directis, verbis civilibus relicta est libertas testamento in diem, vel sub conditione, vel ut scribit Festus ex nostris auctoribus, *qui testamento certa conditione proposita jubetur esse liber.* Placet illud: *conditione proposita*: nam nostri auctores sic loqui solent: quæ enim conditio legato vel libertati adscribitur. dicitur conditio proposita legato aut libertati, *l.* 112. *de cond. et dem.* προσχειμένη αἱρέσει *l.* 6. *de excus. tut.* D.xi, *ver-*

bis civilibus, nam quibus relinquitur libertas verbis precariis, his verbis scilicet: *rogo te, ut servum illum manumittas sub conditione, vel in diem*, non sunt statuliberi, *l.* 14. *de nox. act. l.* 37. *ad l. Falc.* Semper in jure separantur statuliberi ab iis, quibus in diem, vel sub conditione est relicta fideicommissaria libertas. Sunt quidem similes in omnibus fere juris articulis statuliberis, sed non possunt tamen dici statuliberi: possunt dici statuliberorum locum obtinere, *l.* 51. §. *cui per fideicom. de fideicom. libert.* quia fere communia sunt horum et illorum jura. Sed verbum *statuliberi*, est ex 12. tab. quibus fuere incognita fideicommissa. Nam ante Augustum fideicommissa infirma erant, vixque quisquam invitus cogebatur præstare id, de quo rogatus erat, ut constat ex *tit. Instit. de fideicommiss. hæred.* et ex *tit. ad Senatusc. Trebell.* Quinimo usque ad Justinianum nulla fideicommisaria supererat actio ad id fideicommissum petendum, *l.* 1. *C. commun. de legat.* Quod etiam confirmat quædam Trajani epistola ad Plin. quæ est 80. lib. 10. his verbis: *Julius Largus fidem tuam, quasi te bene nosset, elegit. Quid ergo potissimum ad perpetuitatem memoriæ ejus faciat, secundum cujusque loci conditionem ipse dispice, et quod optimum existimaveris, insequere.* Ea probaverunt et introduxerunt constitutiones principum, non leges veteres: sed tamen plerumque fideicommissarii liberti rediguntur, ut dixi, ad exemplum statuliberorum ac præterea dixi, statuliberum esse servum: intellige, antequam venerit dies libertatis: nam interim est servus hæredis, *l.* 9. *de statuliber.* Idem confirmat *l.* 9. §. *certe si sub. condit. de pecul. l.* 11. *de legat.* 2. Itaque ratio nominis non hæc est, quod sit statuliber; nam est interim statu servus. Non licet dividere, quæ sunt composita, et aliud sæpe significant divisa, aliud composita: ut apud Homerum: aliud est οἰκοφελεῖσθαι: aliud οἶκον ὠφελεῖσθαι. Aliud ὠμογέρων, aliud ὠμὸς γέρων: et similiter si dixeris divisim aliquem esse statu liberum, hominem liberum dixeris. At si conjunctim et composite statuliberum dixeris, non hominem liberum, sed servum intellexeris, cui tamen sit statuta vel destinata libertas in diem, vel sub conditione. Adnotandum tamen est, in plerisque causis, illum esse liberi loco, ut in ponenda ratione legis Falcidiæ: nam cum æstimatio bonorum ineunda est et conferenda cum quantitate legatorum et fideicommissorum, statuliberi non computantur numero servorum, quasi jam adepti libertatem videantur, quam sperant, nec sunt omnino in bonis, *l.* 38. *ad leg. Falcid.* Ac similiter in publicis judiciis puniuntur ut liberi, non ut servi, hoc est, mitius, *l.* 14. *de quæst. l.* 9. §. *ult. de pœn.* ac

postremo servi possunt a dominis vendi durioribus conditionibus, veluti ne unquam manumittantur: an et statuliberi? Sic sane vendi possunt, sed non duris conditionibus. Et ita scripsit Modest. in *l.* 25. *hoc. tit.* Interim tamen revera sunt servi. Demonstrat scilicet, hac in re summam esse differentiam inter servos et statuliberos, quæ lex pertinet ad hanc regulam. Initio docet statuliberos posse vendi ab hærede, quia interim sunt hæredis, et ita ait, statuliberos, venundari posse ex 12. tab. hoc est, ex sententia 12. tab. ita expressa, ut siquis liber esse jussus fuerit sub conditione, si hæredi 10. dederit, et ab hærede alienatus sit, emptori decem dando perveniat ad libertatem, id est, ut libertatis conditio possit impleri in persona emptoris, *l. statuliberi a ceteris* §. *ult. hoc tit.* Lex satis demonstrat statuliberum posse venundari, quamvis id non dicat nominatim: *et ita putaverunt*, inquit, *leges* 12. *tab.* Sic Ulpian. in Fragm. loquitur de Ælia Sentia: Et eodem modo Tull. 4. de Rep. apud Nonium in verbo jurgium. *Jurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare.* Putat, legis sententia est. Itaque ex lege 12. tab. statuliberi vendi possunt. At subjicit d. l. 25. non posse vendi duris conditionibus: puta, ne unquam manumittantur: quia si statuliber manumittatur, statim non impleta conditione libertatis, sane fiet liber, et citius perveniet ad libertatem, *l.* 34. *de statulib.* Nec tamen erit libertus manumissoris, sed Orcinus, libertus Charonianus, libertus nullius viventis, libertus Plutonis: neque enim potest fieri ejus conditio durior præfestinata manumissione, ut experiatur duriorem patronum, scilicet hæredem, qui nullum habiturus est patronum si velit suo jure uti. Dura est conditio venditionis, si statuliber ea lege vendatur, ne intra certa loca serviat, id est, ne certis quibusdam locis moretur, puta, quod hæres sibi ab illo timeat, vel quod hæredis oculi eum ferre non possint, *l.* 1. *de serv. exportand.* Igitur debet vendi statuliber bonis conditionibus, non ut servus, duris, ne quid fiat contra voluntatem defuncti, ne præjudicetur speratæ libertati. Et hoc vult Papinianus, dum ait statuliberorum jura per hæredem duriora fieri non posse, et potest hæc regula aptari ad l. præcedentem; est enim semper in libris Pandectar. ordo et series quædam legum ut jam sup. notavimus ad *l.* 38. *de pact.* Finge: Si servus sit manumissus sub hac conditione, *si uni ex hæredibus decem dederit*, cum essent duo, et unus cum vendiderit ea lege, ne emptor ullam pec. acciperet conditionis implendæ causa; nihilominus fiet liber alteri hæredi dando quinque, quamvis emptori nihil dederit: quia *statuliberorum jura per hæredem fieri non possunt durio-*

ra: et hac interpretatione maxime indiget *d. l.* 32. Et hoc idem dicimus de servo, cui relicta est fideicommissaria libertas sub conditione, quem diximus fere in omnibus causis statuliberi jure censeri; nam et hic ab hærede interim vendi potest, sed non duriore conditione, non ut jura patronorum experiatur duriora, non in perpetuam servitutem, *l.* 15. *l.* 24. §. *ult. l.* 51. §. *cui per fideic. de fideic. libert.* Sed necesse est ut ad hanc regulam aliud exemplum apponamus, quod convenit magis scripturæ veterum librorum, in quibus est, *deteriora*, pro *duriora*, et in Basil. χειρότερα, duobus locis. Si dominus servum, cui adscripsit directam, vel fideicommissariam libertatem sub conditione, aut in diem, vinxerit pœnæ causa, vincula nocent futuræ libertati, secundum legem Æliam Sentiam. Nam servi vincti, si manumittantur, sunt dedititiorum numero, nec possunt pervenire ad justam libertatem, hoc est, civitatem Romanam. Et ita Svetonius in Augusto: *Augustum statuisse, ne quis tortus vinctusve civitatem adipisceretur.* Vincula igitur nocent libertati, hoc est, statuliberis fideicommissariis, et puræ etiam libertati. Sic quoque Paulus in *l.* 45. *de fideic. libert. Fideicommissaria libertas non debetur ei, quem dominus postea vinxit.* Quæ verba interpretanda sunt ex jure antiquo, ut scilicet is non possit fieri civis Romanus, sed sit tantum dedititiorum numero: et ita Paulus 4. *sent. de manum.* Nocet libertati non tantum, si dominus vinciat servum, sed etiam, si vincere jubeat ob delictum, aut si vincientis procuratoris factum comprobet. Quid ergo dicemus si hæres statuliberum, vel eum, cui relicta est fideicommissaria libertas sub conditione vel in diem, pendente conditione ob delictum vinxerit, an jus statuliberi fit deterius, an facto hæredis mutatur libertas, justa scilicet in dedititiam? Minime, *statuliberorum jura per hæredem non possunt fieri deteriora*; et sic omnimodo Paul. d. loco, fideicommissaria libertas facto hæredis non mutatur, si servum, quem manumittere jussus est, vinxerit, et ita commodissime ad hanc regulam aptabitur etiam *l. fratres, de pœnis*, quæ sequitur.

Ad L. Fratres XXXIII. de Pœn.

Fratres Imperatores rescripserunt, servos in temporaria vincula damnatos, libertatem et hæreditatem, sive legatum, postquam tempus expleverint, consequi, quia temporaria coercitio, quæ descendit ex sententia, pœnæ est abolitio. Si autem beneficium libertatis in vinculis veniat, ratio juris et verba constitutionis libertati refragantur. Plane si testamento libertas data sit, et eo tempore, quo aditur hæreditas, tempus vinculorum solutum sit, recte manumissus intelligetur, non secus ac si pignori datum servum debitor manumisisset, ejusque post liberatum pignus adita fuisset hæreditas.

Male hæc lex explicatur, nisi sumatur explicatio ex jure antiquo legis Æliæ Sentiæ. Species hæc est: servo relicta est libertas sub conditione, sicut et hæreditas, vel legatum, quæ relinqui non possunt sine libertate: pendente conditione ob delictum a præside provinciæ in vincula temporaria damnatus, et pœna sua functus est. Quæro, an post tempus pervenire possit ad libertatem, et hæreditatem, vel legatum: an vincula impediant libertatem, quasi non possit fieri civis Romanus, qui vinctus fuit, sed sit dedititiorum numero tantum? Et ait, expleto tempore, et solutis vinculis, enm servum pervenire posse ad libertatem, et consequenter capere hæreditatem et legatum, *l.* 38. §. *fratres*, *ad leg. Jul. de adult.* et utitur hac ratione, quia non est exaggeranda sententia, quæ pœnæ modum fecit, non est pœna sententia determinata ultra finem sententiæ porrigenda, vel *coercitio temporaria, quæ descendit ex sententia, pœnæ abolitio est*, ut ait Papinianus. Ergo ea vincula non nocent futuræ libertati. Sed hoc ita procedit, si eo tempore, quo cedit dies libertatis vel legati, vel quo defertur ei hæreditas simul et libertas, servus non amplius fuerit in vinculis, si eo tempore jam expleverit tempora pœnæ suæ, quia dies utiliter cedit, et solutum hominem invenit, non in vinculis. Sed si quo tempore cedit libertas, servus fuerit in vinculis, nec expleverit pœnæ tempus, nunquam competit libertas, et consequenter nec hæreditas, nec legatum. Cedit libertas ab adita hæreditate ab hærede vel cohærede, *l. unica*, §. *libertatibus*, *C. de caduc. toll. l. Julianus* 86. *de condit. et demonstr.* Ergo si tempore aditæ hæreditatis, quo cedit dies libertati et legati, fuerit in vinculis servus, non fit liber, quia inutiliter cessit, et quod semel cessit inutiliter, non convalescit postea, *l. ult. com. præd. l.* 76. §. 4. *de leg.* 2. Ergo constitutio DD. Fratrum ita procedit, ut vincula præterita, quibus jam solutus est, non noceant libertati, cujus dies jam cedit. Ex quo intelligitur, Catonianam regulam non pertinere ad libertates, in libertatibus non inspici tempus testamenti, sed aditæ hæreditatis: si tempus testamenti spectemus, nulla est libertas, si eo tempore fuerit in vinculis: si vero inspicias tempus aditæ hæreditatis, sane libertas competit, si tunc non fuerit in vinculis. Regula Catonis hæc est: Quod non valeret, si statim testator vita decessisset, non ideo valet, quod diu vixerit; hoc est, non convalescit postea, quod ab initio non valuit: quæ regula

valet tantum in iis, quæ cedunt vel incipiunt deberi a morte testatoris, non ab adita hæreditate: et jam pridem docuimus observ. lib. 4. cap. 4. et inf. Quæst lib. 15. legendum esse in *l.* 3. *de reg. Caton. Catoniana regula non pertinet ad libertates.* Vulgo pro *libertates*, legitur *hæreditates*. Quod confirmat l. 17. §. *ult. qui et a quib. l.* 24. §. *si servum, de fideic. libert.* Et hoc loco id etiam Papin. voluit probare hoc exemplo. Debitor non potest manumittere servum, quem creditori pignori obligavit. Finge manumitti testamento, nondum soluto pignore. Si spectemus tempus testamenti, inutilis est manumissio. Sed finge, tempore aditæ hæreditatis liberatum fuisse pignus, libertas quæ ab initio non valuit, convalescit postea. Satis est non fuisse pignoratum servum tempore aditæ hæreditatis: ut satis est, non fuisse in vinculis eodem tempore ut plenam libertatem adipiscatur: alioquin erit dedititiorum numero, qui erant incapaces. Notandum igitur, pœnam esse magnam, si damnetur in vincula perpetua, vel temporaria, quia non potest fieri civis Rom. Longe alia est ratio servi damnati in opus publicum in perpetuum, vel in tempus: hoc servo non est pœnæ: et imperite judex damnat servum in opus publicum. Nam primum non mutat dominum, et si manumittatur, fit civis romanus, non dedititiorum numero. Igitur hoc loco nihil est pœnæ opera privata quam dat domino, est illi pœnæ magis, et libentius in opus publicum servit quam in opus domini: et hoc ostenditur in l. seq. imperite damnari servos in opus publicum sive in perpetuum, sive ad tempus.

Ad L. VI. de Vacat. et excus. muner.

Hi, qui muneris publici vacationem habent, ad ea, quæ extra ordinem imperantur, compelli non solent.

In hac l. quæritur, quid concessum aut remissum videatur ei, cui princeps dedit vacationem munerum, hoc est, immunitatem? an hoc beneficium principis latissime interpretabimur, ut solent beneficia principum, ut si concesserit princeps alimenta puero vel puellæ usque ad pubertatem: pubertatem accipiemus pro plena pubertate, quæ finitur annis 18., non ea quæ finitur 12. aut 14. anno, *l.* 14. *de alim. lega.* nec possis aptius exemplum apponere ad id quod dicitur, *beneficia principum latissime esse interpretanda*: sed beneficium immunitatis non ita late interpretabimur, quia vetat publica utilitas: hoc quidem beneficio principis sunt remissa onera, quæ a magistratu extra ordinem indicuntur, velut munitio viarum vel aggerum vel riparum, flumine se effundente: quo exemplo utitur *l.* 12. *de mu. et hon.* intelliguntur enim ei remissa munera corporalia, quæ extra ordinem a magistratu imponuntur ad tempus ex improviso, ut loquitur Papin. in *l.* 8. §. *qui muneris, hoc tit.* Græci, pro *ex improviso* dicunt ἐξ ἀπρόοπτου unde forte Latini suum ex abrupto fecere. Ei igitur, qui vacationem publici muneris habet, remissa videntur improvisa et extraordinaria munera, seu insueta onera, non etiam ea, quæ legibus, moribus, Senatusconsultis, Constitutionibus injunguntur: Veluti annuæ tributorum indictiones, annonariæ functiones, quæ conferuntur in fiscum a privatis quotannis, idque certis statisque anni pensionibus. Non etiam videntur remissi canones sive canonicæ illationes solemnes: hæc sunt ordinaria munera, quæ indicuntur in perpetuum: et eleganter *l.* 4. *C. de ann. et trib. lib.* 10. *ea nec esse extraordinaria, nec vocari, quæ solemniter a provincialibus conferenda sunt*: et ita in *l.* 1. *C. de vacat. lib.* 10. est constitutum, ne immunitas intelligatur de ordinariis et solemnibus muneribus: quinimo ea rescripta, quæ continent nominatim remissionem solemnium munerum, inutilia sunt, *l.* 7. *eod.* quia pugnant cum utilitate publica, *l.* 1. *C. de immunitate nemini conced. lib.* 10. Publica utilitas vetat, nec ea rescripta late interpretemur, quæ concedunt vacationem munerum. Alia igitur sunt munera ordinaria, alia extraordinaria. Vacatio munerum a principe concessa, munera extraordinaria continet, non ordinaria, non solemnia, non canonica.

Ad L. CXV. de Verb. obligat.

Ita stipulatus: te sisti in certo loco, si non steteris, quinquaginta aureos dare spondes? si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio: nec secus ac si quod pondere, numero, mensura continetur, sine adjectione ponderis, numeri, mensuræ stipulatus essem: vel insulam ædificari non demonstrato loco, vel fundum dari, non adjecto nomine. Quod si ab initio id agebatur, ut quocunque die sisteres, et, si non stitisses, pecuniam dares, quasi quælibet stipulatio sub conditione concepta vires habebit. Nec ante committetur, quam fuerit declaratum reum promittendi sisti non posse.

§. 1. *Sed et si stipulatus ita fuero: Si Capitolium non adscenderis, vel Alexandriam non ieris, centum dari spondes? non statim committetur stipulatio, quamvis Capitolium ascendere, vel Alexandriam pervenire potueris: sed cum certum esse cœperit, te Capitolium ascendere vel Alexandriam ire non posse.*

§. 2. *Item, si quis ita stipuletur: Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes? Pegasus respondit non ante committi stipulationem, quam desiisset posse Pamphilus dari. Sabinus autem existimabat, ex sententia contrahentium, postquam homo potuit dari, confestim agendum, et tamdiu ex stipulatione non posse agi, quamdiu per promissorem non stetit, quo minus hominem daret idque defendebat exemplo penus legatæ. Mutius etenim hæredem, si dari potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est, ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam. Itaque potest Sabini sententia recipi si stipulatio non a conditione cœpit, veluti si Pamphilum non dederis tantum dari spondes? sed ita concepta sit stipulatio, Pamphilum dari spondes? si non dederis, tantum dari spondes? quod sine dubio verum erit, cum id actum probatur, ut si homo datus non fuerit, et homo, et pecunia debeatur. Sed et si ita cautum sit, ut sola pecunia non soluto homine debeatur, idem defendendum erit: quoniam fuisse voluntas probatur, ut homo solvatur, aut pecunia petatur.*

Duas hujus l. partes facio summas. Priore parte proponuntur quatuor exempla inutilium seu imperfectarum stipulationum: posteriore tractatur difficilis quæstio: quando committatur stipulatio pœnalis, si quis stipulatus fuerit dari aut fieri aliquid, et nisi daretur aut fieret, certam summam pœnæ nomine. De priore parte prius dicamus. De te stipulatus sum, te sisti certo loco: et si non stitisses, dari certam pecuniam pœnæ nomine. Id agebatur inter nos, ut certo die te sisteres illo loco alicujus negotii causa: et tamen per errorem dies sistendi omissus est. Dixi locum, non diem, cum tamen id ageretur ut certo die te sisteres, post stipulationem dicis te sensisse de uno die, ego de altero. Quid fiet? an agi ex ea stipulatione potest, in qua dies omissus est? minime. Hic error vitiat stipulationem: nihil agis, nisi et adjeceris diem, maxime cum id agebatur inter vos, ut certo die se sisteret promissor: et ratio hæc est, quia non potest dies, qui omissus est, haberi pro expresso, si non appareat, quid actum sit, quid voluerint, quid senserint contrahentes: quod non actum est, id non potest haberi pro cauto: et ita accipienda *l.* 99. *hoc tit.* Legendum ut Florentiæ, *quidquid adstringendæ*, hoc est, quidquid constituit obligationem, aut obligat promissorem, in Bas. τὸ συμβαλλόμενον τῇ συστάσει τῆς ἐνοχῆς: id si palam non sit expressum, omissum intelligitur. Porro quod omissum intelligitur, non suppletur, *l.* 64. §. *pen. sol. mat.* Sed hoc ita procedit, si etiam non appareat actum esse tacite id quod palam verbis non est: nam si constat de voluntate contrahentium, verba non valde desiderantur. Quum apparet quid actum sit, id quod actum est, pro cauto habetur. Et hæc est vera definitio *l.* 3. *de reb. cred.* et id confirmatur *l.* 94. *hoc tit. l.* 219. *de verb. sign.* Contra id quod actum est, pro cauto non habetur, si non appareat quid actum sit, si in eo dissentiant contrahentes, et unus una de re, alius de alia se sensisse dicat: ut in hac specie, si aliter spectari non potest, de quo die senserint, inutilis est stipulatio, non quia defuit voluntas contrahentium: id enim agitur, ut certa die se sisteret promissor, sed quia deficit probatio; non jus *l.* 30. *de test. tut.* Inopia probationis sæpe facit ut sit contractus inutilis: ut datio tutoris est inutilis, si Titium tutorem defunctus dederit, et duo sint Titii amici testatoris, et non apparet, de quo senserit: non jus deficit, sed probatio, *d. l. duo.* Concludamus ergo inutilem esse stipulationem si dies omissus sit, quando id agebatur ut certo die se sisteret. Huic sententiæ objicitur primum stipulatio damni infecti, quæ ita concipi solet inter vicinos: si quod damnum intra diem illum vitio tuarum ædium mihi contigerit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Certum est stipulationi damni infecti præscribi diem certum: sed quid si omittatur et stipuler: si quid mihi damni contigerit ruina, aut labe ædium tuarum, eam mihi pecuniam dari, an est inutilis stipulatio? Minime, *l.* 15. *in princ. de damno inf.* Et ratio est, quia in eum diem cautum intelligitur, in quem ceteri solent sibi cavere et prospicere damni infecti nomine. Itaque, etiam si sit dies omissus: tamen appositus is intelligitur, qui solet vulgo apponi huic stipulationi: ac propterea omissio diei non vitiat stipulationem illam, tamen vitiat eam, de qua agitur in hac lege. Objicitur etiam stipulatio judicio sisti, cui etiam solet apponi dies certus: hincque illa formula: *in quem diem locumve vadimonium sistere promittive jubes.* Nam vadimonium promittere, ut loquuntur veteres, nostris auctoribus est cavere judicio sisti: et deserere promissionem judicio sistendi causa, *l.* 4. §. *quæsitum, l.* 5. §. 1. *si quis caut. l. ult. qui satisd. cog.* est, quod alii dicunt, *deserere vadimonium:* Sed quid si stipulationi judicio sisti, non apponatur dies, an valet stipulatio? sic videtur, quia dies est in potestate stipulatoris, hoc est, in eum diem cautum intelligitur, quo stipulator agere voluerit, *l.* 8. *qui satisd. cog.* Hanc igitur stipulationem judicio sisti, sicut nec stipulationem damni infecti, omissio diei non vitiat, cum tamen illam vitiet, de qua hic agitur. Sed non est difficile respondere. Si quis stipulationem damni infecti, vel judicio sisti objiciat, quæ non vitiantur die omisso; objiciam contra, has stipulationes esse solemnes seu prætorias, nullæ

sunt frequentiores, imo sunt propositæ edicto prætoris, et ideo etiam diem solemnem habent, ut stipulatio damni infecti, puta si quid damni contigerit intra annos decem, ut in casu *l.* 15. §. 1. *de damno inf.* Posset alius dies inseri ex conventione contrahentium, sed et plerumque inseritur, si quid damni contigerit intra certos dies: stipulatio autem judicio sisti solemnem diem habet eum in quo actor vel stipulator agere voluerit, qui dies est solemnis, et is pro adjecto habetur semper: consuetudo semper ostendit diem, ut sæpe etiam ostendit pœnam, *l.* 4. *de cust. et exh. reor.* Si quis satisdederit pro alicujus criminis reo, et promiserit, se eum exhibiturum, nisi exhibeat eum, plectitur pœna pecuniaria, quam præses arbitratus fuerit, scilicet, si cautione vel decreto judicis non sit comprehensa certa quantitas, in quam se obligarit, qui promisit se reum exhibiturum: vel etiam si in ea regione consuetudo non sit, quæ certam formam habeat. Nam si ex consuetudine regionis soleant cavere certum, tot cavisse is, qui promisit, intelligetur: consuetudo ostendit quantitatem et pœnam: et ita etiam ostendit diem: et quæ sunt igitur moris et consuetudinis, omissa non intelliguntur. Quæ res admittit nonnunquam tacitas stipulationes, sed opus est lege, quæ admittat tacitam stipulationem. Exempli gratia, hodie dos debetur ex stipulatione, etiam si non intervenerit stipulatio, hoc solo nomine, quod soleret plurimum interponi: et ponitur aliud exemplum in *l.* 19. *de adopt.* Leges ideo introducunt vel admittunt tacitas stipulationes, quod solerent plurimum interponi: nostris interpretationibus non possumus inducere tacitam stipulationem: Stipulatio non fit, nisi verbis inter præsentes: stipulatio autem, de qua agitur hoc loco, Romæ sisti, non est solemnis et prætoria, sed conventionalis, et fortuita, quæ certi negotii illo loco explicandi causa inter duos interponitur: hæc non potest habere diem solemnem, cum non sit solemnis, nec soleat interponi passim: et ideo inutilis est stipulatio si dies per errorem omissus sit, cum nulla sit lex, quæ suppleat diem. Sequitur aliud exemplum in hac lege inutilis stipulationis: Si stipuler ea, quæ numero, pondere, mensurave constant, non adjecta certa quantitate: inutilis est stipulatio, *l. triticum* 94. *hoc tit.* quia hæ res valent quantitate, non corpore: ex quantitate æstimantur, non ex corpore. Igitur prætermissa quantitate nihil agitur, si ea deducantur in stipulationem: aut enim debes quantitatem stipulari, aut nihil videris stipulatus: adjecta quantitate utcunque valet stipulatio, etiamsi non sit adjecta qualitas, veluti si stipuler vini amphoras tot, nec adjiciam cujus vini, optimi an medii generis, an istius vel illius regionis: utcunque valet stipulatio, quia vel pessimum mihi dare promissor cogitur, *l. fidejussorem* 52. *ff. mand.* pessimo se liberare potest: quod tamen sic intellexi semper ut non possit se liberare deterrimum dando, sed dando quod est pessimo propinquius. Nam et si quis promiserit certum numerum nummorum (quod pertinet etiam ad legata) nec adjecerit qualitatem: exiguiores dando liberatur, *l.* 75. *de leg.* 3. non liberabitur, plumbeos, id est, vilissimos quadrantes dando, sed puto præstari debere sestertios, quia non debet munificentiam testatoris eludere hæres, qui id minime sensit. Verum nummis indistincte legatis, puto præstari debere sestertios, quia cum nummi dicuntur, in jure plerumque intelligimus sestertios, ut nummo uno vendere, est sestertio uno: atque ita Varro in drachmis, denariis, victoriatis nummis, id est, sestertiis. Tertium exemplum inutilis stipulationis est, si stipuler, insulam ædificari non adjecto loco, quo ædificetur, inutilis est stipulatio. Nam et stipulor superficiem, sine qua non potest stare ædificium, *l.* 2. §. *si quis, de eo, quod cer. lo. l.* 95. *hoc tit.* citat et Accurs. *l.* 45. *de jud.* quæ nihil pertinet ad hanc rem, Ultimum exemplum est, si stipuler fundum, non adjecto nomine, aut eo, quod nominis vice fungitur, stipulatio inutilis est, si promissor nullos fundos habuerit. Si promiserit domum, et domum nullam habuerit, derisoria est potius quam utilis stipulatio, *l.* 71. *de leg.* 1. *l.* 6. *de aur. et arg. leg. l.* 60. §. *gener*, *de jur. dot.* nam si urgeat stipulator, liberabitur vel minimum dando, quando fundus est glebula quælibet: nam fundus est quidquid funda emitti potest: Si vero fundos habuerit promissor, utilis est stipulatio, et compellitur exiguiorem dare. Et ita in *l.* 75. *de verb. obligat.* inter utiles stipulationes ponitur stipulatio fundi sine nomine, quæ dicitur esse incerta stipulatio; quia demonstratus non est fundus, sed non est inutilis stipulatio: nullum est exemplum in d. l. 75. inutilis stipulationis. Igitur ponendum est in ea eum, qui fundos habebat, promisisse fundos sine nomine. Omnes igitur hæ stipulationes inutiles sunt. Subjicit Papin. idem esse, si quis stipuletur de te pecuniam certam sub hac conditione, *si Capitolium non ascenderis,* vel, *si Alexandriam non ieris:* hoc casu non statim committitur stipulatio, id est, non statim ex ea stipulatione agi potest, atque Capitolium ascendere potuisti, nec ascendisti: sed tum demum, cum declaratum fuerit te conditionem implere non posse, quod sola mors tua declarare liquido potest. Denique hæ conditiones, quæ consistunt in non faciendo, veluti, *si non steteris*, *si non ascenderis Capitolium, si non iveris Alexandriam,* finiuntur morte promissoris, nec ante committitur stipulatio, quam is vita functus sit: quandiu enim conditionem implere potest promissor,

cessat pecuniæ in stipulationem deductæ petitio. Objicies, nec immerito, quod est in *l.* 17. §. 1. *de manum. test.* de libertate data hoc modo: *Stichus liber esto, si Capitolium non ascenderit.* (Nostri auctores frequentissime utuntur istis conditionibus, *si Capitolium ascenderis, non ascenderis*: nec tamen in eorum scriptis ubique est integrum *Capitolii* verbum. Uno loco, cum esset scriptum per compendium nomen *Capitolii*, hoc modo, Cap. ex eo compendio fecere *causam publicam*: et manet adhuc hodie error a Budæo non animadversus in *l.* 2. *ff. de in jus voc. qui equo publico in causa publica* pro *in Capitolium*: quod quisque intelligeret, si ad Budæum heic adjiceret quod scripsit Plin. de Fab. Rutilliano, eum statuisse, ut Idib. Quintilibus equites Romani ab Æde Honoris in Capitolium transirent equo publico insidentes. Ulpian. in Fragment. *tit. de jur. donat. int. vir. et ux. Si quis equo publico honoratus fuerit*, hoc est, si sit factus eques Romanus. Et eam transvectionem equitum Halicarnasseus vocat pompam habentium equum publicum. Dum fit ea transvectio sive pompa, non potest eques Romanus extrahi inde, et in jus duci ex constitutione Augusti. Verum quod attinet ad *d. l.* 17. §. 1. *de man. testam.* Si ita sit data libertas, *Si Stichus Capitolium non ascenderit*, an hanc conditionem interpretabimur, ut in stipulatione proposita hoc loco, si certum erit Stichum Capitolium ascendere non posse? Minime: sed ita accipiemus, si cum primum Stichus potuerit ascendere Capitolium, non ascenderit, si data ascendendi occasione non usus fuerit. Longe igitur aliter hæc verba accipiemus quam in stipulatione, de qua hic agitur. Cur tam varie? Dicam eam interpretationem fieri favore libertatis, ut valeat potius libertas, quam pereat: esset enim inutilis, si ea verba interpretaremur de mortis Stichi tempore: ut solemus ea interpretari in stipulationibus, in quibus mors attenditur: libertas enim conferretur in tempus mortis servi, quo modo dari non potest, *d. l.* 17. *in princ.* ut si dicas: *Stichus cum morietur liber esto.* Ridiculum id est: et quæ in testamentis scribuntur ridicula, pro nullius habentur. In stipulationibus aliud erit: hæc possunt conferri in tempus mortis aliud et in legatis quæ et in tempus mortis legatarii conferuntur recte, *l.* 79. §. 1. *de cond. et demon.* et utique legatum videtur collatum in tempus mortis legatarii, si datum sit sub hac conditione, *si non ascenderis Capitolium*: nec enim ita interpretabimur hanc conditionem, si certum esse cœperit eum non ascendisse, et præstabitur legatum vivo legatario, seu repræsentabitur, si modo caveat se redditurum legatum, si defecerit conditio legati, hoc est, si ascenderit Capitolium, *l.* 7. *eod. tit.* quæ appellatur cautio Mutiana, quod proposita a L. Mutio et introducta quidem in legatis, ut præstita cautione repræsentetur legatum, sed non introducta est in stipulationibus. Sequitur in hac l. eandem interpretationem esse faciendam, si quis ita stipuletur, *si Pamphilum non dederis, centum dari spondes?* Nam Pegasus existimat, non aliter committi stipulationem, quam si Pamphilus desinat dari posse, ut si mortuus esset Pamphilus, esset pœnæ petitio: quandiu enim Pamphilus dari potest, cessat pœnæ petitio. Verum in hac specie dissentit ab eo Sabinus diversæ scholæ auctor, qui existimat eam stipulatione committi statim atque promissor Pamphilum dare potuit, nec dedit: nec expectandam Pamphili mortem, si modo et promissor interpellatus fuerit: necessaria est mora, necessaria interpellatio ex *l.* 24. *quand. dies leg. ced.* Ergo hæc stipulatio; *si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* committitur statim atque Pamphilum dare potuerit, nec dedit, cum interpellaretur. Nam si promissor moram non faciat in dando Pamphilo, nondum ab eo decem peti possunt. Et circumscribendum est quicquid hac de re dubitans scribit Accurs. ad hanc l. 24. in verbo *interpellatus*; Est igitur hac in re summa dissensio inter Pegasum et Sabinum, scilicet, cum stipulationis dies præfinitus non est. Nam si ita sim stipulatus: *Si Calendis Juliis Pamphilum non dederis, decem dari spondes?* Est sane hoc casu inter utrumque summa consensio: uterque enim putat stipulationem committi ex die Kalend. *l.* 8. *hoc. tit.* sed die non præfinito dissentiunt inter se. Pegasus spectat verba stipulationis, *si Pamphilum non dederis*, quæ proculdubio significant, si Pamphilum quandoque non dederis. At Sabinus spectat mentem contrahentium, quæ hæc videtur esse, ut pecunia præstetur, si promissor moram fecerit in præstando Pamphilo, si interpellatus non præstet Pamphilum: videntur stipulantes alterutrum voluisse mox præstari, vel Pamphilum, vel pecuniam. Et Sabinus hoc comprobat exemplo penus legatæ, deducto ex scriptis Mutii. Finge: Quidam ita legavit: *Hæres meus illi penum meam dato, si penum non dederis, centum dato.* Q. Mutius ait confestim centum peti posse: et hoc quoque admitteret Pegasus in hac specie: nam hoc ait Q. Mutius esse receptum utilitatis gratia ex voluntate defuncti (licet hanc interpretationem non ferant verba legati) et adjicit ex natura rei legatæ; adjuvatur conjectura voluntatis ex natura penoris legati, quod diutius servari non potest. Est enim penus proprie omne id, quod esui potuique est, et cellarium vocatur. Julius Firmicus *omne*, inquit, *quo vescuntur homines penus di-*

citur. Idem et M. Tull. 1. de Nat. D. hinc penaria cella. Ergo JC. omnes facile admittent, si non præstetur penus, centum præstari ob voluntatem defuncti, et naturam rei legatæ. Et ait Papinian. *confestim*, aut statim penum esse præstandam interpellato hærede, ut præstet, aut eam pecuniam *peti posse*: quæ verba maxime indigent interpretatione, nec sic accipienda sunt, *etiamsi moram non fecerit hæres, aut interpellatus non fuerit, ut penum præstaret*, hæc vitiosa interpretatio est. Nam non aliter peti possunt 100. quam si moram fecerit in præstando penore *d. l.* 24. sed sic accipienda, *etiamsi penus adhuc præstari possit, si extet, si corrupta non sit*: et ita etiam articulum *statim* accipere oportet, *l.* 19. *quan. dies leg. ced.* Et Paulus in *d. l.* 24. *eod. tit.* addit idem esse, si testator fundum legaverit, et si fundum hæres non præstiterit, pecuniam certam dari: nam ea pecunia statim peti potest, si hæres moram fecerit in præstando fundo. Ergo idem dicemus si hominem legaverit, et si non præstaretur homo ab hærede, 100. daret: nam 100. statim peti possunt, si moram fecerit in præstando homine legato. Nec separabimus res ceteras a penore legato. Natura penoris legati id facile admittit. Sed tamen idem admittemus in ceteris rebus, ut si ita dixerim: si Pamphilo eum fundum non dederis, 100. dato. Verum pugnare videntur hæ duæ leges *d. l.* 19. *et d. l.* 24. Si testator ita dicat, si penum intra Kalendas non dederis 100. dato, l. 24. ait, duo esse legata, l. 19. ait, unum esse legatum, quod magni interest scire. Sed controversia facile sic dirimi potest: ante moram hæredis, antequam interpellaretur, duo sunt legata, unum purum, alterum conditionale pecuniæ certæ. Post moram hæredis unum est legatum, hoc est, pecuniæ, non pœnoris; pecunia sola est in obligatione: penus vero est in conditione, imo et in solutione, vel præstatione, quia hæres solvendo penum liberatur obligatione dandæ pecuniæ, et in jure certissimum est, moram emendari, sive purgari obligatione seu præstatione ejus, in quo præstando moram traxit usque ad litem contestatam *l.* 84. *hoc tit.* nam post litem contestatam, ut in hoc casu post petitiam pecuniam, sera est emendatio moræ, et nihilominus lis de pecunia peragitur. Post moram hæredis, legatum penoris transfunditur in legatum pecuniæ, quæ translatio ademptio dicitur *d. l.* 24. ademptio est prioris legati: atque ita modo translatum, modo ademptum dicitur in *d. l.* 24. Ergo concludamus: Ante moram hæredis duo esse legata; post moram vero unum esse. Ante moram unum capi jure legati, si ultro eam solvat hæres, quia duo intelliguntur esse legata: post moram hæredis, penum non capi jure legati, sed mortis causa: quod maxime interest scire, quia lex Falcidia locum non habet in mortis causa capionibus: fuit enim tantum de legatis minuendis, quæ absumerent hæreditatem supra dodrantem: sed porrecta etiam est lex Falcidia ad fideicommissa testamento relicta ex Senatusconsulto Pegasiano, vel codicillis testamento confirmatis. Quinimo ex constitutione D. Pii porrecta est etiam ad fideicommissa relicta ab intestato: et postremo ex constitutione D. Severi, ad donationes causa mortis: nondum vero est porrecta ad mortis causa capiones, neque porrigi sine constitutione potest. Mortis causa capio est acquisitio, quæ obvenit ex morte alterius, sive per causam mortis: quæ proprio nomine caret: nam non est hæreditas, non legatum, non fideicommissum, non donatio causa mortis. Exempli causa, si quid detur conditionis implendæ causa, puta, *Liber esto si Titio decem dederis*, Titius non capiet ea decem jure legati, vel fideicommissi, sed mortis causa. In mortis causa capionibus non est legi Falcidiæ locus, *l.* 95. *ad l. Falcid. l.* 1. §. *item, si eod.* Ergo multum interest scire, utrum quid capiatur jure legati, an fideicommissi, an mortis causa capionis: si ante moram hæres præstat penum, deducet Falcidiam: si post moram, præstabit integram non deducta Falcidia. Et hoc obtinet, si penus non sit legata, sed dixerit simpliciter testator: *Hæres meus, si illi penum non dederis*, 10. *dato*, pecunia sola est in obligatione, penus in solutione. Non igitur intelligitur legata penus, et si præstetur integra præstabitur, *l.* 1. *de pen. leg. d.* §. *item si.* Ostendemus id frustra non dici. Finge, testatorem ita dixisse: *Hæres penum dato, et nisi dederis, centum dato.* Finge mori legatarium, an transmittet legatum in hæredem? constat legatarium pura transmittere in hæredem, non conditionalia. Ergo si ante moram legatarius decesserit, hæres ejus habet penoris petitionem, quia legatum purum tantum in eum transmissum est; legatum pecuniæ, quod erat conditionale, in eum tsansmitti non potuit. Quod si post moram legatarius decesserit, non erit hæredi ejus petitio penoris, quia translata est in legatum pecuniæ, atque ita adempta est penus legatario, sed erit tamen petitio pecuniæ hæredi, quia extitit conditio legati, antequam moreretur legatarius, quod demonstrat *d. l. si penum* 24. secundum quæ hæc verba: *si penum non dederit*, sic interpretamur, *si moram fecerit, si interpellatus non dederit*: nam post moram unum est legatum conditionale: ante moram duo sunt legata. Verum quid tandem statuemus de illa dissensione, quæ est inter Pegas. et Sabinum? componit eam Papinianus adhibita distinctione, et ostendit, suo casu verum esse sententiam Pegasi,

et item suo veram Sabini, neutram explodendam: sed utramque suo casui aptandam. Stipulationem ita conceptam: *si Pamphilum non dederis* 100. *dare spondes?* Pegasus dicebat non committi quandiu viveret Pamphilus: Sabinus committi statim post moram promissoris, hoc est, si interpellatus congruo loco et tempore Pamphilum non dederit, quod confirmabat exemplo penoris: si hæres penum dare jussus sit, et si non dederit, centum dare damnatus sit, constat inter omnes statim atque hæres moram fecerit in danda penu 100. deberi, et peti posse jure legati, licet penus extet. Cur ergo non idem in stipulationibus admittemus? non esse hac in re cur separemus stipulationes a legatis. Est enim frequentissima comparatio legatorum et stipulationum: non est etiam cur separemus penum a ceteris rebus, quamvis in ea propria quædam natura sit. Magna est igitur Pegasi et Sabini dissensio: eam composuit Papinianus suo cuique casui applicando: et huic dissidio quasi se medium interposuit, vel ut utar nostris verbis, ercisculidum, id est, medium: quo verbo Servius significat eos, qui se medios dirimendis litibus interponunt. Igitur vera est Sabini suo casu: vera itidem Pegasi suo casu. Dicamus primum de Sententia Sabini, quæ vera est, si ponas, ut posuit penum legatam pure, pecuniam sub conditione, si penus non daretur. Etiam hoc in casu ita ponas Pamphilum in stipulationem deductum hoc modo: *Pamphilum dabis, si non dederis tot dabis?* Re ita gesta, si moram feceris in dando Pamphilo, pecuniæ petitio erit adversum te, nec expectabitur mors Pamphili: optima ratione, quia apparet contrahentes Pamphilum voluisse dari quum eum pure deduxerunt in stipulationem. Itaque si interpellatus promissor Pamphilum non dederit: statim committitur stipulatio pecuniæ: nec expectatur cum Pamphilus dari non possit. Nec tamen idem dicemus in stipulatione, de qua actum est initio hujus legis, *te sisti certo loco, et si non sisteres tot dari*, quia ea stipulatione id agitur, ut quandocunque, et quocunque die volueris, te sistas eo loco, alioqui inutilis esset stipulatio: hic non id agitur, ut quandocumque velis Pamphilum des, quod etiamsi non agatur, stipulatio valet. Ergo sic statuamus in specie proposita: stipulatio pœnalis committitur statim atque moram fecerit in dando Pamphilo, cum Pamphilus initio pure deductus fuit in stipulationem, ac deinde pecunia sub conditione, si Pamphilus non daretur. Et hoc elegantissime summus juris auctor ait esse verum indistincte, id est, sive id actum sit ut Pamphilo non dato, Pamphilus et pecunia peteretur: quæ conventio valet, *l.* 16. *sup. de trans.* et solet exprimi hac formula, *rato manente pacto, hoc sensu: Pamphilum dabis, et si non dederis, et Pamphilum, et pecuniam dabis.* Et idem ait verum esse sine dubio, quia evidens est, quod voluerint contrahentes Pamphilum dari, quem iterato in conventionem deduxerint, quod iterum deduxerint in stipulationem: sed adjecit, idem dicendum, si actum sit ut Pamphilo non dato, sola pecunia petatur: nam quod semel sit Pamphilus deductus in stipulationem, hoc demonstrandæ voluntati contrahentium satis abundeque est. Ergo sive hoc, sive illud actum sit, stipulatio pecuniæ committitur statim ubi mora facta est in dando Pamphilo. Et hæc ait de Sabini sententia. Ex quibus satis intelligitur, quando sit locus sententiæ Pegasi, quæ potest recipi, si stipulatio cœperit a conditione hoc modo: *Si Pamphilum non dederis, tot dare spondes?* id est, si Pamphilus non fuerit in stipulatione, sed in conditione tantum, quia hoc casu contrahentes non omnino enixe aut districte voluerunt Pamphilum dari, quem non deduxerunt in stipulationem, sed hoc potius senserunt, ut promissor se posset liberare obligatione pecuniæ dando Pamphilum cum vellet: atque ideo quandiu promissor dare potest Pamphilum, pecunia peti ab eo non potest, quia est ei integrum implere conditionem, et Pamphilum dare: atque ita non alligari dationi pecuniæ. Et idem omnino dicendum in legatis, si testator ita dixerit, *si penum, fundum, vel Pamphilum non dederis* (nihil refert, quid ponatur in conditione) *centum dato:* nec enim poterunt peti statim centum, quamdiu res, quæ in conditione est, dari potest. Et rectissime idem Pegasus etiam ante Papinianum docuit locum habere in iis stipulationibus, quæ incipiunt a conditione, *si Capitolium non ascenderis, si Alexandriam non iveris, tot dari spondes?* et quia incipiunt a conditione ascendendi, aut eundi, non a stipulatione, hæ stipulationes non committuntur statim, nec antequam declaratum fuerit conditionem expleri non posse. Ergo concludamus: Id quod est in conditione tantum, est etiam in solutione, in petitione vel obligatione non est. Huic definitioni opponitur *l.* 9. *l. qui Romæ* §. *Flavius, hoc tit. l. nuda, C. de contr. stip.* ex quibus efficitur, id, quod est in conditione etiam esse in petitione. Species l. 9. hæc est. Primus, et secundus separatim de te stipulati sunt hoc modo: si illi fundum non dederis, mihi dabis. Vel sic: Duo de te fundum separatim stipulati sunt. Primus sic: si secundo fundum non dederis, mihi dabis, et retro secundus: si primo fundum non dederis, mihi dabis: quid fiet? quis potior erit in obtinendo fundo? Is, inquit, qui agere occupaverit, actio alterius, erit finis dandi alteri, et qui prior petierit fundum, is excluserit alterum et fecerit, ut videa-

tur impleta conditio, id est, non datus fundus alteri, cum agere occupavit. Fundus fuit in conditione, et est etiam in petitione: sed et nominatim fuit fundus in obligatione. Et male Accurs. non aliter ab eo se explicat, quam dicendo, conditionem eam, vel stipulationem, esse inexplicabilem, et ideo non subjicitur regulis juris. Falsum vero hoc est, eam esse inexplicabilem: inexplicabilis conditio est, quæ existere non potest, vel quam extitisse constituere non potes, quin inveniatur non extitisse: et e contrario, ut in *l.* 16. *de condit. instit.* testator ita dixit: si Primus hæres erit, Secundus hæres esto, si Secundus hæres erit, Primus hæres esto. Primus non potest hæres existere, quin Secundus existat: et contra non potest Secundus hæres existere, quin existat Primus. Res est inexplicabilis: atque ideo inutilis institutio: non enim possis constituere, quis sit hæres, consultusque nihil potes respondere, nisi quod Celsus, quodam loco uno verbo respondit, ἀπορῶ, *subsisto*, ἀποδία vitiat institutionem, vitiat omnia negotia. Sed tamen in *d. l.* 9. nulla est ἀποδία talis: nam occupat alter, et agendo existit conditio, et, ut ait Pompon. in *d. l.* 9. finis dandi alteri est, quoad agat alter, id est, intelligitur non posse alterum agere, cum agit alter. Sed tamen valde placet quod ibi adnotavit Accursius, quia repeti videtur ab eo, quod scribit M. Tullius in Lucullo: quanquam id didicerit potius ex Boetio: et verum est quod ait: *Inexplicabilia non subjici regulis juris*: utitur exemplo Dialecticorum, quorum axioma est: *omne aut verum esse, aut falsum*, notum non tantum M. Tullio, sed et nostris auctoribus; nec etiam id condemnat disciplina Stoicorum: excipiunt inexplicabilia; nam nec vera, nec falsa esse possunt, *l. qui quadringenta*, *ad l. Falc.* et utitur exemplo accomodatissimo Marc. Tull. de loco: *Si te dicis mentiri, et non mentiris, mentiris igitur*: cui simile est, quod Accurs. subjicit, *Si sancte juras te pejerare, et non juras, sancte pejeras*, inquit Contra: *si sancte juras te pejerare, et juras sancte, non pejeras igitur*. Hæc sunt quæ dicuntur inexplicabilia, ἄπορα. Sed in *d. l.* nulla est inexplicabilitas. Altera lex est *l. qui Romæ*, §. *Flavius hoc tit.* species hæc est. Donavi servum, ut manumitteres, et si non manumitteres, stipulatus sum pœnam: an possum agere, ut servum manumittas omissa pœnæ petitione? sic sane, et quod est in conditione, est etiam in petitione, quod, inquam, fuit in conditione et stipulatione, est etiam in petitione, et agam de manumittendo servo. Sed respondendum: id quod est in hac specie, non est in stipulatione, sed est in conventione, quia donavi ea lege ut manumitteres, ex qua est actio præscriptis verbis. Difficilior est *l. nuda*, *de contrah. stip.* Certum est, ex pacto nudo non nasci actionem, vel si non animo stipulandi ita convenerit inter nos, Dabis? dabo, non conceptis verbis: nam stipulatio fit solemniter, et a JC. definitur conceptio verborum, qua oratione significatur solemnitas stipulationis. Sed si quibuscunque verbis convenerit, ex eo pacto nudo non nascitur actio, sed exceptio tantum. Finge, convenisse inter nos pacto nudo, ut dares mihi aliquid, et mox: si non dares, stipulanti mihi te promisisse quanti ea res esset dari. Quod convenit pacto nudo, fuit tantum in conventione, non in stipulatione, nec fuit etiam in alia obligatione, quia ex nudo pacto non nascitur obligatio. Et tamen *d. l. nuda* ait, agi posse de eo quod stipulatione comprehensum est. Id igitur, quod est in conventione, est in petitione: dicamus breviter, in specie *l. nuda*, id, quod est in conventione, non est in stipulatione, non est in obligatione. Fateor: sed est in conventione nuda, ex qua non nascitur quidem actio, sed agi tamen ex ea potest reo patiente: quod si non patiatur, tum incidit in pœnam stipulatione expressam. Ergo brevius ita respondendum. Imo non est nolente reo, ac simul volente reo est. Hæc dixisse sufficiebat ad hanc *l.* 115. Sed necesse est ut de vexata illa quæstione inter interpretes dicamus aliquid. Quæstio est, an stipulatio pœnalis novet priorem stipulationem: vel, an ita perimat ac tollat priorem, ut ea sola valeat, nam novatio peremptio est. Quæritur, inquam, an possit solum agi ex posteriori stipulatione pœnali? Nihil est certius, stipulatione pœnali non novari priorem stipulationem, *l.* 28. *de act. empt. l. si quis, et l. seq. pro soc. l.* 14. *C. de pact.* et ratio est evidens, quia numquam fit novatio, nisi id agatur: sed in dubio non fit. Agi cum dicimus, tacitam voluntatem, non expressam intelligimus, *l.* 3. *de reb. cred.* nisi adjiciamus agi nominatim, ut in *l.* 9. *de in diem addict.* Agi enim verbo significatur tacitus intellectus, et ei opponitur verbum caveri. Jure veteri non fit novatio, nisi id agatur tacite: jure novo ex constitutione Justiniani non fit novatio, nisi id agatur nominatim et diserte, *l. ult. C. de novat.* Alioqui res procedit, ut ait Justinianus ἀνοβατετύτως, ut pridem restitui. Ergo liberum est stipulatori utra maluerit agere, priori, an posteriore tantum. Obstat *l.* 44. §. *ult. de oblig. et act.* In ea lege proponitur hæc stipulatio, *si fundum non dederis, centum dari*, et ait eleganter sola 100. esse in stipulatione, fundum in solutione. Deinde proponit aliud genus stipulationis, de quo tamen idem statuemus, quod de priore: *stipulor navem ædificari, nisi ædifi-*

caveris, centum. Quæritur, an duæ sunt stipulationes, una pura, altera conditionalis? Sane ante moram promissoris duæ sunt stipulationes, ut dicebamus nuper de penu legata: post moram promissoris, hoc est, postquam noluit navem ædificare, et exiit tempus, quo fieri potuit, an etiam sunt duæ stipulationes? Videntur quodammodo. Sed magis est, ut dicamus, priorem quasi transferri in stipulationem pecuniæ, et quasi novationem fieri: ac proinde solam pecuniam in petitione esse. Ergo stipulatio pœnalis novat priorem. Est vitiosa collectio. Nam multum differunt inter se, fieri aliquid, et quasi fieri. Et in jure modo dicunt juris auctores, fieri aliquid absolute, modo quasi fieri. Non fit igitur novatio cum dicat Paul. *quasi novationem fieri.* Quinimo ex hoc potius colligas, non fieri novationem. Sed cur fit quasi novatio? quia superest solius pecuniæ petitio, nec jam agi potest de nave facienda. Cur tamen non fit novatio hodie? quia non eadem res venit in utramque stipulationem. Nam in una venit navis, in altera pecunia, et fit novatio duobus tantum modis: aut cum mutatur debitor, ut cum alius pro alio principalis assumitur, qui dicitur expromissor, non ut fidejussor, qui dicitur adpromissor. Item fit novatio, cum mutatur causa debendi, ut cum quod debetur ex testamento, convertitur in causam stipulationis, ut deinceps debeatur ex stipulatione, non ex legato. Et in summa fit novatio per mutationem debitoris, vel causæ debendi. Novatio non est si mutetur res, ut si convenerit, ut pro nave detur pecunia, sed tantum quasi novatio est post moram debitoris, quam fecit in nave ædificanda, quia solius pecuniæ petitio superest.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. III. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VIII. de Statu homin.

Imperator Titus Antoninus rescripsit, non lædi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti.

Antoninum Pium Papinianus refert rescripsisse, non lædi statum liberorum ob tenorem instrumenti male concepti. Tenor instrumenti male concipitur, si quid falsum scriptum sit errore vel simulatione, ut in *l.* 16. *C. de liber. cau. et in l. ult. C. de ingen. man.* si liber homo sponsaliorum, id est, arrarum nomine quasi servus datus sit, ait utraque lex, eam rem nihil officere libertati, nec lædi statum capitis, hoc est, ex ea re liberum non fieri servum, quod utique verum est etiam si volente libero homine, et sciente, vel patiente conscriptum instrumentum fuerit: nam etsi palam edixerit in jure, se servum esse, non fit propterea servus: nemo fit servus nuda voluntate, confessione, vel scriptura nuda, aut nuda conventione, *l.* 37. *de lib. caus. l.* 6. *l. parentes, l. liberos, l. interrog. C. de lib. caus.* Servi enim aut nascuntur, aut fiunt, et non quovis modo, sed certis tantum, bello, pretio seu præmio, ut est in *l.* 2. *C. Th., ad SC. Claudian.* Bello, si capitur ab hostibus liber homo, quæ est jurisgentium servitus: præmio vel pretio fiunt servi (his enim nominibus præmii et pretii promiscue utimur) cum liberi homines se vendunt, vel etiam se venire patiuntur ad pretium partiendum, prodita scilicet libertate sua, §. *servi autem, Inst. de jur. pers.* Servi etiam fiunt connubio, quod est e Senatusconsulto Claudiano (ut et illud de pretio, quod diximus) ut puta, si mulier libera junxerit se servo alieno, nolente domino servi, *l. si apud. C. Th. de lib. cau.* quod tamen hodie sustulit Justinianus, §. *ult. Inst. de suc. sublatis, etc. l. un. C. de SC. Cl. toll.* Item fiunt servi, si liberi homines actum domini gerant, id est, si venundari se patiantur, ut actum ejus qui emit gerant, *l. si quis, §. irritum, de injust. rupt. et irr. fac. test.* Et id fit hac puto ratione, quod actorem esse tantummodo ad servos pertineat; et inde nomen servi actoris, qui est columen totius familiæ. Postremo servi fiunt in censu, id est, cum liberi homines censeri nolunt, quod descendit ex lege Regia, seu ex 12. tabulis: quod enim est ex lege Regia, id etiam est ex 12. tabulis: nam leges Regiæ translatæ fuerunt in 12. tabulas. Ut servus censu fit liber: sit contra liber fit in censu servus, id est, sicuti servus, si permissu domini nomen in censum detulerit, liber efficitur: soli enim cives Romani censentur: sic contra, si quis liber census non fuisset, pro servo habebatur, et a populo vendebatur. His igitur modis fiunt servi, non scriptura nuda, vel errore male concepti instrumenti. Hi non sunt legitimi modi mutandæ conditionis, seu adquirendi dominii servi; sicut nec cujuslibet alterius rei dominium nuda conventione nobis adquiritur. Et in summa, nuda voluntate, aut nudo pacto non fit servus. Hæc igitur non mutant statum capitis, velut ait *l.* 27. *C. de liber. cau.* hæc non mutant statum veritatis, vel nomen substantiæ ejus hominis, qui vult fieri servus. Quod est patrimonium, non fit peculium, non mutatur nomen bonorum et substantiæ in nomen peculii, nam in servo non nomen tantum sed et conditio et substantia mutatur, cumque in cujus potestatem redigitur servus effectus, bona sequun-

tur et accipiunt nomen peculii novum. Posset etiam quis rescriptum D. Pii referre ad instrumentum manumissionis, quod qui servum manumittit præstare cogitur, *l. sicut datam, de lib. caus.* et satis antiquum manumissionis exemplum ita fere scriptum legi: *Ille civis Romanus esto, ita ut ab hodierna die ingenuus, atque ab omni servitutis vinculo securus permaneat, tamquam si ab ingenuis fuisset parentibus procreatus. Eam denique pergat partem, quamcumque elegerit, ut deinceps nec nobis, nec successoribus nostris, ullum debeat noxiæ conditionis servitium, sed omnibus diebus vitæ suæ sub certa plenissimaque ingenuitate, sicut alii cives Romani, per hunc manumissionis atque ingenuitatis titulum, semper ingenuus et securus existat.* Hæc verba demonstrant servum manumissione ingenuum fieri, non libertinum. Quod jure novissimo obtinuit. Sed finge, esse in instrumento manumissionis errorem in nomine manumissi, an ejus læditur status si modo de corpore constet? minime, *l. qui habebat, de manu. test.* Possis etiam rescriptum Pii referre, ut facit Accurs: ad professionem natorum liberorum, quæ a parentibus solebat fieri apud acta, ad quem respicit *l. 2. C. si min. se maj. dixerit,* ubi proponitur minorem 25. annis ætatem probasse ex tabulis professionum, παιδογραφιῶν ibidem in Basil. appellantur ἀπογραφαὶ του πατρὸς, quæ etiam possunt fieri a matre absente marito, vel ab avo absente patre, *l. 16. de prob. l. 2. de excus.* Modest. ait, ex iis, nempe ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ ἑτέρων ἀποδείξεων νομίμων probatur ætas. Hæc est præcipua causa instituendarum harum professionum, ut ex iis probetur ætas hominum, quæ probatur etiam ex professione censuali, *l. 3. de censibus.* Denique probatur testibus et obstetricibus, et ex aspectu corporis, *l. 3. C. si min. se maj. l. 32. de min.* nam et pubertatem ex aspectu verecundioris partis in masculis olim dijudicabant: in fœminis vero ex anno 12. qua in re fuit controversia inter Cassianos et Proculianos: in maribus erat dissensio: Cassiani ex habitu illius partis æstimabant, Proculiani ex annis. Priscus Javolenus ex utroque, aspectu et annis. Verum Justinianus Proculianorum sententiam probavit, ut ætas in maribus probaretur ex annis. Sed de professione natalium tantum loquamur. Si mulier, quæ erat gravida repudiata sit, et post repudium filium enixa, odio mariti, cum filium absente marito, ut spurium, actis professa sit: nihil ea res lædit statum filii, veritati locus superest: ideoque mortua matre intestata poterit filius hæreditatem matris adire jussu patris: quæ est species *l. 29. §. ult. de prob.* Et hanc solam legem annotari vellem ad hoc rescriptum Antonini Pii non lædi statum liberorum, id est, τῶν παίδων, ut accipit Accurs. ob professionem natalis male conceptam.

Ad L. Pen. de Negot. gest.

Ignorante quoque sorore, si frater negotium ejus gerens, dotem viro stipulatus sit: judicio negotiorum gestorum, ut virum liberet, jure convenitur.

Frater pro sorore dotem dedit, ut debet, quod maxime notandum est, videlicet si sit consanguinea, et si aliter nubere non possit, *l. cum plures 12. §. pen. de adm. tut.* qui locus singularis est, ut frater cogatur exhibere sorori paternum officium. Finge igitur: Frater cum esset animi paterni erga sororem, pro ea dotem dedit, et ignorante sorore, animo gerendi negotia sororis, a viro stipulatus est soluto matrimonio sibi dotem reddi. Papinian. ait, fratrem sorori teneri act. neg. gestorum, quamvis ipse dotem dederit, in hoc ut virum accepto liberet, si velit soror virum sibi obligatum, non fratri, vel etiam teneri negotiorum gest. judicio, ut cedat sorori actionem ex stipulatu, vel maritum deleget sorori, denique emolumentum ejus stipulationis perveniet ad sororem, non ad fratrem, cum nec stipulando sui negotii gerendi animum habuerit, sed sororis: locus est actioni negotiorum gest. si ignorante sorore stipulatus sit. Quid si sciente et mandato sororis ita stipulatus sit frater in eadem causa, quam diximus? tenebitur actione mandati. Idem erit si mater pro filia dotem dederit et stipulata sit, *l. idemque. 10. §. si cui mandavero, ff. mand.* in qua citatur Papin.

Ad L. Si filius XXX. de Minorib.

Si filius emancipatus contra tabulas non accepta possessione post inchoatam restitutionis quæstionem, legatum ex testamento patris major 25. annis petiisset, litis renuntiare videtur, cum etsi bonorum possessionis tempus largiretur, electo judicio defuncti repudiatum beneficium prætoris existimaretur.

Hæc l. est de filio emancipato præterito testamento patris. Filius præteritus est, qui in testamento patris silentio omissus est, id est, qui neque hæres institutus est, neque exhæredatus. Sed quid si ei aliquid legatum sit relictum, aut fideicommissum, an præteritus videbitur? Sic sane, quia omissus est in parte principali testamenti, id est in institutione, quæ est caput testamenti. Differentia autem est inter suum et emancipatum filium. Nam si filius suus testamento patris præte-

ritus sit, testamentum est ipso jure nullum. Quod si filius emancipatus testamento patris præteritus sit, valet quidem testamentum, sed rescinditur beneficio Prætoris, data bonorum possessione contra tabulas; quæ tamen intra annum petenda est: post annum rescindi non potest per bonorum possessionem contra tab. Filius igitur emancipatus potest judicium patris intra annum rescindere per petitionem bonorum possessionis contra tabulas: quam tamen si intra annum legatum vel fideicommissum, quod ei, vel servo ejus relictum est, elegerit, videtur repudiasse, quia agnovit judicium defuncti, *l. 3. §. ult. de bon. poss. cont. tab.* idemque est, si quocumque alio modo agnoverit judicium patris, *l. 15. si præteritus, eod. tit.* nam et filius suus, si approbavit judicium defuncti, testamentum ex æquo et bono sustinetur, quamvis sit ipso jure nullum, *l. 17. filio præterito, de inju. test.* Amittit quoque filius emancipatus bonorum possessionem contra tabul. tempore sive omissione. Nam in jure amittere latius patet, quam omittere: nam amittere est tempore excludi, ut si intra annum non petierit bonorum possessionem, eam amisit. Sed si cum esset minor 25. annis, bonorum possessionem omiserit intra annum beneficio ætatis, quia lapsus est lubrico ætatis, post annum per restit. in int. rursus admittetur ab bon. possessionem contra tabulas. Verum hæc restitutio datur causa cognita, vocatis scilicet iis quorum interest, *l. 13. §. causa. l. 29. §. ult. de minor.* Et ideo in hac *l. 20. et in l. 6. si intra, C. de in integ. restit.* causa restitutionis dicitur lis, et qui eam postulat, quive de ea controversiam movet, dicitur agere. Itaque non male dixeris causam restitutionis in integrum esse litem: nam quod inter partes duas disceptatur causa cognita, lis est, actio est: et vera definitio actionis est, inter partes duas disceptatio causa cognita, si quidem velis litem, aut actionem non accipere latissime. Finge nunc: pendente lite restitutionis in integrum, is, qui petiit restitui, qui litem fecit, jam factus major 25. annis legatum agnovit, an et hic rursum amittet bon. poss. cont. tab. Amiserat eam jam ante anno elapso, sed desiderat se restitui in integrum, quia minor lapsus esset lubrico ætatis, et cum nondum desiderium suum explevisset pendente lite legatum agnovit, quid fiet? videtur, inquit, petitionem bonorum repudiasse, ut in *l. Papin. 20. hoc tit.* quia minori etiam ex hoc causa possit subveniri. Concludamus, sive post annum pendente lite restitutionis in integrum minor 25. annis agnoverit judicium defuncti, hoc est, legatum acceperit, vel fideicommissum ei relictum, sive intra annum minor aut major illud fecerit, amittit bonorum possessionem contra tab. Et ita omnino videtur argumentari Papin. in hac l. si intra annum electo legato amittitur bonorum possessio: et post annum multo magis, licet ad restitutionem in integrum lis contestata fuerit. Ex hoc loco intelligitur minori 25. annis currere tempora, sive dies petendæ bonorum possessionis; minorem excludi tempore a prætoris beneficio non minus quam majorem: male hic Accurs. in verbo prætoris, putat emendari in *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. est neces.* quæ lex generaliter definit, exceptiones temporum minoribus non nocere; ex quo efficitur, non currere ullum tempus minoribus, nec eis necesse esse, ob eam rem petere restitutionem in integrum, quandoquidem ea minoribus non exeunt nec pereunt. Sed ita respondendum. Fateor exceptiones temporales minoribus non nocere, nec omnia, quæ tempore majoribus pereunt, etiam minoribus perire: quædam tempore pereunt per exceptionem, non ipso jure: hæc non pereunt minori. Quædam pereunt ipso jure, non opposita exceptione temporali: hæc pereunt minori: et ita dicamus, annum petendæ bon. possessionis currere minori ipso jure, cumque repelli, nisi eam petierit, quæ anno definitur. Similiter quoque annus currit minori, qui est præfinitus ad implendam voluntatem defuncti, *Novell. 1. de hæred. cap. 4.* Item minori currunt tempora interponendæ appellationis, si forte condemnatus sit, *l. 7. ait prætor, §. item si, hoc tit.* Currunt minori etiam tempora præfinita finiendis litibus, puta tempus triennii in causis civilibus, ac nisi triennio peragat, ipso jure lite cadit, *l. properandum, §. ult. C. de jud.* Sæpe nostri auctores utuntur ea *lege ult. C. in quib. caus. in integ. rest.* ut scilicet ex ea ostendant pleraque jura emendari: sed quæcunque emendant, accipienda sunt restricte. Hæc igitur *l. ult.* stricte est accipienda, de iis scilicet, quæ minori tempore pereunt per exceptionem.

Ad L. Denique si emptor XIX. ex quibus caus. maj. 25. ann.

Denique si emptor prius, quam per usum sibi adquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui, quia hæc sine possessione non constitit: possessio autem plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio.

Hæc lex cum præcedente et cum sequente ita connexa est, ut sine illis explicari non possit. Sciendum est, ex hoc edicto subveniri majoribus 25. annis per restitutionem in integrum, absentibus scilicet ex causa justa, veluti reipub.

causa, aut studiorum. Subveniri etiam captis ab hostibus aut aliis, qui in servitute, aut vinculis, aut custodia, aut sub fidejussorum satisdatione fuerunt, ne scilicet suæ rei damnum faciant, ne justa absentia, ne captivitas, ne servitus, ac vincula, ne cetera eis noceant: ut si interim res eorum usucapta sit, ex eo edicto usucapio rescindatur, restituta utili actione in rem, perinde ac si res eorum usucapta non fuisset: et subveniri etiam ne lucrum perdant, quod fecissent interim sine damno alterius, si ab hostibus capti non fuissent, vel alia justa ex causa peregre non abfuissent, ut si hæreditatem vel legatum, quod interim adquirere potuerunt, propter absentiam aut captivitatem, perdiderunt, id postea reversi recipiant, restituta eis utili actione ex testamento, vel utili hæreditatis petitione, *l.* 17. 27. *l.* 41. *si quis Titio, hoc tit.* Duo sunt genera lucrorum: quædam obveniunt sine damno alterius, ut hæreditas, fideicommissum, legatum: hæc recipiunt beneficio hujus edicti, si ea perdiderunt: exempli causa, si testatoris mortis tempore Italia procul abfuerint, cum tamen relictum fuisset legatum sub hac conditione, si mortis tempore in Italia essent, *d. l. si quis Titio.* Quædam lucra obveniunt cum damno alterius, ut ea, quæ adquiruntur per usucapionem, quæ usucapio lucrosa est ei, qui usucapit, et damnosa ei, cujus res usucapitur; admissa tamen legibus, et probata propter commune bonum, ut sit finis litium *l. ult. pro suo*, et *l.* 1. *de usucap.* Ad lucra ejusmodi recipienda, hoc edicto non restituitur major 25. annis. Et hoc est, quod eleganter definit Paulus in *l. præcedenti*, majoribus 25. ann. hoc edicto subveniri in damnis amittendæ rei suæ, non cum alieno detrimento. Et notandum maxime, quod ait, *ex alterius damno vel pœna*, *etc.* Inde intelligitur hoc edicto restitui actiones eas, quæ rem persequuntur, non pœnam, si interim earum dies exierit, cum temporales essent. Odiosæ actiones non restituuntur: denique, quæ rem persequuntur familiarem, quæ abest: non, quæ rem alienam cum alterius detrimento. Hujus rei exemplum subjicit Papinianus in hac *l.* 19. Finge. Titius a non domino rem alienam bona fide emit, et priusquam eam usucepisset, captus est ab hostibus. Captivitate interrumpitur usucapio: quod naturalem rationem habet: nam possessio sane captivitate interrumpitur: non enim potest sibi possidere is, qui ipse possidetur ab aliis. Captus ab hostibus possidere desinit, et usucapere igitur: nam usucapio sine possessione contingere non potest. Denique captivitate interrumpitur possessio, et usucapio. Videamus tamen, an eo reverso ab hostibus, restituatur usucapio jure postliminii, ut scilicet fingatur medio tempore possedisse, quod præcipue definitur in hac *l.* 19. Deinde videamus si usucapio non restituatur fictione postliminii, an restituatur beneficio hujus edicti, quod definitur in *l. seq.* Sed ante omnia accurate fundare oportet, quod supra diximus, usucapionem captivitate interrumpi, et proponitur in *l.* 15. *si is, qui pro emptore, de usur. et usuc. l.* 12. *in bello*, §. *facti, de capt. et postlim.* Papin. hoc loco, emptore, priusquam usucaperet, capto ab hostibus, ait, interruptam esse possessionem: Græci δεσποτείαν, idest dominium, quod scilicet usucapione adquiritur, *l. ait prætor*, §. 1. *hoc tit.* Ergo possessionem hic Papinian. accipit pro usucapione. Et recte Accurs. interruptam possessionem, hoc est, usucapionem, et ita in *l. cum miles* 30. *hoc tit.* possessio defuncti quasi juncta descendit ad hæredem, etc. quod ex hoc loco hodie in tota Gallia obtinet, ut possessio, id est, usus rei, a defuncto in hæredem transeat, etiamsi ab hærede non apprehendatur possessio: id sane summo errore obtinet: nam error hujusce consuetudinis desumptæ ex *d. l. cum miles*, *le mort saisit le vif son plus prochain lignager habile à luy succeder ab intestat sans apprehension de faict*, commissus est ab iis, qui non animadvertebant possessionem accipi illo loco pro usucapione, non pro usu rei: nam possessio re vera est usus rei, quæ definitio tradita est ab Ælio Gallo, nec in suum hæredem transit, nec in extraneum, nisi naturaliter apprehendatur, *l.* 23. *in prin. de adquir. posses.* Dominium quidem in suum hæredem ipso jure transit, vel potius continuatur, *l. in suis* 11. *de liber. et post.* In extraneum vero, ante aditam hæreditatem dominium non transit. Usucapio autem cœpta a defuncto, necdum impleta, in hæredem descendit ipso jure, et perficitur non adita hæreditate, nec apprehensa possessione, et hoc est, quod ait *l. cum miles*, ad quam adde, *et nondum apprehensa possessione.* Quæ igitur cœpit a defuncto, completur per se etiam jacente hæreditate et possessione vacua, hoc est nullo extante possessore, ac deinde proficit hæredi ea usucapio quasi perfecta, postquam adiit hæreditatem, *l. nunquam*, §. *vacuam*, *l.* 44. *justo*, §. *nondum*, *l.* 40. *cœptam*, *de usuc. l.* 6. *qui cum*, §. *ult. pro emp.* Idque est receptum et constitutum jure singulari: nam rigor juris desiderat continuationem possessionis secundum usucapionis definitionem, quæ est adeptio dominii per continuationem possessionis, etc. Est igitur in hac l. 19. πλοκή cum dicitur, possessionem sine possessione non consistere: neque enim initio idem significat verbum, possessionis, quod post. Initio est usucapio, post, usus rei. Et sensus hic est, possessio non consistit sine possessione: usucapio non consistit sine usu rei. Verum quoniam usucapio captivitate interrumpi-

tur, quid fiet, si decesserit, qui captus est ab hostibus, et non possit ad suos reverti? medium tempus proderit hæredi ad usucapionem complendam, quamvis nemo possideat eo tempore, idque per l. Corneliam, perinde ac si nondum pervenisset in hostium potestatem, *d. l. 15. si is qui pro empt. ff. de usurpat.* Quod si revertatur, an dicemus, ei medium tempus proficere ad usucapionem complendam, ut fingatur usucepisse medio tempore, quamvis revera ipse non possederit? minime. Et hoc voluit dicere Papinian. in hac *l. 19. interruptam usucapionem non restit. postliminio*, hoc est, jure postliminii adimpletam esse medio tempore usucapionem non fingi. Et utitur elegantissima ratione: *quia*, inquit, *usucapio sine possessione non constitit, possessio autem plurimum facti habet*, hoc est, in facto consistit: puta cum corpore insistis, et rei incubas: *causa autem facti non continetur postliminio*, ut Græci ὑποστροφῆς δικαίῳ οὐ περιέχεται *d. l. in bello*, §. *facti*, *de capt. et postli.* Facti causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt, hoc est, facta (puta possessiones) possidere autem, aut non possidere, non possunt reddi infecta fictione postliminii. Non potest postliminium efficere, ut videatur quis fecisse aut non fecisse, possedisse aut non possedisse, quæ secus sunt, et consequenter, ut videatur quis usucepisse, qui non usucepit. Efficit igitur postliminium, ut jura, quæ amisisti captivitate recipias, puta, dominium, patriam potestatem, libertatem, civitatem, actiones, et cetera jura omnia: non etiam ut videaris fecisse, quod non fecisti, puta, possedisse, quod non possedisti. Exponamus latius quod ait Papin. in hac l. 19. possessionem plurimum facti habere: nam etiam possessio plurimum juris habere dicitur in *l. 49. de adquir. vel amitt. poss.* Permixta igitur est possessio ex utroque, ex jure, et ex corpore seu facto possessoris, sed magis ex facto possessoris, ut indicat *l. 3. §. 1. de bonor. possess.* et hoc distat possessio a bonorum possessione: quæ plus ex jure habet, quam ex facto; plus juris est, quam corporis, ut ait lex 3. *de bon. poss.* sive ut nostri auctores loquuntur, detentationis, aut corporalis apprehensionis. Cur vero dicimus magis esse ex corpore? quia possessio initium sumit a facto, vel a corpore, id est, a naturali apprehensione, quæ duobus Digestorum locis detentatio dicitur: et hæc est proprie possessio naturalis. Facto seu corpori postea accedit animus, opinio, jus dominii: et ita perficitur possessio civilis, quæ dicitur constare tum corpore, tum animo, id est, ψυχῇ καὶ σώματι δεσπότου, ut loquitur Theoph. *l. possessionem 29. de adq. vel amitt. poss.* et quæstio hæc, an possessio sit facti, an juris, sic definienda est: utriusque est, sed factum videtur in ea præponderare, id est, magis in ea factum, quam jus inspicitur. Quod si possessio magis est facti quam juris, non continetur postliminio, et consequenter nec usucapio, hoc est, qui postliminio redit, medio tempore non intelligitur possedisse, nec igitur usucepisse. Constat igitur jure postliminio non restitui usucapionem. At quæramus, quod supra attigimus, an usucapio restituatur beneficio edicti restit. in integrum. Pertinet ad hanc quæstionem *l. 20. et l. 23. ait prætor*, §. 1. *hoc tit.* Et observandum maxime quibus gradibus procedat. Ulpian. in *d. l. 23.* ponit primum, captivum non posse inchoare usucapionem: deinde, non posse cœptam ante captivitatem in captivitate implere: tum addit non posse fingi adimpletam usucapionem, quæ cœperat ante captivitatem, a quibus causis semper sunt excipienda ea, quæ servi captivorum, qui in civitate manserunt, possederunt interim, dum dominus fuit apud hostes, ex causa peculiari. Nam reversus dominus etiam apud hostes medio illo tempore possedisse ac usucepisse intelligitur: quod quidem est receptum jure singulari, nec trahendum ad consequentias, *d. l. si is qui pro empt.* Ea tamen, quæ possedit captivus per se ante captivitatem, nec possedisse intelligitur, nec usucepisse jure postliminii, sed adjicit in *d. l. ait prætor*, §. 2. succurrendum esse captivo, qui ad suos rediit, si per captivitatem possessionem amiserit, aut quasi possessionem. Et recte definit, quid distet possessio a quasi possessione. Possidemus rem corporalem, ut fundum, quasi possidemus rem incorporalem, veluti usumfructum. Dices, ergo possessio restituitur reverso postliminio? sic sane, ea quam habuit ante captivitatem: qui redit ab hostibus, redit in possessionem rerum suarum; sed non intelligitur medio tempore quicquam possedisse. Atque ita verum est postliminio possessionem restitui et non restitui. Restitui, id est, reverti eum in possessionem earum rerum, quas ante possedit: non restitui, id est, non fingi eum quidquam medio tempore possedisse, licet fingatur interim sua omnia jura retinuisse. Verum, quod quæsivimus ante explicemus. An beneficio prætoris per restit. in integr. hoc consequi poterit, ut intelligatur medio tempore usucapionem implevisse? minime: et hoc est, quod ait l. seq. nec utilem actionem esse dandam, nec igitur postliminio restitui usucapionem, nec utilem actionem, id est, restitutoriam atque si usucepisset. Et utitur eleganti ratione: quia iniquum est auferre dominio, quod usus, id est, usucapio non abstulit Ergo qui non usucepit, non habet actionem vel directam, vel utilem, qua rem domino abstrahat: nam et vicissim dominus non intelligitur amisisse, quod ei ablatum non est. Nec ergo domino auferre possum, quod ei usucapio non abstulit, aut sane injuria aufero. Unum tantum adhuc

objicitur ei, quod diximus usucapionem sive possessionem non restitui postliminio. Multa objiciuntur, sed ex his quæ diximus facile dirimi possunt. Restat unum ex *l.* 1. §. *si quis*, *de itin. act. priv.* Interdictum illud, quod est prohibitorium, datur ei, qui hoc anno, nec vi, nec clam, nec precario usus est illo actu. At finge eum non esse usum hoc anno, idque per vim vel hostium, vel prædonum contigisse, non sua culpa: vis hostium, vel alia justa causa fecit, ne hoc anno uteretur, cum tamen usus fuisset superiore anno, et usus fuisset hoc anno, nisi prohibitus fuisset, an hoc interdicto utetur? ipso jure videtur non esse dandum, quia hoc anno usus non est, sed tamen ex bono et æquo restituetur in integrum repetita die, quasi superior annus hic sit annus. Et sane summa est ratio dandæ restitutionis, nec eadem ratio intervenit in proposita usucapionis quæstione. Itaque mihi videor submovisse ea omnia, quæ objici poterant in hanc legem.

Ad L. cum Furiosus XXXIX. de judic. et ubi quisque.

Cum furiosus judex addicitur, non ideo minus judicium erit, quod hodie non potest judicare, ut scilicet suæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit. Neque enim in addicendo præsentia vel scientia judicis necessaria.

§. 1. *Qui legationis causa Romam venit, ex qualibet causa fidejubere potest, cum privilegio suo, cum sit in Italia contractum, uti non potest.*

Judex, qui datur a magistratu, non tantum dari dicitur a Jurisconsultis, sed reddi, *l.* 3. *C. arb. tut.* itemque addici, ut hoc loco. Sicut in *l.* 46. *et l.* 80. *hoc. tit. et l.* 4. *de eo quod certo loco*, *l.* 59. §. *ult. ad Trebell. l.* 30. *fam. ercisc.* Et ita semper legendum: *judex addictus*, non *adjectus* vel *additus*. Et ita omnino legendum in *l.* 7. *et l.* 10. *C. fam. ercisc. et* §. 1. *Instit. de off. jud.* et in Val. Max. veluti *l.* 8. *cap.* 2. *arbitrum Claudio addixit, et formulam quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona.* Hæc Valer. apud quem male legitur, *arbitrum adduxit ut daret formulam;* nec legendum quoque *addixit formulam*: nam et apud eumdem judex addictus non additus: et apud Ciceronem *Arbitrum addicere*, non *adjicere*, vel *adigere*. Non tamen sic legi velim in *l.* 1. *C. de recept. et qui arb.* ut quidam volunt. Lex ait, *Ex sententia arbitri ex compromisso jure perfecto aditi appellari non posse.* Rectissime in *d. l.* 1. legitur *aditi*, non *addicti*. Nam non addicuntur arbitri, sed adeuntur et sumuntur: et ita recte dicitur aditus arbiter ex compromisso, ut Græci πρὸς αἵρεσιν δεξάμενος, hoc est, *aditus*. Sic nostri auctores, *et judicem addicere* dicunt pro *dare*, sive judicium addicere. Sic Trebatius apud Macrob. judicia addicere ait. Varro *addicere judicium* pro eo, quod dicitur actionem dare. Et ita in 12. tab. *Addicere litem*, et secundum aliquem dare litem seu sententiam: apud Tacitum, *addicere convivium*, unde forte *addiciales epulæ*, *non adjiciales*: sic *addicere bonor. possessionem*, est dare bonor. possessionem. Hic igitur quæstio est de furioso addicto judice. Primum tractemus de homine sano, qui judex datus est, vel addictus a magistratu, an furore superveniente judex esse desinat? minime: sed mutari debet; si furor perpetuus, aut longior erit. *l.* 46. hoc *tit.* alioqui si brevis sit furor, est enim plane furor, futurus dies tantum diffinditur, ut in 12. tab. ob morbum sonticum judicis addicit: est enim plane morbus sonticus, furor, *l.* 66. *de re jud. l.* 2. §. *si quis caut.* Sed an etiam recte ab initio judex datur, qui furiosus est? an recte judicium constitutum sit? Et ait, judicium esse, et judicem igitur recte ad lectum esse: scilicet si per intervalla judex addictus furore corripiatur. Et quemadmodum qui alio quolibet morbo animi laborat, recte judex addicitur; sic et qui furore laborat, postea intermisso furore fungitur suo munere judicandi, id est, in suis induciis, dilucidis intervallis furoris, recte judicare potest, in quibus induciis testamentum etiam facere potest, *l.* 9. *furiosum*, *qui testamen. fac. poss.* et nostri auctores, cum tractant, qui judex dari possit, et quis possit facere testamentum, utuntur argumento a nomine *d. l. cum prætor hoc tit.* Perpetuo furiosus et pupillus judicio carent, *Instit. quibus non est permiss. fac. testam.* Ergo nec impubes, nec furiosus possunt facere testamentum, quod nihil aliud est, quam ultimum judicium defuncti, *l.* 19. *de inoff. test.* Furiosus igitur in his intervallis, in quibus judicio non caret, recte testamentum facit, et judicium exercet recte, etiamsi cum judex addiceretur, animo consederit furor. Utitur autem Papinianus eleganti ratione, *Judex, inquit, datur invitus*: nam judicandi munus publicum est et civile: et certum est omnia civilia munera in invitos conferri. Si invitus judex datur, ergo et ignorans, et absens, ut in *l.* 26. *de reg. Jur.* quæ possunt me invito alienari, multo magis me absente et ignorante; et si judex recte addicitur absens, et ignorans: igitur et furiosus. Nam furiosus in jure per omnia, et ut ait *l.* 2. §. *penul. de jure cod.* absentis loco est et ignorantis. *l.* 12. *si a furioso*, *de reb. cred.* Sic argumentatur Pompon. Si condictio potest adquiri ignoranti, ergo et furioso, *l.* 209. *coram*, *de verb. sign. l.* 224. *de reg. jur.* Verum in contractibus furiosus non potest haberi absentis loco, *l.* 5. *de reg. jur.* quia natura negotii id non patitur: requiritur enim consensus utriusque. Sunt quidam contractus, qui fiunt inter

absentes, sed sanos: datur procurator absens per epistolam, qua accepta si ratum habeat mandatum, perficiuntur contractus. Sed an furiosus etiam recte procurator datur, quia absens? minime, quia non potest confestim ratum habere, ideoque imperfectus erit contractus, *l.* 2. *de procur.* Ergo contractus inter absentes recte habetur, vel cum absente, non tamen cum furioso. Sequitur alia sententia Papiniani in §. 1. Certum est legatis provincialibus Romam missis hoc dari, ut si Romæ conveniatur de eo, quod contraxerunt ante legationem, vel Romæ, vel alibi, ut possint uti privilegio revocandi domum, nec cogantur accipere judicium: *l.* 2. §. *legatis*, *hoc tit.* Sed si tempore legationis Romæ contraxerint, de eo recte conveniuntur Romæ: nec possunt revocare domum, *l.* 32. *non distinguemus*, §. *item si, de recept.* quia Romæ contrahendo in ipsa legatione, videntur suo privilegio renuntiasse. Et hoc est, quod ait Papinianus: eum qui legationis causa Romam venit ex quolibet contractu fidejubere pro aliis posse, et ibi conveniri ubi contraxit: *cum*, inquit, *privilegio suo, cum sit in Italia contractum, uti non possit*, κατὰ πλοκὴν: nam in principio dictio *cum* ponitur pro ὅτι, *quia*; in fine autem ponitur pro ὅταν, *quando*. Nemo pro seipso fidejubere potest, sed constituere potest. Constituimus nos soluturos: vel quod ipsi debemus, vel quod alii debent: fidejubemus tantum pro aliis. Videamus, quid dicendum, si legatus se constituerit Romæ se soluturum, quod debebat ante legationem, an Romæ conveniri potest? cum principale negotium non contraxerit Romæ, sed constituit se soluturum, de eo est magna quæstio. Nam in l. 8. definitur, non posse, inspicitur enim causa, et origo constitutæ pecuniæ, ut in *l.* 33. *de don.* causa autem cœpit ante legationem, non in ipsa legatione: nec ex ea causa posset Romæ conveniri: ergo nec ex accessione, seu sequenti causa, quæ accessit priori, Romæ conveniri poterit: atque ita definit *d. l.* 8. Sed longe aliter definitur in *l.* 5. *eum qui*, §. 1. *de const. pec.* et nullum est ἐναντιοφανές, de quo magis certent Interpretes. Legatum Romæ constituentem, quod in provincia acceperat, Romæ conveniri debere, inquit Ulpian. ex Juliano in *d. l. eum qui.* Gajus vero in *d. l.* 8. ait, Legatum non cogi judicium pati propter constitutum. Hæc maxime videntur contraria. Sed videamus, quid dicat *d. l. eum qui*, §. 1. Duas ibi proponit species. Prior hæc est. Legatus, qui in provincia contraxit ante legationem, et in legatione Romæ constituit se soluturum quod debet, Romæ poterit conveniri. Posterior species hæc est: legatus, qui in provincia contraxit, atque etiam in provincia constituit se soluturum Romæ, non poterit Romæ conveniri actione de constituta pecunia, quamvis constituerit se Romæ soluturum. Quod definitur in priore specie, plane pugnat cum *d. l.* 8. Fuerunt itaque quidam, qui in *d. l. eum qui*, §. *ult.* voluerunt negationem addere, non demere, quorum sententia mihi non probatur, licet non caruerit ratione. Nam si potest Romæ conveniri, debuit dicere Ulpian. *putat conveniri posse, non conveniri debere.* Si affirmat Julianus, cur non ait conveniri posse? Si negat, recte ait conveniri non debere: deinde posteriorem speciem, in qua legatus Romæ conveniri non potest, subjungit his verbis (*sed etsi*) quæ oratio conjunctiva est, non discretiva. Et ea est summa eorum ratio, qui in priori specie negative putant legendum, ut scilicet utraque specie legatus Romæ conveniri non possit. Non carent igitur illi ratione: sed moveor, quia Græci legunt affirmative, ut habent omnes libri, ὁ πρεσβευτὴς ἐν Ῥώμῃ ἐνάγεται ἀντιφωνῶν ὅπερ ἐν ἐπαρχίᾳ ἐδέξατο. Non placet etiam, quod quibusdam videtur in *d. l.* 8. legatum contraxisse in provincia; deinde Romæ constituisse se soluturum, cum legatione fungeretur: et tunc Romæ conveniri non posse, quia principale negotium gessit in provincia; at in *l. eum qui* dicunt legatum non plene contraxisse in provincia, sed tantum accepisse in provincia, veluti accipere mutuam pecuniam, non sit negotium perficere. Hoc est subtile nimis, ergo falsum: nam in utraque specie legatus plene negotium gessit in provincia. Quod autem Ulpian. in *d. l. eum qui*, ait, DEBERE, in eo non est insistendum: nam auctores nostri promiscue utuntur verbis *Posse*, et *Debere:* sicut et alii: idem enim utrumque significat. Et in libris nostris, quod velim notetis, articulus, *Sed*, non est semper discretivus: et similiter, *Sed etsi*, non est semper conjunctivus: ideoque in *d. l. eum qui*, quamvis Ulpian. dicat posteriore casu, *sed etsi non cum Romæ esset, etc.* non propterea inferes, etiam in priori specie legatum non posse Romæ conveniri: ideoque in dicta priori specie supplendam esse negationem. Res ita mihi potius videtur esse definienda liquido. Si nominatim Romæ constituerit se soluturum, Romæ conveniri potest: sed si in provincia constituat se Romæ soluturum, non potest Romæ conveniri. Et hæc est sententia Ulpiani in *d. l. eum qui*, §. 1. At si Romæ constituat se Romæ soluturum simpliciter, quod in provincia contraxit, non poterit Romæ conveniri, ut in *d. l.* 8. quia non dixit nominatim se soluturum Romæ; sed simpliciter Romæ constituit: duo requiro, ut Romæ conveniri possit, ut et Romæ constituat, et ut nominatim constituat se soluturum Romæ. Est et alius casus in hanc rem notandus[1], ex Africano in *l.* 3. *de legationib.* qui est diversus. Finge: quod in provincia contraxit legatus, constituit in

provincia se soluturum, non Romæ nominatim, sed legationis tempore, an Romæ poterit conveniri? sic sane, quia palam renuntiavit privilegio suo revocandi domum, dum scilicet non Romæ dixit se soluturum, sed solutioni tempus legationis designavit.

Ad L. XLIX. de Petit. hæred.

Si bonæ fidei possessor hæreditatis velit cum debitoribus hæreditariis, aut qui res hæreditarias occupaverint, consistere, audietur, utique si periculum erit, ne inter moras actiones intercidant. Petitor autem hæreditatis citra metum exceptionis in rem agere poterit, quid enim si possessor hæreditatis negligat? quid si nihil juris habere se sciat?

Quæstio legis 49. *de petitione hæreditatis*, est: An is, qui bona fide possidet hæreditatem, existimans se hæredem, cum non sit verus hæres, aut non jure hæres, quippe cui controversiam hæreditatis ab alio patitur, an interim possit, quamdiu lis non contestatur, cum eo consistere, cum debitoribus hæreditariis actione in personam, et æs hæreditarium reposcere, vel etiam consistere cum iis, qui res hæreditarias possident actione in rem? Et recte Græci consistere interpretantur προκατάρχεσθαι: quod est litem contestari. Quod quidem verbum in jure nostro esse frequentissimum quidam rectissime observavit. Sed idem perperam illic adsecit apud Ulpianum in *l. adulter* 19. §. *ult. ad l. Jul. de adul.* ubi ita legitur vulgo: *proinde si per collusionem cum adultero constiterit*, rectius ita esse Florentiæ scriptum: *proinde si per collusionem cum accusatore constiterit*: perperam, inquam: primum, neque Florentiæ, neque vulgo scriptum est: *cum accusatore*, sed legitur: *cum adultero*. Et recte quidem, quia reus cum accusatore, vel cum actore non consistit, sed actor, vel accusator dicitur consistere, ac litem contestari cum reo. Idque demonstrat Ulpianus in *l.* 11. *de jud.* Præterea vulgo in *d.* §. *ult.* ita legitur: *si cum adultero constiterit*, non ut ille ait: *si cum accusatore constiterit*. Imo etiam Florentiæ legitur: *si cum adultero constituerit*. Nec tamen mutanda est lectio Florentina, quia modo veteres dicebant constituere, modo consistere, pro litem contestari. Sic Papinianus noster, secundum lectionem Florentinam, loquitur in *l. Imperator* 70. §. *si centum, de leg.* 2. his verbis: *si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse*, id est, constitisse. Et sic etiam loquitur Venulejus in *l. procurator* 8. §. *si quis, rem rat. hab.* his verbis: *cum de libertate ejus constituerit*, id est, constiterit, id est, judicatum erit. Sic denique loquitur Celsus in *l.* 11. *de custod. et exh. re.* his verbis, *ut cum cognovit et constitit*, id est, cum ei constitit et apparuit de crimine. Et sic etiam locutus est Sallustius in Jugurth. *agmen constit:* verum quod ad presentem quæstionem attinet; bonæ fidei possessor, cui fit controversia hæreditatis, lite nondum contestata, interim potest uti actionibus hæreditariis, vel in rem, vel in personam, sed repelletur exceptione præjudiciali, quod præjudicium hæreditati non fiat, *l.* 5. *in fi. h. t.* magna est auctoritas centumviralis judicii, ut nihil in ejus præjudicium fieri possit: petitio autem hæreditatis est centumvirale judicium, ut nihil in ejus præjudicium, fieri possit: *l. ult. C. eod.* Hoc cum ita esset, Papin. ostendit hoc loco, aliquando ex causa denegari exceptionem præjudicialem, et citra metum hujus exceptionis utiliter bonæ fidei possessorem, quamvis fiat ei controversia, interim consistere, vel cum debitoribus hæreditariis, vel cum possessor. rerum hæreditariarum, ex causa, si res urgeat, si sit periculum, ne pereant actiones temporales, vel ne debitores pauperiores fiant, vel si sit metus ne res usucapiantur quæ possidentur ab aliis: loquitur de bonæ fidei possessore. Nam malæ fidei possessor, id est, prædo nullam habet actionem, vel ante controversiam motam, vel post *l.* 5. §. *pen. h. t.* Porro post litem contestatam omnes possessores pares sunt, *l. sed etsi* 25. §. *si ante h. t.* etiam poss. bonæ fid. post litem contestatam prædones fiunt. Ergo post litem contestatam nullam possunt intendere actionem hæreditariam. Itaque posui litem nondum contestatam fuisse, quod Papinian. demonstrat his verbis: *Si periculum erit, ne inter moras, actiones intercidant*: inter moras, id est, ante litem contestatam: dum expectatur ut lis contestetur. Ita in *l. tutor* 28. *de administ. tut.* Tutor pupilli in jus vocatus est, et cavit se judicio sisti; inter moras pupillus pervenit ad pubertatem, hoc est antequam lis contestaretur, an est lis contestanda cum tutore, qui in jus vocatus est? minime, sed cum pupillo, qui factus est pubes inter moras. Ergo ponendum in hac specie fecisse aliquem controversiam bonæ fidei possessori, et vocasse possessorem in jus, exegisse etiam cautionem judicio sisti, sed litem nondum esse contestatam. Nec debuit moveri Accurs. quod Papin. eum, qui facit controversiam, vocet petitorem. Nam petitor dicitur, non tantum qui litem contestatur, sed etiam qui in jus vocat, et qui controversiam facit, quique satis accipit judicio sisti; alioquin non posset possessor bonæ fidei quasi prædo post litem contestatam movere actiones hæreditarias, *d. l. si quid*, §. *sicut autem, h. t.* Et hoc est, quod proponit Pap. in prima parte hujus l. quæ est de bonæ fidei possessore hæreditatis. Altera pars, quæ sequitur, est

de petitore, in qua Græci pro petitor autem hæreditatis, rectius legisse videntur, petitor etiam hæreditatis, citra metum exceptionis in rem agere poterit. Supererat hæc inspectio; an etiam petitor hæreditatis possit interim agere cum his, qui res hæreditarias occupaverunt, id est, res singulas vindicare, quas alii possident? Hoc in possessore hæreditatis absolutum est: quæritur id ipsum in petitore hæreditatis. Et licet hic agatur tantum de actionibus in rem, tamen idem paulo post de actionibus in personam statuemus. Ait autem petitorem hæreditatis ex causa posse in rem agere, nec ei agenti obstare exceptionem præjudicialem, quia maturius agendi justa causa subest. In petitore hanc affert causam, si possessor negligat agere, si sinat res hæreditatis ab alio possideri, et sit periculum ne usucapiantur: quæ causa congruit bellissime bonæ fidei possessori: non congruit prædoni, cui imputatur, si negligat res, quæ sunt ex hæreditate quam possidet; bonæ fidei possessori nihil imputatur, quia res eas negligit, quasi suas, *d. l. si quid*, §. *pen. hoc t.* Ergo justissima est causa dandi actionem petitori, negligente possessore res hæreditarias, nec interrumpente usucapionem. Adfert et aliam causam, si possessor nihil juris habere sciat. Quæ verba accipit Accurs. de malæ fidei possessore, quem etiam prima specie demonstrat. Quid enim aliud est quam si diceret: si malæ fidei possessor sit? Verum non est existimandum eum qui initio et tota lege egit de bonæ fidei possessore, in extremo agere de prædone, ac malæ fidei possessore. Quare ita sunt accipienda hæc verba: *Quid si nihil juris habere se sciat?* in ea re scilicet, quam petitor vindicat: vel ut dicam apertius: si nesciat eam rem esse hæreditariam. Et hæc verissima est interpretatio, cui conveniunt Basilica: *τὶ γὰρ ὅτι*, inquiunt, *ἀμελεῖ ὁ νομεὺς, ἢ μὴ γινώσκειν ἀνήκειν αὐτῷ*, *quid enim si possessor negligat, aut nesciat ad se pertinere?* et in latiori interpretatione id evidentius exprimitur: *τὶ δὲ εἰ καὶ ἐνόμιζε μὴ κληρονομιαῖον πρᾶγμα τὸ πὰρ ἑτέρου κατεχόμενον, καὶ μὴ διαφέρειν αὐτῷ ἢ δύναθαι περὶ τούτου κινεῖν τὴν ἰν 'ρέμ*, *quid si existimet eam rem non esse hæreditariam, quam alius possidet, nec ad se pertinere, aut posse ejus nomine actionem in rem intendere?* Est tum justa causa dandæ actionis in rem etiam petitori. His ergo casibus, sive agat possessor, sive petitor, quod interveniat justa causa, quod res urgeat, cessat exceptio, quod præjudicium hæreditati non fiat: et hoc est quod voluit Papin. in posteriore parte hujus l. et quamvis dicat, petitorem citra metum exceptionis agere posse actione in rem: tamen est addendum, et in personam agere posse, quod adjecit Accurs. sed non probat: probatur *l. 27. §. ult. de leg. 3.* in qua l. proponitur, fisco petente hæreditatem jussisse procuratorem Cæsaris, fisco solvi pecuniam. Restat ut videamus modo e contrario, an etiam possessor aut petitor hæreditatis a creditoribus hæreditariis conveniri possint? agere uterque potest citra metum exceptionis præjudicialis, sed, an etiam uterque citra hunc metum conveniri potest? Et constat hodie posse, nec esse exceptioni præjudiciali locum, si pendente lite creditores suum repetant, quod defunctus debuit, *l. ult. C. de petit. hære.* quæ docet esse in arbitrio creditoris cum quo agat. Sed si egerit cum possessore, et exegerit, ac deinde vincatur possessor, quod solverit recipiet, ac repetet postea a petitore. Et idem dicendum in contrarium de petitore. Videtur autem Tribon. in d. sua constitutione respexisse ad id, quod proponit Paulus in *leg. 4. §. 1. si cui plusq: per leg. Falcid.* Nam ante dict. *l. ult.* pendente lite hæreditatis suspendebantur actiones creditorum: et qui agebant repellebantur exceptione præjudiciali, propter auctoritatem centumviralis judicii: ex causa tamen audiebantur; puta, si res urgeret, si actio esset peritura tempore, nisi ageretur interim, quod confirmatur exemplo legis 49. *ad Trebellian.*

Ad L. XLIX. Ad Senatuscons. Trebell.

Cum hæreditas ex Trebelliano Senatusc. restituitur, si res urgeat, et metus erit, ne per absentiam forte fideicommissarii dies actionis exeat, hæres judicium suscipere cogitur.

§. 1. *Similique modo filio de possessione contra tabulas deliberante, scriptus hæres a creditoribus hæreditariis convenitur.*

In hac lege duo casus proponuntur a Papiniano, quibus re urgente datur actio creditori hæreditario in hæredem scriptum, ne res sua ei pereat, quæ alioqui non daretur. Sciendum est hæredem rogatum restituere hæreditatem, si eam restituat, transferre actiones utiles ex Trebelliano, tam activas, quam passivas, ut loquuntur interpretes, in fideicommissarium, obligationes civiles, imo et naturales, et post restitutionem hæreditatis si hæres conveniatur a creditoribus hæreditariis, eos repellet exceptione hæreditatis restitutæ, quæ dicitur Trebelliani. *l. 28. de judic. l. Stichum, §. aditio, ff. de solution.* et ita se jus habet. Verum ex causa citra metum exceptionis Trebelliani, etiam post restitutam hæreditatem, creditores hæreditarii recte agent in hæredem, qui rem non habet. Sciendum est, recte hæreditatem restitui absenti per nuntium vel per epistolam, *l. restituta, hoc tit.* Finge igitur hæredem restituisse hæreditatem fideicommissariam absenti: creditoribus vero hæreditariis non esse cum fideicommissario absente experiundi co-

piam, et temporalem esse eorum actionem, remque urgere ut agant, cur non eis licebit experiri cum hærede scripto præsente? Imo vero licebit, et denegabitur ei exceptio Trebelliani: nam adivit hæreditatem: nec enim potuisset eam restituere non aditam. Eadem æquitas intervenit in alio casu, qui in eadem lege proponitur. Finge: Hæres scriptus est testamento, in quo filius est præteritus, testamentum in ea causa est ut posset rescindi petita bonorum possessione contra tabulas, si eam agnoscat filius preteritus. Finge: hæredem scriptum conveniri a creditoribus hæreditariis; repellet eos hac exceptione, si non in ea causa sunt tabulæ testamenti, ut contra eas dari possit bonorum possessio, *l. 2. de except. rei judic. l. is qui cum hærede, de obligat. et actio.* Ita jus se habet. Verum ex juxta causa hæc exceptio denegabatur hæredi scripto, nec quidquam obstabit creditoribus hæreditariis. Finge: filium deliberare de bonorum possessione contra tabul. amplectanda, vel repudianda, et nimis diu deliberare, et interim periculum esse, ne actiones creditorum tempore intercidant: æquissimum est conservandarum actionum causa, hæredem scriptum interim pati eas actiones, et judicium in eum dari purum sine ulla exceptione. Et hoc est, quod proponitur a Papiniano in hac l. 49. cujus quidem legis argumento, etiam dicimus possessore hæreditatis, cui fit controversia, vel cum quo lis contestata est de hæreditate, citra metum præjudicialis exceptionis conveniri posse a creditoribus hæreditariis, ex causa, si res urgeat, et periculum sit, ne actiones tempore pereant; et vel possessorem, vel petitorem, prout libuerit creditori hæreditario. Denique ita concludamus: ex causa denegari hæredi, vel possessori hæreditatis exceptionem præjudicialem, exceptionem Trebelliani, exceptionem in factum, si non in ea causa sunt tabulæ, etc. Nec in posteriore casu hujus legis, mirum est, si conveniatur hæres scriptus. Nam ponendum est, eum adiisse hæreditatem, vel petiisse bonorum possessionem secundum tab. Quod tamen negat Accursius in verbo *convenitur*; licet enim tabulæ testamenti in ea causa sint, ut peti possit bonor. possessio contra tabulas, tamen, dum deliberat filius præteritus, poterit dari scripto secundum tabulas, quod tamen male negavit Accursius. Et sane omnia, quæ in eam legem scripsit, circumscribenda sunt. Bonorum possessio secundum tab. datur cuilibet: datur enim de plano, et sine causæ cognitione, quasi de jure, sine edicto scilicet. Verum si ab hærede scripto bonorum possessio secundum tab. petita fuerit et agnita, postea sane constituetur sine re, filio præterito agnoscente bonorum possessionem contra tabul. vel cum re, eodem filio bonorum possessionem contra tab. repudiante. Hæc verba, *cum re, et sine re* sunt Jurisconsultorum, *l. 25. C. de inoffic. test.* et videndus omnino Ulpianus in Fragm. *tit. 28. de possessionibus dandis, §. ult.* Sic tamen locutus est Vellejus Paterculus, *Tribunitia*, inquit, *potestate eum exuit, cujus etiam imaginem sine re Sylla reliquerat.* Et ita D. Ambros. lib. 9. Epist. *Hæreditas cum re, et sine re dicitur.* Et quod Ovidius de Cupidine 3. Amor. scripsit, est etiam nostrum. *Aut sine re Deus est nomen frustraque timetur.* Ergo non est dubitandum, quin deliberante præterito possit adiri hæreditas, vel bon. possessio ex testamento, in quo est filius præteritus.

Ad L. Cum Militi XVI. de compensat.

Cum militi castrensium bonorum alius, ceterorum alius hæres extitit, et debitor alteri hæredum obligatus vult compensare quod ab alio debetur, non audietur.

§. 1. *Cum intra diem ad judicati executionem datum, judicatus Titio, agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem judicatus, est, compensatio admittetur; aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis.*

Compensatio est debiti, et crediti inter se contributio, vel apertius; compensatio est per æris sui computationem ab ære alieno liberatio. Fit hodie compensatio ipso jure ex constitutionibus Imp. Olim fiebat tantum in judiciis bonæ fidei ipso jure, in strictis non admittebatur: post ex constitutione D. Marci, ut est in Inst. admissa est compensatio etiam in strictis judiciis, non quidem ipso jure, sed beneficio exceptionis doli mali. Et ad extremum placuit generaliter in omnibus judiciis tam strictis, quam bonæ fidei compensationem fieri ipso jure, *l. 4. l. 8. l. 21. et ult. hoc tit. l. 4. 5. et 6. et ult. C. eod.* Moribus Galliæ non fit ipso jure, ac ne remedio quidem exceptionis, sed ex rescripto principis nominatim, *par lettres de chancellerie*, non potest uti compensatione is unde petitur, nisi id principis nominatim concedat. Jure nostro, id est, Romanorum, compensatio in omnibus judiciis fit ipso jure. Et hoc est quod ait Papinianus *l. 36. de administ. tut. æquitatem meram jus compensationis inducere*, hoc est, compensationem fieri ipso jure mero jure. Et ideo, si ego a te acceperim 100. ex aliqua causa, et tu mihi debeas 30. ipso jure non debeo 100. sed 70. tantum, quia æs tuum minuit æs meum ipso jure, et ex 70. tantum usuræ debebuntur ex mora in bonæ fidei judiciis: vel ex stipulatione in strictis, *l. 11. et. 12. hoc tit.* Item si per errorem 100. solvero, condicam 30. quasi ipso jure indebita:

ao propterea, si petas 100. plus petis, et causa cadis, quia compensatio ipso jure minuit obligationem, vel, ut ait eleganter *l. 4. h. t.* si totum petis, male petis. Male petere, in jure, est plus petere vel summa, vel causa, vel tempore, vel loco; his modis plus petitur. Et minus recte Alciatus, et quidam alius, male agere dici eum, qui utitur ea actione, quæ exceptione elidi potest: nam hic agit perquam bene cum ipso jure actionem habeat, nec sane ob id quod agat actione, quæ exceptione elidi potest, incidit in pœnam, quoniam potest omitti exceptio a reo, atque ita actor ad id quod intendit pervenire, male agere semper est plus petere, et in litis amittendæ pœnam incurrere, *l. 4. hoc. tit.* Et ita etiam, qui ante diem agit, male agit, *l. 1. Quando dies ususf. leg. ced. et l. 36. de reb. cred.* Nihil autem agere dicitur cui nulla actio ipso jure competit, quæ res ei non est fraudi: si quis male agat, fraudi est actori: si quis nihil agat, res est extra periculum et pœnam. Sciendum etiam est compensationem fieri non cujuslibet debiti, non debiti incerti, ut in *l. 22. hoc tit.* non debiti controversi: quo jure etiam utimur hodie, sed debiti confessi et certi, ut si quis in certam summam condemnatus sit vel confessus sit eam debere se: nam hoc casu liquidum est debitum, de quo videlicet constat sententia judicis aut confessione debitoris. Et hoc etiam ostenditur in *l. 5. de tut. et rat. dist. l. ult. C. de compens.* Item sciendum est compensationem tantum fieri ejus, quod actor debet, ut si mecum agas, compensabo tantum quod mihi debes, non quod alii, puta Titio debes, etiamsi id maxime Titius velit, *l. in rem. §. ult. h. t. l. 9. C. eod. tit.* Sciendum et hoc: si mecum agas, ut procurator Cæsaris in Asia, id tantum compensabo, quod Asiana statio fisci mihi debet, non quod mihi debet Africana statio, aut quod etiam alii debet Asiana *l. 1. Cod. h. tit.* Erant diversæ stationes, seu procurationes fisci, et quidem quæque regio suam stationem fiscalem habebat, et procuratorem suum seu rationalem: et ideo videbantur plures esse fisci, etsi redirent omnes ad unum Principem, *l. 1. C. ne fiscus, l. 2. C. de solut*, ubi pro *rationibus*, leg. est *stationibus*. Si igitur Africana statio mihi debeat, et fiscus agat, compensabo quod illa mihi debeat, non quod alia, quia sunt veluti duo fisci: et publice interest non confundi rationes principis, et stationes procuratorum Cæsaris. Ac similiter si mecum agas, ut hæres militis ex castrensibus bonis, cum alius sit hæres in bonis paganis: id tantum compensabo quod defunctus mihi debuit ex causa castrensi, et non quod ex pagana. Finge, militem habuisse alia bona castrensia, alia pagana; alium fuisse hæredem castrensium bonorum, alium paganorum. Duæ sunt hæreditates, castrensis, et pagana; atque adeo duo quodammodo homines, paganus et miles, unus homo duorum vicem sustinet: duas hæreditates, fecerunt constitutiones principum, quæ sunt editæ de privilegiis militum, separando scilicet bona castrensia a bonis paganis, *l. 25. §. 1. fam. erc. l. 19. §. 1. de test. mil. l. 2. Cod. eod.* Quia igitur duo quodammodo sunt patrimonia, paganum, et castrense: paganus et miles; debitor castrensis si velit compensare, quod sibi debetur ex causa pagana, non audietur, quod in h. l. dicitur: non possunt compensare cum actore, quod non actor, sed alius mihi debet, et hic utique alius mihi debere intelligitur quod mihi debetur ex alia causa, quam ex qua convenior, puta, ex causa pagana, cum convenior ipse ex causa castrensi.

Ad §. 1. Sciendum est, compensationem tantum fieri præsentis debiti ac puri: nam quæ debentur in diem, debentur quidem, etiam si nondum sit nata obligatio, sed illud debitum nondum peti potest, et ideo ante diem non compensatur, quamvis illud sua die dari oporteat, *l. quod in diem, hoc tit.* necesse autem est, ut dies sit appositus obligationi ab initio, nam si obligatio pure contracta fuerit primum, et deinde humanitatis gratia datus sit dies debitori ad solvendum, sane etiam ante hanc diem, ejus quod debetur recte fit compensatio, quoniam inspicimus initium obligationis, quæ quidem obligatio pura fuit ab initio, et dies, qui postea debitori ad solvendum datus est, humanitatis tantum gratia datus est. Finge nunc: Titius mihi condemnatus est: judicati quidem faciendi certa sunt tempora: olim fuere justi dies 30. ex duodecim tabulis, qui dies dicebantur tempus modicum, hodie tempus est immodicum: nam dantur quatuor menses ex Justiniani constitutione. Qua de causa moribus nostris nulla hodie servantur tempora judicati faciendi, et nisi judex diem judicati faciendi dixerit, fit statim judicati executio, potestque statim conveniri reus. Et sane Justiniani constitutio relata in *l. 2. C. de usur. rei jud.* ab æquitate 12. tab. abhorret, quæ scilicet hæc erat, quia nihil erat damni in mora modici temporis 30. nempe dierum, qui quidem dies 30. non erant judicato invidendi, quod nulla videretur creditoris esse frustratio. At ex Justiniani constitutione secus est, videtur in ea esse quædam inhumanitas, cum maximum sit damnum creditoris in mora quatuor mensium. Quod si dixeris esse humanitatem, eam immodicam dicas necesse est. Qua ex causa nulla hodie servantur tempora judicati faciendi, nec usu recepta Justiniani constitutio, imo nec jus 12. tab. nam si sequendæ essent hac in re leges, sane Justiniani constitutio, quæ postrema

est, sequenda esset, quæ cum ab æquitate abhorreat, merito respuitur ac rejicitur. Sed ad legis speciem redeamus, et ita fingamus: Titius mihi condemnatus est in certam summam, et ago cum illo eo nomine: post tempora judicati, ego quoque Titio aliquid vicissim debeo ex causa judicati, sed mei gratia nondum exierunt tempora judicati faciendi: an intra ea tempora Titius mihi poterit compensare, quod vicissim ei debeo ex causa judicati? Et eleganter in hoc §. definit Pap. etiam ante diem judicati faciendi recte fieri compensationem: quoniam ab initio pura fuit obligatio, et tempus, quod indulgetur judicati faciendi gratia, id leges indulgent humanitatis intuitu, et ut Greci dicunt, φιλοςόργως συγχωοῦσιν. Idem omnino dicendum est, si pura fuerit obligatio, et humanus creditor laxiorem diem ad solvendum debitori suo dederit: nihilque refert, an lex, an creditor humanitatis gratia post contractam puram obligationem, ampliorem diem reo ad solvendum dederit: nam ante eum diem utique semper admittetur compensatio. Atque ita ex facto contigit in quadam lite, cui ego interfui, ex qua intelligitur quemadmodum sit utendum legibus nostris. Species talis est: Centum mihi debes ex causa judicati (nulla servantur hodie judicati faciendi tempora) itaque judicatum statim exequi possum confestimque ea 100. quæ mihi debes exigere: sed tamen rogatus distuli petitionem in biennium. Interim vero ego ex novo aliquo negotio debeo tibi aliquid, puta 40. idque ex causa judicati, quæ quidem 40. tu confestim petis tibi solvi: impetro libellum compensationis a principe: an ex eo uti possum compensatione? Tu dicebas, biennium nondum preteriisse, atque ita nondum venisse diem, quodque in diem debetur non venire in compensationem. Ego vero contendebam, aliud esse, non venisse diem, qui fuit ab initio in obligatione, aliud vero esse, non venisse eum diem, quem ego rogatus tibi humanitatis gratia dederam, indulseramque, cum pura esset præsensque obligatio: nam hoc casu ante eum diem, quem scilicet ipse humaniter indulsi, recte me uti posse compensatione. Et hæc est Papiniani nostri in hoc §. ult. sententia, cujus quidem auctoritate vicimus, hancque controversiam terminavimus. Superest ut interpretemur *l.* 36. *de adm. et peric. tut.* quæ opponitur sententiæ *d. l.* 16. quæ tamen est ejusdem Papiniani, et ex eodem libro.

Ad. L. XXXVI. de Administ. tutor.

Inter tutores divisa tutela est: æquitas, quæ merum jus compensationis inducit, propter officium agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelæ, quæ non juris, sed jurisdictionis est, modum administrationi facit, et inter ipsos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

Finge: Duo sunt tutores pupilli: unus rerum urbanarum, alter rerum provincialium: ita divisit judex administrationem inter tutores, ut alter res urbanas administraret, alter provinciales, et agit mecum tutor rerum urbanarum: id sane compensabo, quod debet mihi pupillus causa contractuque urbano. An etiam compensabo quod mihi debet ex contr. provinciali? sic videtur: quia est propria quædam ratio in pupillo, quæ non est vel in procuratore Cæsaris Asianæ Diœceseos, vel in militis hærede castrensium bonorum aut paganorum. Primum enim nulla constitutione bona pupilli sunt seperata: unum est patrimonium pupilli: constitutionibus separantur bona castrensia a paganis, quæ quidem ad unum militem pertinent: sed non separantur bona pupilli urbana a provincialibus. Una est hæreditas: et natura non fert sine constitutione speciali, ut unius hominis sint duo patrimonia: ac præterea non sunt diversæ stationes pupilli, non diversæ procurationes, non etiam sunt duæ tutelæ, etsi sint duo tutores; una est tutela ipso jure indivisa: divisio tutelæ non fit ipso jure, sed a magistratu, ut commodius res pupilli administrentur. Et hoc est, quod ait Papinianus in *h. l.* divisionem tutelæ non juris esse, sed jurisdictionis, hoc est, fieri a magistratu, non ipso jure: hoc est certum. Divisio quidem nominum inter cohæredes fit ipso jure ex 12. tab. pro portionibus hæreditariis: et ideo nomina non veniunt in judicium familiæ erciscundæ, quia ipso jure divisa sunt, *l. ea quæ*, *C. fam. erc.* Divisio autem tutelæ non fit ipso jure inter tutores. Concludamus igitur: divisio tutelæ, que non fit ipso jure, non potest impedire compensationem, quæ fit ipso jure, et ideo si agat tutorem urbanarum, is, cum quo agit nomine pupilli, recte compensabit, quod sibi a pupillo debetur ex causa, ex contractu provinciali; imo id ipsum jus merum compensat, et hoc est quod ait Papin. *inter tut. etc.* Sequitur, *Propter officium*, id est, quod tutor qui agit, sit tantum ex divisione tutelæ administrator urbanarum rerum, hoc non impedit compensationem, id est, hoc non efficit, ut non compensetur ipso jure quod pupillus ei cum quo agi debet ex causa provinciali. Et eleganti ratione utitur hic Papin. Nam *divisio tutelæ, quæ non juris, etc.* id est, divisio tutelæ modum administrationis facit, hic est effectus divisionis tutelæ, quæ fit a magistratu, ut sciatur quod quisque administrare debeat, et hunc modum administrationis a magistratu præfinitum observant tantum inter

se tutores, non etiam alii, puta, creditores vel debitores pupilli. Et ideo hæc divisio experiri cum pupillo volentibus non obstat. Experiri commune est reo et actori. Et ideo reus cum quo agit tutor rerum urbanarum propter divisionem tutelæ, non prohibetur compensare quod sibi debetur ex contractu provinciali. Non porrigitur hæc divisio ad alios, qui rei non interfuerunt: atque ideo recte ei solvit tutor rerum urbanarum, et quod solverit pupillo reputat recte, *l. Titium*, §. *ult. h. t.* Est igitur aperta lex, quæ prima specie videtur obscura. Nec est quod objicias *l. 2. C. si ex plur. tut.* quæ sola lex objicitur. Finge: Inter tutores divisa est tutela. Agitur cum tutoribus hujus provinciæ, vel etiam tutores hujus provinciæ agunt cum debitoribus pupilli nomine: an ceteri omnes tutores de aliis provinciis in judicium producendi, ut liti subsistant? Pone pupillum habuisse plures tutores in provinciis pluribus, et uni res Italicas, alteri Syriacas commissas esse. An si creditor pupilli cum tutore Italicæ rei agat, etiam alter tutor rei Syriacæ in judicium producendus erit, ut cogatur liti subsistere? Minime. Et nihil est præterea in *d. l.* 2. hoc vero non obstat iis, quæ a Papin. proponitur in h. l. 36. nam fateor quidem non omnes tutores liti subsistere debere, quam scilicet patitur tutor unius provinciæ: sed an ideo sequitur tutorem unius proviuciæ non posse conveniri nomine pupilli ex causa seu contractu alterius provinciæ? Minime, nec sane hoc dicit lex, sed hoc vult tantum, cum agitur de bonis pupilli, satis esse, si lis insinuetur tutoribus ejus proviciæ, ubi agitur: non omnes producendos esse ad judicium, nec litem insinuandam esse aliis provinciis. Sed si tutor unius provinciæ agat ex obligatione alterius provinciæ, quæ non pertineat ad ipsius administrationem, jure quidem agit, sed repelli potest exceptione, quod immisceat se rei ad se non pertinenti, *l. 4. h. t.* sed si cum eo agatur, veluti cum tutore urbano ex causa provinciali, non poterit ut tutor ulla exceptione adversus creditorem provincialem, quia non creditores provinciales, sed ipsi tantum tutores adstringuntur divisioni tutelæ.

Ad L. I. de Probat.

Quotiens quæreretur genus vel gentem quis haberet, nec ne, eum probare oportet.

In controversia aut lite hæreditatis legitimæ incidit sæpe quæstio de genere, aut dum hi, qui gentis jure sibi vindicant hæreditatem, negantur esse ex ea gente, vel dum negantur genus et gentem habere. Servi neque genus neque gentem habent: liberti vel ab iis orti gentem non habent: nam gentem hi soli habent, quorum majores nemini servitutem servierunt. Et in ea quæstione Papinianus ait, ei incumbere onus probandi, qui dicit se genus vel gentem habere: dicit gentem vel genus, ut T. Livius I. de patriciis, *nos solos gentem habere, etc.* Objicies huic definitioni Novellam 36. quæ ab utraque parte admittit probationes, et ab ea, quæ negat, et ab ea, quæ dicit se gentem vel genus habere, sive agat, sive conveniatur. Nam, ut est in l. 2. *Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat:* quo loco addendum, *sive agat, sive conveniatur*, ex *l. in excep. hoc t.* Sunt negationes quædam, quæ vim affirmandi habent, quarum etiam incubit probatio, ut si quis neget emancipationem filii jure factam *l. 8. h. t.* vel neget adversario licere procuratorem dare *l. 5. h. t.* si quis neget se Lutetiæ fuisse eo tempore, quo cædes facta, *l. pen. C. de cont. stip.* si quis neget testatorem fuisse sane mentis, *l. 5. C. de codic.* negationes, inquam, quæ vi sua affirmationes sunt, ut si nego te gentem aut genus habere, vi ipsa affirmo te servum esse: dum nego jure factam emancipationem, vi ipsa affirmo te in alterius esse potestate, et ideo etiam ex parte tua non improbe admittetur probatio. Sed si quis rursus objiciat d. Novel. ad id objiciam, probationem potissimum exigi ab eo, qui dicit se gentem vel genus habere: sed non ideo minus exigi probationem ab adversa parte, si quidem pleniorem habeat: et novum non esse ut probationes ab utraque parte afferantur, *l. fallaciter, C. de abol.* Objicies, *l. 15. h. t.* quæ onus probandi confert non in eum, qui dicit se gentem vel genus habere, sed in adversarium, qui negat, et proponit vafrum hominis ingenium, qui dixit se Titii filium, atque ita ejus hæreditatem invasit, et in crimen falsi incidit, quod genus et parentes finxit, teneturque pœna l. Corneliæ de falsis, *l. falsi, ad l. Corn. de fals.* Paul. v. Sent. tit. eod. utque magis fraudem occultaret fratribus defuncti ad quos redibat hæreditas, quasi ex mandato patris fideicommissum solvit, et ab iis apocham soluti fideicommissi extorsit, cum existimarent esse verum filium fratris. Qua fraude cognita agunt petitione hæreditatis in eum, idque merito, quia pro possessore possidet: sed ut ait *l.* 15. necesse habent probare, eum non fuisse filium defuncti, nec ab eo exigitur probatio se fuisse filium. Et hoc ideo fit in specie *d. l.* quia apoca, seu professio fideicommissi soluti, præsumptionem pro eo facit, qui finxit se filium Titii, et in jure semper observatur, ut præsumptio, quæ pro uno facit, transferat onus probandi in alium, *l. 24. §. si petitum, de fideic. libert. l. ult. in princ. quod met. caus.* Placet autem quod ait. *d. l.* 15. *quasi mandata defuncti fideicommissum*

solvisse : nam *mando* verbum est fideicommissi precarium, non directum, *l. 2. C. comm. de leg.* et sane perficitur fideicommissum his verbis, *Rogo*, *mando*, sicut et mandatum, *l. 2. mand. l. 16. C. de neg. gest. l. quidam, de hæred. instit.* Virgil.

— orans mandata dabat.

in quo Virgilium admiror, quod ambiguitatem verbi *oro*, sustulerit addens, *mandata dabat*: nam *oro* modo pro mandato est, modo pro hortatione accipitur, *l. si servi mei, de neg. gest.* ubi hujus verbi duplex significatio apprime declaratur. Objicies, quod ait Accursius, impossibile esse probare genus, se esse filium illius: et adduces *l. Lucius 83. de condit. et demonst.* Filius suus pure est institutus, aut sub conditione possibili. Nam si filius suus instituatur sub conditione, quæ in potestate ejus non est, inutilis est institutio, et nullum testamentum. Finge: filium institutum esse sub ea conditione, si filium se probaret: non valet institutio, quia non est in potestate ejus hoc probare. Hinc colligit Accurs. non esse in potestate nostra probare genus: perperam: nam non quodcumque non est in potestate nostra est impossibile; ut si navis ex Asia venerit, non est impossibile, etsi in nostra potestate non sit. Neque vero distinguo inter patrem et matrem, ut tentat Accursius, nec una probatio altera difficilior est. Probare est persuadere judici: adversario nunquam probaremus. Sed non contingit semper, ut volumus. Conditio igitur, quæ injungit probationem, non est in nostra potestate, est tamen possibilis: est autem generis seu gentis nomen ambiguum: nam genus est vel a loco, vel a patre, uti memini me legisse in Institutionibus Porphyrii. Possit et genus a matre me non refragante deduci, *l. 6. C. de reb. cred.* Gens igitur a loco, vel a majoribus est. Et inde similiter gentilis dicitur mihi, qui eodem loco eademque patria ortus est, qua ego sum: et ita Gellius *l. 17. cap. 17.* duas et viginti linguas Mithridatem percalluisse non minus, quam si gentilis fuisset, hoc est, ex eadem patria. Item gentilis est, cui nomen familæ idem est, quod mihi: veluti Marco Tullio Tullius Hostilius, Julio Cæsari Julus Æneæ filius. Agnatio ex una stirpe manat, gens vero ex pluribus. Ideoque proximiores nobis sunt agnati, quam gentiles, qui ulteriores sunt, nec adeo certi atque agnati: agnatio enim ex una familia conficitur, gens ex pluribus et innumeris: atque ideo 12. tabulæ prius vocant ad curationem furiosorum agnatos quam gentiles, *l. 53. sæpe, de verb. signific.* et iisdem legibus ad legitimam hæreditatem primum vocantur agnati, deinde gentiles. Si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, *agnatus proximus familiam habeto*, *si adgnatus nec erit, gentilis proximus familiam habeto.* Jus igitur agnationis, quod est stirps dicitur, gentilitatis jure proximius est. Jus autem cognationis leges 12. tab. non novere: Prætores vero illud noverunt, sed ei gentilitio jure sublato, gradum locumque postremum post agnatos, dederunt. At Justinianus Novella sua 118. c. 4. parem eundemque gradum dedit agnatis et cognatis, voluitque ut proximior cognatus ultimum agnatum a successione legitima excluderet, et retro proximior cognatus, ulteriorem cognatum. De differentia igitur generis et gentis, ita constituamus: agnationem ex una stirpe seu familia: gentem ex pluribus venire. Item agnationem proprio jure familiæ suæ contineri: gentem communi jure sanguinis, petita ex longa annorum et sanguinis serie. Cornel. Fronto: *gens majorem seriem quærit.* Item agnationis est communis familia, non etiam stirpis. Et ineptissimi sunt, qui hoc in loco gentis nomen referunt ad cognitionem: nam gentilitas amittitur quacumque capitis diminutione: cognatio vero non omni capitis diminutione amittitur: §. *ult. Instit. de legitima agnat. tutel.* Possis rectius generis nomen referre et ad agnationem, et ad cognationem, id est, ad lineam virilem, muliebremque.

Ad L. XII. de Vulg. et pupill.

Si filius, qui patri ac postea fratri ex secundis tabulis hæres extitit, hæreditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet: justius enim prætorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit. Etenim jus dicenti propositum est liberus oneribus hæreditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hæreditate removere. Præsertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hæreditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis præstari debent, habita ratione facultatum in Falcidia, non patris, ut alias solet, sed impuberis.

Lex 12. de vulg. et pupill. multas res singulares complectitur. Hoc primum scire oportet: filium familias patri suum hæredem esse ex testamento, vel ab intestato, hoc est, αὐτοκληρόνομον: quasi, non tam patris quam sui ipsius hæres sit, quod vivo patre quasi dominus intelligatur, ideoque mortuo patre continuat dominium in bonis relictis a patre, sibique ipsi videtur succedere: et eodem modo dicimus suum assentatorem, quasi sui ipsius assentatorem: item suum fratrem, quasi fratrem sui ipsius, Seneca lib. 5. de benef. Ergo filius statim atque obiit pater, hæres existit mero jure, ipso jure etiam clausis tabulis testamenti, etiam invitus et ignorans, *l. in suis, de liber. et post. l. 1. §. qui*

sunt, si quis omissa caus. test. §. *sui autem*, *instit. de hæred. quæ ab intest.* Existere est repente apparere, quod Græci ἀναφαίνεσθαι. Sui hæredes existunt confestim : itemque necessarii hæredes : extranei vero hæredes, non ita subito existunt, sed mortuo eo, de cujus bonis agitur, postquam deliberaverunt et fecerunt etiam aliquid, quo declararent se hæredes esse velle: neque enim tam jure fiunt, quam facto, ut cretione, aditione, vel gestione pro hærede. His modis extranei acquirunt hæreditatem : sui hoc solo, quod extiterint statim a morte testatoris, id est, quod apparuerint hæredes, et statim a morte testatoris apparuisse intelliguntur, etsi ignoraverint mortem parentis. Existentia igitur, ut interpretes nostri loquuntur, sui hæredis, seu ἀνάφανσις illa quæ juris intellectum habet, et contingit ignoranti et invito, species est acquirendæ hæreditatis. Hoc genere acquirunt sui hæredes hæreditatem, etiam quiescentes aut dormientes. Ceteri autem, nonnisi actu interveniente aliquo. Etiam illud addendum est, filium non tantum patri hæredem existere ipso jure, sed etiam fratri impuberi, scilicet, si et a patre substitutus sit secundis tabulis, et eveniat casus substitutionis, hoc est, si frater ante pubertatem decesserit. Nam qui patri ex institutione invitus hæres existit, existit etiam fratri ex substitutione pupillari, *l.* 2. §. *prius*, *l. sed si plures*, §. 1. *hoc tit. l. Julianus*, §. 1. *de adquir. hæred.* dum ait, *utique, si frater a patre fratri impuberi substitutus sit, sine dubio ei necessarius hæres erit*, hoc est invitus hæreditati fraternæ alligabitur, et utitur παραλληλισμῷ, utique sine dubio, ut id magis confirmaret. Et hæc quidem ita se habent jure civili. Jure prætorio sive Prætoris beneficio hoc datur filiofamil. si velit, quamvis jure civili sit necessarius hæres, tum patris ex jure, tum fratris ex substitutione pupillari, ut se abstineat utriusque hæreditate. Jure civili non potest: jure præt. potest se abstinere. Hujus autem abstentionis hic erit effectus ut scilicet liberetur per exceptionem. Nam Prætor neminem liberare potest ipso jure, sed ut liberetur per exceptionem, a creditoribus hæreditariis, a legatariis, a fideicommissariis, et ceteris oneribus. Prætor ex æquo et bono liberat eum, qui sua sponte hæres non extitit. Lex *necessariis*, *de adquir. hæred.* ait, eos jure civili creditoribus hæreditariis teneri, sed si velint abstinere, non dari actionem. In jure sæpe non dari dicitur actio, quæ non datur efficaciter, quæ datur cum exceptione peremptoria. Hic est effectus abstentionis, ut liberetur ab omnibus oneribus, posita hac exceptione, *si non me abstinui bonis*, sed illud etiam non efficit abstentio, ut desinat esse hæres. Obstat definitio seu regula juris in *l. ei qui solvendo, de hæred. instit.* quæ vult, ut qui semel hæres extitit, non desinat hæres esse. Obstat et modus jurisdictionis Prætoriæ. Prætor non facit hæredem, non dominum : et non efficit igitur, ut qui hæres extitit, hæres esse desinat data facultate abstinendi, et ideo quia abstinuit se hæreditate, nihilominus hæres manet, *l. cum quasi*, §. *sed et si*, *de fideicomm. libert. l.* 6. §. *si filius*, *de bon. liber. l.* 2. §. *sed si sint*, *ad Tertull.* Est igitur hæres nudo nomine, sine re, sine emolumento, sine onere etiam ullo: et nudum tamen illud nomen hæredis non caret effectu suo : sustinet enim secundas tabulas. Si nemo sit hæres defuncti ex primis tabulis, nec re ipsa, nec nomine nudo, non valent secundæ tabulæ : sed si aliquis vel nomine nudo sit hæres defuncto ex primis tabulis, valent secundæ, valent legata relicta secundis tabulis, quod hæc lex confirmat, et *l. filius, et l. Julianus, de adquir. hæred.* Valent igitur et tutelæ et libertates, et omnia, quæ vel in primis, vel in secundis tabulis sunt: denique nudum nomen hæredis sustinet, corroborat testamentum : quæ est communis opinio ac verissima. Miror Antonium G. dissentire, et huic legi non respondere, respondere tantum *l. Julianus*, in qua pupillus scriptus hæres abstinuit se, atque ita tantum nomen retinuit, non rem ; et tamen consistunt secundæ tabulæ, et comminiscitur in ea specie quod non extat in tenore legis pupillum, qui se abstinuit miscuisse se bonis ab initio, mixtionem hanc confirmare secundas tabulas non nudum nomen hæredis, quod relinquitur post abstentionem : nihil debemus temere comminisci, supplenda sunt quædam nobis, quæ scripta non sunt. Sed hoc totum quod hic scribit commentitium esse ex eo apparet, quod non possis in concordiam adducere *l. Julianus*, cum *l. paterfam. de reb. auctor. jud. possid.* nisi in *l. patremfamil.* dicas abstinuisse eum, qui ab initio miscuerit se bonis in *l. Julianus*, qui se ab initio non miscuerat. Sed nec illud ferendum, quod adjicit suum hæredem ex testamento non esse: qui hoc scribunt deducendi sunt ad Institutiones, *ad* §. *sui autem et necessarii*, *de hæred. qual. et diff.* nihil est certius. Etiam illud non fero, ex *l. sed si plures*, §. *si ex asse, hoc tit.* liquere nudum nomen hæredis non confirmare tabulas pupillares. Videamus ut liqueat, quod dicit Jurisconsultus : non sufficere ad vim secundarum tabularum, id est, non confirmari secundas tabulas, si ita factum sit testamentum, ut ex eo hæreditas adiri possit, sed necessariam esse aditionem ex eo ait liquere, nudum nomen hæredis non confirmare secundas tabul. vobis, ut puto non liquet, neque definitum est: nam de extraneo hærede loquitur, qui hæreditatem repudiavit, vel omisit non adeundo intra tempora : hic non retinet nudum nomen hæredis : et ideo non

consistunt secundæ tabulæ, quia nemo hæres est nomine vel re: si quis nomine esset, utique consisterent secundæ tabulæ. Videtur nimium studium reprehendendi Bartolum hic eum induxisse in errorem, sed nihil est verius quam quod ajunt nostri: existentiam sui hæredis confirmare secundas tabulas, id est, nudum nomen hæredis confirmare omnia, quæ scripta sunt et in primis, et in secundis tabulis. Id satis ostendit l. nostra. Primas tabulas dicimus testamentum patris, quo sibi hæredem instituit: secundas testamentum filii impuberis, quo pater hæredem ei substituit in hunc casum: si antequam pubes existat, vita decesserit, si eo tempore decesserit, quo sibi testamentum facere hæredemque in eo instituere non potest: et alii quidem, quam filio impuberi nemo recte testamentum facit: nec potest quidem pater filiofamilias puberi facere testamentum, cum possit sibi ipse facere pubes. Et moribus tantum receptum est, ut pater testamentum facere possit filio impuberi, quod valeat tantum ad pubertatem usque: et hoc testamentum appellamus secundas tabulas, vel substitutionem pupillarem: et licet videantur esse duo testamenta, tamen ex Sabini sententia quæ ostenditur in *d. l. paterfamilias*, pro uno habentur. Atque ita duo testamenta, quodammodo in unum confunduntur: et ideo in ponenda ratione legis Falcidiæ legata primarum et secundarum tabularum, relicta utroque testamento, quasi uno relicta confunduntur, contribuuntur, communi calculo subjiciuntur, et ex his una Falcidia deducitur, si superent dodrantem hæreditatis paternæ. Bona tamen paterna, et bona pupillaria non confunduntur, unum enim est testamentum, sed duorum bonorum, duarum hæreditatum, duarum causarum, §. *igitur*, *instit. de pupill. subst.* Et ideo in ponenda ratione legis Falcidiæ computantur bona paterna tantum, non pupillaria, quæ bonis paternis non miscentur in quantitate patrimonii excutienda, sed spectatur tantum quanti sint bona paterna, nulla ratione habita bonorum pupillarium, et si legata contributa superent dodrantem ejus quantitatis, cujus sunt bona patris, uni duntaxat Falcidiæ locus est. Igitur, ut dicam apertius, si omnibus legatis exsolvendis sufficiant bona patris, ut si omnia legata in unam summam redacta efficiant trecenta, et in bonis patris mortis tempore fuerint quadringenta, cessat Falcidia, etiamsi iisdem forte legatis exsolvendis non sufficiant bona pupillaria. Et contra si his legatis solvendis non sufficiant bona paterna, ut si legata paterna excedant dodrantem, vel assem bonorum patris, locus est Falcidiæ, hoc est, substitutus impuberis detrahit Falcidiam ex legatis relictis primis, vel secundis tabulis, et præter Falcidiam habet etiam bona pupilli integra et illibata. Falcidia igitur detrahitur tantum ex bonis paternis, sive primis, sive secundis tabulis relicta sint legata, quia de suo præstari legata voluerit: et non spectatur quid sit in bonis pupilli, sed tantum quid in bonis patris: et legata relicta secundis tabulis videntur relicta in primis in ponenda ratione legis Falcidiæ, ut sola bona paterna æstimentur, et ut quantitas sola bonorum patris conferatur cum legatis primarum et secundarum tabularum: quæ est definitio *l. in ratione*, §. *quod vulgo, ad l. Falcid. l. cohæredi.* §. *cohæres, hoc tit.* Et hæc regula juris demonstratur in hac l. his verbis: *ut alias solet.* Sed non servatur in specie hujus legis. Nam hic legata relicta secundis tabulis præstantur ex hæreditate pupillari, et in ineunda ratione legis Falcidiæ computatur hæreditas pupillaris non paterna. Hujusce autem legis facio duas partes: una est de secundis tabulis, an ex eis hæreditatem possit obtinere is, qui renunciavit primis? Altera de legatis relictis secundis tabulis, an debeantur, et si debeantur, an præstentur de pupilli bonis, et an in ponenda ratione Falcidiæ habeatur ratio hæreditatis paternæ? Explicabo hodie priorem partem. Finge: Sempronio duo sunt filii, unus pubes, alter impubes: puberem hæredem instituit ex asse, vel ex parte, adjecto cohærede extraneo: filium vero impuberem exhæredavit, eique secundis tabulis substituit filium puberem, si impubes ante pubertatem vita decederet; licet substituere etiam hoc modo exhæredato, quia possunt ei esse aliqua bona adventitia: deinde pater eundem filium sibi, et filio impuberi hæredem fecit, filium scilicet puberem, qui mortuo patre ei hæres extitit statim: deinde fratri impuberi mortuo, etiam hæres extitit statim: posset quidem utriusque bonis se abstinere beneficio Prætoris, at non vult utriusque, sed patris tantum. Quæritur an possit? Papinianus ait, Prætorem, ex cujus jurisdictione manat abstinendi facultas (neque enim est hæc facultas ex jure civili) justius facturum, si id ei permiserit: ut relinquat bona paterna, et amplectatur fraterna. Nam, ut ait, edicto, quo Prætor abstinendi potestatem facit, hoc ei propositum est, ut liberos solvat oneribus, quæ inviti susceperant, quasi hæredes necessarii, dum repente hæredes existunt, non etiam, ut removeat eos ab hæreditate, quam amplecti desiderant. Atque ita in hac specie filius pubes non removebitur invitus ab hæreditate fratris impuberis, id est, non removebitur a secundis tabulis, quamvis exoneratus sit primis, nec quo minus patris repudiet hæreditatem impedietur. Obsequi Prætor vult voluntati liberorum, non ei obsistere: quinimo ei propositum est obsistere incommodis eorum, non etiam commodis, et abstentionis beneficio eos exonerare, non onerare aut lædere. Et hoc est, quod ait in

priore parte hujus leg. deinde ait, in filio sive fratre esse præcipuam quandam rationem, ut etiamsi spreverit paternam hæreditatem, retineat fraternam, quia omnimodo habiturus erat fratris hæreditatem ab intestato. Omnimodo, id est, etiam deficiente voluntate patris, seu pupillari substitutione. Unde ita concludamus: Qui spernit paternam hæreditatem, non ideo protinus removetur ab alia hæreditate, quæ ei delata est judicio et voluntate patris, si et citra voluntatem patris habiturus eam fuerit: et frustra removetur a substitutione pupillari, qui mox ipso jure ad eam hæreditatem est perventurus. Et sane non invidemus commodum substitutionis pupillaris ei, cui non potest ea res eripi, qui non potest non esse hæres fratris impuberis. Et hujus prioris partis velut brevis summa est in *l. filius, de adquir. hæredit. Filius*, inquit, *qui se paterna hæreditate abstinuit, si exhæredati fratris hæreditati se immiscuerit, et pro hærede gesserit, poterit ex substitutione hæreditatem obtinere.* Hæc lex, inquam, definitio est prioris partis hujus legis. Ideoque posui filium puberem substitutum filio impuberi exhæredato, sicut *l. filius,* quæ, ut jam dixi, hujus l. brevis comprehensio est. Alii ponunt puberem filium institutum ex una parte, substitutum filio impuberi ex altera parte instituto, id est, cohæredem cohæredi substitutum fuisse, si intra pubertatis aunos decessisset, et ab eo bona separari posse, ita ut recuset paterna, et retineat fraterna, si locus sit substitutioni. Id vero ratio non patitur: neque igitur ita species apponi potest ad hanc legem. Nam ita posita specie, non potest recusare hæreditatem patris, quin et recuset fratris, quia portio hæreditatis paternæ quam recusavit accrescit impuberi fratri: atque ita in personam impuberis confluunt omnia bona patris, et commiscentur ceteris bonis pupilli, ut substitutus, qui non vult bona paterna, non possit etiam habere fraterna: confusa enim sunt bona in una persona; et unius personæ hæreditas scindi non potest, ut pro parte habeatur, pro parte non habeatur. Nam nec legatum quodlibet scindi potest, non possumus honorem, quem nobis moriens reliquit fastidire superbe; aut totum amplecti oportet, aut totum recusare. Et ita in extraneo hærede substituto filio impuberi hæredi instituto ex asse aperte definitum est in *l. sed si plures*, *§. filio*, *hoc tit.* et definiendum idem in fratre cohærede, quia eadem ratio in utroque intervenit, quod junctæ et coadunatæ sint hæreditates in personam filii, et jam una est, quæ scindi nequit. Et illi etiam censent non distinguendum esse in hac re inter extraneum, et fratrem: quod probo: sed illud non probo: ut hoc accipiatur de filio impubere, qui pro parte patri hæres extitit: est enim intelligenda, ut dixi, de impubere exhæredato; et ideo inanem duco esse laborem illorum, dum quærunt rationem conciliandæ hujus *l.* cum *§. filio*: neque etiam specie ulla pugnant invicem: non enim est utraque de substituto cohæredis, sed ille §. de filio tantum, hæc autem l. est de substituto exhæredati. Substitutus cohæredis nullo modo potest inducere separationem bonorum; substitutus exhæredati facillime, quoniam hæreditas patris, qua se abstinuit, non accrevit exhæredato, sed bona venierunt a creditoribus, *l. poterf. de priv. cred.* Videamus tamen quam conciliationis rationem adinvenerint, nulla cum esset. Distinguunt abstentionem a separatione bonorum, et dicunt in hac l. agi de separatione: at in *d. §. filio*, agi de abstentione: hunc esse modum concordiæ. Perperam: nam absentio, quæ ab eis fingitur fuisse in *d. §. filio*, in eod. §. palam dicitur separatio: et, ut breviter dicam, ait, *si filio impuberi hæredi ex asse instituto substitutus quis sit secundis tabulis*, *hic substitutus non potest separare hæreditatem*: et subjicit: *idem esse si cohæres cohæredi impuberi substitutus sit:* idem igitur esse, ut non possit separare hæreditatem, et nihil est præterea in *d. §. nihil*, de abstentione, totus §. est de separatione. Si verum amamus, nullum est discrimen inter separatiouem et abstentionem: nam separatio nihil aliud est, quam horum honorum abstentio, et illorum retentio. Qui abstinet se bonis paternis et amplectitur fraterna, utique separat bona, sicut qui repudiat hæreditatem paternam, et adit fraternam, id est, pupillarem hæreditatem. Nam qui apprehendit fraterna, adversatur paterna, quid aliud facit quam ut his abstineat, illa apprehendat? Igitur diversa illi faciunt, quæ sunt plane eadem. Sed demus esse diversa, juvat scire quam constituant rationem differentiæ. Horum differentia hæc est: is, qui se abstinuit bonis paternis removetur a pupillaribus, ne videatur partim improbare judicium defuncti, partim approbare, et scindere; quod est absurdum, *l. 7. de bon. lib.* Et ita accipienda est secunda pars *d. §. filio.* Altera est: is, qui impetravit separationem bonorum, non improbat judicium defuncti, et ideo non removetur a substitutione pupillari, ut in hac l. et abstentio et separatio impetratur a Prætore: et sive abstentionem impetres, sive separationem, quid aliud agis, quam, ut partim probes, partim improbes judicium defuncti: non minus id agis, si separes bona, quam si te abstineas a bonis paternis? Hæc igitur ratio differentiæ non est idonea: in ea igitur non est insistendum: res est clarissima: non eadem est species hujus legis, quæ §. *filio.* Hæc lex est de substituto exhæredati, qui si se abstinuit paternis bonis, non removetur propterea a fraternis, quæ omnimodo habiturus esset,

etiamsi non fuisset substitutus. In *d.* §. *filio*, agitur de cohærede substituto cohæredi, qui si omittat hæreditatem paternam, nec pupillarem habebit, ne eandem unius personæ pecuniam scindat. Verum ut nihil ad hæc desideretur, nobis sunt diligentius explicandi tres casus, qui proponuntur in *d.* §. *filio*, et in §. *seq.* Hi tres casus sunt diversi a casu hujus legis, ideo distinguendi accurate, ne quid nos perturbet. Prior est, filio impuberi instituto ex asse quidam substitutus est secundis tabulis: nihil refert hoc casu quis ille fuerit, extraneus, aut frater. Nam quisquis fuerit, si pupillus se non abstinuerit ab hæreditate patris, a quo fuit institutus ex asse, et obierit impubes, substitutus ejus non potest separare hæreditates, ut patris habeat, fratris non habeat, sed utriusque hæreditatem, aut neutrius habere debet, quia in una persona juncta esse cœpit hæreditas. Et hoc ut dixi, si filius impubes non abstinuerit se bonis paternis. Quæro quid sit dicendum si institutus ex asse abstinuerit se bonis paternis, et alia habeat bona, si moriatur ante pubertatem, an substitutus cogetur respondere creditoribus paternis? Julianus putat obligari, *l. Julianus* 42. *de acquir. hæreditate*, cujus sententia merito reprehenditur a Marcello, quia hæc sententia impugnat utilitatem pupilli, quandoquidem efficit, ne quis pupillo velit hæres esse ex substitutione, si substitutus cogatur ferre onera patris, qui nihil tulit ex ejus bonis, cum iis se abstinuerit pupillus cui successit: nemo volet hæres esse pupillo sub hac conditione, sed repudiabit, aut etiam si possit venire ab intestato, ut si substitutus sit fratri, omittet causam substitutionis, et ab intestato veniet ad hæreditatem, quod fac et impune, id est, non incidet in edictum *si quis omissa causa testamenti.* Cujus hæc est sententia, ut qui omissa causa testamenti, ab intestato vult succedere, perinde obligetur, ac si ex testamento successisset: nam cum mutando causam successionis voluerit fraudare creditores et legatarios, æquum est, ut et ipse hac spe multetur per hoc edictum, *l. si duo hæredes* 18. *ff. si quis omis. cau. testam.* et hoc obtinet tantum, quoties dolo malo id fecit propter suum compendium, et detrimentum alterius: neque enim cuiquam interdictum est, ut omittat hæreditatem, si sine fraude id fiat, *l. quia autem*, §. *si patronus in fi. eod.* In specie *l. Julianus*, fraude caret, quia id facit, non ut evitet onera, qui mavult succedere ab intestato, sed ut vitet onera patris, quæ etiam iniquum erat in eum conferri, cum ex bonis parentis nihil habeat ob abstentionem pupilli: et quod de fratre notat Marcellus, recte Ulpian. interpretatur de fratre patris, id est, patruo impuberis. Nam frater impuberis cum sit necessarius, non posset omittere causam substitutionis sine beneficio prætoris. Ergo concludamus. Qui ex substitutione pupillari obtinet bona pupilli et se abstinuit bonis paternis, non cogitur respondere creditoribus paternis, cum commoda non senserit. Sed huic definitioni adversatur *l. paterfamil. de priv. cred.* quæ aperte docet, pupillo se abstinente bonis paternis, ac substituto ei succedente ex causa substitutionis, substitutum teneri creditoribus paternis, quibus tamen non tenebatur pupillus ob abstentionem: et res difficilis est, nisi ita distinguamus: Aut pupillus, qui se abstinuit bonis paternis, miscuerat se ante iis bonis; et hoc casu, si substitutus adierit hæreditatem pupilli, obligatur etiam invitus in omnes æs alienum patris et filii, quasi unum testamentum, et abstentio filii ei proficiat soli, non substituto ejus: et pupillum miscuisse se bonis paternis ab initio, hoc est, priusquam se abstineret: hoc dicit aperte *l. paterfamilias:* hoc non fingimus. Lex autem *Julianus* non exprimit an miscuerit se pupillus, necne bonis paternis ante abstentionem. Dicam igitur potius se non miscuisse pupillum in *d. l. Julianus*, et hoc casu abstentionem proficere substituto: abstentionem, quam non præcessit mistio ulla, porrigi et ad substitutum, ut non teneatur creditoribus paternis. Secundus casus §. *filio* hic est: Cohæres cohæredi impuberi substitus est: hoc casu nihil interest, substitutus sit filius aut frater. Si substitutus recuset bona patris, removetur a bonis pupilli, quia juncta esse cœperunt in persona pupilli: et contra si agnoverit bona patris, necesse erit agnoscere pupilli bona, *l. quidam, C. de jur. deliber.* Denique non potest substitutus inducere separationem: nec igitur hic casus apponi potest ad l. nostram quæ admittit separationem: hic enim casus est de substituto cohæredis, lex nostra de substituto exhæredati. Tertius casus §. *si ex asse*, est: Hæres institutus ex asse substitutus est filio exhæredato, et recusavit hæreditatem paternam. In hoc casu distinguere debemus omnino, ac separare extraneum a fratre. Et primum loquamur de extraneo. Finge igitur: Hic extraneus institutus est ex asse impuberi substitutus repudiat hæreditatem patris, non habet substitutum vulgarem: an potest capere hæreditatem pupilli, si casus substitutionis existat? Minime, quia nulla est institutio. Si nulla est institutio, nulla est substitutio. Si nullum testamentum patris, nullum est filii: nullum est autem testamentum patris, quod destituitur et repudiatur: nec ullus est hæres, vel re, vel nomine. Sed si fuerit suus hæres ex asse, et abstinuerit, non impeditur capere hæreditatem pupillarem, quia valet substitutio pupillaris: nam licet

substitutus abstineat se bonis paternis, sustinet tamen nudum nomen hæredis, quod non adimit abstentio: et ad hunc casum pertinet *lex quæsitum* 40. *de acquir. vel amitt. hær. l. filius* 41. *eod. tit.* quæ congruit cum l. nostra: lex *quæsitum* pugnat omnimodo: ergo et cum *l. filius.* Sunt duæ ll. affines, quæ pugnant invicem. Hæres institutus est a patre, idemque substitutus impuberi filio: substitutus nihil attingit ex hæreditate patris: quæritur, an cogatur respondere creditoribus paternis, si propter voluntatem patris aliquid aliud habeat, vel faciat, ut puta, quia impuberi filio fuit substitutus, et immiscuit se hæreditati impuberis: hanc hæreditatem habet ex judicio et voluntate patris, qui eum filio impuberi substituit, an propterea obligatur creditoribus patris? videtur obligari, quia incidit in edictum, de quo ante egimus, scilicet, *si quis omis. caus. test.* quod tamen prima specie non videtur: nam in illud edictum incidit secundum verba, qui omittit causam testamenti, et possidet hæreditatem ab intestato, sed secundum sententiam edicti et in edictum incidit, qui omittit institutionem et amplectitur substitutionem, *l. Julianus*, *si quis ommissa caus. test.* Et similiter incidit in sententiam edicti, qui omittit hæreditatem paternam, et amplectitur pupillarem. Si incidit, ergo tenetur creditoribus paternis, ac si attigisset hæreditatem paternam. Denique ita concludit: aut si se miscuit hæreditati pupillari, tenetur etiam creditoribus paternis: aut si sprevit hæreditatem patris, nec quidquam consequitur ex substitutione, debet etiam filii hæreditatem spernere, quia qui judicium patris semel oppugnavit, nihil debet consequi ex substitutione pupillari, id est, qui primas tabulas oppugnavit, dum eas rejecit et repudiavit, nihil debet consequi ex secundis. Sed distinguit Marcellus: aut enim ex parte filius hæres institutus est adjecto extraneo cohærede, aut ex asse. Si ex parte et spernat hæreditatem patris, non prohiberetur capere hæreditatem pupilli, quia non oppugnavit judicium patris, cum habuerit cohæredem, a quo sustinebantur primæ tabulæ, ne ruerent; sed si fuerit ex asse institutus et repudiaverit hæreditatem patris, repelletur etiam a substitutione, nec ex secundis tabulis quicquam obtinebit, quia evertit primas: aut si ex secundis tabulis speret lucrum, debet ferre onera primarum. Hoc vult *l. quæsitum*: ex qua colligitur eum qui recusavit hæreditatem paternam arceri a pupillari. Verum considerandum est *l. filius* loqui de filio instituto et substituto fratri exhæredato: quæ etiam est species l. nostræ. At *d. l. quæsitum*, non loquitur de filio, licet memoret sæpe patris successionem: quod facit respectu pupilli, non hæredis instituti, qui extraneus fuit: quæ est ultima animadversio Accursii nostri ad *d. l. filius*, ut scilicet *d. l. quæsitum*, de extraneo intelligatur, non de filio: nec sane quærenda est alia conciliationis ratio: Enimvero si utraque lex de filio intelligatur, et quæsieris rationem componendi dissidii, frustra fueris diligens. Ceterum ratio differentiæ summa est: si filius institutus sit ex asse, et substitutus fratri exhæredato, ac se abstinuerit bonis paternis, non repellitur a substitutione pupillari propter priorem abstentionem, quia etiamsi non fuisset substitutus, quæ ratio non valet in extraneo, tamen successisset jure legitimo, qui cum everterit primas tabulas repudiando hæreditatem paternam, ita plectitur ut cadat secundis, aut si commodum captet secundarum tabularum, ferre etiam debet incommodum primarum, quæ est sententia *d. §. filio.* Intelleximus ex priore parte hujus legis, filium, qui se abstinuit hæreditate paterna, non repelli ab hæreditate fratris impuberis exhæredati, cui secundis tabulis substitutus est, et nihil obstare *l. sed si plures*, *§. filio*, *et §. si ex asse*, *hoc tit.* nihil *l. quæsitum*, *de acquir. hæredit.* posita differentia inter filium et extraneum: extraneum quidem institutum ex asse, qui omittit hæreditatem paternam, non admitti ad substitutionem pupillarem, filium, qui abstinuit a paterna, frustra repelli a substitutione fratris, qui si repellatur, mox ad eam redit jure legitimo. Denique intelleximus non pugnare *l. paterf. de privileg. cred.* cum *l. Julianus, de acq. hær.* posita differentia inter eum, qui miscet se bonis paternis, antequam astineret, et eum, qui non miscuit se: nam si pupillus miscuit se bonis paternis, antequam abstineret, substitutus, cui impuberis hæreditatem adit, obligatur creditoribus hæreditariis: mistio nocet hæredi pupilli, et abstentio soli pupillo prodest. Quod si pupillus non miscuerit se bonis paternis, abstentio liberat etiam hæredem ab oneribus paternis. Tractemus de posteriori parte l. Filio abstinente se bonis paternis et retinente permissu prætoris substitutionem, et ita facta separatione bonorum, colligit Papinianus, sic fieri ut legata debeantur ex secundis tabulis, non ex primis. Fuere relicta primis, sed ea præstantur ex secundis, quia beneficio abstentionis liberatus est oneribus primarum tabularum, divisa sunt bona, divisa ergo erunt onera: pupillaria bona agnoscit, non paterna. Dices, non debentur etiam legata relicta secundis tabulis hac ratione, quia a substituto exhæredati, vel etiam a legitimo exhæredati hærede legata inutiliter relinquuntur: non enim plus juris habet in substituto, quam in eo, cui substitutus erat: ab exhæredato inutiliter legaret, hoc est certissi-

mum: ergo et ab exhæredati substituto, *l. ab exhæredati, in pri. de leg.* 1. *l. qui fundum*, §. *qui filios. ad leg. Falcid.* et in specie proposita, legata relicta sunt a substituto exhæredati: sed dicas utiliter legata relinqui a substituto exhæredati; si et ipse substitutus sit institutus primis tabulis, *l. in ratione*, §. *ult. ad leg. Falcid. l. plane, in princ. de leg.* 1. Et hoc loco filius substitutus fratri impuberi, a quo legata relicta sunt secundis tabulis, fuit etiam institutus primis tabulis, nec desinit esse, quamvis abstinuerit et per eum steterit, ne hæreditatem haberet: neque enim prætor per beneficium abstentionis efficere unquam potest, ut qui semel hæres extitit, desinat hæres esse. Merito igitur debet legata a se relicta secundis tabulis. At quæritur, si oneratus sit legatis, et ponatur ratio legis Falcidiæ, Falcidia enim minuit onus legatorum, quæritur, inquam, in quibus bonis ponenda sit ratio legis Falcidiæ? In ponenda ratione legis Falcidiæ comparamus bona, ex quibus præstantur legata, cum ipsis legatis, et æstimamus quanti sint bona, quanti legata; et legata redigimus ad modum dodrantis, si exsuperent, ut hæredi quadrans eorum bonorum supersit: ponenda est igitur Falcidiæ ratio in bonis. Sed in quibus? an in bonis, quæ pater mortis tempore reliquit, an his, quæ frater reliquit mortis tempore, cui substitutus est quis: an habebitur ratio bonorum paternorum, aut pupillarium? Si substitutus non abstinuerit se bonis paternis, vel qua alia ratione bona paterna ad eum pervenerint: legata relicta primis, et secundis tabulis solvuntur habita ratione bonorum paternorum, non pupillarium, id est, eorum bonorum, quæ pater reliquit mortis tempore; non spectabitur quanti sint pupilli bona, sed quanti sint bona patris mortis suæ tempore: ut ecce si legata omnia primarum et secundarum tabularum permista superarent dodrantem bonorum paternorum, detrahæretur vel suppleretur Falcidia, id est, quadrans bonorum paternorum, etiamsi opulenta esset hæreditas pupilli, et ita institutus haberet Falcidiam bonorum paternorum et integram pupilli hæreditatem. Quod si legata non excederent dodrantem bonorum paternorum, non detrahæretur Falcidia, etsi per se inspecta legata secundarum tabularum ampliora essent bonis pupillaribus, et absumerent bona pupillaria, quod sit idonea hæreditas patris, quæ sola intuenda est: atque ita substitutus teneretur legatariis secundarum tabularum ultra vires hæreditatis pupillaris, *l. in ratione*, §. *quod vulgo, ad leg. Fal. l. cohær. de* §. *cohær. vulg. et pup. subst. l. non solum*, §. *ult. de liber. leg.* quæ legata relicta secundis tabulis in hac parte juris, quæ est de Falcidia et detractione legatorum, perinde habentur, ac si essent relicta primis tabulis, et revocantur ad rationem primarum tabularum, et ad rationem patrimonii, quod primis tabulis continetur, et comparantur ea legata cum bonis paternis, non cum bonis pupilli, et solvuntur ex bonis paternis, et in hac parte juris substitutus comparatur instituto ex his bonis, in quibus substitutus est, *d. l. in ratione*, §. *quod vulgo*. Et ad summam, in ponenda ratione legis Falcidiæ sic habetur ratio legatorum, ac si nullæ extarent secundæ tabulæ: nulla bona pupillaria: nulla denique alia præter paterna. Est qui scripserit, legata relicta secundis tabulis solvi de hæreditate pupilli: quod non est admittendum. Id pugnat cum *d. l. in ratione*, §. *quod vulgo* cum ait: *de suo quadrante, nimirum dabit substitutus, quoniam pater legavit de suo*: et ita Florentiæ: et ita in Basil. ἐκ τῶν ἰδίων ἔδοξε λεγατένειν: et recte si de suo legavit pater, ea quoque de suo præstari voluit: Præstabuntur ergo de bonis paternis, non pupilli: et quod ait de suo quadrante dabit, id est, ea legata implebit substitutus de quadrante bonorum paternorum, quem solum habebat mortis tempore, quo in bonis paternis erant 400. in legatis 300. Sed post mortem finge periisse centum ea centum substituto perierunt, non legatariis, reliqua trecenta omnino præstanda sunt legatariis sine diminutione: atque ita substitutus perdit quadrantem, quem habebat mortis tempore, tum ut consulatur legatariis, tum etiam quia mortis tempore idonea erat hæreditas patris: et in ponenda quantitate patrimonii hoc tantum tempus spectatur, *l. in quantitate, ad leg. Falcid.* Verum longe alia est species l. nostræ. Substitutus abstinuit se bonis paternis, non pervenerunt ab substitutum ulla bona paterna; et substitutus est non cohæredi, sed exhæredato. Ratio igitur non fert, ut legata relicta secundis tabulis referamus ad rationes patrimonii paterni, quo se abstinuit substitutus; sed cogimur illud tantum spectare, quod retinet, nempe pupillare, et pro ejus modo et quantitate vel Falcidiam inducere, vel non inducere. Itaque præstabuntur sola legata secundarum tabularum habita ratione bonorum pupillarium, et de bonis pupillaribus salva Falcidia, nec ultra vires hæreditatis pupillaris, aut ultra dodrantem præstabuntur. Et hoc est, quod ait in secunda parte hujus legis. Itaque, inquit, legata, etc.

Ad L. VIII. de Collation.

Nonnumquam prætor variantem non repellit, et consilium mutantis non aspernatur. Unde quidam filium emancipatum, qui de bonis conferendis cavere fratribus voluit, audiendum postea

putaverunt, si vellet ablata cautione beneficium bonorum possessionis exercere. Tametsi responderi potest, videri eum possessionem repudiasse, qui formam possessionis conservare voluit: sed benignior est diversa sententia, maxime cum de bonis parentis inter fratres disputetur, quem tamen facilius admittendum existimo, si intra tempus delatæ possessionis cautionem offerat: nam post annum, quam delata esset bonorum possessio, voluntariam moram cautionis admittere, difficilius est.

Nihil est in Papin. quod non sit singulare admodum. Superiore lege habuimus casum, quo legata relicta secundis tabulis solvuntur de bonis pupilli contra reg. juris. Habebimus hodie similem casum in hac l. 8. quo quis potest mutare consilium in alterius fraudem injuriamque: nam et hoc est contra regulam juris. Hoc autem ut intelligatur, sciendum est, filio emancipato non dari bonorum possessionem *unde liberi* ab intestato, vel etiam eidem præterito testamento patris non dari bonorum possessionem contra tabulas, vel datam sine re constitui, id est, non dividi inter eum et fratres, qui remanserunt in potestate, hæreditatem patris, nisi cum satisdatione caverit iis, qui in potestate remanserunt, de bonis propriis conferendis, quæ moriente patre habuit, aut nisi statim ex bona fide bonorum propriorum divisionem fecerit cum fratribus, quo jure etiam utimur hodie. Emancipatus filius, qui appetit bona paterna, debet in medium conferre bona propria ex hoc edicto, quasi paterna, quia ipse jus filii habere vult, et venire in partem bonorum paternorum una cum filiis qui in potestate remanserunt. Bona autem, quæ filiorum sunt, patris sunt: ac proinde non aliter succedet, quam si bona propria contulerit. Collatio fit vel cautione, vel reipsa, id est, divisione, *l.* 1. §. *jubet*, *et* §. *quamvis*, *hoc tit. l. pen.* §. *videamus*, *de bon. poss. cont. tab.* Plerumque autem collatio fit cautione, quia cum possint bona quædam propria emancipati esse in occulto: non satis videtur conferre, qui non cavit, quamvis dividat bona propria, et conferat in medium, ac in commune redigat. Melius est igitur, cautione conferre, id est, cavere de conferendis bonis propriis datis fidejussoribus, quæ scilicet ejus fuisse propria quandoque constiterit, quam dividi, id est, re ipsa collationem fieri: conferunt, ut dixi, emancipati suis, id est, iis, qui in potestate remanserunt, quia suos, qui jure civili soli erant hæredes patris, incommodo quodam afficiunt, dum jure prætorio volunt venire in partem bonorum paternorum, *l.* 1. §. *toties*, *hoc tit.* Æquum est igitur, ut emancipati eis conferant bona quæ post emancipationem acquisierunt, ac si ea acquisiissent patri non sibi. Conferre, est bona propria paternis commiscere, ut omnia simul inter fratres emancipatos et suos dividantur ex æquo, quasi unum sit patrimonium paternum. Emancipati sibi invicem non conferunt, *l. ult.* §. *ult. l.* 2. §. *si tres*, *l.* 3. §. *quotiens, hoc tit. l. si emancipati, C. de collat.* quia alter alteri non est incommodo: sunt enim omnes pari jure: inter fratres inæquales collatio locum habet, non inter æquales: ac propterea sui etiam non conferunt emancipati plerumque, quia nihil habent, quod conferant præter dotem aut donationem propter nuptias, quam conferunt: castrense autem peculium, vel quasi, numquam conferunt vel sui vel emancipati: sed ea retinent præcipua, vel præcipui titulo, quod dicimus *par preciput*, *l.* 1. §. *nec castrense*, *hoc tit.* Præterea sui testamentum non faciunt, quia, ut ait Ulpian. nihil habent proprium, ut de eo testari possint: cujus sunt in potestate et in ejus potestate ac dominio sunt bona eorum quæcunque sibi acquirunt. Dionysius 8. *vivo patre nihil habent proprium filii sui*, *sed jus est patri tum in bonis*, *tum in corpore*, *ut de iis possit statuere ut libet:* et ea ratione dicuntur sui non conferre emancipatis. Diximus plerumque satisdatione, idonea cautione collationem fieri: quid fiet, si filius emancipatus non caveat, et paterna tamen appetat, vel etiam ea possideat pro sua portione: nam bonorum possessio emancipato dari potest, etsi nondum contulerit, quæ tamen constituitur sine re, nisi postea contulerit; quia ut ait Papin. in hac l. formula bonor. possessionis hæc est, ut qui non contulerit bona propria, non possit ejus beneficio uti. Et distinguendum est ea in re, aut per inopiam filius emanc. non potest cavere de conferendo, aut per contumaciam noluit. Si per inopiam non potuit cavere, ut vix reperiuntur ulli, qui pro inope velint fidejubere, non statim ab eo transferenda est possessio portionis suæ, sed sustinendum donec sponsores invenerit, ita tamen, ut interim fratribus, qui in potestate remanserunt, actio detur de his, quæ mora deteriora futura sunt, id est, quæ tempore pereunt, *l.* 2. *in fin. hoc tit.* qui locus est obscurus, nisi *actionem* accipias pro auctione, quod frequentissimum est in his libris. Ambrosius ex Basilio de Tob. *liberos pro paterno debito in actionem deduci fratribus.* Basilius, *εἰς τὸ πρατήριον.* Hic est sensus *l.* 2. §. *ult. hoc tit.* Aut si in portione filii emancipati sunt quædam, quæ servari non possunt, de iis dabitur actio, vel auctio, id est, jus vendendarum rerum, dummodo caveant emancipato de restituenda pecunia, quam ex auctione redegerint, quoties propria

contulerit: et si non caveant, non dabitur illis actio, ut vendant, sed dabitur curator portionis emancipati, qui eam rem peragat, et vendat, et pecuniam ei servet, *l.* 1. §. *si frater, hoc tit.* Hic est ordo juris, quum frater emancipatus non potest per inopiam cavere, et quum fratres non contenti divisione, cautionem exigunt, existimantes latere multa ex bonis fratris emancipati, nec prodi ab eo omnia. Quod si per contumaciam nolit cavere de conferendis bonis propriis, hoc casu statim transferenda ab eo possessio est portionis suæ, et denegandæ ei sunt petitiones possessoriæ seu hæreditariæ, perinde ac si bonorum possessionem non accepisset, ut est in *l.* 2. §. *penult. l.* 3. *in princ. hoc tit. l.* 11. 12. 14. 16. *C. de collat.* Et hæc locum habent, cum data jam est bonor. possessio: nam si nondum data sit, denegabitur, quum propalam negabit se satisdaturum, quandoquidem hoc genere videtur repudiasse bonorum possessionem, cum palam edixerit, se ejus formam observare nolle, id est, non cavere velle. Denique, qui per contumaciam non cavet, vel repudiare videtur commodum bonorum possessionis, vel ei renuntiare. Quod si initio dixerit, se nolle cavere, et postea pœnitentia actus offerat cautionem, an audietur? an poterit emendare contumaciam suam, et commodum seu beneficium bonorum possessionis repetere, quo per contumaciam cecidisse videtur? An, inquam, pœnitens recipit jus pristinum? Hæc est quæstio hujus l. Et sane videtur non esse audiendus secundum regulam juris, qua nemo potest mutare consilium suum in fraudem alterius, *l.* 75. *de regul. jur.* quæ est Papiniani ex eodem libro, et est præponenda huic l. quia hæc lex hujus regulæ est exceptio: hic mutat consilium suum in fraudem fratrum, qui in potestate remanserunt, nam ad eos jam pertinebat tota hæreditas. Nemo ambigit, quin liceat sine alterius injuria mutare consilium, *l. de ætate*, §. *ult. de interrog. in jur. fac.* Si interrogatus in jure ab adversario, an hæres sim, et respondeam, me non esse: mihi licebit postea pœnitere, et respondere, me esse: quo responso obligabor adversario: et ex ea pœnitentia non læditur adversarius, imo commodo maximo afficitur: quia ex responso meo ei paratur actio in me ut hæredem: licet igitur pœnitere sine captione alterius. Et ita, si pecuniam tibi dedi, ut Stichum manumitteres, est mihi condictio pecuniæ vel ex cessatione tua si cesses Stichum manumittere, vel ex pœnitentia mea, si jam nolim Stichum manumitti, *l.* 3. §. 1. *de cond. causa data.* Nec enim hæc pœnitentia nocet alteri, cum nondum manumissus sit Stichus, et res in integro sit; licet mihi re integra revocare mandatum, licet etiam mutare testamentum re integra, cum nullum jus ex eo me vivo alteri quæsitum sit, nec id inconstantis est. Nemo doctus, inquit ille, mutationem consilii esse inconstantiam dixerit. Sed in fraudem alterius mutare non licet. Finge: Vendidi tibi fundum ea lege, ut nisi ad diem solveres pretium, res esset inempta, quæ dicitur lex commissoria: non solvisti ad diem. Est in arbitrio venditoris, ut utatur lege venditionis, rescissa venditione, vel ut pretium petat si nolit uti lege commissoria: et de alterutro hoc vel illud debet constituere, id est, eligere. Sed si semel unum elegerit, non poterit variare, quia ea variatio, seu mutatio consilii fraudi esset emptori, *l. si fundus*, §. *eleganter*, *de lege commiss.* Et ita si filius præteritus testamento patris judicium patris forte legato vel fideicomm. accepto approbet, jam non potest petere bonorum possessionem contra tabulas, relicto leg. aut fid. hoc enim esset fraudi hæredi scripto, cui jus omne acquisitum est, *l. si filius de minor.* Et similiter, si creditores hæreditarii impetraverint separationem bonorum, cum existimarent hæreditatem esse idoneam, hæredem non item, et nollent creditores hæreditarii misceri creditoribus hæredis, sed solvi sibi de bonis hæreditariis; creditoribus vero hæredis solvi de bonis hæredis propriis: si inquam creditores hæreditarii separationem bonorum impetraverint, et postea non idonea hæreditas inveniatur, hæres autem idoneus: an possunt mutare sententiam et discedere a separatione, et reverti ad hæredem? Minime: sed perstare debent in eo, quod elegerunt, ne fraudent hæredem commodo, quod eo ex hac re contigit. Innumeris exemplis hoc probare possis, quæ passim occurrunt. Sed tamen in specie proposita ex æquo et bono auditur filius emancipatus, qui mutat consilium suum. Noluit per contumaciam initio cavere de conferendis bonis propriis, atque ita excidit commodo bonorum possessionis, et id omne recidit in fratres: nunc pœnitentia ductus, paratus est cavere, et postulat, ut sibi liceat exercere et exequi beneficium bonorum possessionis contra tabulas, vel unde liberi, non videtur quidem summo jure admittendus. Sed non semper summum jus justitia est. Justitia est ἀκρότης, non μεσότης, ut ait Philosophus. Igitur audietur filius emancipatus ex æquo et bono, cum maxime de bonis paternis inter fratres disceptetur. Hoc maxime notandum est, quia multæ sic dirimuntur controversiæ: ex ea enim constituimus, quoties inter fratres de bonis paternis lis est, non spectari regulas juris, qua omnes sunt summi juris, sed benignitatem et æquitatem. Et hoc utique procedit, ut ait Papin. si intra tempora delatæ possessionis, hoc est, intra annum mutet consilium et

corrigat factum: nam post tempora vix audietur, inquit, sera est enim pœnitentia post annum delatæ possessionis. Si pœniteat, difficilius audietur: nam ut audiatur etiam post annum, hoc positum est in arbitrio Prætoris, sed vix audietur, quia sera est pœnitentia. Nam si post annum non potest petere bonorum possessionem, nec igitur post annum bonorum possessionis commodo frui poterit, qui excidit ante annum. Confirmatur hæc æquitas *l.* 1. §. *si frater*, *ff. hoc tit.* dum ait, fratrem, qui per contumaciam non cavit, postea oblata cautione recipere pristinum jus. Quod tamen explicandum est secundum sententiam Papin. Florentiæ sic scriptum: *non repellit*, *et consilium mutantis non aspernatur*: verum, omnino legendum: *consilium mutantem*, ut in Basilicis τὸ μεταμέλον. Cum igitur Papinianus posuisset hanc regulam, *nemo potest mutare consilium in detrimentum alterius*; mox subjecit exceptionem; filium pœnitere posse, etiamsi videatur pertinere ad injuriam alterius, scilicet fratrum. Et ut alio exemplo demonstrem, non esse ad vivum resecanda ea, de quibus disceptatur inter fratres de bonis paternis, id petamus ex *l.* 5. *C. de inoffic. test.* Finge: mater extraneum hæredem instituit, et post testamentum filium peperit, quem testamento prætererat: matris præteritio est exhæredatio; secus de patris præteritione: filius præteritus agit querela adversus hæredem scriptum, et rescindit totum testamentum. Quod si mater filium suum hæredem instituerit, et post testamentum alium filium peperit, quem præteritione exhæredavit, an hic filius aget querela adversus fratrem, et totum rescindet testamentum? Minime, si mulier in puerperio diem suum obierit, nec ei licuerit rumpere testamentum, hic filius præteritus non rescindet totum, sed accrescet fratri in dimidiam partem, quod mitius inter se agere debeant fratres de bonis paternis. Ac similiter, ut Paulus notat 4. *sent. de querela inoff.* Si duo sint filii hæredes instituti ex debita portione; et tertius ex minore portione, quam sit legitima, an hic tertius aget adversus fratres querela testam.? Ageret utique adversus extraneum: non enim tantum filius exhæredatus vel præteritus, sed et qui institutus est ex minori parte, quam sit legitima, agere potest querela inofficiosi secundum jus vetus; quod quidem obtinuit ante constitutionem Justin. de supplenda legitima, quæ est *l.* 35. *de inoff. test.* Sed adversus fratres cohæredes in hoc tantum aget, ut suppleatur pars legitima, etiam secundum jus vetus: nam quoties inter fratres agitur de bonis paternis vel maternis, sequimur quod benignius sit, ac mitius, non regulas juris, quæ summi juris definitiones sunt.

Ad L. XVIII. de Operis novi nuntiat.

Ædibus communibus, si ob opus novum nuntiatio uni fiat, si quidem ex voluntate omnium opus fiat, omnes nuntiatio tenebit. Si vero quidam ignorent, in solidum obligabitur, qui contra edictum prætoris fecerit.

§. 1. *Nec ad rem pertinet, cujus solum sit, in quo opus fiat, sed quis ejus soli possessio inveniatur, modo si ejus nomine opus fiat.*

Quod in hoc edicto de operis novi nuntiatione cavetur, etsi notum sit omnibus, tamen initio exponi necesse est. Hoc edicto consulitur vicino adversus vicinum, qui quid in suo molitur, aut demolitur, quod vicino nocere possit: nam is, cui opus novum quod vicinus facit vel instituit nocere potest, si vereatur, ne ex eo opere jus suum deterius fiat, potest prohibere vicinum, id est, denuntiare, ne quid novi operis instituat, testibus præsentibus etiam non adito prætore: etsi hodie moribus nostris necesse sit nuntiationem fieri auctore judice: et nuntiari his verbis: *Denuntio tibi, ne quid operis me invito in illo loco facias.* Hæc nuntiatio permittitur ipso jure, id est; ex edicto prætoris, et hunc effectum habet, ut qui ei non obtemperaverit, id est, qui non destiterit ab opere, sicuti denuntiatum est, quidquid post denuntiationem fecerit, compellatur destruere, aut restituere edicto restitutorio, cujus formula hæc est: *Quod adversus edictum fecerit*: nam qui facit contra nuntiationem vicini, videtur contra edictum facere, in *l.* 5. §. *si quis forte*, *l. si opus*, §. *ult. l. ult. hoc tit l.* 20. §. 1. *eod. t. l.* 22. *et ult. eod. l. ult. ne quid in loc. publ. l. qui vetante*, *de reg. jur. l. prætor*, §. 1. *hoc tit.* Secundum superiores locos omnino legendum est in *d. l. prætor*, §. 1. *qui facit contra nuntiationem, etsi jus faciendi habuit, tamen contra edictum prætoris facere videtur.* Legendum est *edictum*, *non interdictum.* Nuntiat novum opus non tam is, qui nuntiat, quam prætor. Igitur, qui pergit facere nec discedit ab opere post denuntiationem, contra edictum prætoris facit, et subjicitur interdicto restitutorio, quo compellitur restituere rem in eum statum, quo fuit nuntiationis tempore. Et hoc ita procedit, si quid is, cui nuntiatum est, faciat post nuntiationem, antequam prætor remiserit nuntiationem, quod facit causa cognita: post remissionem nuntiationis licet ædificare: remissio abolitio est nuntiationis: remissionis vicem obtinet satisdatio, veluti si is, cui facta est nuntiatio, satisdet se restituturum omnia in pristinum statum, si judicatum erit eum non habuisse jus faciendi novi operis, et eum, qui nuntiavit, jus habuisse: nam post eam sati-

stulationem impune ædificavit, hoc est, non tenebitur edicto restitutorio. In hac l. 18. quæritur, si ædes, in quibus novum opus fit, sint communes inter duos, aut plures, utrum nuntiatio sit facienda omnibus, an satis sit fieri uni ex sociis? Et definit eleganter Papinian. satis esse si uni ex sociis nuntiatio fiat: uni factam nuntiationem, omnibus factam videri. Sed si post nuntiationem quidam opus fecerint, quidam non, hi, qui non fecerunt, non tenebuntur edicto restitutorio, sed is solum tenebitur, qui non paruit nuntiationi, cujus factum non nocere debet alii, qui nihil fecit, quique facienti assensus non est, *l. de pupillo,* §. *si plurium, hoc tit.* Igitur nuntiatio omnes tenet, etiamsi facta sit uni; si omnes fecerint opus, id est, si omnium voluntate factum sit opus, utique omnes tenebuntur edicto restitutorio, non tantum, ut patientiam præstent, quod voluit Accurs. sed etiam, ut impensa sua suisque sumptibus opus post denuntiationem factum restituant, quia fecisse videntur, etiam qui non fecerunt, si alii voluntate eorum fecerint, ne sit lusoria nuntiatio, et lusorium edictum prætoris, *l. ult. ne quid in loco publ.* Sed si non fecerint omnes, aut facienti non assensum præbuerint, non tenebuntur omnes edicto restitutorio propter factum sociorum, qui ipsi nihil fecere, nihilve voluere facere operis novi. Et hoc est, quod ait Papinian. in priore parte hujus legis. *Omnes nuntiatio tenebit, etc.* id est, omnes tenebuntur edicto restitutorio. In posteriore parte, quia dixit initio de ædibus communibus, docet Papinian. ædes communes videri non tantum, quæ plures dominos habent, quas plures domini dominantur, sed et quas plures non domini communiter possident. Quod commune est, vel dominio, vel possessione commune est: et constat nuntiationem fieri non tantum domino, vel dominis ejus soli, in quo nuntiatio fit, sed etiam possessori, vel possessoribus, si modo eorum nomine opus fiat: nam si non fiat eorum nomine, etsi sunt domini, nihil attinet ei nuntiatum. Denique nuntiatio fit, vel domino, vel possessori, cujus nomine opus novum fit. Nam hæc nuntiatio non tam fit in personam, quam in rem; ut actio alia est in rem, alia in personam, sic nuntiatio alia in rem est, alia in personam, *l.* 1. §. *nuntiatio, l. de pupillo,* §. *nuntiationem, l.* 10. *l.* 11. *l. ult. hoc tit.* Et fit in rem præsentem, id est in locum ipsum, quo opus fit, sicut vindicatio fit in rem præsentem ex jure veteri, atque fit etiam nuntiatio operis in ignorantem, *l.* 18. *actio, hoc tit.* quia magis est in rem, quam in personam; et utilis est etiamsi non fiat personæ, modo fiat in re præsenti: nuntiatio alia in personam, alia in rem est, ut dixi. Nuntiatio, quæ fit in rem, fit semper in rem præsentem: nuntiatio in personam, si non possit fieri in personam, puta si non inveniatur is, cum quo nobis res est, cuique nuntiare novum opus volumus, fit ad domum ejus libello ad postem fixo: ut ex 12. tabulis denuntiatio testimonii, quæ est in personam, fit ob portum, id est, ad domum. Hoc confirmat *l.* 4. §. *prætor, de damn. inf. l.* 20. §. *nupta ad l. Jul. de adult. l.* 15. *de excusa. tut. l.* 1. *C. Theod. eod. l.* 2. *C. de ann. except. l.* 5. §. 1. *quod vi aut clam l.* 1. §. 1. *de agnosc. et alend. lib.* In his omnibus ll. agitur de denuntiatione operis, quæ fit ad domum, vel per præconem, vel per libellum. Utitur autem Papin. in hac posteriore parte verbis *soli* et *solum,* quia nuntiatio pertinet tantum ad ea opera, quæ solo cohærent: nam qui putat vineas, aut messem facit, vel succidit arbores, opus quidem facit, sed quod non possit inhiberi ex hoc edicto, quod pertinet tantum ad ea quæ soli sunt, *l.* 1. §. *hoc autem, hoc tit.*

Ad L. XLII. de Usucap.

Cum vir prædium dotale vendidit scienti, vel ignoranti rem dotis esse, venditio non valet, quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari convenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem juris est, cum is, qui rem furtivam vendidit, postea domino hæres extitit.

Est hæc lex elegans pertinens ad leg. Juliam de fundo dotali, et ad leg. Attiniam de re furtiva. Ex lege Julia maritus prædium dotale, quamvis interim videatur dominus, non potest alienare, vetat etiam usucapi, *l. si fundum, de fun. dot.* Prædii dotalis usucapio non est, nec alienatio ex lege Julia: ex lege Attinia, non est etiam usucapio rei furtivæ, obstat usucapioni rei furtivæ. Hoc cum ita esset, docet Papinian. in hac lege, aliquando confirmari alienationem prædii dotalis, ac deinde usucapionem procedere, confirmari quoque venditionem rei furtivæ, et usucapionem procedere, convalescere alienationem, et restitui causam usucapionis, cui ab initio obstabat lex Attinia. Loquamur primum de fundo dotali, Finge: Maritus constante matrimonio alienavit fundum dotalem: deinde morte mulieris solutum est matrimonium, et dos cessit lucro mariti ex pacto dotali: convalescit alienatio fundi dotalis quando maritus qui eum alienavit, in eo fundo mulieri successit ex pacto dotali: et procedit usucapio, si forte non fuerit mulieris, vel, si forte ad quendam alium bonæ fidei possessorem pervenerit, *l. pen. de fund. dot.* Si is, qui rem furtivam vendidit, hæres extiterit domino rei, purgatur vitium rei, et convalescit venditio, quia venditor ejus dominium acqui-

sivit, et procedit usucapio pro emptore. Mirum est alienationem convalescere, quæ ab initio non valuit ipso jure, et tamen ita definit Pap. in hac l. Objicitur primum regula Catoniana: *quæ ab initio non valent, ex post facto non convalescunt*: quæ plerumque valet, non solum in legatis, et substitutionibus, sed etiam in contractibus. Sed ita respond. *non convalescunt ipso jure*, fateor, directo, sed remedio retentionis, remedio exceptionis doli mali ex æquitate: quod ita demonstro. Rei alienæ pignus non valet, convalescit tamen acquisitione dominii, si is, qui domino pignus posuit, domino hæres extiterit, et convalescit, non directo, non ipso jure, *l. si Titio de pign.* sed per retentionem, ut ait *lex. 1. in prin. eod.* id est, per exceptionem doli mali, quod scilicet debitor velit auferre rem creditori, quam ei pignoravit, quod sit mendax. Nam actioni et exceptioni doli mali insunt mendacia, *l. quid enim de dolo.* Finge: Tu mihi rem pignorasti, cum non esses dominus, postea factus es dominus, et vindicas eam, nec vis tueri pignus, quod mecum contraxisti: arguam te mendacii, et utar exceptione doli mali: imo si ignoraverim rem fuisse alienam, dabitur mihi actio utilis hypothecaria, *l. rem de pign. actio.*, *l. 5. C. si res alie. pign. data sit.* Ergo concludamus: Regula Catoniana est directi juris, quæ tamen inflectitur sæpe ex æquo et bono remedio retentionis, vel exceptionis. Rursus objicitur *l. nec nos, C. de postlim. rever.* Si nesciatur quis ab hostibus captus sit necne, si cujus sit incerta vita ac fortuna, ejus hæreditas adiri non potest. Certa enim debet esse mors, priusquam adeatur hæreditas, et adjicit, *de bonis ejus, cujus incerta fuit vita ac fortuna, transigi vel judicari non potuisse*: hoc inquiunt pugnare cum hac l. perperam. Fateor quidem non potuisse transigi vel judicari, sed si postea constiterit esse mortuum cum de cujus hæreditate agitur, valebit aditio, vel transactio aut judicatum, non quidem directo, sed per retentionem, puta, si is, secundum quem judicatum est, rem habuit apud se, vel si ex transactione eam habeat, eam servabit vi anterioris transactionis, vel judicati, quanquam jure transactionis aut judicati eam rem non habuerit. Magna vis est retentionis, magna possessionis: et valet plurimum in omnibus controversiis: difficile est removere possessione eum, qui in ea est, nec habet injustam possidendi causam. Objicitur etiam *l. si servo, qui et a quibus man.* Servum alienum manumisi, deinde domino ejus hæres extiti, an convalescit manumissio? minime. Hoc pugnat cum h. l. nam cur manumissio non convalescit, si domino servi hæres extiterim, cum usucapio rei furtivæ, et venditio fundi dotalis ex post facto convalescat? Dicendum est, non idem posse constitui in manumissione, quod in venditione, aut judicato, aut transactione: nam ex manumissione nulla nascitur obligatio, ut non possit jure obligationis, jure exceptionis, aut retentionis sustineri manumissio ex post facto. Ceterum ex venditione, transactione, judicato nascitur obligatio, quæ efficit, ut inviti cogamur stare ei venditioni, transactioni, vel judicato, si dominium acquisierimus ejus rei, de qua agitur. Ergo proprium hoc in manumissione est, ut si manumissor domino servi hæres non extiterit, non convalescat manumissio. Contra si dominus servi manumissori hæres extiterit, qui inutiliter servum alienum manumisit, convalescit manumissio, *l. filium, de lib. caus. l. si ab eo, C. eod. tit.* Ratio differentiæ est, quia cum dominus servi manumissoris hæreditatem adit, adeundo tacite probat factum defuncti, manumissionem defuncti, voluntati defuncti accedit tacita voluntas hæredis. Aditio est tacita adprobatio eorum, quæ gessit defunctus. At cum manumissor adit hæreditatem domini servi manumissi, non ita concurrit voluntas utriusque in libertate servi: neque enim possis dicere unquam, voluntatem domini defuncti accessisse voluntati manumissoris: est satis evidens discrimen. Ergo hæc nihil obstant huic legi: et verum est, venditionem rei dotalis, aut furtivæ, quæ ab initio fuit inutilis, dominio ejus rei acquisito venditori, convalescere et confirmari: non quidem directo, sed remediis Prætoris, remedio exceptionis doli mali: quod sit putidum non manere in eadem voluntate, in eadem venditione, quam ipse fecit. Et videtur non male huic legi conjungi posse *l. 12. de except. doli*, quæ generaliter definit: quoties æquitate defensionis infringi actio potest, locum esse exceptioni doli mali: significatque doli exceptionem esse generalem, et manare latissime: id est, opponi posse in omnibus causis, quibus æquum est defendi reum.

Restat ex hoc libro *l. si minor, ad leg. Jul. de adult.* quæ non indiget longa interpretatione: non enim dubium est, quin teneatur minor lege Julia si commiserit adulterium. Ideo autem Papin. dicit: *si minor annis*, scilicet 25. quoniam adulterii crimen incidit in puberem, non etiam in impuberem: ll. tamen 12. tab. pueros impuberes in furto manifesto prehensos Prætoris arbitratu verberari voluerunt, noxamque ab his factam sarciri, auctore Gellio *l. 11. cap. ult.* si proximi pubertati sint, quia jam doli capaces sunt Justinian. in §. *pen. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc. l. impuberem, de furtis, l. 5. §. quod si impubes, ad l. Aquil. l. pupillum* 111. *de reg. jur.* Vix autem adulterii crimen in impuberem cadit, quia nondum per ætatem potest συνουσιάζειν.

Ad LL. In quibus citatur Papin. ex hoc libro tertio Q.

Quæ ex libro 3. Quæstionum Papin. alii Jurisconsulti retulerunt, non possum sine scelere prætermittere: sunt enim præclara admodum. Primum exponamus, quod Harmen. *l.* 2. *Epit. tit.* 4. quod nunquam alibi dicitur, refert Papinianum in ultima quæstione libri 3. scribere, *non posse nos vicinis auferre prospectum montium.* Quæ sententia est verissima, sed vitiatur tribus casibus; si vicinus hanc servitutem mihi concesserit, jus mihi esse altius ædes meas ædificandi, et prospectui suo offic endi. Item vitiatur si in ædificando servavero formam, et statum ædificiorum antiquorum: nam etiam luminibus vicinorum impune officio, si servo statum antiquorum ædificiorum, *l. qui lum. de servit. urb. præd.* et in Græca Constitut. Zenonis, quæ extat in *l. pen. C. de ædific. priv.* et ut luminibus officere possum, modo servem veterem ædificiorum formam, ita et prospectui. Item officere possum prospectui vicini, et prospectui montium, si intermisero spatium 100. pedum: nam ut intermisso spatio 100. pedum potest vicino anferri prospectus maris ex constitutione Zenonis, et Nov. 63. et 165. ita intermisso eodem spatio Harm. putat, posse vicino auferri prospectum montium, ducto argumento a similibus ad similia: parem enim esse utriusque prospectus gratiam, parem amœnitatem. His ergo tribus casibus potest auferri vicino prospectus montium, alias non potest, ut definit Papinianus. Dices, est quædam servitus, ne prospectui officiatur, *l.* 2. *de serv. urb. præd.* licet ergo prospectui officere, si ea servitus constituta non sit? Dicam licere prospectui officere servanti formam et statum antiquorum ædificiorum: item licere intermittenti spatium legitimum: item licere ei, cui vicinus cessit prospectui suo officere, alias non licere: illis tantum tribus casibus servitus illa recte constituitur. Est ab ea servitute diversa servitus prospectus, ut et alia est servitus luminum, et alia ne luminibus officiatur: nam et alia est servitus prospectus, alia ne prospectui officiatur. Servitutis prospectus vis hæc est, ut liceat parietem cæcum aperire, et facere fenestram prospiciendi causa. Eleganter Zeno in d. Græca constitutione, fenestras alias facit παρακυπτικὰς, alias φωταγωγὰς, quæ fiunt luminis causa, et inde jus fenestræ immittendæ. Alia est servitus luminum, alia servitus prospectus: inter quæ illa est differentia, quod lumen egrediatur, prospectus ingrediatur, et quod lumen sit ut cœlum videatur: prospectus, ut terra videatur, aut mare, *l. lumen. de servit. urb. præd.* Jus itaque fenestræ est jus prospectus, vel luminum. Ex eod. libro Papiniani Ulpianus retulit quæstiones quatuor, unam initio *l.* 7. *qui satisd. cog.* alteram *l.* 21. §. *Papin. de recep. arb.* tertiam *l.* 8. §. *si cedet, si servitus vind.* quartam *l.* 28. *mand.* Adderem quintam ex *l.* 20. §. *Papin. de petit. hæred.* nisi corrupte in eo §. esset scriptum lib. 3. pro lib. 6. quæst. Eam igitur quæstionem reservo libro sexto.

Ad Princ. L. VII. qui satisd. cog.

Si fidejussor non negetur idoneus, sed dicatur habere fori præscriptionem, et metuat petitor, ne jure fori utatur, videndum quid juris sit. Et Divus Pius (ut et Pomponius lib. epistolarum refert, et Marcellus libro tertio digestor. et Papinianus lib. 3. quæstionum) Cornelio Proculo rescripsit, merito petitorem recusare talem fidejussorem: sed si alias caveri non possit, prædicendum ei, non usurum eum privilegio si conveniatur.

In *d. l.* 7. tractatur de satisdatione judicatum solvi, vel judicio sisti. Si reus, qui in jus vocatus est, dederit fidejussorem idoneum et locupletem de judicato solvendo, vel judicio sistendi causa, non potest eum actor recusare, vel si recuset, tenebitur actione injuriarum tam reo, quam fidejussori, *l.* 5. §. *ult. qui satisd. cog.* Inops fidejussor recte recusatur: nam si dederit inopem, pro non dato habetur: et ut ait *l.* 6. *eo quoties vitiose cautum est, vel satisdatum, non cautum videtur*: vitiose Græci ἐπιληψίμως: ut qui dat inopem fidejussorem, vel difficilem conventu, divitem, vel potentiorem. Nam ut ait *l.* 2. *h. t.* locuples fidejussor non ex facultatibus tantum, sed etiam ex facilitate conveniendi æstimatur. Is est locuples et assiduus, qui est conventu facilis, et locuples. Vitiose etiam videtur satisdare qui det quidem locupletem fidejussorem, sed non suppositum jurisdictioni ejus, apud quem in jus vocatus est, qui si conveniatur ex causa fidejussionis, potest uti præscriptione fori. Si actor metuat, ne fidejussor utatur privilegio sui fori, recte eum recusabit: nec tenebitur actione injuriarum, nisi fidejussor renuntiet privilegio sui fori, ac se subjiciat jurisdictioni ejus judicis cui suppositus est reus *l.* 1. *si quis in jus voc.* et ex Pap. Ulpianus refert ita rescripsisse D. Pium. Et placet valde quod ibi scribit Accursius, eum, qui fidejussit, non posse uti præscriptione fori, quod ad locum attinet, quum eo loco contraxit, id est, non posse eum revocare litem ad aliam civitatem, *l. cum furios.* §. *ult. de jud.* sed posse uti præscriptione fori, quod ad judicem attinet. Exempli causa, si palatinus miles, puta, domesticus, protector, vel agens in rebus, qui magisterianus dicitur, fidejusserit pro alio in jus vocato apud judicem civilem, non intelligitur esse idoneus fidejussor, quia si conveniatur ex

causa fidejussionis, potest revocare litem ad judicem suum militarem: hic igitur merito recusabitur.

Ad §. Papinianus L. XXI. de Recep. arb.

Papinianus libro tertio quæstionum ait, si cum dies compromissi finiretur, prolato die litigatores denuo in eum compromiserint, nec secundi compromissi arbitrium receperit, non esse cogendum recipere, si ipse in mora non fuit, quo minus partibus suis fungeretur. Quod si per eum factum est, æquissimum esse cogi eum a Prætore sequens recipere. Quæ quæstio ita procedit, si nihil in priori compromisso de die proferendo caveatur: Ceterum si caveatur, et ipse protulit, mansit arbiter.

Idem Ulpianus in *l.* 21. §. *Papin. de recept. arbit.* hanc quæstionem tractat: Duo compromiserunt in arbitrum præstituta die; ut sententiam diceret intra menses tres: is recepit arbitrium, necdum sententiam dixit, et instat tamen finis trium mensium: cum ita finiretur dies compromissi, id est, ne quis laboret ut Accursius cum instaret finis; sic enim habent Basilica cum instaret finis, μέλλοντος τοῦ χρόνου πληροῦσθαι, litigatores prolato die, denuo compromiserunt in eundem arbitrum sine consensu arbitri. Quæritur an cogatur arbiter arbitrium seu auditorium suscipere secundi compromissi? Quod non videtur, quia recipit arbitrium primi compromissi, non secundi, et sine consensu ejus diem protulerunt. Sed Papinianus distinguebat: aut per arbitrum stetit, quo minus intra diem præstitutum sententiam diceret, aut non: si per eum stetit, cogitur suscipere secundum arbitrium, quia ipse moram attulit primo: sed si per eum non stetit quo minus suis partibus fungeretur, sane non cogitur recipere arbitrium secundi compromissi. Et recte ad hanc distinctionem adnotavit Ulpianus, huic locum esse si in primo compromisso non fuit adjecta clausula de proferendo die compromissi, ut liceret arbitrio diem producere. Nam si hæc clausula fuerit adjecta, et arbiter protulerit diem, omnino constat, eum manere arbitrum, et cogi sententiam dicere, et postulantibus litigatoribus cogi diem proferre per Prætorem, l. 12. *hoc tit.* Et secundum hæc accipiendum est quod est scriptum in *l. non distinguemus*, §. *dies hoc tit. Dies compromissi proferri potest, non cum ex conventione.* Quæ verba videntur Accursio obscura: nam ex conventione sola partium non profertur dies compromissi, ut constat ex sententia Papiniani, *sed cum jussu arbitri eam proferri necesse est, ne pœna committatur*, quod accidit, quando in compromisso nominatim permissum est, ut diem proferret arbiter. Nam si diem protulerit cum ei proferendi data esset potestas, et aliquis ex litigatoribus dicto audiens non fuerit, incidet in pœnam, sed si hoc non sit datum arbitrio, et diem protulerit, et neuter consenserit, pœna non committetur, *l. arbiter ex compromisso, hoc tit.*

Ad §. Si ædes L. VI. Si serv. vind.

Si ædes plurium dominorum sint; an in solidum agatur, Papinian. libr. 3. Quæstion. tractat, et ait singulos dominos in solidum agere, sicuti de ceteris servitutibus, excepto usufructu. Sed non idem respondendum, inquit, si communes ædes essent, quæ onera vicini sustinerent.

Ex eodem libro Ulpianus etiam aliam quæstionem tractat in *l.* 6. §. *si ædes, si serv. vind.* et est de servitute oneris ferendi, quæ est specialis servitus, non ut voluit Theoph. generalis: quod ex eo apparet, quod specialia quædam habeat. Primum enim qui alias servitutes debent, pati debent, non facere quicquam; ut ecce, qui aquæductum debet, pati debet aquam fluentem, non facere quidquam. Qui vero debet servitutem oneris ferendi, etiam debet facere, id est, reficere vel restituere parietem, vel columnam destinatam oneri ferundo, ut cariatides, Satiros quos vocabant. Igitur qui hanc servitutem debet, non pati tantum tenetur, sed et facere *l.* 6. §. *etiam, si servit. vind. l. cum debere, de servit. urb. præd.* Item de aliis servitutibus agitur non tantum adversus dominum prædii servientis, sed et adversus quemlibet, qui impedit ne utatur servitute, *l.* 1. §. *competit, de aqua quotid. et æst. l. si quis*, §. *ult. si serv. vindic.* De servitute oneris ferendi, vel de restituendo pariete collapso, vel columna oneri ferendo destinata agitur tantum adversus dominum ædium servientium, quia scilicet ineptum esset refectionem desiderare a non domino: refectio enim per actionem postulatur tantum a domino, *l.* 1. §. *ult. de servit. urb. præd.* vulgo est *l. ult. de servit.* Et secundum hæc accipienda *l.* 6. §. *hæc autem, hoc. tit.* dum ait, actionem de servitute oneris ferendi non alii competere, quam domino ædium, dominantium scilicet, et adversus dominum ædium servientium; deinde addit, *sicuti ceterarum servitutum intentio vera.* Quæ verba cum supradictis pugnant: et sane sunt coangustanda ad id quod dixi de servitute oneris ferendi. Nam omnium servitutum actiones dantur tantum domino prædii dominantis; sed non omnes adversus dominum tantum: imo hac excepta, adversus quemlibet. Sed hæc servitus de onere ferendo datur tantum in dominum servientem; quia inutiliter refectio postulatur a non domino. Item si plu-

ribus debeatur servitus, singuli de servitute agunt, et contra, si plures debeant servitutem aliquam, in singulos est actio in solidum, et a singulis servitus vindicatur, non pro parte: optima ratione, quia servitutes sunt individuæ, scindi non possunt: quia servitutes sunt individuæ, nec igitur earum actio, *l. loci.* §. *si fundus*, *si serv. vind. l. viæ*, *de servit.* Excipitur tantum servitus ususfructus, quæ sola est dividua; de usufructu potest agi pro parte; possumus pati, vel etiam dictare judicium pro parte de usufructu. Ergo hac sola servitute ususfructus excepta; qui debent alias servitutes, conveniuntur singuli in solidum. At de servitute oneris ferendi, quam debent plures, singuli conveniuntur pro parte tantum, ut pro parte reficiant parietem, aut præstent quod interest: nam æstimatio refectionis dividi potest. Et ideo ex Papiniano, recte Ulpianus refert *d.* §. *si ædes*, agere quidem singulos in solidum de servitute oneris ferendi, sed non etiam agi in singulos in solidum, ut reficiant parietem in solidum: nam refectio solida non pertinet ad singulos, sed quisque debet conferre.

Ad L. XXVIII. Mandati.

Papinianus libro tertio Quæstionum ait, mandatorem debitoris solventem, ipso jure reum non liberare. Propter mandatum enim suum solvit, et suo nomine, ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere.

Postremum ex eod. lib. Papin. Ulpian. in *l.* 28. *mand.* tractat de mandatore, id est, de eo, cujus jussu aliquis credidit pecuniam Titio. Quodcumque autem de mandatore dixero, idem et dicere licebit de fidejussore. Finge, solvisse mandatorem, vel solvisse fidejussorem tibi, quod credidisti Titio, an solutione mandatoris liberatur Titius principalis debitor? Et docet Papin. ipso jure non liberari, quia mandator solvit suo nomine, ex quo etiam conveniebatur a creditore ob suam propriam obligationem, sicut fidejussor ob suam propriam fidejussionem: si solverit nomine debitoris, ut quilibet, sane liberat ipso jure debitorem. Sed non solvit nomine debitoris, sed suo nomine, id est, propter suum mandatum: ideoque dum solvit mandator, vel postea quam solvit, jure desiderat, ut sibi creditor cedat actionem adversus debitorem principalem, *l. inter*, §. *ult. mand. l. Stichum*, §. *si mandatu*, *de solution.* quæ ei non cedi posset post solutionem, si ipso jure liberatus esset reus *l. Modestinus*, *de solut. l. cum possessor. de censib.* nam quod posteaquam solvit mandator, creditor cedat eis actionem adversus debitorem, argumento est, solutione mandatoris ipso jure non liberari principalem debitorem, sed per exceptionem, alioquin nulla esset actio. Itaque prudenter Papin. docet, solutionem mandatoris ipso jure non liberare debitorem, quod nomine debitoris non sit facta solutio. Et recte quidem Papinianus ait, ipso jure non liberari debitorem: nam sane liberatur per exceptionem, qua si non liberaretur, cogeretur idem bis solvere creditori, aut fidejussori, aut mandatori. Itaque æquum est ut debitori consulatur remedio exceptionis adversus creditorem, cui mandator vel fidejussor solvit: nam quod mandator ei solvit, id refundere cogitur debitor mandatori.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. IV. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XL. De judic.

Non quicquid judicis potestati permittitur, id subjicitur juris necessitati.

§. 1. *Judex si quid adversus legis præceptum in judicando dolo malo prætermiserit, legem offendit.*

In hac lege duæ proponuntur regulæ de officio judicis: prior est, *Non quicquid, etc.* Possit hanc regulam ita accipere: non omne quod in judiciis potest accedere, arbitrio judicis deberi, et esse debet in obligatione: quæ ita prodita est *l. ult. de eo quod cert. loc.* Obligatio est juris necessitas: exempli gratia, in actionis bonæ fidei usuræ ex mora possunt accedere officio judicis: nec tamen sunt in obligatione, et improprie in *l. mora*, §. *in bonæ fidei*, *de usur.* deberi dicuntur: neque enim debentur obligationis jure, sed arbitratu judicis. Ergo quod accedit officio judicis, non etiam debetur. Vel potius ita accipiamus hanc regulam: *Non omne quod potest facere judex, et debet.* Basil. οὐ πάντα τὰ ἐπιτραπέντα αὐτῷ ὁ δικαστὴς ἀναγκάζεται: *non omnia, quæ sibi permissa sunt, judex facere compellitur.* Et hoc est quod ait *l. sæpe*, et *l. generaliter*, *de offic. præs.* Quoties Princeps negotia remittit ad Præsidem provinciæ, non imponere etiam necessitatem Præsidii suscipiendæ cognitionis, sed ipsum Præsidem æstimare, utrum ipse cognoscere debeat, an cognitorem dare: potestas non est conjuncta necessitati. Altera regula Papiniani est, *Judex si quid, etc.* Ergo judex legem offendit, non tantum, si quid faciat dolo malo contra præscriptum legis, ut si quem condemnet in usuras graviores legitimis, *l.*

1. *de usur.* sed etiam, si non dolo malo fecit quod erat lege præscriptum; nam et qui non facit, facit, ut si furem non damnet in duplum, sed in simplum tantum. Et pœna judicis offendentis legem in judicando est, ut litem alienam suam faciat, ut litis alienæ periculum ac discrimen omne sustineat, atque adeo, ut cogatur præstare ei, cujus interest veram æstimationem litis, ut cogatur præstare duplum, si quem absolvit dolo malo, quem debuit condemnare in duplum, *l. si filiusfam. in princ. hoc tit.* Multum interest, utrum judex contra leges judicet dolo malo, an per imperitiam: nam si dolo malo legem offenderit, veram litis æstimationem præstare cogitur, *d. l. filiusfam. in fine*: si vero per imprudentiam male judicarit, non tenetur ex maleficio: nec enim imprudentia maleficium est, sed tenetur quasi ex maleficio pœnali actione: verum non in solidum, non in universam æstimationem litis, sed in id tantum, quod religioni judicantis bonum et æquum videbitur: quæ actio vocatur in factum, *l. ult. de var. et extraord. cogn.* et secundum eum accipienda est *d. lex filiusfamilias in princ.* quæ nulli non facessit negotium, nam ait: *filiusfam. judex si litem suam faciat perperam judicando, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc fuit in peculio, quum sententiam diceret.* Nullus est, qui non laboret plurimum in ratione ejus quærenda, et est veluti crux quædam ingeniorum. Quidam interpretes sic eam accipiunt, ut si filiusfam. male judicavit, teneatur pater pro modo peculii filiifamil. quod fuit tempore sententiæ perperam dictæ a filiofam. sed manifesto lex dicit, teneri filiumf. si de patre intellexisset, dixisset, *tenetur pater.* Sed extat ex hac causa non teneri patrem de peculio; quia ex pœnalibus causis non datur actio de peculio, *l. ex pœnalib. de reg. jur.* posset teneri ex causa judicati: nam licet non teneatur ex maleficio, tamen ex ea causa condemnato filiofam. in certam summam, pater potest conveniri de peculio actione judicati, *l. 3. §. idem scribit. de pecul.* Atque ita convento patre actione judicati de peculio, secundum illorum sententiam, spectabitur quantitas peculii, quæ fuit, quum filiusfam. contra leges ac constitutiones sententiam dixit: quod non possumus admittere: Nam in actione de peculio semper spectatur tempus rei judicatæ, id est, spectatur quantum sit, et eatenus consistit condemnatio in peculio. Non spectamus igitur tempus, quo filiusfam. judicavit sed tempus quo judicavit is, qui est addictus actioni de peculio, *l. quæsitum, de pecul.* et aliis innumeris locis. Res adeo obscura quibusdam visa est, ut maluerint scribere: *si judex filiifam.* ita posita specie: Pater conventus est de peculio; in eam quantitatem damnari debet, quæ est in peculio rei judicatæ tempore. Judex non observavit eam quantitatem, quæ erat in peculio tempore rei judicatæ, atque ita prætermittendo quod erat cautum a Prætore in actione de peculio, litem suam fecit, et tenetur in eam ipsam quantitatem, in quam pater damnari potuit: et ita judicem filiifam. vocant judicem addictum actioni de peculio adversus patrem institutæ nomine filiifam. quæso an apte dicatur ille judex filiifamil. cujus persona in eo judicio non consistit? nihil omnino mutandum est in *d. l. filiusf.* et sequenda est sententia Azonis ad eam legem, quæ vera est, sed indiget assertore. Filiusfam. litem suam facit. Primum non est accipienda ea sententia si dolo malo offendit legem; nam teneretur in veram æstimationem litis, sed de eo, qui per imprudentiam male judicavit, qui tenetur in id, quod æquum et bonum judicanti videbitur, *d. l. ult. de var. et extraord.* Et illud æquum et bonum ita definitur in *d. l. filiusf.* ut filiusfam. qui litem suam fecit per imprudentiam, non damnetur ultra quantitatem, quam habet in peculio, quasi in suo patrimonio judicati tempore, ita tamen, ut non de eo peculio satisfaciat invito patre, quia non convenitur actione de peculio, nec posset, sed convenitur actione in factum pœnali. Itaque solvet aliunde, vel carcere continebitur, *l. pen. C. qui bon. ced. poss.* Peculium filiifam. veluti patrimonium ejus est, et si litem suam fecerit per imprudentiam, non damnabitur ultra patrimonium, quanquam non debeat de eo solvere invito patre, sed aliunde, tamen pro modo peculii, quod fuit judicati tempore. Et hoc sensu accipienda sunt, quæ scribit Justin. in *§. si filiusf. Instit. de oblig. quæ quasi ex del. nasc.* quo loco ait filiumfam. qui litem suam fecit, teneri, non patrem: teneri, inquam, ex bono et æquo, pro modo peculii, aut teneri etiam ultra quantitatem peculii in veram æstimationem litis jam suæ non alienæ, si dolo malo legem offenderit in judicando. Res hæc non est difficilis. Pleraque sunt in vet. interpretibus vera, quæ negliguntur, quia deest assertor.

Ad L. LI. de Legatis I.

Sed si certos nummos, veluti, quos in arca habet, aut certam lancem legavit, non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum, vel rei legatæ continentur, neque permutationem recipiunt, et exemplo cujuslibet corporis æstimanda est.

Hoc tantum annotabo ad hanc legem, multum interesse, an numerus certus nummorum legetur, an nummi certi, vel corpus certum: quæ distinctio

placet. Nam si legetur certus numerus nummorum, puta, 100. non est necesse eos solvi, qui inventi sunt in hæreditate: nam et alii solvi possunt, dummodo sint ejusdem generis et quantitatis, nec videbuntur alii pro aliis solvi, nam quæ quantitate magis valent, quam corpore, in suo genere functionem recipiunt, id est, promiscuam permutationem, *l.* 2. §. *mutui, de rebus credit.* Regula est, *aliud pro alio solvi non posse.* Sed non videtur aliud pro alio solvi in hoc casu, cum eadem quantitas solvatur, et ejusdem generis. Sed si legetur certum corpus, ut lanx certa, non potest alia pro alia solvi: corpora enim permutationem non recipiunt. Idemque erit si legentur nummi certi. Aliud est legare certum numerum nummorum, hoc enim est quantitatem legare; aliud certos nummos, puta illos, qui sunt in hac arca. Nam hoc modo, non possunt alii pro aliis solvi, invito legatario, et nummi in hoc casu, ut corpus accipiuntur, non ut quantitas. Et sic etiam hoc est, quod ait Papinianus in *l.* 51. *de legat.* 1. si legetur certus numerus nummorum, et nulli sint nummi in hæreditate, constat deberi legatum, quia quantitas inest hæreditati, etiamsi non sint nummi, quia tot refici possunt ex hæreditate, *l.* 12. *de legat.* 2. Sed si legentur certi nummi, puta, qui sunt in arca, et nulli inveniantur in arca, legatum est inutile. Et similiter, si certus numerus nummorum eodem testamento legetur sæpius, eadem quantitas sæpius præstari potest volente testatore, id est, si appareat multiplicare legatum voluisse. Sed si legentur certi nummi, puta, qui sunt in arca, amplius quam semel legatum præstari non potest, *l. plane*, §. 5. *et seq. de legat.* 1. Atque ita apparet multum interesse, legentur certi nummi, an certus numerus nummorum.

Ad L. CXVI. de Verb. Obligationibus.

Decem stipulatus a Titio, postea quanto minus ab eo consequi posse, si a Mævio stipularis: sine dubio Mævius universi periculum potest subire: sed et si decem petieris a Titio, Mævius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit. Paulus notat: *Non enim sunt duo rei Mævius et Titius ejusdem obligationis, sed Mævius, sub conditione debet, si a Titio exigi non poterit. Igitur nec Titio convento Mævius liberatur, qui an debiturus sit, incertum est. Et solvente Titio non liberatur Mævius, qui nec tenebatur, cum conditio stipulationis deficit: nec Mævius pendente stipulationis conditione recte potest conveniri. A Mævio enim ante Titium excussum, non recte petetur.*

Subtile est valde, quod proponitur in hac l. Stipulatus sum decem a Titio, et accepi fidejussorem Mævium in id, quod a minus a Titio consequi possem. Titius est reus principalis, Mævius fidejussor: fidejussorem esse constat ex *l.* 6. *de novat. l. fidejussores* 9. *et l. amiss. de fidejussor. l.* 2. *C. de fidejuss. tut.* Sed inter hunc fidejussorem et alios multum interest. Nam hoc jure alius fidejussor potest conveniri inexcusso reo, quod tamen Justinianus mutavit Novell. 4. qua utimur: nam prius est excutiendus reus, quam fidejussor: ante hanc Novell. erat in arbitrio creditoris convenire quem vellet. Sed is, qui fidejussit in id, quod minus creditor a reo servare posset, non potest conveniri inexcusso reo, quia videtur sub conditione fidejussisse, si a reo exigi pecunia non potuerit. Ergo pendente conditione non potest conveniri: vel si quis cum eo agat pendente conditione, non recte agat, id est, male agat, quia plus petat causa, cum agat antequam excussus sit reus principalis, id est antequam extiterit conditio fidejussionis. Is igitur fidejussor longe alterius est conditionis, quam sint alii: nam non potest conveniri ante reum excussum: quod tamen pugnare videtur cum *l. si decem, de solut. et l. ult. de reb. cred.* Sed rem recte explicavit Accursius ad *d. l. ult.* hoc modo: Si dubitetur de facultatibus rei principalis, id est sit solvendo, necne, non potest fidejussor conveniri ante Titium excussum, quia pendet conditio stipulationis, et quia de eo ambigitur, an servari possint decem. Sed si constet reum principalem nihil facere posse, licet convenire Mævium fidejussorem, quia extitit conditio: vel si constet Titium partem tantum facere posse, reliqua pars peti potest a Mævio fidejussore. Atque ita Mævius fidejussor prius convenietur, deinde Titius reus principalis in eam partem convenietur, quam facere potest. Ergo cum sint notæ facultates Titii, licet prius convenire Mævium fidejussorem, deinde Titium. Sed si sint incognitæ, et ambiguæ facultates Titii, prius est conveniendus et excutiendus Titius. Quid est excutere? non agere est, quanquam actio sit species quædam excussionis, sed excutere est etiam extra judicium inquirere de facultatibus rei. Excusso Titio, etiamsi non sit cum eo actum, si visus fuerit non esse solvendo, licet experiri in Mævium, non ante: et secundum hanc l. cum hodie ex Nov. Justin. idem locum habeat in omnibus fidejussoribus, ut non possint conveniri ante excussum reum, forte potest defendi secundum hanc leg. non esse necesse reum excuti judicio, satis esse, si excussus sit extra judicium: et consequenter etiam hodie priorem judicio conveniri fidejussorem posse: quod prima facie videtur absur-

dum, sed non ante excussum reum, qui utique excutitur etiam sine judice. Et Pap. hic primum proponit eum, qui ita fidejussit *quanto minus, etc.* aliquando universi periculum subire, id est, teneri in solidum in ea decem, quæ stipulator reo principali stipulatus est, puta si reus nihil facere possit: nam et qui nihil facere potest, minus facere dicitur, quo casu Mævius in solidum condemnatur. Et id ait Papin. esse sine dubio, sicut et Gajus non solere dubitari, *l. si ita a te stip. de verbor. oblig.* Et ait hoc in loco Papin. universi periculum subire, ut idem in *l. quid ergo, ad municip.* Hoc igitur caret dubitatione, si Titius nihil facere possit, Mævium damnari in solidum, sed adjicit hic Papinian. *sed etsi decem petieris a Titio, Mævius non erit solutus, nisi judicatum Titius fecerit*, id est, sed etsi creditor egerit cum Titio, et ab eo decem petierit, non statim Mævium solvi obligatione, quod stipulator elegerit reum principalem. Nam incertum est, an Titius sit soluturus, quia fieri potest, ut agatur cum Titio, et condemnetur Titius, et tamen judicatum non faciat, id est, non possit solvere. Si solverit, Papinianus significat liberari Mævium fidejussorem: si Titius judicatum non fecerit, non est liberatus Mævius: nam jure conveniri potest cum Titius non fecerit judicatum. Electione igitur sola Titii non liberatur Mævius, sed exactione ac solutione, non litis contestatione facta cum Titio, sed perceptione pecuniæ in stipulatum deductæ liberatur Mævius. Adjicitur nota Pauli ad Papinianum: reprehensio igitur. Reprehendit autem quod prima specie non videtur, Papinianum in hoc quod significat solvente Titio 10. quæ promisit, liberari Mævium: dixit enim Papinianus decem petitis a Titio, non liberari Mævium, nisi judicatum fecerit. Ergo si solverit decem Titius, liberari Mævium: hoc reprehendit Paulus, quia et solvente Titio non liberatur Mævius, cum non sit in obligatione, nec intelligatur debitor fuisse ejus pecuniæ, quia defecit conditio sub qua se obligaverat. Ergo nec electo Titio, nec solvente liberatur Mævius. Et hoc ut ostendat Paulus, ponit Titium et Mævium non esse duos reos promittendi, quod est verissimum, quia unus, nempe Titius, est reus principalis, alter, scilicet Mævius fidejussor est, seu accessor: qui locus summe est notandus: nam demonstrat jus duorum reorum hoc esse, ut uno electo, etiamsi nondum exacto, alter liberetur, *l. 2. de duob. reis.* Placet, quod Stephanus in hunc locum notavit, hoc jure, id est, ante Justinianum electione nuda unius ex reis liberari correum, etsi creditor nihil perceperit. Sed ex *l. ult. C. de fidejuss.* ad quam tamen inflexi sunt quidam loci Digestorum, hodie electione unius ex reis non liberatur alter, sed exactione demum ac solutione, non litis contestatione, sed perceptione. Verum hic locus ostendit, ante Justinianum electione unius ex reis promittendi absolvi alterum, cum eum quo egisti peragere debes, nec potes congredi cum altero, et cum alterum elegisti, alterum dimisisse videris. Et ob id ait Paulus hoc loco, Titium et Mævium non esse duos reos debendi. Nam debet Mævius sub hac conditione, si a Titio exigi non potuerit; sub qua non potest accipi correus, quamvis sub alia conditione accipi possit: *Instit. de duob. reis*, §. *ult.* Sed non sub hac conditione, nam aliena est a jure duorum reorum. Quia igitur Mævius debet sub hac conditione, Titio conveuto et nondum exacto, non liberatur Mævius, quia incertum est, an sit debiturus Mævius, id est, an sit soluturus Titius: et ita etiam solvente Titio non recte dices non liberari Mævium, quod videtur admittere Papinian. quia deficit conditio, et ideo Mævius nunquam intelligitur debuisse, imo nec obligatus fuisse, quæ est Pauli reprehensio.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. V. QUÆST. ÆMILII. PAPINIANI

Ad L. XXXIX. de Pactis.

Veteribus placet pactionem obscuram, vel ambiguam venditori, et qui locavit, nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere.

In hac lege proponitur hæc regula juris antiqui: Pactionem adscriptam venditioni, vel locationi, si sit obscura vel ambigua, venditori aut locatori, qui eam pactionem condixit aut concepit: potius nocere, quam emptori, aut conductori. Sic veteribus jurisconsultis placuisse ait, ut Labeoni, qui est ex veteribus, *l. Labeo, de contrah. empt.* Istius regulæ ratio est optima, quia scilicet quum venditor, aut locator, qui eam legem dixit, et apposuit in venditione aut locatione, potuerit re integra eam apertius condicere et conscribere, cum potuerit, nec dixerit, in dolo versari videtur, id est, emptorem aut conductorem decipere voluisse videtur. Merito igitur interpretatio contra eum fit potius, quam contra emptorem, aut conductorem. Imo id potius accipitur, quod est utilius emptori et conductori, cujus oratio ambigua etiam in sermone quotidiano tendicula est quædam, quæ ei qui tetendit potius fraudi esse debet. Et hoc est, quod ait; *veteribus placuisse, etc.* Et cum ait; *in quorum potestate fuit*, rationem regulæ reddit,

quod qui potuerit apertius loqui, nec loquutus est, decipere voluerit. Est frequentissimus hujus regulæ usus, neque ulla est certior, qua quis possit uti in judicando; si quam partem deprehenderit vel ambigue vel perfusorie loquutam fallendi causa, non potest adversus eam non recte judicare, quæ adversario ambiguo sermone tetendit insidias. Et eleganter *l. ea*, *quæ*, §. *ult. de contr. empt.* dolum malum esse, si venditor obscure loquatur: quam enim ob rem obscure loquitur, nisi ut fallat emptorem? et si dolus est in eo, qui ambigue loquitur, est et in eo, qui perfusorie loquitur, *l. qui libertatis*, §. *sed etsi*, *de evict.* Non tantum igitur ambiguitas, vel obscuritas est contra eum, qui eam invexit, vel affectavit, sed et oratio perfusoria est contra eum, qui ea usus est. Obscure loquitur quis, si quod dixerit, non apparet. Ambigue, si utrum dixerit non apparet, id est, qui non certo, sed dubitanter profert hoc vel illud. Nam ambigua oratio est, quæ est ἀμφίλογος, quæ duobus modis accipi potest, *l. cum Stichus*, *de solut.* Perfusorie autem loquitur, qui rem totam non aperit, sed dissimulat, aut reticet aliquid, quod omne demonstrari exemplis necesse est. Finge: Venditor in lege venditionis, aut traditionis, dixit hoc modo generaliter: servitutes, si quæ debentur, debebuntur: vel etiam dixit: itinera, actus, viæ, quibus sunt, ut ita siut. Sciebat venditor, quæ servitutes debebantur, et quibus deberentur, neque tamen hoc voluit exprimere, sed perfusorie dixit dolo malo servitutes, si quæ debentur, debebuntur, neque dixit emptori, quæ certo deberentur et quibus: dixit quidem prædium debere servitutes, sed non quas et quibus. Quare eo nomine tenebitur emptori ex empto, si quid intersit emptoris, quia forte si id quod reticuit venditor agnovisset emptor, vel empturus fundum non esset, vel minoris empturus, si id omne apertius locutus fuisset venditor, *d. l. qui libertatis*, §. *pen. de evict. et l. quæro*, *de act. em.* nam et *l. quæro*, est de venditore, qui perfusorie loquutus est, quanquam non utatur hoc verbo, *perfusorie*, quod est in *d. l. qui libertatis.* Qui igitur dicit prædium, quod vendidit, debere servitutem, sed non exprimit quam, aut cui, hic perfusorie loquitur: perfusio hæc argumentum est fraudis. Ambigue loquitur venditor, qui in lege venditionis ita loquitur: flumina et stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint. Idem dici potest de ceteris servitutibus: non dicit plane, ipse ne debeat excipere flumina vel stillicidia, an vicinus: non dicit palam, an prædium illud debeat servitutem, an ei debeatur. Igitur ut id accipiatur, quod nocet venditori, interpretabimur eum dixisse de fluminibus vel stillicidiis, quæ vicinus excipere debet, non de iis, quæ ipse excipere debet: et consequenter interpretabimur servitutem dixisse eum fluminum vel stillicidiorum sibi deberi: ædes autem nulli debere stillicidia, aut flumina, hoc est, ædes dominari, non servire, *l. cum in lege*, *de contr. empt. l. si arborem*, §. *ult. de servit. urban.* Quod si ædes, quæ venierunt, forte deberent flumina vel stillicidia, nec tamen eis debeantur, sane venditor tenebitur emptori in id, quod interest, quia non dixit aperte: atque ita videtur voluisse decipere emptorem. Cur enim est usus ambiguo sermone? Est profecto hæc regula æquissima, quia coercet fraudes venditorum. Objiciuntur huic regulæ multa. Primum, *l. insulam*, *qui pot. in pign.* cujus species hæc est: Qui fundum locaverat in quinquennium, intra tempus locationis, nondum peracto quinquennio, eum fundum vendidit ea lege, ut emptor staret locationi quoad peracta esset, alioqui emptori liceret expellere colonum, *l. emptorem*, *C. de loc.* et dixit etiam hanc legem, prioris anni pensionem sibi accessuram, sequentium autem annorum emptori, et pignorum datorum a colono vel inquilino nomine pensionis jus utrumque consequuturum. Quæritur, utrum si pignora non sufficiant utrique, id est, si non sufficiant omnium annorum pensionibus, an jus omnium pignorum primum pertineat ad venditorem, qui sibi recepit pensionem prioris anni, an vero tantum ad eum pertineat pro rata ejus anni? de eo nihil aperte dictum est, inquit Paul. in lege venditionis. An igitur interpretatio fiet adversus venditorem, qui legem dixit? minime. Ait enim Jureconsultus hanc quæstionem esse facti, id est voluntatis: hæc enim venire in disquisitionem, quid voluerint contrahentes; ac subjicit verisimile esse id actum inter eos, ut primam pensionem omnium pignorum jus sequeretur, id est, ut prima pensio in solidum ex pignoribus redigeretur, quod est pro venditore, non contra venditorem, quia tamen eam legem aperte non dixerat, sed in ambiguo reliquerat. Respondeo, nihil esse, quod tam facile expediri possit: lex *ait*, *verisimile esse id actum*, *ut primam pensionem jus pignorum omnium sequeretur*: quod est verisimile, id neque obscurum, nec ambiguum esse videtur. Et in his quæstionibus observandæ sunt duæ regulæ, quarum prior hæc est, ut id æstimetur, quod verisimile est egisse inter se contrahentes: posterior reg. quæ priori succedit hæc est: si verisimile nullum extet, ut tum pronuntiemus contra venditorem. Non utimur hac posteriore regula, nisi quum prior deficit. Et ita respondendum ad *leg. eum qui Calendis*, *de verb. oblig.* Ut in venditionibus et locationibus, ita et in stipulationibus ambiguitas est contra eum, qui ambigua oratione usus est: ambiguitas stipu-

lationis, aut pactionis huic adjectæ, contra stipulatorem est. Finge, stipulatum sibi dari Calendis, neque adjecisse quibus Calendis, an faciemus interpretationem contra stipulatorem, si non appareat de quibus Calendis senserint contrahentes? minime: nam benignior et utilior est sententia Sabini existimantis, esse verisimile eos sensisse de primis Calendis. Sabinus hanc conjecturam habuit pro certissima: ubi conjectura certa non deficit, non utimur hac regula, id est, non facimus interpretationem contra stipulatorem. Objicit etiam Accursius *l. si ita, de contra. empt.* quam non opponerem: nam res est apertissima. Finge: Quidam ita vendidit: illa aut illa res tibi sit empta tot aureis; an illa erit empta, quam voluerit venditor? an sequemur potius animum venditoris, quam emptoris? Et ait Ulpian. eam rem venditam fore, quam venditor elegerit, non quam emptor. Sed non potest esse locus huic regulæ in hac specie, quia præcedit alia, quæ hanc remoratur quasi ultimam, quod electio sit semper debitoris, quoties quid in obligationem venit sub disjunctione. Erit igitur electio venditoris. Objicitur etiam *l. si quis, de judic.* Finge: Usus est aliquis intentione ambigua, id est actione seu formula ambigua actionis, vel usus est in ea formula oratione aliqua ambigua (actio est intentio ejus, qui ad judicium provocat) si igitur intentione ambigua usus sit, id sequemur, quod utilius est actori. Ergo et quod utilius est ei, qui ambigue loquutus est? Responsio sumenda est ex *leg. in contrahenda, de regul. jur.* quæ palam ostendit hac in re esse differentiam inter contractus et judicia. Contractus perficiuntur duorum voluntate: judicia etiam unius, puta actoris: nam redduntur in invitum: agimus in invitum, et trahimus ac rapimus in jus. In contrahendo, si quis utatur ambigua oratione, contra eum interpretatio fit: in agendo vero siqu is utatur ambiguo sermone, pro eo fit interpretatio, id est, id semper adsumitur quod ipse senserit, non quod senserit reus, alioqui nullum judicium consisteret: semper enim negaret reus se sentire, aut consentire in eam rem, et ne condemnaretur, semper ludificaret, et impediret intentionem actoris, *l. inter stipulantem*, §. 1. *de verb. oblig.* Magis obstat huic regulæ *l. si in emptione, de contr. empt.* Finge: Dictum est in emptione fundi, fundo accessurum Stichum: plures erant Stichi: non intelligitur quis accesserit: de alio ait se sensisse venditor, de alio emptor: nam si verus sit dissensus in eo Sticho, non consistit venditio, dissensio vitiat emptionem, *d. l. inter stipulantem*, §. 1. Sed si simulanter dissentiunt, ut amantes litium, quid fiet? Labeo ait, eum Stichum accessurum, quem venditor intellexit: et ambigua tamen venditor usus fuit oratione, *l. ubi est, de reb. dub.* Paulus ait, verborum ambiguitatem esse si veneat Stichus ab eo, cui sunt plures Stichi. Sic ubi Carthagini dari quis stipulatur, ambigua est oratio: quia duplex est Carthago: propterea ambiguam dicit. Constat igitur ambiguam esse orationem, si dicatur in lege venditionis Stichum accessurum, cum essent plures Stichi: et tamen interpretatio fit pro venditore: et subjicit Paulus in *d. l. si in emptione*; nihil referre quanti sit accessio, id est, Stichus: nam plerasque res, inquit, pluris emimus propter accessionem, ut domum propter columnas, vel statuas pictas, vel servum propter peculium, *l. 44. de ædilit. edict.* Hæc est sententia hujus legis: nunc ut ei respondeam, omnes statuunt, nec possunt aliter, in specie *d. l. 34.* legem venditioni dixisse emptorem, non venditorem, nec palam pronuntiasse emptorem, quem Stichum intelligeret, atque ideo fieri interpretationem pro venditore. Hoc ego non possum admittere: nam in venditionibus semper legem dicit venditor rei suæ, ut in locationibus locator. Hinc Plautus in Captiv. Scen. 2. quasi fundum venderet: *meis me addicam legibus*, et ita in *l. insulam, qui potiores in pign. l. si quis, et seq. de action. empt. l. quidquid, ff. eod. l. qui fundum, l. si cum fundum, l. comprehensum, l. fistulas, de contr. empt.* evidenter expressum est, venditorem in lege venditionis dicere, venditioni accessura dolia, accessuras fistulas, accessuram villam, accessura pleraque alia. Semper creditor quod accedit venditioni accesssurum dicit. Ergo et in *d. l. 34.* is est, qui in lege venditionis dixit accessurum Stichum. Cur ergo secundum hanc regulam, non fit adversus eum interpretatio? Et jamdudum docui libro 1. observat. cap. 10. in *d. l. 34*, esse legendum *emptor*, pro *venditor*. Moveor multis argumentis. Primum quod id referatur ex Labeone, qui scripsit interpretationem fieri pro emptore, ut idem Paul. refert in *l. Labeo, de contrah. empt.* Moveor etiam quod in lege præcedenti *d. tit.* ponatur aliud exemplum, in quo ambiguitas est contra venditorem, ut quasi sub oculos poni videantur duo exempla posterioris illius regulæ: unum in *l. præced.* alterum in hac *l. si in emptione.* Moveor etiam quod Paulus sub finem *d. l. 34.* dicat: *plerasque enim res aliquando propter accessiones emimus.* Necesse est igitur eum dixisse eam deberi quam emptor dixerit. Moveor etiam, quod in stipulationibus, Sticho in stipulationem deducto, si stipulator de alio dicat se sensisse, de alio promissor, et sunt plures Stichi, is debeatur, de quo promissor senserit, quod debuerit stipulator apertius stipulationem concipere *l. cum quæritur de reb. dub. l. 38. §. in stipulationib. de verbor. obligat.*

Movcor postremo, quod sit facilis commutatio *venditoris* in *emptoris*, et contra, ut in *l.* 5. *C. qui. manum. non poss.* ubi vulgo scriptum est *emptori*, cum debeat esse *venditori*, ut in Basilic. Est facilis commutatio affinium nominum inter se, et fallit sæpe nos manus nostra; suntque in auctoribus pleraque errata, quæ insederunt ab initio, ac auctores ipsos fefellerunt. Ac præterea est ratio evidens, quod in *d. l.* 33. et *d. l.* 34. duo veluti exempla ponantur ad hanc nostram regulam. Opponitur etiam huic regulæ *l. in lege* 29. *loc.* cujus species hæc est: Locator hanc legem dixit conductori saltus: Sylvam ne cædito, neve cingito, neve deurito, neve quem cingere, cædere, deurere, sinito. Hæc est lex locationis. Ambigua sunt in ea lege ea verba, *ne sinito*: nam vel ita intelligi possunt: illum prohibeto, quem videris sylvam cædere, cingere, deurere: vel ita, dato operam, observa diligenter, ne quis sylvam cædat, etc. Quæritur, utra interpretatio accipienda sit? Et Jureconsultus ait, esse utramque accipiendam: quod locator sic lege dicta videatur voluisse dicere, non tantum ut non sineret quempiam cædere sylvam, sed ut daret operam, ne quid earum rerum fieret. Igitur se secundum voluntatem locatoris interpretationem fieri, utilitatem ejus solam spectari, quamvis usus sit ambiguo sermone, quod est contra regulam *l. veteribus*. Res est explicatu facilis: mitto quod notavit Accurs. in verba *cæderet*, et puto hoc sufficere, si duas constituamus regulas. Prior est, cum utraque interpretatio, quam admittit ambiguus sermo pro locatore est, ut in *d. l.* 29. utramque amplectimur. Cum autem una interpretatio pro locatore est, altera pro conductore, hanc potius quam illam amplectimur, ac locus est regulæ *l. veteribus*: et ne quis hæreat in verbo *cingere*, verissime scripsit Paulus in *l.* 5. *arbor. furt. cæsar.* cingere esse deglabrare, ut stringere dicimus pro destringere: nam cingere arborem, est discingere in orbem, decorticare, deglubere, quod interpretes Græci varie explicant, modo simpliciter ζωννύειν ἀντι τοῦ ἀποζωννύειν dixerunt, modo περιζωννύειν, modo ἐπιτέμνειν: et Latini interpretantur eleganter. Cingere, inquiunt, est detrahere corticem, in quo inest veluti spiritus animalis arboris: nam eo sublato pleræque arbores exarescunt.

Ad L. XIV. de Inoffic. testam.

Pater filium emancipavit, et nepotem ex eo retinuit: emancipatus suscepto postea filio, duobus exhæredatis, patre præterito, vita decessit, in quæstione de inofficioso testamento præcedenti causa filiorum patris intentio adhuc pendet: quod si contra filios judicetur, pater ad querelam vocatur, et suam intentionem implere potest.

Ex hac lege 14. duo potissimum notanda sunt. Unum est, patri præterito testamento filii, dari querelam inofficiosi testamenti, filio exhæredato testamento patris eadem querela datur: præteritio autem non datur, sed bonorum possessio contra tabulas. At patri vel exhæredato, vel præterito testamento filii semper datur querela inofficiosi, quoniam præteritio patris habetur pro exhæredatione, id est, si filius in testamento suo patrem prætermiserit, non instituerit, vel exhæredaverit nominatim, cum exhæredasse intelligitur. Pater non exhæredat filium, nisi nominatim. Ceteri omnes exhæredant, exhæredanturque silentio, hoc est, præteritione sive omissione. Loquimur autem de filio emancipato: nam filiusfamilias non facit testamentum, nisi de peculio castrensi vel quasi, et illud non potest impugnari a patre per querelam inofficiosi. Patri ergo præterito testamento filii emancipati dicimus competere querelam inofficiosi, quod contra pietatem testamentum fecerit filius insuperhabito patre. Et placet ratio, quæ ex alio libro Papiniani subjicitur in *l. seq.* his verbis: *nam etsi parentibus non debeatur filiorum hæreditas, propter votum parentum, et naturalem erga filios charitatem: turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet.* Ex his Papiniani verbis liquet, jus piumque esse, patri dari querelam inofficiosi testamenti. Nam non videtur quidem deberi patri hæreditas filii, si spectes votum patris, et erga filium charitatem. Cujus voti meminit Papin. in *l. Julianus, si quis omis. caus. test. l. scripto, in fin. unde liberi.* Est vero hoc commune votum omnium parentum, et ut ait Philo, μία σπουδή τε καί εὐχή, ut liberos hæredes relinquant. At si forte hic ordo turbetur, si inversa erunt ordine fata, tunc miserationis ratione debetur patri hæreditas filii. Turbatur ordo, si filio supersit pater: nam naturalis ordo, et ut ait Ausonius, justa series est supervixisse filium patri: et ideo cum pater et filius simul intereunt, ut naufragio, vel alio casu, suggerente ordine naturæ præsumimus filium supervixisse patri, vel matri, *l. qui duos*, §. *ult. de reb. dub.* Tacitus Annal. 16. *servavit ordinem naturæ fortuna.* Statius 4. *Linquo equidem thalamos, solvo tamen ordine tristes.* Hoc igitur ordine naturæ turbato, male judicantibus fatis, pietatis ratio exigit, ut testamento filii patri relinquatur quarta debitæ portionis ab intestato, quæ vulgo legitima dicitur, institutionis jure: quæ si non relinquatur patri, quasi exhæredato competit querela, et vindicatio totius hæreditatis. Competit etiam patri præterito bonorum possessio contra tabulas non in assem, id est, totam hæreditatem filii, sed in

semissem tantum secundum jus vetus, et in trientem secundum jus novum, scilicet si in emancipatione filii pater ipse manumiserit filium. Emancipare est vendere filium, venditus filius manumittitur vel ab emptore vel a patre naturali, si eum ab emptore redemerit, quod agebatur contracta fiducia, quod nos dicimus *par un pache de rachapt.* Contrahere fiduciam, est mancipare ea lege, ut mihi remancipetur, et a me manumittatur: et ita si emancipati filii manumissor extitero, quasi patronus sum filii; et non quasi patri, sed quasi patrono, si me prӕterierit filius, qui est mihi quasi libertus, competit bonorum possessio contra tabul. hodie tertiӕ partis bonorum filii; nam cuilibet alii patrono prӕterito datur: quod procedere in patre manumissore ostendit *l. si a milite*, §. *ult. de test. mil. l. filio*, §. 1. *hoc tit.* Ergo ei, ut patrono, datur bonorum possessio contra tab. tertiӕ partis bonorum filii: ut patri autem datur querela in assem, quod hӕc l. 14. demonstrat, sive pater manumissor exstiterit in emancipatione filii, sive non. Duplex jus habet pater, qui manumissor extitit: jus patris, et jus quasi patroni. Qui vero manumissor non extitit, habet jus patris tantum, quod dicitur jus antiquum, *l.* 1. §. *ult. si a par. quis manum.* Quod primus nos docuit Viglius: nec enim antea intellexerant interpretes, quid interesset inter jus vetus, et novum. Et accepta bonorum possessione contra tab. certӕ partis a patre prӕterito quasi patrono, *dict. l.* 1. §. *ult.* eleganter ait, partem posse etiam sibi defendere jus antiquum, quod etiam sine manumissione habebat, id est, patrem posse agere querela, et evincere totam hӕreditatem, qui tamen contra tabul. per bonorum possessionem abstulit tantum trientem: neque enim ei nocere debet jus patronatus, inquit *d. l.* 1. cum sit et pater. Denique habebit et jus patris, et quasi patroni. Sed si prius egerit querela, et obtinuerit, frustra postea petit bonorum possessionem contra tab. quasi patronus, quia assem evicit querela inofficiosi, quӕ infirmat hoc jure totum testamentum, novo jure, institutionem tantum. Patri igitur prӕterito, ut patrono intelligimus dari bonorum possessionem contra tab. certӕ partis, ut patri querelam inofficiosi testamenti in assem. Nec pugnare videntur hӕc duo remedia, cum non eodem jure concedantur, sed unum ut patrono, alterum ut patri. Et cui ut patri consultum est alia via ut perveniat ad hӕreditatem filii, huic non datur querela inofficiosi. Et hoc est quod dicitur, querelam inofficiosi testamenti esse subsidiarium auxilium: sed cui, ut extraneo, ut patrono consultum est alia via, ei ut patri non denegatur querela inoffic. testamenti. Alterum quod in hac l. velim vos notare, hoc est, in querela inofficiosi testamenti successioni locum esse (quod potissimum respicit hӕc lex) id est, prioribus exclusis, quibus deferebatur querela inofficiosi, sequentes ad querelam admitti; ut si testatori fuerint filii, pater, avus, et proavus, et omnes injuria affecerit, exhӕredatione puta, vel prӕteritione, quӕ pro exhӕredatione sit, primum ad querelam invitantur filii; his non obtinentibus, forte quod merito sint exhӕredati, invitatur ad querelam pater prӕteritus: post patrem avus, et sic deinceps. Et hoc est quod dicitur, in querela esse successioni locum, *l. si non mortis*, §. *ult. l.* 31. *h. t.* Species igitur legis nostrӕ hӕc est: Quidam filius emancipatus duos habebat filios; unum, quem pater retinebat in sua potestate, alterum, quem post genuerat. Duos filios exhӕredavit, patrem prӕteriit: filii prӕferuntur patri in querela. Sed quid fiet, si filii non obtinuerint, si judicetur merito exhӕredatos; vel ut solebant veteres judicare, si dictum sit, justam causam habuisse patrem videri irascendi filiis? Et si non obtinuerint filii, succedit pater in querelam, qui et ipse injuria affectus est, et implebit intentionem suam. Idem erit, si filii, qui prӕcedebant patrem, hoc est, avum paternum, repudiaverint querelam, si approbaverint judicium patris. Nam et tum succedet in querelam pater. Est igitur in querela successioni locus. Verum hoc non erat sine dubitatione: et ratio dubitandi erat hӕc: quia in legitimis hӕreditatibus non erat successioni locus ante Justinianum, §. *placebat*, *Inst. de legit. agnat. succes.* quia omnis successio legitima deferebatur agnato proximiori, et hoc excluso non poterat deferri sequenti: a querela autem inofficiosi fit via ad legitimam successionem: imo vero, qui agit querela, is vindicat hӕreditatem quasi sibi delatam jure legitimo. Sed fateor prius debere rescindi testamentum: rescinditur autem si judicatum erit, filium immerito exhӕredatum videri, et rescisso testamento, ut legitimus hӕres ab intestato hӕreditatem vindicabit. Unde quӕro, si in legitima hӕreditate non est successioni locus, quomodo posset esse locus successioni in querela inoffic. testamenti? Sed respondeo hoc fieri adminiculo prӕtoris, non jure civili, *d.* §. *placebat.* Sic igitur concludamus. Ratione pietatis filii hӕreditas debetur patri, quoties voto suo frustratur pater. Ponitur in hac specie, priores egisse filios querela inofficiosi, et non obtinuisse: postea igitur egisse patrem testatoris. Quӕro quid dicendum sit e contrario, si prior egerit pater querela (non debuit quidem prior agere, quia prӕcedebat causa filiorum, et erat adhuc intentio patris in pendenti: sed tamen nemine eum repellente prior egit) et casu quodam etiam obtinuerit? Si obtinuit, filium intestatum fecit: nam querela rescindit testamentum totum, unde consequens est, patris victoriam ei non prodesse, sed nepotibus

ex filio, quia non recte egit, ideo non sibi vicit, sed aliis, quia ab intestato prior est causa filiorum, non patris : quod ita ostenditur in *l.* 6. §. *si quis ex his*, *h. t.* quod maxime notandum. Sæpe victores pariunt victoriam, non sibi, sed aliis: cum non jure agunt, cumque etiam non jure obtinent causam. Quod si pater prior petierit bonorum possessionem contra tabulas ut patronus, et abstulerit tertiam tantum partem bonorum filii, non propterea intestatum fecit filium: nam bonorum possessio contra tabulas certæ partis, quæ datur patrono, non facit intestatum libertum. Hoc igitur casu victoria patris non prodest filiis, cum non sit aperta via succedendi ab intestato. Sed tamen, si postea egerint querela et obtinuerint, ad irritum deducetur illa bonorum possessio contra tabulas accepta a patre, quasi patrono, et sine re constituetur: ideoque pater tertiam illam partem, quam accepit restituet filiis cum fructibus, *l. filio*, §. 1. *h. t.* Ex quo intelligitur, querelam inofficiosi non dari tantum adversus hæredem scriptum (quod vulgo dicitur, et plerumque verum est) qua in re distat querela inofficiosi a bonorum possessione, quæ dicitur dari contra lignum, ut ait *l. quod vulgo*, *de bon poss. cont. tab.* querela inofficiosi non datur contra lignum: nec enim datur antequam hæres adierit, sed demum nascitur ab adita hæreditate. Ergo datur querela contra hæredem, qui tenet hæreditatem: datur etiam ea contra substitutum, qui adiit hæreditatem: imo datur etiam contra fideicommissarium Trebellianum, *l.* 1. *C. de inoff. test.* Datur etiam fratri exhæredato testamento patris, contra fratrem præteritum eodem testamento, qui tamen per bonorum possessionem contra tabulas rem habet, *l. filium*, §. *sed quemadmodum*, *de bonor. possess. contra tab.* Et similiter filio exhæredato adversus avum paternum præteritum, qui per bonorum possessionem contra tabulas, ut patronus partem hæreditatis habet, recte dabitur querela inofficiosi. Ex quibus planum fit, querelam non semper dari contra hæredem scriptum, sed et contra alios, qui tam testamento, quam alio quovis modo rem sunt consecuti. Sat multa in hanc legem scripsit Accursius, sed si ea, quæ dixi, teneamus, nihil illa nos remorabuntur.

Ad L. VIII. de Prætor. stipulat.

Paulus notat. *Qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione, cogitur substituto in diem cavere longiorem: prætor enim beneficium suum nemini vult esse captiosum, nec potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.*

§. 1. *Cum sub contrariis conditionibus Titio et Mævio legatum sit, utrique cavetur; quia uterque ex voluntate defuncti sperat legatum.*

Prætoriæ stipulationes sunt, quas edicto prætor se daturum pollicetur certas ob causas, his fere verbis: *Causa cognita repromitti*, *aut satisdare jubebo*: exempli gratia, damni infecti, vel judicatum solvi. Hæc est vera definitio prætoriarum stipulationum: prætor eas promittit edicto, sicut actiones; dat quoque stipulationes, ut loquitur *l. si finita*, §. *eleganter*, *de dam inf.* sicut actiones, cum jubet stipulationes interponi: atque multæ sunt hujus generis stipulationes. In *l.* 8. agitur de duabus stipulationibus, quarum una est de hæreditate testamento relicta sub conditione hæredi scripto: altera est de legatis eodem testamento relictis sub conditione. De priore prius dicamus. Hæres institutus sub conditione pendente conditione jure civili hæreditatem adire non potest: expectare enim debet conditionem, siquidem velit jure civili hæres esse per aditionem, *l. si quis extraneus*, §. *ult. de adqu. hæred.* At jure prætorio benigniore, quod respicit magis ad utilitatem negotiorum, hæres scriptus sub conditione, pendente ea potest admittere bonor. possessionem secundum tab. quod certum est, etsi primo mirum videatur, *l.* 2. §. *sub conditione, l. si sub conditione, et seq. de bon. pos. sec. tab.* Hoc autem privilegium prætor concedit non abs re, hoc est, facile petenti ante conditionem existentem bon. possessionem secundum tabul. impertitur, quod sit ea res utilissima creditoribus, ne longior mora eis fiat diu jacente hæreditate sine domino, vel quasi domino: poterit enim conditio pendere per vicennium, et quis interim respondebit creditoribus? prætor inutile esse existimavit diu in suspenso esse successionem, ideoque dat facile bonor. possessionem etiam scriptis sub conditione, antequam conditio extet, quæ tamen bonor. possessio, si conditio defecerit, sine re constituetur: sed interim pro bonorum possessore habebitur, hoc est, velut hæres existimabitur, et cum convenient creditores, et legatarii, et fideicommissarii. Quid fiet, si hæredi instituto sub conditione datus sit substitutus vulgariter sub contraria conditione, veluti hoc modo: Primus hæres esto, si navis ex Asia venerit: si primus non erit, secundus esto: vel sic: Primus hæres esto, si navis ex Asia venerit: secundus hæres esto, si non venerit; quid, inquam, fiet, si hoc casu hæres institutus sub conditione, pendente ea petat bon. possessionem secundum tabul. quomodo erit cautum substituto, cum interim bona dilapidare possit primus, et ita lædere substitutum? Æquum est cavere substituto, sed ex justa caussa, non temere. Prætor hoc casu ex justa causa jubet hæredem scriptum,

qui pendente conditione accepit bonorum possessionem secundum tab. cavere substituto hac stipulatione nihil se in annos 10. vel 20. vel prout libuerit prætori præstituere diem, si tamdiu pendeat conditio institutionis, nihil, inquam, se in ea hæreditate deterius facturum. Demonstrat hoc Paul. 5. sent. *de stip. et* Ulpian. in *l. inter, qui satisd. cog.* quæ explicatur male ab omnibus, et auctor vobis sum, ut deleatis majorem glossam Accursii. Et vero tantum abest, ut *d. l. inter*, ab hac nostra dissentiat, quinimo illa huic maxime consentit, idque ut liquide appareat nobis enarranda sententia est *d. l. inter.* Primum ait, *inter omnes constare*, id est, certissimum esse. Hoc verbum *cons'are* est verbum proprium Jurecons. ut liquet ex Cicerone in orat. pro L. Flacco, illo loco: *Census es mancipia Amyntæ, neque huic ullam in eo fecisti injuriam: possidet enim ea mancipia Amyntas; ac primo quidem pertimuit, cum te audisset servos suos esse censum. Retulit ad Jurisconsultos: constabat inter omnes, si aliena censendo Decianus sua facere posset, eum maxima habiturum esse.* Constat autem maxime inter omnes, quod est edicto proditum. Hæc autem stipulatio, de qua hic agitur, et in *l. inter*, est edicto prodita, ut omnis prætoria stipulatio edictalis est, sed et postea decernitur, cum quis interponi postulat secundum formulam edicti. Ait autem postea Ulpian. in *d. l. in'er*, hæredem scriptum sub conditione, ea pendente possidentem hæreditatem (non dicit ex edicto, non dicit adeuntem: nam adire non potest ante conditionem) cavere debere substituto de non minuenda hæreditate, et si defecerit conditio, primum bonor. possessio secundum tab. sine re constituetur, et licebit substituto adire ex causa substitutionis, et petere hæreditatem a possessoribus, et si obtinuerit, committetur illa cautio adversus hæredem scriptum, si quid pendente conditione deterius in hæreditate fecerit. Et licet interponatur cautio, antequam deficiat conditio institutionis, et existat conditio substitutionis, non tamen etiam ante committitur ea stipulatio. Et subjicit eam cautionem plerumque interponi jussu prætoris ex causa, etiam ante conditionem existentem, hoc est, antequam existat conditio substitutionis, substitutum eam cautionem recte desideraro, etsi nihil juris tum habeat in ea hæreditate, et audiri eum. Et addit Ulpian. interponi etiam ante diem petitionis venientem: quod obscurum est, et explicandum hoc modo. Interponitur cautio ea, antequam conditio substitutionis existat. Hoc dixit sup. Adjicit autem, interponi etiam eam, posteaquam extiterit conditio substitutionis, antequam scilicet venerit dies aditionis, et petitionis hæreditatis, quæ substituto competere potest, id est, interponi eam, antequam scierit se esse substitutum, vel potius, antequam scierit sibi delatam esse hæreditatem ex substitutione. Idem est dies aditionis, et petitionis hæreditatis, quod ad initium attinet, non quod ad finem: nam et aditionis, et petitionis dies cedit, ex quo cognovit institutus, vel substitutus sibi deferri hæreditatem, *l. Pannonius, de acq. her. l. regula*, §. *si filiusfam. de jur. et fact. ignor.* Sed dies aditionis finitur 100. diebus, sicut et olim dies cretionis finiebatur. Dies vero petitionis est perpetuus, hoc est, finitus annis 30. *l. hæreditatis, C. de pet. hæred.* Ceterum quod vult *d. l. inter.* hoc est eam cautionem prestari substituto, antequam extiterit conditio substitutionis, et posteaquam extitit, antequam venerit dies substitutionis, et petere possit hæreditatem substitutus, id est, antequam scierit sibi delatam esse hæreditatem, et potuerit eam adire: nam duo exiguntur, ut scierit, et potuerit. Hæc est senteutia *l. inter*, in qua maxime notandum quod ait, hanc cautionem interponi ex causa, non passim: nam exempli gratia, si hæres scriptus sub conditione, qui bonorum possessionem secundum tab. accepit, sit homo bonæ frugis, non patietur prætor ab eo cautionem exigi de non minuenda hæreditate: si sit dissolutus, compellet eum, ut caveat substituto. Veruntamen si sit modica hæreditas, vix interponetur hæc cautio: si vero sit ampla, utique interponetur, quia major erit facultas hæredi grassandi et dilapidandi: quod definit Paulus d. libro 5. Sent. tit. 9. his verbis, *Hujus enim præjudicium a superiore differt, quod quæritur, an ea res, de qua agitur, major sit centum sestertiis, ideoque in majorem diem concipitur.* Quibus verbis videtur Paulus definire ampliorem hæreditatem ad modum centum sestertiorum. Existimat Paulus eam hæreditatem esse locupletem, quæ major est centum mille sestertiis; quæ summa redigitur ex constit. Justiniani ad centum aureos, seu solidos, semper enim Justinian. mille sestertios æstimat aureo uno. Si igitur hæreditas major sit 100. aureis, est justa causa interponendæ cautionis, non etiam si minor sit hæreditas; atque ita ex causa interponitur hæc cautio, hoc est, causa cognita. Nunc videamus, quomodo consentiat *d. l. inter.* cum hac l. nostra. Initio quidem hujus legis 8. non profertur quod scripserat Papinianus, ad quod notam adhibuerat Paulus, et ideo quamobrem reprehenderit Papinianum nescimus. Nota autem Pauli sententia apertissima est ex formula cautionis, nam ait, *qui sub conditione institutus est, agnita bonorum possessione secundum tab. cogitur substituto in diem cavere longiorem.* Ex formula cautionis patet, quid sit cavere in diem longiorem, puta, in annos decem, vel 20. vel si ita præfiniverit prætor tempus, se

nihil in annos 20. deterius facturum, hoc est, cavere in diem longiorem, *l.* 1. *de ripa mun. et l. si finita*, §. 1. *de damn. inf. l. pen. hoc tit.* Ideo autem cavetur in diem longiorem, quia nolunt fidejussores se obligare in infinitum: sed in hac specie non idonee cautum videtur, nisi caveatur in diem longiorem, et si non infinitum caveatur, die illo cautionis finito, si adhuc pendeat conditio, quid fiet? Aut liberabitur hæres scriptus, qui cavit, aut arbitratu prætoris ex integro cavendum erit, *d. l. si finita, in princip.* Ergo qui sub conditione hæres est institutus agnita bon. possessione secundum tab. cogitur cautionem interponere. Subjicit Paul. rationem interponendæ cautionis hoc modo: *prætor*, inquit, *nemini vult esse captiosum beneficium suum:* intelligit beneficium bon. possessionis secund. tabulas: et ita in *l. sed cum patrono*, §. 1. *de bon. possess.* ait, *beneficium bonorum possessionis multiplex est.* Beneficium igitur hoc prætoris, quod datur hæredi scripto sub conditione, non vult prætor esse captiosum alteri, non vult bonorum possessionem, quam dat hæredi conditionali, præjudicium afferre alteri: et ideo vult caveri alteri, cujus interest, ut puta, substituto, hæreditatem scilicet deminutam non iri. Valde sunt suaves, qui ita interpretantur: et possent tamen illi plerisque imponere: ut scilicet prætor nolit beneficium suum esse captiosum hæredi scripto, in quem contulit beneficium suum: ideoque, hæres scriptus, inquiunt, non est onerandus satisdatione, ut cogatur quærere fidejussores, et cavere, quæ cautio difficilis est, et molesta: sunt enim inventu difficiles fidejussores, *l. omnes*, §. *præterea*, *C. de episc. et cler.* imo est contumelia quædam desiderare ab honesto viro fidejussores, quasi sit dubia fides illius, aut suspecta, aut non sint ei facultates idoneæ, *l.* 17. *in fin. de test. tut.* Ergo ne beneficium illud hæredi scripto sit oneri, non cogitur cavere fidejussoribus: sed satis erit, inquiunt, si præstet cautionem nudam, nullo adhibito fidejussore, id est, si ipse solus promittat, se in ea hæreditate deterius nihil facturum. Atque hoc iis verbis Pauli, quæ sequuntur congruere dicunt illi: his scilicet. *Nec potest videri calumniose satis petere, quem alius antecedit.* Hoc videtur recte dictum, tamen non probatur a nobis, quia satis petere, nobis est petere fidejussores. Denique is, inquiunt, quem alius antecedit in ea hæreditate, videtur calumniose desiderare fidejussores, quos quidem desiderat substitutus, quem antecedit institutus. Et ita durus est actor dum sibi vult fidejussores dari, quod videtur facere vexandi hæredis scripti causa, ut indaget fidejussores: nec vero debet tam sollicite desiderare sibi caveri datis puta fidejussoribus: et æquum est, ut sit contentus nuda promissione. Sed hæc expositio a nobis probari non potest. Nam statuimus hanc cautionem esse satisdationem, nec caveri recte hac de re, nisi fidejussoribus idoneis. Paulus dicto loco ait, utiliter esse cavendum. Porro utiliter cavere in jure est satisdato cavere, §. *constituitur*, *Instit. de usufr.* ac propterea, cum summa divisio prætoriarum cautionum hæc esset, alias esse nudas cautiones, sive repromissiones, alias satisdationes, Jurisconsultus in *l.* 1. *hoc tit.* enumeravit diligenter nudas cautiones, ut intelligeremus, ut ipse ait, ceteras esse satisdationes. Igitur quæ non sunt in lege prima enumeratæ, satisdationes sunt. Hæc igitur satisdatio est, quia non est in eo numero. Præterea si non est æquum, si est calumnia quædam seu vexatio ab eo, qui antecedit, desiderare fidejussores, cur non erit etiam calumnia quædam desiderare cautionem nudam? Nam in *l. prætor. ait, de damno infecto,* non tantum qui desiderat satisdationem damni infecti, sed etiam qui nudam desiderat cautionem damni infecti jurat se eam non petere calumniæ causa, aut vexandi animo, quod nos dicimus, *pour fascher seulement sa partie:* ex quo intelligitur in utramque postulationem cedere posse calumniam, et consequenter eum hæredem, qui sequitur alium, puta substitutum, non minus videri calumniose petere cautionem nudam, quam satisdationem. Postremo nullus ferat unquam ut hæc verba, *Prætor suum beneficium vult nemini esse captiosum*, intelligantur de eo, cui dedit beneficium; intelliguntur de omni altero. Nam dicit *nemini*: hoc est, non vult bonorum possessionem, quam dat instituto, nocere substituto, atque ideo non vult caveri substituto ab instituto, idque satisdato. Est itaq.; legendum in hac lege, ut antea probavi, *nec potest videri etc.* non ut vulgo, *et potest:* quia et ipse, qui succedit, sperat hæreditatem, sperat uterque, nec utri eorum adhuc competit in hæreditate jus ullum: et idem contingit in specie, quæ sequitur. Posterior pars hujus legis est Papiniani, non Pauli, ut constat ex *l. etiam, ut in pos. eat.* Est quædam stipulatio prætoria, quod legatorum, de qua in tit. *ut legatorum nomine caveatur.* Hanc stipulationem exigunt legatarii, quibus legata sunt relicta sub conditione ab hærede scripto, dum verentur, ne interim dissipet legata hæres scriptus, aut legatorum inanes actiones reddat. Et cavet hæres his fere verbis. *Quæ dari fierive voluit testator, ea iis diebus dari, fierive quibus voluit, dolumque malum abesse affuturumq.; esse.* Nunc finge. Eadem res duobus legata est sub contrariis conditionibus, primo fundus ille, si navis ex Asia venerit, secundo idem fundus, si non venerit: utrique legatario

præstanda cautio est, quæ est etiam satisdatio, et legatum uterque sperat, et nisi utrique caveatur, uterque mittetur in possessionem, *d. l. etiam, in fine, ut in pos. leg.* Idemque erit, si eadem res legata sit duobus sub diversis conditionibus, *l. 3. ut leg. nomine cav.* quæ corrupte heic ab Accursio citatur. Diversæ sunt: ut eam rem lego Titio (facit differentiam inter diversas et contrarias) *si navis ex Asia venerit*, deinde, eandem rem lego Mævio, *si Titius consul. factus sit*: cujus conditio prior extiterit, is prior ad legatum admittetur: erit tamen utrique cavendum. Dices, hoc magno oneri futurum hæredi, dum utrique quærendi sunt fidejussores. Dicam, imo non erit, nam poterit utrosque fidejussores ad utramque fidejussionem adhibere: nec ideo fidejussores onerabuntur cum futurum sit, ut alterutri tantum teneantur, *l. si duo, ut legat. nom. cav.* Et sic etiamsi filiofamil. legatum sit sub conditione, et patri et filio est cavendum, quia tempore existentis conditionis fieri potest, ut filius non sit in potestate, ut adquiratur filio legatum, non patri. Igitur et filio cautum esse debet, sed iisdem personis cavebitur: quare non onerabuntur fidejussores, qui uni tantum tenebuntur, neque etiam hæres *d. l. 3. ut leg. nom. caveatur.*

Ad L. XXXVII. ad L. Jul. de adult. et L. VIII. de inoffic. testam. et L. IV. de his quæ ut indign.

Sequuntur loci, in quibus ab aliis auctoribus citatur Papinianus in hoc libro quinto quæstionum.

Scripsisse Papinianum libro 5. quæstionum de querela inofficiosi testamenti intelleximus jam ex *l. 14. de inoffic. test.* Et hodie etiam intelligemus conjuncta *l. filiumf. 37. ad leg. Jul. de adult.* cum his, quæ ex eodem libro Ulpianus refert in *l. 8. de inoffic. test. l. 37. ad leg. Jul. de adult. et. l. 4. de his quæ ut ind. auf.* Quas omnes ll. ostendam pertinere ad querelam inofficiosi testamenti. Et primum in d. l. 8. refert Ulpianus Papinianum libro 5. quæst. scripsisse, filio quem habet in potestate pater, exhæredato, vel præterito testamento matris, vel avi materni (quorum silentium, sive præteritio exhæredatio est) patrem non posse nomine filii instituere querelam inofficiosi invito filio. Aliis actionibus, quæ persecutionem habent nomine filii, quod sint scilicet adquisitæ filio, ac per filium mox patri, potest experiri invito filio, quia pecunia est propria patris. Querela inofficiosi testamenti an habet principaliter pecuniæ persequutionem? Minime: quamvis ei, qui vicerit, obveniat pecunia, hoc est, hæreditas: tamen magis injuriæ, quam pecuniæ persecutionem habet; quanquam pecuniam secum trahat: et injuria seu indignatio est propria filii, *l. filius de inoff. test.* Exhæredatio est injuria, infamia, nota. Et querela inofficiosi quasi hujus injuriæ actio, ac persecutio, id est, exhæredationis potius quam pecuniæ: quæ injuria et infamia cum sit propria filii, non est persequenda invito filio, non revocante in animum injuriam filio: querela, inquam, inofficiosi est species actionis injuriarum; est certæ injuriæ actio, id est, exhæredationis: qua de causa comparatur recte generali actioni injuriarum. Querela est, specialis actio injuriæ: generalis est de ea de qua est titulus, etc. Actio injuriarum generalis causam doloris agit, ut ait *Novell. Valentiniani, de libert. et success. eor. Cicero pro* Cecina. *Actio injuriarum, non jus possessionis assequitur, sed dolorem immutatæ libertatis pœna judicioque mitigat, l. 2. §. emancipatus, de collat. bonor. l. item apud, §. si quis servo, de injur. et famos libell.* actio injuriarum magis doloris et contumeliæ, quam pecuniæ persecutionem habere, licet lis pecunia æstimetur. Et ita etiam querela inofficiosi, doloris et injuriæ est actio, quod ipsum nomen querelæ demonstrat: et sicut generalis injuriarum actio tacita dissimulatione amittitur, *l. non solum. §. 1. de injur.* ita et *l... C. de in integr. restit. min.* Et secundum hæc, quod Ulpianus ex Papiniano refert in d. l. 8. ut non possit eam pater nomine filii instituere invito filio, quod filii sit injuria, possis verissime trahere etiam ad quamlibet actionem injuriarum, ut nomine filii non possit pater, si filio facta sit injuria intendere actionem injuriarum invito filio: suo nomine potest agere actione injuriarum, si filio sit facta injuria, etiam invito filio, non filii nomine. Et in hoc discrimen est unicum inter querelam inofficiosi testamenti, et generalem actionem injuriarum: nam injuria alia, quæ fit filiofamil. est communis patris et filii, et ex ea nascitur duplex actio; una, quæ patri competit, altera quæ filio, nec alia aliam consumit, sed ex utraque actio est, *l. 1. §. ult. de injur.* Nam injuria filiif. pertingit et patrem, et inde duplex actio oritur, quarum una si egeris, non ideo minus etiam egeris altera: una tuo altera filii nomine. Tuo nomine, etiam invito filio, quia de honore et dolore agitur, non de re quæsita per filium. Verum exhæredatio est genus injuriæ, quod solum filium afficit, non est communne patris et filii. An pater pro filio exhæredato, suo nomine non poterit agere querela inofficiosi testamenti nomine? minime: non est injuria communis, sed ut ait *l. 8.* filii propria. Igitur invito filio pater queri non potest. Item quæro, an præparata querela inofficiosi a filiofam. exhæredato te-

stamento matris, si mox decesserit filiusf. an possit pater agere querela inofficiosi? an possit exequi querelam, quam præparaverat filius? Et ex eodem Papiniano *d. l.* §. refert Ulp. non posse, quia filio exhæredato, querela inoffic. testamenti non datur patris, sed filii nomine, qui mortuus est, et cui mortuo hæres non existit pater. Querela quidem præparata transmittitur in hæredem, fateor, sed filiusfam. hæredem non habet, ne patrem quidem. Cum igitur defecerit is, cujus propria injuria erat, nec reliquerit hæredem, finita querela est. Et docet *d. l.* 8. §. 1. præparari querelam, hoc est, comparare se exhæredatum videri ad querelam instituendam, si agnoverit bonorum possessionem litis ordinandæ causa. De qua bonorum possessione hoc breviter observandum est, non esse specialem bonorum possessionem, sed esse bonorum possessionem unde legitimi, hoc casu, quando filius est præteritus testamento matris: vel esse bonorum possessionem unde cognati, quando frater est exhæredatus testamento fratris turpi hærede scripto, et hanc bonorum possessionem agnoscit exhæredatus, antequam accedat ad querelam, ne ad eam accedat sine prætextu, sine titulo, hoc est, ut dicat, se esse cognatum, vel legitimum, ut dicat se non debere exhæredari. Et ita in Gallia necesse est, ut impetremus literas regias, quas vocamus *Lettres de Chancelerie*, priusquam liceat litem movere. Ceterum etiamsi filiusfamil. exhæredatus instruxerit se ad querelam, et mox decesserit, nihil trasmiserit in patrem, qui filio hæres non est, eique querela non competit, quia solius filii nomine, et voluntate institui potest. Nunc quæramus ex contrario, an si filiofamil. sit facta injuria, possit filius agere injuriarum invito patre? Et sane eadem ratione, quia propria est injuria filii, et actio doloris, non pecuniæ persequutio principaliter: consequens est, ut possit filius agere invito patre ex justa causa. Nam etsi sit propria injuria filii, proprius dolor filii, tamen multum potest patria potestas, multum conferre filium convenit paternæ reverentiæ, ideoque non temere agit, ne de injuria quidem propria invito patre: agit tamen ex causa, ut si pater sit vilissimus, cui jure meritoque Prætor sit daturus curatorem, si pater facile remittat injuriam filio factam, nec velit filium agere injuriarum: filii vero persona sit honesta: hoc casu licebit filio agere injuriarum invito patre, *l. sed si unius*, §. *filiofam. de injur.* Pari ratione filiofam. licebit reum arguere adulterii eum, qui violaverit thorum suum, aut etiam ream facere uxorem invito patre, quod *lex* 37. *ad leg. Jul. de adult.* ait constitutum esse: et vero constitutum est ab Adriano. Opus fuit constitutione, *l. inter*, §. 1. *eod.* Et subjicit rationem Papin. *Vindictam enim proprii doloris consequitur*: ac si diceret: hoc judicium adulterii non est de pecunia, quæ patris est, sed est de proprio dolore, et justissimo, ut ait l. *si adulterium*, §. *Imperator*, *hoc tit.* Et convenit huic rei, quod ait Ovid. Eleg. 1.

Exigit iste dolor plusquam lex ulla dolori
Concessit, at tu ne dubita, minuet vindicta dolorem.

Exigit nempe, ut hunc dolorem ulciscatur filiusfamilias etiam invito patre, publico judicio legis Juliæ de adulteriis. Et consequitur, id est, persequitur, in glossis Basil. ἀπαιτεῖ, quod est persequitur. Eodemque modo filiusfamil. maritus, perinde ac si esset paterfam. adulterum domi suæ deprehensum occidere potest non consulto patre, si modo sit ejus conditionis, quæ exprimitur lege Julia, *l. marito, hoc tit.* nam non quemlibet marito licet occidere, sed infamem judicio publico damnatum, servum, aut libertum suum, aut uxoris, patris, matris, filiæ, vel etiam utriusque eorum. Sunt certi homines, quos deprehensos in adulterio licet occidere non licet quemlibet, nec omni loco, sed domi suæ, quo casu non distinguitur filiusfamil. a patrefamil. *l. inter*, §. *ult. l. marito*, §. 1. *hoc tit.* Hoc est ex l. Julia de adulteriis: itemque hoc est ex l. Julia, ut maritus possit uxorem occidere: et necesse est ut triduo id profiteatur apud magistratum. Si tamen impatientia doloris etiam uxorem occiderit, leviore pœna punitur, quam sit definitum lege Cornelia de sicariis: nam ei remittitur ultimum supplicium, *d. l. si adulterium*, §. *Imperator.* Olim licebat et uxorem occidere, ut constat ex Catone apud Gellium, hodie licet ex Novell. Majoriani, quæ dicit, se jus antiquum restituisse, illud scilicet, quod refert Cato: et ut Harmenopulus etiam refert jure veteri quemlibet adulterum licuisse occidere: et notanda est hac in re differentia inter patrem et maritum. Marito sive sit paterfamilias, sive filiusf. jus est occidendi adulteri ejus, qui comprehenditur lege Julia. Patri autem si deprehenderit filiam in adulterio jus est occidendi adulteri si modo et filiam occidat: est mira prudentia legis Juliæ: vix occidet filiam, nec adulterum igitur, alioquin erit reus homicidii si salva filia, solum adulterum occiderit: sed si filiæ non pepercerit, impune occidit adulterum: et non refert sive occidat in domo sua, sive generi, non etiam si in alio loco eum deprehenderit. Exiguntur tria aut etiam quatuor ut faciat impune. Primum ut utrumque occidat: nam si alterum tantum occiderit, in legem Cornelian incidit: deinde ut occidat filiam ex continenti uno ictu, æquali ira in utrumque sumpta, *l. quod ait*, §. *ult. hoc tit.* Ex intervallo si occiderit filiam, est reus homicidii, quod occiderit filiam

post iram sedatam, non ex continenti. Pleraque licent ex continenti, quæ non licent post tractum temporis, ut ecce, si quis vim, vel injuriam tibi inferat, licet tibi eam ulcisci ex continenti, non ex intervallo, *l. 3. §. eum, de vi, et vi arm.* quod et verbum *propulsare* demonstrat, cum ait, *vim et injuriam propulsare licere.* Propulsatio non fit nisi ex continenti: ac similiter deprehensa in adulterio filia, non impune alterum occideris, nisi utrumque in continenti occideris ictu uno; atque etiam necesse erat ex lege Solonis, deprehendere ἐν ἔργῳ, *l. quod ait, l. 23. in princ. hoc tit.* seu ἐπ' αὐτοφώρῳ, Lucianus in Dialogo Deor. quod etiam Græci de omnibus criminibus, proprie tamen de furto. Item exigitur ut filia ea sit in potestate patris, nam concipitur l. Julia de eo qui non est in potestate: qui non est suæ potestatis, non potest alterum habere in potestate. Et sane ita est secundum verba legis Juliæ. Sed tamen Paulus in Sententiis scribit (quæ tamen sententia non extat) verbis quidem legis prope esse, ut filiusfamilias pater non possit filiam occidere, et adulterum, quoniam lex loquitur de patre, qui filiam habet in potestate: permittit tamen ei, ut eam occidat. Ex his apparet nos existimare tractantem Papinianum de querela inofficiosi testamenti, seu de injuria exhæredationis, miscuisse huic tractatui etiam quamlibet injuriam, et agitasse simul, possitne filius invito patre suam injuriam persequi, et contra, possitne pater filii nomine invito filio? Puto etiam, quod ex eod. libro refert Ulp. in *l. 4. de his quæ ut ind.* commodissime referri ad tractatum de querela inoffic. Illud est de legatario, qui unum ex hæredibus falso esse adscriptum dicit, nec obtinuit: non est ea lex de inofficioso, sed de falso, vel de hærede testamentario, quem quis falso hæredem esse dicit, et hac in re est differentia, utrum quis dicat inofficiosum testamentum, an falsum. Si is, cui legatum relictum est, dicat totum testamentum esse falsum, et non obtineat, vel etiam si obtineat, a legato repellitur, *l. 3. ad l. Cornel. de fals.* Finge non obtinuisse, et postea petere legatum: non obtinebit, quia impugnavit judicium defuncti, *l. 3. ad leg. Corn. de fals.* Sed si dicat unum ex hæredibus falso scriptum, non statim repelletur a legato relicto ab illo hærede, quem dixit esse falsum; non a legato relicto ab altero, quem non inquietavit. An vero idem dicemus de querela inofficiosi testamenti? licet agere querela pro parte, *l. circa, de inoff. test.* Sic fiet pro parte testatus, pro parte intestatus, qui ab initio fieri non posset. Finge: Exhæredatus egit adversus unum ex hæredibus, et non obtinuit, an repelletur a legato? Sic sane, quia adversus unum hæredem egit, et totum testamentum incusavit: neque enim potuit agere querela pro parte, quin diceret testatorem dementem fuisse videri. Hic enim est color querelæ: si abesset hic color, non esset locus querelæ, quæ est actio colorata. Asinius apud Quintilianum *Furiosum, non inofficiosum testamentum reprehendimus, l. 2. 5. l. mater, l. Titio, de inoff. test.* Qua de causa etiamsi egeris pro parte adversus unum hæredem, tamen non dixeris pro parte dementem defunctum fuisse: atque ita impugnas totum testamentum ideoque cadis legato tibi relicto. Est etiam alia differentia, quam adnotavit Paul. in *l. 5. de his quæ ut ind.* Exhæredatus, qui agnovit legatum non potest agere de inofficioso testam. et qui agnovit legatum potest agere de falso testamento. Et hanc adfero differentiæ rationem: quia exhæredatus, qui agnovit legatum, qui accepit legatum ab hærede, accepit, sciens testamentum esse inofficiosum, quia non potuit ignorare se exhæredatum esse, qui alium cernebat hæredem exequentem partes hæredis. Sciens igitur approbavit judicium defuncti, et injuriam ad animum non revocavit. At potest quis ignorans testamentum esse falsum, accipere legatum, qui si postea cognoverit esse falsum, cur non licebit ei dicere falsum esse testamentum, et legatum obtinere, qui si forte non obtinuerit, causa ei, quod fortasse ei persuasum fuit testamentum esse falsum, vel erat revera falsum, sed non obtinuit. Contra, qui accepit legatum, prohibetur inofficiosum dicere, quia defuncti judicium approbavit, in quo vel præteritus, vel exhæredatus erat, quod non potuit ignorare, cum ab hærede scripto legatum petiit, atque accepit.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. VI. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. L. de Petitione hæreditatis.

Hæreditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.

§. 1. *Si defuncto monumentum, conditionis implendæ gratia, bonæ fidei possessor fecerit, potest dici, quia voluntas defuncti, vel in hoc servanda est, utique si probabilem modum faciendi monumenti sumptus, vel quantum testator jusserit, non excedat, eum, cui aufertur hæreditas, impensas ratione doli exceptione aut retenturum, aut actione negotiorum gestorum repetiturum, veluti hæreditario negotio gesto; quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione hæredes ad monumentum faciendum, tamen princi-*

pali, vel pontificiali auctoritate compelluntur ad obsequium supremæ voluntatis.

Libri quinti quæstionum Papiniani magna pars fuit de querela, et petitione hæreditatis, quæ datur ex causa inofficiosi testamenti. Liber sextus est de generali petitione hæreditatis, et de speciali in rem actione; et quod primum ex illo libro se offert in *l.* 50. *de pet. hær.* docet quid hæreditatis nomine contineatur. *Hæreditas,* inquit, *etiam sine ullo corpore, juris intellectum habet.* Sententia hæc est: Hæreditatem cum dicimus, jus dicimus, non corpus, non pecuniam: hæreditas est nomen juris, non corporis, res incorporalis, non corporalis, *l.* 2. §. *quædam*, *de rer. div. l.* 3. §. 1. *de bon. poss. l. hæreditatis, l. bonorum, l. pecuniæ, de ver. sing.* Ergo hæreditas res est, quæ sensibus non percipitur, sed quæ intellectu abstrahitur, et apprehenditur. Corpora solis sensibus percipiuntur, aut non nisi sensibus. Et hoc est quod dicunt Philosophi: sensus cognitionem non ante sensum esse: neque enim rem corporalem nosti, nisi eam videris, vel attigeris. Secus in incorporalibus: nam ante sensum rem incorporalem nosti, etiamsi eam neque videris, nec attigeris. Ex eo sequuntur multa: hæreditatem non posse usucapi, quia res incorporalis non potest usucapi: hæreditatem non posse possideri pro diviso, *l.* 8. *in fin. de rei vin.* quia pars pro diviso est corporalis, rei autem incorporalis pars corporalis esse non potest: possideri quidem hæreditas potest pro parte indivisa: hæc enim pars non est, sed intelligitur; sed non potest etiam hæreditas possideri pro parte divisa. Sicut etiam *d. l.* 8. ait, quod notandum, rem mobilem non posse possideri pro diviso: nam si rem mobilem dividis, perdis; navem dividere, perdere est, ut dicebat Cascellius apud Macrobium 2. Saturnal. 6. Ideoque nec res mobilis corporalis; nec hæreditas pro diviso possideri potest. Ex eo etiam sequitur quod est in *l. cogi,* §. *inde quæritur, ad Trebell.* si quis rogatus sit restituere hæreditatem deducto ære alieno, et legatis, et oneribus deductis, inanem esse eam deductionem, aut compleri eam non posse, quod non possit ex jure (id autem est hæreditas) deduci quantitas. Et ex his etiam intelligitur, etiamsi in bonis, quæ relinquit defunctus, nulla sint corpora, nullæ pecuniæ sed jura tantum ut actiones, obligationes, nomina, hæreditatem tamen esse. Si in bonis tantum sit unum nomen, hæreditas est, cujus tamen nullum subest corpus, quod mihi possis demonstrare, nisi corpus chirographi, quod per se nihil est. Nam non corpus chirographi spectamus, sed nomen et actionem. Et ita fit, ut actione, quæ proponitur hoc titulo, agatur non tantum adversus eum, qui possidet corpus hæreditatis, sed etiam adversus eum, qui jus possidet. Sic hæreditas petitur a debitore hæreditario, vel ab eo, cui per causam hæreditatis actio aliqua competit, *l. nec ullam,* §. *ult. l. quod si,* §. *idem Julian. et l. idem Julian. h. t.* Finge: is, qui possidebat pro hærede fundum hæreditarium, dejectus est vi de possessione fundi, an recte ab eo petit verus hæres hæreditatem? Sic sane: quin etiamsi non possideat fundum, cujus possessione detrusus est, habet tamen jus, id est, interdictum unde vi recuperandæ possessionis causa, quod quidem actori, seu hæredi vero conventus petitione hæreditatis cogetur cedere; hoc enim tantum intendit actor: nam hæc actio est mista, et intendit non tantum suam hæreditatem esse, sed etiam sibi dari, aut fieri oportere. Mista igitur actio est tam in rem quam in personam. Breviter quid est hæreditas? est jus universum successionis defuncti; vel, successio juris universi defuncti. Ut medicis infirma valetudo, et valetudinis infirmitas ægritudo est: ita nos dicimus jus universum successionis et successionem juris universi pro hæreditate. Et jus universi dicimus, quod nomen istud comprehendat non lucra tantum, sed etiam damna, non tantum commoda, sed et onera. Et sunt pleræque damnosæ magis hæreditates quam lucrosæ, est enim hæreditas jus universum, quod sustinuit defunctus: et similiter recipit nomen istud quasi nomen juris, accessiones et decessiones omnes: hæreditas facile suscipit augmentum et deminutionem, neque ei, ut corpori certi fines circumscribuntur. Et quamvis in actione in rem speciali, quæ est de corporibus, non veniant fructus percepti ante litem contestatam, neque actionis jure, neque officio judicis: fructus tamen percepti ante litem contestatam post mortem defuncti veniunt in petitionem hæreditatis: *l. item veniunt,* §. *item non solum, h. tit.* quia formula petitionis hæc est, *si hæreditatem Titianam meam esse paret.* Petitur ergo hæreditas, porro augetur hæreditas fructibus, verbis ergo formulæ prope est, ut videaris etiam petere fructus, qui hæreditati accesserunt post mortem defuncti. Juris nomen latissime patet, quod facile augetur, vel deminuitur, et hæreditas igitur: hæreditas Rhetorib. est pecunia, nobis non est pecunia, sed jus, cum peculium, cum dotem, fructum dicimus, jus peculii, jus dotis, jus fruendi dicimus, non peculium, non dotem, non fructum simpliciter: quæ fere verba juris in jure consistunt, id est juris intellectum habent. Proposita definitione hæreditatis transit Pap. ad quæstionem hujusmodi. Quidam hæredem scripsit sub conditione, si ei monumentum intra tres menses ædificaret: Bonæ fidei possessor, qui existimabat se esse hæredem, ejus condictionis non ignarus, eam implevit, monumentum ædificavit, ut perveniret ad hæreditatem: deinde evincitur ei hæreditas petitione hære-

ditatis a vero hærede, suam esse hæreditatem asserente. In hoc judicio bonæ fidei possessor justos sumptus reputat actori, eosque sibi servat beneficio retentionis, vel exceptione doli mali. Quæritur, an justus sit sumptus quem fecit monumenti causa Ait justum sumptum esse, non tantum, si sub ea conditione hæredem scripserit, ut monumentum faceret, sed etiamsi pure eum scripserit, et damnaverit, ut monumentum faceret: nam utroque casu servanda est voluntas defuncti: et sane priore, quia ante conditionem impletam non potest adire hæreditatem scriptus hæres sub conditione: sed et posteriore etiam. Et hoc est quod ait, *voluntas defuncti, vel in hoc servanda est,* id est, *etiam in hoc*, καὶ ἐν τούτῳ, ut in Basilicis: nam hoc vocabulum, *vel*, non est hoc loco particula disjunctiva. Sed exigitur, ut ait Papin. ne probabilem modum excesserit extruendo monumento, qui constituitur arbitrio boni viri pro facultatum, et pro modo dignitatis defuncti. Vel exigitur ne excedat modum, quem ipse testator constituerit, si modo et ipse testator justam rationem sumptuum servaverit: nam si immodicum sumptum fieri jusserit, non erit servanda ejus voluntas. Et placet valde quod est in *l.* 1. *in fi. et l.* 2. *ad leg. Falcid. si cui sit legato pecunia ad monumentum faciendum, quandoque legatarium pati Falcidiam:* nam si legatum tantum sit pecuniæ, quantum sufficit ad speciem modicam monumenti, non patitur Falcidiam, legatum habet extra rationem Falcidiæ: sed si legata sit immodica pecunia ad monumentum faciendum, in eo quod abundat, legatarius patitur Falcidiam, nec permittitur illi totam pecuniam insumere in monumentum, ne plus impendat, quam ferat arbitrium boni viri: sunt enim leges, quæ imminuunt istos sumptus, nec omnia volunt concedi defuncto, sed id tantum quod sufficit ad speciem modicam monumenti: reliquum igitur habebit invitus legatarius, et ex eo patietur Falcidiam detrahi Significat *d. lex* 1. §. *ult.* necessariam quidem impensam esse funeris, et sepulturæ, et eam deduci in ratione Falcidiæ ponenda quasi æs alienum, tamen impensa monumenti non deducitur, quia non est necessaria, nisi scilicet eam testator fieri voluerit, ac tum etiam non est necessaria quatenus excedit modum. Ergo si hunc modum servavit bonæ fidei possessor, qui ex voluntate defuncti monumentum fecit, sane modum hæredi reputabit, qui sibi aufert hæreditatem hoc judicio: et ait, *cum retinere impensas ratione doli exceptione:* vulgo legitur, *impensas ratione doli retenturum.* Florentiæ legitur: *impensas ratione doli exceptione, aut retenturum:* manifesto ita legendum est: *ratione doli exceptionis, par le moyen, retenturum.* Ita legitur in *l. unum,* §. *sed si uno,* *de leg.* 2. *l.* 12. *ad l. Falcid. l.* 69. §. *ult. de leg.* 2. Ergo opposita exceptione doli mali retinebit possessor sumptum, vel etsi non sit usus retentione, vel exceptione doli mali, licebit ei cui evincitur hæreditas, agere cum hærede actione negotiorum gestorum, quasi gesserit negotium hæreditarium, quia necesse fuit hæredi monumentum facere. Et hoc ut ostendat eleganter dicit: nulla quidem actione civili compelli hæredem ad monumentum faciendum: ex præcepto testatoris non nascitur actio stricto jure, non potest compelli: non omnia præcepta defuncti pariunt obligationem, *l. Q. Mutius de ann. legat.* deficit ergo ordinaria actio: sed Principali vel Pontificali auctoritate potest compelli ad obsequium voluntatis supremæ: tenetur igitur hæres: Et ille ergo bonæ fidei possessor aget recte negotiorum gestorum in his, quæ ad sepulturæ religionem pertinebant. Solebat etiam extra ordinem, quia et ipse plerumque erat Pontifex Maximus, Hodie solent adiri Episcopi, maxime cum quid fieri pie jussit defunctus, ex *l. nulli*, et ex *l.* 45. *C. de Episc. et Cler.* et quod dixit ad hæc, quæ pia sunt exequenda compelli hæredem, non tantum Pontificali, sed et Principali auctoritate, ut *l. ossa, de religios. et sumpt. fun.* ex eo possis defendere, quod cum hodie judicet vice nomineque principis, auctoritate Senatus compelli hæredes exequi pia jussa defunctorum. Et mihi contigit alias videre Pand. magni Ranconeti: is hoc loco, et ad verbum illud *Principali auctoritate,* adnotaverat: M. D. XXX. VI. Kal. Majas, hac de re ita Lutetiæ Senatum censuisse, cum ageretur de sacerdotis cujusdam pia voluntate exequenda, cujus executionem ipse commiserat alteri sacerdoti: et cum is executor sacerdos, rem revocaret ad suum judicem, Senatus postulationi locum non dedit, sed remisit illum ad cognitores libellorum, *a la chambre des requestes,* ac si ea cognitio non esset tantum Pontificalis, sed Principis, et consequenter Senatus. Ergo recte definit Papin. justum esse sumptum, quem fecit bonæ fidei possessor, ac recte reputari ei qui eviceret; et si fuerit omissa reputatio, adhuc bonæ fidei possessori integram esse negotiorum gestorum actionem. Nam et amsi non fuerit hæres obligatus summo jure, tamen compelli poterit Pontificali, vel Principali auctoritate. Uno casu etiam tenetur civili actione hæres, qui monumentum facere jussus est, nec necesse est adire Principem, scilicet si cohæredem habuerit: potest enim a cohærede compelli monumentum facere actione familiæ erciscundæ, et post divisionem hæreditatis actione præscriptis verbis, quoniam divisio hæreditatis est quasi permutatio, hac ratione scilicet, quia interest cohæredis monumentum fieri, nam jus monumenti omnem hæredem sequitur, nisi aliter caverit defunctus, *l. his consequenter*, §. *sed et*

cum monumentum famil. ercisc. sed si sit ex asse hæres, non potest compelli ad monumentum faciendum, nisi extra ordinem, vel a Principe, vel a Pontifice, vel a Senatu, qui vice Principis est, et cujus ipse Princeps pars est, *l. quisquis, C. ad l. Jul. majest.*

Ad L. ult. Si pars hæredit. petatur.

Cum hæredis ex parte instituti filius, qui patrem suum ignorabat vivo testatore decessisse, partem hæreditatis, nomine patris, ut absentis administraverit, et pecunias detrahendis rebus acceperit: hæreditas ab eo peti non potest, quia neque pro hærede, neque pro possessore pretia possidet, sed ut filius partis negotium curavit. Negotiorum autem gestorum actio ceteris cohæredibus, ad quos portio defuncti pertinet, dabitur. Illud enim utique non est metuendum, ne etiam patris, a quo forte exhæredatus est, teneatur hæredibus quasi negotia hæreditaria gesserit: cum id quod administravit, non fuerit paternæ hæreditatis. Nam etsi negotiorum gestorum actio sit ei cujus nomine perceptum est, ei cujus nomine restitui æquum est. Sed in proposito neque patris negotia fuerunt, qui esse desierat, neque paternæ successionis, quæ fuerunt alterius hæreditatis. Quod si filius iste patri suo hæres extitit, et movet controversiam, quod pater ejus postquam hæres extitit mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse causam possessionis mutare videatur? Quoniam tamen qui negotia hæreditaria gessit, et debitor esse cœpit, postea faciens controversiam hæreditatis, ut juris possessor, convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

Sequitur de petitione hæreditatis alia longe difficilior quæstio, *l. ult. si pars hæred.* Sciendum est, petitionem hæreditatis dari tantum adversus eum, qui pro hærede, vel pro possessore possidet, non adversus eum, qui alio titulo possidet, veluti pro emptore, pro donato, *l. regulariter, de pet hæred. l. pen. C. in quib. caus. cess lon. temp. præsc.* Et ratio regulæ est optima, quia is, qui alio titulo possidet rem hæreditariam, veluti pro emptore, hæredi non facit controversiam hæreditatis, sed ejus rei tantum, quam possidet pro emptore. Nam etsi dicat se eam rem emisse, quæ est ex hæreditate ad te pertinente, se habere in manu instrumentum emptionis, non ideo negat te esse hæredem: denique non facit tibi controversiam hæreditatis, non contra vindicat hæreditatem: et vindicatio omnis mutua est, vindicat actor, et contra vindicat reus, aut non est lis de vindicatione, nisi uterque idem intendat, §. 1. *Inst. de act.* At qui pro hærede possidet vel minimam rem, facit tibi controversiam hæreditatis, quia existimat se hæredem esse, et contendit. Is quoque, qui pro possessore possidet, facit controversiam hæreditatis. Pro possessore possidet fur, aut prædo, qui possessionis suæ nullam justam causam allegare potest, qui interrogatus cur possideat, hoc solum respondet, quia possideo, qui interrogationem vertit in responsionem, atque ita si nullam afferat causam suæ possessionis, et tamen litiget mecum, qui me hæredem esse ajo, profecto videtur et hic mihi facere controversiam hæreditatis, dum suæ possessionis nullum mihi titulum profert, et præsumitur ut hæres possidere, qui cur possideat non dicit, nec possit dicere. Et inde factum est, ut detur tantum petitio hæreditatis adversus eum: qui pro hærede possidet, vel pro possessore, id est, qui facit controversiam hæreditatis, quam non facit, qui ex alio titulo possidet. Item sciendum est, petitionem hæreditatis dari non tantum adversus eum, qui pro hærede, vel pro possessore possidet, sed etiam adversus eum, qui veluti possidet jus, *d. l. regulariter, et l. etiam,* ut datur adversus debitorem defuncti, sic datur adversus debitorem hæreditarium, hoc est, qui negotium hæreditarium gessit jacente hæreditate: hic nunquam fuit debitor defuncti: nam post ejus mortem ad negotium hæreditarium accessit, et debitor esse cœpit ex gestione: ab hoc peti potest hæreditas quasi a juris possessore. Omnis debitor juris possessor est, id est, quicumque est in ære nostro, jus nostrum quodammodo possidet: a debitore hæredis, veluti ab eo, qui negotium gessit hæredis, post aditam hæreditatem non potest peti hæreditas, *l. quod si in diem, §. non solum, de pet. hæred.* His cognitis ita ponamus speciem. Titius Valentiæ moriens multos sibi hæredes instituit, et in his patrem tuum profectum in Asiam, et qui ibi decesserat vivo testatore, tu vero cum existimares patrem adhuc vivere, partem hæreditatis, ex qua hæres a Titio scriptus fuerat, administrasti, et rebus hæreditariis quibusdam distractis pretia percepisti. Pone, distraxisse te fructus, vel alias res, quæ mora perituræ erant: nam ceteræ res non possunt distrahi a gestore negotiorum: nam nec a procuratore totorum bonorum sine speciali mandato, *l. procurator, de procur.* Quæritur; an cohæredes patris possunt tecum agere petitione hæreditatis, qui ex rebus hæreditatis pecuniam confecisti, et apud te habes? Et ait Papin. non posse agere, quia non potes videri pro hærede, aut pro possessore possidere, quia non tibi, sed patri possides, et contemplatione patris, quem superstitem arbitraris, et ita *l. etiam §. si quis, de pet. hæred.* Hæc actio datur adversus eum,

qui sibi possidet, non qui alii, ut gestor, ut procurator voluntarius. Verum cohæredibus patris erit in te actio negotiorum gestorum, quasi negotio hæreditario gesto, quia scilicet portio patris accrevit cohæredibus ejus. Dices: imo non accrevit, sed pervenit ad fiscum. Nam ponitur pater decessisse vivo testatore. Ergo portio illi adscripta fuit in causa caduci: quæ relicta deficiunt post testamentum vivo testatore, sunt in causa caduci, cadunt in fiscum, nec accrescunt hæredibus, hoc, inquam, jure ante constitutionem Justiniani, qui sustulit caduca, et ea quæ sunt in causa caduci, id est, jus omne fiscale, cui ex his causis locus erat ex l. Papia: sed hoc jure ea, quæ sunt in causa caduci, ut si unus ex hæredibus moriatur vivo testatore, portio ejus cadit in fiscum, nec accrescit cohæredi: et tamen hoc loco Papinian. ostendit, eam portionem patris accrevisse cohæredibus: quid dicemus? Aut cohæredes fuisse ex liberis, aut parentibus testatoris, in quibus servabatur jus antiquum, non novum, id est, leges caducariæ: præferebantur enim fisco in his, quæ deficiebant post testamentum, quæ deferebantur fisco, *l. unica*, §. *et cum lex*, *C. de cad. tol. et Ulpianus in fragm.* Vel dicemus cohæredes fuisse invicem substitutos, portionem patris cohæredibus jure substitutionis reciprocæ obvenisse, quæ substitutio præfertur fisco *l. 5. de vulg. subst. d. l. un.* §. 1. Vel quod magis est, quodque Greci sequuntur, in *l. ult. et l. pen. hoc tit.* quæ est de re eadem fere, ponendum portionem hanc non esse in causa caduci, sed haberi pro non scripta, patrem decessisse ante testamentum: plane ergo vivo testatore mortuum fuisse hæredem scriptum ex parte: ergo portionem ipsius esse pro non scripta: semper autem quæ pro non scriptis erant, accrescebant cohæredibus, neque ad hæc admittebatur fiscus, sed ad caduca tantum, id est, quia deficiunt post testatoris mortem, vel quasi caduca, quæ deficiunt post testamentum Patri meo post mortem meam ab alio hærede scripto, mortuo patre hærede scripto ex parte, ut dicam brevius. Nec movemur verbis l. dum ait, patrem decessisse vivo testatore: nam et is sane decessit vivo testatore, qui decessit ante testamentum, et hoc interpretamentum Græcorum extat in Basil. lib. 42. tit. 2. his verbis: τοῦ πατρός μου μετὰ τὸ τελευτῆσαι, κληρονόμου μετά τινος, γραφέντος: Cum quidam patrem meum, qui jam vita excesserat, hæredem instituisset. Ergo tu, qui eam partem quæ erat patri jam mortuo adscripta administrasti, negotium hæreditatis gessisti, et consequenter negotium cohæredum patris, qui postea adierunt; nam tu administrasti eam portionem, et distraxisti, antequam hæredes adirent: hoc ponendum est cum hoc loco, tum in *l. pen.* nam si post aditionem cohæredum partem illam administrasti, non gessisti negotium hæreditarium, id est, jacentis seu vacantis hæreditatis, sed negotium hæredum, et factus es ex ea causa non debitor hæreditarius, sed hæredum. Itaque nullo casu conveniri potes petitione hæreditatis: nam a debitore hæredis non potest peti hæreditas, *d. l. quod si in diem*, §. *non solum.* Et tamen in fine hujus legis datur casus, quo a te petitur hæreditas, quasi a juris possessore: quæ sane non peteretur, si esses debitor hæredum, non hæreditatis, nec diceret lex passim, *te gessisse negotium hæreditarium;* gerendo autem negotium hæreditatis, antequam hæredes adirent, tu tibi hæreditatem obligasti, et tu vicissim te hæreditati obligasti actione negotiorum gestorum, ut ait *l. nam et servus*, §. 1. *de negot. gest.* nam etiamsi negotium illud gesseris nomine patris tui ut absentis, non nomine totius hæreditatis, tamen reipsa gessisti negotium totius hæreditatis, et consequenter teneris eo nomine hæredibus, qui post adierunt Titianam hæreditatem; nec enim tam spectamus, cujus nomine negotium gesseris, quam cujus reipsa gesseris, nam etiamsi primi negotium gesseris, cum existimares te agere secundi, inter te et primum est actio negotior. gestorum ultro citroque *l.* 5. §. 1. *et l.* 6. §. *item quæritur*, *et duab. seq. l. qui utiliter*, *de neg. gest. l. in hoc judicium, comm. divid.* Atque ita in hac specie non teneris quidem cohæredibus patris petitione hæreditatis, quia tibi non possedisti, sed patri, sed teneris negotiorum gestorum, quia revera negotium hæreditarium gessisti distrahendo, ut scilicet reddas pretia, quæ accepisti, cohæredibus, quibus portio illa accrevit: patris autem hæredibus non teneris eadem actione, vel alia ulla. Finge te fuisse exhæredatum a patre aliis hæredibus scriptis, an quod partem hæreditatem adscriptam patri administrasti, teneris paternis hæredibus? Minime, quia quod administrasti est Titianæ hæreditatis, non paternæ: et hoc est quod proponit his verbis: Cum hæredis, etc. Quod sequitur est obscurum. Contra sententiam hanc, quæ dictat, te non teneri hæredibus patris a quo fuisti exhæredatus, ejus negotii nomine, sed hæredibus Titii negotior. gestor. actione, posset quis uti hoc argumento, cui respondet Papin. in sequentibus: *Actio negotiorum gestorum datur ei cujus nomine debitum exactum est, quamvis ei revera nihil debitum fuerit*, *l.* 6. §. *item quæritur*. *et* §. *seq. de negot. gest.* Sed ut Latini et Græci supplent recte: *Exigitur, ut ratam exactionem habuerit*: nam ratihabitio constituit negotium ejus, quod initio ejus non fuit, licet sit gestum nomine ejus. Porro filius nomine

patris administravit eam partem hæreditatis, cum tamen non esset hæres pater: erat enim ea portio pro non scripta, et pater pro non scripto, et distraxit res nomine patris: Ergo hæredibus patris, inquies, danda est actio negotiorum gestorum, quia nomine patris tu illud negotium gessisti: nec refert, quod revera non fuit ejus negotium, sat est quod gessisti nomine patris. Papinian. respondet, nos in hanc rem abuti propositione, quæ sumpta est initio: neque enim species de qua hic tractatur, sive propositio, ut solet loqui Julianus, convenit cum specie, et propositione superiori, quia negotium quod tu gessisti numquam fuit patris, qui eo tempore quo gessisti desierat esse in rebus humanis, quique illud ratum non habuit, quod omnino requirebatur: ratihabitio illud negotium non conciliavit, non fecit patris, qui desierat esse: ac propterea negotium illud non fuit hæreditatis patris, sed hæreditatis Titii, non fuit ergo hæredum patris, nec susceptum est nomine hæredum patris, nec gestum, ut non possit inde dari actio negotiorum gestorum hæredibus patris: sed videtur esse alienum negotium, id est, hæreditatis Titianæ: nam nomine patris gessisti, ut hæredis Titii, qui tamen hæres non erat: et ideo magis est, ut dicamus alienum esse nomen, alienam rem, alienum negotium, id est, hæreditatis Titianæ. Ergo debere te pecuniam redactam restituere hæredibus Titii, non hæredibus patris. Et hoc est, quod voluit Papin. in seq. sed locus est valde depravatus etiam in Pand. Florentinis: sic enim legitur: *nam etsi negotiorum gestor. actio sit ei, cujus nomine perceptum est, ei cujus nomine restitui æquum est*: et verior est vulgata scriptura, quam sequuntur Basilica; *heic* tamen legendum est, non, *hoc*. Ergo sententia hæc est: quamvis debitum exactum nomine Titii, Titius repetat actione negot. gestorum, quamvis ei non sit debitum, dummodo ratum habeat, tamen *hic*, ἐν ταῦθα in specie proposita, quod nomine hæreditatis non patris, sed alterius est perceptum, æquum est restitui hæreditati: cohæredibus ergo patris, non hæredibus. Restat unus casus tantum de filio eodem, qui in specie eadem cum pater decessisset vivo testatore, hoc ignorans pecuniam ejus administravit, de eodem, inquam, filio non exhæredato, sed hærede patris. Idem filius, qui id negotium gessit ignorans patrem decessisse, hæres exstitit patri, et quasi hæres dicit ad se pertinere partem illam hæreditatis Titianæ. Non affirmat patrem decessisse post aditionem, *il met cela en fait*, non ante, atque ita adquisiisse portionem illam hæreditatis Titianæ. Facit igitur controversiam hæreditatis pro parte illa. Quæritur, an conveniri possit petitione hæreditatis? Et ita videtur: possidet enim jam pro hærede, aut si falsum titulum hæredis sciens prætendit, id est, si falso sciens affirmat patrem decessisse post aditionem, possidet pro possessore. Sed contra non videtur teneri petitione hæreditatis, quia neque pro hærede possidet, neque pro possessore: etiamsi enim assumat nomen hæredis, et contendat eam partem ad se pervenisse, quod ex ea parte adierit hæreditatem Titii; tamen non potest videri eam partem possedisse pro possessore, vel pro hærede: nam regula juris est, neminem sibi ipsi posse mutare causam possessionis *l. 3. §. illud, l. quod, l. cui bona, §. ult. de acquir. possess. l. 2. §. 1. pro hær. l. non solum, §. quod vulgo, de usucap.* causam possessionis, id est, titulum. Filius possedit alieno nomine, hoc est, patris: non potest igitur efficere, ut possideat suo nomine qui alii: non potest efficere ut possideat sibi: non mutavit causam possessionis, ergo non tenetur petitione hæreditatis, quia sibi non possidet. Sed longe aliter respondet Papinianus, et ab extraneo sumit argumentum ad filium. Finge: Quidam extraneus gessit negotium hæredis, et debitor esse cœpit ex ea administratione, alii gessit, nunc facit controversiam hæreditatis, cum pecuniam possidet ut hæres, an teneatur etiam petitione hæreditatis? Sic videtur, ut possessor juris, id est, ut debitor hæreditarius. Ergo et filius tenetur ea actione, hoc est verissimum, *d. l. quod si diem, §. non solum.* Neque obstat illa regula, neminem sibi possessionis causam mutare posse: quæ ita procedit, ut nemo solus sibi mutare possit titulum possessionis nulla extrinsecus accedente causa, *l. cum nemo, C. de adq. hær.* Sed nova quædam extrinsecus accedente causa potest mutari causa possessionis; non potest sibi mutare, sed potest sibi mutari re ipsa, re existente quadam nova. Finge: Fur rem furtivam possidet pro possessore: sed si rem dominus ei donaverit, incipiet possidere pro donato: mutavit causam possessionis, sed eam ipse non mutavit, sed dominus. In hac etiam specie dico accidere novam causam extrinsecus, quæ mutat titulum, cognitio scilicet mortis patris: hæc efficit per seipsam, non sola destinatio filii, ut, qui possidebat patri, quem vivere putabat, nunc faciens controversiam hæreditatis possideat sibi. Cognitio erroris nova causa est, quæ patitur facile mutari titulum possessionis, et ita in *l. etiam, §. si quis absentis, de petit. hær.* Quidam possidebat nomine absentis hæreditatem totam, vel partem, et incertum erat, an absens ratum habiturus esset, nec ne: interim is, qui possidet absentis nomine hæreditatem, non tenetur petitione hæreditatis, quia non sibi possidet, sed alii: sed si postea ille ratam illam possessionem

non habeat, tunc gestor ille videbitur suo nomine possidere pro possessore, quasi prædo, et tenebitur petitione hæreditatis. Nam quod contigit, ut non habuerit ratum is, cujus nomine possidebat, hoc immutat titulum possessionis. Ratum non habere, est facere: non ipse sibi mutat, sed factum absentis, qui quod is gessit ratum non habet: et ita justa aliqua causa accedente potes dicere non tam mutare sibi quem causam possessionis, quam ei mutari: et hoc facile toleravit in ultima parte hujus legis, idemque evenire in l. pen. cum multi sunt instituti hæredes, et inter eos, qui erant in Asia, qui ante testamentum relicto hærede suo procuratore, et alio quodam: et hoc omne cum ignoraret procurator, partem hæreditatis administravit, ex qua fuerat scriptus: ait eum teneri cohæredibus domini petitione hæreditatis, ut reddat eam pecuniam, videlicet, quod supplendum est, si is procurator, addendum est, faciat controversiam hæreditatis, veluti possessor juris, id est, debitor hæreditarius: nam gessit antequam adirent cohæredes: hæc sunt, quæ erant adnotanda ad hanc legem.

Ad L. Si navis LXII. de Rei vindicatione.

Si navis a malæ fidei possessore petatur, et fructus æstimandi sunt, ut in taberna, et arca quæ locari solet; non est ei contrarium, quod de pecunia deposita, quam hæres non attigit, usuras præstare non cogitur: nam et si maxime vectura, sicut usura, non natura provenit, sed jure percipitur: tamen ideo vectura desiderari potest, quoniam periculum navis possessor petitori præstare non debet, cum pecunia periculo dantis fœneretur.

§. 1. *Generaliter autem, cum de fructibus æstimandis quæritur, constat animadverti debere, non an malæ fidei possessor fruiturus sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset, quam sententiam Julianus quoque probat.*

Hæc lex etiam est de petitione hæreditatis, sicut duæ priores, et quæstio ejus est de æstimandis fructibus a judice in petitione hæreditatis et in actione in rem speciali. In hac quæstione, ut notatur in *l. fructus, hoc tit.* separandus est malæ fidei possessor a bonæ fidei possessore, et hujus sententiæ verior summa hæc est. Post litem contestatam nullam esse inter bonæ fidei et malæ fidei possessorem differentiam, scilicet si quæratur de fructibus perceptis, aut percipiendis post litem contestatam; neque enim eos indistincte restituit: sed differentia est inter eos quoties quæritur de fructibus perceptis, aut percipiendis ante litem contestatam: nam si conveniatur malæ fidei possessor, æstimantur fructus, qui percepti sunt ante litem contestatam, atque etiam ii, qui percipi debuerunt, idque indistincte, et percipiendi, idque indistincte, sive titulum habuerit malæ fidei possessor, sive non: quam tamen distinctionem Accurs. conatus est introducere perperam, sive ex his locupletior factus sit, sive non. Bonæ fidei vero possessor restituit fructus perceptos ante litem contestatam, nec tamen omnes, sed eos duntaxat ex quibus locupletior factus est, fructus percipiendi non æstimantur, quia cum esset bonæ fidei possessor, existimatur rem suam neglexisse. Porro in fructibus numeramus mercedem locationum, vecturas jumentorum et navium, *l. mercedes, de petit. hær.* Finge: Is, qui mala fide possidebat navem alienam, nullum quæstum fecit ex ea, nulli eam locavit, et nullam vecturam tulit. Ait Papin. hoc loco, in petitione hæreditatis, et in speciali vindicatione malæ fidei possessorem damnari domino navis, quod ex ea fructum non perceperit, quem dominus percepisset, si navem possedisset. Damnari igitur fructuum percipiendorum nomine. Idem esse ait, si tabernam, vel aream alienam mala fide possederit (nam et hæc locari solent) si igitur aream non locarit, perinde domino tenetur, ac si eam locasset. Denique præstat domino mercedes locationum etsi locationes nullæ intervenerint. Solere tabernas, ergasteria locari nemo est qui nesciat: locari nemo nescit solere etiam areas, id est, plateas locari, eas domini locant mercatoribus, ut in iis merces suas disponant. Itaque bonus paterfam. primo loco ponit areas et prata: et inde in *l. 7. de usufruct.* ad fructuarium pertinere obventiones ex areis. Et M. Tullius ad Varronem: *nos quantum ex areis habemus, etc.* nec pro areis est mutandum arcis. Areæ igitur locantur mercium disponendarum causa: quamvis alias non liceat fructuario ædificare in prædio fructuario. Sed casæ ædificium tolerabitur: nam ædificatur temporis causa tantum, non ut ibi perpetuo sit, et plerumque ductilis est, et sic *l. 5. in quibus caus. pign. vel hypot. et l. hujus, qui pot. in pign.* ostenditur, area locata merces in ea positas tacite pignoratas esse pro mercede, sicut pro pensione ædium, res ab inquilino invectæ et illatæ tacite pignori sunt, sicut et pro vectura res invectæ in navem, *l. 5. ad exhib.* Ergo, quod primum velim vos ex hac lege annotare, hoc est: malæ fidei possessorem, qui navem, tabernam, arcam, non locavit, nihilominus mercedes locationis domino præstare. Objicit huic sententiæ Papinian. quod constat inter omnes, malæ fidei possessorem, qui sciens possidet hæreditatem alienam, quique pecuniam depositam, et inventam in hæreditate non attingit, id est, non fœnori occupat, sed otiosam et sterilem habet, eum ejus pecuniæ usuras non præ-

stare domino, quamvis petitio hæreditatis, qua convenitur, sit bonæ fidei judicium: nam et idem servatur in aliis bonæ fidei judiciis, otiosæ enim pecuniæ usuræ non præstantur, *l. qui semisses*, §. *ult. de usur.* Ergo et malæ fidei possessor, qui non attrectavit pecuniam inventam in hæreditate, ejus usuras non præstat: et hoc ita proponitur a Papiniano, et refertur ab Ulpiano, in *l. item veniunt. de petit. hæred. ex lib.* 3. *quæst.* Sed emendandum *ex sexto* per istam legem: et ait hoc loco Papinian. *pecuniam depositam* non intelligens pecuniam ex depositi contractu, sed depositam veluti præsidii causa, ut in *l. si chorus, de leg.* 3. Et eodem sensu *d. l. qui semisses, l. quamvis*, §. *ult. de pig. act.* pecunia deposita vel reposita, id est, præsidium; usuræ, sunt vice fructuum, ut ait *l. usuræ de usur.* usura est velut ususfructus, *l.* 3. *de usufr. ear. rer.* Hoc cum ita sit, sic arg. si malæ fidei possessor, qui pecuniam non attigit, fructus, hoc est, usuras pecuniæ non præstat: cur tamen is, qui navem non exercuit, fructus, id est, vecturas præstat? et usuræ et vecturæ vice fructuum sunt, aut sane fructus civiles, qui ex obligatione civili percipiuntur, usuræ ex stipulatione, vecturæ ex locatione et conductione, *l. usura, de verb. sign.* Neque usura, neque vectura natura provenit, ut ait Papin. neque enim sunt fructus naturales; quia nec fructum fert pecunia, neque navis naturaliter. Neque ideo Aristot. dixit, usuram non esse secundum naturam, quod efficiat, ut videatur pecunia fructum ferre: alioqui neque vectura videretur esse secundum naturam: sed ideo quia locatio proprie in nummos non cadit: inventus est enim nummus ut ejus beneficio contraheretur emptio et venditio, non ut ipse interveniat in venditione, est ut ille ait μεταβολῆς, Plato ἀνάγκης ἕνεκα fœneratio est veluti locatio pecuniæ, usura merces: navis tamen recte cadit in venditionem et locationem, nec possis etiam dicere, vecturam, non esse secundum naturam, imo est: sed usura non secundum naturam est: nam utimur navi dum eam locamus, nummis abutimur, eos collocamus fœnori: unde merito quæritur, cur malæ fidei possessor, qui pecuniam non exercuit, usuras non præstet, et tamen malæ fidei possessor, qui vecturas non exercuit, vecturas præstat? Huic objectioni respondet Papinianus, et est valde præclara hujus legis sententia, magnam rationem differentiæ esse inter vecturam et usuram, inter collocationem pecuniæ et navis: nam pecunia collocatur periculo dantis, non domini, navis locatur periculo domini: non est igitur culpandus malæ fidei possessor, qui noluit se conjicere in periculum pecuniæ fœnori occupatæ, qui noluit adire istam aleam amittendæ ejus pecuniæ, puta debitore pauperiore facto: verum culpandus, si quod potuit facere sine suo periculo, non fecerit, ut si navem idonea tempestate non locaverit. Pecunia locatur periculo dantis, ut si tutor pecuniam pupilli locaverit, illud periculum ad tutorem pertinet, non ad pupillum. Idem est in curatore civitatis, *l. ult.* §. *pen. de administr. rer. ad civit. pertin.* quia debuit eam collocare melioribus nominibus, aut si forte elegit idonea nomina, debuit in tempore ea exigere, et appellare. Denique periculum nominum ad eum pertinet, qui ea contraxit, non ad dominum, etiamsi forte is cui pecuniam credidit fiat non solvendo. Is, qui credidit, domino tenetur, ut refundat eam pecuniam. Et hoc est, quod ait Papinianus, *cum pecunia periculo dantis fœneretur*: non est igitur incusandus malæ fidei possessor, qui noluit pecuniam collocare, quia licebat ei periculum refugere: sed incusandus est, si navem non locaverit idonea tempestate, nam potuit eam locare absque suo periculo, præstat enim dolum tantum, et culpam, non casum fortuitum, non naufragium. Igitur culpa vacat, si idonea tempestate navem navigatum miserit, nec si vi majore perierit navis, cum casum petitori præstat. Sciendum, me nullo modo concedere, quod ad hanc legem adnotavit Accurs. malæ fidei possessorem pecuniæ usuras, quas percepit, non præstare domino: de usuris percipiendis non tenetur domino, ut diximus; de ceteris fructibus tenetur, et dicit eadem ratione id fieri, quia eas collocavit suo periculo. Hoc non admitto: refragatur *l.* 1. *C. de pet. hær. l.* 1. *C. de his quæ ut ind.* et quod dicitur generaliter, omne lucrum esse auferendum malæ fidei possessori, *l.* 28. *de pet hær.* ergo et usuræ sunt auferendæ, quas percepit. Nec moveor *l. si unus*, §. *si unus*, *pro soc.* quam adfert A. Socius pecuniam communem communi periculo collocavit: commune erit lucrum, communes usuræ. Rursus finge: socius communem pecuniam suo nomine collocavit, et usuras percepit, an eas communicabit? minime, quia non quæritur de aliena pecunia fœnori occupata, sed communi, cujus ipse periculum adire voluit: cum suum fecerit periculum solidum, æquum est ei relinqui usuras. Non est ei invidendum lucrum: et alia est causa alienæ pecuniæ, et longe alia communis. Utitur etiam Accurs. *l. postulante*, §. *ult. ad SC. Trebell.* Finge: hæres rogatus restituere hæreditatem sub conditione, ea pendente pecuniam hæreditariam collocavit, et usuras percepit: hæ usuræ non veniunt in restitutione fideicommissi, ut cujus periculum fuit, ejus sit etiam lucrum. Et hic casus non est nostro similis: est enim de propria pecunia, non aliena. Interim hæreditaria pecunia est hæredis antequam venerit dies, vel conditio fideicommissi. Concludamus igitur: malæ fidei posses-

sorem præstare usuras, quas percepit, non etiam quas percipere potuit; de ceteris omnibus fructibus teneri etiamsi non perceperit, quos percepit, vel percipere potuit, quia potuit eos percipere citra ejus periculum, non item fœnus. Ad hæc Papin. addit generalem regulam in §. *ult.* de fructibus æstimandis. Tota igitur quæstio est de officio judicis. Æstimantur ergo fructus percipiendi, cum agitur cum malæ fidei possessore, vel speciali in rem actione, vel petitione hæreditatis: nihil refert, utrique hæc lex communis est; et generaliter non tam spectandum esse ait, quos esset percepturus malæ fidei possessor, ut in eos condemnetur, etiamsi non perceperit, sed inspiciendum, quos percipere potuisset dominus, si eam rem possedisset: damnatur ergo malæ fidei possessor, non in eos quos ille percipere potuisset, sed quos dominus honeste. Et placet quod ait, *constat animadverti debere*: quibus etiam verbis ostenditur hic agi de officio judicis, animadverti scilicet ab ipso judice æstimationem fructuum. Sic in *l. cum te, si cert. pet. et in l. mora fieri, de usur.* cum quæritur, an mora facta sit, animadverti debere ait, a judice scilicet: nam judex est justus æstimator moræ: Juriscousultus non potest æstimare, sed judex est ejus rei arbiter et disceptator, *d. l. mora.*

Ad L. Si urbana LV. de Condict. indebiti.

Si urbana prædia locaverit prædo, quod mercedis nomine ceperit, ab eo, qui solvit, non repetetur; sed domino erit obligatus. Idemque juris erit in vecturis navium, quas ipse locaverit, aut exercuerit. Item mercedibus servorum, quorum operæ per ipsum fuerint locatæ. Nam si servus non locatus mercedem ut domino, prædoni retulit, non fiet accipientis pecunia. Quod si vecturas navium, quas dominus locaverat, item pensiones insularum acceperit, ob indebitum ei tenebitur, quia non est liberatus solvendo. Quod ergo dici solet, prædoni fructus posse condici, tunc locum habet cum domini fructus fuerint.

Quæstio hæc conjungenda est cum superiore, nam utraque est de fructibus, utraque pertinet ad materiam de petitione hæreditatis, de qua potissimum Papinianus eodem libro tractavit. Ex superioribus intelleximus malæ fidei possessorem, qui rem alienam locavit, teneri domino petitione hæreditatis, ut præstet mercedes locationum, quas percepit: nunc videamus, an idem etiam teneatur condictione indebiti ei, a quo mercedes accepit, quasi is non deberet malæ fidei possessori solvere, sed domino. Et hoc primum Pap. tractat in prædone, seu malæ fidei possessore, qui locavit urbana prædia, sed et tractari quidem potest in eo, qui locavit rustica prædia, et qui mercedes accepit: et ait, conductorem non posse condicere, quod solvit, quia ei debuit ex contractu locationis, non domino, et pecuniam accipientis fecit, et liberatus est: cui ex solutione contigit liberatio, is non habet condictionem indebiti: nam quicumque liberatur, recte solvit: conditio indebiti parata est tantum solventi perperam: non tenetur igitur prædo condictione indebiti conductori, a quo mercedem accepit sed domino tantum, ut mercedem quam accepit, reddat; et tenetur petitione hæreditatis, quæ mixta est actio, et continet personales præstationes: vel si non sit controversia de hæreditate, tenetur condictione sine causa, quod ex re aliena pecuniam sine causa acceperit, vel ex injusta causa: dixi conductorem, cui prædo locavit, quique prædoni mercedem retulit, mercedem fecisse accipientis prædonis. Dices, mercedes sunt loco fructuum: malæ fidei possessor sive prædo fructus suos non facit: nec mercedes igitur. Est vera propositio, verissima assumptio, rectissima conclusio. Nos dicimus; pecuniam factam prædonis, quam solvit conductor, quæ loco fructus est: prædo igitur facit fructus suos, sic respondendum: per seipsum non facit fructus suos, etiamsi ipse eos percipiat, sed per alium potest facere fructus suos, ut per conductorem, qui bonæ fidei possessor fuit, vel etiam per creditorem suum, qui bona fide pignus accepit, *l. si pignore, §. si prædo, de pign. act.* Cujus species est relatu dignissima. Prædo rem alienam creditori suo pignori dedit: soluto debito agit pignoratitia, ut sibi reddatur pignus: an in hanc actionem venient etiam fructus? an pignoratitia agere potest de reddendis fructibus quos percepit creditor, vel imputabit in sortem, vel usuras? cum non fuisset contracta ἀντίχρησις. Et ait, eum etiam acturum pignoratitia actione de fructibus. Atqui fructus suos non facit prædo, sed vindicantur a domino, si extent, vel consumpti condicuntur condictione sine causa, vel injusta causa: cur ergo ei detur actio de fructibus, quos suos non facit? Imo vero in hac specie suos facit, quia prodest ei, quod creditor bonæ fidei possessor fuerit: quæ verba sunt obscura. Sed res ita se habet; si prædo fructus decerpat, et colat, ipse fructus suos non facit, dominus prædii eos vindicabit quasi suos. At creditor, qui bonæ fidei possessor fuit, videtur eos fecisse suos, ac perinde per eum etiam prædo cui restituitur res pignorata cum fructibus a creditore perceptis: nec est novum, ut quod quis per se non habet, per alium habeat, *l. Aristo quæ res pig. dar. l. cum hær. de acq. hær.* Per conductorem igitur et creditorem, qui bona fide possedit, etiam prædo fructus suos facit, nec domino obligatur eorum nomine rei vindicatione, aut cum eo dominus agere non poterit

rei vindicatione, sed aget petitione hæreditatis, vel condictione sine causa cum prædone. Hoc cum docuisset Pap. de pensionibus prædiorum urbanorum subjicit idem esse in vecturis navium, si prædo navem alienam locaverit, aut exercuerit, et vecturas acceperit. Aliud est locare navem, aliud exercere. Nam exercet navem etiam, qui non locat, sed qui mandat magistro, qui quasi institor est, curam totius navis: ea lege, ut ad se pensionem et reditus perveniant, quo nomine est actio mandati exercitori in magistrum, *l.* 1. §. *magistrum*, *l. si cum*, *qui de exercit. act.* Quocirca non recte condicit magister navis vecturas, quas retulit exercitori, quandoquidem referre obligatus erat judicio mandati; sed exercitor eas vecturas, quas accepit, cogitur reddere domino navis. Idem omnino servari ait Pap. in mercedibus servorum, si prædo servi alieni operas locaverit, et mercedes acceperit: nec enim eas condicet, qui prædoni solvit, sed dominus recte aget cum prædone, et intendet eas sibi dari oportere. Et hoc est quod continetur prima parte hujus legis. Secunda pars hujus legis non est de prædone, qui domum, vel navem, vel operas servi locavit, sed de servo ipso, quem mala fide prædo possidebat, qui seipsum locavit, hoc est, operas suas, et mercedem prædoni ut domino suo retulit: hoc casu Papinian. ait, eam mercedem non fieri accipientis, prædonis scilicet: et nihil addit præterea. Papinian. putabat posse satis intelligi ab omnibus quod prætermittebat. Neque tamen id videtur Accursius intellexisse: vult enim domino servi dari ejus pecuniæ vindicationem, si extet, vel si sit consumpta, condictionem sine causa, vel ex injusta causa, cum tamen tota hæc lex sit de condictione indebiti, ut titulus indicat, et omnino sunt tres casus in hac lege. Primo casu prædo non tenetur condictione indebiti, duobus aliis tenetur: et debuit Accursius dicere: et ideo is, qui mercedem solvit servo, qui suas operas locaverat, quam deinde prædoni servus retulit, adversus prædonem habet condictionem indebiti, qui ratum habuit, quod servus fecit, id est, qui relictam pecuniam accepit, qui scilicet conductor non ei debuit mercedem, sed domino servi; et consequenter, non est liberatus solvendo mercedem servo: cui solventi non contingit liberatio, ei datur condictio indebiti: non liberabitur is, cui servus conduxit operas suas, si servo solverit mercedem sine voluntate domini, quamvis servus eam non sibi retinuit, sed possessori retulit, quia tenetur adhuc vero domino ex locato: merito igitur condicet, et repetet tamquam solutum per errorem. Objicitur *l.* 1. §. *si rem a servo depos.* Res a servo apud me deposita est, ego eam reddidi Titio, quem putabam dominum servi, cum non esset, vel eam reddidi servo, ut perferret ad Titium, an sum liberatus, an domino est integra adversus me actio depositi? quod negat *d. l.* 1. §. *si rem*, et ait domino competere adversus Titium, cui res restituta est, actionem ad exhibendum, et rei vindicationem si exhibuerit. Verum longe alia est ratio depositi, alia locati et cond. Nam depositarius dolum præstat, non culpam. Et hoc casu depositarius vacat dolo, error est non dolus: at conductor præstat etiam culpam, §. *pen. Institut. de loc. et cond.* Nam conductor debet esse curiosus et diligens, et inquirere, quis sit verus dominus servi, qui seipsum locavit, et in culpa est si eam diligentiam non adhibuerit, si cuilibet solverit: si persuadenti se esse dominum servi. Tertius casus hujus legis est de vero domino: qui domum aut navem locavit, aut aliam rem. Primus casus fuit de prædone, qui seipsum locavit, tertius est de domino, qui locavit rem suam. Finge, dominus rem suam locavit, sed postea prædo mercedes exegit, dominus contraxit locationem: prædo nactus possessionem ejus rei, mercedes accepit: hoc casu etiam prædo tenetur condictione indebiti ei, qui solvit per errorem, quia solvendo non est liberatus, cum pecuniam non fecerit accipientis, alias non liberatur nisi fecerit, et perfecte, *l. cum quis*, §. *qui hominem de solut.* Denique non se liberat, merito igitur condicit quasi indebitum quod prædoni solvit. Primum sic dico, non se liberavit a domino eodemque locatore, qui per errorem prædoni solvit. Contra dices (quod objicit Accursius) imo ignorantia proficere ei debet ad liberationem, ut in *l. ejus*, *qui in provincia*, *de reb. credit. l. inter*, §. 1. *mand.* quod negandum est: nam non proficit ad liberationem: alioquin omnes liberarentur prætextu ignorantiæ; neque enim quælibet ignorantia est justa et probabilis, et justa tantum ignorantia parit liberationem, ut si præcesserit mandatum, et solveris tardius, tamen extincto mandato morte mea, ignorans me esse mortuum, hoc casu ipso jure liberaberis, quod antecesserit mandatum. Sed nullo præcedente mandato, si quis solverit falso procuratori, vel ei cui falso existimat se solvere voluntate creditoris, non liberatur, *l. qui hominem*, §. *si nullo*, *de solut.* Repetamus quod ante diximus, non liberatur a locatione, qui prædoni solvit per errorem; sic est, sed si postea prædo quod percepit, restituat domino et locatori, ipso jure contingit liberatio, *l. sed etsi lege*, §. *certe*, *de petit. hæreditat.* (ex Julian. 4. ff. sed legendum 54. id ex *l. qui hominem*, §. *si nullo*, *de solut.*) et ita etiam in *l. si quid possessor*, §. *ult. de petit. hæreditat.* in quo refertur eadem Juliani sententia, legendum est 54. His autem tribus casibus propositis Papinianus concludit ita,

et hanc conclusionem posses facere quartam partem hujus legis, id quod vulgo dicitur, fructus prædoni condici posse, condictione scilicet indebiti, de qua tota lex est, qui ei soluti sunt: vulgaris est hæc sententia. Sed concludit Papinianus hanc sententiam esse intelligendam de fructibus, qui domini fuerunt, id est, de fructibus, qui domino debiti fuerunt, ut secundo casu et tertio. Secundo, quia servus ipse locationem contraxerat: tertio, quia dominus ipse contraxerat. His igitur duobus casibus fructus prædoni solutos, quasi indebitos condici posse. Id autem intelligendum non est de fructibus qui fuerunt prædoni debiti, ut primo casu cum prædo locationem contraxit, hi non condicuntur prædoni ab eo, qui solvit, quique liberatus est solvendo. Et perperam Accurs. hanc generalem conclusionem refert tantum ad secundum casum, non etiam ad tertium: nam utroque casu fructus domino debiti fuerunt, et ei qui solvit prædoni est condictio indebiti. Deinde etiam male Accurs. vulgarem illam sententiam accipit de condictione fructuum a prædone perceptorum, et consumptorum, quæ datur domino: hæc vero condictio est condictio sine causa vel injusta causa, quod constat ex *l. 3. C. de cond. ex leg.* non est condictio furtiva, ut hic Accursius, quia non omnis malæ fidei possessor fur est, aut iuvasor, licet prædo appelletur passim, nam prædo non semper nobis invasor est, sed quilibet improbus et inverecundus possessor, ut a Græcis dicitur ἀναίσχυντος νομεύς, qui sciens insidet rei alienæ. Item non est condictio incerti illa generalis, nam fructus percepti maxime certi sunt, et incerti condictio non datur nisi de futuris fructibus, qui maxime incerti sunt, non de præsentibus, *l. ubi autem, §. illud de verb. obl.* Ergo vulgaris illa sententia accipienda est de condictione indebiti, quæ non domino, sed ei qui solvit datur, sive extantes, sive consumpti sunt. Et omnino sententia hæc est: fructus solutos prædoni quasi indebitos condici posse ab eo, qui solvit; quam tamen sic accipiendam esse ait Papin. si fructus domino fuerint debiti, ut secundo et tertio casu, non etiam si prædoni, ut primo casu.

Ad L. Vulgo II. de Usuris.

Vulgo receptum est, ut quamvis in personam actum sit, post litem tamen contestatam causa præstetur, cujus opinionis ratio redditur, quoniam quale est cum petitur, tale dari debet, ac propterea postea captos fructus, partumque editum restitui oportet.

Ea mens Papiniani est, ut ostendat, non tantum in actione in rem, sed etiam in personam, officio judicis post litem contestatam omnem causam præstari. Causa est omne quod actor habiturus fuisset, si tempore litis contestatæ ei reus satisfecisset, *l. præterea, de rei vind. l. cum fundus, in princ. de reb. cred.* In omnibus igitur his judiciis, vel in rem, vel in personam præstantur fructus percepti post litis contestationem: imo et percipiendi, quos scilicet actor percepturus fuisset, si ei rem de qua agitur possidere licuisset. Et quamvis Papinianus dicat, fructus postea captos restitui, non ideo sequitur captos tantum restitui: non possunt auctores exprimere omnia; ideoque addendum est, etiam capiendos fructus restitui: alioqui ex *l. si fundum, C. de rei vind.* qua plerique abutuntur, tu colligeres, malæ fidei possessorem non reddere rationem fructuum percipiendorum, non præstare fructus percipiendos, quod dicat præstare eum fructus perceptos, sed non adjicit taxationem, fructus perceptos tantum: constat malæ fidei possessorem semper præstare fructus percipiendos; vel ante vel post litem contestatam: et hoc est proprium in malæ fidei possessore, ut patiatur rationem fructuum, quos percipere debuit ante litem contestatam, non item in bonæ fidei possessore. Nam post litem contestatam nulla est inter bonæ fidei, et malæ fidei possessorem differentia. Et hoc est quod dicitur, *Omnes possessores post litem contestatam esse pares, esse prædones, præstare scilicet fructus perceptos et percipiendos*: quo tamen dicto non debemus uti ad omnia: nam falleret nos sæpenumero, neque enim per omnia verum est, post litem contestatam omnes possessores esse pares, quod potest demonstrari duobus exemplis. Finge: Homo, de quo lis est contestata, postea mortuus est, an ejus hominis nomine damnabitur bonæ fidei possessor? minime. Bonæ fidei possessor fatum, seu mortalitatis casum non præstat post litem contestatam, malæ fidei possessor præstat, *l. illud, de pet. hær. l. utique, de rei vind.* Item quod post litem contestatam bonæ fidei possessor acquirit per servum, qui petitus est, ex re sua, id non venit in restitutionem, *l. præterea, de rei vind.* quod tamen restitueret malæ fidei possessor, ut etiam per eum hominem parta ex re sua post litem cotestatam, *l. 1. C. de rei vind.* Sed quod attinet ad fructuum rationem, vel etiam usurarum, verum est, post litem contestatam omnes possessores esse pares, et sufferre æstimationem non tantum captorum, sed et capiendorum fructuum, et non fructuum tantum, sed etiam omnis causæ: nam et præstare debent partus editos, ut hæc lex ait, et *l. partum, h. t.* comparantur partus cum fructibus. Fuit hæc vetusta quæstio, an partus esset fructibus annumerandus: sed obtinuit non esse: homo non est in fructu, cujus causa natura

omnes fructus profert. Præstantur etiam post litem contestatam omnia commoda, emolumenta, et ut uno verbo absolvamus, omne id quod interest actoris: etiam in specie *l. nummis*, *de in lit. jur.* quam citat Accursius, quia etiam causæ nomine continetur id, quod interest, *l. pecuniam*, *de compens.* nihil non comprehendit causa. Ergo intelligimus, quid sit quod ait Papinianus indistincte, sive agatur in rem, sive in personam, causam præstari post litem contestatam: adendum est etiam, officio judicis: nec enim petitur causa, sed venit officio judicis. Sed nondum intelligemus, quæ sit vis hujus sententiæ, et prius inspiciendum est, quo jure id sit introductum, constat causam præstari officio judiciis in actionibus in rem, *d. l. præterea.* Sed notandum id originem sumere ex 12. tabul. quæ in vindiciis, id est, in actionibus in rem fructus æstimant duplione, si possessor rei alienæ victus fuerit. Volunt enim duplos fructus præstari ex tempore litis contestatæ his verbis: *Si vindiciam falsam tulit, ejus rei sive litis arbitros tres dato, eorum arbitrii fructus duplione damnum decidito.* Et inde Paulus 5. Sent. ex die accepti judicii, id est ex tempore litis contestatæ duplos fructus præstari: et D. Ambrosius in Epist. 24. *Cum adverterem*, inquit, *eum, si vicisset, acturum de duplis fructibus*, et ita in *l.* 1. *C. Theodos. de usur. rei ju. l.* 1. *C. Theod. de fructib. et sump. lit.* et hi sunt, qui in his libris duobus locis dicuntur majores fructus, id est, dupli, qui in rei æstimatione in restitutionem, veniunt, *l. rescriptum*, §. 1. *de dist. pig. l.* 6. §. *ult. mand.* Inde intelligitur quod ait *l. Julian.* §. *quantum*, *ad exhib.* in actione ad exhibendum, quæ scilicet datur propter vindicationem (nam vindicaturus desiderat rem sibi exhiberi) in ea, inquam, actione sicut in actione in rem venire fructus post litem contestatam, et æstimari secundum leges 12. tabul. scilicet æstimari duplione. Igitur loquitur l. 12. tab. de fructibus tantum, sed porrigitur ab Interpretibus etiam ad partus, et commoda, et ad omnem causam, *l. Julian.* §. *Idem, de rei vind.* Igitur ex mente 12. tab. omnis causa est duplanda post litem contestatam: hodie non duplatur. Ergo si quis quærat, quo jure post litem contestatam causa præstetur in actione in rem, dicemus id fieri ex 12. tab. non idem dicam in actione in personam. Nam neque 12. tab. neque alia lege idem est introductum in actione in personam: sed prudenter ait Pap. vulgo id receptum est, id est, hoc jure utimur, *l. cum fundus in princ. de re cred.* et ex opinione scilicet: nam et opinionem hanc appellat Pap. ex opinione, inquam, Sabinianorum, ut ostendit *l. videamus*, §. *si actionem*, *h. tit.* Nam Proculiani nec post litem contestatam in actionibus in personam admittebant haberi rationem causæ, quæ rem sequeretur, de qua erat actio, sed obtinuit opinio Sabinianorum, cujus, ut heic ait Pap., ratio est sumpta ex æquitate, ut ait *d.* §. *si act.* quod æquum sit tale quidque dari, quale fuit cum peteretur, id est, cum lis contestaretur: Præstanda igitur omnis ea causa, etiamsi sit actio in personam, non in rem: et lex ea loquitur tantum de actione in rem. Et ita in *l.* 8. *de re jud.* ostenditur, in actione ex stipulatu, quæ est in personam et valde stricta actio, hac nulla magis stricta, fructuum rationem haberi a tempore litis contestatæ. Et sic in *l.* 3. §. *in his*, *h. t.* In his etiam judiciis, quæ neque sunt arbitraria, neque bonæ fidei post litem contestatam omnem causam esse præstandam in eum diem quo sententia dicitur, quibus verbis significat, non tantum in actionibus arbitrariis, vel bonæ fidei, sed etiam in actionibus maxime strictis, post litem contestatam omnem causam præstari. Ad quam sententiam notandum, etiam in bonæ fidei judiciis pleraque præstari ante litem contestatam. Certum est indistincte in omnibus judiciis causam præstari post litem contestatam: sed si quæratur, an ante litem contestatam, tum separanda nobis sunt judicia alia ab aliis. In actionibus bonæ fidei fructus omnimodo præstantur, etiamsi mora non intervenerit, nec lis sit contestata, *l. vid.* §. *pen. h. t.* Actio enim ex empto vendito non tantum rem præstat, sed et fructus captos post venditionem etiam ante moram. In judicio pro socio communicantur etiam fructus. In judicio communi dividundo dividuntur etiam fructus. In judicio dotis restituuntur etiam fructus percepti ante nuptias: nam percepti in matrimonio cedunt lucro mariti pro oneribus matrimonii. Et generaliter in actionibus bonæ fidei fructus omnino sunt præstandi, id est, sive mora intervenerit, sive non, sive lis contestata fuerit, sive non. Et hoc distant fructus ab usuris, quæ in bonæ fidei judiciis non præstantur nisi ex mora, nisi mora damnum intulerit, *l. mora*, §. *in bonæ fidei*, *h. t.* Habuimus unam differentiam in *l. si navis*, quod usuras non præstat debitor, qui pecuniam non exercuit, nauta fructus præstat, id est, vecturas, qui navem non exercuit. Addamus hinc differentiam istam, et utramque ad *l. usuras*, *h. t.* dum ait usuras vicem fructuum obtinere: nam his duobus casibus separandæ usuræ a fructibus. Notandum etiam actiones legatorum et fideicommissorum semper comparari judiciis bonæ fidei, sed non omnia quæ illis insunt. An dices fructus legatorum vel fideicommissorum præstari ex die mortis ante moram? minime: sed ut usuræ legatorum et fideicommissorum, ita et fructus præstantur tantum ex mora, si qua antecesserit litis contestationem,

l. 3. §. 1. *h. t. l. ult. C. de usur. et fruct. leg.* Illa igitur differentia inter usuras et fructus, locum tantum habet in bonæ fidei judiciis, non in actione ex testamento, vel in persecutione fideicommissi: nam ex mora tantum præstandorum legatorum debentur usuræ et fructus. Dices, cur in actione bonæ fidei veniunt fructus percepti ante litem contestatam, hoc fit potestate hujus judicii, et formulæ ipsius prætoris: nam ita agitur his: *quod ex bona fide dari oportet*, et ut Scævola dicebat, *bonæ fidei nomen latissime manat*, id est, complectitur fructus, et omnem causam et usuras. Igitur, quas æquum est præstari post litem contestatam, non ante veniunt in hæc judicia, ut damnum sarciant quod fecit actor, non etiam ut eum lucro afficiant. Et ex ratione formulæ sumitur etiam, quod proditum est, in *l. illud.*, *de pet. hær.* in petitionem hæreditatis venire fructus etiam perceptos ante litem contestatam, et percipiendos, si sit malæ fidei possessor, et perceptos, si sit bonæ fidei, modo ex his factus sit locupletior. Igitur in petitione hæreditatis venire fructus ante litem contestatam, quia petitionis hæreditatis hæc est formula; *Si hæreditatem Titianam meam esse paret.* Et hæreditatis incremento fructus accedunt, sicut de equitio dicitur in *l.* 39. *hoc tit.* quæ ostendit, multum interesse, an equi legentur, an equitium. Nam equis legatis fœtus hi tantum debentur, qui sunt nati post moram: legato equitio debentur fœtus etiam, qui sunt editi ante moram, quia equitium est nomen juris universi, quod continet etiam fœtus, sive fructus. Hæreditas est nomen juris quod comprehendit etiam fructus, id est, qui petit hæreditatem, et fructus petit; non veniunt fructus in petitionem hæreditatis officio judicis, sed vi et potestate ipsius judicii sive formulæ. At in actione speciali in rem utimur verbo rei, *hanc rem meam esse ajo*: quod quidem nomen nudum corpus significat: et ideo in actione in rem non veniunt fructus percepti ante litem contestatam, non veniunt potestate actionis, quia rei nomine non intelliguntur fructus, nisi adhuc pendeant, et cohæreant rei: nam pendentes sunt pars corporis, sed qui re separati sunt, jam non sunt pars ejus rei, nec nomine rei comprehenduntur, aut rei petitione: non veniunt igitur *l.* 2. *C. de petit hæred.* non veniunt etiam officio judicis antecedentes fructus, id est, qui capti sunt ante litem contestatam, sed sequentes tantum, *l. si fundus*, §. *interdum*, *de pign.* Notanda est maxime illa differentia inter petitionem hæreditatis, et actionem in rem. Ratio differentiæ, ut dixi, est sumenda ex formula, qui hæreditatem petit, fructus petit, non etiam qui rem petit. Et inde observanda est ratio *l. hæres*, §. *ult. de pet. hæred.* et *l. neque*, *hoc tit. l. eum qui*, *de his quib. ut ind.* quibus locis tractatur hac de re, an fructuum usuræ debeantur (venditorum scilicet fructuum a possessore) et veniant in petitionem hæreditatis. Et ita distinguit; aut pretia ex venditione fructuum redacta sunt post litem contestatam, et usuræ non debentur, quia scilicet ea pretia rerum, quæ distractæ sunt a possessore post litem contestatam, sicut fructus percepti post litem contestatam, petita non videntur: qui petit hæreditatem, non petit etiam fructus, qui percipiuntur post litem contestatam: sic nec intelligitur petita pecunia redacta post litem contestatam ex venditione rerum hæreditariarum, sed veniunt officio judicis non quasi petita: ejus autem quod venit officio judicis nulla potest esse accessio, id est, accessionis nulla est accessio: quod venit officio judicis accessio est judicii, quia non continetur formula hujus accessionis. Igitur usuræ non debentur. Alia est ratio fructuum, seu pecuniarum redactarum ante litem contestatam. Nam hi fructus petiti intelliguntur, non veniunt officio judicis, et huic petitioni facile accedunt usuræ officio judicis. Hoc ita fit in petitione hæreditatis, quæ ante constitutionem Justiniani multa habeat ex bonæ fidei judiciis: hodie omnino est bonæ fidei. Neque hodie servatur in condictione fructuum. Finge: malæ fidei possessor percepit fructus ex re aliena; antequam moveretur controversia, eos distraxit et consumpsit. Possunt condici fructus consumpti a malæ fidei possessore condictione ex injusta causa, aut sine causa: an venient usuræ? Minime: accessionem enim usurarum non admittet strictum condictionis judicium, quam admittet petitio hæreditatis, *d. l. neque.* Extremum hoc erit, ut admoneamus, in actione in personam non venire fructus perceptos ante litem contestatam, nisi nominatim petantur, *l. parum*, *h. t.* Ante litem contestatam in actionem in personam non veniunt fructus, non causæ, nisi sint bonæ fidei: nam bonæ fidei nomen, quo utimur in formula, complectitur omnem causam. Et quandoque etiam quamvis sit stricta actio ratione formulæ, veniunt fructus capti ante litem contestatam, ut in actione Fabiana, vel Calvisiana, Pauliana, quod metus causa, in interdicto unde vi, in interdicto fraudatorio, in interdicto, quod vi aut clam: in his judiciis, etiam fructus restituuntur officio judicis, qui ad reum pervenerunt, vel pervenire potuerunt ante litem contestatam, si mala fides in eo argui possit, quoniam Prætor, qui dat ea judicia, utitur pleniore verbo, scilicet restituendi, quod habet pleniorem significationem. Restituere est in integrum restituere, perinde atque si quod fuit nunquam fuisset: restituit igitur et fructus, hoc facit formula: sicut Jurisconsulti veteres fuerunt observato-

res formularum, ita et nos esse debemus, quia ex his pleræque controversiæ dirimuntur.

Ad L. XIV. de Publiciana in rem act.

Papinianus lib. 6. *Quæstionum scribit*: *Si quis prohibuit, vel denuntiavit ex causa venditionis rem tradi, quæ ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta: et is nihilominus tradiderit, emptorem tuebitur pretor, sive possideat, sive rem petat. Sed quod judicio empti procurator emptori præstiterit, contraria judicio mandati consequetur. Potest enim fieri ut emptori res auferatur ab eo, qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere: veluti, si non auctor meos ex voluntate tua vendidit.*

Pertinet etiam ad tractatum de rei vindicatione id, quod ex eodem Papiniani lib. refert Ulpian. in *l. Papinian. de Publ. in rem act.* Pertinet enim ad vindicationem, non quidem directam, et civilem, quæ domino datur, sed ad utilem et Pretoriam, quæ datur bonæ fidei possessori ex justa causa possessionis, non etiam per continuationem possessionis dominio adepto, si forte ante impletam usucapionem possessionem amiserit, et res ab extraneo possideri cœperit: quæ actio appellatur Publiciana a Publicio Prætore, qui eam primus introduxit, quod scilicet æquius sit eum, qui bona fide nactus est possessionem, rem habere, quam extraneum, qui eam tenet sine causa. Ergo actio Publiciana est prodita præcipue adversus extraneum possessorem. Actio Public. est proprie efficax tantum adversus extran. possess. qui sine causa rem tenet, cujus possessionem amisit bonæ fidei possessor. Adversus dominum actio Publiciana est inefficax: quia æquius est dominum rem suam potius habere, quam bonæ fidei possessorem, et alium quemquam. Et hoc est, quod dicitur, actioni Publicianæ obstare exceptione dominii justi, hanc scilicet, si non ea res possessoris sit unde petitur, *l. pen. et ult. hoc tit. l. mandatum, mand.* Sunt tamen casus octo, quibus actio Publiciana datur utiliter adversus dominum possidentem rem suam, quibus domino potior est bonæ fidei possessor, vel donatarius. Quinque casus refert Accursius in *l. ult. de Public. in rem act.* Sextus est in *d. l. mandatum.* Septimus in *l. si is cujus, ex quib. caus. maj.* Octavus est in *d. l. Papinianus.* Hunc solum tractabimus, quia hic solus refertur ex libro sexto Papiniani. Ponamus speciem hujus legis. Mandavi tibi, ut rem meam Titio venderes: vendidisti, et pretium accepisti, rem vero nondum tradidisti. Ego prohibeo vel denuntio ne tradas (facit differentiam inter prohibitionem et denuntiationem. Denuntiatio fit ante traditionem: prohibitio initio traditionis). At tu contra quam prohibuissem, vel denuntiassem, nihilominus tradidisti. Inde quæritur si Titius ejus rei possessionem amiserit, ea res forte ad me pervenerit, an possit Titius utiliter, id est, efficaciter mecum agere actione Publiciana, quamvis sim dominus rei ejus? Et Papinianus dicebat utilem esse actionem. Nam si ego ei opponem exceptionem dominii, *si non ea res mea est*; Titus replicabit hoc modo, quæ formula ponitur in hac *l. si non auctor meus, eam rem ex tua voluntate vendiderit*. Hæc erat formula replicationis, quia non est æquum, ut Titio auferam rem, quam procurator meus ei vendidit mandatu meo, licet non tradiderit mandatu meo: quia omnimodo obligatus erat tradere, id est, implere venditionem factam mandatu meo. Et similiter, si Titius possessionem ejus rei non amiserit, et ego vindicem, Prætor tuebitur eum, nec potero ei rem auferre per vindicationem, quia tuebitur se Titius exceptione rei venditæ et traditæ, cujus formulam exposuimus initio: scilicet si Titius pretium solverit, antequam vetarem ei rem tradi: nam si vetuerim antequam pretium solvisset, postea vindicanti mihi eam rem, exceptio non obstabit, *l. 1. §. 1. de except. rei vend.* secundum quam legem recte Accursius in hac *l.* quod non exprimitur, supplendum censet, *ut tu procurator meus vendideris, et pretium acceperis, deinde vetuerim rem tradere.* Et ita in *l. si a Titio, de rei vind.* in qua ponitur alius casus, quo actio Publiciana datur bonæ fidei emptori adversus dominum: ponitur eum pretium solvisse, quod poni volumus etiam in hac l. Ergo ut diximus, si Titio res vendita sit mea voluntate, et post tradita non mea voluntate, cum jam is solvisset pretium, mihi vindicanti Titius objicet exceptionem rei venditæ et traditæ sibi. Fieri tamen potest, ut non objiciat per ignorantiam, per errorem. Exceptiones sunt facti, ut nos loquimur, id est, non insunt judiciis arbitrariis, vel strictis ipso jure, ut possint suppleri officio judicis: objiciendæ et alligandæ sunt: denique facti sunt, non juris, nec positæ in arbitrio judicantium, sed partium. Si exceptionem quam habes non opponis, sequetur condemnatio: excipienda sunt bonæ fidei judicia, quibus exceptiones insunt, et etiam non oppositæ supplentur officio judicis. Summa vis est, ut dicebat Scevola, judiciorum bonæ fidei. Et inde observandum, non esse verum, quod plerique putant, actiones arbitrarias imitari actiones bonæ fidei. Actio in rem est arbitraria sive sit civilis, sive honoraria, id est, Publiciana, et tamen omissa exceptio non suppletur officio judicis, sed pro omissa est, eritque id tibi fraudi, qui exceptionem quæ tibi competebat omisisti: quæ

tamen tibi fraudi non est in bonæ fidei judicio. Et ideo in actione in rem, quæ arbitraria est, non veniunt fructus capti ante litem contestatam, qui tamen veniunt in judicio bonæ fidei. Non igitur actio arbitraria imitatur actionem bonæ fidei, et vero media est inter actionem strictam, et bonæ fidei, sed magis accedit ad strictam. Si ergo Titius non utatur exceptione rei venditæ et traditæ, condemnabitur, sed condemnatus habebit regressum, ut Græci ἀναφορὰν, adversus procuratorem meum, qui ei vendidit, habebit, inquam, regressum actione ex empto, quod ego ei rem abstulerim, seu evicerim. Rursus id a me procurator recipiet, quod solverit Titio evictionis nomine actione mandati, quia non potui efficere prohibitione, vel denuntiatione mea, quo minus rem traderet, quam vendiderat, et cujus pretium acceperat: inanis est igitur prohibitio mea, quia intempestiva, post solutum pretium, videlicet, quæ est sententia. *l. Papinianus.*

Ad L. XLVII. de Manum. test.

Cum ex falsis codicillis per errorem libertas, licet non debita, præstita tamen ab hærede fuisset, viginti solidos a singulis hominibus inferendos esse hæredi, Princeps constituit.

§. 1. *Sed si conditionis implendæ gratia servum institutus manumiserit, ac postea filius de inofficioso agendo tenuerit, vel testamentum falsum fuerit pronuntiatum, consequens erit, idem in hac specie fieri, quod in falsis codicillis constitutum est.*

Idem Papinianus eodem libro, quod tractat, *l. 47. de manum. test.* potest etiam referri ad vindicationem, puta, ad petitionem hæreditatis de inofficioso vel falso testamento. Finge: Hæres ex falsis codicillis eum per errorem existimaret esse veros, servo libertatem præstitit: postea cognovit esse falsos: cognovit errorem suum: an potest revocari libertas? Minime: nam jure data est a domino, servo suo scilicet; sed æquum est ei subveniri, ne damnum servi faciat temere, et consulto manumissi, ita scilicet ut cogatur servus manumissus ei præstare æstimationem sui, id est, viginti aureo, ex Constitutione Adriani non favore libertatis: neque enim ullo modo poterat revocari: sed in gratiam dominorum, qui errore decepti servos manumiserunt, *l. 2. C. de fideicomm. libert. l. pen. in fine, de jure patronat.* Adrianus definit æstimationem servi; voluit enim pro capite singulorum qui manumissi essent solvi vicenos aureos. Hæc fuit æstimatio vulgaris servorum, et alii quidem aliis pretiosiores erant, sed æstimatio vulgaris erat viginti aureorum: *l. si fundum, §. si libertas, de leg. 1. l. 4. C. de serv. fugit.* Ergo cum hæres per errorem ex falsis codicillis præstitit libertatem beneficio constitutionis Divi adriani, servus manumissus cogetur ei solvere et dependere pro pretio sui viginti aureos. Hoc cum ita esset constitutum ab Adriano, a Jurisconsultis porrectum est etiam ad sequentem speciem. Finge: Hæres institutus est sub conditione, si servum suum proprium manumiserit, conditionis implendæ causa manumisit servum suum proprium, non hæreditarium: deinde testamentum rescissum est querela inofficiosi, et evicta hæreditas hæredi scripto, vel etiam testamentum falsum esse pronuntiatum est: non revocabitur libertas, quæ jure data est a domino: sed æquum est, ne frustra hæres servum suum perdat sine emolumento aliquo, ut servi pretium a manumisso recipiat, id est, 20. aureos, *l. si sub cond. de inof. testam.* Et hi sunt duo casus qui notantur in hac lege. His tria obstant. Primum *l. 31. si mulier, de minor.* cujus species est. Hæres scriptus adivit hæreditatem, et servo hereditario præstitit libertatem fideicommissariam; postea restitutus est in integrum beneficio ætatis abstinendi causa, ad quem transeunt bona? Ad proximum successorem, non jure legitimo: nam qui se abstinuit, hæres quidem manet jure civili; sed jure prætorio transeunt ad proximum successorem data possessione, quia Prætor, qui dat facultatem abstinendi, non habet eum pro hærede, etiam si hæres sit jure civili. Si igitur proximus successor, ad quem per abstentionem bona hæredis scripti perveniunt, desideret a servo manumisso sibi pretium prestari 20. aureorum, si velit retinere libertatem; an cogetur servus eos præstare? minime. Cur hic aliter definitur, quia hic servus de quo agitur in *l. si mulier*, jure optimo libertatem consecutus est, id est, ex testamento justo, id est, solemni, et vero, et non deserto, quandoquidem hæres adivit, nec abstentione desiit esse hæres, nec etiam rescisso testamento pro libertate, quam quis optimo jure habet, est æquum inferre æstimationem sui. At in specie legis 47. servus quidem libertatem habet jure, quia est manumissus a domino, sed non optimo jure: uno casu per causam falsorum codicillorum, qui imposuerunt hæredi: altero casu per falsi testamenti vel inofficiosi causam. Secundo obstat *lex ult. C. de petit. hæred.* ex qua hoc eliciunt contra *l. 47.* ex testamento quod falsum pronuntiatum est non competere libertatem, et tamen in specie hujus legis videtur competere libertas ex falso testamento, vel ex codicillis falsis. Et plenior sententia leg. ultimæ est. Duo sunt, qui certant de hæreditate, legitimus, et scriptus: in testamento relictæ sunt libertates duæ fideicommissariæ, vel directæ, an in suspenso etiam erunt libertates quamdiu lis pendebit de

hæreditate? non est æquum diu moram fieri libertatib. et vero Justinianus huic rei ita prospexit, ut velit libertates manere in suspenso annum duntaxat: si diutius moram trahat lis, nec constare possit a quo debeant servi manumitti, competet libertas post annum ipso jure, nec revocabitur libertas, etiamsi judicetur contra hæredem scriptum: sed ut exprimit Justin. si judicetur testamentum falsum, atque ita vincatur scriptus, non intelliguntur servi ipso jure pervenisse ad libertatem: atque ita apparet ex testamento, quod falsum pronuntiatum est, libertates non competere. Respondeo sic non jure competere, id est, non videri esse liberos; non conservari præstitas libertates nego. Postremo, quod valde obstat, nec tamen objicitur, est *l. Papinianus*, §. *ult. de inoffic. testam.* secundum quam est accipienda *l. 4. eod. tit. et l. uxorem, in fi. de manum. testam.* Finge: Testamentum inofficiosum pronuntiatum est, in quo servi quidam erant manumissi: vel etiam idem testamentum, injustum pronuntiatum: utraque sententia totum testamentum infirmatur. Ergo et legata, et libertates. Sed ex Nov. Justiniani, non infirmatur ex causa inofficiosi totum testamentum, sed hæredis institutio sola, cetera firma manent. Ante Novellam Justin. querela inofficiosi omnia rescindebat: querela injusti sane si is qui agit obtinuerit declarat omnia esse nulla ipso jure ab initio: libertates igitur sunt nullæ testamento præstitæ, vel directo, vel per fideicommissum, si testamentum pronuntietur inofficiosum, vel injustum, et revocantur quasi non jure datæ in testamento injusto, vel quasi rescisso querela inofficiosi. Revocantur, inquam, nisi quinquennium morati sint in libertate, antequam moveretur querela inofficiosi, vel injusti: quo casu retinent libertatem, modo victori referant pretium sui, id est 20. aureos. Quæro cur hoc casu exigis, ut quinquennium morati sint in libertate, et prioribus casibus id non exigis? Breviter sic est respondendum: prioribus casibus justa fuit, et utilis manumissio, quæ non indigebat confirmatione quinquennii. Nam hæres manumisit servum suum, et effectum habuit manumissio statim. At in casu *d. l. Pap. et d. l. uxorem*, vel non valuit ab initio manumissio ex injusto testamento, vel ex post facto rescissa est per querelam inofficiosi: revocabitur ergo, nisi accedat confirmatio quinquennii: ægre in servitutem revocantur qui in libertate fuere quinquennio. Nam et de statu defunctorum post quinquennium non quæritur.

Ad L. VIII. Ut in poss. legat.

Non possum referre ad vindicationem *l. si legatorum 8. ff. ut in poss. legat.* cujus sententia est: Legatum relictum est sub conditione: pendente ea caveri debet legatario, si hoc desideret, de solvendo legato, ubi conditio extiterit: a quo? an ab hærede scripto, vel ab hærede hæredis, vel a fideicommissario Trebelliano, cui hæres restituit hæreditatem, *l. 1. §. non solum, ut legat. nom.* nam alia sunt onera creditorum, alia legatariorum vel fideicommissariorum. Onera creditorum dividuntur inter hæredem et fideicommissarium pro dodrante et quadrante: onera autem legatariorum aut fideicommissariorum non dividuntur, sed solida transeunt in fideicommissarium Trebellianum, *l. 2. §. si is qui, ad Trebell.* Merito igitur ab eo exigitur cautio legatorum, et si eam non præstiterit, ex ordine legatarius mittitur in possessionem rerum hæreditariarum omnium, quæ in causa hæreditatis manserunt, vel etiam, quæ dolo fideicommissarii in causa hæreditatis esse desierunt: nam et hæc finguntur mansisse, *l. is cui, §. qui in possessionem, h. t.* et hoc est quod ait Papin. in hac lege.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. VII. QUÆSTIONUM ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. V. de Usufructu.

Ususfructus et ab initio pro parte indivisa, vel divisa constitui, et legitimo tempore similiter amitti, eademque ratione per legem Falcidiam minui potest. Reo quoque promittendi defuncto, in partes hæreditarias ususfructus obligatio dividitur. Et si ex communi prædio debeatur, uno ex sociis defendente, pro parte defendentis fiet restitutio.

In hac l. hoc unum agit Papinian. ut ostendat usumfructum servitutem esse dividuam: ceteræ servitutes sunt individuæ. Ratio differentiæ constabit ex definitione ususfructus: quid est ususfructus? *jus utendi fruendi, quod homini competit in re aliena, quamdiu is homo, eaque res salva permanet.* Recte, *fruendi:* nam si utendi tantum, usus est, non ususfructus, usus est individuus, ususfructus dividuus. Recte etiam, *quod homini competit in re aliena:* nam per usumfructum res aliena servit homini, *l. dominus, in princ. h. t.* Alia est servitus quam homo homini debet, aut servit servus libero scilicet: alia est servitus, quam prædium prædio debet, veluti iter, actus, via, jus stillicidii immittendi, jus altius non tollendi. Alia autem est servitus, quam prædium, aut qua alia res homini

debet, et ex hoc genere est ususfructus. Ususfructus igitur est servitus hominis, ut loquitur *l.* 15. *de servit.* id est, servitus ex re aliena debita homini, id est, personæ: homini igitur libero: nam servus est quidem homo (servus homo, ut dicitur mulier ancilla Sallustio) sed personam non habet est ἀπρόσωπος, Theoph. *Institut. quibus mod. toll. obl.* Aliud est homo, aliud persona. Persona est civile nomen, homo naturale. Recte etiam in definitione, *quandiu is homo, eaque res salva permanet:* nam ut eleganter est scriptum in *l. pen. C. de usufruct.* cum anima, et cum rei substantia ususfructus aspirat: cum anima, id est, cum vita hominis: neque enim ususfructus transmittitur ad hæredem, *l.* 3. *quan. di. leg. ced.* Quod autem est præcipuum verbum in definitione? est verbum *fruendi*, quo maxime hæc servitus ab aliis sejungitur, quoque vis ejus propria maxime demonstratur. Nam ususfructus potissimum ex fruendo consistit, *l.* 1. *in prin. eod.* Frui autem est fructus percipere, quæ res divisionem recipit: possum enim partim fructus capere, partim non capere. Hinc fit, ut cum aliæ servitutes sint individuæ, hæc una sit dividua, quæ ususfructus dicitur. Aliæ servitutes, sive sint hominum, sive prædiorum, sunt individuæ omnes. Cur? quia in utendo consistunt, et usus sui natura individuus est: neque enim possum ullius rei parte uti, quin re tota utar, et ut dicebat Pompon. usus ita connexus est, ut qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat: dum hunc l. una vobiscum studeo, non pro parte utor hoc libro, sed toto libro: et fructus possum capere pro parte, *l.* 17. *viæ*, *de servit. l.* 19. *usus pars*, *de usu, et hab. l.* 5. *si ut certo*, §. *ult. commod.* Frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus. Nam si vel minimam rem attigero utendi causa, totius rei usum usurpare videor. Breviter, ceteræ servitutes in utendo consistunt, ususfructus in fruendo: ex quo sequitur, ceteras servitutes divisionem, vel, ut loquitur lex, *Quadringenta ad l. Falc.* et Tertullianus, dividuitatem non recipere, usumfructum vero dividuitatem recipere. Et hoc Papinian. in *h. l.* 5. quinque argumentis docet. Primum est hujusmodi: ususfructus potest constitui, hoc est, cedi pro parte divisa, et pro parte indivisa. Indivisa, ut ex omnibus fructibus, qui in illo fundo nascuntur tertiam partem capias: pro divisa ut omnes fructus partis tertiæ fundi capias; pars divisa est certa, et sensibus percipi potest, et totum potius quam pars est. Divisio ex uno toto conficit plura. Pars autem indivisa est diffusa per totum fundum, et incerta, quæ intelligitur tantum, cerni autem, tangi, vel demonstrari non potest. Quum dicis, hæc pars mea est, hæc pars tertia vel dimidia, partem divisam dicis: demonstras enim eam: cum autem dicis partem simpliciter, pars tertia mea est, partem indivisam dicis. Aliæ servitutes possunt quidem constitui pro parte divisa, puta, ut ad hanc partem fundi mihi ire agere liceat, *l.* 6. *de servitut.* Pro parte autem indivisa servitutes alteri constitui non possunt *l. pro parte, de servit.* puta, ut ad tertiam fundi partem mihi ire agere liceat, non demonstratam, quia scilicet non possum illa parte ire, quam non video, quamque monstrare nemo mihi potest: et si alia parte iero, non ea iero, quæ constituta est. Unde constat, ad partem indivisam non posse constitui alias servitutes; ad partem divisam, posse quæ totum est potius quam pars. Secundum argumentum, quo utitur, hoc est. Eodem quoque modo usumfructum amitti non utendo, non tantum pro parte divisa, sed et pro indivisa: ut si is, qui totius fundi usumfructum habet, legitimo tempore, id est, secundum jus antiquum per biennium, vel secundum jus novum per decennium inter præsentes, aut vicennium inter absentes, non perceperit nisi fructus dimidiam partem, alterius dimidiæ partis usumfructum amisit pro indiviso. Ceteræ servitutes non utendo intereunt legitimo tempore, quod jam supra definivi, sed pereunt in solidum, non amittuntur pro parte indivisa, *d. l. pro parte, de servit.* Sequitur tertium argumentum. Ususfructus minuitur per legem Falcidiam pro parte, id est, pro quadrante Falcidiano, si sit exhausta legatis hæreditas: etiam ex legato ususfructus hæres retinet quartam Falcidiam: sic igitur retinebit quartam partem ususfructus singulis annis. Nam in usufructu fructus spectamus potissimum, veluti corpora quædam, non jus utendi fruendi, qui fructus divisionem recipiunt, atque adeo diminutionem legis Falcidiæ. Ususfructus minuitur per legem Falcidiam, *l.* 1. §. *si ususfruct. et l. sed. et ususf. ad leg. Falcid.* et hoc est quod ait in principio hujus legis. Breviter hoc ait, usumfructum pro parte constitui posse, et amitti, et minui: at aliæ servitutes non minuuntur per legem Falcidiam, sed præstantur in solidum legatariis sine ulla diminutione, ut via, iter, actus, hæc solida præstantur: succurritur tamen hæredi hoc remedio, *ut fiat æstimatio legatæ servitutis, quanti sit servitus viæ, itineris, actus, etc.* et facta æstimatione, ut hæres opposita exceptione doli mali, non aliter præstet servitutem, quam si legatarius inferat quadrantem æstimationis: atque ita non fraudatur hæres Falcidia. Ceterum servitus integra ceditur, quia res est incorporalis, *l.* 8. *si is qui* §. *ult. ad l. Falc. l.* 5. *pure* §. 1. *de doli except.* Quod Papin. hoc eodem libro scripsit de aliis servitutibus in *l.* 7. *ad leg. Falc.*

Ad L. VII. ad L. Falcid.

Lege Falcidia interveniente, legata servitus

quoniam dividi non potest, non aliter in solidum restituetur, nisi partis offeratur æstimatio.

Contulit Papin. hoc lib. usumfructum cum ceteris servitutibus, et quæcunque scribit in ea lege 5. de usufructu, ea existimandum est, locum non habere in ceteris servitutibus, scribuntur enim de usufructu, ut intelligatur non idem servari in ceteris servitutibus, quod idem subjecerat in *l. 7. ad l. Falc.* quæ cum d. l. 5. est omnino conjungenda. Quartum argumentum est hujusmodi. Si is, qui stipulanti promiserat usumfructum, decesserit duobus aut pluribus hæredibus relictis, obligatio inter cohæredes dividitur pro portionibus hæreditariis ex 12. tab. ut scilicet singuli hæredes pro portione sua præstent usumfructum stipulatori: ex quo apparet usumfructum esse dividuum. At si is, qui promisit aliam servitutem, decesserit pluribus hæredibus relictis, ea obligatio non dividitur ex 12. tab. sed singuli hæredes tenentur in solidum, quia nec possunt partem præstare, *l. 2. de verb. obl. l. hæredes 25. §. an ea stipulatio 9. famil. ercisc.* Quintum argumentum quo utitur Pap. tale est. Si ex fundo communi duorum debeatur ususfructus, et unus tantum ex his conveniatur, an condemnabitur in solidum? minime: uno ex sociis convento condemnatio fiet pro parte tantum, quia æquum non est, cum pro parte socii condemnari; quoniam res divisionem recipit: sed si ageretur de alia servitute, cujus causa, vel natura est individua, etiamsi conveniretur unus tantum ex sociis, et rem defenderet, damnaretur in solidum, et restitueret servitutem in solidum, *l. 4. loci, §. si fundus, l. 6. sed etsi forte, §. si eades si servi. vind.* et hoc est quod sequitur in hac l. In summa, quæ de usufructu scribit Papin. in hac lege, ea vult, locum non habere in ceteris servitutibus. Ea igitur scribit ad differentiam ceterarum servitutum. Qui dicit usumfructum esse dividuum et individuum, ceteras servitutes individuas, multa dicit et infinita, non has tantum differentias notat, quas hic Papinian. nam ex hoc principio pendent plurima.

Ad L. IV. de Servitut.

Servitutes ipso quidem jure, neque ex tempore neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem, verbi gratia, quamdiu volam, constitui possunt: sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti vel per doli exceptionem occurretur contra placita servitutem vindicanti, idque et Sabinum respondisse Cassius retulit; et sibi placere.

§. 1. *Modum adjici servitutibus posse constat veluti quo genere vehiculi agatur; vel non agatur, veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.*

§. 2. *Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis.*

Diximus hæri usumfructum legitimo tempore non utendo amitti pro parte divisa, vel indivisa, quod etiam ostenditur in *l. placet, quibus mod. ususfr. amitt.* quæ et certæ partis, et pro indiviso ait usumfr. non amitti: rursus quæ notata est differentia ad *d. l.* 5. ea est inter usumfructum, et ceteras servitutes omnes, sive personales sive prædiales: quæ vero notabitur ad l. 4. erit tantum inter usumfructum et servitutes prædiales. Nam servitutes personales eodem jure sunt, quo dicimus esse usumfructum, differentia est hujusmodi, ususfructus ex die, vel ad diem constitui potest *l. 4. de usufr. l. et puto, §. ususfr. fam. ercisc. l. unica §. item si ex die, quando dies ususf. ced.* Ergo potest etiam constitui ususfructus ex conditione, vel ad conditionem, et finietur, ac extinguetur die, vel conditione: ut si ad conditionem sit concessus ususfructus servi: quamdiu scilicet non manumittatur, manumisso servo extinguitur ususfructus, *l. interdum, quib. mo. ususf. amitt.* Servitutes autem prædiales neque ex die, vel ad diem, neque ex conditione, vel ad conditionem constitui possunt jure civili. Ex die, puta: cedo tibi iter ex Cal. Janu. Ad diem: cedo tibi iter ad Cal. Mart. Utrumque dicitur fieri ad diem: nam et quod fit ex die, fit in diem, *l. quoties, §. ult. de hær. inst.* Sub conditione autem hoc modo: cedo tibi iter, si navis ex Asia venerit. Ad conditionem: cedo tibi iter, quamdiu vivam, vel quamdiu volam; et utrumque dicitur fieri sub conditione: nam et quod fit ad conditionem, dicitur fieri sub conditione, *l. pater §. ult. de condit. et demonst.* et his omnibus modis servitus ipso jure inutiliter constituitur in prædio urbano, vel rustico. Proinde servitutibus prædiorum neque dies, neque conditio adjici potest. Notandum interim est, conditionem illam, *quamdiu volam,* multum distare a conditione, *si volam,* nam sub conditione si volam non recte constituitur ususfr. neque enim intelligitur constitutus, quando est in potestate domini, an sit constitutus, *l. sub hac, de obl. et act.* Sub conditione, *quamdiu volam,* recte constituitur ususfr. et nihil refert utrum dixeris, quamdiu volam, an quamdiu nolam. Nam utriusque conditionis eadem vis, ac potestas est. Videntur hæc contraria, sed unum idemque tempus utraque oratio demonstrat. His positis, quæ sunt certissima, videamus, quæ sit differentiæ ratio inter usumfructum et servitutes prædiorum. Ususfructui recte adjicitur dies, vel conditio, non

etiam servituti prædiali. Servitus est qualitas prædii, ex qua prædium vel dicitur dominans, cui acquisita est servitus, vel serviens, cui imposita: servitus est habitus prædii, *l. qui fundum, quemadm. servit. amitt.* Celsus in ea lege ostendit, servitutem itineris retineri non tantum per dominum fundi, sed et per possessorem bonæ aut malæ fidei, si usus sit itinere, quod fundo debetur: retineri, id est, non perire non utendo: pereunt enim servitutes non utendo legitimo tempore, sed non pereunt, si quis usus sit, licet sit prædo. Et addit Celsus rationem: fundus enim qualiter se habens, ita cum in suo habitu possessus est, jus non perit, id est, servitus non perit non utendo, si vel aliquis possederit fundum cum qualitate sua, id est, si usus sit aliqua qualitate, causa, et habitu fundi. Et eadem loquendi formula idem Celsus utitur in *l. quid aliud, de verb. signif.* Quid aliud sunt jura prædiorum, quam qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo? Sciendum est jura prædiorum alia dici stricte servitutes: et quum servitutes absolute dicimus, prædiales intelligimus: sed *d. l. quid aliud,* ostendit, jura prædiorum latius accipi pro omnibus qualitatibus prædiorum, et in ea significatione jure prædiorum definit Celsus, ut si morbos definires, corpora male affecta ex adjuncto et subjecto: et subjicit exempla, ut salubritas, bonitas, amplitudo, quæ etiam qualitas est, non quantitas: fundum cum dicis esse tot jugerum, non quantitatem, sed qualitatem dicis, ac si de pinguedine diceres: ex *d. l. qui fundum* intelligimus servitutem esse habitum prædii, hoc est, qualitatem inhærentem prædio, quasi habitum. Esse igitur firmam, constantem, perpetuam: ut in definitione Justitiæ *Constans, et perpetua voluntas,* id est, habitus voluntatis par sibi semper, qui nec die finiri potest, neque pendere ex die, sed est perpetuus: et secundum hæc, servitus existit statim et ubi existit semel, die non finitur, non mutatur, non evellitur, etiam si ita convenerit. Denique conventio sola non mutat habitum prædii. At ususfructus est etiam qualitas: fateor, nam ex ea fructuarius dicitur, id est, qualitas ex qua qualis dicitur, is scilicet ex cujus persona constitutus est ususf. atque ita secernitur a proprietario. Et cum dicimus non esse usumfructum itineris, sicut non esse aquæ haustum, aquæ ductum, ex quo servitutis servitus esse non potest, *l. 1. de ususf. leg. l. 33. §. ult. de servitut. rustic.* hoc dicitur, quod qualitas qualitatis esse non potest, accidens accidentis. Ergo facile concedo, usumfructum esse qualitatem in homine, cui cohæret, et cum quo extinguitur, sed dispositionem esse, διάθεσιν, non habitum: qualitatem igitur infirmam et instabilem pro voluntate hominis, id est, fructuarii, et secundum quod conventum fuerit inter contrahentes. Papinian. cum ait constitui, quod est, acquiri et imponi uni scilicet prædio, imponi et acquiri alteri: nam promitti potest servitus prædialis ex die, et conditione, *l. existimo, de verb. oblig.* ut si stipulanti promittam me daturum iter Cal. prox. vel etiam si navis ex Asia venerit, stipulatio valet. Aliud est constituere, aliud promittere: constituta vindicantur, promissa non vindicantur, sed agitur in personam ut præstentur. Item constituta servitus pro parte retineri potest fundo communicato alteri, *l. ut pomum, §. 1. hoc tit.* promissa servitus pro parte acquiri non potest, et ideo stipulatio servitutis fundo communicato corrumpitur, quia pro parte non potest constitui *l. pro parte, hoc tit.* Atque ita promitti quidem potest ex die vel conditione, sed addamus, non posse etiam promitti utiliter ad diem, vel conditionem, ut scilicet finiatur die, vel conditione; ut incipiat quidem recte, sed ut finiatur non recte: et generaliter nulla obligatio contrahi potest ad diem vel ad conditionem, ut scilicet permaneat ad eum usque diem tantum, vel ad eam conditionem: nam semel nata obligatio, tempore vel conditione non finitur, *l. obligationum, §. 1. et §. conditio, de oblig. et act. l. eum, qui §. qui ita stipulatur, de verb. obl. §. at si ita, Inst. eod. l. nemo potest, de leg. 1.* sed explicanda est ratio. Placet valde ratio *d. l. obligationum, §. 1.* Nam quod semel deberi cœpit certis modis deberi desinit, cui simile est quod est scriptum *l. ex stipulatione, C. de senten. et interloc.* Obligatio contracta ex stipulatione certo tantum jure tollitur, id est, certis modis, non qualibet pactione nuda: nam omnium rerum, vl simplicium, vel compositarum; certi sunt modi, quibus vel fiunt, vel desinunt esse: neque enim temere, et uno modo creantur omnia, neque eodem modo tolluntur, sed certis præscriptisque modis. Sic in obligationibus et omnibus, quæ artis, vel juris sunt, certi sunt modi, quibus ea tolluntur, vel inducuntur. Certi sunt modi contrahendæ obligationis, veluti contractus jurisgentium, aut juris civilis, qui quidem sunt certi, vel etiam pactiones legitimæ, id est, jure civili comprobatæ: certi quoque modi tollendæ obligationis, veluti solutio, et cetera, quæ pro solutione sunt, ut compensatio, in solutum datio rei alterius, quam quæ in obligationem venit, et novatio, et acceptilatio, et dissensus, qui intervenit re integra, quando consensu nudo contracta est obligatio. Ad summam, hi tantum sunt modi tollendæ obligationis, qui continentur *tit. Inst. quib. mod. tol. obl.* hi tantum sunt modi tollendæ servitutis, qui continentur *tit. quib. mod. serv. amit.* hi tantum sunt modi tollendæ patriæ potestatis vel dominicæ, qui continentur *tit. quibus modis jus pot. solv.* nec licet nobis

alios addere: sicut nec enumerationi actionum bonæ fidei alias addere, enumerationi stipulationum inutilium alias addere. Denique certi sunt tantum modi tollendæ obligationis. Cic. pro Cæcinna: *Si majores nostri per has rationes liberari nos voluerunt, certe intelligimus alio modo nos liberari noluisse.* An pactione nuda tolletur obligatio? minime: an tempore vel conditione? minime, etiamsi convenerit, ut duraret obligatio ad diem, vel conditionem. Ergo post diem, vel eam conditionem eadem obligatio manet, et ex ea agi potest ipso jure: verum ex æquitate actio elidetur exceptione pacti, vel doli mali, quod dolo faciat, qui facit contra fidem pacti. Et ita obligatio et actio, quæ ipso jure non tollitur tempore, vel conditione, id est, jure civili, prætorio tollitur: id est, prætoria exceptione pacti, vel doli. Tollendæ obligationis jure civili sunt certi modi, ex jure prætorio incerti, et infiniti: nam quotiescumque æquitas desiderat tolli obligationem aliquam dat prætor exceptionem. In remediis prætoriis tollendæ obligationis, factum versatur, id est, exceptio, quandoquidem si omittatur exceptio, obligatio non tollitur: si vis tollere obligationem remedio prætoris, necesse est, te objicere exceptionem. Et hoc est, quod dicitur, in remediis prætoriis, quibus tollitur obligatio, factum, in civilibus jus versari, ut solutione et ceteris modis obligatio tollitur: etiamsi non objicias, ea intervenisse creditur, *l. si unus*, §. *pactus, de pact.* Quod igitur ipso jure non fit, sæpe fit per exceptionem. Et ita in specie hujus legis: *ipso quidem jure*, ut ait, *servitutes neque ex tempore, neque ad tempus constitui possunt*, sed si quis eas vindicet non habita ratione temporis, vel conditionis, quia facit contra placitum, licet non contra jus; huic, inquam, vindicanti contra placita obstabit exceptio pacti, vel doli mali, quæ semper concurrit cum exceptione pacti. Exceptio doli generalis est, pacti specialis; et honestior est pacti, quia in factum concipitur, non in dolum, id est, doli mentionem non facit: turpis est quodammodo exceptio doli, quanquam nullæ exceptiones jure turpes, et infames sunt. Ergo generaliter Papinian. concludit, nullam ex tempore constitui servitutem prædiorum alienorum, sed constitutam retineri exceptione. Et hoc ait placere Sabinianis, quo satis demonstratur, dissensisse Proculianos: Sabinianos spectasse æquitatem: Procul. asseruisse jus summum, nec dedisse exceptionem: nec ulla res inter eos peperit majorem dissensionem, quam quod alii æquitatem spectarent, alii jus strictum. Non constabat igitur inter omnes, an remedio exceptionis utilis esset adjectio temporis, vel conditionis in imponenda servitute, sed, ut postea subjicit, constabat inter omnes, modum recte adjici servitutibus, quod cum ait, diem aut conditionem adjici posse non constabat: nam quod ait, utiliter adjici tuitione prætoris, sive beneficio exceptionis pacti, aut doli, hoc soli Sabiniani probavere: at modum posse adjici constabat inter omnes. Separat igitur modum a conditione: conditio retardat usum servitutis, aut etiam finit: modus non retardat, non finit usum servitutis, sed incommodiorem eum reddit. Et utitur Papinianus exemplo servitutis actus. Actus est jus agendi jumentum, vel vehiculum per fundum alienum. In hac servitute constituenda potest adjici modus, *l.* 11. *quemadmod. servit. amit.* quo scilicet genere vehiculi agat, aut ipse agatur, et quo non; num hoc vehiculo utatur, ne alio forte quam rheda, vel ut equo dumtaxat, id est, ut vehiculo jungat equum, non aliud animal: ut equo tantum utatur ad vehendum sub jugo vel etiam, ut certum pondus, certum onus tantum vehatur, *d. l.* 11. vel ut grex ille traducatur, qui erit constitutus actu, grex equorum forte, non ovium, vel carbo portetur, non alia materia. Sic modus recte adjicitur servitutibus, quia neque finit, neque moratur usum servitutis. Modus etiam adjicitur servitutibus, si usus servitutis secernatur temporibus, ut puta si id agatur constituto itinere, ut eat tantum ab hora octava ad decimam, ut die non noctu, ut alternis mensibus, vel diebus: his conventionibus fit incommodior usus servitutis, sed non ei affertur mora aut finis. Et hoc est, quod ait, intervalla dierum et horarum non pertinere ad tempus, sed ad modum constitutæ servitutis. Qui præscribit horas vel dies, ut utatur servitute is cui cessa est, modum præscribit constitutæ servituti, non etiam illam tempore circumscribit, *l. iter, comm. præd. l. si prius, de aq. et aq. plu.*

Ad L. XXXVI. de Servit. urb.

Binas quis ædes habebat una contignatione tectas, utrasque diversis legavit: dixi, quia magis placeat tignum posse duorum esse, ita ut certæ partes cujusque sint contignationis, ex regione cujusque domini fore tigna: nec ullam invicem habituros actionem, jus non esse immissum habere, nec interest, pure utrisque, an sub conditione alteri ædes legatæ sint.

Quæstio hujus legis hæc est. Qui habebat binas ædes una contignatione tectas, unam legavit Primo, alteram Secundo. Contignatio est lignorum contextura comparata ædium operiendarum causa. Tignum uno ductu, igitur unum utrasque tegebat ædes, denique divisæ erant ædes parietibus, non etiam tignis. Quæritur, an possint Primus et Secundus invicem agere actione negatoria, jus non

esse tigni immittendi: nam cum eodem sint tigna utrarumque ædium, videntur ex ædibus Primi immitti in ædes Secundi, vel ex ædibus Secundi in ædes Primi? Sed Papinianus ait, nullam eos invicem habituros actionem negatoriam, jus non esse tigna immissa habere, quia scilicet, nec intelligitur sua tigna immissa habere Primus in ædes Secundi, nec Secundus item sua in ædes Primi; sed intelliguntur cujusque propria esse tigna, quibus ædes sibi legatæ conteguntur pro regione contignationis: non videntur tigna immissa in ædes nostras, quæ nostra sunt, sed quæ aliena, et alienorum duntaxat nomine, quæ immittuntur in ædes nostras, competit actio negatoria. Denique non competit hæc actio, jus non esse immittendi, cum nihil sit immissum. Contignatio dividitur regionibus: est regio, quæ pertinet ad ædes Primi, est regio, quæ pertinet ad ædes Secundi; et pro regione contignationis tigna propria sunt. Sunt igitur communia pro diviso: si contignatio dividatur regionibus, et tigna igitur, nec teguntur ædes Primi tigno alieno; sed suo, et contra: denique tigna sunt communia pro diviso, id est, pro regione contignationis; nec intelligitur quicquam esse immissum ex ædibus alienis in alias. Et ita arbor posita in confinio duorum fundorum, si ex utraque parte radices egerit, est communis pro regione fundi cujusque: pro diviso igitur, *l. arbor, comm. divid. l. 8. de adq. rer. dom.* Lapis quoque, qui in confinio nascitur et extenditur per fundos duorum, est communis pro regione finium fundi utriusque: ergo communis pro diviso. Nec obstat *l. si plures*, §. *ult. arb. furt. cæs.* dum ait, si radicibus arbor vicini alatur agro, arborem ejus esse, in cujus fundo origo est, arborem origini cedere, non alimento. Hæc sententia vera est, sed non est intelligenda de arbore posita in confinio: nam arbor posita in confinio utriusque est, si ex utriusque agri alimento alatur, et est communis pro diviso, id est, pro regione fundi cujusque. Dices, ergo lapis potest esse communis pro diviso, tignum commune pro diviso. Atqui ex *l. 8. in fine, de rei vind.* constat, rem mobilem non posse possideri jure dominii pro diviso, sed immobilem tantum. Neque est constituenda differentia inter dominium et possessionem: nam si res mobilis non potest possideri pro diviso, nec etiam esse jure dominii pro diviso, quod etiam constat naturali ratione; nam divisio rei mobilis fieri non potest sine ejus corruptione, ut tignum, navis, equus, homo: nam si equum, navem, bovem dividas, divisione desinit esse navis, homo, equus, tignum: quod de qualibet re mobili dici potest. Si rem mobilem dividis, perdis: pars navis non est navis, pars bovis non est bos, et tamen pars fundi est fundus. Verum ex his quæ diximus ante apparet, et tignum, et arborem, et navem esse nostram pro diviso, id est, pro regione prædiorum. Respondeo, rem immobilem esse non mobilem, arborem, vel lapidem, qui cohæret solo, tignum quod junctum est ædibus. Quæ religiosis adhærent religiosa sunt, *l. 43. de rei vind.* quæ immobilibus adhærent, sunt quoque immobilia; nihil igitur vetat habere ea pro diviso: sed si lapis eximatur, qui est in confinio, vel si arbor eruatur, aut succidatur, aut si navis excidatur, vel si tignum ædibus solvatur, tunc fit res communis pro indiviso, quæ antea erat communis pro diviso, quia confunduntur partes, quæ antea ex regione prædiorum discernebantur, *l. arbor, com. divid. l. pen. pro soc.* Et secundum has leges, *l. 8. de adq. rer. dom.* est emendanda, *Si*, inquit, *lapis in confinio nascatur, et sint prædia communia pro indiviso, tunc lapis erit communis pro indiviso, cum terra exemptus erit*: male, *si sint prædia communia pro indiviso*: nam si prædia affinia sint communia pro indiviso, etiam lapis, qui est in confinio, quamvis non sit terra exemptus, erit communis pro indiviso. Et ideo legendum est: si sint prædia communia pro diviso. Ergo in specie hujus l. tigna sunt communia inter Primum et Secundum pro diviso: id est, pro regione contignationis: neque videtur quicquam alter immissum habere in ædes alterius: et proinde cessat actio negatoria, jus non esse tigni immittendi. Et in fine ait; *nihil interesse pure utrisque legatæ sint ædes, an uni pure, alteri sub conditione*: hoc ait, ut demonstret, quod sicut re conjuncti sunt, quibus eadem res legatur, licet uni pure, alteri sub conditione, *l. idem*, §. *ult. de usuf. accres.* ita quod ad contignationem attinet; quæ una eademque est, qua binæ ædes contignantur, et conjunctæ sunt, habent tigna communia pro diviso ii, quibus binæ ædes legatæ sunt, licet uni sint legatæ pure, alteri sub conditione. Et hoc est quod Papin. voluit in hac l. In l. seq. ait Julianus idem esse, et si duobus ædes quis cesserit; cedere est dominorum *l. ult. in fi. com. præd.* Idem igitur est, si quis legaverit binas ædes, quæ erant una contignatione tectæ, sive cesserit, veluti vendiderit. Idem juris est in ultimis voluntatibus et contractibus.

Ad L. XXXIV. de Serv. rust. præd.

Unus ex sociis fundi communis permittendo jus esse ire agere, nihil agit. Et ideo si duo prædia, quæ mutuo serviebant inter eosdem fuerint communicata, quoniam servitutes pro parte retineri placet ab altero, servitus alteri remitti

non potest: quamvis enim unusquisque sociorum solus sit, cui servitus debetur: tamen quoniam non persona, sed prædia debent, neque adquiri libertas, neque remitti servitus per partem poterit.

§. 1. *Si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit: an aquæ ductus amissus erit, quæritur?*

Pendet quæstio hujus legis ex eo, quod dicitur, servitutem prædialem non posse acquiri, vel imponi pro parte indivisa: non posse etiam remitti, aut adimi, *l. pro parte, de servit.* quamvis ad certam fundi partem constitui possit, et remitti, l. 6. Aliud est in usufructu, cujus differentiæ rationem exposuimus in *l. 5. de usufr.* Secundum hanc sententiam Papin. ostendit, quod si duo sint domini fundi pro indiviso, unus non potest fundo imponere servitutem pro parte sua: et consequenter ait, unum ex sociis non posse etiam remittere servitutem debitam fundo communi pro parte sua, quæ indivisa est, et ita argumentatur; si non potest imponere, nec ei fundo acquisitam servitutem remittere: rectissime, quia eadem est ratio et causa imponendæ et remittendæ servitutis, et eadem causa obligandi et liberandi, *l. 83. §. sacram, de verb. obligat.* Eadem facultas contrariorum, scilicet genere, non specie; nam specie contrariorum contraria est facultas. Sic igitur argumentatur: si potest condemnare, ergo et absolvere; si obligare, ergo et liberare; si imponere, et remittere; vel si non potest imponere servitutem, ergo nec remittere. Placet tamen servitutem, quæ ab initio recte imposita est, posse retineri pro parte indivisa, *l. ut pomum, §. 1. de servit. l. si quis ædes, §. 1. tit. præc.* et principium juris hoc est, servitutem non posse constitui pro parte indivisa, retineri posse, quia facilior est retentio, quam adquisitio, facilior etiam quam actio, *l. 1. de pign.* Retentio fit beneficio exceptionis, cetera procedunt ipso jure, et suo marte (ut ita dixerim) sine opera, sine facto nostro, nec divisionem recipiunt. Explicemus quod dixi, servitutem posse retineri pro parte indivisa. Finge: fundum meum, cui tuus serviebat, tibi communicavi: retineo servitutem pro parte, atque ita proprius tuus fundus communi meo et tuo serviet. Et similiter, si fundum meum, qui tuo servit, tibi communicavero, tu retines servitutem pro parte; atque ita fundus communis meus et tuus servit proprio tuo: et in summa per hanc rationem, qua servitus pro parte retineri potest, fit, ut proprius serviat communi, vel communis proprio, *l. si communi, in fi. hoc tit.* Per eandem rationem, id est, quod servitus retinetur pro parte, fit etiam absque dubio ut fundus communis inter nos serviat fundo communi inter nos et alium: et contra, ut fundus communis inter nos et alium serviat fundo communi inter nos tantum: et per hanc rationem fit, ut fundus communis inter nos serviat fundo communi inter nos, quod notandum. Fundum communem deinceps accipias pro fundo communi inter nos, non inter nos et alium. Quæro ita accipiendo fundum communem, an communis communi servire possit? Et est unus casus in *dic. l. si quis ædes, §. 1.* quo fundus communis communi servit. Est et alius in *hac l.* in qua fundus communis communi servit propter illam regulam, quæ vult, servitutem pro parte retineri posse. Denique quoquo modo accipias, commune communi servire potest, propter illam rationem. Sed obstat vehementer *l. si comm. in princ. hoc tit.* Communi fundo meo et tuo servit fundus Sempronianus: fundum Sempronianum in commune redimimus, atque ita incipit esse fundus communis inter nos dominans et serviens. Confunditur servitus acquisitione dominii fundi Semproniani, quia per utriusque domini jus in utroque fundo esse incipit. Commune igitur non potest servire communi: quod pugnat cum hac *l. et d. l. si quis ædes, §. 1.* in quo laborat maxime Accurs. Sed mihi videntur distinguendi hi tres casus; casus *leg. si quis ædes, §. 1.* et casus *l. unus:* in quo idem obtinet quod in casu *d. l. si quis ædes:* tertius casus *l. si communis,* qui est longe dissimilis ab illis duobus: Primus hic est: communicas mihi fundum servientem, communico tibi fundum dominantem: communis fundus communi serviet: quia servitutem retineo, quam mihi debuisti ante: retineo pro parte tua, *d. l. si quis ædes.* Secundus casus qui est *l. unus:* meus fundus tuo servit, et tuus meo: communicas mihi tuum, communico etiam tibi meum: non fit confusio servitutis omni modo: nam et hoc casu fundus communis communi servit. Nam servitutem, quam ante mihi debuisti, retineo pro parte tua, et similiter servitutem, quam tibi antea debui, tu retines pro parte mea. Denique hoc casu utraque ex parte retinetur servitus pro parte quantumvis indivisa: an poterit remitti alteri ab altero? Minime, sive retineatur solida servitus, sive pro parte tantum, non potest acquiri servitus pro parte, nec libertas etiam. Quia ergo non est confusa servitus, sed retinetur per partes, non poterit alteri ab altero remitti, id est, non poterit remissione tolli, quæ penitus non est sublata confusione. Dices: videtur posse remitti alteri ab altero, quia jam non debetur utrique, sed uni soli ex sociis, cur et ei soli non remittetur? Respondet Papinianus, non personæ, sed prædio deberi servitutem: non esse servitutem per-

sonalem, sed prædialem, et quoties dico, mihi deberi servitutem, intelligo propter prædium meum: quod evidentius apparebit, si persona alienet prædium: neque enim amplius personæ debebitur: non potest servitus remitti pro parte, quin remittatur tota. Ergo ex *l. unus*, *et d. l. si quis ædes*, quamquam sint diversi casus, colligitur, fundum communem communi servire posse. Dissimilis est tertius casus *l. si communi*. Casus hic est: communi fundo meo et tuo servit Sempronianus: eum in commune acquisivimus: communis communi non serviet. Qua ratione communis communi non serviet, duobus superioribus casibus servit? propter retentionem partis: hic casu tertio non suppetit retentio partis, nec igitur potest communis communi servire. Cedo, cur non suppetat retentio partis? quia non possum pro parte tua retinere servitutem, quam mihi ante non debuisti, vel non potes tu pro parte mea retinere servitutem, quam tibi ante non debui. Quid est retinere? est ex eo, quod solidum mihi ante debuisti propter fundum tuum, partem retinere pro indiviso. Atqui fundus meus, vel tuus non fuit, qui serviebat, sed Sempronii; qui desiit servire abalienato fundo: necessaria est igitur acquisitio in communi fundo, nec suppetit retentio partis: proprius proprio non servit: et ideo si dominus fundi servientis acquirat dominantem in solidum, vel contra dominus fundi dominantis acquirat fundum servientem in solidum, perimitur servitus, quia nec potest conservari pro parte, nec pro solido, quia res sua non potest rei suæ servire, nec pro parte, quia non suppetit retentio partis.

Ad §. *ultim.*

Ex priore quæstione *l. unus*, *de servit. rust. præd.* intelleximus, unum ex dominis rei communis servitutem debitam fundo remittere non posse, solidum certe non posse invito socio, sed neque pro parte indivisa, quæ ei competit, licet socio ea servitus non competat pro parte sua. Ergo nec remitti servitutem pro parte, id est, libertatem acquiri pro parte non posse ei, qui solus servitutem debet, licet solus eam non debeat pro parte sua: servitutis et libertatis acquisitionem individuam esse, retentionem dividuam, quia et personalis magis est, quam realis, et personalis potius, quam realis, et facti magis quam juris. Sequitur alia quæstio in §. *ult.* Constat servitutes amitti non utendo biennio, secundum jus antiquum: ex constit. Justiniani decennio aut vicennio. Finge: fons, ex quo ducebam aquam jure servitutis, exaruit, atque ita per biennium usus non sum ea servitute: post fons ad suas venas prodiit, et ex eodem fonte fluere cœpit aqua: quæritur, an mihi liceat aqua uti, an aquæductus videtur amissus non utendo? non videtur, quia neque per culpam, neque per negligentiam meam videtur factum ut non uterer aqua: hac servitute fonte profluente cum uti licet, si non uterer fonte torrido, non sum culpandus si non utar, quo uti non possum. Nescimus quid ad hanc quæstionem responderit Papinianus: nam hic tantum proponitur quæstio, non definitur, sed definitur rescripto Octavii Augusti in *l. seq. ex Pauli libris*, his verbis. *Et Atticilinus ait*, *etc.* quo loco Cæsarem accipio pro Augusto, ut Alphenus Jurisconsultus in *l. Cæsar*, *de Publican.* Cæsar, hoc est, Augustus, quem constat censoria potestate lustrum condidisse, publica locasse, senatum recensuisse, etc. Fuit autem Alphenus sub Augusto ex sutore Jurisconsultus, et Atticilinus eadem ætate, cum laudetur a Fufidio *l. 5. de au. et arg. leg.* et consulat etiam Proculum qui fuit eadem ætate, ut constat ex *l. Atticilinus*, *de pact. dot.* et Statilius Taurus, ad quem rescripsisse dicitur Cæsar hac de re, is est, qui Consul fuit cum Augusto, qui triumphavit. Et Tertull. mœnia Carthaginis construxisse scribit libro de Pallio. Definitio igitur quæstionis, est, non utendo quidem amissam servitutem esse tempore legitimo, sed ex æquitate eam renovari, et restitui fonte reverso: et ita si fundus, per quem via aut iter aut actus debetur, inundatione fluminis occupatus sit, et post biennium restitutus in pristinum statum, sane restituetur etiam et renovabitur servitus, quæ videtur summo jure non utendo periisse, *l. si locus*, *quem. ser. amitt.* Idemque erit, si quis per vim tanto tempore prohibitus sit uti servitute, quanto servitus amittitur: nam et huic servitutem restitui æquum est, *l. 1.* §. *si propter*, *de itin. act. priv.* Objicitur huic definitioni *l. 1.* §. *ult. C. de ann. except.* quæ adeo movit Accursium, ut censuerit hac in re separandas esse res corporales a servitutibus, quo nihil opus est: ex ea lege colligunt, non utendo non amitti servitutem, quando per eum, cui servitus debetur, non stat, quo minus utatur. Male: nam sententia *d. l. 1.* §. *ult.* est, præscriptionem temporis, qua excluditur actio, non nocere actori, quo agere cum effectu non potuit, id est, actori non computari tempus quo agere non potuit: exempli gratia, si ut quasi filiofamilias sit acquisita actio temporalis, ei non currit tempus, quo fuit in potestate patris, nam eo tempore invito patre non potest agere. Igitur ex eo die actionis tempus currit, quo factus est sui juris, anterius tempus non currit, quo non potuit agere, quia lex impedit exercitationem actionis soli filiofam. exceptis quibusdam casibus: non tantum servi, sed nec

filiifam. causas orare possunt, invito patre scilicet, nisi de peculio. Et hoc etiam congruit cum *l. ult.* §. *pen. quis ord. in poss. serv.* quæ loquitur etiam de filiisfamil. qui non possunt petere bonor. possess. sibi delatam invito patre, aut si petant, frustra petunt, nisi pater ratum habeat. Quamobrem filiofamil. non cedit tempus petendæ bonorum possessionis, quamdiu est in potestate patris, et ita creditoribus hæreditariis, quibus competit actio temporaria, non cedit tempus, quo hæres conficit inventarium. Nam Justin. constitutio vetat eo tempore agi adversus hæredem, quo jure utimur, a creditoribus, vel legatariis. An igitur intercidit interim actio tempore, quæ creditoribus competit? Minime: non currit creditoribus tempus, quo eos agere lex vetat, *l. ult.* §. *donec, C. de jur. delib.* Resp. præscriptio ejus temporis non obest actori, quo agere cum effectu non potuit, quia lex impedit: secus si alia causa impedierit actionem, vel usum servitutis, si natura rei scilicet non lex, quæ hac de re certa fuerit, sed defectus aquæ quo fons exaruerit: non ideo minus peribit aquæductus, quia lex non inhibuit uti.

Ad L. pen. Com. præd.

Si precario vicinus in tuo maceriam duxerit, interdicto quod precario habet, agi non poterit, nec maceria posita, donatio servitutis perfecta intelligitur: nec utiliter intendetur, jus sibi esse invito te ædificatum habere cum ædificium soli condictionem secutum inutilem faciat intentionem. Ceterum si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit; nec libertas usucapietur, et interdicto, quod precario habet, utiliter cum eo agetur. Quod si donationis causa promiseris; et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur.

Duæ proponuntur species in *hac l.* Finge: Vicinus tibi debet iter, tu ei concessisti precario, non absolute, non perfecte donationis causa, ut in tuo maceriem duceret, id est, ædificaret: quam Græci τριγκὸν, et male maceriem definiunt esse congestum lapidum cum cæmento: imo est paries ex puris cæmentis, sine arenato et calce: duxit maceriem, an ages precario interdicto, ut demoliatur maceries? Precarium est quod datur utendum ea lege, ut revocetur cum libuerit concedenti: et hoc distat a commodato: nam commodatum datur etiam utendum, sed non revocatur statim hac libet commodatario, sed ubi is cui commodata res est, usum explevit, cujus causa commodatum est contrarium. Precarium revocatur, quando libet interdicto de precario. Tu igitur, qui concessisti vicino precario, ut in tuo maceriem poneret, an potes cum eo agere, quum libuerit, ut maceriem demoliatur? Minime, cum possis eam demoliri quæ est posita in tuo solo. Cessit enim maceria solo secundum eam regulam, superficies solo cedit, superiora inferioribus, *l. hoc quod dictum, de servit. urb.* Subjicit Papinian. *maceria posita in tuo non videri perfectam donationem servitutis:* qui locus male interpretatur vulgo: nam donationem accipiunt pro cessione servitutis, cum donatio hic sit remissio servitutis, non cessio, sive constitutio servitutis: et tota lege sane donatio servitutis est remissio, condonatio servitutis, quæ fit precario, donatio servitutis imperfecta est donatio, dicitur quidem precarium donationi simile, *l. 1. de precar.* sed hoc distat inter precarium et donationem, quod illud revocari possit, hæc non possit. Ergo dum ait, maceria posita in tuo, et te vicinus precario rogavit, non videri perfectam donationem servitutis, hoc ait; non videri remissam servitutem itineris, quam tibi debuit vicinus, quia servitus precario non remittitur perfecte, atque adeo non usucapis servitutem, aut vicinus libertatem, etiamsi tanto tempore maceriem in tuo habuerit, quanto usucapitur libertas, et similiter maceria posita in tuo non videtur contraria servitus imposita, ut vicinus in tuo ædificatum habeat, quia precario servitus non imponitur perfecte: nec ejus generis potest esse ulla servitus, ut in tuo ædificatum habeam quod non possum in tuo, quod meum sit ædificatum habere: possum habere in tuo immissum, quod sit meum, quia quod in te immissi, illud est meum, *d. l. hoc quod dictum:* non est meum quod ædificatum habeo in tuo. Altera species hæc est. Vicinus tibi præbuit iter, tu precario ei etiam concessisti, ut in tuo maceriem duceret, quæ iter impediret: hoc etiam casu vicinus non usucapiet libertatem, nec liberat suum fundum servitute itineris, etiamsi tanto tempore maceriem precario ædificatam in suo habuerit, quanto libertas usucapitur, *l. si ædes, de servit. rust. præd.* Sed an interdicto precario poterit cum eo agi ut maceriem tollat? sic sane. Modo precarium interdictum dicitur, modo interdictum quod precario concessit, *l. illud,* §. *pen. de pet. hæred.* Hoc loco dicitur interdictum, quod precario habet, a primis verbis edicti, *l. 2. de precar.* quia igitur precario tantum illud concessisti, non amittes iter ut superiori casu: sed si ut in tuo, non ages interdicto precario, cum ipse possis diruere maceriem, quæ in tuo est, et tua: at posteriore casu recte ages precario, quum voles, ut vicinus diruat maceriem, est enim precarium imperfecta donatio: nam si donationis perfectæ causa tibi concessero maceriem ducere, quæ iter impediat, cessat interdictum de precario, quia donatio perfecta contracta est, et servitus tollitur donatione, id est remissione, ut *l. si stillicidii,*

quem. ser. amit. Ergo ut in fine donatio servitutis est remissio, sic et initio. Et tollenda est Glossa, quæ donationem aliter accipit: et hinc apparet evidenter, aliud esse donationem, aliud precarium. Est simile quidem donationi precarium, sed non donatio, ut simile commodato, sed non vere commodatum.

Ad L. XIII. alienationes et L. XXXI. si servus, Famil. Erciscun.

L. XIII. Alienationes enim post judicium acceptum interdictæ sunt dumtaxat voluntariæ, non quæ vetustiorem causam et originem juris habent.

L. XXXI. Si servus pignori obligatus luatur ab uno ex hæredibus, quamvis postea decedat, officium tamen arbitri durat, sufficit enim communis causa, quæ præcessit, quæque hodie duraret si res non intercidisset.

Materia harum legum repetenda est ex *l.* 12. quæ præcedit. Res quæ sub conditione legata est, interim quandiu pendet conditio est hæredum, qui hæreditatem adierunt, servus quoque manumissus sub conditione, id est, statuliber, interim est hæredum, *l.* 11. *de leg.* 2. *l.* 9. §. *certe, de pec. l. ædictum*, §. *ult. de quæst. l.* 1. §. *servi, ad Senatusc. Syll.* Sunt igitur illæ res hæredum interim, et consequenter veniunt in judicium familiæ erciscundæ. Sed pendente judicio si existat conditio legati, vel libertatis, ea res, isve homo subducentur judicio, res transibit in legatarium, servus liber fiet ipso jure eximetur communione, nec veniet in divisionem inter cohæredes: atque ita fit, ut post litem contestatam, post acceptum judicium famil. ercisc. res hæreditaria alienetur: et eodem modo usucapio rei hæreditariæ cœpta ab estraneo ante litem contestatam, si impleatur pendente judicio familiæ erciscundæ, huic judicio subducitur, quia desint esse hæreditaria, et communis inter cohæredes, quod ostenditur in *l. seq.* Usucapio est alienationis species: quod apparet ex l. Julia, quæ vetat fundum dotalem alienari: nam ea pertinet etiam ad usucapionem, *l. si fundum, de fun. dot.* et lex, quæ vetat alienari, vetat et usucapi, eo igitur modo etiam fit, ut post litem contestatam de dividenda hæreditate, res hæreditaria alienetur. Obstare huic definitioni videtur, quod dicitur: post litem contestatam judicio familiæ ercisc. vel judicio communi dividundo interdictas esse alienationes, *l.* 1. *C. comm. divid.* Sunt interdictæ lege, ipso jure: non Prætor sed lex eas interdicit, quæ non vult rem hæreditariam alienari, posteaquam inter cohæredes agi cœptum est de familia erciscunda. Sed ea lex est accipienda tantum, vel ea interdictio, de alienationibus voluntariis: neque enim licet cohæredibus, vel sociis ultro quicquam judicio divisionis subtrahere. Ante litem contestatem, potest quilibet cohæredum, vel sociorum partem suam pro indiviso alienare, *l. portionem, C. de donat. l. ante, C. de jure dot.* et ut ostenditur in *l. falso C. de comm. rer. al.* etiam potest cohæres vel socius, qui partem suam vendit ante judicium divisionis, preferre extraneum emptorem cohæredi vel socio, quia jure nostro cohæres aut socius non habet jus προτιμήσεως, ut si velit eodem pretio emere socius vel cohæres, cogatur ei potius vendere, quam alteri: habuit quidem olim jus προτιμήσεως, imo et propinquis, sed sublatus est, *d. l. falso, et l. dudum, C. de contr. empt.* At novissime productum est jus προτιμήσεως, constitutione Friderici, qua utuntur etiam quidam in Gallia: nam et propinquo licet uti jure προτιμήσεος, atque ab extraneo emptore revocare ac retrahere rem, quam emit oblato aut obsignato eodem pretio. Habent etiam jus προτιμήσεως domini ἐμφυτεύσεως, et domini beneficiorum sive feudorum: sed jure civili jus προτιμήσεως non approbatur, quanquam aliquando obtinuerit ut dicit *d. l. dudum* et obtinet etiam in actionibus: nam pluribus licitantibus propinquis et extraneis, propinquo potius addicetur res, quam extraneo, nisi extraneus plus liceatur, id est, adjiciat. Liceri est adjicere pretium, et addicere, id est *estrousser*: sed quoties omnes idem pretium adjiciunt, creditor, cui ut satisfiat fit auctio, præferetur cognato, et cognatus extraneo: et inter creditores, præferetur is, cui plus debetur, *l. cum bona, in fin. de priv. cre. et l. Imperator, de pact.* Ergo, ut ad rem redeam, ante litem contestatam cohæres, vel socius quilibet partem suam alienare potest, nec est cohæredi salvum jus προτιμήσεως: post litem contestatam nullus potest alienare sua sponte. Nam necessariæ alienationes admittuntur, quæ vetustiorem causam et originem juris necessariam habent; ut in superioribus casibus, si conditio statulibertatis post litem contestatam existat, vel conditio legati, vel si usucapio post litem contestatam impleatur, quæ ante incœpta fuit. His omnibus casibus licita est alienatio, et antiquior est origo alienationis lite contestata. Et hoc est, quod ait Papinianus in *l.* 13. Multa in hanc rem peccat Accursius. Primum statuit hanc esse differentiam inter judicium famil. ercisc. et judicium communi dividundo: quod in judicio fam. ercisc. non tantum post litem contestatam, sed etiam post controversiam motam sint interdictæ alienationes voluntariæ: in judicio communi dividundo post litem contestatam tantum. Sumit hanc differentiam ex *l.* 1. in *C. com.*

divid. quod dicat; socium post litem contestatam invito socio rem alienare non posse, et tractat de judicio communi dividundo: ergo tantum interdicta est alienatio in judicio familiæ erciscundæ post litem contestatam. Eodem argumento uti licebit in judicio familiæ erciscundæ ex hac l. quæ ait, post acceptum judicium familiæ erciscundæ interdictam esse alienationem: nam post acceptum judicium, et post litem contestatam, idem est semper. Ubi interim notandum est, aliud esse judicium accipere, aliud judicem accipere. Judicium accipit reus lite contestatam, actor dictat: judicem accipit reus, actor adversus reum, *l.* 9. §. *quem igitur, de tut. et rat. distrah. et l.* 50. *mand. l.* 1. *C. de in lit. jur.* Rursus existimat Accursius, in judicio familiæ erciscundæ etiam post controversiam motam interdictam esse alienationem. Monetur *l. Divus, de pet. hæred.* quæ ait possessorem alienæ hæreditatis post controversiam motam, si vel in jus vocatus sit tantum, vel si porrectus sit libellus adversus eum antequam hæreditas petatur, nihil ex ea hæreditate diminuere posse, nihil detrahere, nihil distrahere, nihil alienare. Post controversiam motam ait, prohibendum esse possessorem quicquam alienare ex ea hæreditate, etiamsi lis non sit contestata. Respond., *l. Divus* loquitur de petitione hæreditatis, non de judicio familiæ erciscundæ; et propterea ait, prohibendum esse possessorem a Prætore, non prohiberi lege, sed prohibendum esse a Prætore, causa cognita, quia de universo jure hæreditatis movetur controversia: alter enim negat alterum esse hæredem. Controversiam de familia erciscunda non est de universo jure hæreditatis: imo alter alterum fatetur esse cohæredem; sed est de dividendis rebus hæreditariis, quæ divisionem recipiunt, de communione dissolvenda, dirimenda, nec est causa interdictæ alienationis, si cohæres velit suam partem alienare ante litem contestatam. Post litem contestatam, id est, cœpto judicio familiæ erciscundæ est causa, ne quid divisioni subtrahatur. Esset absurdum provocare cohæredem ad divisionem: et interim res divisioni subducere. Provocat autem ad divisionem alter alterum judicio familiæ erciscundæ: nam est actio duplex, in qua uterque est reus et actor. Petitio hæreditatis non est actio duplex, et interdictio hæc ex lege est. Permaneamus igitur in verbis legis, et dicamus interdictam tantum esse alienationem post litem contestatam judicio familiæ erciscundæ, et judicio communi dividundo sine discrimine. Male etiam Accursius, interdictam esse alienationem partis cohæredibus, vel sociis ante litem contestatam, si fiat judicii mutandi causa, ut acturo judicio famil. erciscundæ, vel communi dividundo opponatur durior adversarius, in quem sit alienata pars: nam ex hac causa jure non invenies interdictam esse alienationem, quod fiat judicii mutandi causa, imo vero alienatio valet. Sed is qui alienavit ut duriorem adversarium opponeret, tenetur in id, quod interest duriorem adversarium non habuisse ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta. Ceterum alienatio valet, nec fit irrita: nam et alienatio rei litigiosæ valet ipso jure, *l.* 17. *et seq. de rei vind.* Sed emptori rem litigiosam persequenti obstat exceptio litigiosi: atque ita per exceptionem redditur inutilis, quæ valet ipso jure: ac propterea tam venditor, quam emptor rei litigiosæ fisco tenetur pœnæ nomine, si emptor sciens rem litigiosam emerit, *l.* 1. *de jure fisci. l.* 2. *de litig. l. ult. C. eod. tit.* Punitur, qui vendidit rem letigiosam, vel qui emit: non fit igitur irrita venditio, non fit irrita ipso jure, nec aliter quam per exceptionem, quæ dicitur exceptio litigiosi: et non ideo post litem contestatam judicio famil. erciscun. interdicta est alienatio, quod familia sit litigiosa: (neque enim est litigiosa,) sed quod sumpto arbitro famil. erciscundæ causa, non debeat ulla res arbitro subduci, sed omnia in medium proferri, quæ hæreditaria sunt, ac postea dividi. Male etiam Accursius in *l. ant. C. de jur. dot.* post litem contestatam familiæ erciscundæ nomine, vel communi dividundo posse alienari partem dotis causa, quod ducit ex *l. ult. C. de litig.* quæ loquitur de re litigiosa, non de re, de qua dividunda agitur, quæ certe non est litigiosa: inter partes enim convenit de dominio ejus rei, et alter alterum fatetur sibi in ea esse socium. Itaque non oportet rem litigiosam permiscere rei, de qua non est lis, sed de divisione ejus. Et quod ait *d. lex ult.* hoc est impune alienari rem litigiosam dotis causa, sponsaliorum causa, transactionis causa, divisionis causa, has causas excepit tantum, ex quibus si fiat alienatio rei litigiosæ pœna in fiscum non committitur. Sic igitur concludamus: impunita est alienatio rei litigiosæ dotis causa. At alienatio rei, de qua dividunda agitur, est impunita qualibet ex causa, quia ipso jure nulla est, nam si quid agens nihil ago, non punior; id tantum pœna plectitur, quod effectum habuit, et lex quæ vetat alienari rem litigiosam est imperfecta. Imperfecta lex est, quæ vetat quid fieri, sed factum non rescindit, verum pœnam injunxit ei, qui fecit, ut lex Cincia, de donis et muneribus, quæ modum imposuit donationibus: prohibebat scilicet donare ultra certam quantitatem, et si plus donatum esset, non rescindebat, ut scribit Ulp. *tit.* 1. §. *quæ prohibet*: sed donatarium coercebat. Imperfecta fuit lex Furia testamentaria, quæ prohibuit capere legatum supra mille asses, et ei, qui ceperit, indixit pœnam quadrupli, nec legatum re-

vocavit. Sic etiam lex, quæ vetat rei litigiosæ alienationem, alienationem non rescindit, sed punit tum venditorem, tum emptorem. Perfecta lex est, quæ rescindit, quod fieri vetat; et ideo perfecta est lex, quæ interdicit alienationem partis post litem contestam · ideoque qui alienat, nihil agit, et consequenter non punitur. Postremo male Accursius in *l.* 1. *C. comm. divid.* ait, post litem contestatam communi dividundo, vel familiæ erciscundæ, non posse etiam partem pignori obligari, et tamen rem litigiosam posse pignori obligari: placet, quod separat rem litigiosam a re, de qua dividenda agitur, quod supra non fecit; ego volui antea separare accuratissime, quia quæstio divisionis alia est, alia proprietatis, et res litigiosa dicitur tantum, si de proprietate ejus sit lis, alio dicente, se esse dominum, et alio negante. Verum falsum est, quod ait, rem de qua dividenda agitur, non posse pignori obligari: hoc enim ratione vacat, quia pignus non mutat dominium, pignus rem non subducit judicio: nam et res pignoratæ veniunt in judicium familiæ erciscundæ. Causa interdictionis est, ne quid divisioni subducatur. Pignus rem divisioni non subducit: ergo pignus non interdicitur. Falsum etiam quod ait, rem litigiosam posse pignerari, neque enim potest utiliter: nam creditori, cui pignerata est res litigiosa, agenti hypothecaria obstat exceptio litigiosi, *l.* 1. §. *ult. quæ res pign.* Et alia est sententia Novell. de litig. quam adducit Accursius: non hoc vult, rem litigiosam posse pignerari, sed rem litigiosam non esse eam, de cujus hypotheca, seu pigneratione lis est, sitne posita hypothecæ, an non: sed rem litigiosam esse eam de cujus dominio lis est.

Quod est in *l.* 51. *hoc tit.* est facillimum: non solvi judicium familiæ erciscundæ interitu rei hæreditariæ. Finge: servus hæreditarius pignori obligatus erat: unus ex hæredibus sua pecunia luit, deinde actum est familiæ erciscundæ judicio, eoque pendente homo decessit, an solvitur judicium familiæ erciscundæ? et ait, durare officium arbitri propter præstationes, scilicet, quæ eum hominem respiciunt: nam veniunt in hoc judicium præstationes earum rerum, quæ in rebus humanis esse desierunt, *l.* 24. *sed et ejus, hoc tit. l.* 18. *in fine, l.* 25. §. *idem jur. hoc tit.* nam judex familiæ erciscundæ, quod propter eum hominem luendum cohæres de suo solvit, curabit ut cohæres partem recipiat pro rata, κατ' ἀναλογίαν, ut est in Basil. nam etsi divisione communio sit sublata, præcessit tamen, et duraret etiam hodie, nisi res interiisset. Et ita etiam actio communi dividundo non solvitur interitu rei communis: nam supersunt aliquæ præstationes, quæ spectant ad rem illam, *l.* 9. *l.* 11. *tit. seq.* ac similiter judicium rei vindicationis non tollitur rei interitu, etiamsi res, de qua agitur, sine dolo, et sine culpa possessoris interierit: nam superest adhuc lis propter partus, vel fructus, vel stipulationem de evictione, ut sciatur, an commissa sit ea stipulatio nec ne, *l. utique, de rei vindic.*

Ad L. Sabinus XXVIII. Comm. dividundo.

Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse: unde manifestum est prohibendi jus esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio, ne quid faciat, potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si cum prohibere poterat, hoc prætermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio, ad læsionem ejus fecit, tunc etiam tollere cogitur.

Ex Pap. hodie explicabitur hæc regula Sabini hac lege. Unus ex sociis in re communi nihil facere potest invito socio: secundum hanc regulam, ut scriptum est in *l. parietem, de servit. urb.* non potest unus ex sociis parietem, qui naturali ratione communis est, reficere ac demoliri invito socio, quia non solus dominus est: paries est communis naturali ratione, si ædificatus sit in loco communi ut puteus est communis, si putei solum sit commune, ut puta sit in confinio, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Et naturalis ratio est, quia semper superficies qualiscumque sequitur jus et conditionem soli, *l. pen. comm. præd. l. pen.* §. *sed si, uti possid.* Intergerinus paries est, qui duo ædificia disterminat, ut Glossæ antiquæ interpretantur. Et hic vel est communis inter vicinos, vel proprius alterius horum. Communem reficiendi aut demoliendi jus non est alterutri vicinorum invito altero: imo nec agere ita potest, sicut agitur de servitutibus, jus sibi esse reficiendi, vel demoliendi parietem communem invito socio, et est propria vis *l. parietem*, nullam esse positam actionem talem sicut solet concipi de servitutibus, quia non solus dominus est. Secundum eandem regulam unus ex sociis de communi servo quæstionem habere non potest, nisi communis negotii causa invito socio altero *l. causa, hoc tit.* propter quam puto statim subjectam fuisse hanc regulam. Item secundum hanc regulam, unus ex sociis in loco communi ædificare non potest invito altero, *l. an unus, si servit. vindic. l.* 27. *sed si inter*, §. *ult. de servit. urb.* unus ex sociis in communem locum purum inferre mortuum invito altero, et locum religiosum facere non potest, *l.* 2. §. *an et socius, de religio. l.* 6. §. *si quis, hoc tit.* Unus

ex sociis non potest imponere servitutem fundo communi, *l. 2. de servit.* solidam scilicet. Sed nec etiam pro parte sua, quia servitus individua est. Ergo omnibus modis vera est definitio Sabini. Ex ea Papinianus colligit: si quid vicinus faciat in fundo communi invito socio, socio jus esse prohibendi, quia Sabinus ait invito socio: et invitus est proprie, qui prohibet alteri: igitur socio est jus prohibendi per Prætorem extra ordinem, vel per arbitrum communi dividundo: nam agendo de communione tollenda hoc consequitur, ne socius faciat, quod conatur facere, *l. 3. §. plane, de novi op. nuntiat.* Si quid socius ædificet, vel moliatur, an etiam est jus prohibendi per operis novi nuntiationem? Minime: quia nec adversus socium agere potest, jus ei non esse ædificandi, licet non possit ædificare in loco communi invito socio *l. 26. in re communi, de servit, urban.* Fateor, non licere socio ædificare invito socio in loco communi, sed non licet etiam socio, quo invito ædificatur, ita agere, ut agitur de servitute, jus illi non esse ædificandi, quia quodammodo videtur asserere servitutem, et fieri non potest, ut res nostra vel pro parte, vel in solidum, nobis servat: et consequenter non licebit etiam socio nuntiare opus novum: nam et eadem ratione usufructuarius non nuntiat novum opus proprietario ædificanti, quia nec agere potest, jus non esse domino ædificare se invito, *l. 2. de no. op. nunt.* Ergo socio jus est prohibendi tantum per prætorem, vel arbitrum communi dividundo, non per actionem confessoriam, aut negatoriam, qualis competit de servitutibus, non per novi operis nuntiationem. Jus faciendi non est socio, igitur jus prohibendi est. Id Papinianus verum esse demonstrat pulchra ratione, quæ aptari potest multis negotiis, quia in re pari melior et potentior est causa prohibentis. Alia est regula, in re pari meliorem esse causam possessoris, id est, si in hac re neque ego jus habeo, neque tu, sumus pares: ego tamen, qui possideo, sum potior te. Sed alia est regula, in re pari, etc. Par est causa utriusque socii in re communi: uterque dominus. In re autem pari, si vel unus intercedat, prohibeat, contradicat, ceteris impedimento est: aut enim omnes consentire debent, quando omnium par est causa, aut injuria fit quidquid fit, et potior est qui prohibet, quam qui facit, quia socio magis est jus prohibendi, quam faciendi, nec videbatur esse jus prohibendi, sed magis est jus prohibendi quam faciendi sine altero, quia is qui conatur agere, magis quodammodo jus alienum sibi præripit, si quasi solus sit dominus, ad suum arbitrium re uti velit, *l. an unus, si servit. vindic.* Est ea ratio valde notanda; invitus, ut dixi, est, qui prohibet. Invitus est etiam is qui abest, et per absentiam prohibere non potest, nam et hic prohibere intelligitur qui abest, quique ignorat quid faciat socius, vel qui scit, nec tamen per absentiam prohibere potest. Quæro an etiam invitus sit is, qui præsens est, et tacet, dum socius in re communi faciat aliquid? nam hic neque nolle omnino videtur, neque velle: præsentem et tacentem non posse dicere nolle, et velle. Et notanda est differentia inter eum, qui præsens est, et tacet, et prohibentem vel absentem. Quod si prohibente vel absente socio, socius aliquid fecerit in læsionem socii, id tollere cogitur per prætorem, vel per actionem communi dividundo, et interdum etiam per interdictum uti possidetis, si ex re asserat vel adroget sibi possessionem totius rei communis, ut in specie *l. pen. §. si vicinus, uti possid.* si vicinus in pariete communi imponat tectoria, incrustationes ac picturas, non tantum pro parte sua, sed etiam ex parte vicini: nam hoc genere inquietat vicinum, et sibi quodammodo defendit possessionem totius parietis, atque ideo uti potest interdicto uti possidetis, ne vim faciat possidenti, et ut abradat picturas, et tollat tectoria ex parte vicini, ne ex eis in futurum argumentum sumat possessionis, et dominii consequenter. Quod si præsente et tacente socio, socius aliquid fecerit in re communi, non cogitur tollere quod fecit, sed damnum sarcire actione communi dividundo, si quo affectus sit socius, quo non consentiente fecit. Præsentem esse et tacere est medium quiddam inter consensum et dissensum: ideoque quasi consenserit denegatur ei actio communi dividundo per quam sarciatur damnum quod patitur: nec quasi dissenserit, agit ut opus tollatur. In summa taciturnitas præsentis est media inter consensum et dissensum: taciturnitas autem absentis omnimodo dissensum imitatur hac in re: nam sunt pleræque causæ, in quibus taciturnitas consensum imitatur, nec possis certi quicquam definire in hac quæstione: qui tacet, consentiat ne, an non? nam pro subjecta materia alias dissentire, alias consentire dicitur. Absens comparatur contradicenti, prohibenti. Notandum quod ait hæc *l. damnum sarciri,* quod scilicet fecit socius. Et paulo post, *pro damno* et in extremo, *ad læsionem ejus:* nam ut cogatur tollere quod fecit, vel præstare damnum, sane necesse est, ut intersit socii, ut læsus et damnum passus sit: nam si ejus nihil intersit, nulla competit actio, nulla datur actio, nisi ejus interest cui datur: atque ita etiam si socius aliquid fecerit inscio socio, aut non consentiente in re communi, id permanebit, neque eo nomine convenietur, si alterius non intersit. Recte igitur tribus locis ait, damnum datum, lesionem. Finge, unum ex sociis refecisse parietem communem: vel diruisse reficiendi causa, quia vitium faciebat, et

cujus labes gravius damnum rei communi allatura fuisset, finge refectionem necessariam aut demolitionem. Sane tantum abest, ut de eo possit queri alter socius, cujus commodo hæc res cessit, ut teneatur præstare partem impensæ actione pro socio vel communi divid. cum usuris centesimis, si cessaverit in inferenda impensæ parte intra quatuor menses: nam si traxerit solutionem, quoad exierint quatuor menses, ex oratione D. Marci rei communis dominus fit in solidum ipso jure is, qui refecit rem communem, qui impensam eam necessariam fecerit, *l. si ædibus, de damn. inf. l. cum duobus*, §. *item respondit, pro socio, l.* 4. *C. de ædif. priv.* Imo vero, si sit necessaria refectio, vel demolitio parietis communis, vel alterius rei communis, in ipso initio reficiendi, si non patiatur socius reficere, potest eo nomine cum socio experiri communi dividundo, vel pro socio, vel interdicto uti possid. Quia, qui me impedit reficere rem communem, quum est opus et expedit, et rem possidere impedit, tenetur interdicto uti possidetis, quæ est sententia legis *si ædes hoc tit.* in qua notandum maxime quod dicitur, *quum est opus;* nam necessariam refectionem socius non potest impedire, nec est, quod expectet alter ejus consensum, quando est necessaria refectio, quanquam verum est, eum non posse ita agere, quamvis necessaria sit refectio, vel demolitio, jus sibi esse reficere (facessant hæ formulæ) ac si ageret de servitutibus, sed agit pro socio, communi divid. vel interdicto uti possidetis, cum nobis res communis non serviat, *d. l. an unus, si serv. vind. et l. in re communi, de serv. urb.* Nihil esset addendum, nisi nos Accurs. cogeret, qui putat vitiari hanc regulam Sabini in quibusdam casibus: primum in casu *l. quidam*, §. *ult. de servit. urb.* quo dicitur, posse socium parietem communem incrustare invito socio: facit igitur aliquid in re communi invito socio. Primum fateor voluptariam esse impensam, non necessariam, non utilem, et ejus non esse repetitionem: nam ea ornamenta ponit in parte sua, quæ res non offendit vicinum: deinde non tam id videtur facere in re communi, quam ad rem communem, quod licet, ut ait M. Tullius in top. ad parietem communem licet adjicere parietem directum, solidum vel fornicatum, quod adjiciendum est ex *l. fistulam*, §. *pen. de servit. urb. pr.* Paries directus adjunctus ad communem est, qui ita suspenditur, et retinetur ut sublato communi maneat, nec refectionem communis parietis impediat. Dicitur ergo recte, fieri ad communem, non in communi, et jure igitur etiam non exquisito consensu socii. Vitiari secundo putat Accurs. reg. Sabini, si id faciat socius in re communi, cujus causa res communis parata est, ut si inhabitet ædes communes, si immittat onus in parietem communem: nam parietes destinatur oneri ferendo: vel si inferat mortuum in commune sepulchrum. Hæc omnia licent sociis etiam non explorata sociorum voluntate, *l.* 6. §. *si quis, hoc tit.* Sed non videtur hæc exceptio recte accommodari ad hanc regulam, quia ab initio, ut id liceret, convenit inter socios, quando ejus rei causa rem communem paraverunt, nec si contradicat socius, ideo non servabitur conventio facta in comparanda re communi. Tertio putat vitiari regulam istam, si reficiatur res communis. Hoc non est admittendum indistincte, sed addendum est, si reficiatur necessario. Quarto eandem vitiari ait, favore necessitatis publicæ et religionis: et hoc facile admitterem in casu *legis sunt personæ de relig.* (in aliis enim casibus non admitto) in qua socius in locum communem purum potest inferre mortuum aliquem ex suis, forte, si non habeat, ubi inferat, ne corpus insepultum maneat, propter publicam utilitatem, et compellet socium interdicto de mortuo inferendo, ut sinat inferri mortuum, nec tamen erit locus religiosus, nec justum sepulcrum, quia dissentit socius. Postremo ait, vitiari regulam, si res quædam sit communis inter donatorem et donatarium, ex *l. sancimus*. §. *non autem*, *C. de donat.* ex eo §. nunquam id colliges, si res sit communis inter donatorem et donatarium, alterum in ea re quicquam facere posse invito altero. Sed sententia hæc est. Finge: Donatio quam in te contuli, pro parte utilis est, pro parte inutilis ut ante Imp. proponit casum similem: quo casu res donata sit communis inter donatarium et donatorem, quia pro parte tantum donatio consistit, verum mox est dividenda desiderante alterutro, si commode possit dividi, vel ei, cui major pars competit, licet offerre æstimationem reliquæ partis, quam si offerat, alter cogitur accipere: atque ita is totam rem possidebit sublata communione per oblationem æstimationis minoris partis: vel si nolit offerre is, cui major pars competit, licebit ei, cui minor pars competit, alteri offerre æstimationem suæ partis, atque ita totam rem possidere. Is, cui offertur, accipit quidem invitus, sed oblatio hæc nihil facit in re communi: itaque non est quod eximas hanc speciem a regula Sabini.

Ad L. ex mille LXIV. de Evict.

Ex mille jugeribus traditis ducenta flumen abstulit, si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplæ stipulatio pro parte quinta, non quarta, præstabitur: nam quod periit, damnum emptori non venditori attulit. Si totus fundus, quem flumen deminuerat, evictus sit, jure non deminuetur

evictionis obligatio, non magis, quam si incuria fundus aut servus traditus, deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.

§. 1. *Quod si modo terræ integro, qui fuerat traditus, ducenta jugera per alluvionem accesserunt, ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta præstabitur, ac si sola ducenta de illis mille jugeribus quæ tradita sunt, fuissent evicta: quia alluvionis periculum non præstat venditor.*

§. 2. *Quæsitum est: si mille jugeribus traditis, periissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset, ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset, pro qua parte auctor teneretur? dixi: consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille jugerum, neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quæ universo fundo decesserunt pro rata novæ regionis esse intelligenda.*

§. 3. *Ceterum cum pro diviso pars reliqua fundi evincitur tametsi certus numerus jugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis, præstatur evictio.*

§. 4. *Qui unum jugerum pro indiviso solum habuit, tradidit: secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam jugeri, quemadmodum, si locum certum, aut fundum similiter tradidisset.*

Sciendum est, evictionis nomine venditorem solere promittere emptori duplam, quanti res veniit, ut si decem veniit, promittit 20. et tota re evicta præstantur 20. parte autem evicta, si quidem singulis partibus condictum sit pretium, ejus partis, quæ evicta est pretium duplatur, et præstatur ex causa evictionis, *l. si fundo tradito*, *hoc tit.* Quod si singulis partibus dictum non sit pretium, sed aversione, id est, confuse uno pretio fundus venierit, parte una fundi evicta, quid fiet? quanti ea pars æstimabitur? neque enim ei parti dictum est pretium, et non omnes partes fundi dignitate sunt pares, est una vilior et pretiosior altera, et propter unam partem sæpe totus fundus emitur. In hac quæstione acumina valent Jureconsultorum, si quæ sunt, et separanda est statim pars pro diviso a parte pro indiviso. Si evincatur pars pro diviso, id est, certa pars circumscripta suis finibus, non fiet æstimatio, non præstabitur evictio pro modo ejus partis, pro modo jugerum quibus ea pars constat, licet in emptione modus dictus sit: sed præstabitur evictio pro qualitate ejus partis, hoc est, pro bonitate et pravitate ejus. Finge, fundus venierat decem: ea pars, quæ evicta est, digna fuit octo venditionis tempore, præstabuntur 16. evictionis nomine ex stipulatione duplæ: vel contra, ea pars fuit digna duobus tantum: præstabuntur quatuor ex stipulatione duplæ, quod ostenditur in *l. 1. et l. bonitatis*, *hoc tit. l. pen. de ædil. ed. et in §. penul. hujus legis.* Et hoc expeditum est, si tanti emisti fundum, quanti dignus erat: nam si emisti minoris, (quod Joannes annotavit) ut si fundum dignum 20. emisti 10. (quæ fraus non est illicita) et evincatur pars tertia pro diviso quæ est digna octo, non præstabuntur octo, nec ea pars æstimabitur octo, quia non tanti empta intelligitur, sed æstimabitur quatuor dimidio minoris, sicut res tota veniit dimidio minoris: et e contrario, si pluris emisti, ut si fundum dignum decem, emisti viginti, et evincatur pars tertia, quæ digna est octo, quanti æstimabitur? Sexdecim, id est, dimidio pluris, quia tanti empta intelligitur, sicut res tota empta est dimidio pluris: atque ita ineunda est bonitatis seu qualitatis ratio. Nunc tractemus de parte pro indiviso. Si pars pro indiviso evincatur, æstimatio fiet pro quantitate ejus partis, id est, pro modo jugerum, *l. 1. hoc tit.* Ut si fundus mille jugerum veniit quingentis, et evincatur ducenta pro indiviso, id est, quinta pars mille jugerum: pro indiviso æstimabitur quinta pars pretii, et præstabuntur 200. ex stipulatione duplæ: nam quinta pars pretii est 100. Pars ergo pro indiviso æstimabitur ex quantitate, ex modo: nec enim ex qualitate potest æstimari, cum ejus partis nullum certum corpus subsit, nulla qualitas. Pars est quota ut ajunt, non qualis: pars est sine qualitatibus. His cognitis, finge: Quidam vendidit et tradidit fundum mille jugerum, et stipulanti promisit duplam evictionis nomine: fundus minor factus est eluvione, quia flumen abstulit ducenta jugera. Eluvio minuit fundum, alluvio auget: flumen igitur abstulit 200. jugera, post evictus est fundus totus, residua igitur octingenta jugera. Jure, inquit Papinianus, ut in *l. ubicunque, de fidejuss. l. fundum Cornel. de novat.* jure, id est ipso jure stricto: jure, inquam, præstabitur evictio pro mille, quamvis evicta sint obtingenta tantum, atque ita perinde præstabitur evictio duplex totius pretii mille jugerum, atque si flumen nihil abstulisset: sed mansisset semper integer fundus non immutato modo qui fuit venditionis tempore, atque ita diminutio illa fundi, sive periculum eluvionis, non pertinet ad emptorem, qui agit de evictione, perinde atque si mille essent evicta in duplum, sed ad venditorem. Idemque erit, si fundus incuria deterior factus sit. Differentiam facit inter fundum minorem et deteriorem, *ut §. cum autem,*

Institut. de empt. minor fit fundus, si minuatur modus terræ: deterior, si integro modo terræ terra uratur, vel alio modo corrumpatur; utrumque periculum respicit venditorem, non emptorem toto fundo evicto, quod ita proponit in §. 1. *his verbis: Si totus fundus*, etc. Id probat Papinianus a contrario secundum id, quod dicitur, eandem esse rationem contrariorum, eandem esse augmenti, et diminutionis, si fundus venditus melior fiat, aut pejor, et totus postea evincatur, venditor non tenetur nisi pro mille, id est, in duplum pretii fundi mille jugerum qui fundum addixit, etiamsi fundo accesserint alia mille jugera, et evincantur bis mille jugera. Ejus incrementi non habebitur ratio in causa evictionis, ergo nec diminutionis. Sed etsi supersint tantum octingenta, quæ evincantur, æstimatio fiet mille jugerum, id est, pro mille jugeribus æstimabitur in duplum. Huic sententiæ objicitur *l. 70. hoc tit.* quæ ait, si minor fiat fundus, ut si flumen ei aliquid auferat, damnum esse emptoris: minui igitur emptori quantitatem evictionis. Item obstat *l. si cum venditor*, §. *hoc tit.* quæ ait, si deterior fiat fundus, minui quantitatem evictionis, si melior, augeri: atque ita in causa evictionis spectandum, quanti res sit evictionis tempore, non et quanta fuerit venditionis tempore, et qualis. Et in *l. Titius*, §. *ult. et l. id quod*, *de act. emp.* si servus venditus apud emptorem deterior factus sit, minui præstationem evictionis: sin autem melior sit cum evincitur, si didicerit artem aliquam, augeri æstimationem evictionis. Æstimationem igitur non reduci ad tempus venditionis, sed sumi ex tempore evictionis; quod est contra hunc §. 1. hujus leg. Fatentur omnes interpretes, et rectissime, constituendam esse in hac re differentiam inter actionem ex stipulatu, et actionem ex empto. Illæ leges sunt de actione ex empto, *l. 70. et l. Titius*, *et l. id quod*, *de act. empt. Et l. si cum venditor*. §. *ult.* est de actione præscriptis verbis, quæ ex permutatione datur, sive ex divisione. Quid est divisio? distributio partium, quæ fit permutatis partibus: est igitur de actione præscriptis verbis, quæ datur ex permutatione, vel divisione, quæ comparata est ad exemplum actionis ex empto: et est bonæ fidei, sicut actio ex empto. Illæ igitur leges sunt de actione ex empto, vel quasi: hæc lex de actione ex stipulatu, vel quasi: hæc actio competit in solidum: sicut stipulatio concepta est in solidum, et in duplum stricto jure, quod omnes stipulationes sequuntur, tota re evicta, sive minor sit res, sive major, quum evicta est, sive deterior, sive melior. Eadem enim res est, quæ fuit ante, etiamsi aucta sit, vel diminuta: alioqui nos non essemus iidem, propterea quod quotidie, ut Philosophi dicunt, et refertur in *l. proponebatur*, *de jud.* atomi, quibus corpora nostra constat, decedunt a nobis, et alii in eorum locum accedunt: ergo idem est fundus, qui venditus est, licet diminutus sit, et sit modo octingentorum tantum jugerum, non mille, et perinde atque si esset integer, et ita evictus agetur in duplum pretii sine diminutione, id est, pro mille jugeribus: hoc est jus strictum stipulationis. Actio ex empto, vel actio præscriptis verbis ex permutatione, est bonæ fidei, in qua etiamsi tota res evicta sit, ultra pretium id tantum venit, quod æquum et bonum est, id est, quod revera emptoris interest; si minor sit fundus quum evincitur, minor erit æstimatio ejus quod interest: si major sit fundus, major erit estimatio ejus quod interest: et ita in hoc tractatu de evictione sæpe quamvis id auctores non exprimant, distinguenda est actio ex stipulatu ab actione ex empto, etiamsi utraque detur evictionis nomine, non enim utraque eodem jure est, quia una est bonæ fidei, altera stricta: quod ostendam aliis duobus exemplis. Fundo vendito et evicta parte fundi pro diviso, in actione ex stipulatu fit ejus bonitatis æstimatio, quando parti non est dictum pretium, quæ fuit venditionis tempore, *l. bonitatis*, *hoc tit.* in actione ex empto fit, quæ fuit evictionis tempore: Item domo vendita et evicto tigno, non est actio ex stipulatu de evictione, quia neque domus evicta est, neque pars domus, tignum non est pars domus, imo nec venditum videtur tignum, *l. nave*, *h. tit.* Est tamen actio ex empto in id, quod interest, *l. eum qui de usucap.* Et similiter vendita ancilla et evicto partu non est de evictione actio ex stipulatu, quia non est venditus partus, *l. si prægnans*, *hoc tit.* est tamen actio ex empto, quod nostra intersit partum sequi matrem, *l. venditor, hoc tit.* Atque ita sæpe nobis est accurate separanda actio ex stipulatu ab actione ex empto. Nunc constituamus aliam speciem, in qua non evincitur totus fundus, ut superiori specie posuimus, sed pars fundi pro indiviso post eluvionem fluminis. Finge: Quidam vendidit fundum mille jugerum, et promisit duplam; flumen abstulit ducenta jugera, deinde evincuntur ducenta jugera pro indiviso, id est, quinta pars mille jugerum, non evincitur totus fundus, id est, octingenta, quibus nunc constat fundus, sed pars quinta tantum, id est, ducenta. Hoc casu non est differentia inter actiones, sed sive agatur ex empto sive ex stipulatu ob evictionem, periculum eluvionis respicit emptorem, et præstatur evictio pro parte quinta tantum mille jugerum, id est, pro ducentis, quæ evicta sunt. Sed videbatur esse præstanda evictio pro parte quarta mille jugerum, id est, pro ducentis quinquaginta, hoc argumento

quod intellexit Accursius initio glossæ tertiæ, et notandum est maxime argumentum. Sic argumentor: si evicto toto fundo, cujus modus nunc est octingentorum jugerum, quoniam flumen abstulit ducenta, evictio præstabitur pro modo fundi, qui olim fuit, id est, pro mille, ut in §. 1. et evicta igitur parte quarta fundi, qui nunc est octingentorum, evictio præstabitur pro quarta parte fundi, quæ olim fuit, id est, pro ducentis quinquaginta, servata scilicet eadem ratione in parte, quæ servatur in toto. Quod tamen Papinianus non admittit hac ratione, quia quinquaginta illa, quæ superadjicis, id est, quartam partem ducentorum, flumen abstulit, quæ res cedit damno emptoris non venditoris, cum pars evincitur, non totum, Non ita recte argumentaris: si evictis ducentis jugeribus pro ducentis tantum præstatur evictio, et evicto igitur fundo toto, qui nunc est octingentorum, pro octingentis tantum præstabitur evictio. Falsa est collectio, et omnino ex sententia Papiniani res ita procedit. Toto fundo evicto, periculum eluvionis respicit emptorem. Et nihil restat quam ut exponamus rationem differentiæ. Quæso repetamus eam speciem quæ proponitur initio l. ex mille jugeribus venditis et traditis præstita cautione duplæ, ducenta flumen abstulit, post evicta sunt ducenta pro indiviso. Quæritur pro qua parte sit commissa stipulatio duplæ, pro quinta, an pro quarta? et Papinianus ait, pro quinta esse commissa, non pro quarta. Ubi dubitatur quam quintam, aut quam quartam intelligat Papinianus; an quintam residuorum octingentorum, id est, centum sexaginta, et quartam etiam residuorum octingentorum, id est, ducenta? quod stare non potest; an quintam mille jugerum, id est, ducenta, et quartam octingentorum, id est, totidem? quod esset perabsurdum: vel contra, an quintam octingentorum 150. et quartam mille jugerum, id est, 250. quod etiam stare non potest; an igitur quintam mille jugerum, id est, ducenta, et quartam etiam mille jugerum, id est, ducenta et quinquaginta? Et hoc est verius; nam et ita capitur quinta et quarta in §. *quæsitum*, *in hac l. et* in §. *quod si modo*, in illo loco: *Pars quinta præstabitur*. Hoc igitur Papinianus ait: non præstari stipulationem duplæ in specie proposita pro quarta parte mille jugerum, id est, pro ducentis quinquaginta, sed pro quinta, hoc est, pro ducentis, quæ etiam sola evicta sunt; et ideo si fundus mille jugerum venierit 50. aureis, evicta parte quinta, id est, ducentis, post eluvionem ducentorum, non præstabuntur 25. emptori actione ex stipulatu, sed 20. tantum. Simpla quintæ partis pretii est decem: simpla quartæ est 12. cum dimidio. Duplanda autem est simpla quintæ, non quartæ: atque ita fit, ut præstentur tantum viginti non viginti quinque. Et similiter, si fundus venierit decem, non præstabuntur quinque, sed quatuor tantum. Simpla quintæ partis, est duo: simpla quartæ, duo et semis, et duplanda est, ut dixi secundum responsum Papiniani, simpla quintæ, non simpla quartæ. Ratio autem decidendi, cur pro quinta parte tantum mille jugerum, quæ est quarta octingentorum, non etiam pro quarta mille jugerum, hoc est, pro ducentis quinquaginta, cur inquam, pro quinta, non pro quarta mille jugerum præstetur dupla, hæc est; quia illa ducenta, quæ flumen abstulit, emptori perierunt, ut jam non possit illorum ducentorum quartam partem, id est, 50. a venditore repetere per evictionem, ac si evicta essent, nec ei periissent: nam sane ei perierunt. Et generaliter verissimum est, post perfectam venditionem præter evictionis periculum ad emptorem pertinere omne periculum deminutionis et deteriorationis, cum ad eum etiam pertineat omne commodum augmenti, et meliorationis: quod et nominatim de commodo alluvionis, et periculo eluvionis ita est proditum, *l. id quod. de peric. et comm. rei vend.* Et hoc est, quod Papin. ait in prima parte hujus l. Ratio autem, propter quam dubitatur, an stipulatio committatur pro quarta parte mille jugerum, id est, pro ducentis quinquaginta, sumitur ex §. *seq.* argumentando a toto ad partem: quod etiam Accurs. intellexit, et omnino vim præcipuam hujus legis intellexit: nec potui tandem post longam disputationem, quam ab hac hyeme usque in hunc diem traxi tecum, doctissime Gregori, in sententia Accursii non manere. Ratio igitur dubitandi hæc est. Evicto fundo toto, qui nunc est octingentorum, stipulatio duplæ committitur, ut ait in §. *seq.* non pro pretio octingentorum, sed pro pretio mille jugerum, perinde ac si fundo nihil deperisset: ut si fundus venierit 100. ex stipulatione duplæ præstantur ducenta, non 150. Sic igitur argumentor: evicto toto fundo, qui nunc est octingentorum jugerum, pro toto fundo, qui olim fuit mille jugerum, præstatur evictio: ergo evicta quarta parte fundi, qui nunc est, id est, pro ducentis, non pro ea parte præstatur evictio, sed pro quarta parte fundi, qui olim fuit, id est, pro ducentis quinquaginta. Sed respondeo, non valere argumentum a toto ad partem, et aliam esse rationem totius fundi, aliam evictæ partis. Videamus, quæ sit ratio differentiæ: ea non est obscura: si fundus nunc est octingentorum jugerum, perinde committitur stipulatio, ac si fundus mille jugerum evictus fuisset, et duplatur pretium mille jugerum: quia jure committitur stipulatio in totum, cum fundus evictus sit totus, quantus quan-

tus est, qualis qualis est, etiamsi unius tantum jugeri fundus fuerit, cetera jugera flumen abstulerit. Perierunt quidem etiam hoc casu emptori, secundum regulam juris, quæcunque flumen abstulit, sed finguntur non periisse ei, aut dissimulamus ei periisse, et perinde, ac si non periissent, et evictus fuisset fundus mille jugerum, ei competit actio ex stipulatu: quia verum est totum fundum fuisse evictum, quamvis cum evinceretur, non fuerit tantus, quantus cum venderetur. Priore autem casu hujus l. non jure committitur stipulatio pro quarta mille jugerum, cum non quarta, sed quinta evicta sit, id est, ducenta, quia iniquum est emptori præstari amplius evictionis nomine, quam evictum est, et ducenta tantum evicta sunt: ex ducentis, quæ flumen abstulit, nihil est evictum: eorum igitur rationem haberi non convenit, etiamsi forte flumen fundum redegisset ad unum jugerum, cetera absumpsisset, et evinceretur semijugerum pro indiviso, non pro dimidia parte mille jugerum, sed pro dimidia unius jugeri, quæ evicta est, committeretur stipulatio duplæ: hæc ratio apertissima est. Neque est alia quærenda. Azonis ratio alia est, quæ tamen Accursio placet; ideo evictis ducentis, sive parte quinta, non haberi rationem ejus, quod flumen abstulit, quia quantum eluvio abstulit, inquit Azo, tantum forsan post alluvio allatura est. Is qui sperat commodum alluvionis, æquo animo debet ferre incommodum eluvionis. Evicto autem fundo toto, emptor nullum sperat commodum alluvionis, quia nihil ex fundo retinuit. Sed ea ratio non est probanda nobis, quia non propter spem incertam alluvionis, vel cujusvis commodi futuri periculum pertinet ad emptorem ex regula juris, sed quia venditio perfecta est, et id tantum potest ex fide bona imputari venditori, quod dolo vel culpa ejus accidit, §. *cum ante*, *de empt. et vend.* Quæ ratio etiam efficit, ut sequenti casu, quo totus fundus evincitur, periculum etiam eluvionis pertineat ad emptorem, quamvis toto fundo evicto nullum ex alluvione lucrum speret, sed effectu ipso, perinde atque si ad eum non pertineret periculum, res æstimatur et stipulatio committitur. Altera ratio differentiæ, quam Accurs. affert; ideo evicto fundo toto, qui nunc erat octingentorum, et fuerat venditionis tempore mille, stipulationem committi pro mille, quia, qui eum evincit, si integer permansisset, eum etiam evicturus erat, id est, mille jugera: quæ ratio merito displicet, quia non, quod evicturus quis fuerit, committitur stipulatio duplæ interposita evictionis nomine, sed quod evicerit, *l. si rem*, §. 1. *hoc tit.* Et fuit formula actionis de evictione hujusmodi adversus venditorem; *quod evictionis nomine victus fueris*, id est, quod denuntiato te ac præsente, et liti subsistente res mihi evicta fuerit, vel dicamus, quod te denuntiato, ac præsente, et liti subsistente res evicta mihi fuerit: quod evicerit igitur adversarius, non quod evicturus fuerit: et displicet ratio, quæ Accursio displicet, nec placet quæ eidem placet. Non admitto etiam quod Accurs. in ponenda specie primæ partis, fingit, eum, qui evicit ducenta jugera pro indiviso, petiisse 250. ab emptore, et emptorem ei reputasse 50. pro rata ducentorum, quæ flumen abstulerat, atque ita eum non evicisse totum, quod petierat, id est, ducenta quinquaginta, sed ducenta tantum. Nam etiamsi hoc emptor non fecerit, res ita procederet ut diximus: non est igitur necesse id fingere ubi suppletione non est opus. Quæ auctor omittit, et nos omittere debemus.

Ad §. *quod si I.*

Nunc videamus, quid præterea ad hæc tractet Papin. Proponit speciem novam in §. *quod si*, *h. t.* sed adsimilem superiori. Quidam vendidit fundum mille jugerum, cui flumen nihil abstulit, imo vero adjecit 200. jugera alluvione, deinde pro indiviso evicta est pars quinta totius, id est, mille ducentorum jugerum pars quinta est evicta: igitur evicta sunt 240. de mille ducentis: de ducentis, quæ accreverunt, 40. Quæritur pro qua parte præstetur evictio, an pro 240, quæ evicta etiam sunt? Minime, sed pro ducentis tantum, perinde atque si sola 200. de mille fuissent evicta, non 240. quia periculum ejus, quod alluvione accessit, non præstat venditor; neque enim id vendidit, nec de eo cavit quicquam, quod notandum: periculum alluvionis non præstat venditor, sed rei venditæ. Huic definitioni obstat *l.* 15. *in prin. h. tit.* Si id, quod alluvione cessit evictum sit, ait in actione ex stipulatu de qua accipienda est, *ut l. bonitatis* quæ præcedit, bonitatis æstimationem fieri, non quæ fuerit venditionis tempore, sed quæ alluvionis tempore, quo accessit illa pars fundo vendito, et pro bonitate ejus, quod alluvione accessit, damnari venditorem: præstat igitur venditor periculum alluvionis, si evincatur. Respondeo, quod omnes agnoscunt in ea lege convenisse aliquid inter contrahentes de eo, quod accederet alluvione, quod essent frequentes in ea regione alluviones, et proximus flumini venditus fundus: nam citra conventionem sane venditor evictionem ejus quod alluvione accedit non præstat. Obstat etiam *l.* 16. *in princ. h. tit.* quæ ait, evicto fundo vendito agi ex empto de eo, quod accessit: loquitur de actione ex empto, fateor, sed quod attinet ad id, quod accedit alluvione, ejus nomine, neque ex empto de evictione, neque

ex stipulatu venditor conveniri potest. Et verum etiam *d. l.* 16. non loqui de eo, quod accessit alluvione, sed de eo, quod accessit, vel nominatim, vel etiam tacite. Nominatim, veluti servo vendito peculium tacite accedit, ut ancillæ venditæ partus et si evincatur partus, actio est ex empto, non ex stipulatu, ut heri diximus, non quasi sit venditus partus, nec enim est venditus, sed quia accessit rei venditæ, *l.* 4. *de pen. leg.* et ita ibi recte Accurs. accipit *d. l.* 16. hic male.

Ad §. quæsitum II.

Alia species, quam attingit Papinianus in §. *quæsitum,* hæc est. Quidam vendidit fundum mille jugerum, flumen abstulit 200. mox idem flumen adjecit 200. per aliam partem fundi: post evicta est quinta pars totius, id est, 200. pro qua parte præstabitur evictio, seu committetur stipulatio? non pro parte quinta lex ait, id est, pro 200. quamvis sint evicta: non etiam pro quarta mille jugerum, id est, pro 250. sed committitur pro quinta octingentorum id est, pro centum sexaginta: cur non committitur etiam pro reliquis 40. hoc est, pro quinta ducentorum, quæ alluvio attulit? Ratio est in promptu, quia ut lucro emptoris cessit alluvio, ita pro rata ejus alluvionis evictionis periculum sustinere debet, non venditor. Et Papinianus ait, hoc esse consequens superioribus, id demonstremus. Non committitur stipulatio pro quarta parte mille jugerum, id est, 250. quia nec ea parte præstaretur evictio, si nihil alluvione accessisset: non etiam pro parte quinta, quia pro rata alluvionis, id est, pro quadraginta periculum evictionis venditor non præstat, ut dictum est §. præcedenti. Sunt igitur detrahenda ex 200. quæ præstarentur, si nihil, alluvio attulisset, quadraginta pro rata ejus, quod alluvio attulit, quodque periculo est emptoris, non venditoris: hoc est quod ait in §. *quæsitum:* mihi placet valde, quod novam regionem vocat eam, quæ alluvione accessit, quia per aliam partem accessit, quam qua fugerat. Nam si per eandem ipsam partem accesserit, qua decessit, eadem pars videtur esse, id est, fundus suæ pristinæ formæ restitutus videtur, et forte tum præstaretur evictio pro ducentis.

Ad §. pen. et ult.

Quod subjicit Papin. in §. *pen.* non est de parte pro indiviso, sed de parte pro diviso: sed quod est in §. *ult.* est etiam de parte pro indiviso non quidem affine, aut consequens superioribus, sed acutum tamen ut superiora. Finge: vendidi tibi unum jugerum pro indiviso, ex fundo scilicet, quem habebam communem cum alio, et vendidi pro indiviso: nec enim poteram aliter, non facta divisione inter me, et socium. Præterea cum tradidi tibi pro indiviso, non potui tradere corporaliter, quia ea pars quodammodo non est corporea. Sed traditionis multa sunt genera, et tradidi tradito tibi instrumento meæ auctoritatis *de mon. titre,* qui modus traditionis receptus est, *l.* 1. *C. de donat. l. pen.* §. *ult. de leg.* 3. Quæritur, an totum jugerum fecerim tuum traditione? an traditione unius jugeri pro indiviso, totius jugeri dominium in te transtuli? Minime, sed pro dimidia tantum, quia erat tantum meum pro dimidia, altera dimidia erat socii: et ita erant confusæ nostræ partes per totum fundum, ut unaquæque gleba esset inter me et socium communis: ergo traditione jugeri non alienavi nisi partem dimidiam. Igitur, quod est supplendum, pro altera parte præstabitur evictio, quam tibi vendere non licet, cum non dominus vendidero, et eam tibi sit evicturus socius meus, qui nunc est tuus. Idemque erit si ego fundum, quem communem habebam cum alio, vel certum locum, id est, certam partem fundi (nam dividitur fundus in loca et regiones) tibi tradidero: nam videor tantum tradere, et tradendo transferre dominium ejus partis, quam in eo fundo habeo pro indiviso: alterius partis non facio te dominum nec possum, quia in eo nihil juris habeo, et ideo pro parte una tantum præstatur evictio.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. VIII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIX. de Interrog. in jur. fac.

Si filius, cum pro patre suo ageret, taceat interrogatus, omnia perinde observanda erunt, ac si non esset interrogatus.

Hæc lex brevis quidem est, sed comprehensione rerum longa satis et obscura admodum, adeo ut nemo bene adhuc eam explicarit. Titulus est *de interrog. in jure fac.* In jure, id est, apud prætorem, ad sellam prætoris, vel præsidis: actiones, vel exceptiones, vel replicationes, vel interdicta, vel stipulationes prætoriæ postulantur in jure: et ut M. Tullius eleganter, 2. *de Invent.* ait, quodammodo potestas agendi datur in jure, et omnis privatorum judiciorum ordo constituitur. Denique eadem res bis veluti agitur; apud prætorem quasi velitatione, apud judicem eum, quem dedit præ-

tor, quasi justo certamine. Fiunt etiam in jure sæpe interrogationes, antequam detur actio, et judex statuatur: veluti eum is, adversus quem postulatur actio, interrogatur, quota ex parte hæres sit, ut ex ea conveniatur, et formetur actio: nam hæres creditori hæreditario ex 12. tabul. non tenetur ultra portionem hæreditariam, et causa cadit creditor vel alia pœna afficitur hodie, si contra hæredem ex quadrante agat in semissem, quia quantitate plus petit: vel etiam is, adversus quem postulatur actio, interrogatur, an filius suus sit, vel in sua potestate, an servus, eujus nomine postulatur actio de peculio, vel de in rem verso, vel quod jussu, vel institoria, vel exercitoria, vel noxalis actio: nam causa cadit etiam is, qui non cum eo agit, quocum agi oportet. Formandæ igitur et concipiendæ futuræ actionis causa, antequam ea detur, in jure fiunt interrogationes, ne aliter agatur, quam oportet, ne plus petendo actor causa cadat, damnumve sentiat, *l.* 1. *hoc tit.* Et interrogationes ejusmodi fiunt ab eo, qui acturus est, ab adversario, vel actore ipso, ubi æquitas eum movet, ubi laborat in concipienda formula, et interrogatus respondere cogitur, ac mox ex sua responsione convenitur ex hoc edicto *de interrog. in jur. fac.* nam si confiteatur, se hæredem esse ex asse, ex contractu defuncti convenitur in assem: vel si interrogatus quota ex parte sit hæres, confiteatur se hæredem non esse; quo casu necesse fuit proprie illud edictum proponi, et dari ex eo eandem actionem in eum, qui falso confiteretur: nam fides ei habetur contra se, et perinde ac si hæres esset, convenitur ex edicto, *l. de ætate*, §. 1. *hoc. tit.* Dixi sciens, qui sciens se hæredem non esse, confitetur tamen se hæredem esse: nam ignoranti et erranti succurritur ut *d. l. de ætate*, §. *ex causa:* ut si filius ignorans se esse exhæredatum, respondeat se hæredem esse: vel etiam si quis ignorans falsum esse testamentum, in quo est hæres scriptus, respondeat se hæredem: ignoranti succurritur, ne ex sua confessione damnetur, quæ falsa est. Et denique falsa confessio ei tantum nocet, qui improbe confitetur, qui mentitur. non qui mendacium dicit. Notandum etiam falsam confessionem ita demum nocere, si juri et naturæ congruat: nam si juri vel naturæ refragetur, nihil nocet: ut si quis interrogatus, an ille suus filius sit, respondeat filium suum esse, eum tamen ætas ejus non patiatur, ut filius ejus esse possit, falsa est confessio, sed naturæ repugnans, quia quod confitetur non potest esse, nec fieri: vel etiam si liberum hominem confiteatur servum suum esse, quod abhorret a jure et natura, vel etiam si eum, qui jam excessit e vita, confiteatur servum suum esse, ut in *l. confessionibus, et l. seq. et l. si ante.* Joculares sunt hujusmodi confessiones potius quam improbæ. Qui jocatur, non mentitur, mendacium est species doli mali, *l. quid enim, de dol. mal.* Ergo qui confitetur se hæredem esse, quod dicitur exempli gratia, omnimodo convenitur, sive mentiatur, sive verum dicat, non si mendacium dicat. Nam qui fallitur venia dignus est: contra is, qui negat se hæredem esse, et verum dicit, non convenitur; qui mentitur, ut si neget se hæredem esse, qui hæres est, in solidum convenitur in assem, licet hæres sit ex parte tantum: hanc mendacii fert pœnam, *d. l. de ætate.* §. *si non.* Et ita si quis negat servum suum esse, cujus nomine postulatur actio noxalis, eum tamen is servus sit suus, si mentiatur negando servum esse, non in hoc convenitur, ut servum noxæ dedat, *l. si servus, hoc tit. l.* 1. §. *interdum, si quadr. paup. fec. dic.* Sed si mendacium dicat, negando se hæredem esse, id est, si justo errore ductus, non dolo malo, neget se hæredem esse, eum tamen hæres sit, ut quia testamentum cernit prius, in quo alius est hæres scriptus, et ignorat prius ruptum esse posteriori, in quo scriptus est ipse, ducitur hic falso errore, ut neget se hæredem esse, et ideo excusatur *d. l. de ætate*, §. *qui justo.* Quid autem dicemus, si interrogatus in jure taceat? de confitente et de negante diximus, nunc de tacente. Et placet eum, qui tacet quasi mendacem propter suam contumaciam teneri in solidum, etiam si sit ex parte hæres, vel ex nulla parte, perinde atque si dolo malo negasset se hæredem esse, eum esset. Taciturnitas negationem imitatur, non confessionem, *d. l. de ætate*, §. *qui cavit, et* §. *nihil.* Ubi adjicitur illa ratio contumaciæ: quia qui non respondet prætori, vel alii apud prætorem, qui non respondet in jure contumax est, id est, contemnit majestatem prætoris, contemnit jus: contumax dicitur a contemnendo, *l. contumacia*, §. 1. *de re jud.* videtur παρετυμολογεῖν: contumax is est, qui non respondet ei, cui obtemperare debet: superbus is est, qui non respondet etiam cui obtemperare non debet. Et inde M. Tull. 2. de orat. *ex Jurisconsultis nostris Trebatius et Cass. superbos dici volunt qui rogati non respondeant:* et idem in Lucullo, *si habes quod respondeas, nec respondes, superbe agis.* Quod erga alium superbia est, erga prætorem est contumacia, quæ ita plectitur, ut habeatur tacens pro negante. Et ita in cessione in jure is qui tacet, pro negante habetur: neganti comparatur, Cajus 2. *Institut.* ut refert Boet. *Postquam, inquit, is, cui res in jure ceditur, vindicaverit, Prætor interrogat eum, cui cedit, an contra vindicet, quo negante vel tacente, tunc ei, qui vindicaverit, eandem rem addicit prætor:* comparatur neganti tacens. Verum etiam aliquando tacenti succurritur, ut in specie *l.* 19. *si filius hoc*

tit. Credo vos scire filium, qui beneficio prætoris abstinet se hæreditate paterna, non desinere esse hæredem jure civili, hæres manet post abstentionem nomine nudo, non re, quia re se abstinet. Jure igitur civili hæres est, sed jure prætorio non habetur loco hæredis. Finge: Hic in jure interrogatus post abstentionem a creditore hæreditario, vel a prætore instante creditore hæreditario tacuit: videtur ergo negasse se hæredem esse, cum tamen hæres sit jure civili; atque adeo videtur teneri in solidum creditori. Imo vero non tenebitur, quia etsi mentiatur negando vel tacendo jure civili inspecto, jure tamen prætorio inspecto, neque mentitur, neque mendacium dicit, *d. l. si filius*, aliquando etiam tacente eo, qui interrogatus est, omnia perinde observantur, ac si interrogatus non fuisset. Quod proponitur in hac l. his verbis: *Si filius, cum pro patre suo ageret, taceat interrogatus.* Accursius aliter legit: *si filius cum patre suo ageret.* Et ita rem bene explicat, si lectio est casta: Filiusfam. vult agere cum patre, et vicissim pater cum filio: mutuæ sunt petitiones, mutuæ actiones, et interrogatus filius tacet, nulla est interrogatio: nullum igitur taciturnitatis periculum. Cur? quia nullum est judicium, quod postulatur, nulla lis esse potest inter patrem et filium. Et utitur argumento *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* si servus interrogetur in jure, nulla est interrogatio, quia interrogatio fit formandi judicii causa: atqui cum servo nullum judicium est, nulla est interrogatio, si nullum judicium sequi possit. Et mihi videtur verisimile Accursium et anteriores mutasse scripturam hujus legis, quod veram non intelligerent, sed non bene mutarunt: quia ut legunt est imperfecta oratio, quia ita esset legendum, *si filius cum ageret cum patre suo:* veram scripturam retinent Florentini sicut plurimum: *Si filius cum pro patre suo ageret.* Et Basilica ὁ υἱὸς ὑπὲρ τοῦ πατρὸς ἐνάγων ἐὰν ἐρωτηθεὶς σιωπήσῃ. Elegans est sententia Papiniani, filius potest agere pro patre, etiam sine mandato, *l. sed et hæ de procurat.* Sunt quædam personæ, quæ possunt agere pro aliis etiam sine mandato, ut liberi, fratres, liberti: sed finge eum, cum quo agit filiusfamil. pro patre, agere vicissim nomine patris, mutuas esse actiones, mutuas petitiones, si patrem non defendat filius, qui litem facit, sive inchoavit pro patre, non potest agere. Pœna procuratoris non defendentis hæc est, ut ei denegetur actio, *l. mutus, §. pœna, de procurat. l.* 7. *de novi op. nunt.* Nunc ergo filius agit recte pro patre suo: sed rursus non aget recte, nisi et patrem defendat, si conveniatur ab eo, cum quo agit nomine patris, non videtur autem defendere is, qui non cavet, seu satisdat judicatum solvi, non est idoneus defensor alienæ litis quisquam sine satisdatione judicatum solvi, *l. qui proprio, §. qui alium, de procurat. l.* 18. §. *pen. de castr. pec.* §. *pen. Institut. de satisd.* quæ satisdatio habet tres clausulas: de solvendo judicato, *de payer la chose jugée*, de re defendenda, et de dolo malo, ut is absit, habet semper has clausulas, seu causas tres. Non videtur etiam defendere is, qui interrogatus tacet. Procurator enim eum cujus nomine agit, debet defendere non tantum in actionibus, sed etiam in interdictis, et in stipulationibus, et in interrogationibus, quæ fiunt in jure, si taceat non videtur dominum defendere, *l. non solum, in princ. de procur. l.* 9. §. *Celsus hoc tit.* His igitur consequens est, filium, qui agit pro patre, et interrogatus ab adversario, vel prætore instante adversario, tacet, non defendere patrem: si non defendat nec potest agere pro patre, nulla actio est, nullum judicium, et nulla igitur interrogatio, ac proinde nulla etiam taciturnitas: sed omnia perinde, ut ait, observantur, ac si interrogatus non esset. Hæc est ratio Papiniani. Sed obstat huic rationi et legi *d. l. non solum, in princ.* procurator agit nomine alieno, et adversarius vicissim etiam cum eo agit ejusdem personæ nomine, cujus vicem ille procurator gerit, et interrogat procuratorem in jure, *an dominus sit hæres, cujus nomine agit.* Si respondet hæredem esse, tenetur ex hoc edicto. Idem erit si tacuerit; ut ait *l. non solum.* Ergo non perinde omnia observantur, ac si non esset interrogatus; tenetur enim ex taciturnitate. Respondeamus, non quod tacuerit teneri ex hoc edicto in solidum, cum tacendo actionem a se institutam, vel instituendam nullam reddiderit: sed tenetur quod tacuerit ex stipulatione judicatum solvi, si eam præstiterit, quod ponendum est: tenetur ex clausula de re defendenda, quæ inest stipulationi judicatum solvi: quod recte Accurs. intellexit. Nam et si filiusf. sit, qui agat pro patre, et reconveniatur, debet satisdare jud. solvi: *filiusf. qui satisd. cog.* Finge igitur: Filius egit patris nomine: et eodem etiam nomine egit cum eo is, cum quo ipse experiebatur: mutuæ sunt actiones, mutuæ petitiones et mutuæ igitur satisdationes, ut ait Cic. pro Quint. Filius igitur satisdedit judicatum solvi, cui satisdationi inest clausula de re defendenda, et interrogatus in jure tacet, et ita rem non defendit, an teneatur ex taciturnitate? Respondeo, non teneri ex hoc edicto, *de interrogationibus in jure fac.* quod *Papin. vult h. l.* sed ex stipulatione judicatum solvi, quod rem non defenderit, hoc est, quod tacuerit.

Ad L. XLIII. de Religios. et sumpt. fun.

Sunt personæ, quæ quanquam religiosum locum facere non possunt, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt, ut puta dominus

proprietatis si in fundum, cujus fructus alienus est, mortuum inferat, aut inferre velit. Nam si intulerit, non faciet justum sepulchrum, sed si prohibeatur, utiliter interdicto, quo de jure dominii quæritur, aget. Eademque sunt in socio, qui in fundum communem invito socio mortuum inferre vult: nam propter publicam utilitatem, ne insepulta cadavera jacerent, strictam rationem insuperhabemus, quæ nonnunquam in ambiguis religionum quæstionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quæ pro religione facit.

Sunt personæ, quæ locum religiosum facere non possunt. Socius invito socio in commune sepulchrum mortuum inferre potest, quod constat satis, quia ejus rei causa habetur sepulchrum, *l.* 6. §. *si quis, commun. divid. l.* 6. §. *pen. de rer. divis.* In communem autem locum purum, in quo non sit sepulcrum, socius invito socio non potest mortuum inferre, et religiosum locum facere secundum regulam Sabini: et si intulerit invito socio, non tenebitur actione in factum prætoria, qua tenetur is qui mortuum infert in locum alienum, ut tollat eum. Quanquam Trebatius et Labeo putabant eum teneri ea actione in factum, *d.* §. *si quis*, sed male, quoniam sufficit actio fam. erciscundæ, vel comm. divid. *l.* 2. §. *an et socius*, *h. t.* qui habet civilem actionem, non indiget prætoria, *l.* 1. *in princ. de Publ. in rem act.* qui habet directam, non indiget utili, *l. si hæres ad Trebell.* et melior est civilis quam prætoria, et directa quam utilis, *l. si creditori, de leg.* 1. Et quæ refertur sententia Trebatii et Labeonis in *d.* §. *si quis*, refertur tantum, non etiam probatur: neque est quod existimes eum §. *si quis* pugnare cum §. *an et socius.* Hoc vero, quod constituimus, ita procedit, si socius extraneum inferat in locum communem invito socio. Nam ex ipsis sociis quilibet ibi sepeliri potest, etiam invito altero, maxime si non sit alius locus opportunus, ubi sepeliri possit, si non sit proprius, sepelietur in communi, *l. si plures*, *h. t.* Ergo si socius invito socio extraneum inferat, non fiet locus religiosus, imo ob id ipsum quod intulit tenebitur, ut tollat quem intulit fam. ercisc. actione, vel communi divid. non igitur intulit jure, qui postquam intulit, tenetur ut tollat. Huic definitioni, quæ tamen est verissima, obstat hæc l. 43. Semper tractat Pap. singulare aliquid, et quod videtur pugnare cum regulis juris. Nam ex hac l. ducitur argumentum ejusmodi. Socius invito socio jure mortuum infert in locum communem, etiam extraneum, quia si prohibeatur a socio, ei competit interdictum de mortuo inferendo, ne scilicet vis ei fiat inferenti mortuum in locum communem. Si agat de mortuo inferendo, jure igitur infert, etiam prohibente socio: agit in invitum: et jure igitur infert invito socio: et ut latius exponamus quæ scribit Papinianus; proponit generaliter, quasdam esse personas, quæ etiamsi locum religiosum non faciant mortuum inferendo, tamen agunt interdicto de mortuo inferendo, ne prohibeantur inferre. Interdictum de mortuo inferendo datur domino proprietatis, *l.* 1. §. 1. *tit. seq.* ne scilicet prohibeatur mortuum inferre in locum suum, sive is locus sit religiosus, sive purus: ne vis ei fiat quo minus in eum locum, cujus dominus est, mortuum inferat, et ibi sepelire liceat: est interdictum prohibitorium: id est, ne prohibeatur, ne vis ei fiat inferenti mortuum; datur, inquam, domino proprietatis, sive locus sit religiosus, sive purus. Locus purus est suus absque dubio: locus religiosus si per se spectatur non est suus, sed nullius in bonis, sed si spectetur cum fundo ipso, est quasi suus, et fundo vendito etiam locus ille sequitur emptorem, atque ita venit per consequentias quod est nullius in bonis, et esse non potest, *l. in modicis, de cont. empt.* Ad summam, interdictum de mortuo inferendo datur domino, ne prohibeatur inferre in locum suum vel quasi suum: et ideo *l.* 2. §. *quædam, de interd.* interdictum de mortuo inferendo ait continere causam veluti proprietatis, maxime si quis velit inferre in sepulchrum suum, in locum religiosum. Est quædam veluti proprietas, quoddam veluti dominium, vel quasi dominium, nec omnia interdicta sunt de possessione, id est, non in omnibus quæritur de possessione, seu de momentaria possessione, quamquam ut plurimum pertineant ad causam possessionis interdicta: sed quædam sunt de proprietate, vel quasi proprietate, et ita eleganter ait Papin. hoc loco, *quo de jure dominii quæritur:* nam hoc quæritur, an is, qui agit interdicto de mortuo inferendo, sit dominus ejus fundi, in quem mortuum inferre vult. Satis intelligimus jam, quæ sit vis hujus interdicti: tractemus modo, quibus casibus locum habeat, quod sic generaliter proponit Papinian. *Sunt quædam personæ*, inquit, *quæ quanquam religiosum locum facere non possint, interdicto tamen de mortuo inferendo utiliter agunt.* Hujus rei duo dat exempla: unum de dominio proprietatis nudo, alterum de dominio pleno ex parte tantum. Sunt in jure nostro quatuor genera dominii: est dominium proprietatis, ususfructus, possessionis, et dominium plenum aut plenissimum. Dominus proprietatis (ut de eo primum tractemus) invito domino ususfruct. seu fructuario, inferendo mortuo locum religiosum non facit, non facit justum sepulchrum, ut ait Papinian. quia locus non occupatur religione; sed si prohibeatur inferre suorum aliquem, ut loquitur *l.* 2. §. *ultim. hoc titul.* quem scilicet non potest inferre in alium locum tam op-

portune, ne corpus illud insepultum jaceat, aget interdicto de mortuo inferendo, ne tantisper prohibeatur mortuum inferre in eum locum, cujus proprietas nuda ad eum pertinet, ususfructus est alienus, sed non faciet locum religiosum, *l. locum* §. 1. *de usufr. l.* 2. §. *si usufr. et l. ult. hoc tit.* Alterum exemplum est: Socius invito socio non facit religiosum locum, sed si prohibeatur suorum aliquem inferre, quem non potest in alium locum opportune inferre, tunc aget interdicto de mortuo inferendo, ut scilicet tantisper ei inferre liceat, dum quærat locum alium, ne corpus jaceat insepultum. Unde sic argumentor: si agat, ut ne inferre prohibeatur, quasi asserens sibi licere inferre, licet igitur inferre invito socio: nam cujus rei actio mihi prodita est, et eam rem exequi jure possum: si persequor jure, et exequor etiam. Respondit Papinianus definitioni a nobis propositæ initio, stricta ratione non posse eum inferre mortuum in locum communem purum invito socio: sed summa ratio potior est: est ratio alia, alia potior; scripto est utilitas potior, et summa ratio est, quæ pro religione facit, quæ publicam utilitatem tuetur: ne corpora jaceant insepulta: summa ratio utilitatis, et æquitatis ratio, *l. sufficit, de cond. indeb. l. summa, de pecul.* Et ita quod dicitur fieri summa ratione, *l.* 2. *de præt. stip.* id in eadem specie dicitur fieri utilitatis causa, *l.* 4. §. *ult. de verb. oblig.* Stricta ratio videtur etiam esse summa ratio: est enim summum jus, ἄκρον δίκαιον. Dion. 8. jus strictum νόμιμον. Plut. in Coriol. τοῦ ἄκρου νομίμου et Arist. ἀκρίβεια περὶ τὰ δίκαια οὐδὲν ἐπιεικὲς διδοῦσα. Summa æquitas summa ratio est. Porro ex duabus summis rationibus ea est potior, quæ est pro republica, veluti pro religione, pro sepultura mortuorum. Dices, non est pro religione ratio dandi interdicti de mortuo inferendo in hac specie, cum illatione locus non fiat religiosus. Dicam, ea quidem illatione nullum locum occupari religione, sed religionem omnem esse in sepeliendo. Qua de causa interdictum de mortuo inferendo dicitur esse de religione, *l.* 2. §. 1. *de interd.* Et notandum quod ait Papin. in ambiguis religionum quæstionibus strictam rationem insuperhaberi, quæ notanda valde est regula: possis dicere, in ambiguis quæstionibus, in quibus vertitur quædam ratio publicæ utilitatis, strictam rationem insuperhaberi, propter utilitatem publicam: quod postea interpretatur, omitti: et eodem verbo usus est Papinian. in *l. hæredem, de his quæ ut ind.* In qua lege ante Pandect. Flor. ex ora libri irrepserat in contextum hoc modo: *omisit et insuperhabuit*: quo verbo usus est Gell et Symmac. et verbum hoc restituimus in *l.* 2. *C. si omiss. sit. cau. test.* In qua lege proponuntur tres casus. Hæres omittit causam testamenti, non petit bonorum possessionem secundum tabulas, sed ab intestato amplectitur hæreditatem, cum is esset, qui poterat ab intestato succedere defuncto. Hic hæres præstat legatum nihilominus relictum testamento, quamvis quantum in eo fuit, desertum sit et irritum testamentum. Alter casus est: non poterat ex testamento adiri hæreditas, vel bon. possessio peti, quia erat falsum testamentum, vel irritum, vel ruptum, atque ita judicium defuncti non insuperhabitum est, *h. e.* non est omissa causa testamenti, sed ad irritum juris ratione revocatum est: hoc casu non debet tolerari petitio eorum, quæ ex testamento relicta sunt. Tertius casus, hæres scriptus, qui erat extraneus defuncto, repudiavit, et legitimus hæres adivit hæreditatem deserto testamento: hoc etiam casu non debentur legata, nec libertates valent: ita est ille locus restituendus. Verum retineamus quod ait Papin. in ambiguis quæstionibus in quibus de religione, vel de alia publica utilitate aliquid vertitur, strictam rationem insuperhaberi. Stricta ratio est, ut in pari re potior sit causa prohibentis, *l. Sabinus, comm. divid.* causa prohibentis est potior: et hac causa rursus est potior publica utilitas sive religio: atque ideo in hac specie non est potior causa socii prohibentis, sed vincit qui vult inferre mortuum tantisper dum alium locum inveniat, et quasi deponere terræ, non quasi justæ sepulturæ. Et abutimur quotidie illa ratione stricta, ut in causa pari potior sit causa prohibentis, ut si in collegio quodam, in quo par est cujusque jus et potestas, sint qui vel propter unicam illam rationem velint impedire quod agitur; unius intercessio ceteris impedimento est: sic sane, nisi aliud suadeat publica utilitas: nam prohibibitione publica utilitas est potior: sic leges ad usum sunt revocandæ.

Ad L. LXVI. de Condict. indeb.

Hæc condictio ex bono et æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.

Explicaturus quæ scripsit Papin. hoc *lib.* 8. *de cond. indeb.* incipiam a *l.* 66. in qua Papin. ait, hanc condictionem esse introductam ex æquo et bono; non est introducta lege aliqua certa, non prætoris edicto (nec enim est prætoria actio, sed magis civilis) verum est introducta auctoritate sive interpretatione prudentum, ex sententia legum, ex bono et æquo, quasi ex promutuo, *h. e.* perinde atque si is, qui indebitam pecuniam solvit, eam dedisset mutuam, *l.* 5. §. *is quoque, de obl. et act.* Indebiti solutio quasi promutuum est, et veluti ex mutuo datur condictio. Et hoc est, quod

ait *l.* 15. *h. t.* indebiti condictionem esse naturalem, *h. e.* ex jure gentium, ex æquitate naturali, quod confirmat *l. si id quod, hoc tit. et l. pen. ad S. C. Trebell.* Condictio indebiti, natura venit, non legibus, sed ex sententia legum tantum, id est, veluti ex mutuo, sive exemplo mutui, exemplo mutuatitiæ pecuniæ, non venit igitur sine exemplo legum. Et notandum quod ait *d. l.* 15. quia condictio indebiti est naturalis, ideo venire in condictionem etiam quod accessit rei solutæ, veluti partum, id est, non tantum rem solutam condici posse, sed etiam, quod ei rei accessit, ut partum, si soluta sit ancilla, vel quod alluvione accessit, si fundus sit solutus, et venire fructus, qui ab eo, cui solutum est, bona fide percepti sunt. Videamus quemadmodum hæc recte colligantur ex illa propositione indebiti condictionem esse naturalem, et ideo venire partus, fœtus, fructus, accessiones deductis impensis, *l. in summa*, §. *ei qui, h. t.* ratio consequentiæ est evidens, quia sicut æquum est rem profectam ex bonis meis, quæ apud te sine causa deprehenditur, restitui mihi, ita etiam rei fructus et accessiones eadem ratione æquum est mihi restitui, quia ad te etiam pervenerunt sine causa. In omnibus est par æquitas, et æquitas mater hujus actionis. Quod tibi indebite solutum est, id sane apud te est sine causa. Itaque mihi est liberum id revocare, vel per condictionem indebiti, vel sine causa: concurrit condictio indebiti cum condictione sine causa, et utraque est ex bono et æquo: de condictione sine causa est *l. si me, de reb. cred.* Eadem etiam causa est condictionis ob rem dati, et condictionis ex injusta causa, vel turpi: omnes hæ condictiones de quibus in hoc lib. 8. agitur, veluti condictio indebiti, ob rem datam, ex injusta vel turpi causa, sunt ex bono et æquo, *l. in summa,* §. *quod ob rem, hoc tit. l.* 5. §. *si quis, de cond. caus. dat.* Et ideo in eas omnes condictiones veniunt ea quæ venire æquum est: et accessiones igitur omnes, ut diximus: nam si res principalis est apud te sine causa, et accessio quoque, et æquum est omnia mihi restitui, a quo profecta sunt. Et similiter ideo fit, ut, exempli gratia, is qui accepit pecuniam indebitam, non teneatur condictione indebiti, nisi quatenus ex ea re locupletior factus est, si bona fide pecuniam quasi debitam acceperit, *l. cum hi*, §. *sane si is qui, de trans.* Pendent multa ex hac definitione Papin. quod indebiti condictio sit ex bono et æquo, et illud quod modo dixi, ut non teneatur qui accepit nisi in quantum locupletior factus sit: sequitur etiam ex eo, ut condictio indebiti non detur in ignorantem, ut puta si is, cui solutus est homo indebite, ignorans eum manumiserit, valet manumissio, ut facta a domino, nec potest rescindi libertas, et qui manumisit, non tenetur, quia bona fide manumisit, nisi in operas liberti, et ut ejus hæreditatem restituat, *l. in summa*, §. *pen. hoc tit.* Omnia in his condictionibus ex æquo et bono dijudicantur. Et pari ratione condictio indebiti non revocat quod ex bono et æquo debetur, id est, quod natura, *l. Julianus*, *et l. naturaliter*, *hoc tit.* etiam si jure civili non debeatur, eoque nomine nulla competat actio: et e contrario condictio indebiti revocat quod ex bono et æquo non debetur, licet debeatur jure civili, ut si is, qui aliquid debet jure civili, tutus sit exceptione perpetua, et solverit per errorem, revocat quod solvit, quia id natura non debuit, sed jure ipso debuit: atque ideo tutus fuit exceptione æqua. Quod ita procedit, si exceptio fuerit ex genere earum, quæ tollunt naturalem obligationem, ut puta, exceptio pacti perpetui ne omnino petatur: nam ut pactum parit naturalem obligationem, ita omnino tollit. Et ideo, qui tutus hac exceptione per errorem solvit, repetit quia non debuit natura. Ejusdem generis est etiam exceptio doli mali, SCti Vellejani, jurisjurandi *l. qui exceptionem hoc tit.* Quædam aliæ exceptiones sunt perpetuæ, quæ non tollunt naturalem obligationem, ut exceptio SCti Macedon. qua se tuetur filiusf. cui mutua pecunia data est, et etiam pater ejus, si conveniatur. Si data sit pecunia mutua, debetur quidem, sed agenti obstat exceptio SCti Macedoniani, quæ non extinguit naturalem obligationem, ideoque si filiusfam. solvit, non repetit, quia debuit natura, et non congruit ea exceptio cum naturali ratione. Cur datur exceptio SCti Macedoniani? an quia non est æquum mutuam pecuniam filio datam non reddi? minime, sed odio creditoris ratio pœnæ causa, *d. l. qui exceptionem.* Eadem est ratio exceptionis rei judicatæ et exceptionis ex edicto, *quod quisque juris in alt. stat. etc.* eadem causam habent hæ exceptiones: non tollunt naturalem obligationem, quamvis perpetuæ. Ideo qui, cum eas haberet, solvit, non repetit, non condicit, quia quod solvit, natura debuit. Ergo ita concludamus. Perpetua exceptio inducit condictionem indebiti, si modo ex genere earum fuerit, quæ tollunt naturalem obligationem. Aliæ sunt exceptiones temporariæ, et hæ generaliter non inducunt condictionem indebiti: veluti exceptio pacti temporarii, puta ne intra quinquennium agatur. Finge: is, qui tutus erat ea exceptione, ante quinquennium solvit, an habet condictionem indebiti? Minime, quia id sane debuit et jure et natura, licet ante quinquennium pecunia peti non posset, et pactum proficit in hoc ne petatur, non etiam ut interim non debeatur: sane debetur interim, licet non possit peti. Igitur exceptio pacti temporarii non inducit condictionem

indebiti. Idem etiam est, si quis promiserit pecuniam, ab initio in diem, puta se daturum Calend. Martiis: nam et hic tutus est exceptionem temporaria, cujus vetus formula hæc erat: *cujus pecuniæ dies fuisset, ut est in* 1. *de orat.* nam dabatur actio pecuniæ creditæ adjecto hoc modo, *cujus pecuniæ dies fuisset*, id est, si ejus pecuniæ fuisset. Est igitur debitor tutus exceptione temporaria: quid si solverit ante diem per errorem (nam hoc semper statuendum est:) quod solutum est per errorem, est sine causa apud eum, qui accepit: quod sciens solvit indebitum, est ex causa donationis apud eum, qui accepit, nec potest ei condici, quia qui sciens indebitum solvit, donat: et hoc de debitore in diem ita est proditum, *l. in diem, hoc tit. l.* 51. *mand.* et ratio est optima, quia ante diem nascitur obligatio statim, sed non potest peti statim: solvit ergo debitum, etiamsi repræsentaverit pecuniam et solverit ante diem: et ita statuenda est differentia inter exceptionem perpetuam et temporalem. Sunt quædam exceptiones ambiguæ, et de quibus dubitatur sint ne temporariæ, an perpetuæ: l. 56. est de ambigua exceptione.

Ad L. LVI. de Cond. indeb.

Sufficit ad causam indebiti, incertum esse temporaria sit, an perpetua exceptionis defensio. Nam si quis, ne conveniatur, donec Titius consul fiat, paciscatur, quia potest Titio decedente perpetua fieri exceptio, quæ ad tempus est, Titio consulatum ineunte, summa ratione dicetur, quod interim solvitur, repeti. Ut enim pactum quod in tempus certum collatum est, non magis inducit condictionem, quam si ex eo die debitor solvit; ita prorsus defensio juris, quæ causam incertam habet, condictionis instar obtinet.

Finge: Cum mihi deberes certam pecuniam, pacti sumus ne ea peteretur donec Titius Consul fieret. Si Titius moriatur, exceptio fiet perpetua: si Titius consulatum inierit, invenitur fuisse temporaria. Quid fiet, si interim pecunia solvatur vivo Titio needum ineunte consulatum, an quod solutum est, repeti potest? Perpetua exceptio inducit condictionem indebiti, non temporaria. Et definit Papin. etiam ambiguam exceptionem inducere condictionem indebiti, et summa ratione, id est, æquitatis ratione, quia parere condictionem est condictione indebiti repeti, quod solvitur interim, id est, dum vivit Titius, nec Consul designatur; tandem ita definit Papin. exceptionem pacti temporarii non inducere condictionem indebiti: item, exceptionem, *cujus pecuniæ dies fuisset*, videlicet si debitor ex die solverit ante diem: nam uterque debitum solvit: loquimur de die certo ne ante quinquennium petatur, vel ut ex calendis illis pecunia solvatur: sed dies, de quo agitur in hac specie, non est certus, donec Titius consul fiat: et exceptio, quæ inde nata est, etiam incerta et ambigua est, et dies incertus conditionem facit, *l. dies, de condit. et dem.* Quod autem debetur sub conditione, si solvatur pendente conditione, repeti potest, *l.* 16. *hoc tit. l. sub conditione, de solution.* Ergo et quod debetur sub incerto die, pendente die si solvatur, repeti potest, quia dies incertus conditionem facit. Nihil refert aliquid debeatur sub conditione, an sub incerto die, quia non debetur absolute, *l. cedere diem, de ver. sig.* nec certum est debitum iri. Et hoc ita procedit, si dies adeo fuerit incertus, ut et incertum fuerit, an venturus sit: ut si promisero, cum domum ædificavero, vel cum Titius consul factus erit, quo exemplo utitur Papin. Cum dies ita est incertus, sane dies incertus conditio est, et quod sub die ita incerto promittitur, sub conditione promittitur, et interim deberi non intelligitur. Quapropter si solvatur interim, repetetur etiam interim, sed non posteaquam extiterit conditio. Alia ratio est diei incerti, quem tamen certum est esse venturum: nam hic comparatur diei certo, non conditioni, ut si promitto daturum cum moriar: incertus est dies mortis meæ, sed tamen certum est me moriturum. Finge: Vivus solvi, quod promiseram et contuleram in diem mortis meæ, an repetam quod solvi? minime, sicut non repeterem, si dies certus fuisset; quia sive sub die certo promittatur, sive sub incerto, qui omnimodo venturus sit, certum est debitum iri. Imo et jam debetur, antequam dies advenerit, *l.* 17. *hoc tit.* Et hic necesse est, nos observare maculam, quæ occupavit *l.* 16. *hoc tit.* cujus mens hæc est, ut ostendat multum interesse sub conditione aliquid debeatur an sub die incerto, qui omnino sit venturus. Nam dies incertus, quem incertum est an sit quandoque venturus, pro conditione est. Sed multum interest utrum quid debeatur sub conditione, an die incerto, qui omnino venturus sit: nam si sub conditione debeatur, id est, quasi debeatur, (nec enim debetur absolute) et solvatur pendente conditione, repeti potest, quia forsan non debebitur deficiente conditione: existente autem conditione non repetetur sub die incerto, promitto cum moriar: ait die existente non posse repeti. Idem dixit de debito sub conditione l. 16. et tamen certum est, eum velle constituere differentiam inter debitum sub conditione, et debitum sub die incerto qui omnino venturus est: nam cum dixisset, *debitum sub conditione, si solvatur, pendente conditione repeti, existente conditione non repeti*, subdit, *quod autem*: quæ

nota est differentiæ et diversi casus: pro *existente* igitur, *pendente* legendum est. Cognata sunt verba quæ facile commutantur. Huc plurimum facit *l.* 17. nam ait: etsi cum moriar, promisero, et ante solvam, id est, pendente die, non repeto, quod valde notandum. Exceptio est defensio juris opposita intentioni adversarii, quæ est vel perpetua, vel temporaria, vel ambigua. Perpetua inducit condictionem indebiti, si naturalem obligationem tollat. Ambigua etiam inducit, non temporaria. Nam si qui, ut sæpe apud bonos auctores, idem ut si quis. Florent. male *condictionis*, legendum *conditionis*.

Ad L. IX. et L. XXV. de Const. pec.

L. IX. Titius tamen indebiti condictione tenebitur, ut quod ei perperam solutum est, ei qui solvit, reddatur.

L. XXV. Illud aut illud debuit, et constituit alterum, an vel alterum, quod non constituit, solvere possit quæsitum est. Dixi non esse audiendum, si velit hodie fidem constitutæ rei frangere.

§. 1. *Si jurejurando delato, deberi tibi juraveris, cum habeas eo nomine actionem, recte de constituta agis. Sed et si non ultro detulero jusjurandum; sed ad deferendum necessitate compulsus id fecero, quia nemo dubitat modestius facere, qui referat, quam ut ipse juret: nulla distinctio adhibetur, tametsi ob suam facilitatem ad meam verecundiam subsecuta sit referendi necessitas.*

Lex nona pertinet ad condictionem indebiti. Sæpe fit ut pro alio constituat quis se soluturum sine stipulatione his verbis, *de pecunia, quam credidisti Titio, noli laborare, illam illo die solvam tibi sine controversia.* Qua ex conventione etiam si stipulatio non intercesserit, ex edicto prætoris, is qui constituit, tenetur actione de constituta pecunia, quæ dicitur quoque actio constitutoria. Et is est proprie, qui vulgo dicitur respondere. Hic est proprie responsor, non fidejussor, quia non intercedit stipulatio, et fidejussor intervenit tantum per stipulationem. Non est etiam expromissor, quia non intercedit stipulatio, et non novatur prior obligatio: nam hæc sunt rata, ubi quis expromittit pro alio, is pro quo expromittit liberatur, quia novatio fit: ubi autem quis fidejubet, vel constituit se pro alio soluturum, is pro quo fidejubet, vel constituit, non liberatur, *l. ubi quis h. tit. l. si Titius, de in rem verso.* fidejussor est adpromissor, non expromissor: responsor sive constitutæ pecuniæ reus, neque est adpromissor, neque expromissor. Sæpe enim fit, ut debitor ipse constituat se soluturum id, quod debet: nemo fidejubet pro seipso, *l. hæres*, §. *servo de fidejus.* respondet tamen quilibet pro seipso, id est, constituit se soluturum, quod debet, et tenetur hac actione constitutæ pecuniæ, nec non et priore actione: nam, ut diximus, constituto non novatur prior obligatio, *l. item*, §. *ult l. si post*, *hoc tit. l.* 4. §. *in eum de adm. rer. ad civit. pert.* Plerumque autem, cum quis constituit se soluturum id, quod debet, novi aliquid intervenit, alioqui videretur esse supervacuum constitutum, cum satis teneatur priori obligatione: nam vel constituit se soluturum alio die, vel alio loco, quam initio convenerit, *l.* 3. §. *ult. l.* 14. *in prin. h. tit.* vel constituit aliud se soluturum, quam quod debet, veluti debet forte pecuniam, et constituit se soluturum frumentum, *l.* 1. §. *an potest, h. t.* vel etiam cum debet illud aut illud sub disjunctione, cum promisit se soluturum Stichum aut Pamphilum, constituit se soluturum Stichum, sine ulla disjunctione, *l. illud h. t.* atque ita non constituit quis pro seipso, quin fiat novi aliquid, nec tamen sit novatio prioris obligationis. Nam integrum est, vel posteriore obligatione uti, vel priore. Verum cum quis pro alio constituit, etiam si nihil novi interveniat, hæc causa utilissima est, cum uni reo accedit etiam alius. Certum nullum est constitutum, nisi quod constituitur, debitum fuerit: nam sicut stipulatio nulla est, nisi præcedat causa aliqua interponendæ stipulationis, *l.* 2. §. *circa, de doli except.* ita etiam constitutum sine causa non valet. id est, nisi præcedat debitum, vel jure, vel natura: et constitutum comparatur etiam in eo stipulationi, quod non novat priorem obligationem: nam stipulatio non novat priorem stipulationem: ut si credita pecunia in stipulationem deducatur, creditori est conditio si certum petetur, tam ex mutui numeratione, quam ex stipulatione; est condictio ex duobus contractibus, *l. obligamur*, §. *re de obl g. et act. l. certi* §. *quoniam, de reb. cred.* Stipulatio et constitutum accessiones sunt priorem obligationum, non novationes: conventiones sunt, quæ interponuntur prioris obligationis confirmandæ causa, aut permutandæ: nam additur aliquid, ut si alio die constituatur solvi, vel alio loco, vel si alia res pro ea quæ debetur, vel si constituatur pure, quod debitum erat sub conditione. Quod autem prætori in hoc edicto est constituere, id legibus olim erat, recipere, veluti recipere se soluturum, aliquid daturum, vel facturum; et actio legitima, quæ dicebatur receptitia. Sic mutantur vocabula juris: quod olim recipere, hodie constituere est; longeque alia est ratio constituti, quam fuerit recepti: ut jus mutatur ita et nomina: longe alia ratio receptoriæ, quam constitutoriæ. Sed

Justiniani constitutione transfusa est receptitia actio in constitutoriam, ut jam duæ non sint actiones, sed una sit constitutoria. Ita sæpe mutata sunt juris vocabula. Ita quod fuit olim utendum dare, id est hodie commodare: quod in interdicto de vi detrudere, hodie est dejicere. Et hæc quidem de constituto præfari erat necesse. Dicendum est etiam aliquid de adjecto solutionis gratia: si stipuler mihi et Titio dari, partim utilis, partim inutilis stipulatio est; nam pro parte Titii est inutilis, cum pro alio facta stipulatio non valeat. Itaque mihi soli pro parte mea acquiritur obligatio, *l. ult. in fin. de verb. obl.* §. *quod si quis inst. de inut. stip.* Aliud dicemus, si stipuler mihi aut Titio dari: nam illa stipulatio pro parte mea tantum valet, posterior vero tota utilis est, quia non id agitur, ut Titio adquiratur obligatio, quæ etiam non posset adquiri Titio per me, sed ut adquiratur mihi soli: solvatur autem vel mihi, vel Titio quasi procuratori meo: conjunctio facit nos pares, disjunctio facit dispares. Et in persona quidem alterius, non stipulantis, obligatio consistere non potest, quia per liberam personam, vel per alienam personam, alteri non acquiritur obligatio, sed per eum tantum, qui illius juri subjectus est: verum in alterius persona, quasi procuratoris, solutio consistere potest. Hoc igitur sermone, *mihi et Titio dari*, applicatur obligationi Titius, quod fit inutiliter. Illo autem sermone, *mihi aut Titio dari*, Titius solutioni applicatur et adhibetur, quod fit utiliter: obligationi enim non applicatur. Atque ideo dicitur Titius adjectus solutionis gratia. Nemo potest communis obligationis gratia adjici; communis solutionis gratia adjici quilibet potest: et ideo Titio recte solvitur, etiam invito me stipulatore: sed non potest ex stipulatu agere, et similiter non potest novare obligationem, non acceptum facere, non pignus, non fidejussores accipere: postremo ei etiam non constituitur recte. Finge: stipulatus sum de te *mihi aut Titio dari*, constituisti Titio, te ei daturum, an tenearis constitutæ pecuniæ actione? minime, quia constitutum caret causa: neque enim tu Titio quidquam debuisti. Titius actionem non habuit, tametsi ei solvere potueris: ergo ita dicamus: constitui Titio suo nomine non potest, *l.* 7. §. *ult. hoc tit.* Recte ait, *suo nomine*, quia scilicet ei suo nomine nihil debetur: nam procuratorio nomine ei constituitur recte, videlicet quasi procuratori stipulatoris, *l.* 6. §. *Julianus, h. t.* Omnis autem adjectus solutionis gratia, est procurator, quoniam videtur ei mandatum, ut pecuniam solutam accipiat. Atque illud in jure passim dicitur, eum teneri actione mandati, ut scilicet solutam ei pecuniam reddat, §. *plane, instit. de inut. stip.* Constitui igitur adjecto potest ut procuratori, sed non ut creditori, alieno nomine, non suo. Rursus finge: stipulatus sum de te mihi aut Titio dari; ac similiter tu constituis te soluturum mihi aut Titio; constituis ut promisisti, res expedita est, mihi soli competit actio de constituta pecunia, *l.* 8. *h. tit.* Titio solvi poterit: ut adjectus est in stipulatione solutionis gratia tantum, ita et in constituto: mea est autem actio propria, et prior ex stipulatu, et posterior ex constituto: Titio tamen solvi potest etiam invito me, et si sit solutum, non est condictio indebiti ei qui solvit, argum. *l. sed etsi, de cond. indeb.* ac rursus, si solutum sit Titio, ipso jure perimitur utraque actio, quæ mihi competebat ex stipulatu, et ex constituto, §. *plane, instit. de inutil. stip.* perinde ac si mihi solutum fuisset: nam quod solvitur Titio, mihi videtur solvi, et debitori ipso jure contingit liberatio utriusque obligationis. Quod quidem ita procedit, ut proposui, si stipulatus sim mihi aut Titio dari, ac similiter promissor constituerit se daturum mihi aut Titio: nam (qui est alius casus) si stipuler mihi dari non adjecto Titio, deinde promissor constituat se daturum mihi aut Titio, et solvat Titio, ipso jure perimitur actio constitutoria, quæ mihi competebat, quia solutionis gratia Titius fuit adjectus constituto. Actio autem prior ipso jure non perimitur, quia in stipulatione priori Titius non fuit adjectus, nec inspecta stipulatione Titio recte solutum intelligitur: ideoque ipso jure non perimitur prior obligatio, sed perimitur per exceptionem hujusmodi; si non tua voluntate solvi Titio. Quæ est sententia legis *pen. h. tit.* nam ut recte Accurs. intelligit, pone in illa l. me mihi tantum stipulatum esse, deinde constitutum esse mihi aut Titio, et soluta pecunia Titio, ipso quidam jure peremptam esse actionem constitutoriam, sed non priorem actionem ex stipulatu. Verum ut ait *d. l. pen.* debitor erit adjuvandus per exceptionem, si conveniatur priori actione: priorem illam actionem vocat, ut vulgo est scriptum, propriam actionem, cum utraque sit illius propria, qui stipulatus est, non communis cum adjecto. Vocat haud recte ut videtur propriam actionem, cum utraque sit propria, quæ dicitur alibi in *h. tit.* obligatio sortis (sequens n. quod ex constituto nascitur est potius accessio) et dicitur prior obligatio, *l. si actor, de jurejur.* atque ita cum Flor. in *d. l. pen.* sit scriptum *propriæ actioni*, ausim affirmare esse traductionem literarum, et legendum, *priori actioni*, ut in *d. l. si actor*, quia inspecta priori obligatione non potuisti solvere Titio: stricto igitur jure priori actioni pecuniæ, postea constitutæ obligatum manere debitorem, sed etiam ei succurrendum data exceptione hac *si non voluntate tua*

solvit Titio. Quod si mihi aut Titio promisisses, et constituisses etiam, solvendo Titio, ipso jure et priorem et posteriorem obligationem perimeres, *d.* §. *plane.* Rursus fingamus ex *d. l.* 8. cum qua hæc lex 9. est coaptanda: stipulatus sum mihi aut Titio dari, et constituit promissor mihi soluturum soli: nihil mutat, etiamsi adjecerit soli. Cum ita constituisset, Titio solvit, an liberabitur? Priori sane actione liberatur, quoniam in stipulatione priori Titius fuit adjectus solutionis gratia: posteriori actione non liberatur. Atque ita licet solverit Titio, tamen cogetur mihi solvere actione de constituta pecunia, sed dabitur ei condictio indebiti adversus Titium, quia bene sibi non prospexit solvendo Titio, qui mihi soli constituerat soluturum. Erravit: condictio indebiti solet dari errantibus et improvidis. Et hoc est, quod ait Papin. in l. 9. Ego vero nihilominus agam actione constitutoria, ut mihi solvat, quod mihi constituit se soluturum, tametsi jam solverit Titio. Nec obstat *l. si ita stipul. de solution.* cui aliter respondendum est, quam resp. Accurs. Species est hujusmodi: stipulatus sum mihi, aut Titio dari, deinde constituit promissor se mihi soli soluturum. Si postea solvat Titio, non est perempta actio de constit. pec. quamvis potuerit solvere Titio. Si potuit solvere Titio, cur tenetur actione constitutæ pecuniæ? cur bis eandem pecuniam infert, Titio semel, et mox mihi, vel etiamsi recte solvit Titio, cur condicit? res ita explicanda est: potuit solvere secundum stipulationem Titio, sed non secundum constitutum, ideoque solvendo Titio ipso jure liberatur priori obligatione, sed non posteriore: quamquam etiam hoc casu æquum est ei subvenire per exceptionem, quod sequutus sit formam stipulationis, quam non putabat immutari velle stipulatorem, etiam si constituerit non adjecto Titio. Igitur debitori suppetunt duo remedia, ut vel me agente de constituta pecunia opponat exceptionem quod solverit Titio secundum stipulationem, arg. *l. pen. hoc tit.* vel si omittat hanc exceptionem, et mihi iterum solvat hanc pecuniam, ut condicat, quasi indebitum, aut quasi sine causa, quod solvit Titio perperam, hoc est, per errorem: perperam vox est communis Græcis et Latinis, quod significat per errorem, et inconsulto; nam scienti nunquam datur condictio indebiti. Perperam eum solvisse ex eo apparet, quia non est a me liberatus actione constituti. Cur non liberatur ex causa constituti, qui solvit Titio, licet constituerit se mihi soluturum non Titio? quia ut dicitur in *l. seq.* is, cui constituitur, loco ejus habetur, cui solutum est: constitutum est vice solutionis: videtur ergo quodammodo mihi solvisse, qui constituit mihi solvi. Ergo, si post solvat Titio per errorem, æquum est ei soluti repetitionem dari. Erravit quod constitutum non habuerit pro solutione, vel quod oblitus fuit se constituisse mihi soli. Et ita si duo sint rei stipulandi, ut si ego et Titius stipulati sumus de te nobis dari, singulis debetur in solidum. Post si constitueris te mihi soluturum, et solveris Titio alteri ex correis, nihilominus teneris mihi actione constitutoria, sed dabitur tibi condictio indebiti adversus Titium, quia is cui constituitur, inquit *l. seq.* haberi debet loco ejus, cui solutum est, et similis ei est, qui pecuniam accepit: quod si ita est, apparet perperam eum solvisse alteri, quia jam non habetur pro correo, cum alteri solutum intelligatur. Et ita in hoc tractatu observo semper auctores argumentari a solutione ad constitutum, ut in *l.* 1. §. *an potest, hoc tit.* aliud pro alio solvi potest volenti creditori, et constitui igitur: quia constitutum vice solutionis est: ac similiter pro invito solvere possum, et eum liberare, *l. solutione, de solut.* Possumus etiam, pro invito constituere, *l. utrum, hoc tit.* exemplo solutionis, nec tamen eum liberabo; constitutum enim non solvit obligationem: atque ita constitutum non per omnia simile est solutioni, sed in multis.

Eadem ratio est *l.* 35. *in prin. hoc tit.* quæ est ex eodem lib. Pap. Stipulatus sum illud aut illud dari, Stichum aut Pamphilum: uterque est in obligatione, alter in solutione tantum, uterque in petitione, modo ita petatur ut est deductus in stipulationem. Promisisti illud aut illud, et peto illud aut illud: solves alterum tantum. Finge: constituisti alterum tantum, ut Pamphilum te soluturum, an postea poteris solvere Stichum quem non constituisti? Minime, quia non debes constitutæ rei fidem frangere, et licet addere, et quia pro eo est, ac si solvisses Pamphilum, quem constituisti, ut jam non sit tibi integrum solvere Stichum: præstare debes in constituto et solvere Pamphilum, ut in solutione Pamphili perstares, siquidem eum solvisses naturaliter. Addit aliud de constituta pecunia, quod Accurs. pessime interpretatur, et ceteri, et delenda est summa Bartoli ad §. *seq.* Finge: detulisti mihi jusjurandum, cum esset inter me et te lis de pecunia credita, quam ego dicebam me tibi credidisse, et juravi mihi deberi: ex jurejurando nascitur actio in factum honoraria ad exemplum judicati, *l. actori, C. de reb. cred.* §. *item si quis stipul. Inst. de act.* Qui tenetur actione jurisjurandi in factum, an et constituendo tenetur? Qui scripserunt de constituta pecunia veteres auctores percurrunt omnes actiones, ut cum scribunt de fidejussoribus, et ostendunt constitui recte, quod debetur actione furti, aut vi bonor. raptorum, actione legis Aquiliæ, aut injuria-

rum, *l.* 29. *hoc tit.* pro actionib. quæ ex maleficio oriuntur, recte fit constitutum; certe etiam pro actionibus, quæ ex contractib. vel quasi nascuntur, sive sint civiles sive honorariæ, *l.* 1. §. *debitum*, *hoc tit.* Imo et pro naturali obligatione tantum recte fit constitutum, sicut et pro his omnibus causis recte adhibetur fidejussor. Notandum in hac l. etiam pro actione jurisjurandi recte fieri constitutum, id est, recte constitui, quod venit in actionem in factum ex jurejurando: ut si delato mihi juramento juravero mihi deberi, recte mihi constitues quod possum petere actione in factum ex jurejurando. Non est ponendum me jurasse, te constituisse mihi, sed jurasse mihi debere: et adjicit nihil interesse, an juravero delato, an relato jurejurando: defertur ultro, refertur coacte. Nam exempli gratia, si cum abs te peterem decem, et negares te mihi quidquam debere, detulero tibi jusjurandum ut jures te non debere, nec velis jurare, si ita sis superstitiosus, vel verecundus, sane cogeris mihi jusjur. referre, ut ipse jurem mihi deberi, *l. manifestæ, de jurejur.* alioquin manifestæ turpitudinis et confessionis est nolle nec jurare, nec jusjurandum referre. Ergo sive cum mihi deferretur, sive cum mihi referretur, juravero mihi deberi, recte postea mihi constitues, quod petere potui actione in factum ex jurejurando. Est quidem ea actio prætoria, non civilis: sed et deberi recte dicitur, quod jure prætorio debetur: si debetur, et constituitur igitur recte: quapropter licet etiam addere ad tit. de fidejussoribus pro actione jurisjurandi recte actionem dari.

Ad L. I. de Præscript. verbis.

Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis, et vulgarib. actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ in factum appellantur. Sed ne res exemplis egeat, paucis agam.

§. 1. *Domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit, an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam, Labeo scribit.*

§. 2. *Item si quis pretii explorandi gratia rem tradet, neque depositum, neque commodatum erit, sed non exhibita fide, in factum civilis subjicitur actio.*

Cum libro octavo Papin. proposuisset varias species actionum, quæ ex singulis negotiis dantur, et nomen proprium habent, transiens ad actionem de præscr. verb. quæ nomen proprium non habet, et non ex uno, sed ex innumeris negotiis datur, quorum actiones nullæ jure civili proditæ sunt: usus est præfatione eleganti in hac *l.* 1. nonnunquam evenire, ut deficientibus usitatis et vulgaribus actionibus, quæ legibus proditæ sunt, deficiente proprio nomine contractus, facile decurramus ad actionem præscr. verb. quasi ad extremum subsidium juris sui persequendi, et obtinendi; quod ait, se breviter demonstraturum duobus exemplis. Verum antequam ea exponamus, paululum nobis est enarranda causa introducendæ actionis, quæ dicitur præscr. verbis, et explicandum etiam, cur hæc appellatio non sit proprium nomen, seu propria appellatio. Prætor vel Jurecons. qui formulas concipit, vel actor, qui eis utitur, cum eas sibi dari, aut ita concipi postulat, hoc custodire, hoc curare semper debet, ut rebus accommodentur actiones propriæ: et actor, ut edat etiam specialiter nomen actionis adversario suo, puta se acturum ex empto, depositi, vel commodati, *l. edita, C. de edend. l.* 2. *C. Gregor. de calum.* et *in nov. Valentin. de Episc. jud.* Et hoc quidem est facile factu, si quibus de rebus agitur, legibus proditæ sint actiones propriæ. At non omnibus de rebus proditæ sunt actiones propriæ, peculiares, singulares, non est plenus actionem numerus, *l. quia actionum hoc tit.* neque vero tanta potuit esse prudentia majorum, quanquam fuerit summa, ut omnib. reb. actiones proprias, nomina propria constitueret. Ingens est copia rerum et infinita, nominum autem non est tanta, ut omnia negotia suis nominibus appellari possint. Rerum est infinitus numerus, nominum finitus, *Arist. initio elenchor.* Nec mirum, cum res sint a natura, voces ab hominib. et superat facile natura hominum inventa: finiti ad infinitum nulla est proportio: et hoc est, quod ait Ulp. in *l.* 4. *hoc tit.* natura rerum conditum esse, ut plura sint negotia, quam vocabula. Contractus superant nomina: non suppetunt omnibus contractibus nomina civilia: nec actionibus igitur civilibus, quæ manant ex contractibus ὑπὲρ τὰ ὀνόματά ἐστι τὰ συναλλάγματα: concurrunt sæpe negotia, ex quibus nullæ legibus proditæ sunt actiones, negotia, quæ proprio nomine vacant, ac sæpe est magna quæstio, negotium, quo de agitur, quemadmodum gestum sit inter contrahentes, et ejus nomen quale sit, aliud aliis imponentibus; et diversa sæpe in ea re judicia Juriscons. et judicum, et litigatorum. Quod cum evenit, tutius est, ut ait *l. naturalis*, §. *pen. et l. Titius, hoc tit.* dubitationis tollendæ causa, ut ait *l.* 1. *de æstimator.* agere præscr. verbis, id est, conceptis verbis in factum, et rem, de qua agitur, narrare prout gesta est, nullo nomine expresso actionis contractus: agere, ut Teoph. ait, διηγηματικῶς, *narrative*: datur ergo actio præscr. verbis: quæ definitio notanda est: ex contractib. sive negotiis, quæ nomen non habent certum, vel quia quemadmodum sunt gesta, non liquet satis, vel quia de

eorum nomine ambigitur, ita ut nesciatur ad quàm legem referenda sint, et est ea actio non prætoria, sed civilis, quia scilicet non datur, nisi ex negotiis moribus civitatis receptis, vel quæ proxime accedunt ad negotia civilia, legitima, usitata, vulgaria, solemnia, quæ nomen suum habent. Et ita in *d. l.* 1. *de æstimat.* si rem meam æstimatam tibi vendendam dedero, ut vel eam referres, vel pretium et æstimationem, quam ego indicavi, dari actionem præscr. verbis, quia civile negotium gestum est, inquit, consimile scilicet negotio habenti nomen proprium, locationi scilicet et conductioni, vel mandato. Omnis actio præscriptis verbis est similis actioni civili, *l. naturali* §. *pen. h. tit.* Et civilis igitur etiam ipsa: quæ est proxima et similis civili et ipsa civilis est. Omne negotium, ex quo datur actio præscr. verbis, est simile vel emptioni, vel locationi, deposito, commodato, mandato, vel negotiis aliis, quibus leges nomina dederunt propria: alioqui, si quod negotium forte illorum instar non habuerit, ex eo non dabitur actio præscriptis verbis, *l. naturalis*, §. *quod si fac. h. tit.* Sed ne longe aberremus a lege nostra, ejus, quod proposuit Pap. initio, duo dat exempla. Tractemus de priori. Locatori, si sit contracta locatio et conductio, datur actio ex locato, conductori ex conducto. Verum sæpe dubitatur, quis sit locator, quis sit conductor, cui sit danda actio ex locato, cui ex conducto. Definiamus igitur, quis sit locator, quis sit conductor, cui sit danda actio ex locato, cui ex conducto. Locator est is, qui accipit mercedem, ut dominus ædium: conductor autem est is, qui dat mercedem, ut inquilinus, qui ædes conduxit, dat mercedem, et est conductor. Hæc definitio est falsa in multis casibus. Nam si ego domum ædificandam dedi, locator sum, nec tamen accipio mercedem, sed do: et contra, si domum ædificandam accepi, conductor sum, nec tamen do mercedem, sed accipio. Igitur certissima definitio hæc est, qua ego uti soleo, et quæ neminem fallet. Locator est is qui dedit aliquid fruendum, vel faciendum: qui dedit fruendum, accipit mercedem, qui dedit faciendum, dat mercedem. Conductor est is qui accipit fruendum vel faciendum: qui accipit fruendum, dat mercedem; qui accipit faciendum, accipit mercedem. Denique locatoris est dare, conductoris accipere: et secundum hæc, si magister navis mercatori det navem utendam constituta certa mercede, locator est magister navis, et accipit mercedem, dominus mercium est conductor, et dat mercedem. Longe aliud erit, si res ita gesta sit, puta, si magister navis merces vehendas acceperit: ita enim gesto negotio magister navis est conductor, et accipit mercedem: dominus mercium est locator, et dat mercedem, *l.* 2. *ad l. Rhod.* Atque ita multum interest magister navis navem locaverit, idest, dederit utendam, quo casu dominus mercium conductor est, et agit cum magistro navis ex conducto, non ex locato, an vero magister navis acceperit merces vehendas, quod est conduxerit, quo casu dominus mercium est locator operarum magistri, et agit cum magistro navis ex locato. Si agat ex conducto, agit perperam. Quid ergo fiet ne agat perperam? Si incertum sit, magister navis navem locaverit, an conduxerit merces vehendas, si ignoretur quemadmodum negotium gestum sit, hoc si ignoretur, et illud quoque ignoratur, mercatori in magistrum navis danda ne sit actio ex hoc negotio ex locato, an ex conducto: et in re dubia tutius est missa utraque actione, agere præs. verb. sive, quod idem est, in factum civili actione, quæ tamen erit instar actionis locati conducti, instar civilis actionis, quæ nomen suum habet, quamvis ipsa non habeat: et hoc est prius exemplum, quo utitur Papin. Sequitur posterius: rem tibi tradidi, ut eam inspiceres, et pretium ejus explorares: quæritur, quale sit hoc negotium, an sit depositum? Minime: neque enim rem tibi custodiendam, sed inspiciendam pretii excutiendi causa dedi: non etiam commodatum, quoniam non tibi dedi rem utendam, sed inspiciendam tantum. Et hoc ita proponit Papin. Nihil scribit de mandato, et tamen videtur esse mandatum, ut cum ego rem tibi do et mando, ut inspicias et æstimes: quod negandum tamen est, alioquin ex hoc contractu non daretur actio præscr. verb. si sine controversia esset mandatum. Ut igitur neque est depositum hoc genus negotii, neque commodatum; sic nec mandatum, quia mandatum non est, nisi fuerit animus constituendi procuratoris in hanc rem, et hoc liqueat, quod non liquet, cum in dubio possit videri depositum, vel commodatum. Ergo ex hoc negotio etiam tutius erit agere præs. verb. sive in factum civili actione, quasi ex negotio novo et inusitato, ex quo datur actio præscriptis verb. *l. si tibi polienda, hoc tit.* sed quod sit proximum et vicinum negotio usitato. Et ita in hoc posteriori exemplo dices, actionem præscriptis verbis esse similem civili, negotium illud esse proximum civili, atque adeo civile ipsum esse. Et placet verbum, quo utitur Papinianus: *non exhibita fide, subjici actionem in factum civilem*, id est, si non exhibeat fidem is, qui rem inspiciendam accepit, id est, si explorator eam rem non reddat, subjici actionem civilem in factum: non dicit eum subjici actioni in factum civili, ut Marc. Tullius in Topicis, quod sumpsit ex jure: in actionibus civilibus plerumque subjici illum arietem, id est, defensionem illam juris, si telum manu fugit magis, quam jecit: quoties reus excusat factum impruden-

tia teli emissi. Ad quam formulam antiquam, non ex 12. tab. ut quidam scripserunt, sed ex auctoritate prudentum respicit Augustin. *lib. 1. de lib. arbit.* cui invito atque imprudenti telum manu fugit, quod est relatum in can. *si homicid.* 25. *quæst.* 5. Ita exceptio subjicitur actioni, ut in *l. 7. de condit. instit. l. ex contractu, de re jud.* actio enim subjicitur actioni, et hoc est quod heic ait Papinian.

Ad §. Papinianus L. XVII. eod. tit.

§. 2. *Papinianus lib. 8. quæstionum scripsit. Si rem tibi inspiciendam dedi, et dicas te perdidisse, ita demum mihi præscriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit. Nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum. Secundum hæc, si cui inspiciendum dedi, sive ipsius causa, sive utriusque, et dolum et culpam mihi præstandam esse dico propter utilitatem; periculum non. Si vero mei dumtaxat causa datum est, dolum solum: quia prope depositum hoc accedit.*

Subjicienda nobis sunt necessario, quæ ex eodem libro Papin. de eadem specie, quæ proponitur in posteriore exemplo Ulpian. refert in *l. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *hoc tit.* et quod ex eodem libro Papin. extat in *l. rem* 78. *de furt.* Illi loci sunt conjungendi cum extrema parte hujus legis. Exponamus quemadmodum tibi rem inspiciendam dedi; sic loquitur *l. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *et l. rem*, *de furt. et l. eum*, *qui* §. 1. *commod.* quod ita interpretandum est. *Si rem tibi dedi pretii explorandi causa.* Bas. ἐὰν παράσχωσοι πρᾶγμα διατιμήσασθαι; non utitur quidem Papin. hoc loco verbo *inspiciendi*, sed nihil interest dixeris rem dari inspiciendi gratia, vel pretii explorandi gratia, Græcis διατιμητὴς, inspector dicitur, et longe aliud est inspicere, aliud respicere: de eo, qui rem accepit, ut respiceret, est *l.* 2. *hoc tit.* Legitur enim in ea re recte Florentiæ, *respicere*, non *inspicere* Species est. Duo secundum Tyberim ambulabant, unus ex his rogatus, alteri annulum suum ostendit, ut respiceret, inquit, is culpa ejus illi excidit et devolutus est in Tyberim, quæritur, qua actione cum eo agatur; non est commodatum, quia dedit, ut eodem momento redderet, ut respiceret, non inspiceret, non ut exploraret pretium annuli; quasi tamen ex commodato dabitur actio præscr. verbis, quia ita intelligitur dedisse, ut mox redderet, et culpa ejus factum est, ne redderet, aut posset reddere. Sed videamus, quid ad hoc postremum exemplum sit addendum ex *d.* §. *Papinianus*, *et d. l. rem, de furt.* Si inspector rem non reddat, tenetur actione præscr. verb. Hoc ita procedit, si ignoretur, ubi res sit, si non inveniatur, si quis eam furto abstulerit, nec sciatur quis ille fur sit, nec tamen indistincte: nam inspector quandoque culpam præstat, quandoque non. Nam si mea causa tantum rem inspiciendam dedi, dum volo inquirere pretium rei meæ, quia nulla utilitas versatur inspectoris, sed mea tantum, inspector debet præstare dolum tantum, sicut depositarius, et culpam dolo proximam eadem ratione, quia in deposito nulla utilitas depositarii versatur: depositum fit solius deponentis gratia, et ideo præstat depositarius dolum tantum: hoc casu inspector similis est depositario, nec tamen depositarius, quia non custodiendi, sed inspiciendi causa rem accepit: et ideo si sine dolo ejus vel inspectoris ejus res interierit, licet culpa ejus levi perierit, non tenetur actione præscr. verbis. Finge, extraneum furto abstulisse eam rem, est sane in culpa depositarius, vel inspector, quod rem non servaverit diligentius, sed tamen non tenetur depositarius depositi, vel inspector præscriptis verbis: et ideo non habet actionem furti adversus furem, quia nihil ejus interest, cum non teneatur domino rei: et actio furti datur tantum ei, cujus interest, et in id, quod interest in duplum, vel quadruplum, sed datur actio furti domino rei, *l. eum qui*, §. 1. *commod.* Et notandum, furtum plerumque imputari culpæ possessoris: latrocinium, prædatura, abigeatus, quoniam fiunt vi majore, sunt casus fortuiti, damna fatalia, quibus resisti non potest: furtum non est damnum fatale: nam furto cavere diligentia paterfamilias potest, *l. cum duobus*, §. *damna, pro soc. l. 4. naut. caup.* Et ideo ego probavi semper, quod alii improbant, id scilicet, quod est in more positum in quibusdam Galliæ regionibus, ut fur plectatur sua pœna ob turpe lucrum, et dominus publicatione rei furtivæ ob suam negligentiam: furtum plerumque negligentiæ imputatur. Invenies interdum furtum culpæ non imputari, *l. eum qui*, §. *item quæritur, de furt.* Fateor, est quoddam furtum quod adnumeratur casui majori potius quam culpæ, ut quod faciunt saccularii, qui sunt quasi præstigiatores, vel quod faciunt apertularii, *Crocheteurs*, quibus nihil est tam bene obsignatum, quod non aperiant: quis istos cavere potest, quorum ars in furando est subtilis nimis? Quid vero dicemus si ego rem tibi dedi inspiciendam tua causa, vel mea et tua? si tua tantum, si mea tantum causa, præstas dolum tantum ut depositarius, si mea et tua, quia etiam tua utilitas vertitur, teneberis mihi præscr. verb. etiamsi sine dolo tuo, non tamen sine culpa tua levi, ut si furto res sublata sit: atque ideo habebis actionem furti adversus furem, non ego, *d. l. eum qui*, §. 1. *et d.* §. *Papinianus*: et hoc est quod ait lex *rem*, de furt.

Ad L. LXXVIII. de Furt.

Rem inspiciendam quis dedit, si periculum spectet eum, qui accepit, ipse furti agere potest.

Si periculum spectet inspectorem, quod scilicet in ea re utilitas ejus aliqua fuerit, vel ut dicam apertius, quod ei expediret eam rem inspicere, dum forte eam emere vult. et periculum non oportet accipere pro casu fortuito, ut in *d.* §. *Papinianus*, ubi ait, inspectorem nunquam præstare periculum, hoc est, casum majorem: sed cum illius gratia res inspicienda illi data est, periculum eum spectabit, veluti periculum furti, quod intelligitur plerumque contingere culpa possessoris, vel ejus, qui rem naturaliter tenet. Concludamus ergo: si periculum furti ad inspectorem pertinet, quoniam tenetur domino actione præscr. verbis: ergo ei dabitur actio furti adversus furem, non domino. Quædam omiseram nudiustertius ad *l. rem, de furt.* Si tibi rem inspiciendam dedi, aut extraneus furtum fecit, aut tu ipse. Si extraneus et tui causa eam rem inspiciendam tibi dedi, quod eam emere velles, tibi competit actio furti adversus furem, quia teneris mihi actione præscr. verb. quod culpa tua ea res amissa sit: si mei duntaxat causa rem tibi inspiciendam dedi, dum volo pretium exquirere; ego habeo actionem furti adversus furem extraneum, quia tu mihi non teneris actione præscr. verb. nec enim hoc casu debes præstare culpam, sed dolum tantum, quia in hoc negotio nulla tua utilitas vertitur: quod satis exposuimus: sed, quod omiseram, si tu ipse, qui rem inspiciendam accepisti, ejus rei furtum feceris interversa possessione, et liqueat eam rem apud te esse, et retineri abs te lucri faciendi causa, jam non est quod agam tecum actione præscr. verb. ut eam rem mihi reddas: cum suppetant civiles et directæ actiones quamplurimæ adversus te, nimirum furti pœnalis in duplum et rei persequendæ nomine, condictio furtiva, et actio ad exhibendum, et rei vindicatio, quæ dantur in fures, *l. si gratuitam*, §. *Papinianus*, *de præscr. verb.* et hoc est quod omiseram nudiustertius.

Ad L. I. qui pot. in Pign.

Qui dotem pro muliere promisit, pignus sive hypothecam de restituenda sibi dote decepit, subsecuta deinde pro parte numeratione, maritus eandem rem pignori alii dedit, mox residuæ quantitatis numeratio impleta est. Quærebatur de pignore? cum ex causa promissionis ad universæ quantitatis exsolutionem, qui dotem promisit, compellitur, non utique solutionum observanda sunt tempora, sed dies contractæ obligationis. Nec probe dici in potestate ejus esse, ne pecuniam residuam redderet, ut minus dotata mulier esse videatur.

§. 1. *Alia causa est ejus, qui pignus accepit, ad eam summam, quam intra diem certum numerasset: ac forte prius quam numeraret, alii res pignori data est.*

Lex 1. hujus tituli, imo omnes leges sunt de duobus creditoribus, quibus diversis contractibus, diversis temporibus eadem res pignori obligata est in solidum. Qua in re primum monendi estis, aliquantulum interesse, utrum eadem res duobus diversis contractibus vendita, aut donata sit, an pignori obligata. Nam si duobus diversis contractibus et temporibus eadem res sit vendita vel donata, in rei vindicatione potior est, cui res tradita est: nam traditione translatum est jus domini, si dominus est: et potior igitur in rei vindicatione, *l. quoties*, *C. de rei vind. l. sive autem*, §. *si duobus*, *de Publ. in rem. act. l. si duobus de div. et temp. præs.* Sed si duobus eadem res pignori obligata sit diversis contractibus, in actione hypothecaria, in vindicatione pignoris, potior est non tantum is, cui pignori res tradita est; sed et is, cui priori res obligata est nuda conventione; nam pignus non tantum traditione contrahitur, sed etiam nuda conventione, *l. 1. de pignor. act.* Item si quis duobus eandem rem in solidum vendiderit diversis contractibus, tenetur crimine falsi, *l. qui duobus, ad l. Corn. de fals.* At si quis duobus eandem rem diversis temporibus pignori obligaverit, tenetur crimine stellionatus, quia scil. deficit proprium nomen criminis, nam crimen quod non habet proprium nomen, dicitur stellionatus: impostura quæ caret nomine dicitur stellionatus: et tamen certum est, eum, qui duobus diversis temporibus eandem rem obligat pignori, non teneri crimine falsi *l. Cornel. de fals.* sed crimine stellionatus. Num igitur est falsum crimen stellionatus, quod non est crimen legitimum, non ordinarium, est inscriptum, ut vocant Rhetores, de quo nulla lex scripta est, ut possis etiam actionem præscr. verb. appellare inscriptam *l. tutor*, §. *contrariam*, *l. si quis*, §. *ult. de pign. act.* Sed explicanda est ratio differentiæ, cur tenetur crimine falsi venditor? quia rem quam vendit, vendit quasi suam, asserens esse suam, aut quasi asserens, dicit rem suam esse, aut dicere intelligitur, et mentitur tamen, qui vendit posteriori, cum dominium ejus rei transtulerit in priorem emptorem, et mendacium species est falsi: mendax est falsarius, tenetur ergo *l. Corn. de fals.* quasi falsarius et mendax. Qui rem pignori obligat, dicit quidem esse suam,

sed non dicit esse liberam, non esse obligatam alii, non mentitur, sed dissimulat priorem obligationem: dissimulatio est stellionatus, non falsum, cum nihil affirmet, vel affirmare intelligatur: sed si diceret pignorando rem posteriori, rem esse liberam, sane teneretur falsi, et cessaret crimen stellionatus: quod in hypothecis Athenienses semper exprimere solebant, rem esse liberam, ut in actionibus et præscriptionibus, Demosth. maxime in ea, quæ est adversus Lacritum, pignori obligari res liberas et immunes, ut etiam nostri auctores dicunt, liberam rem, liberum prædium, non solum, quod non debet servitutem, sed etiam quod non est pignoratum, *l. si pro fundo, C. de trans. l. ult.* §. 1. *ad Velle.* Et ita si pignorando eam rem posteriori dixeris esse liberam, et fuerit ante obligata aliis, committis in *l. Cornel. de fals.* nec opus est accusatione stellionatus, cum suppetat ordinaria et legitima. Sed non solebant hoc affirmare qui pignori rem opponebant; cum hoc autem affirmatur, hoc solo casu est accusatio stellionatus. Verum excutiendum illud est diligenter, quod posuimus initio, eum qui prior est tempore, potiorem esse jure hypothecæ vel jure pignoris, id est, creditorem in cujus persona prius constitutum est pignus, potiorem esse creditore pignoraticio, vel hypothecario. Quo principio posito, oriuntur statim ex eo quæstiones multæ, et illa in primis, quis prior intelligatur, quis posterior, quis antiquior in causa pignoris. Prior quis dicitur variis modis, ut docuit Aristotel. et non immerito dubitatur, quis; et hoc potissimum quæritur in specie hujus legis, quæ est hujusmodi. Ego promisi dotem pro muliere marito stipulanti, nondum numeravi, et antequam numerarem maritus stipulanti mihi cavit, se dotem redditurum mihi soluto matrimonio; dos fuit receptitia, et eo nomine rem suam mihi pignori dedit de restituenda dote dirempto matrimonio; post ego partem dotis numeravi; et antequam numerarem residuam partem dotis, maritus eandem rem Titio pignori obligavit, ac deinde ego numeravi residuam partem dotis, implevi dotem, implevi maritum. Quæritur quis sit potior in ea re pignoris jure quis prior, ego an Titius? et Papin. prudentissime ait pignoris jure, me esse priorem, potiorem, potentiorem, et non esse observandum tempus impletæ numerationis. Titius est prior, quia post Titium ego implevi numerationem dotis; sed si spectemus tempus contractæ obligationis, ego sum prior, non Titius. Prior igitur varie accipitur pro ratione temporis, quod observatur. Et Papin. ait, non esse spectandum tempus impletæ numerationis, sed tempus contractæ obligationis, quo tempore in causa pignoris nemo me præcessit, quo tempore pignus restituendædotis recte contractum est: nam pignus restituendæ dotis recte contrahitur non tantum dote numerata, sed promissa stipulanti, quia qui promisit non potest numerare, cum sit efficaciter obligatus, neque potest mulierem pro qua promisit dotem indotatam facere: atque ita tempus, contractæ obligationis efficaciter comparatur tempori numerationis, quia qui contraxit efficaciter obligationem, et numerasse intelligitur. Et hoc est quod ait Papin. in 1. parte hujus l. Efficax promissio pro numeratione est, quia non potest non sequi numeratio; atque adeo non oportet animadvertere ad tempus numerationis, sed ad tempus contractæ obligationis, cum quæritur uter ex creditoribus sit prior vel potior. Eadem ratione idem dicemus, si post stipulationem dotis pignore mihi dato de restituenda dote soluto matrimonio, antequam quicquam numerarem ex dote, maritus eandem rem Titio obligavit; nam et hoc casu præferor Titio. Non pono, ut posuit qui consulit Papin. per partes fuisse solutam dotem, partem antequam cum Titio contraheret, partem residuam post obligationem Titii, sed fuisse promissam tantum, et nihil fuisse adnumeratum, antequam idem pignus Titio obligaretur, et tamen dico me esse Titio potiorem in vindicatione pignoris. Etiam illud adjicio, idem esse dicendum sive stipulatio dotis sit facta pure, sive in diem, sive sub conditione collata in casum, vel in potestatem mariti stipulatoris, quia existente die vel conditione, perinde est atque si pure facta stipulatio fuisset, *l. qui balneum, et l. potior, hoc tit.* Et hæc quod ad priorem partem hujus legis attinet. In posteriore parte Papin. docet, aliud esse dicendum, si nulla præcessit stipulatio dotis, nulla obligatio, si me non obligavi ad dotem dandam, sed maritus mihi cavit, mihi promisit se redditurum dotem, quam ei numerarem intra diem certum quam ei non promiseram, etsi eo nomine rem suam mihi pignori dederit. Fingamus igitur et ponamus hanc speciem apertius. Ego non promisi dotem pro muliere, sed spem feci numerandæ dotis pro muliere: et hac spe fretus maritus mihi promisit se dotem redditurum quam ei numerarem intra diem certum, numerabo si volo, et rem suam mihi dedit pignori in eam summam, quam numerarem si velim: neque enim sum obligatus: ac deinde ante eum diem, antequam numerarem, maritus eandem rem Titio pignori obligavit. Sunt notandæ hujusmodi quæstiones, in quibus nullum verbum est, quod non accurate observetur hodie. Titius erit potior, non ego, et spectabitur tempus numerationis: non potest spectari tempus contractæ obligationis, cum nulla contracta sit, cum non me obligaverim dandæ doti, et fuerit in mea

potestate non numerare, non dare: non est quod aliud tempus igitur spectes quam tempus numerationis: eo tempore me præcedit Titius: ergo me potior est. Addendum est, idem esse, si cum ego me non obligassem dandæ dotis, sed spem tantum fecissem, me daturum intra diem certum, et sub hac spe maritus mihi rem suam pignori dedisset de restituenda dote, ac deinde antequam rem numerarem, idem pignus Titio vendidisset, post ego numerassem pecuniam dotalem. Nam hoc casu nullum pignus contractum intelligitur etiamsi postea numeraverim, quia tempore numerationis quod solum observari potest, ea res non fuit in bonis Titii, cui vendita et tradita fuit: et constat non consistere pignus, nisi ejus rei, quæ est in bonis debitoris ex formula pignoratitiæ actionis, *l. pen. sub. tit. prox. l. potior. in prin. hoc tit.* Unde ita concludam: pignus potest præcedere obligationem sicut fidejussio: pignus est sequela principalis obligationis ut fidejussor, fateor, et intelligitur etiam esse sequela, licet præcedat obligatio, et non male præcedit, §. *fidejussor*, *Inst. de fidejussor.* Pignus, inquam, potest præcedere obligationem, sed secuta obligatione ita demum pignus consistit, si eo tempore, quo contrahitur obligatio, inveniatur in bonis debitoris: alioqui est inutile, propterea quod spectare oportet tempus contractæ obligationis, a quo non est diversum tempus numerationis in hac specie. Quod si eodem tempore, quo sequitur obligatio, pignus quod præcesserat, inveniatur obligatum alii, consistit quidem, sed non est potentius; præfertur namque alius, qui prior credidit. Unde in hac quæstione hæ sunt nobis semper retinendæ conclusiones: contracta obligatione principali, sive personali, id est, facto vel perfecto contractu, quamvis nondum impletus sit, observatur tempus dati vel conventi pignoris, id est, facti vel perfecti contractus, factæ seu confectæ obligationis, non tempus impleti contractus, quia ab initio pignus recte constitutum fuit. Altera conclusio hæc est: nec impleto contractu, id est, nondum constituta obligatione ullo modo, spectatur tempus contractus, non tempus dati, vel conventi pignoris, quia nulla esse intelligitur obligatio dati vel conventi pignoris ante contractum, et ut de stipulatione dicitur in *l. 6. de novat.* numerationem pecuniæ fieri implendæ stipulationis gratia, quæ præcessit, ut potest præcedere, ita hoc casu licet dicere, contractum fieri implendi pignoris causa, quod præcessit: fidejussor potest præcedere obligationem, item pignus, item stipulatio. Nam et stipulatio accessio est, sicut pignus, et fidejussor. Stipulatio est conclusio contractus, *l. si dominus*, *de præscr. verb.* nisi animus novandi adfuerit. Et hoc est quod dicitur, stipulationem non fieri sine causa: accedunt stipulationes contractibus, non per se subsistunt: Absoluta est sententia hujus legis. Sed ne quid desideretur quod pertineat ad hanc quæst. quæ est quotidiana hodie, fingamus novam speciem, nec tamen longe remotam a superiori. Cum ego a te vellem mutuo pecuniam ingentem accipere, et tu velles dare, ego non sine fraude accepi modicam pecuniam, et pignus dedi, ac deinde a Titio etiam accepi mutuam pecuniam sub eodem pignore, et postea a te accepi residuam pecuniam, quam ab initio accipere volebam, et tu dare: tu es potior, quia prior credidisti. Et ex quæstione tractata a Papiniano hoc intelligitur, priorem esse eum, qui prior credidit, etiamsi posterior pignus accepit: contra priorem non esse eum, qui prior pignus accepit, nisi ei crediderit prior; plane igitur tu prior es, quia tu prior credidisti, et sine dubio tu prior es in prima illa modica pecunia, quam initio mihi credidisti sub pignore illo: sed alter an prior est in posteriore pecunia, in residua pecunia? quod videtur exemplo usurarum posteriorum, quæ accessere post secundum creditorem in specie *l. Lucius*, *hoc tit.* quæ est hujusmodi. Ego mutuam pecuniam a te accepi sub usuris certis dato pignore: deinde mutuam pecuniam accepi a Titio sub eodem pignore: proculdubio tu es prior sortis nomine, quia prior sortem mihi credidisti: tu es etiam prior usurarum nomine, quæ accesserunt antequam mihi crederet Titius, quæritur, an sis etiam prior usurarum nomine, quæ accesserunt post creditum Titii? et ait *l. Lucius*, te esse priorem usurarum omnium nomine: quod concedam facile, quia usuræ sequuntur jus sortis: sed videtur etiam idem esse constituendum in posteriori sorte; ut sequatur jus prioris, ita et quemadmodum tu habes privilegium temporis in priori, etiam habeas in posteriori pecunia: sed si hoc amittetur; hac via posteriores creditores circumscriberentur. Et sane videtur debitor habuisse animum circumscribendi secundi creditoris, qui ita rem gessit, qui cum potuit ingentem pecuniam accipere, noluit nisi modicam accipere. Et ideo recte definitur in *l. si creditor*, §. *si idem*, *hoc tit.* eum, qui bis credit esse ante secundum, et post secundum creditorem, in pecunia prior esse potiorem, in posteriori esse tertium, Titium in sua pecunia esse secundum. Ex iis, quæ diximus ad *l. 1.* resumere nos aliquid oportet, quod majore confirmatione videtur indigere. Qui duobus eandem rem diversis temporibus, diversis contractibus in solidum vendidit, tenetur pœna falsi ex *l. Cornel.* qui autem duobus eandam rem diversis contractibus obligavit, tenetur crimine stellionatus, quasi deficiat crimen falsi: non tenetur ergo

crimine falsi: nam ubi est aliud crimen, ibi cessat stellionatus, *l. 3. inf. de crim. stell.* Quæro quæ sit ratio differentiæ? hæc differentia verissima esse videtur: qui vendidit duobus eandem rem, tenetur falsi ex *l. Cornel.* quia vendendo posteriori, rem dixit esse suam, et mentitus est, mendacium est falsum, quia scilicet jam priori eam rem vendiderat et tradiderat: vel licet non dixerit palam, rem suam esse, utique intelligitur dixisse semper, quia etiamsi rei alienæ venditio valeat, tamen emendo vendendo id agitur, ut dominium transeat in emptorem, *l. 80. §. ult. de cont. empt.* et quod agitur, pro dicto habetur, *l. quum quid, de rebus cred.* Quid si quis duobus eandem rem in solidum pignoravit duobus contractibus? et quidem si dixerit, eam rem liberam esse, vel esse suam falso, cum esset vel alii obligata, vel aliena, mea quidem sententia hic tenetur etiam crimine falsi, quia mentitus est. Sed si dissimulaverit rem esse alienam, vel alii obligatam, non etiam affirmaverit quicquam, hoc casu tenetur crimine stellionatus, *l. tutor, §. contrariam, l. si quis, §. ult. de pign. act. et l. 2. C. de crim. stell. l. 3. inf. eod. tit.* quæ id evidentius demonstrat in illo loco: *dissimulata obligatione.* Dissimulatio illa non est falsum: non ergo tenetur crimine falsi: et tenetur tamen quasi stellio, quasi Ægyptius, ut veteres loquebantur. Est proprium vitium Ægyptiorum stellionatus, stellioque frequens in Ægypto animal, inde αἰγυπτιάζειν est imponere et stellionem agere. Denique non est falsus, sed propter illam dissimulationem vafram tenetur stellionatus crimine: quod quidem crimen nunquam concurrit cum alio crimine legitimo, sed est stellionatus persecutio, cum nullius alius criminis est persecutio. Verum objici potest *l. ult. de crim. stell.* quæ ait, eum teneri crimine stellionatus, non ergo falsi, qui falso dixit, rem esse suam, quam pignori dabat, jurando vel potius pejerando rem esse suam: quod est plane contra illud, quod ante dixi. Et placet objectio valde, quia mihi præbet causam explicandæ *d. l. ult.* difficilis satis et vexatæ nimis. De perjurio ait; crimen stellionatus fit si quis falso juraverit suum esse pignus, quod fuit alienum: cur non tenetur falsi? In jure nos oportet separare perjurium a falso: nam perjurium est sane plus quam falsum: non inveniens *l. Cornel. de falsis*, contineri perjurium, quia majus est crimen perjurii quam falsi: falsi pœna est legitima, perjurii nulla: si quis per Deum pejeraverit, Deum ultorem habet, *l. 2. C. de reb. cred.* Perjurii igitur nulla est pœna legibus prodita, nulla accusatio, quamvis sit plusquam falsum, et ratione falsi per se tantum, *d. l. ult.* non subjicit perjurium crimini stellionatus, sed quod deficiente crimine falsi, cum perjurium sit separatum a falso, quod par sit et æquabile non minus teneri eum crimine stellion. qui pejeravit pignus suum esse quam qui simulavit. Si ex simulatione contrahitur crimen stellionatus, cur non ex perjurio? Crimen stellionatus maxime est generale, quod complectitur omnes imposturas vacantes nomine proprio, nec scriptas sive comprehensas legibus; et ita omnino res explicanda mihi videtur.

Ad L. LXV. rem Hæreditariam, de eviction.

Rem hæreditariam pignori obligatam hæredes vendiderunt, et evictionis nomine pro partibus hæreditariis spoponderunt: cum alter pignus pro parte sua liberasset, rem creditor evicit: quærebatur, an uterque hæredum convenire posset; idque placebat, propter indivisam pignoris causam, nec remedio locus esse videbatur, ut per doli exceptionem actiones ei, qui pecuniam creditori dedit, præstarentur, quia non duo rei facti proponerentur, sed familiæ erciscundæ judicium eo nomine utile est: nam quid interest, unus ex hæredibus in totum liberaverit pignus, an vero pro sua duntaxat portione? cum cohæredis negligentia damnosa non debet esse alteri.

Lex hæc est elegans, et qua ego soleo uti semper, quoties agitur de evictione pignorum, quæ dicitur esse individua, propterea quod pignus non potest lui sive repignorari, ita ut non perseveret in solidum, ut non sit obligatum totum, nisi et tota pecunia soluta sit, nisi sors tota soluta est: hoc est, quod ait Papin. indivisam esse pignoris causam, et ait indivisam, pro individuam, ut in *l. viæ de serv.* indivisum esse usum servitutum, hoc est, individuum: revera hæc sunt diversa: pleraque sunt indivisa, quæ tamen non sunt individua: et ait Papin. indivisam esse pignoris causam, id est, non solvi pignus, nisi soluta omni sorte, soluta parte sortis, non ideo minus pignus manere obligatum in solidum. Finge, te debere mille et solutam esse maximam partem, ita ut debeatur unus nummus tantum: pignus pro illo nummo in solidum tenetur. Individua est igitur pignoris causa, individuum pignus: nam et nobis ut quibusdam auctoribus pignoris causa, id est, pignus, dotis causa, id est, dos. Speciem hujus legis ponamus. Qui debet certam pecuniam sub pignore rei suæ, vita decessit, relictis duobus hæredibus primo et secundo: hi eandem rem quam defunctus obligaverat vendiderunt, et caverunt emptori evictionis nomine pro hæreditariis portionibus non in solidum singuli: ergo non sunt duo rei promittendi: post unus ex cohæredibus, puta, primus, pignus li-

beravit pro sua parte, videlicet soluta sorte pro parte hæreditaria: quantum in eo fuit, bene functus est suis partibus et suo munere, quia intulit portionem hæreditariam: deinde creditor evicit pignus et abstulit emptori actione Serviana, quæ etiam dicitur hypothecaria: commissa est stipulatio evictione adversus venditores, quæ committitur non tantum, si res evincatur rei vindicatione, sed et si evincatur actione hypothecaria, *l. si mancip.* §. *ult. hoc. tit.* Quæritur an evicta re jure pignoris, ut proponitur, possit uterque hæredum conveniri ab emptore ex stipulatione interposita evictionis nomine? Videtur non posse conveniri ille, qui pro parte sua pignus liberavit, solvendo sortem pro parte sua; an igitur evictionis nomine teneatur alter, id est secundus qui pro sua parte pignus non liberavit? Responde, utrumque teneri pro hæreditariis portionibus evictionis nomine uti cavit, quia singuli in solidum se non obligarunt, nec sunt duo rei promittendi. Hoc ut intelligatur, sciendum est, magnam esse differentiam inter obligationem personalem, quæ obligatio principalis dicitur seu sortis, et obligationem hypothecariam. Nam obligatio personalis ipso jure ex 12. tab. dividitur inter cohæredes pro hæreditariis portionibus. Fateor eum, qui solvit sortem pro sua parte, jam non posse conveniri actione personali. Obligatio autem hypothecaria est individua, non dividitur inter cohæredes, nam singuli tenentur in solidum actione hypothecaria si pignus possideant, vel dolo desierint possidere, etiam is, qui solvit pro sua parte: quia solvendo sortem pro sua parte nihil agit: liberavit quidem se penitus ab obligatione personali, liberavit etiam pignus pro sua parte, nullam tamen pignoris partem liberavit, quia pro residua parte sortis, quæ non est soluta, pignus tenetur in solidum, perinde atque si nihil ex sorte solutum esset, *l.* 1. *et* 2. *C. de luit. pign.* non liberatur pignus, nisi tota pecunia solvatur, et quamdiu vel unus nummus superest, totum pignus obligatum manet, nec potest repeti actione pigneratitia, *l. si rem*, §. *omnis*, *de pign. act. l.* 1. *de migrando*, *l. pen. de except. rei jud. l. aliquando*, §. 1. *ad Velle l. grege*, §. *etiam*, *de pigner. act.* Eadem est ratio ejus, quod debetur sub pœna. Ut pignoris, ita et pœnæ causa est individua: veluti si acceperis et promiseris pecuniam ea lege, ut nisi ea die solveris, tot præstares pœnæ nomine: individua est causa pœnæ, quia nisi tota pecunia solvatur dicto die, pœna in solidum committitur, perinde atque si nihil solutum esset, *l.* 18. §. *Celsus*, *l. hæred. l. idem juris*, *et seq. famil. ercisc.* Unde ita concludamus, quod ad hanc speciem attinet, quia nulla ex parte primus pignus liberavit, etiamsi debitam pecuniam solverit pro sua parte, evicto pignore tenetur emptori ex stipulatione interposita evictionis nomine pro sua parte ut cavit: et non quolibet remedio ei consuletur, cum tamen sit æquum ei consuli, ne pro sua parte præstet evictionem, qui pro sua parte solvit, pro qua tantum tenebatur ipso jure: æquum est enim eum non versari in damno. Videndum quo remedio ei subveniatur: an si conveniatur ab emptore evictionis nomine pro sua parte, an opposita exceptione doli mali poterit desiderare ab emptore, ut sibi cedat actiones adversus cohæredem, qui pro sua parte nihil solvit? minime, quia emptor adversus cohæredem non habet actionem de evictione in solidum, sed pro sua parte tantum, quia non fuere duo rei promittendi: cessione igitur actionum ei consuli non potest. Verum sive hoc cohæres solidam pecuniam solverit, sive pro parte sua tantum, et deinde etiam conventus evictionis nomine pro sua parte præstiterit emptori uti promiserat, tum ne negligentia cohæredis, qui pignus non liberavit pro parte, noceat ei, qui liberavit pro porte sua, famil. ercisc. judicio consequetur, ut cohæres, qui non solvit, ei reddat, quod pro sua parte præstiterit evictionis nomine, atque ita hoc remedio totum onus evictionis conferet in negligentem cohæredem, non in eum, qui egit quod suarum partium erat fide bona, proque sua parte pignus liberavit.

Ad L. LXXXI. de Jur. dot. et L. XCIV. de sol.

Pater filiæ nomine nummos alienos, quos mutuos acceperat, aut in causam crediti receperat, in dotem dedit: consumptis his, dos profectitia efficitur.

L. XCIV. De solut. Si is, cui nummos debitos solvit alienos, nummis integris pergat petere, quod sibi debeatur, nec offerat quod accepit, exceptione doli submovebitur.

§. 1. *Si autem communes nummos credam, aut solvam, confestim pro parte mea nascetur et actio et liberatio, sive in singulis nummis communionem pro indiviso, quis esse intelligat, sive in pecunia, non corpora cogitet, sed quantitatem.*

§. 2. *Sed et si fidejussor alienos nummos in causam fidejussionis dedit, consumptis his mandati agere potest, et ideo si eam pecuniam solvat, quam subripuerat, mandati aget, postquam furti, vel ex causa condictionis præstiterit.*

Sequitur ut exponamus *l. pater de jur. dot.* ad quam etiam pertinet *l.* 94. *de solut.* quæ est ex eodem libro Papin. atque etiam id quod ex eodem lib. Papin. Ulp. refert duobus locis, *l.* 15.

§. 1. *et* §. *ult. de reb. cred.* Hæc *l. pater filiæ*, et *d. l.* 94. usque ad §. *Flavius*, et quæ referuntur ab Ulp. *d. l.* 15. pertinent ad eandem quæst. ac simul sunt explicanda. Sciendum est sæpe consumptione mutuum fieri, quod ab initio ex numeratione ipsa non fuerat mutuum. Nam si credidero tibi nummos meos, est mutuum, si alienos, non est mutuum, quamdiu extant, quia eos non feci tuos; non est mutuum nisi fiat de meo tuum. Quid est mutuum? Alienatio pecuniæ, quæ fit sub lege quandoque reddendæ ejusdem pecuniæ. Si igitur tibi credidero alienos nummos, et extent apud te, non est mutuum, sed si consumantur bona fide, fit mutuum, et datur condictio ex consumptione, quæ non fuit ex numeratione, datur condictio de bene depensis, ut veteres loquebantur, non condictio de reb. creditis. Et hoc est quod ex hoc lib. Papiniani Ulpian. refert in *d. l.* 15. §. 1. si alienos nummos tibi mutuo dedero, te non teneri mihi condictione si cert. pet. nisi eos consumpseris per partes etiam me eos tibi condicturum, si cognovero eos esse alienos. Eodemque modo si creditori meo solvero nummos meos, mihi contigit liberatio; si alienos, non liberor: non est solutio, nisi pecunia mea fiat tua. Quid est solutio? alienatio tantæ pecuniæ quanta debebatur: si igitur alienos solvero, non liberor, nisi ex consumptione demum, hoc est, si bona fide consumpti fuerint. Consumptis nummis ego liberor, non extantibus vel integris, *l. non omnis* §. *ult. de reb. cred. l. quod si forte*, §. *ult. et l. Cassius de solut.* consumptio mihi conciliat liberationem, quam non conciliarat numeratio. Idemque sequitur in dote profectitia. Dos profectitia est, quam pater dat pro filia: cujus proprium hoc est, ut mortua in matrimonio filia redeat ad patrem: dos enim adventitia morte mulieris soluto matrimonio remanet apud virum: et est dos profectitia, si pater, nomine filiæ dedit nummos suos in dotem: erant plerumque dotes nummariæ: et dos etiam est alienationis species: non est dos, nisi dotis dominus fiat maritus. Si igitur alienos nummos pater dedit in dotem, veluti quos mutuos acceperat, vel quos solutos receperat a non domino, dos non erit profectitia, quia ea pecunia non est patris, antequam scilicet a marito bona fide consumpta sit: consumptis nummis a marito dos efficit urprofectitia, quia retro facti videntur patris mutui datione, cum condici ei possint condictione de bene depensis, vel solutione, cum a patre debitor liberetur post consumptionem pecuniæ alienæ in solutum datæ, non consumpsit pater nummos, quos alienos sumpserat, dando eos in dotem, sicut nec si eos alii dedisset in creditum, vel in solutum, *d. l. non omnis*, §. *ult.* sed eos consumpsit maritus, ignorans esse alienos, disperdendo bona fide, ita ut non appareant, vel immiscendo suis, ita ut discerni non possint, jure consumpti intelliguntur, quia vindicari non possunt, cum non sit facilis eorum discretio, *l.* 78. *de solut.* Et generaliter consumpti dicuntur nummi in hac quæstione, quorum nomine nulla actio domino competit, et hoc ita si consumpti sint bona fide: nam si mala fide, superest domino actio ad exhib. perinde atque si extarent nummi, *l.* 11. §. *ult. et l.* 12. *de reb. cred.* mala fide consumpti habentur pro exstantibus: ut qui mala fide desit possidere videtur possidere. Hi igitur tantum consumpti intelliguntur, qui bona fide consumpti sunt, quia eorum nomine nulla actio superest domino, et eo fit, ut consumptio bona fide facta, et ut loquuntur veteres bene depensa, Græci καλὸν δαπάνημα, conciliet mutuum, quod initio non fuit mutuum: nam domino nummorum aufert omnem actionem. Ac similiter, ut ostenditur in *l.* 94. §. 1. *de solut.* exempli causa, si fidejussor solverit creditori suos nummos, liberatur fidejussor, liberatur reus; si solverit alienos, neuter liberatur, et ideo non habet fidejussor actionem mandati adversus reum, ut recipiat nummos, quos pro eo solvit, quia eum non liberavit solvendo alienos, sed si consumantur bona fide, liberatur reus per consumptionem nummorum, imo liberatur uterque, et recte agit fidejussor mandati, ac si de suo solvisset. Sed finge: Fidejussor eos nummos furto surripuerat, atque ita solverat ei, apud quem intervenerat, et mox conventus actione furti a domino, vel condictione furtiva præstitit tandem pecuniam, et duplum actione furti, atque ita domino jam eorum nummorum nomine nulla competit vindicatio, etiamsi extent, quoniam ei, cui subrepti sunt, satisfactum est: videbuntur tamen esse consumpti, quod domino eorum nummorum nomine jam nulla sufficiat actio: consumpti igitur dicuntur, qui sunt domino consumpti, qui domino perierunt, quorum repetitio domino non est. Ante consumptionem igitur dos non fuit ex re patris, atque ita nec profectitia in specie legis nostræ. Objiciunt Græci *l. jure*, §. 1. *h. t.* quæ ait, dotem esse profectitiam, si pater alienum fundum bona fide emptum in dotem dederit, quamvis sc. is fundus non sit peremptus, nec ejus fundi persecutio domino perierit. Verum ita respondemus: alia est ratio fundi, alia pecuniæ, et alia ratio venditionis, alia mutui, vel solutionis: alienæ rei venditio valet, alienæ pecuniæ mutuum vel solutio non valet, et consequenter qui fundum alienum emit, tenetur ex vendito, ut pretium solvat: qui alienam pecuniam solvit non liberat a se debitorem: ac postremo, fundos bona fide emptus videtur ex re emptoris esse, quia ei

pretium abest, vel abfuturum est, cum teneatur ex vendito: et habet etiam ipse actionem ex empto, si res evincatur, et utitur gener accessione temporis ex persona soceri ad usucapionem ejus rei: pecunia autem aliena bona fide accepta vel recepta, non videtur esse ex re ejus, qui eam pecuniam accepit vel recepit, cum nec teneatur ex numeratione, nec debitorem recipiendo a se liberavit nummis integris. Et hinc liquet ratio differentiæ Papin. qui nummis consumptis opponit integros: nummi integri sunt, qui nondum consumpti sunt, hoc est, quorum actio domino non periit, et idem ait in *l.* 94. cujus sententiam modo exponemus. Finge: Solvisti creditori nummos alienos, non liberaris integris nummis, id est, nondum consumptis; consumptis liberaris. Sed finge, esse integros nummos, quia nummi sunt integri, quos solvisti, quique alieni sunt, non liberaris: ergo possum a te petere eandem pecuniam, et tecum agere de pecunia credita, sed tu me repelles exceptione doli mali nisi offeram nummos illos alienos, quos accepi; oblatis illis nummis, quos admonitus sum esse alienos, recte a te petam pecuniam debitam, cum non sis liberatus, nec me repelles exceptione doli mali, et ita etiamsi, cum mihi deberes aurum, tu mihi solveris æs Corinthium, quod habet speciem auri, non liberaberis, quia non solvisti quod debes, sed aliud: petam igitur a te aurum, sed nisi offeram æs, quod dedisti, repelles me exceptione doli mali, *l. si cum aurum*, *h. tit.* Ac similiter, si solvisti mihi reprobos nummos, non liberaris, quia debuisti probos, non reprobos. Itaque est mihi adversus te integra actio, et efficax, si modo referam tibi reprobos, quos mihi dedisti, alioqui repellar exceptione doli mali, *l. eleganter*, §. *qui reprobos*, *de pig. act.* nummi reprobi a creditore sunt reddendi, non rescindendi: nam usui esse possunt debitori in aliam rem: possunt collybistæ vendi pretio aliquo: Secundum ea omnia, quæ diximus, subjicit Papin. in hac *l.* 94. si solvisti mihi nummos, quos habebas communes cum alio ex partibus æquis, consequens est superioribus, ut pro parte tibi contingat liberatio, quam habuisti in eis nummis, non pro parte altera, nisi omnis pecunia consumatur bona fide. Ac similiter si credidisti mihi nummos communes cum alio, pro parte tantum consistit mutuum, pro altera non consistit, nisi post ex consumptione demum totius pecuniæ: integris nummis pro parte tantum consistit mutuum: pro parte igitur tantum competit condictio creditæ pecuniæ. Sed quomodo partem accipiemus in hoc proposito? nam ambiguum est nomen partis; vel enim est pars summæ, vel pars corporum. Finge: centum sunt inter me et te communes nummi, et tu eos credis Titio me inscio vel invito, tu condices Titio partem tantum: utrum vero partem summæ, id est, 50. an partem dimidiam singulorum nummorum? Et verius est, esse condictionem 50. nummorum, non etiam singulorum corporum, quamvis singula corpora nummorum fuerint communia pro indiviso; nam verius est semper in pecunia spectari non corpora, sed quantitatem, id est, numerum et potestatem nummorum, valere pecuniam non corpore, non substantia, sed quantitate, *l.* 1. §. *non solum*, *ad l. Falc. l.* 1. *de contrah. empt. l.* 29. *infr. h. t.* Communio, quæ in eis nummis est inter me et te, vel est communis singulorum corporum, vel summæ. Verum nihil refert utro modo communionem acceperis: nam sive sint communes nummi pro indiviso, hoc est singula corpora nummorum, sive pro diviso 50. tui, et 50. mei, semper divisio fiet, non corpore, sed quantitate, id est, numero: atque ita ex causa mutui tui condices 50. non singulorum corporum partem dimidiam, et in hanc rem citatur ex hoc lib. id est, ex hac *l.* 94. Papinianus ab Ulp. in *l.* 13. §. *ult. de reb. cred.* et congruit etiam omnino, citatur et ex hoc libro, id est, ex *l. si pœnæ*, §. *si falso*, *de condict. indeb.* quod postremo in hac l. addit Papin. de fidejussore, qui solvit ex causa fidejussionis nummos alienos, ut eis consumptis demum agat mandati adversus reum principalem, est etiam consequens superioribus, et supra explicatum a me. Cessavit heic Cujacius circa Id. Quintil. anni 1571. Repetiit 13. die Nov.

Ad §. Flavius L. XCIV. de Solut.

Flavius Januarius Papiniano salutem. Cum Titius Gajo Sejo deberet ex causa fideicommissi certam quantitatem, et tantundem eidem ex alia causa, quæ peti quidem non poterat, ex solutione autem petitionem non præstat; Titii servus actor absente domino solvit eam summam, quæ efficeret ad quantitatem unius debiti, cautumque est ei, solutum ex universo credito. Quæro id quod solutum est, in quam causam acceptum videtur? Respondi, si quidem Titio Sejus ita cavisset, ut sibi solutum ex universo credito significaret, crediti appellatio solam fideicommissi pecuniam demonstrare videtur: non eam, quæ petitionem quidem non habet, solutione autem facta repeti pecunia non potest. Cum vero servus Titii actor absente domino pecuniam solverit, ne dominium quidem nummorum in eam speciem obligationis, quæ habuit auxilium exceptionis, translatum foret, si ex ea causa solutio facta proponeretur, quia non est verisimile, dominum ad eam spe-

ciem solvendis pecuniis servum præposuisse, quæ solvi non debuerunt, non magis quam ut nummos peculiares ex causa fidejussoris quam servus non ex utilitate peculii suscepit, solveret.

Quæstio hujus §. est de eo, qui debet creditori suo ex pluribus causis, veluti ex causa legati, stipulationis, crediti, et qui solvit, non quodcumque debet ex omnibus causis, sed certam pecuniam indistincte, non exprimens, in quam causam solveret, qui ut veteres Jurèconsul. definiunt, intelligitur solvisse in duriorem et graviorem causam, *l.* 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. *l. cum ex plurib. h. tit.* videtur, inquam, solvisse in eam causam, quæ eum prægravat magis. Prægravat autem magis causa ejus pecuniæ, quæ debetur sub infamiæ periculo, et ejus, quæ debetur sub pœna, vel sub usuris, vel sub pignoribus, vel sub fidejussoribus: nemo enim est, qui non se his causis quamprimum solvi et exonerari cupiat. Durius etiam quodammodo est, quod debetur proprio nomine, id est, principali, quam sit id quod debemus nomine fidejussorio. Et inter has causas servatur ordo aliquis. Nam prima et omnium gravissima causa est ejus pecuniæ, quæ sub infamia debetur, id est, quam sequitur infamia, si quis vel eam pecuniam quam debet inficietur, vel detrectet solvere, *d. l. cum ex pluribus*: et apertissime *l.* 7. *h. tit.* quæ indiget explicatione nostra, ut intelligatur ex eo quod proponit *d. l.* 7. cur inferat duo, id est, quæ sit ratio consequentiæ? Propositio est apertissima: si quid debeatur ex causa famosa, et non famosa; quod solvitur indistincte, in eam causam solutum videtur quod debetur ex causa famosa: hoc enim prægravat, et præponderat magis. Infert ex eo: *proinde etc.* quæ est nota illationis. Si debeatur ex causa judicati, et non judicati, in id puto solutum quod ex causa judicati debetur. Inde colligitur, ut puto, actionem judicati esse famosam, quæ inaudita sententia est. Verissime tamen actio judicati est executio condemnationis, quæ fit in bonis judicati positis sub hasta præconis et distractis, quæ distractio importat, et affert infamiam, suffundit pudorem et sanguinem judicato, §. 1. *Institut. de hæred. qual. et differ. l.* 1. *ex quib. caus. l. paterfamil. de reb. auct. jud. poss. l. curator, l. cujus, de cur. fur.* Legibus 12. tab. licebat effundere sanguinem judicati, secare in partes, si plures essent creditores: hodie licet tantum suffundere: non effundere: et hæc bonorum proscriptio tantum. quæ successit capitali pœnæ. sive sectioni, retinet nomen antiquum, et appellatur sectio, et comparatur morti passim in jure, *l. actione*, §. 1. *pro soc.* et ita Tertull. *in Apologet. judicatos*, inquit, *in partes secari leges erant, etc.* Et paulo post: *in pudoris pœnam suffundere maluit hominis sanguinem.* Hieronym. *in epist. ad Jovinian. non idem est suffundere et effundere.* Hodie suffunditur tantum sanguis et pudor, et inde fit ut dixerim, actionem judicati esse famosam, quia importat infamiam, nisi quis pareat judicato in tempore. Infert rursus *d. l.* 7. Ergo si ex ea causa debeatur, quæ ex infieiatione crescit, potior ea causa videbitur: et utitur his verbis: *Ergo*, inquit, etc. quia scilicet actio judicati etiam inficiatione crescit in duplum, ut est in sentent. Pauli, ut actio legis Aquiliæ, quæ pœna est legitima, et causa ejus pecuniæ quæ sub pœna debetur, sive sit legitima, sive conventionalis, sive usura, quæ vice pœnæ est, et e contra pœna vice usuræ: huic pecuniæ secundus gradus datur: primus datur pecuniæ debitæ sub infamia: secundus pecuniæ, quæ debetur sub pœna, vel sub usuris, *d. l. cum ex pluribus.* Quod si omnes causæ sint pares, nec prægravet magis una, quam altera, solutum videtur in antiquiorem causam, *l.* 5. *et* 24. *h. tit.* Si nulla sit antiquior, ex omnibus pro rata solutum videtur, *l.* 8. *hoc tit.* Ad hæc notandum, id quod solvitur in usuras potius imputari, quam in sortem, ut proditum est in *l.* 1. *eod. tit. de solut.* Dura est causa pecuniæ debitæ sub usuris, longe durior usurarum debitarum, durior causa pœnæ debitæ. Quare existimo et in pœnam, quæ jam commissa est, quod solvitur imputari potius, quam in sortem et sortis suo ordine potiorem esse causam, si nec usura, nec pœna debeatur. Notandum etiam ad hæc, si sors debeatur alieno nomine, non suo, ut puta si debeatur a fidejussore, vel ab alio: qui accessionis loco intervenerit, et alia quoque pecunia ab eodem eidem debeatur proprio et principali nomine, videri eum solvisse in principalem causam potius, quam in fidejussoriam, *d. l.* 1. *hoc tit.* Notandum etiam sorti non aliter accepto ferri id, quod solvitur, quam si sit certa, liquida, confessa pecunia, si confessum æs, non controversum sit, si sit præsens, quod præsenti die debeatur, non in diem, vel sub conditione, quod etiam ostendit *d. l.* 1. sed cavendi codices mendosi, in quib. legitur: Creditorem, cui solvitur indistincte ab eo, qui obligatus est ex pluribus causis, in id debitum imputare solutam pecuniam, in quod ipse soluturus esset, si deberet, quod est clarum. Sed hoc demonstrat exemplis, ut vulgo scriptum invenitur, hoc modo: *id est in id debitum quod non est, in controversia:* ac si diceret: in id debitum solutum videri quod est controversum. Sic habent plerique codices, sed Basilica melius, μὴ εἰς ἀμφίβολον, etc. et veriores codices, non in id debitum quod est in controversia: id est non videri solvisse in controversum debitum: vulgata scriptura demonstrat, non videri solutum quod est liquidum; sed est manifesta traductio, ut consequenter subjiciat:

aut in illud, etc. Postremo notandum quod pertinet ad hunc §. solutam pecuniam civili debito acceptam ferri potius quam naturali : naturalem causam ultimum locum obtinere quasi leviorem, et quasi nullam, cum ex causa civili sit petitio , ex naturali non item: ut dicimus ex naturali obligatione non esse petitionem, si solutum non sit, nec repetitionem, si solutum sit. Itaque non est proprie obligatio, quæ tantum sustinetur æquitate naturali, non etiam jure civili, est enim obligatio necessitas juris, *l. in vendendis, de contra. empt.* adstringit necessitate obligatio tanquam carcer et vincula: proinde nec debitor proprie est qui debet, nec creditor, cui debetur tantum naturaliter. Et h. e. quod heic ait Papinian. credendi verbo non demonstrari eam pecuniam, quæ petitionem non habet, quamvis si solvatur non repetatur, quod naturalis obligatio inhibeat condictionem indebiti, quæ comparata est ex æquo et bono, ut exempla demus naturalis obligationis : est naturalis obligatio ex pacto nudo, non est, quod de eo quis ambigat, *l. 5. §. in his , h. tit.* Est naturalis obligatio inter patrem et filiumf. si quid inter se gerant: est inter dominum et servum: imo et inter extraneum et servum quemlibet, et inter fratres qui sunt in eadem familia, *l. frater, de cond. indeb.* Pupillus quoque ex contractib. naturaliter obligatur sine tutoris auctoritate , si locupletior factus sit. Libertus etiam patrono debet operas naturaliter. Quare autumant plerique libertum post manumissionem non male δοῦλον nominari, quia naturali jure sit δοῦλος, qui edat patrono operas invitus, etiamsi nihil de his convenerit. Ac rursus naturalis obligatio est, non tantum si nulla prorsus sit civilis, sed tantum naturalis , sed etiam si sit civilis inefficax, id est, ut eleganter Papin. ait, *quæ habet auxilium exceptionis*, est ea inefficax, quod non est absolute verum, sed indiget sufflamine: neque enim id est accipiendum de qualibet exceptione, sed statuendum hoc modo: naturalis obligatio est, etiamsi sit civilis, modo ea sit inefficax , *h. e.* si habeat auxilium exceptionis, ejus scil. quæ non elidit naturalem obligationem , ut Senatusconś. Macedoniani, aut rei judicatæ: nam hæ exceptiones perimunt civilem, non naturalem, *l. quia naturalis, ad Maced. l. Julianus, de cond. ind.* nam aliæ exceptiones sunt quæ tollunt etiam naturalem obligationem, quæ tollunt omnem obligationem, ut pacti nudi, doli mali, jurisjurandi , Senatusc. Vell. *l. qui exceptionem, de cond. indeb.* Non omittam illud alio modo et inusitato plane dici naturalem obligationem posse, quæ etiam est civilis et efficax, quæ parit actionem, quæ civilis est et naturalis, de qua non agimus hoc loco. Verum ita varie accipi naturalem obligationem demonstrat *l. naturales, de obl. et act. l. fidejussor, §. fid. de fidejuss. naturales obligationes*, inquit, *non eo solo æstimantur, si aliqua actio earum nomine competat:* ergo ex eo æstimantur, si pariant actionem, videlicet quæ jure civili sustinetur. Sequitur alia clausula: *verum etiam*, inquit, *naturalis obligatio eo æstimatur, si soluta pecunia earum nomine, quasi indebita condici non possit :* quæ juris civilis vinculo non sustinentur, nec pariunt actionem, sed hunc effectum habent, ut soluta pecunia, quasi indebita condici non possit. Et generaliter naturalem obligationem eo æstimamus , et dicimus in eam non imputari quod solvitur indistincte, si tantundem debeatur ex civili obligatione: quæ est sententia hujus §. cui convenienter , etiamsi certo constet, quod solvitur indistincte in usuras imputari debitas ex stipulatu, quarum petitio est, atque in usuras ex pacto, id est naturaliter tantum debitas, quarum petitio non est , pignoris tamen est retentio, pignore posito etiam usurarum nomine, *l. 4. C. de usur. l. Paulus 2. h. t.* Non imputatur tamen id, quod solvitur , in usuras, quarum nomine neque petitio est , neque pignoris retentio, puta chirographarias, *l. 5. §. pen. hoc tit.* sed in sortem statim imputatur. His cognitis ponamus speciem hujus §. Titius Sejo debet centum ex civili obligatione, puta ex causa legati, vel fidejussionis, et totidem ex naturali obligatione, puta pacto nudo: servus actor Titii debitoris, solvit eam summam, quæ efficit quantitatem unius debiti, puta 100. tantum, cum ex singulis deberentur 100. et solvit ignorante et absente domino, quod potuit facere: nam magna est potestas, et libertas actoris servi, est columen totius familiæ, habet enim liberam administrationem omnium rerum domini: potuit igitur solvere ignorante domino; nam et id ei permisisse intelligitur permisso actu rerum suarum libero. Sejus igitur fecit apocham servo actori, et cavit ex universo debito se accepisse 100. non dixit in quam causam naturalem vel civilem, sed ex universo credito, quod alibi dicunt Juriscons. ex majore summa, *l. creditor, §. Valerius, h. t. en deduction de plus grande somme de ce que je vous dois:* quæstio est in quam causam solvisse intelligatur ? Et ait Juriscons. sive domino solventis indistincte, sive servo actori ita caverit creditor, videri solutum in causam civilis obligationis: nam crediti verbum non pertinet ad naturalem obligationem, non est creditum, licet abusive quandoque creditum dicatur. Deinde ad hoc adjicit veluti excessum quendam Papin. quia poterat adhuc dubitari, an servus actor qui habet totam administrationem omnium rerum possit specialiter et proprio titulo solvere in causam naturalis obligationis: quod statim rejicit Pap. et ait, non recte solvisse servum in causam naturalis obli-

gationis: quia solvere non debuit, non fuit adstrictus necessitate ad solvendum, et permisisse dominus videtur, ut id tantum solveret, quod debuit. Itaque ait, *solutione non transfert dominium in accipientem;* quod confirmat a simili. Finge: servus non habens liberam administrationem bonorum domini, sed habens liberam administrationem peculii, se obligaverat ex causa fidejussionis, quasi ea res conferret ad utilitatem peculii sui, expediret peculio, eam suscipere causam fidejussionis; neque tamen erat ex utilitate peculii fidejubere pro alio, solvit tamen ex ea causa nummos peculiares: non fecit accipientis, quia non fuit efficax obligatio, si solverit igitur nihil agit. Idem dicendum de procuratore. Finge, procuratorem creasse omnium bonorum, an recte solvit in causam naturalis obligationis? Minime, quia etsi liberam nactus sit administrationem, non videtur tamen dominus permisisse ei solvere quod non debet; quod etiam, ut arbitror, recte trahitur ad executores testamenti, ut sint diligentes et attenti, ut nihil solvant nisi cum effectu debeatur, alioquin suo detrimento solverint. Alia est quæstio in *l.* 10. *de sepulc. viol.* quæ explicabitur crastina die. Diximus heri libertum patrono obligari naturaliter ad præstandas operas, etiamsi de eo nihil convenerit inter libertum et patronum. At dixi invitum, quod emendandum est; nam libertus invitus non præstat operas patrono, nisi de eo convenerit stipulatione, vel jurejurando, quandoquidem cum nihil de iis convenit, libertus eas debet patrono naturaliter, *l. si non sortem*, §. *libertus, de condict. indeb.* Et ex naturali vinculo non est actio, non est compulsio, aut coactio ulla. Dixeram cursim invitum. Verba autem §. *Flavius* hæc sunt: *Flavius Januarius Papiniano salutem, etc.* Fideicommissa sustinentur vinculo juris civilis vel prætorii, quod tantum potest, quantum jus civile ad constituendam obligationem ex causa fideicommissi. Ex causa igitur civilis obligationis, et tantundem ex alia causa, quæ petitionem non præstat, id est causa naturalis obligationis, ex qua non est petitio, sed neque soluti repetitio, non est petitio, neque repetitio. Hæc est certissima nota naturalis obligationis. Cum ex iis causis deberet Titius, Titii servus actor pecuniam solvit absente domino, cautumque est ei, per apocham scilicet (siquidem Titio Sejus) est adnotandum Titio cautum videri, cum cautum est Titii servo actori: professio solutæ pecuniæ, id est, apocha, quæ servo actori datur, data videtur domino servi actoris. Itaque nihil refert dixeris. Rursus, inquit, cum Titius Sejo deberet certam quantitatem ex causa naturalis obligationis, ex qua non est petitio, sed neque soluti repetitio (hæc est certissima nota naturalis obligationis) cum ex his causis deberet Titius: Titii servus actor pecuniam solvit absente domino, cautumque est ei solutum ex universo credito: quæritur id, quod solutum est, in quam causam solutum videatur? Resp. siquidem Titio, hoc est, domino ita Sejus cavisset, Titio cautum videtur, et cautum est Titii servo actori professione solutæ pecuniæ, ἀποχῇ, nihil refert, dixeris Titio, an Titii actori cavisse creditorem sibi solutam pecuniam ex universo credito. Itaque ait Papin. *si quidem Titio Sejus ita cavisset*, crediti obligatio solum obligationem demonstrare videtur, hoc est, obligationem civilem, non naturalem: deinde adjicit, servum actorem, nec nominatim quidem posse solvere pecuniam in causam naturalis obligationis: servus actor præponitur omnibus negotiis domini: ergo et solvendis pecuniis, et expendendis, sed non solvendis pecuniis, jure civili indebitis, quas nemo cogitur solvere invitus, non profundendo patrimonio domini; ut etiam servo ordinario cui conceditur libera peculii administratio, non hoc concessum intelligitur ut solvat quod invitus solvere non cogitur, ut puta, si per causam peculii se obligaverit, quæ fuit tamen inutilis peculio, aut detrimento. Hoc est quod sequitur, *Cum vero servus*, etc. *obligationis* civilis scilicet exceptionis, addendum, veluti Macedoniani, aut rei judicatæ, id est, quæ potuit evitari posita exceptione, quæ redditur inefficax per exceptionem, salva tamen manente naturali obligatione integra atque utili: *si ex ea causa*: intelligendum *nominatim.*

Ad L. quæsitum, de Sepul. viol.

Quæsitum est, an ad hæredem necessarium, cum se bonis non miscuisset, actio sepulchri violati pertineret: dixi recte eum ea actione experiri, quæ in bonum et æquum concepta est. Nec tamen, si egerit, hæreditarios creditores timebit: cum etsi per hæreditatem obtingit hæc actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur, quod rei persecutione, sed in sola vindicta sit constitutum.

Sequitur lex de necessariis hæredibus. Necessarii hæredes sunt, qui inviti hæredes sunt et ignorantes, statim atque delata est hæreditas, et statim ipso jure, ut in *l. in suis, de suis et legit.* et protinus, ut in §. 1. *Inst. de hæred. qual.* id est, etiam clausis tabulis: necessarii hæredes sunt, qui inviti et ignorantes hæredes existunt, statim ipso jure, statim, id est, etiam non apertis tabulis testamenti, *l.* 3. *C. de jur. delib.* etiam non adita hæreditate a cohærede extraneo, *l. ex parte, de acq.*

hæred. Et hæredes existunt ipso jure, non per aditionem, non per cretionem, non per gestionem pro hærede, quia etiamsi necessarii hæredes sint instituti cum cretione, id est, ea lege, ut cernant hæreditatem, sive adeant intra 100. dies, ut erat in formula cretionis, tamen neque adeunt hæreditatem, neque cernunt, neque pro hærede gerunt, quia ipso jure hæredes existunt, miscent se quasi rei suæ, cujus et inviti et ignorantes protinus domini facti sunt. Nusquam adire, vel cernere, vel pro hærede gerere dicitur de necessariis hæredibus. Horum sunt duo genera. Alii sunt servi hæredes instituti a domino, hi sunt necessarii jure civili, et prætorio, quia abstinendi beneficium non habent: alii sunt liberi, qui in familia proximum gradum obtinent delatæ hæreditatis tempore ab intestato, vel ex testamento, qui et sui hæredes appellantur: superiores non appellantur sui: sed hi appellantur sui et necessarii hæredes: hi sunt necessarii jure civili: Jure prætorio abstinendi se hæreditate facultatem habent puberes, si se bonis non immiscuerint, impuberes etsi se immiscuerint, *l. impuberibus*, *l. in necessariis, de acq. hæred.* Abstentio liberat eos oneribus hæreditariis, non etiam efficit, ut desinant esse hæredes: nam prætor, neque dare potest nomen hæredis, neque adimere. Prætor hæredem non facit, neque exhæredem. Prætorium igitur beneficium abstentionis non facit, ut necessarius hæres desinat esse hæres, sed ut ne obstringatur oneribus hæreditariis, breviter, ut habeat nudum nomen hæredis sine re. Sui, ut dixi, et necessarii hæredes abstinendi se bonis potestatem habent, puberes, si se non immiscuerint: nam immistione consumitur abstinendi facultas. Impuberibus autem conceditur abstinendi facultas, etiam si se immiscuerint bonis hæreditariis. Quid est immiscere vel miscere? est rebus hæreditariis tanquam dominus uti vel abuti: quod in extraneis sive voluntariis est pro hærede gerere, id in necessariis est immiscere, *l. et si quis*, §. *plerique*, *de religios.* Si necessarii, inquit, non immiscuerint se, et ceteri pro hærede gesserint. Extranei in jure nunquam dicuntur se immiscere, sicut et necessarii nunquam dicuntur se pro hærede gerere, aut adire, aut cernere hæreditatem. Immiscere est, quasi res suas attrectare et attingere: cernere, adire, pro hærede se gerere, est adquirere hæreditatem. Immiscere est jam adquisitam attrectare. Adeo tanquam non dominus, vel cerno, vel pro hærede gero, immisceo tanquam dominus. Ad hæc quæritur, si servus et necessarius hæres nondum se immiscuerit bonis, si integra ei sit abstinendi facultas, violato sepulchro hæreditario, dejecto vel fracto, an possit agere sepulchri violati: hæres extitit ipso jure, an igitur potest agere de sepulchro violato? et Papinianus ait, ei permitti actionem sepulchri violati, etsi nondum se immiscuerit hæreditati, videlicet ex primo capite hujus edicti de sepulchro violato. Et suæ sententiæ hanc videtur adducere rationem, quod hæc actio sit concepta in bonum et æquum: conceptam esse in bonum et æquum apparet ex edicto, quo sepulchri violati ei ad quem res pertinet, id est cui jus sepulcri competit, cujus interest, datur actio in factum, non in certam quantitatem pecuniæ, sed in quantum judici bonum et æquum esse videbitur. Ergo hæc actio ita concluditur, *quanti tibi judici æquum videbitur, tanti condemna eum judex*; æquum est autem hanc actionem dari filio, vel nepoti necessario hæredi et suo, qui etiamsi abstineat se hæreditate, retinet jus sepulchri, et potest in sepulcrum hæreditarium, vel familiare mortuum inferre, *l. 6. de rel.* Concipitur hæc actio in bonum et æquum, ergo datur cuilibet, cui æquum sit eam dari: denique cuilibet habenti jus sepulchri, etiamsi sepulchrum sit hæreditarium, et is hæres scriptus, nec tamen hæreditatem agnoverit. Et eadem forma actio de dote dicitur concepta in bonum et æquum, *l. eas, de cap. minut.* quia scilicet per eam actionem ex veteri formula petitur, *quanto æquius melius*; concipitur manifesto in bonum et æquum: et eodem modo actio injuriarum dicitur oriri, vel esse ex bono et æquo, vel quod idem est, concipi in bonum et æquum, quod in id detur, quod ob eam rem judici æquum esse videbitur: actio injuriarum prætoria quæ non datur in certam quantitatem, vel certam pecuniam, sed in eam rem quam præstare judici æquum et bonum videbitur, §. *pen. Inst. de injur. l. non solum*, §. 1. *eod.* Sic actio de dejectis et effusis, si quis ex suo cœnaculo dejecerit, vel effuderit, quo libero homini nocitum sit, *l. 1. et l. 8.* §. *hæc autem*, *de his qui dejec. et eff.* Posset quis tentare has omnes actiones esse bonæ fidei, quod concipiantur in bonum et æquum, nihilque sit aliud bona fides, quam bonum et æquum, jus piumque, nec tamen comprehenditur in enumeratione actionum bonæ fidei, quam existimant omnes perfectam; et vero ita est: nulla in toto jure est perfectior enumeratione illa, quæ est de bonæ fidei actionibus, §. *actionum*, *Inst. de act.* Igitur non omnes actiones, quæ concipiuntur in bonum et æquum, propterea sunt bonæ fidei, nam et condictiones omnes, veluti indebiti, ob rem dati sine causa, etc. dicuntur esse ex bono et æquo: et sunt; nec tamen sunt bonæ fidei, et quod plus est, actio præsc. verb. de precario, dicitur ex bona fide oriri, *l. 2. de prec.* nec tamen est bonæ fidei. Pleræque actiones strictæ oriuntur ex bono et æquo, et in id concipiuntur et non tantum ex verbis edicti, quo proponuntur,

sed et verbis actionis, quæ ab actore intenditur: sed bonæ fidei tantum sunt eæ, in quarum formula fit mentio bonæ fidei, *Quod te mihi ex bona fide dare facereve oportet*: quod quidem nomen, aut aliud simile, manat latissime. Qua de causa dicitur latissimam esse formulam actionum bonæ fidei: bonam fidem dicimus, τὴν ἀντιδιδίας ελλομένην dolo malo, quæ adversatur dolo malo, atque etiam stricto et directo juri, moderationem, humanitatem, benignitatem, de ipso jure decessionem, deminutionem: etiamsi actio concepta sit in id, quod judici æquum videbitur, nihil tamen potest judex de æquo ab radere, quod tamen potest in bonæ fidei judiciis, in quibus facit totum arbitrium judicis: formula strictæ actionis est angustissima. Rursus ad hæc quærit Papin. an idem hæres, dum se immiscuerit, agendo sepulchri violati, ut prædixit proposuitque recte ei competere actionem sepulchri violati, videatur se miscere bonis. Et Papin. ait, eum non videri propterea se immiscere bonis parentis, licet sepulchrum sit hæreditarium, optima ratione, quia beneficio istius actionis nihil capit ex bonis paternis, ex hæreditate nihil attingit, vel consequitur, quod sit hæreditarium. Hæc enim actio non persequitur rem, quæ hæreditati absit, sed tantum vindictam, ultionem, dolorem læsæ vel imminutæ, aut violatæ religionis, *l. pro hærede*, §. *pen. de acq. hær. l.* 6. *hoc tit.* Competit quidem hæc actio per hæreditatem, quod sit hæreditarium sepulchrum, προφάσει τῆς κληρονομίας, *occasione hæreditatis*; recte, fateor, sed nil ex hæreditate aufert, nil adipiscitur, nil capit ex bonis defuncti, nec hæreditaria est actio, et citra hæreditatem competit necessario hæredi, id est, etiamsi se abstineat, citra rem, competit habenti nudum nomen hæredis, *d. l.* 6. *de relig.* Differentiam fecit inter *ex* et *per*. Immiscet se qui ex hæreditate capit aliquid: non immiscet se qui per hæreditatem capit aliquid: et ita in *l. eo tempore in fin. de pec. quoniam*, inquam, *magis propter rem meam, quam ex re mea, pecunia mihi daretur.* Ad id quod ait Papin. hanc actionem esse conceptam in bonum et æquum, notandum est, concipi et inferri hanc actionem non in bonum et æquum, sed in certam pecuniam: quod refero, ut intelligatur *l.* 9. quæ præcedit. *Actio quoque pecuniaria datur: quoque* ac si diceret; de sepulchro violato non tantum datur actio in bonum et æquum, sed etiam in pecuniam certam, puta, cuilibet de populo: est enim popularis actio, etiamsi actoris nihil intersit, scilicet in aureos 100. aut 200. secundum definitionem *l.* 3. *hoc tit.* Adjiciam et illud, ut tollam quædam menda, quæ sunt in *hoc tit.* ita demum hanc actionem in eum dari, qui sepulchrum violavit, si dolo malo violaverit, dolus coercetur, non res ipsa: nam si dolus absit, ut si impubes doli incapax dejecerit sepulchrum nesciens, cessat actio, quod proponitur in *l.* 3. §. 1. *hoc tit.* Sed locus est corruptus, vulgo sic legitur: *Si dolus absit, cessabit pœna:* Flor. sic legitur, *si igitur dolus absit, cessabit ejusdem personæ.* Vitium est ab interpunctionibus: nam vox illa *personæ*, est conjungenda cum sequenti, et ita omnino legendum: *Si igitur dolus absit, cessabit ejusdem edicti*, scil. *pœna, jus, judiciumque.* Sequitur alia clausula: Personæ igitur *doli non capaces, ut impuberes.* Est et aliud mendum in *l.* 5. Qui fundos vendunt, in quibus sunt sepulchra, non vendunt etiam sepulchra, neque vero possunt vendere: nam rei religiosæ non est commercium: modica quidem loca, quamvis sint religiosa, fateor accedere venditioni totius prædii, *l. in modicis*, *de con. empt.* modicus locus, quamvis religione affectus sit, sequitur emptorem; sed locus non modicus, nec contemptibilis, qui religiosus est, non sequitur emptorem. Sepulchrum manet in dominio venditoris: quia nec ei jus est adeundi sepulchrum invito emptore, idque solet excipi in legibus vendendorum prædiorum. Exponit l. 5. veterem formulam legis quæ dici solebat in vendendis prædiis, quoniam in eis prædiis erant ædificata sepulchra. Formula est, *ut ad sepulchra, quæ in fundis sunt, iter eis*, sic vulgo: Flor. aliter, *iter ejus.* Varietas lectionis indicat subesset mendi aliquid: et vero arbitror sic esse legendum, ut in antiquis inscriptionibus, *huic monumento itus, aditus, ambitus debetur*, sic hoc loco, *ut ad sepulchra, quæ in fundis sunt, itus, aditus, ambitus funeri faciendo sit.* Nam credo vos intelligere, non solum fuisse in fundis sepulchra, sed etiam certum ambitum ad sepulchrum funeri faciendo, id est, certorum pedum numerum in agro ad sepulchrum faciendum: et ob id venditor recipiebat sibi itum, aditum, ambitum funeri faciendo, justis faciundis, inferiis persolvendis.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. IX. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXVI de Procuratoribus.

Si is, qui Stichum vel Damam, utrum eorum ipse vellet, stipulatus est, et ratum habeat, quod alterum procuratorio nomine Titius petit, facit ut res in judicium ducta videatur, et stipulationem consumat.

Incipit liber nonus quæstionum Papiniani a *lege*

66. *de Procurat.* cujus sententiam exponamus, et cetera, quæ ad eam pertinere videbuntur. Stipulatus sum sub alternatione, Stichum aut Damam, utrum eorum ipse vellem: servavi mihi optionem, alioqui optio esset promissoris: si procurator meus in judicio petat Stichum sine mandato speciali, sine voluntate mea, an aufert mihi electionem et optionem? an petitio procuratoris mihi nocet, quominus Damam eligere possim si eum malim? Minime: petitio procuratoris mihi non aufert optionem meam: quia non potest deteriorem conditionem meam facere invito me, *l. ignorantis* 49. *hoc tit.* etiamsi sit procurator totorum bonorum, vel generale mandatum habeat: ut non potest etiam invito me solvere debitum naturale, ut dixi in §. *Flavius* legis *si is, qui nummos, de solut.* non potest transigere deminuendi causa, *l. mandato* 60. *hoc tit.* ut jamdiu emendavimus ex *l. Lucius* 2. §. *ult. de admin. tut.* non potest, inquam, quidquam deminuere, disperdere, vel quidquam gerere in perniciem sive in necem domini, quia non est verisimile hoc ei esse mandatum, ut quid faceret in fraudem domini. Et generaliter, qui mandatum aut voluntatem non habet, rem sive litem in judicium deducere non potest, id est, si agat, si litiget, nihil agit, nihil litigat: namque irritum erit judicium, irrita lis, irrita sententia, si quam consequatur, hoc est non deducere rem in judicium, qui, inquam, ratum non habet, rem in judicium non deducit, *l.* 27. *in causa*, §. 1. *hoc tit. l. licet* 24. *C. eod.* voluntatem ratihabitionem dicimus, *l.* 5. §. *sed si, de in rem verso*, *l. Pomponius*, §. *ult. hoc tit. l. si fundus* 16. §. 1. *de pignor.* In hac igitur specie nullum est judicium, nulla lis, quæ contestata est: procurator meus petendo Stichum, et quasi præripiendo nihil agit, et ego non possum repelli a petitione Damæ, si eum malim, licet procurator meus jam petierit Stichum: quæ est sententia hujus legis: videlicet, si non mandavi, si non ratum habui, ut Stichum peteret, sed si ratum habuero quod procurator petiit, ratihabitio retrotrahitur, et mandato comparatur: quod in omnibus causis hodie obtinet ex constitutione Justin. ut ratihabitio comparari possit jusso, et in adeunda hæreditate non minus proficiat filiofam. ratihabitio patris quam jussus. Quamobrem, si ratam fecero petitionem procuratoris mei, ratihabitio retrotrahitur, et mandato comparatur, et facit, ut res in judicium deducta videatur, id est, ut lis rite contestata videatur et consumit stipulationem. Quid hoc est, consumit? In hæc verba tres interpretationes attulit Accursius. Sed nihil est evidentius, consumit stipulationem, id est: jus omne stipulationis, ut in *l. apud Aufid. de opt. leg.* optione vestimentorum legata, legatarium prima optione consumere jus omne legati; quia scilicet mutare voluntatem non potest, et alia vestimenta eligere; non potest uti optione sibi legato concessa, ut in hac specie, non potest uti optione, quæ sibi stipulatione concessa est. Quid est igitur consumere stipulationem? est denuo eligere non posse, electionem semel factam mutare non licere. Et ex his, quæ diximus, illud inter nos fixum habeamus, consumi electionem, vel stipulationem, quæ electionem differt, etiamsi nondum sit exacta, sive extorta res, quæ petita est, modo stipulator, qui sibi reservavit optionem, lite contestata alteram rem petierit, vel procurator ejus eo mandante, vel comprobante, id est, ratum habente: nec enim minor est vis ratihabitionis, quam mandati. Et rursus illud fixum habeamus, quod idem est, sed enuntiatur brevius, unam electionem consumere stipulationem eam, quæ electionem defert, stipulatori non licere amplius, quam semel eligere in *l.* 112. *de verb. obligat. l.* 5. *de legat.* 1. *d. l. apud Aufidium*: non oportet amplius quam semel optare: omnis nimia licentia brevitate constringitur, et qui optare potest, semel tantum potest optare, et consumitur una litis contestatione, quod idem est, petitione in judicio: neque enim petis, nisi litem contestatus fueris: et idem est in jure petitio et litis contestatio. Et hoc est certissimum, litis contestatione consumi electionem, quia litis contestatio electio est, nec licet amplius, quam semel eligere. Verum addendum est, una testatione consumi optionem stipulationis, *d. l. apud Aufid.* ut puta, si quis extra judicium testibus adhibitis dicat illam rem velle: hoc ubi dixerit semel, non poterit illam rem malle: ergo non litis contestatione sive petitione tantum, sed etiam testatione qualibet et declaratione voluntatis suæ consumitur optio, et stipulatio optionem deferens. Posset quis tamen non immerito contendere, etiam semel facta electione pœnitentiam admitti et retractari electionem posse ex *l.* 8. §. *unius, de opt. leg.* a qua re perperam se expedivit hoc loco Accurs. nec invenit alium modum se expediendi, quam ut diceret, mutari posse voluntatem, si electio, quæ facta est, non fuerit rite facta, quod verum est, id est, si non congruo loco, opportuno tempore facta sit, retractari potest: fateor: sed vaticinatur, quum ponit in *d.* §. *unus*, optionem non jure fuisse factam, incongrue, aut intempestive, atque ideo eam pro infecta haberi. Sed enarremus sententiam hujus §. Mihi et tibi unius hominis optio legata est ex universa familia; si cum ego optassem Stichum ex ea familia, nec mutassem voluntatem; significat nos potuisse mutare voluntatem, alioquin id supervacuum adjecisset: nihil

est quod tam facile expediri possit. Dico JC. adjecisse, *nec mutasse voluntatem*, non quod liceat mutare, sed vel quod ea mutata possit dici, me servi dominium amisisse quem optaveram, et ideo servum communem non futurum: quod tamen est falsum. Nam dominium non amittitur nuda voluntate: et si dixero nolle me eam rem meam esse, non desino esse dominus, sed amittitur certis modis comparatis jure civili, qui proponuntur in *tit. de acq. rer. dom.* Possessio quidem amittitur nuda voluntate, hæc est differentia inter utrumque, *l. si quis.* 17. §. 1. *de acquiren. posses. l. jus adgnat. de pact.* Vel certe, quod magis placet, ideo dicit, *nec mutassem voluntatem*, quia mutata voluntate posset dici, eum nunquam dominium in eo servo adquisiisse, et electionem semel factam pro non facta haberi, si in ea non perseveravit, quod tamen etiam est falsum, quia factum infectum reddi non potest: et ita mihi videtur explicandus ille locus. Adnotandum modo, unum esse casum, quo, etiam si elegerit is, cui electio competit, licet ei mutare sententiam, et pœnitere, subinde eligere, subinde optare, quoad altera res in judicio petita sit: ut si stipulatus sim Stichum aut Damam, utrum volam (non utrum voluero) antequam alterum petiero, omne tempus mihi liberum est ad eligendum. Igitur eo modo concepta stipulatione utrum volam, quoad alterum petiero, omne tempus mihi liberum est, quod ostenditur in *leg.* 112. *de verb. obligat.* quia scilicet verbum *volam* est extensivum, sive παρατατικὸν, in futurum tempus verbum *volam* extendit optandi voluntatem: latissima est electio, quæ datur verbo *volam*, et ideo, inquit, *l.* 112. si ita stipuler, Stichum aut Damam *quem voluero*, non possum mutare voluntatem, si semel unum voluero: sed si ita stipulatus sim Stichum aut Damam, *quem volam*; etiam uno electo licebit mihi transire ad alium, et mutare voluntatem, rejicere Stichum quem elegeram, et amplecti Damam, quia ea verba *quem volam* habent tractum, ἐπιμονὴν, παράτασιν, moram, prolationem, donec judicium dictet, id est, litem contestetur: stipulator ante litem contestatam potest variare: litis contestatione consumitur electio, quibuscunque verbis concessa vel reservata, etiamsi his: *utrum volam*: non et qualibet litis contestatione, litis contestatione consumitur rite perfecta: nam si res in judicium deducta non sit, quæ vis est litis contestationis et potestas, jus stipulationis non consumitur, electio non consumitur, sed manet in integro. Ergo hæc verba (*volam, voles, volet*) sunt extensiva et παρατατικὸ in futurum tempus. Et ita in *l. filii, ad Senatusc. Tertull.* Jurisconsult. verbum *volet*, quod erat in SCto Orph. extensivum esse ait, in hanc sententiam, filii succedunt matri, licet sint cognati non agnati, ex SCto Orph. et præferuntur agnatis mulieris. Sed, inquit, SCtum, *si nemo filiorum matri succedere volet, jus antiquum esto*, quod scilicet obtinuit ante SCtum Orphicianum, id est, redeat hæreditas mulieris ad agnatos. Finge: filius dixit, se nolle hæreditatem matris, et deliberante agnato, mutavit voluntatem, antequam adiisset agnatus, et dixit, se velle hæreditatem matris, an admittetur pœnitentia et inconstantia ista? lex ait admitti, quia Senatusc. usus est verbo extensivo, quo dedit liberum arbitrium filio, quoad agnatus adiisset. Igitur non tantum præteritum imperfectum παρατατικὸν, *extensivum*, dicimus, ut *volebam*, sed etiam futurum imperfectum, ut *volam.* Et placet eorum sententia, qui duo statuunt futura; futurum imperfectum (*ut volam*) et perfectum (*ut voluero:*) Futurum imperfectum ultimam voluntatem exigit: et ideo post primam voluntatem licet pœnitere et aliud velle: futurum perfectum primam voluntatem exigit, igitur post primam voluntatem non licet pœnitere. Eadem aut similis differentia est inter præteritum imperfectum (*volebam*) quod etiam tractum habet, et præteritum perfectum, quod quidam vocant (*volueram*) vulgus autem *volui*, sive ἀόριστον, quod Stoici vocant *præsens perfectum*, καιρὸν ἐνεστῶτα, sive τελεὸν, παρακείμενον. Nam sive volueram, sive volui, primam voluntatem exigit, non ultimam, *Volui.* Stoicis a quibus JCti imbuti sunt, est præsens perfectum: *volueram* imperfectum, quia rem non impletam mostrat. Hæc non sunt indigna cognitu, et sunt certissima. Objici tamen posset *l.* 11. §. *si fideicom. de legat.* 3. quia hæc verba, *cum voluerit hæres meus*, ait esse extensiva sive tractum et extensionem habere: et ideo si dicamus *cum volueris hæres, dato fundum*, quamdiu vivet hæres, ambulatoria erit ejus voluntas, et incerta, et mutabilis, quia ea verba, *quum volueris*, habent extensionem. *Volam* fateor habere extensionem: *voluero*, nego. Respondere igitur debemus, in eo exemplo extensionem non sumi ex verbo *voluero*, sed ex articulo *cum*, id est, quandoque Igitur hæredi quandoque licebit mutare voluntatem. Joannes antiquus interpres videtur habuisse aliquam peritiam linguæ Græcæ: nam in *d. l.* 112. in reddenda ratione differentia inter *voluero* et *volam*, scribit Græcos habere verbum quoddam infinitum (puto βουλήσομαι) quo infinitas temporis monstratur, et in ejus locum dixisse Latinos *volam*: ὃν βουλήσομαι, et constat inter Græcos pœnitentiam admitti: ita videtur admittenda pœnitentia si Latine dixero, *quem volam*, nihil refert, qua lingua hoc dixero: et placet satis hæc

adnotatio Joannis, sed indigebat explicatione. Hæc diximus de stipulatore. Posset quæri an eadem dici possint de promissore, cujus sit electio concepta ex stipulatione sub disjunctione, seu alternatione? Et sane non ita statuemus in promissore, ut statuimus in stipulatore. Ego ita distinguo. Aut promissori delata est electio tacite, aut nominatim. Tacite electio est promissoris, si stipulator sibi eam non exceperit nominatim: si cujus foret electio, non sit comprehensum in stipulatione: et quidem si tacite delata sit electio promissori, ut si quis simpliciter stipulatus sit illud aut illud, nullo adjecto verbo de electione, si, inquam, tacito jure electio promissori competat, potest variare quoad solverit, nec prima electione obstringitur necessitate ejus rei solvendæ, quam optavit. Quid si nominatim data sit electio promissori, sive stipulator usus sit futuro perfecto sive imperfecto, *illud aut illud utrum voles, dabis?* semel electione facta non potest variare; nec frustra data est electio nominatim; quæ omissa etiam promissori competeret. Alia est causa electionis nominatim datæ, alia ejus, quæ tacite inest, quod ostenditur in *l. cum qui.* 56. §. *ult. de verb. oblig. l. hujusm.* 84. §. *Stichum, de legat.* 1. Sed nondum est satis; quæres, cur non admittatur pœnitentia, seu variatio, posito verbo extensivo *voles?* cur non observamus etiam in promissore vim extensionis, quæ est in verbo *voles*, quam observamus in stipulatore? ratio est æquissima, ne fiat injuria stipulatori. Quid est etiamsi dictum sit *utrum voles?* non potest variare promissor, ne fiat injuria stipulatori, cui prima electio promissoris jus adquisivit in ea re, quam elegit: non licet extensione verbi uti in injuriam alterius. Stipulator utitur extensione verbi citra injuriam promissoris, quia Stichum promissor obligatur dare, quem optavit semel, stipulator non obligatur accipere, quem optavit semel: quæ omnia censeo summopere notanda.

Ad L. eo tempore L. de pecul.

Eo tempore, quo in peculio nihil est, pater latitat, in bonorum possessionem ejus rei servandæ causa, mitti non possum, qui de peculio cum eo acturus sum: quia non fraudationis causa latitat, qui si judicium acciperet, absolvi deberet: nec ad rem pertinet, quod fieri potest, ut damnatio sequatur: nam etsi in diem, vel sub conditione debebatur: fraudationis causa non videtur latitare: tametsi potest judicis injuria condemnari. Sed fidejussorem datum eo tempore, quo nihil in peculio est, teneri putat Julianus: quoniam fidejussor futuræ quoque actionis accipi possit; si tamen sic acceptus est.

Sequuntur multæ et variæ quæstiones in hac l. quæ omnes operam Interpretis desiderant ut fere omnes, quæ sunt de peculio: ubi est peculii nomen, ibi semper nodus vel scrupulus aliquis. Pater ex contractibus filiifa. non tenetur in solidum, tantum abest, ut extraneus pro extraneo teneatur, ut nec pater teneatur pro filiofam. qui tamen in jure unius personæ vice censentur propter vinculum patriæ potestatis; non tenetur ergo pater in solidum ex contractu filii, vel quasi contractu, sed tenetur de peculio, id est, ad eam quantitatem, quæ est in peculio, quod ei concessit rei judicatæ tempore. Nam quantum sit in peculio non spectamus litis contestatæ tempore, vel in medio litis, sed rei judicatæ tempore, et pro modo ejus quod est in peculio rei judic. tempore condemnatio fit, *l.* 6. §. *idem Julianus, de liber. leg. l. cum fidejubeat, de fidejuss. l. quæsitum, hoc tit. l. Fulcinius,* §. *si quis actionem, quib. ex caus. in possess. eat.* Conveniri igitur pater potest de peculio, et damnari eatenus, quatenus fuerit in peculio rei judicatæ tempore. Finge, patrem se occultare, sui copiam non facere, in publicum non procedere, latitare, nec defendi. Latitat, inquit, reus fraudationis causa, hoc est, ut decipiat et fraudet creditorem peculiarem, ne ab eo trahatur in jus. Creditor hoc casu mittetur in possessionem omnium bonorum patris latitantis fraudationis causa, et indefensi ex edicto prætoris rei servandæ causa, id est, crediti servandi causa, Græcis, χρέους ἕνεκεν φυλακτέου *debiti servandi gratia:* ac deinde, si res exegerit, quod est miserrimum, bona omnia patris distrahentur, dilacerabuntur sub hasta præconis, quæ dicitur a Propertio *pertica tristis.* Etenim adimit bona omnia, et bonam æstimationem. Inde quæritur: si concesserit pater filio peculium, et nunc in peculio nihil sit, si absumptum et exhaustum sit, an hoc casu creditor mitti possit in possessionem bonorum patris latitantis? an quoad latitat pater, bona ejus, tametsi nihil sit in peculio, possideri et distrahi possint sub hasta? Et, quod omisi, acerbitas hastæ in eo consistit, quod pauci animadvertunt, quod facta venditione bonorum, et redacto pretio ex bonis, absolutisque creditoribus omnibus si quid supersit, id non restituatur passo venditionem bonorum, sive proscripto: hoc enim tantum est humane concessum pupillo, furioso, et prodigo, quia horum status non multum a pupilli conditione abhorret, non differt multum furiosi conditio a conditione pupilli, *l. Fulcinius,* §. *plane interdictum, quibus ex caus. in poss.* Denique debitor idemque fraudator exuitur omnibus bonis,

nec quod superest ei restituitur, ei vivo: viventique funus acerbissimum ducitur, ut ille ait in Quintiana. Quæstio autem quam proposui hæc est. Si nihil sit in peculio, atque ita si videatur agi non posse cum patre cum effectu de peculio, an frustra desideret creditor se mitti in bonor. possessionem patris se occultantis et evitantis suum aspectum? Et Papinian. ait, non posse, licet latitet pater, quia frustra latitat, et sine causa vitat occursum creditoris et horret, et ut fiat missio in possessionem non sufficit latitare, sed necesse est fraudationis causa latitare, et re ipsa subesse fraudationem creditoris, *d. l. Fulcinius*, §. 1. Non videtur autem fraudationis causa latitare, qui si conveniretur absolvi deberet, sed stulte videtur latitare, quia nihil est in peculio, et adversus patrem competit tantum actio de peculio: si nullum est peculium, et nulla actio de peculio erit, *l. servus*, *de dol. l. depositi*, *in prin. hoc tit.* nulla etiam cautio de futuro peculio, de futura accessione aut incremento peculii interponitur, *l. quoties*, §. *si semel*, *hoc tit.* Hoc igitur tantum locum habet in actionibus bonæ fidei ut cautio exigatur, etiam antequam debeatur, futuræ obligationis nomine, puta, antequam dies veniat, *l. in omnibus*, *de judic. l. quod si in diem*, *de petit. hæred.* In judiciis strictis, ne quidem cautio desideratur, antequam extiterit obligatio, nisi uno casu, cum fit separatio bonorum hæreditariorum et bonorum hæredis inter creditores hæreditarios, et creditores hæredis, *l. 4. de separat.* Ex sententia Papin. sic statuo: Si nihil sit in peculio, creditor peculiaris non potest mitti in bona patris latitantis, quia hæc latitatio caret fraude. Huic sententiæ poterit quis objicere argumenta duo, quibus Papin. respondet: ac primum posset quis objicere; non omnino esse inutilem aut nullam actionem de peculio, tametsi nihil sit in peculio, si modo pater concesserit filiof. peculium: quia fieri potest, ut sequatur condemnatio, injuria forte judicis vel stultitia. At contra Papin. objicit, eadem ratione non inutiliter agi adversus debitorem in diem, vel sub conditione, et ante diem vel conditionem, et consequenter bona ejus debitoris non inutiliter possideri, antequam dies venerit, vel conditio extiterit, et distrahi, quod scilicet condemnari possit injuria judicis, si hoc licet spectare etiam ante diem, vel conditionem: quod tamen est falsissimum. Et vero non est satis honestum rationem habere ejus, quod injuria judicis contingere potest. Itaque objectio illa belle diluitur alia objectione. Altera objectio hæc est: fidejussor dari potest a patre nomine actionis de peculio, etiamsi nihil sit in peculio, quia potest esse postea: hoc est certissimum: cum fidejussor dari possit actionis futuræ, cur non et bona patris latitantis possideri, tametsi nihil sit in peculio, crediti servandi futuri causa? Et huic objectioni non est difficile respondere: fidejussor ut constat pro certo adhiberi potest futuræ obligationi, *l. 6.* §. *ult. de fidejuss.* Futuri debiti servandi causa bona possideri non possunt. Fidejussor vel præcedere, vel sequi principalem obligationem potest: possessio et venditio bonorum et judicium sequitur, non et præcedit obligationem, *l. non quemad.* 35. *de jud.* Nec abs re: fidejussorem enim dat volens, possessionem bonorum patitur invitus: judicium patitur invitus, et inde actionibus nomen quod agant invitos in jus: actio redditur in invitum, *l. inter*, §. *si Stichum*, *de verb. oblig.* et iniquum est, me invitum quicquam pati antequam debeam. Et hoc est, quod Papin. proponit initio *h. l.* Respondet Papin. duabus objectionibus, prætermisit tertiam, quæ majus nobis negotium facit, quam ceteræ: nec prætermisit abs re. Potest huic definitioni Papin. fortiter opponi *l. Fulcinius*, §. *si quis actione*, *quibus ex caus. in poss. eat.* Sententia ejus §. hæc est. Pater conveniri potest de peculio, quia concessit peculium filiof. sed latitat, et nihil est in peculio, quæritur, an creditor possit mitti in possess. adversus latitantem? et Ulpian. ait: bona latitantis possideri, et distrahi posse, etiamsi nihil sit in peculio, quia potest esse antequam lis finiatur: quod si est actio, et missio igitur adversus latitantem: nihil est quod magis adversetur huic definitioni Papiniani: nam non dicemus dissentire Papinianum ab Ulpiano, sive fuisse controversum inter Sabinum et Proculum sit ne actio exhausto peculio, *l. quæsitum hoc tit.* Sabiniani negabant actionem: Proculiani dabant, tametsi nihil esset in peculio: et tenere eam arbitrabantur si quid filiusfam. comparasset rei judicatæ tempore, et redegisset in peculium, et hæc sententia obtinuit, exemplo actionis in rem, et ad exhibendum, quæ tenent, id est, vim suam exercent, etiamsi rem, de qua agitur, non possideat is cum quo agitur litis contestatæ tempore, modo eam possideat rei judicatæ tempore. In his enim actionibus spectamus rei judicatæ tempus, *l. sin autem*, §. 1. *de rei vindic. l. tigni*, §. *si quis*, *et l. seq. ad exhib. l. item vidend.* §. *si quis*, *de petit. hæred.* Et ut opinor ab hac sententia Proculianorum Pap. non abhorrebat. Videamus igitur quemadmodum in concordiam sit adducendus Ulpianus cum Papiniano. Accursius duas tantum rationes concordiæ excogitavit. Una est: In hac *l.* 50. (inquit) lis non erat contestata cum patre de peculio, atque ideo proceditur ad distractionem et missionem bonorum facillime: hoc vero nego, et pernego, quia *d. l.*

Fulcinius est de eo, qui latitat ne in jus vocetur a creditore, qui vitat occursum creditoris, ne obtorto collo trahatur in jus manu creditoris, tantum abest, ut cum patre lis sit contestata, cum nec sit vocatus in jus, nec aliam ob causam latitet quam ut ne in jus rapiatur. Altera via conciliandi hæc est in *d.* §. *si quis act.* spes erat peculii, vivo scilicet adhuc filio, cui pater poterat concedere denuo aliquid in peculium: vel etiam qui ipse sua parsimonia poterat aliquid adquirere, idque pater relinquere in peculii causam: igitur erat spes peculii. In hac l. finitum erat peculium morte filiifamil. Hoc vero est commentitium, quis hoc admitteret? ut dixi ante, non abs re prætermisit hanc objectionem Papin. non abs re est quod de eo nihil attigit, qui tantum attigit duas, eisque bellisme respondit. Puto prætermissam hanc objectionem, quod non conveniret quæstioni Papiniani. Hoc enim tantum quærit, an hac ratione, quod possit sequi condemnatio injuria judicis, recte mittatur creditor in bonorum possess. patris latitantis? Et docuit hunc colorem missionis non esse idoneum, hanc causam non esse honestam, nec honesto viro venire in mentem debere, ut possit injuria judicis condemnatio sequi, ubi nulla est actio: non fit igitur missio hac ratione, quod damnatio sequi possit injusta: alioquin fieret passim et promiscue. Sed si quis quæsisset a Papin. an hac ratione, quod posset esse aliquid in peculio rei judicatæ tempore, hac consideratione, hoc intuitu fieri possit missio in bonorum possessionem? aut ego fallor, aut is utique respondisset, quod Ulpian. Nam hic color est honestus et civilis. Et ita etiam, si quis quid debeat in diem vel sub conditione, dicam etiam ante diem vel sub conditione creditorem mitti in possessionem in judiciis bonæ fidei, in quibus rei judicatæ tempus spectatur ut in actionibus in rem, hoc colore, quod rei judicatæ tempore fieri possit, ut dies veniat, et existat conditio: cur non interim servandæ meæ rei, puta debiti causa non mittar in possessionem, fretus scilicet hoc colore, sine quo sane non possem mitti *arg. l. quod si in diem, de petit. hæred. l. in poss. qui ex caus. in possess.* dum ait, in poss. mitti debere etiam conditionalem creditorem, etiamsi conditio non extiterit. Sed mitti potest tantum, non etiam procedere ad venditionem bonorum. Interim eat in possessionem bonorum, sed caveat ne præpropere distrahat bona, antequam conditio extiterit, *l. Fulcinius,* §. *si in diem, eod.* Possideri igitur bona ab eo possunt, sed non etiam distrahi, antequam dies obligationis cesserit, aut venerit: et si forte rei judicatæ tempore defecerit conditio, vel non extiterit, si rei judicatæ tempore non venerit dies, plane inutilis erit missio, vel etiam non erit actio creditori, quanti ea res est, missio in possessionem adversus debitorem, qui eum non admisit, quæ tamen solet competere creditori misso in possess. ex edicto, nec admisso a debitore. Ex eventu igitur constituimus nullam esse missionem, vel creditori non esse actionem quanti ea res est, quod sit missus, sed non admissus a debitore. Et huc pertinet *l. pen. quib. ex caus. in poss.* quæ adversari videbatur *d. l. in possessionem*, quæ ait, creditorem conditionalem non mitti in possessionem, non mitti eum effectu, scilicet quia eam missionem venditio sequi non potest, antequam conditio extiterit: et quia non est actio, quanti ea res est, si sit repulsus a debitore: denique effectu conditionalis creditor non mittitur in poss. et infirma missio est quamvis fiat forte jussu Prætoris. Hæc ita explicanda mihi videbantur.

Ad §. *Si creditor.*

Si creditor patrem, qui peculio tenebatur, hæredem instituerat: quia mortis tempus in Falcidiæ ratione spectatur, illius temporis peculium considerabitur.

Sequitur alia quæstio de peculio in §. *si creditor.* Pater, qui conveniri poterat de peculio, creditori peculiari hæres extitit ex testamento, et quasi oneratus legatis, desiderat uti Falcidia, id est, deductione quadrantis, residuo dodrante distributo inter legatarios. Arbiter Falcidiæ, qui dari solet ad ineundam quantitatem bonorum et legatorum, ad ineundam rationem legis Falcidiæ, in Falcidiam patri imputabit id, quod defuncto debuit actione de peculio, quasi nomen hæreditarium, quod hæreditati contribui oportet. Videamus quid quantumve pater, idemque hæres testatori suo debuerit nomine peculii? Certe tantum debuit, quantum fuit in peculio; sed quo tempore spectamus quantum fuerit in peculio? non spectamus tempus rei judicatæ, quia non fuit actum de peculio: sed, ut Papin. docet, spectatur tempus mortis creditoris, sive testatoris, quantum fuit in peculio, et tantum debuisse quantum in bonis testatori intelligitur, tantove major hæreditas ad patrem pervenisse, *l. si creditor, h. tit. l.* 2. §. *illud quæsitum, de hæred. vend.* quia scilicet pater idemque hæres, quod defuncto debuit de peculio, fingitur solvisse hæreditati, atque ideo quod debuit, computatur hæreditati, *l. si ei cui vend.* 41. §. *pen. de evict.* Confusio pro solutione est, quæ fit, si debitor creditori, vel contra si creditor debitori hæres extiterit. Et sane quod debuit pater de peculio testatori, confusum est, verum etiamsi confusum sit omnino, ut jam nemo sit qui agat, cum quo agi possit de peculio, tamen in computatio-

nem venire potest, et in deductionem, vel retentionem, *l. 1. § si debitor, ad l. Falc.* Atque ita hoc casu, quod hæres testatori debuit actione de peculio, computatur in hæreditate, auget hæreditatem, licet actio sublata sit confusione, id est, concursu debiti et crediti in unam eandemque personam: quantum vero computatur in peculio, quantum denique in bonis testatoris? quantum fuerit in peculio mortis testatoris, ejusdemque creditoris peculiaris tempore. Spectatur tempus mortis: quod congruit regulæ juris, quæ vult, ut in ponenda ratione *l. Falc.* et exquirenda quantitate bonorum tempus mortis spectemus, *l. in quant. 73. et l. cum quo* 59. *ad l. Falc.* Et ideo si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem diminutum sit peculium, vel consumptum, non ideo minus intelligitur fuisse in bonis, vel in peculio: satis namque est, quod fuit in bonis mortis tantum tempore: nec necesse est, ut duret esse in bonis: locuples est hæreditas, quæ fuit locuples mortis tempore, etiamsi postea pauperior effecta sit, quia quod postea periit, hæredi periit, non legatariis. Et hoc est, quod ait Papin. in hoc §. pugnare mirum iu modum videtur cum Pap. Julian. in *l. si creditor* 83. *ad l. Falcid.* cujus sententia hæc est: Creditor filii patrem cum quo de peculio agere poterat, hæredem instituit: pater posuit rationem legis Falc. id est, dixit se esse oneratum legatis, locum esse Falcidiæ, minuenda esse legata quadrantis Falcidiani obtinendi causa. In quadrantem, inquit, patri imputabitur, quod in peculio fuerit aditæ hæreditatis tempore. Ex sententia Papin. patri in Falcidiam imputatur, quod in peculio fuit mortis tempore, quasi hæreditarium nomen, quia id debuisse intelligitur, et solvisse hæreditati. Ex sententia Juliani, patri in Falcidiam imputatur, non quod fuit in peculio mortis tempore, sed quod fuit post mortem aditæ hæreditatis tempore. Non est facile hos auctores inter se conciliare: non dicam eos inter se dissentire, quanquam Marcellus in *l. cum quo ad l. Falc.* hanc rem in controversiam vocet. Nam ait, plerique putant inspiciendum esse, quod in peculio fuit aditionis tempore, sed se dubitare propterea, quod placet in ineunda ratione Falcidiæ tempus mortis spectari. Marcellus rem dubiam facit, ut non mirum videatur forte, si unus censuerit rationem esse habendam mortis tempore, alter aditionis: sed in eo non est perstandum ullo modo. Non dicam etiam, quod Accursius primo loco tradidit, fingendum esse dissidii componendi caussa inter Papinian. et Julianum, idem fuisse tempus mortis et aditionis; et ideo nihil referre dixeris mortis tempus spectari, vel aditionis: jubet me fingere quod natura vetat, natura non fert, ut id fingam: nec enim potest idem esse tempus mortis, et aditionis, quis hoc non dicet? Est idem tempus mortis et ἀναφάνσεως, sive existentiæ, id est, eo ipso tempore, quo moritur quis, sui hæredes ei hæredes existunt, et ipso jure hæreditatem acquirunt, sed non potest esse idem tempus mortis, et aditionis. Non dicam etiam, quod secundo loco tentavit Accurs. fingendum esse ne pugnet inter se, eandem quantitatem fuisse peculii utroque tempore mortis, et aditionis; et ideo nihil referre dixeris tempus mortis, an tempus aditionis, quæ etiam diviuatio non videatur esse sani hominis. Sed quod tertio loco breviter et obscure satis tradidit, id vehementer amplector, et amplectetur quilibet ubi bene perceperit. Quid me vis ergo respondere ad *l. si creditor?* nempe hoc: illud tempus inspici, quo major fuit quantitas peculii, sive mortis, sive aditionis tempore, ut quoad fieri potest legata serventur integra et imminuta. Non multum favemus legi Falc. est enim contra voluntatem, quia minuit quod defunctus solidum præstari voluit: qua de causa quantum possumus, legata legatariis servamus integra. Hoc nobis latius explicandum est. Sic dico, *l. si creditor* ita accipienda est, ut si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem auctum sit peculium, id patri quasi hæreditarium in Falcidiam imputetur, quod fuit in peculio aditionis tempore, non spectato mortis tempore: quod probo a simili: Si debitor hæreditarius non fuerit solvendo mortis tempore, et aditionis tempore inveniatur esse solvendo: sane id, quod facere potest aditionis tempore, imputatur in hæreditate, nec spectatur tempus mortis, quo non fuit solvendo. Nomen non idoneum, auget hæreditatem ex eventu, ut ait *l. Nexennius, §. si debit. ad l. Falc.* Si postea fiat idoneum nomen et rectum, nomen non idoneum auget hæreditatem ex post facto: et ita si conditio debiti extiterit post mortem, quæ non extiterat mortis tempore, debitum illud computatur in bonis: denique nomen, cujus dies non cesserat mortis tempore, nomen conditionale auget hæreditatem ex eventu, et ex post facto, id est, si postea extiterit conditio, quæ pendebat mortis tempore. Sed vice versa, si post mortem testatoris ante aditam hæreditatem minutum sit peculium, id imputatur in Falcidiam patri, et contribuitur bonis, quod fuit in peculio mortis tempore, nec spectatur tempus aditionis: sicut, si debitor hæreditarius, qui est solvendo mortis tempore, post mortem factus sit non solvendo, id computatur bonis, quod facere poterat mortis tempore, nec spectatur tempus aditionis: si auctum sit peculium post mortem, spectatur tempus aditionis. Secundo casu, si diminutum sit peculium, spectatur

tempus mortis: denique tempus, quo plenius sive auctius peculium fuerit, *l. cum quo, ad leg. Falcid.* aut propterea quod videri potest obscura sententia *d. l. cum quo*, nihil aliud est, quam distinctio hæc, quam exposui: et est lex elegantissima. In summa, post mortem testatoris ex eventu aliquo minor hæreditas fieri non potest, uberior et plenior potest, ut hoc casu nomine idoneo facto, vel nominis existente cond'tione, et aliis casibus reverso servo ab hostibus post mortem: nam et hic servus auget hæreditatem post mortem, *l. servi ad l. Falcid*, vel etiam soluto naturali debito post mortem: nam et naturale debitum auget hæreditatem ex eventu, id est, si solvatur, propterea quod soluti non est repetitio, *l. 1. §. id quod nat. ad l. Falc.* Rem igitur omnem ita componamus et concludamus. Si diminutum sit peculium, tempus mortis spectatur, ut in hoc §. *si creditor.* si auctum sit peculium, tempus aditionis, *d. l. si credit.* Et ita in hac re nullus erit labor. Verum potest qui objicere non immerito, æquissimum esse, ut quemadmodum damnum post mortem illatum respicit ad hæredem, ita etiam lucrum pertineat ad solum hæredem, ut etiam definitur in *l. in ratione 30. et l. in quant. 73. ad l. Falc.* damna illata post mortem sustinet hæres solus, puta mortem servorum, furta, rapinas, incendia, ruinas, vim hostium, pejora facta nomina: lucra quoque, quæ obtingunt post mortem, ad solum hæredem pertinent, ut fructus, partus, fœtus: eadem est ratio damni et lucri, si me vis damnum sentire, et etiam lucrum necesse esse, et ideo sicut diminuto peculio post mortem, damnum respicit ad hæredem, nec propterea videtur diminuta hæreditas nec minor ad eum pervenisse, ita etiam post mortem aucto peculio lucrum debet pertinere ad hæredem, ne scilicet ad eum videatur major hæreditas pervenisse, quam fuerat mortis tempore. Nemo est, quem non perturbet hæc objectio, nisi præviderit. Respondere debemus hoc modo: omnia damna illata post mortem, etiam pejora sive deteriora, et pauperiora facta nomina post mortem: omnia tamen lucra non respiciunt ad hæredem, pleraque etiam lucra respiciunt ad hæredem quæ veniunt post mortem, sed tamen non omnia, non meliora facta nomina. Et observandum est in *d. l. in ratione*, Jureconsultum pejora facta nomina adscribere hæredi initio dum ostendit, omne damnum pertinere ad hæredem, sed dum etiam ostendit lucrum pertinere ad hæredem, non dixit meliora facta nomina pertinere, ad lucrum hæredis: nam sane meliora facta nomina non pertinent ad lucrum hæredis, quod tamen videtur æquum. Et hic nisi reddidero rationem differentiæ, aberravero longe a munere nostro. Cur meliora facta nomina augent hæreditatem, nec cedunt lucro hæredis? meliora, inquam, facta post mortem, et tamen fructus post mortem percepti, partus ancillæ, fœtus, acquisitiones servorum cedunt lucro hæredis? Ratio differentiæ hæc est, quia fructus non erant nati mortis tempore, vel partus, vel fœtus, acquisitiones servorum, factæ non erant mortis tempore: nomina sunt accessiones, quæ hæreditati accepto non feruntur, quæ fiunt mortis tempore: nomina autem jam erant contracta mortis tempore, quamvis non erant idonea propter infortunium debitorum. Eadem igitur quantitate recte in hæreditate computantur, qua contracta sunt mortis tempore, si post mortem facta sint idonea. Eademque est ratio nominis conditionalis: nam etsi conditio ejus extiterit post mortem, tamen vires accipit ex contractus tempore, et incipit habere vires easdem mortis tempore, *l. usufr. de stipul. servor.* Eadem est ratio servi captivi post mortem reversi, quia postliminium fingit eum fuisse in hæreditate mortis tempore. Eadem est ratio debiti naturalis soluti post mortem, quia contractum erat mortis tempore. Igitur non mirum, si nomiuum exactio sit, quæ idonea facta sunt post mortem, quandoquidem contracta jam erant mortis tempore. Et longe est alia ratio ceterarum rerum, quæ acquiruntur post mortem, quæque non erant in rebus humanis, aut in bonis defuncti mortis tempore. Hæc, qui bene perceperit, expediet se multis locis juris nostri: hæc vero censeo valde esse notanda.

Ad §. etiam.

Etiam, postquam dominus de peculio conventus est, fidejussor pro servo accipi potest. Et ideo qua ratione, si post actionem dictatam servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest, quam si judicium dictatum non fuisset: eadem ratione fidejussor quoque utiliter acceptus videbitur: quia naturalis obligatio, quam etiam servus suscipere videbitur, in litem translata non est.

Restant hujus legis duæ quæstiones, quarum vim et definitionem, nescio an adhuc quisquam explicaverit bene, tametsi paucis verbis comprehendi possit, nec desiderat longam tractationem. Et est sane definitio earum singularis admodum et cognitione dignissima. Sciendum debitorem liberari etiam invitum et ignorantem, si quis solvat pro eo, *l. solut. 23. de solution, §. 1. quib. mod. toll. obl.* Item si quis promittat pro eo novandi animo, *l. 8. in fine de novat.* item si quis judicium accipiat pro eo, quamvis invito et ignorante, *d. l. solut. l. si fund. §. si plures, de*

pign. l. qui servum 20. *de interrog. in jur. fac. l.* 2. *C. de pact. l.* 3. *C. de execut. rei judic.* Cur etiam si quis judicium accipiat pro debitore, liberat eum? quia scilicet judicio accepto, et sequuta condemnatione, etiam vulgo dicitur necessaria novatio, *l. aliam, infr. de novat. l. ult. inf. de separat.* Necessaria, quia judicia invitos tenent. Alia est novatio voluntaria inter convenientes, quæ proprie est novatio, quæ proprie dicitur fieri legitime, aut esse legitima novatio, *l. novatione* 2. *de novat.* Et longa differentia est inter voluntariam novationem, et necessariam. Notatur una distantia sive differentia in *d. l. novatione.* Notemus modo alteram: voluntaria novatio tollit omnem obligationem, id est, civilem et naturalem: necessaria quæ fit judicio accepto pro alio tollit civilem, non naturalem: nam et fidejussor et pignus obligatum manet, et usuræ currunt, etsi de sorte tantum acceptum sit judicium pro alio, *l. lite, de usur. l. cum stipulatus* 90. *de verb. oblig. l. judex, l. Julianus, de cond. indeb. l. grege, §. etiam, de pignor. l.* 8. *C. eod.* His ostensis finge: pater vel dominus accepit judicium pro filio, aut servo conventus actione de peculio; post acceptum judicium, post litem contestatam idem servus post dictatum judicium, post litem contestatam. Post judicium gitur acceptum cum patre servus fidejussorem dedit, quæritur, an ejus fidejussor obligetur? Et sane si fidejussor datus sit ante judicium acceptum cum patre, obligatus manet fidejussor post acceptum judicium: nec enim novata est naturalis obligatio, qua tenetur servus obstrictus: et fidejussor naturali obligationi adhiberi potest. Si post acceptum igitur judicium cum patre servus solverit, soluti repetitio non erit, quia natura debitum solvit. Servus ex suis contractibus obligatur naturaliter, non civiliter, *l. servi, de obligat. et action. l. cum quo, §.* 1. *ad l. Falc.* nec liberatur naturali obligatione judicio accepto inter dominum et creditorem, quasi novatione facta: nec enim fit novatio: quod Papinian. demonstrat his verbis: *naturalis obligatio, quam servus suscipere videtur*: naturalem obligationem qua servus tenetur obstrictus ex suis contractibus non videri in litem translatam, quæ scilicet instituta est cum domino actione de peculio, id est, non videri novatam: novatio enim definitur esse translatio in *l.* 1. *de nov.* novatio est prioris debiti in aliam obligationem, vel civilem, vel naturalem transfusio. Summa igitur hæc est: Naturalem obligationem, qua servus tenetur ex suo contractu, non novari judicio accepto cum domino actione de peculio, quia magis judicium illud accipit pro se, quam pro servo, quod ipse teneatur jure honorario ex contractu servi: servus autem jure naturali: nec agitur cum domino ex eo jure, quo obligatus est servus, sed ex alio. Hæc est sententia §. *etiam* in quo etiam notat duos effectus naturalis obligationis, ut ei accedere possit fidejussor, et ut solutum ex causa ejus obligationis non possit repeti. Inquit, *translata non est*, id est, novata non est, quamvis videatur dominus pro servo judicium accepisse, et soleat fieri novatio judicio accepto pro alio.

Ad §. ultimum.

Servus alienus cum bona fide serviret mihi, nummos a Titio mutuatos mihi dedit, ut eum manumitterem, et manumisi. Creditor quærebat quem de peculio conveniret. Dixi, quanquam creditor electionem alias haberet, tamen in proposito dominum esse conveniendum: et eum ad exhibendum mecum acturum pecuniæ nomine, quæ ipsi esset acquisita, nec in eam causam alienata, quæ pro capite servi facta proponeretur: neque enim admittendam esse distinctionem existimantium, si non manumittam, domini pecuniam esse; manumissione vero secuta, videri pecuniam ex re mea quæsitam mihi: quoniam magis propter rem meam, quam ex re mea, pecunia mihi daretur.

Sequitur alia quæstio elegans: Servus alienus mihi bona fide servit: ego per eum acquiro ex duabus causis tantum, ex operis suis scilicet, et ex re mea, ex residuis causis acquirit domino. Finge: is servus mutuatus est pecuniam ab extero, et eam mihi dedit pro capite, id est, pro libertate, ut eum manumitterem, manumisi et accepi pecuniam, non feci liberum, quia non sum dominus, sed bonæ fidei possessor tantum, quod tamen voluit servus, id peregi libens accepto pretio libertatis. Quæritur, creditor, qui eam mutuam pecuniam dedit servo, cum quo agere possit de peculio, an cum domino, an cum bonæ fidei possessore? dicet forte aliquis eum posse agere cum bonæ fidei possessore, cum sint multi loci in jure, qui ostendant de peculio agi posse non tantum cum domino, sed et cum bonæ fidei possessore, ut et noxali actione ostendimus ad Afric. in *l. et generaliter, de nox. act. l.* 1. *§. ult. l. etsi duo, l. si ex duobus* 32. *§.* 1. *hoc tit.* quia scil. potest servus bona fide possessus habere peculium, quod pertineat ad bonæ fidei possessorem, de quo æquum est, ut teneatur, perinde ac si dominium in eo servo haberet: plerumque in jure bonæ fidei possessor pro domino est. Et electio igitur erit creditoris, ut vel agat de peculio cum domino, vel cum bonæ fidei possessore, qui eam pecuniam accepit a servo ut cum

manumitteret. Fateor regulariter creditorem habere electionem; et id est valde notandum in hoc §. Ergo eorum quilibet tenetur de peculio, quod ad eum respicit, sive is dominus sit, sive bonæ fidei possessor, et electo uno alter liberatur. Quod notandum. Non exigo ut alter liberetur, ut creditor perceperit suum: satis namque mihi est, si elegerit alterum et cum eo egerit de peculio: electio sola, intentio, litis contestatio liberat alterum ipso jure, etiamsi nondum quicquam perceperit. Et hoc rursus verum est, etiamsi is, qui electus est, vel dominus, vel bonæ fidei possessor, non in minore quantitate peculii damnari debeat, quam apud eum sit. Finge: debentur 100. creditori: agit cum bonæ fidei possessore de peculio omisso domino, et fert 20. tantum, quia non est amplior quantitas peculii, quod respicit ad bonæ fidei possessorem, an liberatur dominus? Sic sane, electio liberat alterum quoties duo sunt, qui de peculio conveniri possunt: sed hoc summo jure ita se habet: nam si creditor minus sit consequutus ab eo quem elegit æquum est et bonum, ut rescisso eo judicio, restituto, et restaurato quo minus consequutus est, quod minus esset in peculio, in superfluum detur actio rescissoria utilis in alterum, non directa, quia ipso jure est liberatus, et per hanc viam alterum liberet magis perceptio, quam electio, *l. hinc quæritur*, §. 1. *l. si ex duob. l. quoties* §. *si creditor*, *l. si creditor* §. *pen. hoc tit.* Et ratio æquitatis hæc est: quia is qui cum servo contrahit, totum peculium servi, quod ubi ubi est, intuetur velut servi proprium patrimonium, *d. l. si ex duob.* Ergo intuetur peculium non solum quod est apud bonæ fidei possessorem, sed et peculium, quod respicit ad dominum. Ratio est in *d. l. hinc quæritur*, et in *d. l. si ex duob.* sed non est posita suo loco. In *l. hinc quæritur*, iisdem verbis ea ratio ponitur, sed locata male, ait: fructuarium teneri de peculio, quod ad eum respicit, non ad proprietarium, et ex omni contractu generaliter, sive ad eum pertineat, sive ad proprietarium, quia qui cum servo contrahit, respicit peculium totum, velut servi patrimonium. Subdenda est ratio clausulæ, quæ sequitur, qua ostenditur, fructuarium quidem teneri ex omni contractu in solidum, si modo vires peculii patiantur, et sint solidi capaces, sed omnino admittendum esse quod est ex æquo et bono, ut priore convento, ad quem peculium rescipit, puta fructuarium, in superfluum conveniatur alter, cui acquisitum non est: subjicienda est ratio illa, quia qui contraxit cum servo, totum peculium intuitus videtur, ubi ubi est, et congruit cum ea *l. 2. h. t.* Restat ex iis, creditorem habere electionem, quoties plures sunt, qui de peculio conveniri possunt, sive domini, sive non domini, et electo uno non liberari alterum confestim recto jure; ex æquo et bono in alterum dari utilem actionem, si creditor integram pecuniam ab eo, quem elegit, consequi non potuerit. Verum in specie a me proposita, Papinianus eleganter docet, non esse electioni locum, non posse conveniri bonæ fidei possessorem de peculio; posse conveniri dominum solum: cedo rationem. Accursius videtur ignorasse rationem uti editus est, sed si emendate legas, veram rationem assequutus est; nec absurdum est emendare Glossam: non minus Glossæ studiosum esse decet, quam ipsius textus. Vulgo ita legitur, *dominum vel bonæ fidei possessorem, et hoc si servus*, et legendum, alias *haberet*, quæ verba contextus sunt, et annotat Accurs. *et hoc si servus*, scilicet, si servus a bonæ fidei possessore se subtrahere noluit, sicut facit hic. Placet Accursii annotatio maximopere, sed explicatione indiget. Dominus ex contractu servi tenetur de peculio jure prætorio. Verum excipe contractum, quo se servus domino subtrahit, subducit, aufert: nam ex contractu servi, quo id agit servus, ut se domino auferat, ut liber fiat, vel ut mutet dominum, dominus non tenetur de peculio, ut in hac specie contrahit mutuum, ut se bonæ fidei possessori auferat, ut eam pecuniam adnumeret pro capite. Ex eo igitur contractu mutui bonæ fidei possessor non tenetur de peculio: et ita, si servus extero se emi mandaverit, et manumitti, et exterus eum emerit suis nummis, an eos nummos recipiet a venditore actione de peculio? minime, quia eo contractu id egit servus mala ratione, ut se domino subtraheret, ut ait idem Papinianus in *l. cum servus, ff. mand.* ubi obscurum est quod dicit, servum, qui se emi mandaverit mala ratione ut subducat se domino: cur dicit mala ratione? nulla est mala ratio: nam dominus invitus eum non vendit. Eo enim casu non cogitur vendere, *l. servus meus, ff. mand.* Liberæ sunt venditiones, liberi contractus, quandoque non exter redimit servum mandato servi, sed ipsimet servi se redimunt λύτρα κατατιθέντες, numerata pecunia pro capite: sed inviti domini non vendunt, nec redimere se volentes inviti audiunt. Quænam igitur in eo est mala ratio? quia ex parte servi mala quadam arte supponitur emptor plerumque clam domino, ut hac via ei se subripiat, et dominum pelliciat ad vendendum, qui si hoc sciret, non concederet, sed retineret potius, malletque habere. Igitur ex parte servi est mala ratio, quia vult se clam domino subtrahere, quoniam exterus non emit ut servum habeat, se ut statim manumittat. Ergo hic §. ult. et *d. l. cum servus*, eleganter demonstrant, dominum non teneri de peculio ex contractu servi, quo agit, ut se subtrahat domino, quia mala ratione est habitus hic contractus, quamvis non habeatur nisi inter

volentes. In specie igitur §. *ul.* bonæ fidei possessor non tenetur de peculio ejus pecuniæ nomine, quæ mutuo data est in hoc, ut servus subduceretur domino. Proinde actio de peculio est in solum dominum. Verum dominus aget in rem, aut ad exhibendum cum bonæ fidei possessore, propterea quod ea pecunia non est acquisita bonæ fidei possessori, sed sibi: neque enim est ex operis servi: non est etiam ex re bonæ fidei possessoris, sed magis propter rem, id est, propter servum, quasi quodammodo suam rem, non ex re sua: differentia est inter ex et propter, *l. pen. de sepul. viol.* Prætereo hic locos, quos adducunt in *l.* 1. *C. si serv. ext. emi se mand.* quia heic agitur, non ut ex eo contractu, sed propter eum contractum: ibi ex eo contractu actionem statuunt. Ea igitur pecunia non est acquisita bonæ fidei possessori. Restat igitur acquisitam domino, idque verum esse ait, sive manumiserit servum, sive non. Neque moveor *l. si servus, de acq. rer. dom. l.* 1. §. *sed et per eum, de acq. pos.* quibus locis ostenditur, servum bona fide possessum, cui quid traditur, neque acquirere possessionem bonæ fidei possessori, si nec sit ex re ejus, nec ex operis servi; neque domino, quia per eum, quem non possideo, non possum acquirere possessionem. Quibus legibus male respondit Accursius, ubi differentiam ponere debuit inter possessorem, et dominum. Et fateor in hac specie ejus pecuniæ, quam mutuatus est servus, dominium acquiri domino servi, possessionem autem non acquiri, etiamsi apprehenderit: fac accepisse a creditore. Alia est ratio acquirendi dominii, alia possessionis: alia ratio amittendi dominii, alia amittendæ possessionis: amittitur possessio nuda voluntate, dominium non item.

Ad L. VII. ad Vell.

Quanquam igitur fidejussor, doli replicatione posita, defensionem exceptionis amittat: nullam tamen replicationem adversus mulierem habebit: quia facti non potest ignorationem prætendere. Sed non erit iniquum, dari negotiorum gestor. actionem in defensorem: quia mandati causa per Senatusc. constituitur irrita, et pecunia fidejussoris liberatur.

Hujus l. quæstio nexa est cum iis, quæ Ulp. retulit in l. 6. ex eod. Papiniani lib. Regula est juris: Neminem esse defensorem idoneum alienæ litis sine satisdatione judicatum solvi, §. 1. *Instit. de satisdat. l.* 18. *de cast. pec. l. qui proprio* 46. §. *qui alium, de procur.* Secundum hanc regulam, qui defendebat filium alienum absentem, judicatum solvi fidejussores dedit, non matrem: hæc enim non fuisset idonea propter Senatusc. Vellejan. quo improbantur intercessiones mulierum, sed dedit alios, qui tamen mandatu mulieris interveniebant pro defensione filii: ii etiam non sunt idonei, quia exceptione Senatuscons. Vellejani, non tantum mulieri succurritur, quæ intercessit pro alio, sed etiam procuratori mulieris, qui intercessit mandatu ejus *l. si decipiendi* 30. §. *ult. hoc tit. Procurator,* inquit, *si mandatu mulieris intercessit pro alio, exceptione Senatusconsulti Vellejani adjuvatur*, id est, ex intercessione non tenetur: Et subjicit (quod est obscurum) *ne alias actio intercidat:* Sic Florentinus, vulgo male, *nec alias actio intercidat.* Numquam est temere discedendum a Florentino: scriptura enim certior quam ulla: subtiliter est scriptum, *ne alias actio intercidat:* quæ certe nihil aliud possunt velle, quam, ne si procurator expromiserit (*quo genere plane fit novatio*) vel si judicium acceperit pro alio mandatu mulieris, ne adjuvetur exceptione Senatusc. Vellej. prior actio intercidat, quæ competebat in priorem videlicet quasi novatione facta, contra sententiam SC. Velleja. vel ut dicam planius, ne fraus fiat Senatusconsulto et actione perempta novatione, et muliere contra mentem Senatusconsulti non intercedente quidem palam pro alio, sed dante alium, qui intercedat, veluti procuratorem suum *l. ult.* §. *si mulier pro eo, hoc tit.* Ergo in hac specie, si pro defensore filii procurator mandatu mulieris fidejusserit judicatum solvi, et conveniatur actione ex stipulatu, tueri se potest exceptione Senatusc. Vellejani, perinde atque si fidejussisset pro muliere intercedente: nam et fidejussori mulieris Senatusc. subveniri constat, *l. si mulier contra,* §. 1. *l. quamvis,* §. *interdum, hoc tit. l.* 14. *et* 15. *C. eod.* Et notandum maxime ex *d. l. si mulier contra*, liberari et mulierem, quæ intercessit, et fidejussorem, qui intercessioni mulieris accessit, etiamsi fidejussor ille non habeat ἀναφορὰν, regressum adversus mulierem actione mandati, si solverit. Solet fidejussori qui solvit dari actio mandati, adversus principalem debitorem. Tres tantum sunt casus, qui excipiuntur: unus est, si donandi animo fidejusserit: alter, si in rem suam fidejusserit magis, quam in rem debitoris principalis, *l. si quis rem, de lib. leg.* et si quis pro invito præsente et repugnante fidejusserit, *l. si remunerandi,* §. *si passus. l. si pro te, mand.* Finge, unum ex istis casibus existere, et fidejussorem, qui accessit intercessioni ex mandato pro muliere, non habere regressum ad mulierem, an denegabimus opem Senatusconsulti? Minime, quanquam ea res non pertineat ad mulierem, cum non teneatur mandati: cur ita? quia tota obligatio, inquit lex *si mulier contra*, Senatuscons. reprobatur, id est, non principalis tantum, quæ est intercessio mulieris, sed etiam accessoria,

et a prætore restituitur prior debitor creditori, qui quodammodo desierat esse debitor muliere intercedente novandi causa: hoc enim dici tantum potest de intercessione, quæ novat priorem obligationem. Intercessionum autem duo sunt genera: aliæ novant, aliæ non novant, sed accedunt priori obligationi. Ergo fidejussori mulieris, quæ intercessit, succurritur SCto Vell. non minus, quam ipsi mulieri, etiamsi mulier ex mandato non obligetur fidejussori. At quia is de quo agitur in specie proposita, non fidejussit pro muliere, sed pro defensore filii: ergo ei non videtur impertiendum esse beneficium SCti Vell. Imo vero nihil refert pro muliere fidejusserit, an pro defensore filii mulieris gratia, quod significat *d. l.* 16. Et generaliter igitur datur exceptio SC. fidejussori mulieris, quæ intercessit et procuratori, qui intercessit mandato ejus. Verum ita demum procuratori dabitur exceptio Vellejani, qui pro defensione fidejussit judic. solvi mandato matris, si actor, apud quem fidejussit, scivit eum mandatu mulieris fidejussisse: nam si ignoravit quod agebat mulier per alium in fraudem SC. ignoranti non obstat exceptio, *l.* 1. *C. ad Vell.* sicut nec ignoranti creditori obstat SCti Maced. exceptio, *l. pen. ad Maced. l.* 1. *C. eod.* Exceptio Maced. obstat ei, qui scivit, aut scire potuit filiumf. esse cui credebat. In jure sunt paria, sive quis scierit, sive potuerit scire: idemque est posse, et debere scire, *l.* 1. *de ædil. ed.* venditor tenetur ædilitiis actionib. de vitiis, quæ scire debuit. M. Tull. scire potuit. Cohæres qui scivit aut scire potuit abstinente cohærede, se omnibus oneribus hæreditatis implicitum, fore, videtur postea se ea conditione bonis immiscere, *l. si duo* 38. *ff. de acquir. hær.* Dixi qui scivit, aut scire potuit: ergo de exceptione SC. Vell. sic statuamus: eum duntaxat creditorem repelli exceptione, qui scivit, aut scire potuit, *i. e.* debuit mulierem intercessisse ratione aliqua ignoranti creditori, si opponetur exceptio SCti Vell. ab eo elidetur opposita replicatione doli mali, quia dolo facere videtur, qui adversus ignorantem vult uti exceptione. Replicatio doli datur ignoranti, non scienti, et perimit exceptionem Vell. Et hoc est, quod Ulpian. ex eo libro Papin. in *l.* 6. ait in fine, *exceptionem Senatuscons. replicatione doli mali repellendum:* quam scripturam nostri violarunt, dum existimabant in ea esse mendum, et similes omnes violarunt quæ erant in *ff.* in *l. in bello*, §. *facti, de capt. et postlim. rev.* sententiam sequendum est in *l. at quia*, §. 1. *de negot. gest.* rationem a capite reddendum in *l. Gajus* 45. *solut. matrim.* permittendum utilem actionem in *l.* 19. *in fine de novat.* merito denegandum exceptionem: et legendus est Gellius de hac re, *l.* 1. *cap.* 7. Intelleximus quid ex Papin. lib. retulerit Ulpian. in *l.* 6. Ex eo nascitur quæstio alia, quæ definitur in *l.* 7. ab Ulp. adjunctis iis, quæ sequebantur in Papin. lib. Finge: procurator ille, qui pro defensione filii fidejussit mandatu mulieris, conventus est ex stipulatu, et coactus est solvere sublata exceptione Senatuscons. Vellejani replicatione doli mali, propterea quod creditor ignorabat eum fidejussisse mandatu mulieris: quæro, an habeat actionem mandati adversus mulierem, ut consequatur, quod solvit mandatu mulieris? Et rectissime ait Papin. agentem eum adversus mulierem repelli exceptione Senatusc. quia inutile fuit ex sententia Senatusc. tale mandatum. Id enim mandante muliere sane intercedebat pro filio: mandatum intercessio est. Ergo si ex eo conveniatur, adjuvanda est exceptione Senatusc. Dices, an procurator ille agendo mandati adversus mulierem, et muliere opponente exceptionem Senatusc. possit se tueri replicatione doli? Dicemus non posse, quia fuit sciens, non ignorans: non potest facti ignorationem prætendere: et replicatio doli mali datur tantum ignoranti, non scienti: et facti proprii intelligit, vultque alieni facti tolerabilem esse ignorationem: proprii facti non esset olerabilem. Atque adeo, non potest ignorare mulierem sibi mandasse ut fidejuberet pro defensore filii, atque ita mulierem intercessisse: non potest ignorare se maudatum suscepisse: neque prætendere hujus facti ignorationem. Quapropter non utetur adversus mulierem replicatione doli mali; quinimo in replicatione sua repelletur jure per exceptionem Senatusc. Vell. *l. ult.* §. *mulier ne ipsa, in fi. hoc tit.* Dices, ergo in damno versabitur procurator mulieris, idemque fidejussor pro defensore filii? nam quod solverit non recipiet a matre. Verum non deest alius, a quo recipiat, nempe defensor. Erit enim ei in defensorem actio negotiorum gest. quia sua eum pecunia liberavit, et mulierem ex mandato cum effectu obligatam non habet: atque ita data actione negotiorum gestorum in defensorem, ei consuletur, ne in damno moretur. Animadvertendum est, Papin. in hac l. 7. duplici ratione uti ut ostendat, defensorem teneri negotiorum gestorum. Una est, quia eum liberavit suo ære, suis nummis: altera, quia non habet mandati actionem adversus mulierem: ac si diceret, quia non potest agere adversus mulierem, recurret adversus defensorem actione negotiorum gestorum: unde recte colligitur, eum, qui ex negotio alieno quod gessit, habet actionem mandati adversus alium mandatorem, non habere negotiorum actionem adversus alterum, cujus commodo negotium cessit: et actionem negotiorum esse quasi subsidiariam, ante ire actionem mandati. Et sicut, qui apud unum potest agere mandati, non potest adversus

eundem ex eadem causa agere negotiorum gestorum; ita qui potest adversus eum agere actione negotiorum gestorum principaliter, non potest adversus alium agere mandati, ut sit actio negotiorum gestorum, quasi subsidiaria. Et recte Papin. utitur ἐνστάσει, ἀντιπεριστάσει, id est, duplici ratione, ut ostendat defensorem teneri negotiorum gestorum, quia, inquit, non tenetur mandati, quia deficit actio mandati, et eum sua pecunia liberavit.

Ad L. LIII. Qui fide, Mandati.

Qui fide alterius pro alio fidejussit, præsente et non recusante, utrosque obligatos habet jure mandati. Quod si pro invito vel ignorante, alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest, qui mandavit, non etiam reum promittendi. Nec me movet, quod pecunia fidejussoris reus liberetur; id enim contingit etsi meo mandato pro alio solvat.

Prætermisimus, quæ cum l. 7. est conjungenda, *l*, 53. *mand.* quæ est ex eo libro: nam ita sunt nexæ, ut videatur una alterius ope indigere aut esse imperfecta quælibet, nisi apponatur etiam altera. Ex *l.* 7. *ad Vell.* (ut diximus) datur actio negotiorum gestorum ei, qui pro alio fidejussit mandato alterius, adversus reum debendi, quem solvendo sua pecunia liberavit, maxime si nullus sit, qui mandati conveniri possit, ut si mandatu mulieris fidejussit, quod constat irritum fieri SCto Vellejano. Ex hac autem lege 53. eidem fidejussori non datur actio mandati adversus reum principalem: nullum enim mandatum antecessit, sed datur tantum ei actio mandati in eum, qui pro eo fidejussit, in marem, scil. non in fœminam: nam fœminæ mandatum irritum est. Ergo conjuncta utraque lege, ut lex *Gallus*, *de liber. et postum.* ait, conjunctis capitibus legum, probe interpretationem rerum fieri, ac proinde conjuncta utraque l. intelligimus, non esse actionem mandati huic fidejussori, qui fidejussit mandato alterius, sed esse negotiorum gestorum actione, præsertim si nec sit in alium actio mandati utilis: ut si is, cujus mandatu fidejussit pro alio, sit fœmina, vel clericus, etiam intercessio irrita constituitur canonibus; nam et ita, ut heic ostendit Papinianus, si non fidejusserit pro alio sed solvit tantum mandatu alterius, quamvis eum sua pecunia liberavit, non aget cum eo mandati: sed cum mandatore duntaxat, cujus mandatu solvit pro eo, quo tamen liberato SCto, alio legis beneficio in eum, quem sua pecunia liberavit, dabitur actio negotiorum gestorum, ne in damno versetur. Et in summa res ita se habet: non omnem, qui pecunia mea liberatus est, mihi teneri mandati, certe negotiorum gestorum teneri, si nec in alium mihi suppetat actio mandati. Et hæc omnia, quæ necesse erat demonstrari, vera esse Papin. ait in *l.* 53. si quis mandato alterius fidejusserit pro invito vel ignorante. Hic non habebit actionem mandati in eum, pro quo fidejussit, sed habebit negotiorum gestorum: nam ea etiam datur iis, qui recusautium, contradicentium negotia gesserunt, modo ea utiliter gesserint, *l. solvendo*, *de negot gest.* et si solvero pro te, mihi competit actio negotiorum gestorum, cum non possis effugere debiti solutionem, vel cum immineret periculum pœnæ, aut usurarum nisi solvissem pro te: si ergo mandatu alterius fidejussero pro altero invito, is qui mandatum exposuit, tenetur mihi mandati. Is vero pro quo fidejussi invito, non potest mihi teneri mandati, sed tenebitur negotiorum gestorum. Hæc erit mihi extremum rei meæ servandæ subsidium, si non sit alia actio potior qua meum servare possim, id est, id quod solvi pro reo debendi: sed si mandato alterius fidejussero pro præsente et tacente, actio mandati mihi dabitur non tantum in eum, qui nominatim mandavit, sed et in eum pro quo fidejussi præsente et tacente: nam silentium pro mandato habemus, et patientiam pro ratihabitione: nec minor est vis taciti mandati, quam expressi.

Ad L. VIII. Quod privilegium, depositi.

Quod privilegium exercetur, non in ea tantum quantitate, quæ in bonis argentarii ex pecunia deposita reperta est; sed in omnibus fraudatoribus facultatibus: idque propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est: plane sumptus causa qui necessario factus est semper præcedit: nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

Hæc l. est de creditoribus argentariorum, et docet quis ordo inter eos servetur, id est, quibus in bonis argentarii vendendis, qui bonis cessit, prius satisfieri oporteat. Argentarii (quod sæpissime ostendimus, et nunc breviter ostendemus, nam ea res debet omnibus hodie esse cognita) sunt, qui in foro publico tabernam publicam habent nummariam, apertam, et expositam volentibus ratiocinia sua conficere vel purgare: erant enim ratiocinatores optimi. Item volentibus pecunias permutare sive cambire: pro qua re, id est, pro permutatione nummorum veterum pro recentibus dari solet collybus sive aspratura. Apertam etiam tabernam habent volentibus nummos probare. Erant enim nummorum peritissimi, nec fiebat solutio s' e

nummulariis, aut non existimabatur posse recte fieri, nisi expedissent, numquid subesset subærati, numquid lacunæ. Quicunque contrahebant, ad mensam ibant frequentes: et propterea nec sine argentario ullus contractus habebatur, in quo scilicet pecunia interveniret; nam apertam tabernam habebant volentibus pecuniam accipere; sicut fœneratores publici, vel etiam volentibus dare fœnori, et dare vel ipsis argentariis, vel aliis per argentarios: nam plerumque dabatur certa quantitas nummorum, ut eos apud alios occuparent, vel exercerent. Item volentibus pecunias suas dare custodiendus sub publifica fide, quod plerumque faciunt peregre profecturi domini, fidem suis non magnam habentes: et quidquid habent nummorum, id malunt concedere argentariis: major enim illorum fides erat olim, quam nunc sit in iis, qui eos hodie imitantur: et sicut ædituis pecunia dari solebat in causam depositi, ita et argentariis, *l. si ventri*, §. *in bonis*, *de reb. auct. jud. poss.* et (ut ait Papinianus in hac l. 8.) usus eorum est necessarius, sed quandoque periculososus: propterea quod nonnunquam foro cedunt clausa taberna, prodita fide, fraudatores, decoctores: quod quum contingit, evertit ea res, et proturbat non unius tantum, sed multorum negotiatorum rem, qui rem habebant cum argentario, qui cessit foro: et solent, dum id contingit, creditores omnes coire in unum, et distrahere bona fraudatoris per procuratorem seu magistratum, et ex pecunia redacta ex venditione omnium bonorum decoctoris portionem ferre pro rata crediti: quod ita ostendit iisdem ferre verbis *l. ult. de curat. bon. dat.* Et ad eum morem liquidum est respexisse Senecam lib. de Benefic. dum ait: *Debitorem appellabo, et si foro cesserit, portionem feram ex contractu:* scilicet, ex pecunia, quam redegerit procurator constitutus bonis distrahendis. Vide quid fit nescire jus: qui non sunt in eo versati, referunt illum locum ad actionem quasi Servianam: quasi vero ea actione fiat distributio inter creditores: nec enim in ea quicquam agitur de dispertiendis bonis: etiam pessime addunt ea auctoris verba posse referri ad actionem tributoriam: nam hæc actio distributionem tantum facit mercis peculiaris, in qua servus negotiatus est sciente domino: inter dominum et creditores mercis peculiaris, non omnes: et perperam, per actionem tributoriam creditores capere partem de peculio, imo de merce peculiari, non de peculio. Nam aliud est merx peculiaris, aliud peculium. Peculium intelligitur deducto eo, quod domino debetur: merces, etiam eo non deducto, *l. 1. §. peculiarem, de tribut. act.* sicut aliud est peculium, aliud servus peculiaris: legato servo cum peculio, et alienato, et manumisso vel mortuo vivo testatore extinguitur etiam peculii legatum, *l. 1. et l. 3. de pecul. leg.* legato servo cum vicario, mortuo servo manet vicarius legatus. Nunc finge: multi erant argentarii, qui fregit fidem, et clausit tabernam, creditores variis ex causis: alii erant ex causa fœneratitii, alii ex causa depositi, alii ex causa mandati, ut quia datis nummis eis mandaverant, ut eos exercerent, ut ne otiosos relinquerent: alii ex causa societatis, utpote miscuerunt suos nummos cum nummis argentarii fœnoris exercendi causa, alii ex aliis causis: et erant ex iis privilegiarii, quidam, pupilli puta, quorum tutelam gesserat argentarius, vel fiscus, vel respub. qui etiam habent privilegium, vel qui crediderant pecuniam ob confectionem ædificiorum, vel ob navem instruendam; armandamque, vel qui in eorum locum successerant, id est, quorum pecunia creditores privilegiarii dimissi fuerant. Ii sunt privilegiarii, et alii quidam, id est, qui habent privilegium exactionis, πρωτοπραξίαν. Ex iis etiam est mulier, quæ de dote agit: hæc est valde privilegiaria, vel qui, quæve in funus defuncti sumptus fecit, quæ causa est etiam valde privilegiaria: sed et mulier, quæ de dote agit, non tantum habet privilegium exactionis, sed et hypothecæ, id est, præfertur omnibus creditoribus, et chirographariis, et hypothecariis. Et breviter sive agat personali actione, quod est privilegium exactionis, sive hypothecaria agat, excludit ceteros creditores: nam ei satisfieri oportet: ejus rationem prius purgari oportet, quam veniatur ad ceteros. Sed nos hic loquimur tantum de privilegio exactionis: qui hoc habent præferuntur ceteris, ergo eis prioribus satisfit. Ulpian. *l. 7. §. ult. hoc tit.* ex qua pendet l. 8. docet, omnibus privilegiariis creditoribus præferri depositarios, id est, qui pecuniam depositam apud argentarios habuerunt, præferuntur etiam privilegiariis: namque ait, rationem haberi depositariorum, qui pecuniam deposuerunt apud mensam, stante fide publica ante privilegia: satisfit igitur depositariis prius, deinde sequuntur privilegiarii: quod ita procedit, si usuras depositarium pecuniarum non acceperunt ab argentariis. Nam si acceperunt usuras, non sunt depositarii; de positum est gratuitum, quod explicabitur in *l. 24. h. tit.* Et deponere pecuniam sub usuris, credere est, non deponere. Quum ergo dicimus, depositariorum rationem haberi ante privilegiarios, depositarios accipimus proprie, id est, qui simpliciter pecuniam apud mensam argentariorum deposuerunt, nec ullas usuras acceperunt: eorum habetur ratio ante privilegia; et quidem omnium, qui deposuerunt, eorum nullo observato ordine temporis, simul

omnes depositarios convocabimus, eisque satisfaciemus, antequam rationem ullam habeamus privilegiorum *d. l. 7. §. ult.* Verum huic definitioni obstat *l. si ventri, §. in bonis, ff. de rebus auct. jud. poss.* alia est sub tit. *de priv. credit.* qui tamen tit. est supposititius: ait, *in bonis mensularii*, id est, argentarii, *distrahendis, post privilegia haberi rationem eorum qui deposuerunt suas pecunias.* Lex 7. ait, *ante privilegia*, illa, *post privilegia*, non videtur ulla lex altera magis adversari posse. Sed si perlegatur *d. l. 7.* facile erit se expedire posita hac differentia: aut pecunia deposita extat, aut non exstat (deponebantur obsignatæ pecuniæ in arca) si extant pecuniæ, præferuntur privilegiariis, quia æquissimum est, eis pecunias suas restitui: neque enim depositione desierunt esse domini, sed si non existant, si consumptæ sunt, præferuntur non privilegiariis, sed ceteris, qui non sunt privilegiarii: pecunia non exstante, ipsi sunt infimi, ultimi privilegiarii. Res ergo ita se habet: depositariorum rationem haberi, si extent loculi non inanes, nec resignati: et rursus priorem esse causam depositariorum post privilegia, si non exstent nummi, hoc casu præferri privilegiarios depositariis, atque ita hoc casu depositarii ultimum gradum obtinent, et secundum hoc, est accipiendum quod ait Papinianus in l. 8. hoc privilegium, quod datur depositariis non tantum in pecuniis depositis exerceri, sed etiam in universis bonis fraudatoris. Adducit rationem, cur hoc privilegium detur depositariis, quod publica utilitas hoc exigat, ne fallantur, qui sequuti sunt fidem publicam, quique necessario usi sunt opera argentariorum, dum alios non habent, apud quos deponant nummos suos. Et postremo ait, si quod privilegium interveniat, vel horum, vel illorum, semper haberi ante omnia rationem sumptuum necessario factorum, quia expediendæ auctionis causa, (*les frais des criées sont les premiers payez*) expediendæ bonorum venditionis causa: nam bona intelliguntur deducto eo sumptu, nec ante bonorum calculus subducitur, quam ea impensa subducta sit *l. quantit. ad l. Falcid. l. 119. in fi. ad Treb. l. ult. §. in comput. C. de jure delib.* in l. Falcidia, vel alias, in computatione patrimonii vel bonorum semper deduci ante omnia, quod impensum est in confectionem inventarii: quod impensum est in insinuationem sive publicationem testamenti. Hi sumptus post mortem domini necessario fiunt, ac minuunt bona, neque enim bona calculo subjiciuntur, antequam hi sumptus impleti fuerint.

Ad L. XXIV. Lucius, eod. tit.

Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos quos hoc die commendasti mihi, adnumerante servo Sticho actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola manu mea scripta, tibi notum facio, quæ quando voles, et ubi voles confestim tibi numerabo. Quæritur propter usurarum incrementum. Respondi depositi actionem locum haberr: quid est enim aliud commendare, quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur, nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos: in qua quæstione, si depositi actio non teneat, cum convenit tantumdem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est: et est quidem constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio: sed contra bonam fidem, et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris præstandis convenit, lex contractus servabitur.

Ex tractatu legis 8. *depos.* hæc potissimum in memoriam redigi velim. Ulpian. in *l. 7. §. pen.* ex qua pendet *d. l. 8. depositarios* interpretatur hoc modo, id est, *eos, qui depositas pecunias habuerunt*: non abs re; nam vulgo depositarii sunt, non qui pecuniam deposuerunt, sed qui acceperunt pecuniam depositam: alii qui dederunt, sunt depositores: sed in constitutione ea, qua privilegium dabatur depositariis (nam hoc constitutionem aliquam effecisse necesse est) depositarios interpretatus est Ulpianus esse depositores. Ita invenio in jure, fideicommissarium, quem scilicet vulgo dicimus pro eo, cui est relictum fideicommissum, accipi tamen nonnunquam pro hærede: fideicommissarius nonnunquam est hæres, vel legatarius, qui rogatus est præstare fideicommissum, *l. quamvis, de judic. et Novell.* 108. Illud quoque in memoriam veniat, depositores, quos dixit privilegium habere in bonis nummularii vendendis, qui bonis cessit, omnes concurrere, et simul admitti, omnium simul rationem haberi ante privilegia, si exstent pecuniæ depositæ, et non servari ordinem temporis, non satisfieri antiquiori depositori, sed omnibus simul. Ex quo intelligitur in hypothecis quidem servari privilegium temporis, et potiorem, potentioremque esse eum in vindicanda hypotheca, qui est prior tempore: sed in actione personali non observatur privilegium temporis in exigendo debito, in actione in personam non servatur privilegium temporis inter creditores, qui sunt ejusdem tituli, id est, quibus ex eadem causa debetur: ut inter depositarios plures, *l. privileg. de reb. auct. jud.* in hypothecis privi-

legia æstimantur ex tempore. In personali actione ex causa debiti, non ex tempore, hoc est, non præfertur ceteris, qui est antiquior creditor, sed qui causam debiti habet privilegiariam, veluti causam dotis, aut similem, quæ sit fulta privilegio juris. Postremo redigamus etiam in memoriam, quod didicimus ex *d. l.* 7. §. *penult.* depositarios habere privilegium exactionis, si modo depositarum pecuniarum usuras non acceperint: si fuerint simplices depositarii. Nam si usuras acceperint, non utuntur privilegio depositariorum, nec depositarii esse censentur, vel etiam si per argentarium, apud quem pecuniam deposuerunt, ex iis pecuniis fœnerentur, ii quoque non sunt proprie depositarii privilegiarii. Huic parti est statim conjungenda lex 24. *hoc tit.* Privilegium depositariis datur iis tantum, qui usuras depositarum pecuniarum non acceperunt. Nam qui usuras accipiunt, vel qui pecuniam deponunt ea lege, ut usuras ferant, creditores potius sunt, aut fœneratores, quam depositarii, *l. si ventri* §. *in bonis*, *de reb. auct. jud.* vel etiam, qui depositis pecuniis gratuito, nulla facta mentione usurarum, postea usuras acceperunt, videntur renuntiare deposito, et in creditum transire. Non est igitur depositum proprie, si veluti pro usu usuræ præstentur, ac si liceret uti pecunia deposita, quod certe non licet, et qui utitur fur est, *l. si sacculum*, *hoc tit.* non est proprie depositum si pecuniæ depositæ fœnus accipiatur, licet contrahentes appellaverint depositum: rem enim spectamus, non verba. Non est usus pecuniæ depositæ, sed custodia permissa tantum: ergo nec usuræ debebuntur. Et sane quod ad privilegium attinet, de quo tractatur in l. 8. non est depositum: at crediti potius jure censetur sive fœnoris. Hinc quæritur, an eo casu, quod de usuris præstandis convenit, earum pecuniarum, quæ velut depositæ sunt, sicuti cessat privilegium illud, si de usuris præstandis convenerit, an cesset etiam actio depositi? num possum repetere pecuniam depositam actione depositi? an impedior conventione usuraria, quam deposito apposui, quod alia res acta sit, quam depositi? Denique si cessat privilegium depositi, an cesset etiam actio depositi? Finge: deposui apud te pecuniam eo pacto, ut tantundem redderes, ut idem genus redderes, non eandem speciem: quo quidem pacto tacite id agitur: ut pecunia utaris, si velis, ut abutaris, ut consumas, neque enim eadem corpora nummorum mihi reddi spero, sed tantundem, quantitatem eandem: Ex hoc negotio estne actio depositi, necne? an est potius actio si certum petetur, id est, quæ ex mutuo competit? vel an actio præscriptis verbis, quæ ex negotio dubio et incerto? quod magni interest scire propter usuras. Nam si percunctetur quis an ex negotio veniant usuræ, spectandum est; quæ actiones dentur, ex quo cognoscimus, usuræ veniant, nec ne. Nam si est actio depositi, usuræ veniunt ex pacto: vel si pactio nulla intervenerit, ex mora officio judicis: si sit ex mora officio judicis, si sit actio creditæ pecuniæ, vel actio præscriptis verbis, quæ sunt strictæ, usuræ non venient nisi ex stipulatione, non venient ex pacto, etiamsi pactum sit initio contractus, et ex continenti, id est, etiamsi pactum sit ex continenti appositum. Non venient igitur ex pacto, non etiam ex mora officio judicis. Nam hæc est certissima differentia inter judicia bonæ fidei et stricta, quod in bonæ fidei judiciis usuræ veniunt ex pacto convento ab initio, *l. Publica*, §. 1. *hoc tit. l. cum quidam*, §. *ex loc. de usur. l. initio, C. de pact. int. empt. et vend.* In strictis autem, non veniunt ex pacto sine stipulatione, licet pactum insit continentiæ contractus, *l. idemque*, §. *si Titio*, *l. si Titio*, *l. qui neg. mand. l.* 10. §. *sed utrum*, *de in rem verso*, *l. Titius*, *de præscript. verb. l. quamvis*, *de usur.* Ratio diversitatis est, quia in contractibus stricti juris pacta incontinenti non insunt ex parte actoris, insunt ex parte rei, id est, non, formant actionem, sed exceptionem tantum. In contractibus bonæ fidei insunt ex parte actoris, id est, ex eis agere possumus, nedum excipere, ac proinde insunt non tantum ex parte rei, sed ex parte actoris. Est et alia differentia non minus certa: in bonæ fidei judiciis usuras venire ex mora officio judicis citra pactionem, si ita arbitretur judex, quia in illis judiciis tantum potest officium judicis, quantum in strictis stipulatio, quod repetitur in *l. qua tantundem*, *de negot. gest.* In judiciis strictis usuræ non veniunt officio judicis, quod nullum est, aut perquam exiguum: formula enim includitur judex, nec sui juris est, apud quem agitur stricto jure. Magni ergo interest scire, an sit actio bonæ fidei, id est, depositi, an stricta, id est, condictio ex mutuo, vel præscript. verbis. Et Papinianus, ut hoc definiat ita distinguit: duo genera ponit contrahendi depositi; vel (inquit) pecunia deponitur obsignata, aut clausa, ut scilicet eadem corpora nummorum reddantur, ut idem sacculus, iidem loculi, quo genere non proponitur gestum esse negotium in hac lege: aut pecunia deponitur non obsignata, non obserata, ut scilicet tantundem reddatur, de quo negotio hic agit. Priore casu constat esse depositi actionem, imo nihil habere id negotium, quod ita gestum est, quod non conveniat naturæ depositi, si obsignatus detur sacculus ea lege, ut idem reddatur cum pecunia eadem, sed proposuerat Papinianus contrahentes, quod ita rem gesserant, non fuisse usos verbo deponendi, sed commendandi: *centum*, inquit, *num-*

mos quos hac die commendasti: non dixit, quos deposuisti mihi: utrum est depositum, an novum negotium commodati, ex quo detur actio præscript. verbis? in eo non laborat Papinian. cum ait; commendare nihil aliud esse quam deponere. *Quid est enim aliud commendare quam deponere?* hoc idem ex Ulpian. lib. 30. ad edictum refertur in *l. commendare de verb. sign.* Commendare nihil aliud est, quam deponere. Et notandum eo libro 30. tractasse eundem Ulpian. de privilegio depositariorum, *l.* 7. *hoc tit.* que est ex lib. 30. *ad edict.* Sicut ergo Papinian. eodem libro tractavit et de hac re, et de illa quæstione, ita et Ulpian. nempe ad edictum. Et sane jam initio ostendi, esse affinem seu proximam alteram alteri, ut sit facile ex una labi in alteram, propterea quod distinguuntur depositarii, qui usuras accipiunt, ab his, qui non accipiunt. Eodem sensu dicimus commendare corpus mortui terræ, *l. etsi quis*, *§. funeris*, *de religios.* quod est deponere, *l. si quis*, 40. *eod. tit.* deponuntur quoad fiat justa sepultura: et aliud est sepelire, aliud commendare. Commendatio mortui non est justa sepultura: fit enim temporis causa tantum, sepultura fit, ut perpetuo ita sit. In legendis auctoribus accurate semper cavendum est, ne decipiamur: nam innumeris locis legitur verbum *commendare*, depravatum in *commodare*, ut olim legebatur in *l.* 9. *C. depos. res commendatas*, id est, *depositas*, qui error effecit, ut Tribonianus *legem ult. C. commod.* poneret sub eo tit. quod in ea constit. legisset commodatum pro *commendatum.* Perperam: quod discusso jure, vel animadverso diligentius debuisset emendare, *commodare* in *commendare*, atque ita eam legem ponere debuit sub titulo depositi. Nam et sententiam *d. l. ult.* tueri nemo potest absque calumnia. Quod vult ea lex in actione commodati non esse compensationi locum, sed rem commodatam statim reddendam; etiamsi quid vicissim debeatur, est falsum, *l. Lucius*, *mand. l. in reb. §. quod autem*, *ff. commod.* et specialiter tantum hoc est receptum in actione depositi, ut non possit ei objici compensatio, ne quid moretur redditionem depositi: omnes aliæ actiones compensationem patiuntur ipso jure hodie. Et merito excipitur actio depositi: quoniam hæc actio summam fidem exigit, non par est fides, quæ in bonæ fidei judiciis exigitur ubique: major in uno exigitur, quam in alio, sicut quæ sunt stricta judicia non sunt pari modo stricta; alia arctiora, alia minus. Contractus depositi est sacer contractus, ut Juvenalis dixit, *sacrum depositum*, non quod in ædes sacras deponere solerent pecuniam, sed ut non fas sit fidem fallere depositi. Quod etiam in eo apparet, quia qui fefellit depositi fidem, fit infamis: qui commodati, non fit infamis: et quod actio depositi est privilegiaria, commodati non item: et quod deposito non opponitur exceptio non numeratæ pecuniæ, *l. in contract. C. de non num. pec.* commodato opponitur et ceteris actionibus: et ita etiam in solo deposito hoc receptum est, ut ei non opponatur compensatio, *l. pen. C. depos. l. ult. C. de compens.* Verum ad rem, si pecunia, quæ est altera pars divisionis Papin. data sit non obsignata, ea lege ut tantundem solveretur, an ex hoc negotio est actio depositi? Papin. ait, *eam rem excedere depositi notissimos terminos*, excedere depositæ pecuniæ modum. Termini depositi sunt, in quos resolvitur definitio depositi. Quid est depositum? Est conventio qua id agitur, ut rem meam custodias, et mihi possideas non tibi, eamque mihi reposcenti restituas, *l.* 2. *in pr. de reb. cred. l. licet*, *§. rei*, *hoc tit.* hos terminos egreditur qui paciscitur, ut tantundem reddatur quantum deposuit: nam hoc agit, ut is, apud quem deponit, sibi habeat, sibi possideat, et non eandem speciem reddat, sed quantitatem, *l. in navem*, *loc.* Est igitur hæc conventio contra naturam depositi. Papin. non definit aperte in hac l. 24. utrum sit actio depositi ex hac conventione, an non, quod tamen multum interest scire. Nam ut ipse Papin. ostendit in hac l. si non sit actio depositi, sed creditæ pecuniæ, vel præscriptis verbis, usuræ non venient nec ex pacto, nec ex mora, neque ex officio judicis: sed si sit actio depositi, usuræ venient ex pacto convento in continenti officio judicis, sive ex pacto ex fide bona. Ex mora igitur, non ante moram, nisi aliud convenerit ab initio, ut usuræ præstentur etiam ante moram. Unde notandum est, off. jud. in actionem depositi non venire usuras, nisi ex mora, propria quadam ratione, quia esset contra bonam fidem, et contra naturam depositi, si usuris alligaretur is, qui beneficium dedit in recipienda re, et custodienda, nec recusavit unquam, aut moram fecit in ea reddenda, hoc est proprium in deposito. Ergo in aliis contractibus veniunt usuræ etiam ante moram officio judicis. In aliis contractibus bonæ fidei officio judicis usurarum ratio habebitur, etiam ejus temporis, qui debitor non erat in mora, veluti ex tarda solutione. Nam non omnis tarda solutio est mora. Mora est tarditas, quam creat interpellatio. Potest esse tarditas in re ipsa, quod longius trahat solutionem, licet non interpelletur, *l. cum quidam*, *§. ex locato*, *de usur.* quæ constituit differentiam inter tardam solutionem et moram ἐκ τῆς συγχρήσεως. Ergo possunt venire usuræ ante moram ex tarda solutione, vel quod pecuniam (exempli gratia) mandatarius converterit in suos usus, licet nondum sit interpellatus de ea reddenda, *l. idemque*, *§.* 3. *mand. l. socium*,

pro socio. Præterea stipulatio usurarum ante moram jure procedit; quis hoc negabit? in *l. lecta, de reb. cred.* tantum proficit officium judicis, quantum stipulatione: quod stipulatione contrahentes efficere possunt, idem facit judex ex officio. Ergo (quod sæpe iterandum est) multum interest scire, quæ actio sit ex proposito negotio. Sed ad extremum Papin. rem non definit, movet omnem lapidem exentiendæ hujus rei causa, nihil tamen efficit, quia rem indefinitam relinquit, sed subolet, Papinianum, facile admisisse actionem depositi: cessare quidem privilegium depositi, sed non actionem: non male agere eum, qui depositi agit, et consequenter in hoc negotio venire usuras ex pacto, vel ex mora officio judicis, licet excedat modum depositi, quod significat et *l. sequ.* §. *ult. l. Publia*, §. 1. *l. Quintus*, *l. si sacculum* §. *ult. hoc tit.* Exponenda nobis sunt primo reliqua *l. 24. depositi*, deinde id quod proposuimus, contra naturam contractus pacta facta non esse rata. Proponitur initio *l. 24.* cautio pecuniæ depositi his verbis: *Lucius Titius Sempronio salutem, etc.* cautio et chirographum depositæ pecuniæ fit per epistolam: sed quæritur, an ex ea cautione sit actio depositi? et hoc quæritur propter usurarum incrementum: nam si sit actio depositi, accrescent usuræ ex pacto vel off. jud. quia actio depositi est bonæ fidei: quod non contingeret, si non teneret actio depositi, sed competeret alia actio stricta. Et sequitur proposita cautione: *quæritur*, inquit, *propter usurarum incrementum.* Est methodus brevitatis, quæ dicitur κατὰ τὸ σιωπώμενον. Nam explenda est omnino hoc modo, aut intelligenda, ac si ita explanata fuisset. Quæritur an sit actio depositi propter usurarum incrementum? et ita etiam in *l. Publia*, §. 1. *hoc tit.* Si de præstandis usuris pecuniæ depositæ convenerit, eum contractum excedere modum depositi, ideoque secundum conventionem usuras peti posse actione depositi: hoc postremo non infertur: neque enim inferretur probe, sed ex eo quod subintelligitur, ac si dixisset contrarium, excedere modum depositi, neque tamen ideo minus depositum esse censeri: inde recte infert, actione depositi usuras peti posse. Car autem dubitat an ex cautione proposita sit actio depositi? nempe, quia is, qui cautionem emisit, non scripsit depositam, sed commendatam sibi pecuniam fuisse. Verum Papin. ait, esse act. depositi, quod idem sit commendare et deponere: et hoc ita se habere sine ulla controversia, si obsignata pecunia data sit ea lege, ut idem sacculus, eademque corpora nummorum redderentur. Nam in hoc contractu nihil est, quod non conveniat deposito, nihilque est, quo quis fretus, possit denegare actionem depositi. Et hoc est quod sequitur. Quid ergo? si id actum est numerata pecunia, ut alia tanta redderetur, non eadem, quid fiet? hoc deinde explicat Papinianus, *si numerata sit pecunia, etc.* Papin. ait, hanc rem excedere modum depositæ pecuniæ, depositum vel commendatum esse quidem nomine, non re, non substantia, non natura. Hæc lex subjecta deposito, ut tantumdem reddatur, facit, ut quod depositum esse dixerunt, non sit depositum, et hoc forte casu non erit actio depositi, sed erit actio creditæ pecuniæ, quia ea res credito magis accedit, vel, quod in ambiguo, erit actio præscript. verbis, et consequenter non accrescent usuræ sine stipulatione: et hoc est quod subjicit, *nam si tantundem, etc.* si non est, inquit, actio depositi, non venient usuræ ex pacto, vel ex officio judicis, venient ex stipulatione sola: quæ omnia satis probavimus constituta differentia inter judicia stricta et bonæ fidei. Contra si non convenit tantundem reddi: actione depositi veniant usuræ, accrescent usuræ officio jud. perinde atque si essent in stipulationem deductæ, quoniam officium judicis tantum potest quantum stipulatio, id est, quantum stipulatio potest exprimere, vel extorquere, idem et judex potest, qui est additus bonæ fidei actioni: et accrescent officio judicis ex tempore moræ, non ante moram: nam iniquum et absurdum et alienum a natura deposit. est, ut usuris opprimatur depositarius, qui in custodienda pecunia beneficium dat, qui neque utitur ea pecunia, nec moram facit in ea reddenda. Usuram dat, qui beneficium accipit, non qui non accipit, non qui beneficium dat, si vacet mora: natura depositi est, ut custodiam solam injungat absque usu et usuris. Igitur non ante moram. Sed si initio deponendæ pecuniæ convenerit de præstandis usuris etiam ante moram, lex contractus servabitur, id est, præstabuntur usuræ ex pacto: nam in bonæ fidei judiciis veniunt usuræ officio judicis: in hoc judicio depositi, ex mora tantum, vel ex pacto ante moram, et hoc est, quod subjicit, *et est quidem constitutum, etc.* Hoc ergo vult in extrema parte h. l. Papin. si sit actio depositi, usuras deberi ex pacto etiam temporis ejus, quod fuit ante moram, ex officio judicis, nonnisi ex mora. Et ait, *si tamen de usuris præstandis convenerit,* ante moram scilicet, *lex contractus servabitur*, id est, usuræ præstabuntur. Ex eo colligo, quod notandum, esse actionem depositi, licet convenerit de usuris præstandis depositæ pecuniæ ante moram, alioquin non deberentur usuræ, si deficeret actio depositi, non enim alia suppeteret, quam stricta. Item colligo non esse actionem depositi, si convenerit, ut tantundem solveretur, non idem: quod agi plerumque intelligitur, si pecunia nu-

merata deponatur non tamen in folle; non in sacculo obsignata vel obserata: hæ duæ pactiones, *ut tantundem solvatur*, *vel ut usuræ præstentur ante moram*, sunt contra naturam depositi: hoc Papin. ait aperte in illo loco: *sed contra bonam fidem*, *etc.* Item superiori quo dixit eam legem, ut tantundem solvatur, egredi notissimos terminos depositi: nihil enim aliud est, quam eam legem egredi naturam depositi. Qua vero ratione sunt contra naturam depositi? quia tacite permittunt uti pecunia: si vis me usuras præstare, vis ergo, ut mihi liceat uti pecunia, si vis ut tantundem solvam, non illam quam deposuisti, vis me eam consumere. Permittitur enim tacite, ut uti liceat: hæc sunt contra naturam depositi, *l. pacta*, *de contrah. empt. l. jure gentium. §. idem responsum*, *de pact.* nec sunt audiendi, qui differentiam constituunt inter ea, quæ sunt contractus naturalia, et substantialia: ex natura (inquam) et substantia, ex ipsomet contractu hoc est, ne utatur pecunia, sive re deposita, qui accipit, sed eam servet intactam: depositum consistit ex custodia, non ex usu. Quæ lex sive pactio depositæ pecuniæ usum permittit, aberrat a natura depositi. Et hinc sumpta occasione dicet aliquis, si hæ pactiones sunt contra naturam depositi, ergo non servabuntur: et tamen ait Papinian. servari, quod verbum est ex edicto prætoris, *pacta servabo*, in *§. de illa*, *Inst. de societ.* Res explicabitur adhibita distinctione hujusmodi. Pactio dicitur esse contra naturam contractus, vel quod palam fit contra naturam contractus, vel quod tacite duntaxat: hæc servatur, illa non servatur. Propterea contra naturam contractus est pactio, quæ manifeste adversatur contractui: ut puta si quid convenerit, quod pugnat omnino cum eo, quod primo contractum est: ut si post contractam societatem, quæ nihil aliud est, quam communio lucri et damni, conveniat, ut unus totum lucrum sentiat, alter totum damnum, conventio non valet: quid enim est aliud, quam convenire, ne sit societas? Potest etiam exemplum sumi de precario, *l. precario* 9. *de precar.* Precarii natura est, si tu rogas me rem meam precario, ut eam revocem, ego qui precibus tuis locum dedi, cum mihi libuerit, quod commodato dedi, non revoco antequam usus fueris: nam id tibi utendum dedi, ut si equum tibi commodavero Lugdunum usque, antequam veneris Lugdunum, non possum equum revocare: quod datur precario non ita utendum datur, sed ut hac liberalitate mea utaris, quandiu mihi libuerit: nec datur proprie utendum, quod precario datur, sed precibus do tantum locum, non etiam in hoc me astringo, ut ne revocem rem precario datam, antequam usus fueris certæ rei causa: denique quod precario datur, non datur palam utendum. Verum finge: contracto precario convenit, ne ante Calendas Julias repeteres: hæc conventio est contra naturam precarii: nam hoc perinde est, ac si diceres, ne sit precarium. Item si contrahatur feudum, et conveniat, ne fidelitas præstetur, hoc enim est, ne sit feudum. Item si contrahatur mutuum, et mox conveniat, ne pecuniam attingas, nec consumas, ne ea utaris, non erit mutuum. Hæc pactiones sunt contra naturam contractus; quæ manifesto sunt contrariæ ipsi contractui, quæque evertunt palam, quod actum ante. Item in deposito, si convenerit ut pecuniam consumeres, ut ea abutereris si velles: nam depositum contrahitur custodiæ causa, et hæc sunt contraria, *custodire* et *consumere* sive, *absumere.* Quid fiet, si hæ pactiones contractibus ex continenti adjiciantur, ut in superioribus exemplis? duorum alterum accidet, ut vel nullæ sint pactiones, et habeantur pro non adjectis, nec tamen vitient contractum, sicut dicitur in *l.* 6. *§.* 1. *de pecul. leg.* adjectionem legati, quæ est contra naturam legati, nihil adjicere, id est, pro nulla et non scripta haberi, et non vitiare legatum. Exempli gratia, legatum est peculium servi (peculium intelligitur deducto eo, quod domino debetur) subducitur debitum, et æs alienum domini, non potest videri in peculio esse, ut quod ego debeo, non est in bonis meis. Finge tamen legari peculium, et adjici non deducto eo, quod domino debetur. Hæc adjectio est contra naturam, contra substantiam peculii, et ideo nihil adjicit: nec propterea minus fiet ea deductio, aut minus præstabitur legatum: nec enim vitiatur per adjectionem repugnantem legati naturæ. Simili igitur modo hæ pactiones adjectæ contractibus, quæ manifesto contractum impugnant, non vitiabunt contractum, sed vitiabuntur ipsæ, vel etiam aliud continget, ut confestim propter pactionem, quæ adjecta est contraria contractui ante habito, si negotium id ferat, ut res transeat in aliud genus contractus; veluti si deposuero apud te pecuniam, et confestim convenerit, ut ea utereris, interpretabimur creditum esse contractum, non depositum, *l.* 9. *§. ult. l.* 10. *de reb. credit.* Palam edico, ut pecunia deposita utaris, non depono, sed credo. Et ita Accursius recte in *l. seq. §. ult. hoc. tit.* distinguit, utrum usus pecuniæ permittatur nominatim, an tacite. Nam si nominatim pecunia credita sit, in ipso momento videntur contrahentes mutasse propositum, et depositum mutasse in creditum. Sed si tacite permittatur usus pecuniæ depositæ, non desinit esse depositio: et ita in mutuo, si convenerit, ut eadem corpora nummorum redderentur, quod videtur alienum a

natura mutui, quia mutuum damus recepturi idem genus, non speciem, mutuum est quantitatis, non corporis: valet tamen ea pactio, quia non palam tibi interdico usum pecuniæ, licet legem adjiciam, ut reddas eandem pecuniam, et possis uti medio tempore. Idem erit in deposito, si convenerit, ut usuras præstes, vel ut tantundem reddas, quia hoc non palam edico, ut ea pecunia utaris, sed tacite tantum per consequentiam. Et multa quæ non fiunt rite propalam, fiunt rite per consequentiam, et tacito intellectu: sunt hujus rei innumera exempla. Et si quis generatim quærat, utrum sit major vis expressi, an taciti, vel an par sit, vel non? debes respondere, ex eo quod fit plerumque, majorem esse vim taciti, quam expressi, hoc est, pleraque tacite procedere, quæ palam non admitterentur. Ergo argumento proposito breviter ita respondendum est: intelligendos casus de pactionibus, quæ nominatim concipiuntur contra naturam contractus, non de iis quæ sunt tacite contra naturam contractus, quales sunt hæ duæ in *hac leg.* ut tantundem reddatur, quantum depositum est, et ut depositi usuræ reddantur.

Ad L. LXXXI. si Soc. pro fil. pro socio.

Si socius pro filia dotem promisit, et prius quam solveret, hærede ea relicta decessit, quæ postea cum marito de exigenda dote egit, accepto liberata est: quæsitum est, an si pro socio ageret dotis quantitatem præcipere deberet si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur. Dixi pactum non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit: nam si commune hoc pactum fuit, non interesse, quod alter solus filiam habuit. Ceterum, si numeratam dotem pater, defuncta in matrimonio filia, recuperasset, reddi pecuniam societati debuisse. pactum ex æquitate sic nobis interpretantibus. Quod si salva societate, divortio matrimonium solutum foret, cum sua causa dotem recuperari, scilicet, ut ea vel alii marito dari possit, nec si prior maritus facere non posset denuo de societate constituendam dotem: nisi si nominatim ita convenisset. Verum in proposito largiter esse videbatur, dos numerata esset, an vero promissa: nam si filia datam dotem posteaquam patri hæres extitit, jure suo recepisset, non esse referendam pecuniam societati, quam mulier habitura fuit, etsi alius hæres extitisset: quod si accepto a marito liberata esset, nequaquam imputari posse societati non solutam pecuniam.

Sequitur, ut transeamus ad *l.* 81. *pro soc.* quæ lex continet plura, et singularia multa: vellem, ne mihi vel aliis illius tenor memoria excideret: nam posset multis rebus accomodari, habetque rationem summam. Sciendum est, mortua in matrimonio filia, dotem profectitiam redire ad patrem: hoc nemo est, qui nesciat, *l. jure, de jure dot.* Et dotem profectitiam esse, non tantum, si de suo eam dederit pater, sed et si de communi. Verum hoc interest, quod si dederit de suo proprio, dos revertitur ad eum, et remanet apud eum jure perpetuo: mortua enim in matrimonio filia, si dederit dotem de communi pater, rursus eam debet redigere in commune, quod hoc loco ostenditur singulari. Dos profecta de communi a patre recipitur, sed mox refertur in commune, nec retinetur a patre. Divortio autem facto inter virum et uxorem, repetitio dotis est communis patris et filiæ: nec enim pater potest dotem profectitiam repetere invita filia, *l.* 2. *solut. matr. l. pater filiæ, ad l. Falc.* Et si eam repetierit, ut oportet volente filia, eam ei servare debet, quoad nubat forte alii viro; non potest eam minuere, vel perdere, aut adimere filiæ: nam in patrimonio filiæ esse cœpit, quamvis sit in patris potestate, *l.* 24. *de collat. et l.* 1. §. *ult. de collat. dot.* Et finito matrimonio non desinit esse in patrimonio filiæ, ac eadem filia rursus fungi potest repetito matrimonio. Atque hoc est, quod ait Papinian. *dotem a patre recuperari cum sua causa*, ut scilicet, vel alii marito detur, ut eadem dos fungatur pro eadem filia, nec immutatur causa ejus pecuniæ, quia in bonis intelligitur esse filiæ etiam soluto matrimonio, potius quam in bonis patris; filiifamil. habent castrense, vel quasi castrense peculium in proprio patrimonio: filiæf. dotem profectitiam; sed si divortii tempore pater non fuerit in rebus humanis, a quo dos profecta est, repetitio dotis competit soli filiæ, et recipit eam jure suo, ut Florentiæ scriptum est hoc loco. Idem dicam, si divortii tempore mortuus fuit pater, et jure suo, ad differentiam juris hæreditarii quia ponitur in *h. l.* filiam patri hæredem extitisse: nam filia non recipit dotem jure hæreditario, licet patri hæres extiterit, sed jure suo, jure proprio. Et ita idem Papin. in *l. pat. fil. ad l. Falc.* Filiam, quæ hæres instituta, et rogata est hæreditatem restituere, habituram Falcidiam jure hæreditario, dotem autem jure suo. Confert ibi palam jus hæreditarium cum jure proprio: et vis differentiæ in eo consistit, quod qui jure suo recipit dotem, eam non refert societati, et refert societ. sicut pater, si eam reciperet jure hæreditario, quod post dicemus enucleatius, et apertius. Ad hoc sciendum est, soluto matrimonio maritum teneri de dote reddenda socero vel uxori, vel hæredi ejus, non tantum si dotem acceperit, sed etiam, si per eum steterit, quo minus acceperit, et alias teneri in dotem ipsam, hoc est,

in quantitatem dotis, quæ deducta vel promissa est, alias in hoc tantum teneri, ut auctorem liberet ab obligatione dotis, quod exemplis fiet manifestius. Finge: mulier debitorem suum delegavit marito, ut quod sibi is deberet, marito promitteret, idque acceptum maritus haberet in causam dotis: quo genere dos sæpissime constituitur. Si debitor sit a muliere marito delegatus, et id quod debet mulieri marito doti dixerit, vel promiserit, nec maritus eum exegerit, ac deinde defectus sit facultatibus debitor delegatus; divortio facto mulier repetet dotem perinde ac si eam exegisset: quoniam hoc ei imputatur, cur sibi delegatum debitorem mulieris non urserit ad solutionem, priusquam laberetur facultatibus, *l. si extraneus* 33. *de jur. dot.* Cur non exegit in tempore? cur fuit segnis? culpanda est segnities mariti, et plectenda redditione dotis, perinde ac si numerata fuisset, et exacta. Sed si socer, qui dotem promisit genero, nec solvit, mortua in matrimonio filia (quo casu dos ad eum redit) agat de dote, quam maritus debuit exigere, nec exegit, vel etiam si uxor, quæ dotem promisit, vel quæ debitori a se delegato, et promissori dotis, vel quæ alii debitori dotis hæres extitit: aut, si debitor delegatus, qui mulieri hæres extitit, soluto matrimonio agat de dote, quam exigere debuit maritus, nec exegit, non consequetur dotis quantitatem: quia sine rubore non potest imputare, aut culpæ vertere viro benignitatem suam, qui eum non urserit ad solutionem: non possum imputare honesto marito, qui me non exegerit, qui mihi pepercerit, qui eram debitor dotis, vel jure proprio, vel jure hæreditario: possum ei imputare, quod ab extraneo non exegerit dotem, quod a patre, non item; non possum imputare viro, quod patrem meum non urserit, *d. l. si extraneus.* Ergo si qui sunt debitores dotis, vel jure proprio, vel nomine hæreditario soluto matrimonio agant de dote, quam non exegit maritus, non consequentur dotem, quia culpa omni vacat, quod non exegit, quod agentibus de dote pepercit, sed hoc tantum consequentur, ut liberentur obligatione dotis per acceptilationem, quæ obligatio sola fuit apud virum dotis loco, non res ipsa, *l. nupta*, §. *quoties, sol. matr. l. promittendo*, §. *ult. de jur. dot. l. deposui* §. 1. *de pecul.* Et secundum hanc definitionem juris res proponitur gesta fuisse in hac lege: modo ejus speciem videamus. Species hæc est: duo sunt socii omnium bonorum, primus et secundus. Convenit inter eos, ut unusquisque filiæ suæ dotem constitueret de communi, hoc est, ut dotem quam quisque constitueret pro sua filia, sumeret de arca communi, et utrique imputaret. Commune fuit pactum, communis conventio, alioqui esset iniqua: nam si ita convenisset, ut primus pro sua filia dotem constitueret de communi, non secundus, inæquale esset pactum, *l.* 3. *C. comm. utriusque judic.* et contra naturam societatis, nec valeret: sed hoc casu commune fuit pactum, ut quisque filiam suam dotaret de communi: pactum igitur cum sit justum, servandum est. Nec obstat, quod conventionis tempore unus filiam habuerit, alter non: nam potest habere: de pacto igitur, cum sit commune, nulla est dubitatio quin pactum ratum habendum, et servandum sit. Porro unus ex sociis dotem promisit pro filia, nec solvit: communioni igitur eo nomine secundum conventionem nihil abstulit, et priusquam solveret pater, eo mortuo filia hæres extitit, pro qua dotem promiserat; atque ita filia cœpit debere dotem marito, quam debuit pater, jure hæreditario, nec solvit, non coegit eum maritus ad solutionem. Postea divortio facto solutum est matrimonium, et mulier agit de exigenda dote, hoc est, quam exigere debuit maritus, ut eam sibi reddat, quid consequetur? Non consequetur dotis quantitatem, quam ipsa debet marito, sed liberationem obligationis tantum. Satis enim esse diximus acceptilatione eam liberari, quia non possit argui maritus vel culpari, si ei pepercerit, si eam non præcipitavit ad solutionem, *d. l. si extraneus.* Deinde filia accepto liberata, ut diximus, agit pro socio rationem reddendarum causa, cum eo qui fuit socius patris, nunc desinit esse: nam mors solvit omnem societatem, nedum conjugalem: quæritur in judicio pro socio, an possit filia deducere quasi præcipuo jure, an possit percipere quasi præcipuam, *au preallable* dotis quantitatem, hac ratione, quia inter socios placuerit dotes constitui de communi filiabus? Hæc ratio non est idonea, nec ad eam attendit Papin. noster, qui respondet, non posse eam dotem percipere de communi: et fortis est ratio, qua potuit moveri Papin. quia pater eam dotem promisit tantum, non constituit, quo verbo usi erant socii in paciscendo, ut unusquisque pro filia dotem constitueret de communi: pater, inquam, promisit tantum, non constituit, et constitui non potest dirempto matrimonio. Dos quomodo constituitur? traditione, solutione, numeratione. Breviter, re, non verbis, non promissione, quod et vox ipsa demonstrat, *l.* 5. *sol. matr. l. dotale* §. *dotale, de fund. dot.* de communi igitur non auferet filia, quod non abstulit pater. Et hoc est: quod definit *in fin. l.* Si, inquit, filia sit acceptilatione liberata a marito, cum pater dotem promisisset, non numerasset, non posse eam imputare societati dotem promissam tantum, non numeratam. Quod ita Cyrillus: *εἰ δὲ μόνον ἐν ἐπερωτήσει ἦν ἡ προὶξ, οὐδὲν ἀπαιτεῖται ἡ θυγάτηρ τὸν κοινωνὸν λυθέντος τοῦ γάμου.* *Si*, inquit, *dos promissa sit tantum, non numerata, nihil filia petere potest a*

socio soluto matrimonio. Diximus de dote promissa a patre, de cujus repetitione si agat filia hæres, consequitur tantum liberationem obligationis, non pecuniam. Nunc dicamus de dote genero data a patre de communi. Et hoc casu distinguit Papin. acutissime. Est quod admiremur ejus ingenium: hoc loco ait Papin. aut morte solutum est matrimonium, aut divortio. Si morte filiæ, dos redit ad patrem, sed necesse est, eam redigere in commune, unde profecta est: et ait Papin. se ita interpretari pactum ex æquitate, ne dos remaneat apud patrem quasi propria, quæ pro filia amplius fungi non potest, cum sit mortua. Jureconsultus est interpres æquitatis: hanc ipse excogitavit Papin. sicut et alia pleraque. Valde enim auxit jus nostrum. Sin autem divortio solutum sit matrimonium, subdistinguit: nam videndum est, utrum divortium factum sit vivo patre, an mortuo patre. Si vivo patre, id est, manente societate dotem repetit pater adjuncta persona filiæ, refert in commune, cum sua causa tamen, ut scilicet, pro eadem filia alii marito dari possit, et iterum subduci de communi. Verum finge: pater nihil potuit recipere a priore marito propter inopiam ejus, an poterit iterum dotem reficere de communi suæ filiæ? minime, quia de una tantum dote constituenda actum est, non de duabus: quod si ita actum esset, obtineret, sed ita actum non est. Dos igitur illa perit societati, et patri et filiæ, propter egestatem mariti, nec refici potest ex communi: sed si mortuo patre factum sit divortium, hoc est, finita societate, filia dotem repetit, nec eam referet societati, sive hæres sit instituta, sive exhæredata: nam exhæredatio non aufert dotem profectitiam; repetet igitur, nec referet societati, quia non repetit eam jure hæreditario, quasi ex persona patris, quia si eam jure hæreditario reciperet, referret societati, sed recipit eam jure suo, quia scilicet factum est proprium patrimonium filiæ, ut diximus ab initio.

Ad L. cum filiofam. XI. de Leg. I.

Cum filiofamilias vel servo alieno legatum vel hæreditas datur, fideicommitti patri vel domino potest: ac tunc demum ex persona ipsorum fideicommissum vires capit, cum ipsis per quos commodum hæreditatis, vel legati patri dominove quæritur, fideicommissum relinquitur. Denique Julianus non subtili ratione motus, patrem, cujus filius hæres institutus est, extero quidem habita ratione l. Falcidiæ restituere hæreditatem respondit: quoniam ex persona filii teneretur; ipsi vero filio, non admissa Falcidia: quoniam ex persona sua sibi filius obligari non posset; ac pater non ut hæres, sed ut pater rogari videtur. Et ideo si filio rogatus sit pater post mortem suam, quod ad se pervenit ex legato vel hæreditate filio relictis, restituere, isque vivo patre decedat, omnimodo patrem id retenturum, quoniam fideicommissum ex persona patris vires acceperit.

Ad hanc l. Doctores multum pulverem movent, dum ignoratione juris antiqui nesciunt, quid sibi velit pars ult. ejus l. scribunt in eam, chartarum non est satis: si disserunt, nullus est de eo disserendi modus. Est tamen res nullius momenti. Exordium sumit Papinian. a reg. jur. quæ est hujusmodi; *patri vel domino hæredis instituti, aut legatarii fideicommitti posse*, id est, *patrem vel dominum ejus, qui hæres est scriptus, vel cui legatum est relictum, posse rogari, ut faciat aliquid, vel det aliquid alteri: non hæredem tantum, vel legatarium onerari posse fideicommisso, sed et patrem vel dominum.* Et recte ait, *fideicommitti*, secundum jus vetus; nam a patre vel domino hæredis non potuit legari, at fideicommitti potuit, quod ostendit Ulpian. in fragm. tit. de legatis. Æquiora sunt jura fideicommissorum: consistunt enim in nuda voluntate hæredis, nec tam reguntur jure, quam sola voluntate: legata præter voluntatem etiam jus exigunt, id est, solemnitatem et regulas juris, observationes juris: et inde pendent tot differentiæ inter legata et fideicommissa. Et eodem modo in *l. 4. de leg. 3. a patre*, inquit, *vel domino hæredis instituti fideicommissum relictum*, bene: nam legatum non potuit relinqui. Hæc autem regula, ut possit fideicommitti patri vel domino hæredis instituti, aut legatarii, ita vera est, si domino certo fideicommittatur, et præsenti sive ei, qui nunc, qui eo tempore quo fideicommissum relinquitur, est dominus hæredis instituti, vel legatarii. Huic fideicommitti potest, quia scilicet testator tacite videtur ei dare hæreditatem, quam dat servo ejus, per quam adeuntem jussu ejus, non ignorat hæreditatem confestim adquisitam iri. Cui testator, vel tacito judicio dat aliquid, cum etiam fideicommisso onerare potest: ab eo autem, qui non est dominus hæredis instituti, vel legatarii fideicommissum relinqui sub conditione, si fiat dominus servi hæredis instituti aut legato honorati, fideicommissum relinquitur inutiliter, quia incertum est, an sit futurus dominus; quod pendet ex casu fortunæ; quæ futura sunt non sunt certa, sed fortuita: a domino certo possum fideicommissum relinquere: ab incerto, et quandoque fortuna futuro, vel non futuro fideicomm. relinqui non potest: quia etsi postea fiat dominus servi hæred. instituti, et jussu ejus servus adeat, non videtur hæreditas obvenisse certo, principalique judicio defuncti, sed fortuito, non beneficio testatoris, sed fortunæ. Infirmum enim fuit et incertum judicium defun-

cti, quod contulit in casum arbitriumque fortunæ: denique huic facto domino postea nihil videtur dedisse defunctus. Ergo nec fideicommissum ab eo valet, cui nihil dederis: quem non honoraveris, eum onerare non potes. Et hæc est sententia *l.* 6. §. *ult. de leg.* 3. Ergo hæc regula, quæ proponitur initio h. l. ita vera est, si sit præsens certusque dominus hæredis servi instituti vel legatarii; nam ab eo relictum fideicommissum valet non minus, quam si relinqueretur ab ipso hærede instituto. Et notandum ad hæc, a patre, vel domino hæredis instituti vel legatarii, cui omne emolumentum acquiritur jure, posse fideicommissum relinqui, non tantum extraneo, sed et ipsi filio, vel servo hæredi instituto. Filius aut servus institutus est: huic filio utiliter relinquo fideicommissum a patre ejus, ut si pater rogetur restituere hæreditatem, quam est acquisiturus per filium, eidem filio post mortem suam, vel si rogetur restituere cum emancipatus fuerit filius. Idem erit, si rogetur servum manumittere: utilia sunt fideicomm. *l. quæsitum.* 91. §. *cum servus, de leg.* 1. *l. quidam*, §. *si filio, ad Trebell. l.* 5. §. *si servum, de his quæ ut indig. l. quærimus, C. de fideicomm.* Sed pergamus: multum tamen interest, utrum a patre vel domino hæredis instituti fideicommissum relinquatur extraneo, an ipsi filio, aut servo: nam si extraneo, ei pater obligatur nomine fideicommissi ex persona filii ut hæres, quia sustinet vicem hæredis, id est, filii: et filiusfam. si esset paterfamil. teneretur fideicommissario, quod relictum a patre: relictum a se intelligatur. Ergo: extraneo tenetur pater ex persona filii ut hæres: filio autem si sit rogatus præstare fideicommiss. tenetur ex sua persona, non ex persona filii, quia et filius si esset paterfamil. non teneretur sibi ipsi: nemo obligatur sibi ipsi, ex persona mea mihi deberi non potest, alii potest. Ergo si ipsi filio a patre sit fideicommiss. relictum, pater non tenetur ut hæres, hoc est, non tenetur ut filius, sed tenetur ut pater, ut quilibet ad quem morte testatoris aliquid pervenit: nam regulare est, fideicommissum posse relinqui non tantum ab hærede, sed etiam ab omnibus iis, ad quos morte testatoris aliquid pervenit, velut a legatario, fideicommiss. donatario causa mortis, a marito, qui lucrum dotale ex causa mortis fert *l.* 1. §. *sciendum, et seq. de leg.* 3. Ex eo sequitur res magni momenti, ut si priori quidem casu pater instituti hæredis, aut legatarii rogatus sit præstare fideicommissum, ut possit detrahere Falcidiam, si interveniat: sed si sit relictum filio, hoc est, si rogatus sit filio post mortem suam restituere hæreditatem, quæ ei per filium obvenit, non potest deducere Falcidiam, sed restituere totam sine diminutione, quia beneficio legis Falcidiæ utitur tantum hæres, aut veluti hæres, *l. mulier.* 22. §. *ult. ad Trebell.* Et filio non præstat fideicommissum ut hæres, ergo non utitur Falcidia; extraneo præstat fideicommissum ut hæres, ergo recte utitur Falcidiæ beneficio. Falcidia, inquam, utitur tantum hæres, vel quasi hæres. Exempli gratia, bonorum possessor utitur Falcidia, quoniam est veluti hæres. Item pater, qui filiofamil. militi successit ab intestato in castrensi peculio, si ab intestato miles filiusfamil. reliquerit multa fideicommissa, ex eis deducit Falcid. *l. filiusfamil.* 18. *ad leg. Falcid.* quia est veluti hæres filii sui: hæres certe non est absolute, quandoquidem bona castrensia redierunt ad patrem non quasi hæreditas, sed quasi peculium. *l.* 1. *et* 2. *de cast. pec.* Item Falcidia utitur pater hæredis, qui rogatus est restituere hæreditatem extraneo, ut ostenditur hac *l. et l. Nesennius* 22. §. *servo, ad leg. Falcid.* quia est veluti hæres. Et fideicommissum præstat ex persona filii scripti hæredis. Quæro, an legatarius oneratus fideicommisso detrahet Falcidiam? minime, quia neque est hæres, neque veluti hæres, etiamsi sit partiarius, *d. l. mulier*, §. *ult.* Legatarius igitur non utitur Falcidia ex sua persona, sed ex persona hæredis, hoc est, si ipse passus sit Falcidiam. Et rescissionem legati sui in fideicommissario, cui est rogatus præstare aliquid, reputabit pro rata, *l. pœnales*, §. *si Titio, ad leg. Falcid.* Idemque statuendum est de fideicomm. speciali. Quæro fideicommissarius generalis, an detrahet Falcidiam? Finge: hæres scriptus rogatus restituere hæreditatem primo, primus secundo, an primus secundo detrahet Falcidiam? minime, quia ea jam antea usus hæres scriptus, aut uti potuit. Falcidia non iteratur, semel tantum in eadem hæreditate deducitur Falcidia, *l. si patrem.* 55. §. *qui fideicomm. l.* 1. §. *denique, et seq. ad Trebell. l. lex Falcid.* §. *ult. ad l. Falcid. l. cohæredi*, §. *quod si hæred. de vulg. substit.* Excipiuntur casus quidam; si ideo hæres non detraxerit Falcidiam, ut detraheret fideicommissarius prior, dum ei vult donare Falcidiam, non posteriori fideicomm. *l.* 1. §. *inde Neratius, ad Trebell.* Excipitur etiam hic casus, si fideicommissarius conveniatur a legatariis ex persona hæredis, quia onus legatorum relictorum ab hærede transit in fideicommissarium, cui est restituta hæreditas: et ita si conveniatur ex persona hæredis, utetur etiam Falcidia, qua hæres uti potuisset, *l. Marcellus*, §. 1. *ad Trebell.* Non utetur etiam Falcidia pater filii hæredis instituti, qui rogatus est restituere ipsi filio hæreditatem, sed restituet solidam hæreditatem filio, quia neque est hæres, neque veluti hæres, hoc est, non debet fideicom-

missum filio ut filius, ergo nec ut hæres; sed ut pater, quod hac lege ostenditur. Nec obstat *l.* 1. §. *si filio*, *ad Trebell.* si pater filii instituti rogatus sit filio restituere hæreditatem, locus est Senatusc. Trebell. Fateor, locum esse Senatusc. Trebell. sed non legi Falcidiæ, hoc est, a patre restituta hæreditate, hæ actiones transeunt in filium ex Trebelliano; verum ipse pater non detrahit Falcidiam. Nec obstat lex *jubemus*, §. 1. *C. ad Trebell.* pater rogatus est restituere filio, deducit Falcidiam. Resp. pater hæres institutus est, et rogatus restituere hæreditatem: sed pater hæredis instituti rogatus eidem restituere, non detrahit Falcid. quia non est hæres, neque vice hæredis, quæ hæredibus tantum permittitur, aut veluti hæredibus, sive iis, qui explent voluntatem testatoris, velut hæredes vel hæredum loco, ex persona hæredum. Et hoc est, quod ait Papin. in hac l. Videamus tamen antequam ad posteriorem l. deveniamus, filio hærede instituto, uter sit hæres, filius an pater. Idem quæritur de servo hærede instituto, uter servus, an dominus sit hæres? Res est expeditu facillima. Dicam enim dominum non esse hæredem; sed velut hæredem: quod ex superioribus liquet: vel dicam, dominum non esse hæredem suo nomine, non directo, non principaliter, sed per suum, et patrem per filium, per intermediam personam, *l.* 2. *de petit. hæred. l.* 9. §. *illud, de interrog. in jure fac. l. qui liber.*, §. *ult. de vulg. substit.* Vel dicam, dominum non esse hæredem ἁπλῶς, sed κατά τι quod rem habeat, id est, hæreditatem. Hæres est, qui scriptus, vel nuncupatus est, cui honos habitus est, qui honoratus est nomine hæredis. Institutio est honos, *l. si filium*, §. *sed et si*, *l.* 3. §. *hoc autem*, *de leg. præst.* non exigimus, ut habeat rem, sed ut nomen: nam et qui se abstinuit hæreditate, hæres est, et qui restituit hæreditatem ex Trebell. hæres est. Hæres est, scilicet sine re, qui adivit aut miscuit: nec qui restituit hæres est cum re sc. hæres igitur alias sine re, alias cum re, ut Ambros. dicit in Epist. et ex jure nostro in *l. filius*, *ff. de inoff. test. et Ulp. in fragm.* Et qui successit loco ejus, qui se abstinuit, non est hæres, nec usurpat nomen hæredis, sed est bonorum possessor, et fideicomm. cui est restituta hæreditas, non est hæres, nec dicitur hæres, sed fideicom. Trebell. Denique hæres est, qui nomen et titulum hæredis habet, tametsi rem ipsam non habeat, sed alius: dominus non habet nomen hæredis: ergo non est hæres, licet rem obtineat, quia res non facit hæredem, sed nomen. Et ita *l. qui hæred. de cond. et demonst.* qui jussus est dare hæredi, si servus sit hæres, non satisfacit voluntati defuncti, si domino dederit, *l.* 3. *l. qui liber.* §. *ult. de vulg. subst.* His verbis substitutionis: *Qui mihi hæres erit, sit etiam filio meo impuberi*: non comprehenditur dominus, vel pater factus hæres per servum, aut filium, *l.* 3. §. *hoc autem*, *de leg. præst.* Rescisso testamento per bonor. possess. contra tab. corruunt omnia, sed legata servantur liberis tantum et parentibus relicta: an etiam, quæ sunt relicta servis eorum? Minime: nam non quærimus, cui acquirantur, sed cui honos habitus sit: et levia sunt, quæ in contrarium objiciuntur, eaque paucis expediam. Objiciunt in contrarium, ut efficiant dominum esse verum hæredem, §. *item nobis*, *Instit. per quas pers. nobis acq.* Aquiritur patri vel domino hæreditas perinde atque si hæres institutus esset. Ergo hæres est. Resp. non dicit, eum esse hæredem perinde atque si institutus esset, sed dicit ei acquiri, quod non nego. Item objiciunt, quod diximus ante ex hac l. patrem uti Falcidia rogatum extraneo restituere hæreditatem: si utitur Falcidia hæres est: nam uti Falcidia solius est hæredis. Resp. uti eum Falcidia ex persona filii. Objiciunt *l. placet.* 79. *de acq. hæred.* filio instituto et adeunte jussu patris confestim hæreditas acquiritur patri, et ne momentum quidem, inquit lex, intelligitur remansisse apud filium, quoniam confestim acquiritur patri. Resp. non ex eo sequitur, patrem esse hæredem: acquirit rem, ergo hæres est, vitiosa est collectio. Filius patri acquirit rem, sed non nomen hæredis, quod notandum. Posset magis vos movere *lex* 12. §. *si usus*, *de usu et habit.* Finge: usus ædium est legatus filiofam. acquiritur patri: pater autem utetur ædibus cum uxore, et cum liberis, et cum servis omnib. an etiam filius, cui legatus est usus ædium potest habitare cum liberis et uxore? Minime: Ergo pater videtur esse usuarius, non filius; consimiliter pater videtur esse hæres, non filius. Resp. hoc ita fieri, ut pater solus habitet cum suis, non etiam filius cum suis, quod patri sit acquisitum omne emolumentum; usus abiit a filio, et resedit nudum nomen usuarii: unde sic statuo. Usuarius est, cui relictus est usus, non cui acquisitus: et simili modo hæres, cui relicta est hæreditas, non cui acquisita, quanquam etiam possit dici hæres, sed non ἁπλῶς. Repetamus paucis quæ didicimus ex *l.* 11. *de leg.* 1. Regula est juris, qua constituitur, a patre vel domino, qui hæreditatem vel legatum acquisivit per filiumf. vel per servum jure potestatis fideicommissum relinqui posse. Regula concepta est de fideicommisso. In hac *l.* 11. et in *l.* 4. *de leg.* 3. et in l. *si alienus*, *de leg.* 2. quia ante constitutionem Justin. de exæquatione legati, et fideicomm. recte a patre vel domino relinqui legatum non potuit, fidei-

comm. potuit, ut Ulpianus docet in fragm. *de fideicomm.* Et vera est regula, sive pater aut dominus rogetur præstare fideicomm. extraneo, sive filio ipsius, aut servo suo sub conditione, scilicet cum erit sui juris, vel post mortem suam, id est, cum mortuus fuerit pater vel dominus. Utile ergo est fideicomm. relictum a patre vel domino hæredis instituti, aut legatarii, sive relictum sit ipsi filiofam. vel servo, vel extraneo: sed hoc interest inter filium et extraneum, quod si extraneo relinquatur fideicommiss. vires accipit ex persona filii: si autem relinquatur filio fideicommissum, vires accipit ex persona patris: vel aliter: fideicommissum debet pater extraneo ut hæres: filio ut pater, et alius quilibet, ad quem morte alterius commodum aliquod pervenit. Hæc omnia sunt certissima. Nam satis perspicuum est filio non posse deberi fideicommissum ex persona filii: nemo enim sibi ipsi debere potest, nec obligatus esse potest: denique pater filio fideicommissum non debet, ut hæres, id est, ut filius, ut vicem gerens filii, sed debet fideicommissum filio ut pater, ut persona, quæ fideicomm. onerari potest. Ex iis, quæ diximus esse certissima, duo Papinian. definit. Unum est, patrem rogatum restituere extraneo, in eo fideicommisso exercere Falcidiam, quia id debet ut hæres, *l. Nesenn.* §. *servo*, *ad leg. Falcid.* et lex Falcidia lata est hæredis gratia, *l. 71. eod. tit.* ne hæreditatem repudiaret, ne destitueretur testamentum, non etiam alterius personæ gratia, ad quam commodum aliquod pervenisset ex bonis defuncti: beneficium legis Falcidiæ datum est hæredibus: sed si filio pater rogatus sit restituere fideicomm. non exercebit Falcid. quia id non debet ut hæres, sed ut pater, ut quilibet: Falcidia autem non utitur quilibet, sed hæres tantum. Est elegans quod ait *d. l. 71.* legem Falcid. esse latam hæredis gratia, propter σκληροξὴν hæredis tantum, ne respueret hæreditatem defuncti: et hoc primum quod dixi efficere Papinianum ex superioribus, latius exposuimus supra. Restat ut tractemus de Altero. Positis superioribus principiis duo Papin. efficit. Unum exposuimus, alterum proponitur in ultima parte h. l. his verbis, *quod si pater*, *etc.* hanc partem explicant male qui aspernantur juris antiqui cognitionem, ex quo petenda hujus partis interpretatio. Interpretes multum dissimiles ab Aristone, quem Plinius scribit *sic jura publica tamquam privata*, *sic antiqua tanquam nova*, *sic rara ut assidua tractasse*: nec erit unquam fidus interpres juris, nisi qui et antiquum, novum et medium jus bene cognoverit. Ergo imitemur Aristonem, et nullius juris cognitionem negligamus. In quo doctores nostri versati errare malunt quam veritatem cognoscere. Nec existiment nihil ex jure antiquo residere in Pandectis: resident enim innumera, quæ si nolis agnoscere, necesse est hæreas semper in luto: nec existimemus, ea, quæ sunt scripta in Pandectis, omnino congruere cum novissimis constitutionibus Cod. hoc enim est manifeste falsum. Ne existimemus hoc Justinianum ipsum voluisse, cum jubet in præfatione *ff. de vet. jure enucl.* ea quæ sunt scripta in his libris, ita accipi tanquam ab ipso Justiniano scripta, non tamquam scripta a Papin. vel aliis auctoribus. Dicemus igitur superfluas esse inscriptiones auctorum? quod scimus, quodque cernimus, neque licebit nobis scire neque cernere? Justin. scribere, nihil esse dissonum, nihil simile in D. vel Cod. cum tamen multa sint non similia tantum, sed eadem, et iisdem verbis repetita: multa sint quoque dissona atque contraria: nihil est hac opinione pernitiosius. Et quod Justin. ait, nihil esse contrarium, nihil dissimile, et congruere inter se omnia ex quibus constat Codex et Digesta, id est, commendatio operis potius, quam affirmatio vera et demonstratio ejus, quod conatus est, quod satis egit, non etiam peregit. Pleraque scribuntur a nobis aut dicuntur, non quod vera sint, sed dicuntur ostentationis gratia, vel demonstrandi conatus nostri. Ita est iis respondendum: neque ad summum perveniet, qui fuerit juris veteris contemptor, quique non cognoverit restare in D. multa vestigia duarum familiarum invicem dissidentium Sabinianorum et Proculianorum. Exponenda igitur nobis ultima pars hujus legis ex jure antiquo. Finge: patri per filium acquisita est hæreditas vel legatum, et fuit rogatus pater, ut filio restitueret eam hæreditatem vel legatum post mortem suam, vel cum morietur. Denique a patre fuit relictum fideicommissum filio, ita ut filius repeteret post mortem patris: fideicommissum inquam hæreditatis aut legati sibi acquisiti per filium: defecit conditio fideicomm. quoniam mortuus est filius vivo patre, et fuerat relictum fideicomm. filio post mortem patris, atque adeo sub conditione, si superviveret patri, non præmoreretur. Quæritur an fideicomm. remaneat apud patrem, quod defecit conditio præmortuo filio? et omnimodo ait, remansurum esse: nec rationem dubitandi explicat: decidendi tamen hanc rationem subjicit, remansurum fideicommissum apud patrem, quia id debuit ut pater, non ut hæres. Supplenda igitur a nobis est ratio dubitandi, quæ proculdubio hæc fuit, quia videbatur fideicomm. recidisse in fiscum post mortem testatoris mortuo filio, cui fideicomm. erat relictum ante patrem. Nam caduca sunt, quæ deficiunt post mortem testatoris, ut si legatarius aut fideicommiss. conditione fideicommissi deficiatur post mor-

tem testatoris: filius hic defectus est conditione fideicommissi post mortem testatoris vivo patre, qui rogatus est: ergo est caducum. In causam autem caduci rediguntur in fiscum etiam, quæ deficiunt vivo testatore post testamentum. Hæc quæ sunt caduca, vel in causa caduci ab initio sunt utilia, sed deficiunt postea. Alia sunt quæ relinquuntur testamentis, quæ ab initio sunt inutilia, quæ dicuntur esse pro non scriptis. At Papinian. ait fideicommissum, quod defecit præmoriente filio, cui relictum erat, non fieri caducum, sed remanere apud patrem, quia onus caduci irrogatur soli hæredi; leges caducariæ, id est, Julia et Papia invident lucrum hæredi, non aliis personis, hæredem solum incessunt. Pater autem hoc fideicommiss. non debet ut hæres, sed ut pater, ut quilibet, et fideicommiss. vires capit ex persona patris: ergo non subjicitur legibus caducariis, quæ hæredem solum insequuntur. Et recte ponit exemplum in patre rogato restituere filiofam. nam secus erit si rogetur pater restituere extraneo, et moriatur extraneus vivo patre, et ita deficiat fideicomm. nam hoc casu fiet caducum, nec remanebit apud patrem, quia id debuit ut hæres, non ut persona quælibet, et hæredi soli objicitur fiscus non personæ cuilibet. Quam quidem distinctionem inter extraneum et filium volumus tantum aptari ad fideicomm. hæreditatis. Si pater rogetur restituere hæreditatem filio, præmortuo filio, non fit caduca hæreditas: si rogetur restituere extraneo, præmortuo illo fit caduca hæreditas. Separemus igitur extraneum a filio si sit fideicomm. hæreditatis: non separemus extraneum a filio si sit fideicomm. legati, si legatum quod acquisivit per filium rogetur restituere. Nihil enim interest utrum rogetur restituere extraneo, vel filio. Nam præmortuo extraneo, vel filio non fit caducum fideicomm. sed retinetur a patre eadem ratione, quia onus caduci irrogatur hæredi soli: pater vero hoc casu fideicomm. rei legatæ filio ut pater, extraneo autem id debet ut legatarius, neutri ut hæres: non est igitur cur debeat patri onus caduci, excludet igitur fiscum. Quod confirmatur etiam hac ratione: quandoque hæres præfertur fisco etiamsi si legatum deficiat mortuo, aut vivo testatore. Est duplex jus, antiquum et novum. Antiquum appellatur quod obtinuit ante legem Jul. et Pap. ante leges caducarias, quo non invitabatur fiscus, sed quæ deficiebant legata vivo vel mortuo testatore, apud hæredem remanebant. Hoc jus antiquum hodie post leges novas reservatum est liberis et parentibus defuncti hæredibus institutis, *l.* 1. §. *et cum*, *de cod. toll. l. Celsus in fin. de leg.* 2. *Ulpianus in fragment.* nam liberi et parentes deficiente legato post testamentum, vel mortuo testatore præferuntur fisco, neque adversus eos habent locum ll. novæ *l. ult. de reg. Caton.* Finge igitur, hæredem esse ex liberis vel parentibus, ab hærede legatum Titio, Titium rogatum restituere Cajo, mori Cajum vivo Titio, an legatum remanebit apud legatarium: an vero cedet lucro hæredis? Et constat legatarium præferri hæredi habenti jus antiquum, *l. pater* §. *fideicomm. de leg.* 3. *l. Julianus* 60. *de leg.* 2. Inde sic colligo. Legatarius excludit hæredem; qui jus antiquum habet, ergo excludet etiam fiscum: si hæredem excludit, et fiscum excludit: nam ea tantum fiscus vindicat, quæ apud hæredem erant remansura, hoc est remansurum apud legatarium, non apud hæredem. Qui igitur vincit hæredem, et fiscum vincit. Duo sunt casus, quibus legatarius in proposito casu non præfertur hæredi, id est, quibus fideicommiss. relictum a legatario si deficiat, cedit hæredi, non legatario. Unus est, si testator legatarium elegerit, ut dispensatorem legatorum: nam hoc casu fideicommissum ab eo relictum quod defecit, non remanet apud eum, sed redit ad hæredem, qui jus antiquum habet, vel ad fiscum, si hæres utatur jure novo. Alter est, si legatarius moram fecerit in præstando fideicommisso, quod licet colligere ex *d. l. pater.* §. *fideicomm.* Finge, a legatario reliquit fideicommissum collegio cujusdam templi: is moram fecit in præstando fideicomm. cum jam nata esset actio collegio, et interea dissolutum est collegium auctoritate principis: quæritur an fideicommissum remaneat apud legatarium? non, quia fuit in mora, quia conveniri potuit ab actoribus collegii fideicomm. nomine: an pertinebit igitur ad hæredem? Minime, sed ad eum, cui bona ejus collegii princeps adjudicaverit: quod ita observatum fuit in Gallia in dissolutione collegii Templariorum. Et hæc dicuntur de his, quæ possunt cadere in fiscum, id est, quæ deficiunt post testamentum vel mortem testatoris, quæ dicuntur esse caduca: nam ea quæ ab initio sunt inutilia, procul dubio remanent apud hæredem omni jure. Concludamus igitur in hac quæstione, non idem juris esse in hæreditate, quod in legato. In hæreditate commissa fidei patris, separari extraneum, cui fideicomm. est relictum, a filio: in legato nullam esse inter eas personas separationem: et ideo patrem omnino retenturum, id est, non tantum legatum, sed etiam hæreditatem: omnimodo, id est, quodcunque per filium consequutus est, sive sit legatum, sive sit hæreditas: et ita in *l. si mihi* 59. *de leg.* 2. omnino, id est, in totum, τὸ πᾶν ὁ πατὴρ παρακρατεῖ, id est, sine ulla diminutione accepit, quia debet fideicommissum ut pater: nam si debet ut hæres, subjicitur caducariis.

Ad L. si debitori XLVII. de fidejussor.

Si debitori deportatio irrogata est: non posse pro eo fidejussorem accipi scribit Julianus: quasi tota obligatio contra eum extincta sit.

§. 1. *Si filius in causa peculiari ita fidejussorem acceperit, quantam pecuniam tradidero fide tua esse jubes: et emancipatus credat, patri quidem si non est reus obligatus, non tenebitur, filio vero humanitatis intuitu obnoxius esse debet?*

In hac l. duæ quæstiones definiuntur: una est de fidejussore, qui pro debitore deportato intercessit, ex causa præcedente deportationem, an teneatur? Altera est de fidejussore adhibito futuræ obligationi quem filiusfam. accepit, si post emancipetur filius, et tunc ea obligatio nasci incipiat, utri teneatur patri an filio? Quod ad priorem quæstionem attinet, deportatio est exilium, quo damnatus ad peregrinitatem redigitur, id est, quo ex cive fit peregrinus, et exlex: nec enim deportatus utitur legibus aut jure civium, sed utitur liberorum hominum jure, id est, jure gentium. Igitur deportatio est media capitis diminutio, non maxima, quia libertatem non adimit, ea quæ jurisgentium sunt non adimit. Civitatem adimit et bona, sola nuncupatione deportationis auferunt bona: neque enim necesse est hæc adimi nominatim: nam satis est, si ita judex reum condemnet: Illud deportari in insulam illam placet: et eleganter in *l. ult. in fin. C. de sent. pass.* dicitur, ipsum per se nomen deportationis bonorum omnium spoliationem esse, una cum civitate, cumque iis omnibus, quæ manant ex jure civili, quæ nobis, qui cives sumus, competunt: hoc convenit cum *l. deportatorum C. de pœn.* quæ constituit differentiam inter relegatum et deportatum: quod relegato in insulam non adimuntur bona, nihil adimitur, nisi sit expressum specialiter in condemnatione, et omnia bona nunquam, sed plerunque pars quædam ei nominatim adimitur, deportato omnia adimuntur tacito jure, tacito intellectu: hæc est vis verbi. Plerique existimant nostros auctores promiscue abuti iis verbis deportandi et relegandi: quod fieri non potest, quandoquidem deportationis verbum multa secum trahit: et sicuti judices in foro religiose distinguunt unum ab alio per consequentias, sic et auctores nostri semper; et recte etiam in *l. tutelas in fi. de cap. min.* deportatum amissis bonis et civitate relicta nudum exulare. Hæc sunt propria deportationis. Relegatus dicitur improprie exul, vel quia neque libertatem, neque civitatem amittit, nec familiam mutat; relegatio non est capitis diminutio, sicut nec damnatio ad tempus ad opus publicum. Errant plerique qui dicunt illam esse capitis diminutionem. Nam integerrimus est status relegati: ergo bona adimuntur deportato una cum civitate: cui vero cedunt ea bona? rediguntur in fiscum: fiscus est veluti successor deportati cum oneribus: (quod notandum) adversus fiscum quasi adversus successorem creditores deportati agant, et vicissim fiscus quasi successor agit contra debitores deportati, *l. 5. C. de bon. prosc. l. 3. l. 5. C. de sent. pass.* Ipse autem deportatus liberatur. Deportatio liberat ab omni obligatione, *l. 2. l. tutelas*, §. *ult. de cap. min.* nam omnis liberatio refertur ad instar legitimæ liberationis, veluti solutionis, acceptilationis, novationis: deportatus liberatur veluti morte: deportatio quasi mors est. Intereunt homines non morte tantum, sed etiam maxima aut media capitis diminutione. Imo nonnunquam sine capitis diminutione intereunt, proscriptione scilicet, relegatione, vel publicatione bonorum, quæ contingint sine capitis diminutione; non possunt (*) bona publicari sine capitis diminutione, si quis relegetur in insulam, et specialiter ei adimatur magna pars bonorum, ac redigatur in fiscum, pro ea parte bonorum relegatus liberatur, quasi videatur pro ea parte fiscum habere successorem, et semivivus esse: pro ea parte, quæ publicata est, pro mortuo habetur, pro ea parte quam retinet, non videtur mortuus: atque ita quodammodo partim successorem habet, partim non habet, *l. 1. C. de fidejus. l. 2. C. ad leg. Jul. de vi.* ubi eleganter ait, successorem pro oneribus portionis suæ respondere: fiscum igitur respondere pro parte bonorum relegati, quæ ei adempta est, pro reliqua parte respondere ipsum relegatum. Ergo non deportatio tantum quasi mors est, mortis effectus habet, sed etiam relegatio, cui juncta est publicatio partis bonorum: atque ideo quæritur cui deportatus pro mortuo habeatur: an quia insula circumscribitur? an quia sit peregrinus? minime, sed quia bona adimuntur. Quæro nunc deportatione liberato debitore, an etiam fidejussor ejus liberatur quem dederat, antequam deportaretur? Id quæritur non abs re. Nam plerumque liberato reo liberatur etiam fidejussor: propterea quod fidejussor habet regressum adversus debitorem, si solvere compellatur, atque ideo non plene liberatur reus, nisi fidejussor ajus liberetur: sed hoc tamen non evenit semper, quia interdum liberato principali non liberatur fidejussor, etiamsi sit ei regressus adversus reum principalem: possit enim non esse regressus propter inopiam debitoris: exempli gratia, reus liberatur cessione bonorum ex lege Julia, an et fidejussor? minime, §. *ult. instit. de replic.* Rursus liberatur debitor reportatione, vel publicatione bonorum; sed non etiam fidejussor ejus, ne fiat contra men-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 15.*

tem contrahentium. Cur datur fidejussor? cur accipitur? quid respiciunt, qui fidejussorem daut, sive accipiunt? nempe hoc, nec aliud quidquam, quam ut si forte debitor labatur facultatibus, suum consequantur a fidejussore. Ergo per omnia lapsu facultatem liberato debitore, non utique liberatur fidejussor: imo magis obligatur, si obligatio possit accipere incrementum, id est, tum maxime necesse est experiri cum fidejussore eversa re debitoris: quod confirmat *l.* 1. *C. de fidejus.* sed fidejussor si solverit, habebit regressum adversus fiscum, qui occupavit bona, quasi adversus successorem debitoris. Idem confirmat *l. defensor. C. de except.* quæ ait, defensiones competentes reo principali, competere etiam fidejussoribus: quibus remediis, liberatur principalis, iisdem etiam liberari et uti posse fidejussores: sed addit *integro manente statu,* id est, reo principali non capite diminuto. Nam reus principalis liberatur per capitis diminutionem: non liberatur etiam fidejussor, nec mirum cum neque liberato reo per publicationem bonorum integro manente statu liberetur fidejussor. At rursus quæro an post deportationem datus fidejussor a deportato ex causa, quæ præcessit deportationem, obligetur? quod quæri potest etiam de pignore dato post deportationem, et de eo, qui constituit se pro deportato soluturum an obligetur. Et Papinian. definit non obligari fidejussorem his verbis: *si debitori, etc.* Utitur hac ratione, quia tota obligatio adversus cum extincta est, quia deportatio sustulit totam obligationem: fidejussor autem vel pignus, vel is, qui constituit pro debitore, non obligatur nisi præcedat obligatio principalis. Et quod ait in prin. *si debitore, etc.* id est accipiendum, ut loquuntur auctores nostri ἀναφορικῶς, quia nunc non est debitor, sed fuit: tota enim obligatio contra eum extincta est, id est, etiam naturalis: fidejussor accedere potest naturali obligationi, et constitutæ pecuniæ reus, et pignus vel hypotheca, sed vel naturalem obligationem præcedere necesse est, alioquin nulla est obligatio. Ita enim in *l. si unus* 27. §. *pact. de pact.* totam obligationem, id est, etiam naturalem, *l. si mulier* §. *ult. ad Vell.* Senatusconsulti beneficio liberari non tantum mulierem, sed etiam fidejussorem mulieris: quod rationem habet perspicuam, si fidejussor erat habiturus regressum adversus mulierem: sed quid si fidejussor non erat habiturus regressum, ut si fidejussit animo donandi in rem suam, si invita muliere? iis casibus non poterit uti beneficio Senatusconsulti, quia Senatusconsultum totam obligationem improbavit, id est, etiam naturalem. Qui improbat naturalem, improbat et fidejussorem: quod non ita procederet in Senatusconsulto Maced. nam illud non improbat totam obligationem, id est, non tollit naturalem, sed civilem tantum, *l. quia naturalis, ad Maced.* Igitur Macedoniano liberatur filiusfamil. at pater fidejussor filiusfam. non liberatur, quibus casibus non est habiturus regressum adversus filiumfamil. nam si habiturus est adversus filiumfamil. et ipse fidejussor filiifamil. liberatur: qua de causa mihi valde placet, quod Accurs. hic notavit, tota, inquit, id est, omnes. Philosophi notant differentiam esse inter totum et omne: totum quantitatis nomen esse: omne numeri: vel totum in singulis agnosci, omne in multis. Nam non hoc vult Papinianus totam obligationem extinctam esse, id est, nulla ex parte consistere, quod possit dici de obligatione civili tantum. Non hoc demonstrat Papinianus, in solidum, in integrum manere obligationem, sed cunctam obligationem esse extinctam, tam naturalem, quam civilem. Totam igitur, id est, omnem cujuscumque generis sit: non totam, id est, integram quantitatem. Quod de una tantum obligatione dici posset. Unum est quod opponitur huic legi, *l. ult. de duob. reis.* Triplex est capitis diminutio, maxima, media, minima. Minima non liberat naturali obligatione, *l.* 2. §. *hi qui, de cap. min.* emancipatio et arrogatio est minima capitis diminutio, an liberat causis sive obligationibus præcedentibus? minime, quia naturaliter obligati permanent, non civiliter. Nam et minima perimit civilem obligationem, sed restituit in integrum ex edicto de capite minutis: maxima autem vel media capitis diminutio perimit civilem, et naturalem obligationem, ita ut nec possit restitui beneficio prætoris. Qua de causa post deportationem inutiliter fidejussor datur ex causa, quæ præcessit deportationem, quia nulla superest obligatio: nulla quoque est spes restituendæ obligationis, quæ si esset, recte adhiberetur fidejussor quasi futuræ obligationi, *l.* 6 §. *ult. de fidejussor.* sed deportatio omnem obligationem perimit, et spem restituendæ ejus. In aliis locis magis proprie loquuntur auctores, dum inquiunt: *Omni obligationi fidejussorem accedere posse*, et alio loco: *solutione ejus quod debetur tollitur omnis obligatio*, id est, *etiam naturalis.* Verum ut cœpi dicere videtur huic definitioni propositæ obstare *d. l. ult.* Finge. Duo sunt rei debendi: singuli igitur tenentur, et in solidum conveniri possunt; unus deportatus est, an nihilominus alter obligatus manet? Plerumque uno ex reis liberato, liberatur alter, ut si acceptolatum sit uni ex reis, unius acceptilatio liberat alterum: si electus sit unus ex reis lite cum eo contestare, liberatur alter, an etiam per deportationem uno ex reis liberato, liberabitur alter? minime, quia est diversa conditio. Duo sunt genera

liberationum. Quædam liberant personam tantum, quo genere fit, ut persona liberetur, et maneat obligatio, sic sane liberatur persona, manente obligatione. Et hoc fit deportatione vel publicatione, quæ contingit cap. diminutione. Aliud est genus liberationum, quo res dissolvitur, id est obligatio. Alias ergo persona solvitur, alias res sive obligatio veluti acceptilatione, litis contestatione, novatione. Quoties autem res solvitur et personæ omnes solvuntur, sive principaliter, sive alieno nomine se obligaverint. Quoties autem personam tantum eximitur, liberatio tantum personæ proderit, non ceteris personis, quæ accesserunt obligationi. Ideoque deportato reo principali, nec liberatur fidejussor, nec constitutæ pecuniæ reus, nec pignus, nec correus, sive consors obligationis ejusdem, quia deportatio est liberatio, quæ personam solvit, non rem. Et ita recte ait *d. l. ult. de duobus reis*, persona liberatur manente obligatione, id est, in universum manente obligatione, præterquam in una persona. Cum igitur persona liberatur, alter qui fuerat obligatus, manet obligatus: et ideo si deportatus sit unus ex correis, fidejussor postea datus ab eo tenetur. Quod si ita legamus, pugnabit omnino cum sententia Papiniani: sed animadvertendum est, Florentiæ esse scriptum, *Et ideo si alicujus fidejussor*, id est, alterius, ut supra dixit, *alter erat obligatus*, ita nunc ait, *alterius fidejussor tenetur*: vel legendum, *alius:* unde sic statuamus: deportati fidejussor postea datus, tenetur, correi illius fidejussor postea datus tenetur, quia correus non fuit liberatus deportatione correi: deportatio correi non liberat eum, quia non rem, sed personam deportatam liberat. Diximus hactenus satis de quæstione priori legis nostræ: dicendum nunc nobis est de posteriori. Ea est de fidejussore adhibito futuræ obligationi, quem filiusfamil. accepit: si post emancipetur filius, et post emancipationem filii ea obligatio nasci incipiat, utri teneatur, patri an filio? fidejussor potest antecedere obligationem, id est, adhiberi potest futuræ obligationi, *l. eo temp.* 50. *de pecul. l.* 9. §. *ult. hoc tit. l. non quemad.* 35. *de jud.* Pono, filiusfamil. crediturus ex suo peculio, fidejussorem accepit in futurum de pecunia, quæ postea in obligationem veniret, et accepit his verbis: *Quantam pecuniam credidero Titio tua fide esse jubes? fidejubeo:* deinde emancipatus Titio credidit cum nondum ei esset ademptum peculium: plerumque patres emancipatis filiis non adimunt peculium: imo si non sint peculiari filiifamil. solent eis aliquid donare; filium ergo pater emancipavit, nec ei ademit peculium: ergo tacite videtur ei concessisse, vel donasse: nam hoc generale est, peculium, quod non adimitur specialiter emancipato, vel manumisso inter vivos, tacite concessum videri, *l. donationis* 59. §. *pater de donat. l. un. C. de pecul. ejus qui libert.* Hinc quæritur, fidejussor acceptus a filiofamil. quum erat in potestate patris, futuræ obligationis nomine, si ea obligatio nascatur post emancipationem filii, utri obligetur, patri an filio? Et certi juris est, fidejussorem non posse obligari patri, quamvis acceptus sit, filio existente in familia patris. Cur vero non potest? quia reus principalis non est ei obligatus, quum principalis obligatio contracta fuit post emancipationem, et fidejussor non obligatur, nisi iis, quibus rei principales obligati sunt: sunt enim accessiones. Et hoc significat Papinianus, dum ait, *Patri quidem si non est reus obligatus:* ubi existimandum est omnino, *si* esse affirmantis, non dubitantis, id est, siquidem, ut in *l. penult. ut legat. nomine cau. si solidum ad se pertinere*, id est, siquidem: *patri* ergo, inquit, *si reus non est obligatus*, id est, quia non est obligatus, cum quo contraxit filius, *post emancipationem fidejussor non tenebitur.* Et hoc accipiendum est, ut nullo modo nec civiliter, nec naturaliter teneatur. Et consequenter patri nec directa, nec utilis competit actio in fidejussorem: qui nullo jure reum obligatum habet, pro eo fidejussorem accipit inutiliter. At videtur etiam eum fidejussorem non obligari filio, propterea quod filius eum fidejussorem accepit, quum erat in potestate patris, atque adeo ne momento quidem videtur stipulatio constitisse in persona filii: contraxit in persona patris cum fidejussore; ergo ex illo nancisci actionem non potest. Quæcunque contrahit filius in familia patris, aut cedunt patri, aut neutri: Et hac ratione verum est, filio, qui fidejussorem in futurum accepit, non dari actionem directam, vulgarem, civilem. Dabitur tamen utilis, non dabitur directa actio, sed obliqua, ut Teoph: actiones vocat πλαγιαστικάς, id est obliquas sive inflexas. Et hoc demonstrat Papinianus his verbis, quæ sequuntur: *filio vero obnoxius esse debet*, id est, filio dabitur actio utilis ex humanitate quadam, et benevolentia, non jure ipso, quæ humana quadam ratione et ex æquo et bono datur, non jure ipso, sed *humanitatis intuitu.* His verbis significatur utilis ex stipulatu actio in fidejussorem. Ratio autem humanitatis hæc est, quod sit æquum, eam fidejussionem non accipere vires ex præsenti tempore, id est, ex die interpositæ stipulationis, sed nata demum et constituta principali obligatione: et quod filiofamil. reus principalis sit obligatus, facile obligatur fidejussor ei cui reus principalis obligatus est, etiamsi qua obstet juris regula. Nam sicut fidejussor patri non obligatur, quia reus non est obligatus, æquum etiam est contra fidejussorem filio obligari,

cui reus principalis est obligatus perinde ac si intercessisset fidejussor post emancipationem, *l. quidam* 152. §. *ult. de verb. oblig.* fidejussoris obligatio trahetur retrorsum. Pleraque in jure nostro trahuntur retrorsum, ut videatur fidejussisse, quo tempore numerata pecunia est. Hæc est definitio Papiniani, cui duo objiciuntur: primum *lex si filiusfam.* 78. *de verb. oblig.* Finge: filiusfamil. stipulatus sub conditione, et post emancipationem extitit conditio: quæritur utrum acquiratur obligatio ex stipulatu, patri, an filio? Si inspicias tempus contractus, acquiritur patri, quia eo tempore fuit in potestate patris, si inspicias tempus conditionis, acquiritur filio, quia eo tempore emancipatus fuit. Et certissimum est patri adquiri obligationem inspecto tempore stipulationis, non filio: inspecto tempore emancipationis vel conditionis, filio. Cur ergo non etiam in specie proposita spectamus tempus stipulationis? cur hoc intuitu non damus patri actionem in fidejussorem, qui intercessit eo tempore, quo filius fuit in potestate? Respondeo, separandam esse obligationem principalem ab accessoria: *lex si filiusfamil.* loquitur de principali; nos tractamus de accessoria. Principalis stipulatio facta sub conditione statim ex præsenti tempore vires accipit, nec videtur esse in suspenso, quamvis ex ea petitio suspensa sit, quæ sunt verba legis *usufruct.* 16. *de stipulat. serv.* dies igitur quodammodo cedit statim: quod tamen non dico absolute. Nam facta stipulatione sub conditione neque cessit, neque venit dies, id est, conditio suspendit non tantum petitionem, sed etiam obligationem, et rem ipsam, *l. cedere diem* 213. *de verbor. signific.* sed quodammodo cedit dies statim, quandoquidem si stipulator moriatur antequam existat conditio, stipulationem trasmittit in hæredem suum, quam non transmitteret, si ante conditionem nullarum esset virium, §. *ex conditionali, de verbor. obligat. Instit.* Similiter si ab initio fuerit utilis stipulatio conditionalis ex causa quadam legitima, erit etiam inutilis tempore, si postea extet conditio, *d. l. usufruct.* Inspicitur ergo tempus contractus, non conditionis. Finge, conditionis tempore in ea causa esse omnia, ut si tum interponeretur stipulatio inutilis futura sit, an erit utilis? Minime: quia defecit ab initio, quod quidem nos spectamus. Initium stipulationis spectamus, non eventum conditionis. Et secundum hæc, qui stipulatur sub conditione, est creditor, quanquam legatarius conditionalis non sit creditor, quia ex præsenti vires accepit stipulatio, non tamen simpliciter est creditor, sed creditor conditionalis, neque enim ita recte argumentor. Titius est creditor conditionalis: ergo est creditor. Nam in adjuncto est repugnantia. Titius est homo mortuus: ergo est homo, non semper valet argumentum conjunctis ad divisa. Et hæc de stipulatione principali. Stipulatio accessoria collata in futurum vel facta sub conditione, vires non statim accipit ex præsenti tempore, sed omnino est in suspenso, quoad existat aliqua principalis obligatio. Accessoria pendet ex principali: principalis subsistit per se nec pendet ex alio: alioqui non esset principalis. Accessoria expectat principalem antequam dicatur vires habere aliquas: ideoque in stipulationibus accessoriis collatis in futurum, non tempus stipulationis spectamus, sed tempus natæ principalis obligationis. Loquimur de fidejussore, qui antecessit obligationem, quæ defecit, quo tempore nulla existebat principalis obligatio, neque pura, neque conditionalis: nam si fidejussor accesserit obligationi conditionali, et post emancipationem filii extiterit conditio, patri acquiritur obligatio in fidejussorem, quia principalis obligatio ex præsenti tempore vires accipit, licet fuerit conditionalis. Reus principalis est obligatus patri, ergo et fidejussor. Et ponendum est, fidejussorem intercessisse sub eadem conditione: nam si pure intercesserit fidejussor, non tenetur, *l.* 8. §. *item si acc. hoc tit.* Sed si pro reo principali obligato sub conditione intervenerit sub eadem conditione, utraque obligatio ex eo tempore vires accipit et acquiritur patri post emancipationem filii. Secundo objicitur *lex ult. de stipulat. serv.* Servus meus stipulatus est, et stipulationem contulit in alienationis vel manumissionis tempus, si alienetur vel manumittatur, an adquiritur ex ea stipulatione actio domino pristino? sic sane: quia servus ejus in potestate fuit eo tempore quo contraxit. Inspicimus tempus contractus. Ergo ex eo acquiritur domino actio: nec mutat hoc stipulatio collata in manumissionem, quo genere semper fraus fieret domino, si acquisitiones servorum differrentur obligationibus collatis in tempus manumissionis. Idem esse ajo in filiofam. nam si filiusfam. stipulationem contulerit in tempus emancipationis, nihilominus patri competit actio post emancipationem: quod utroque casu verum est, si dolo id fecerit, nam posset conferre sine dolo malo in illad tempus: coercetur tantum dolus malus. Respondeo in ea specie, quam tractat Papinian. filium dolo non contulisse in tempus emancipationis: filium nihil dolo malo fecisse, sed stipulatur tantum hoc modo: *Quantam pecun. etc. d. l. ult.* nihil pertinet ad speciem propositam: non coercet dolum malum; in hac specie nullum est argumentum doli mali, et placet valde, quod dicitur in *d. l. ult. si dolo malo*; nam si bona, fide, dabitur filiofamil. actio utilis ex contractu habito in familia patris, *l. quidam* 46. *de hæred. instit.* Ego te filium volebam instituere sub conditione emancipationis,

quoniam nolebam mea bona pervenire ad patrem tuum : tu timens ne ea re offenderetur pater, cognita destinatione mea rogasti, ne te scriberem sub ista conditione, et adjecisti, ut instituerem potius Titium, quem supposuisti, et cui mandasti, ut post emancipationem tibi eam restitueret hæreditatem. Quæritur, an post emancipationem tibi competat adversus Titium actio mandati? Respond. non quidem vulgaris, id est, directa, sed utilis dabitur. Atqui mandatum contulisti in tempus emancipationis, sed sine dolo malo ex voluntate defuncti, qui voluit sua bona pervenire, non ad patrem, vel ad Titium, sed ad te, ex bona fide fit quod fit voluntate testatoris. Et ita etiam alio casu post emancipationem filio datur actio utilis ex contractu habito ante emancipationem, *l. si vero non remunerandi* 12. §. *filiofam. mand.* mandavi filiofamil. ut pro me fidejuberet, fidejussit, et post emancipationem solvit, an ei dabitur actio mandati, ut recipiat quod solvit? Dabitur ei utilis; ex mandato igitur contracto ante emancipationem. Quidni, cum solverit post emancipationem? Et sic habemus tres casus, quibus ex contractu ante emancipationem habito, post emancipationem filiofam. dantur actiones utiles.

Ad L. si debitor LXXIX. de furtis.

Si debitor pignus subripuit, quod actione furti solvit, nullo modo recipit.

Superest ex lib. 9. Papin. *l.* 79. *de furt. et l. si pignore*, §. *et quidem*, *ff. de pign. act. et l.* 81. *de furt.* Brevis est, sed qua de re eod. libro Papin. copiosius scripsit, ut Ulp. refert in *l. si pignore* 22. *de pign. act.* quæcunque ibi referuntur ex Papin. sunt aptanda huic legi, et plenius ibi scripta inveniuntur. Sciendum est autem, creditori, cui subripitur pignus, dari actionem furti non tantum adversus extraneum, sed et adversus debitorem dominum rei furtivæ: neque enim rei alienæ furtum fit tantum, sed etiam rei suæ; rei, inquam, suæ, sed possessionis alienæ; furtum facio rei meæ, cum tamen possessio non fuit mea, sed aliena, vel cujus usus aut fructus fuit alterius, *l.* 20. §. *ult. hoc tit.* Fit etiam furtum rei suæ, sed hypothecæ alienæ, quamvis hypothecarius non possideat hypothecam, *l. in actione* 19. §. *ult. hoc tit.* Furtum enim est interversio rei, hoc est, proprietatis alienæ, vel possessionis, vel usus, vel ususfructus, vel hypothecæ alienæ. Verum est igitur subrepto pignore, creditori dari actionem furti et adversus dominum rei, si eam surripuerit, *l. itaque* 12. §. *ult. hoc tit.* Et addendum, dari etiam creditori pignore subrepto condictionem furtivam adversus debitorem, qui subripuit. Credo vos scire, ei cui furtum factum est, dari condictionem furtivam, atque etiam actionem furti, et condictione furtiva eum persequi rem, vel possessionem, vel commodum aliud, quod ei abest, vel æstimationem ejus, aut id quod interest circa eam rem : actione autem furti extra rem, eum pœnam persequi dupli, si sit nec manifestum : quadrupli, si sit manifestum : utramque autem actionem dari creditori adversus debitorem subrepto pignore. Dices, condictionem furtivam dari soli domino, *l.* 1. *de cond. furt.* creditorem non esse dominum pignoris, ergo creditori non datur condict. furtiva. Duplex est condictio furtiva, certi et incerti : condictio certi, id est, condictio rei datur soli domino : actio furti pœnalis datur etiam non domino, cujus modo justa causa intersit rem non subripi : condictio quoque incerti datur non domino, veluti condictio possessionis : possessio fuit creditoris, hæc intervertitur furto. Creditor recte condicit possessionem interversam, sed hæc non erit condictio certi, sed incerti : possessio enim est res incerta, quia nec cerni, nec tangi potest, et numeratur inter incorporalia: est ἀναφής, ἀ' σώματος ἐν νοήσει μόνῃ ληπτή. Hanc ergo rem potest condicere : neque enim possessio est ex iis reb. quæ tangi possunt, neque qui dicit se possidere, is hanc rem condicere potest. Et respicit ad formulam vindicationis, quæ est hujusmodi : *hanc ego rem meam esse ajo.* Possessionis nomen non est vindicatio, sed itur ad interdictum uti possidetis; ergo creditori etiam adversus debitorem datur condictio furtiva incerti, non certi; et in summa non tantum actio furti, sed etiam condictio furtiva datur creditori pignore subrepto tam adversus debitorem, qui id subripuit, quam adversus quemlibet extraneum. Sed observandum est, quibusdam in rebus multum interesse, utrum agat creditor furti, vel condictione furtiva incerti cum extraneo vel debitore, nam cum egerit cum extraneo hac vel illa actione, id quod hac actione percepit, vel imputat debito (*il se paye par ce moyen*) et id quod debitum excedit, debitori restituit, vel nihil imputat debito, et totum quod percipit, restituit debitori. Duplex est via, quæ eodem spectat : duplex modus quidem efficit, ut quod consequitur creditor ab extraneo condictione furtiva vel actione furti, id vel imputet debito, vel restituat debitori, ut exigat debitum. Et hoc ita refert Ulp. ex Pap. in *d. l. si pig.* quæ est veluti commentarius h. l. et confirmat *l. creditor h. t.* et adjicit Ulp. hoc verum esse, etiamsi culpa creditoris furtum factum sit, quod indiget explicatione. Finge : furtum factum est culpa creditoris, quod fit plerumque; furtum culpæ adscribitur, non vi majori, aut casui for-

tuito, sicut ruinæ; latrocinio, etc. ceterum, etiamsi culpa furtum factum sit, creditor quod actione vel condictione furtiva percepit, id debito imputabit, vel restituet debitori. Quibus verbis satis demonstratur, posse furtum fieri sine culpa ejus, cui fit. Sunt furta quædam, quæ nulla diligentia vitari possunt, ut quæ admittunt saccularii, qui præstigiis quibusdam et arte inevitabili sinu pecunias nobis eripiunt: horum furtum adscribam non culpæ, sed casui; quod etiam oculatissimo et prudentissimo contingit. Sed tractemus primo de furto, quod creditori fecit extraneus culpa sua: si furtum creditori factum sit culpa sua ab extraneo, eo nomine tenetur debitori, quod creditor non tantum dolum, sed etiam culpam præstare debet, *l. eum, qui* 14. §. *idem scribit, hoc tit.* ex hac igitur causa quod furto obviam non ierit, non evitaverit, creditor tenetur actione pignoratitia. Ergo æquum videtur, ut suum faciat, quod consequitur actione furti, hoc est, condictione furtiva, quia et hæc dicitur actio furti, vel actione furti pœnali; ut quemadmodum damnum sentit, pignoratitia actione, lucrum etiam sentiat, et sibi habeat. Verum non ideo habebit jus retinendi vel faciendi lucri ejus, quod percepit, nisi in causa crediti id retinere velit. Imo sicut furtum ei imputatur, quod non fuerit satis diligens in servando pignore; id etiam ei imputari debet, quod ex causa furti consequitur: atque ita fit, ut creditum perdat, qui perdit pignus culpa sua. Quid vero si furtum pignoris factum sit sine creditoris culpa? Eo casu non tenetur pignoratitia, quia non præstat casum fortuitum, et omne periculum. Et non dubitatur hoc casu, quin quod percepit debeat imputare debito, vel restituere debitori, non sibi habere vel lucrum facere. Verum videamus cum percipiat creditor a fure extraneo per actionem furti pœnalem duplum aut quadruplum, an duplum veri pretii pignoris percipiet, an vero summæ solius debitæ? Est etiam in hac quæstione utendum eadem distinctione; aut furtum culpa creditoris factum est, aut non: et posteriori casu percipit duplum summæ debitæ, non duplum pignoris, quia non pluris interest, cum non teneatur debitori pignoratitia. Et summam pignoris vocat *l. cred.* 89. *h. t.* (*la valeur du gage*) ἀξία, dignitas, quantitas. Quia ergo pignore subrepto cum vacet culpa, non tenetur pignoratitia actione, non consequitur ab extraneo actione furti duplum aut quadruplum summæ pignoris, sed tantum summæ debitæ quia credito tenus tantum ejus interest. Et ideo, quod maxime notandum, quodque prætermittitur a multis propter difficultatem rei, si plus valeat pignus, quam sit in debito, creditor quidem agit actione furti tantum in summam debiti, et duplum, vel quadruplum summæ: in residuum debitor aget in furem actione furti, *l. inter* 47. §. *hæc actio, h. t.* atque ita fur tam creditori, quam debitori tenebitur actione furtiva, et non uni eorum, sed ambobus, et conficiet duplum, aut quadruplum pretii pignoris. Priore autem casu, si cum creditoris culpa furtum factum est, creditor agit in summam pignoris, quia et ipse in eam summam culpæ nomine tenetur debitori, *l. credit.* 13. *h. tit.* et debitor hoc casu non aget furti, sed recipiet a creditore quodcumque percepit a fure extraneo, et hoc de fure extraneo. Quid dicendum, si debitor pignus subripuerit et creditor cum eo egerit actione furti, vel condictione furtiva: an imputat debito, quod ea actione percepit? Minime, atque ita apparet, multum interesse, an cum debitore, an cum extraneo agatur. Nam quum agit cum debitore, id quod percepit, retinet, non reddit debitori, pœnam furti lucrifacit si agat actione furti, alioquin esset inanis actio pœnalis: æstimationem quoque litis suam facit, si egerit cum debitore condictione furtiva. Et quamvis hæc actio non sit pœnalis, tamen instituta est odio furum contra constitutiones legum, quæ volunt, ne quis rem suam condicat. Qua de causa etsi hæc actio non sit proprie ex maleficio, tamen est ex quasi maleficio, §. *si itaque, Inst. de act. l. si mulier*, §. *hæc actio rerum amot.* Et ut breve faciam, condictioni furti inest vindicta quædam (quod summe notandum) qua de causa creditor non tantum lucrifaciet poenam dupli, aut quadrupli, sed etiam rem, quam amisit, feret, et supererit ei petitio creditæ pecuniæ, ut recte Azo existimat: atque ita bis eandem rem videtur persequi. Consequitur rem, nam hæc actio rem persequitur, non pœnam. Item consequitur rem actione creditæ pecuniæ. Et hoc est, quod ait *lex id quod* 74. *de solut.* id quod exegit a debitore creditor pœnæ nomine, debere lucro creditoris cedere, non debere imputari debito, nec debere restitui debitori, qui ea pœna functus est: quis hoc audivit, ut mihi ex post facto restituatur pœna, qua semel functus sum jure meritoque? Et subjecerat Papin. ut constat ex *d. l. si pign.* idem esse, si cum debitore creditor egerit, quod metus causa, id est, in quadruplum, quod ei debitor pignus extorserit: nam quod hac actione consequutus fuit, id etiam creditor lucro suo computabit, non debito imputabit. Et recte mihi videtur Accursius adjungere ad hanc regulam *l. pœnæ, de cond. ind. pœnæ depensæ semel repeti non solent*: recte, quia nec vere indebitæ depensæ sunt nec redeunt ad causam indebiti, postea solvente eo, qui pœnam subiit: et ita Græci cum hoc loco proposuissent sententiam h. l. ποινὴ γὰρ καταβληθεῖσα, οὐκ ἀναλαμβάνεται. Pœna

depensa non repetitur: quod accidit non tantum hoc casu, sed etiam aliis plerisque, ut qui incidit in pœnam pecuniariam legis *Juliæ de ambitu*, et relegatus, vel deportatus, si restituatur in integrum non recipiet pœnam semel depensam, etsi videatur redire ad indebiti causam, ut si restituatur in pristinum statum, qui pœnam intulit, *l.* 1. *ad l. Jul. de amb.* et ita in hac *l.* 3. §. *eodem. de tab. exhib.* Erat quidam legatarius conditionalis, qui desiderabat sibi tabulas exhiberi: noluit exhibere eas, qui in potestate eas habebat, et pœnam contumaciæ dependet ex edicto de tabulis exhibendis. Post deficit conditio legati, an legatarius, cujus legatum interiit, cogitur restituere pœnam ei, qui pœna semel functus est? Minime. Hic erit finis, si admoneamus hoc tantum, creditorem agere cum extraneo in summam crediti, si sine culpa ejus furtum factum sit, vel in summam pignoris, si culpa sua furtum factum sit: cum debitore autem creditorem agere indistincte, sive culpa ejus furtum factum sit, sive culpa absit, in summam debiti universi, hoc est, pecuniæ creditæ, et usurarum, quia tanti ejus interest: ea summa actione furti duplatur, vel quadruplatur, non summa pignoris, sive minor, sive major fuerit, *l. creditori* 87. *hoc tit.*

Ad L. IV. §. Soli, quod cum eo, qui in alien. etc.

Soli autem filio succurritur, non etiam hæredi ejus. Nam et Papinianus libro 9. *Quæstionum scribit, in hæredem filii in solidum dandam actionem.*

Ulpianus Papiniani studiosissimus ex hoc lib. 9. duobus locis usus est auctoritate Papiniani in *l.* 6. *ad Vell.* et in *l. si pign. de pign. act.* qui a nobis satis explicati sunt. Sed sunt adhuc quatuor loci, in quibus idem Ulpianus ex eodem libro Papin. utitur ejus auctoritate. In *l.* 4. §. *soli, ff. quod cum eo, etc.* Filiusfamilias quando est in familia patris, ex suis contractibus convenitur, et condemnatur in solidum, vel si non solvat ex peculio castrensi vel quasi, aut per patrem (quanquam pater non possit cogi solvere solidum) si, *inquam*, non agatur cum patre, ut pro se solvat solidum, in carcerem mittitur, *l.* 1. *C. de cess. bon.* Qua de causa fit, ut non solum patresf. sed et filiif. cedant bonis vitandi carceris causa. Cessio bonorum erat beneficium legis Juliæ, quod debitores liberat molestia carceris, et hoc beneficio etiam utitur filiusfam. cum urgetur ad solutionem solidi, cedendo scilicet omnibus, quæ habet, quantulacumque sint. Illud ergo exploratissimum est, filiumfam. dum est in potestate patris, ex suis contractibus teneri in solidum. Sed et si fiat sui juris emancipatione, vel morte patris, Judex tamen non temere condemnabit eum in solidum, sed æstimabit prius causa cognita, et re omni bene perpensa, an damnari debeat in id tantum, quod facere potest: atque ita fit, ut qui in familia patris condemnatur in solidum ex suo contractu, extra familiam patris, si sit sui juris effectus, non in solidum condemnetur, sed in id, quod facere potest, hoc est, quatenus facultates pati possunt. Nam facultas et facere sunt ejusdem generis, et recte ita argumentamur: facultatem non habet, ergo facere non potest. Ex causa igitur, qui factus est sui juris, ejus rei nomine, quam contraxit in familia patris, condemnatur tantum in id, quod facere potest. Nam si sit exhæredatus a patre, vel si abstinuerit se ab hæreditate paterna, vel etiamsi institutus fuit a patre, et rogatus restituere hæreditatem alteri, et cum vellet se abstinere a fideicommissario coactus se immiscuerit; hoc casu, quia coactus immiscuit se, perdit Falcidiam, *l. quia poterat, ad Treb.* Et ita nihil consequitur ex bonis patris: qui coactus immiscet se, similis est abstinenti, quia non detrahit Falcidiam. His vero casibus æquum est, non urgeri ad solutionem integram debiti novum patremfam. ad quem nihil pervenit ex bonis paternis, *ἵνα μὴ πένη τις νεωςὶ γενόμενος, καὶ μὴ δυνάμενος κτήτασθαι ἱκανὴν περιουντίαν*, *ut non redigatur ad inopiam, qui nuper factus est novus paterfamil. quique non idoneas facultates sibi acquisivit.* Idemque erit, si filiusfamil. institutus sit a patre ex modica, id est, ex debito bonorum subsidio, ex legitima portione, quæ minuscula erat: et sic semper modica portio accipitur pro legitima, quia minus relinqui non potest. Filio igitur morte patris sui juris effecto, quod minusculam portionem tulit ex bonis patris succurritur, ne damnetur ex negotio gesto in familia ultra quam facere potest. Imo interdum succurritur instituto, non ex modica parte, sed etiam ampliore, ut ostenditur in *h. l.* 4. *in pr.* Res tota ex æstimatione judicis dependet; cui cum æquum videtur, qui nuper factus est paterf. non damnabitur in solidum, sed pro modo facultatum. Dices: filiusfam. nihil proprium habet extra causam castrensem aut quasi castrensem, quæ non semper suppetit. Cum filiusf. nihil proprium habet, cur ei non parcimus? cur damnatur in solidum? Dicam, non parcimus inopiæ debitorum; hoc nunquam auditum est, ut propter inopiam condemnemus debitorem in id, quod facere potest. Nam ejus ratione, quod non facere potest, coercemus illum carcere quoad solvat, aut satisfaciat: sed parcimus novo patrif. ut novo nupto interdum, quandoque oneribus civilibus parcimus: hoc beneficium datur iis, qui nuper de patria potestate exierunt, et novam familiam insti-

tuerunt familiæ sustentandæ causa, non solius inopiæ causa, alioqui subveniendum etiam esset filio manenti in potestate, a quo tamen solidum semper stricte exigitur. Sed observandum semper, novum patremf. hoc beneficio uti causa cognita, et examinata a judice: quod exemplis planum facio. Causæ cognitio in eo vertitur, ut si statim atque exiit potestate, conveniatur, si statim præcipitatur ad solutionem solidæ pecuniæ, ut condemnetur in id, quod facere potest: si post multos annos conveniatur, damnatur in solidum: neque enim in perpetuum ei parcimus, sed ad modicum tempus in initiis novæ familiæ: quod ostenditur in *h. l.* 4. §. *pen.* Item si filius exhæredatus sit, et neque directo, neque per fideicommissum, hæreditas ei relicta sit, in id duntaxat, quod facere potest, damnatur: sed si exhæredato per fideicommissum hæreditas relicta sit, et restituta per S. C. Treb. in solidum condemnatur, quia ad eum res paterna pervenit, nec locupleti hoc beneficium datur, sed mediocri, aut tenui tantum, et novo, non etiam veteri patrisfamil. nam effectu quodammodo hæres est is, cui restituta est hæreditas ex S. C. Treb. *l.* 5. §. *pen. h. t. l. si necem.* §. *ult. de bon. libert. l. filiusf. in fi. ad l. Falc.* Hic igitur exhæres est jure, hæres est effectu, quod notandum: nam ita fit, ut exhæredatus loco sit hæredis; fideicommissarius Treb. est quodammodo hæres: fideicommis. Pegasian. non fit hæredis loco. Nam in eum non transibant actiones hæreditariæ, quæ dantur hodie in fideicommissarium Treb. Sic igitur fit, ut exheres, sit quasi hæres: exhæres directo, hæres per fideic. exhæres judicio defuncti, hæres beneficio S. C. Treb. Item si filiusf. in contrahendo finxerit se esse patremf. non habet hoc beneficium, ne condemnetur ultra quam facere possit. Imo propter dolum, mendacium, et fictionem debet damnari in solidum, *l.* 10. *de re jud. h. l.* 4. §. 1. *et l.* 6. quæ eleganter ait, eum, qui patremf. mentitus est cum contrahebat, ex eo contractu teneri in solidum etiam post emancipationem, vel mortem patris, quamvis rem præstare non possit, id est, quamvis non sit solvendo. Notanda hæc verba, *quamvis rem præstare non possit*: nam Plautus ait modo *resolvere*, modo *rem solvere*: sic nostri eodem sensu dicunt rem præstare, et repræstare, id est, solvere, *l. Lucius, de act. empt. l. mulier*, §. 1. *ad Treb.* nec quicquam mutandum censeo. Nam repræstare, est rem præstare, ut resolvere est rem solvere. Hoc igitur beneficium mentientibus se esse patresfam. filiisfam. non datur: et ita beneficium Senatus Cons. Maced. non datur iis, qui se esse patresfam. finxerunt. Sic Vellejanum non datur his, qui se mares finxerunt. Beneficia juris non impertiuntur mentientibus, sed iis tantum, qui in contractibus bona fide versantur; ceteri indigni sunt, qui alios decipere conati sunt. In causæ igitur cognitione hæc omnia animadvertet judex, et secundum hæc, eum qui nuper factus est patremfamil. damnabit in solidum, vel in id tantum, quod facere potest. Ad hæc sciendum, hoc esse personale beneficium: hoc est concedi filiofam. sui juris effecto; ergo non hæredi ejus; extinguitur cum persona, nec in hæredem transit. Et ita ut refert Ulp. hic Papin. dixisse, hæredem filii damnari in solidum: quod generaliter procedit in iis omnibus, quibus idem beneficium competit, ne damnetur in solidum, ut in marito, cum quo uxor agit, in fratre, in patre, in patrono, in socio: hæ personæ utuntur hoc beneficio, non hæredes eorum, quia personale beneficium est, *l. verum* 63. §. *patri, pro soc.*

Ad L. III. §. ult. de Peculio.

Si filiusfamilias duumvir pupillo rem salvam fore caveri non curavit, Papinian. lib. 9. *Quæst. de peculio actionem competere ait, nec quicquam mutare arbitror, an voluntate patris decurio factus sit: quoniam rempublicam salvam fore pater obstrictus est.*

Duumviri sunt magistratus municipales creati ex ordine decurionum: nec enim ex plebe creabantur, sed ex curia. Unumquodque municipium olim fere habuit curiam, sive ordinem decurionum, quam vocabant senatum minorem; quoad Leo sustulit omnes curias in novella quadam. Qua de causa omnes leges de decurionib. absunt a Basil. quia tempore Leonis nullæ erant curiæ, unus tantum senatus, isque Romæ. Creantur ergo duumviri ex ordine decurionum, ac duumviri jus habent dandi tutores *l.* 3. *de tut. et cur. dat.* Sed curare debent, ut tutor quem dant satisdet rem pup. sal. fore, alioqui tenentur pupillo, si is suum servare non potest a tutore. Tenentur igitur subsidiaria actione, si tutor pupillo non possit indemnitatem præstare, in factum actione, quæ nascitur ex quodam SC. ut ostenditur *in tit. de magist. conveniend.* id est, de duumviris conveniendis subsidiaria actione, cum a tutore dato satisdari non curarunt; et ex aliis quibusdam causis. Nunc finge: filiusfam. cum esset factus decurio voluntate patris (hoc enim necessario ponendum, filiumfam. venisse in curiam voluntate patris, hoc est, non refragante patre: nam taciturnitas patris habetur pro voluntate) filius igitur famil. cum esset factus decurio voluntate patris, in duumviratu tutorem dedit, nec curavit satisdari rem pupillo salvam fore, quæritur quatenus pater teneatur? Ipse quidem pupillo tenetur in solidum, pater de peculio tantum; et ita definitur

in *h. l.* 3. §. *ult.* Objicitur statim, quod filius factus sit decurio voluntate patris, id est, quod taciturnitas patris obligat patrem omnibus oneribus pro filio, quæ sc. filio injunguntur, et habetur pater vice fidejussoris pro filio: ergo tenetur in solidum, *l.* 2. *ad municip. l.* 1. *C. de decur. l.* 1. *C. de filiisfam. et quemadm. pat. lib.* 10. Filius factus est decurio voluntate patris, ac deinde idem creatus est duumvir: ejus igitur rei nomine, quam gessit in duumviratu, pater tenetur in solidum, non de peculio tantum. Ita respondeamus: pater tenetur in solidum, non pupillo, cui filiusfam. dedit tutorem non exacta satisdatione, sed reip. tenetur in solidum, quia dum patitur filium fieri decurionem, videtur fide sua jubere, aut promittere rem reipublicæ salvam fore, non rem pupilli privati hominis cujusdam: voluntas patris, quæ patitur filium fieri decurionem obligat eum reip. si quid facto filii, dum male sibi injuncto munere fungitur, reip. deperierit, quia videtur promisisse rempublicam salvam fore. Igitur pupillo tantum tenetur de peculio: reip. in solidum, si filius voluntate ejus decurio factus sit, *d. l.* 2. §. *ult. ad municip. l.* 1. §. *ult. de magist. conven. l. si filiusf.* 7. *de adm. rer. ad civit. pert.* Et hoc est quod ait Ulpian. hoc loco ex Papin. *quoniam remp. salvam fore pater obstrictus est.* Huic tamen parti objici solet *lex* 1. *C. quod cum eo*, si filiusfam. tutelam gesserit vel curam, ait patrem teneri de peculio, vel de in rem verso actione tutelæ, aut negotiorum gestorum. Et subjicit: sed si voluntate patris filius decurio factus sit, et tutor a magistratu datus, pater tenetur in solidum, quod filius ejus voluntate decurio factus sit, quam voluntate dixi patrem obstringere reip. non pupillo. Et sane secundum ea, quæ dixi, accipienda lex 1. ut pater teneatur curiæ, vel reip. cujus periculo datus tutor est, non etiam pupillo.

Duos exposuimus locos, quibus Ulpianus utitur Papiniano ex libro 9. Quæstion. Locus secundus negotium facit nobis: cui obstat *lex* 1. *C. quod cum eo*, quem nondum mihi videor bene expedivisse: nam et de eo tractavi in extremo. Ex his locis, hoc est, ex *l.* 3. §. *ult. de pecul. l.* 2. §. *pen. ad municip. l.* 1. §. *ult. de magist. conven.* apertissime constat, etiamsi filiusfam. factus sit decurio voluntate patris, et post duumvir creatus tutorem dederit, illi, cui tutorem dedit, ex causa tutelæ patrem non teneri in solidum, sed de peculio, et de in rem verso. Huic definitioni, quod evidenter proponitur in trib. illis locis objicitur *d. lex* 1. *C. quod cum eo*, cujus duæ sunt partes. In priori ponitur regula: patrem ob tutelam gestam a filiofam. teneri de peculio, et de in rem verso. In posteriori ponitur exceptio, nisi filiusfam. qui a magistratu tutor datus est, fuit creatus decurio voluntate patris: nam hoc casu pater tenetur in solidum. Tentabam, num dici posset, patrem teneri in solidum reip. non pupillo: sed hoc non possum evincere recte: quia necesse est, si hoc velis admittere, magistratum tutorem dedisse filiumfam. qui fuerat creatus voluntate patris decurio, et tutorem datum fuisse filiumfam. a magistratu municipali periculo curiæ, quoniam curia recepit in se periculum tutelæ delatæ a duumviro, alioquin curiæ non obligaretur, sed pupillo. Sed hoc casu quia obligatur pupillo filius, et pater curiæ in solidum, sed non etiam pupillo, hæ divinationes, si fieri potest, semper vitandæ sunt. Et præterea animadverto quæstionem *d. legis* 1. pertinere eo quatenus pater pupillo teneatur, cujus tutelam filius gessit, et post regulam statuit, teneri de peculio, et de in rem verso, et per exceptionem filiif. patrem teneri, si filiusf. factus sit voluntate patris decurio, et tutor datus a duumviris: denique ait lex, eum teneri in solidum. Res omnino ita se habet, quemadmodum sum dicturus, remque omnem dilucide explicabo. Observandum, aliam esse speciem *l.* 1. *C. quod. cum eo*, et aliam esse speciem *l.* 3. §. *ult. de pec.* et similium. Nam in specie legis 1. filiusf. factus est decurio voluntate patris: videtur etiam tutor datus voluntate patris, sicut si creetur curator Kalendario, si curator operum, si rei frumentariæ, vel si quod aliud opus civile injungatur, videtur voluntate patris creatus, quia consentiendo decurionatui filii, videtur agnoscere omnia munera civilia, quæ postea injunguntur filio: tutela est munus civile: qua de causa pupillo tenetur in solidum, quod agnoverit tutelam: ut fidejussor agnoscit omnia munera civilia, quæcumque ei postea deferuntur, vel tutelam, vel curam adolescentum, vel curationem aliquam publicam: et ex constitutionib. sufficit taciturnitas patris: pater qui tacet, nihilominus fidejussisse intelligitur. Sunt multæ tacitæ stipulationes. Longe aliter res procedit, si filius non sit decurio, vel si filius qui factus est decurio, contradicente patre palam, tutor datus fit: nam hoc casu taciturnitas patris non habetur pro consensu, id est, non videtur agnovisse periculum tutelæ si tacuerit, cum nec videatur consensisse, si monuerit filium, ut bene tutelam gereret: monitio hæc non habetur pro consensu, *l. si filiusf. de tut. l. Lucius, de adm. tut.* Et ideo si filius, qui tutor datus est, non sit decurio, vel si sit factus invito patre decurio, pater pupillo, cujus tutelam filius gessit, non aliter tenetur, quam si specialiter tutelæ periculum in se receperit. In casu autem *l.* 3. §. *ult. de pec.* et similium, filius factus est decurio voluntate patris, et post duumvir creatus: in duumviratu tutorem dedit; in

illa filius tutor datus est: hoc igitur casu, si patris voluntate vel tacita filius factus sit decurio, videtur etiam duumvir creatus voluntate patris, sed non videtur etiam tutor iste, quem filius duumvir dedit, datus voluntate patris: et ideo pupillo, cui datus est tutor, pater non tenetur in solidum, sed de peculio tantum, et de in rem verso. Hoc casu non videtur cavisse pupillo de periculo, illo videtur.

Ad L. si pro Patre, §. 1. De in rem verso.

Nunc exponamus alios duos locos: unus est in *l. si pro patre*, §. *cui simile, de in rem verso.* Pater ejus rei nomine, quæ contracta est a filiofamil. non tantum tenetur de peculio, sed etiam quatenus in rem ejus versum est, quo nomine est actio de in rem verso, quæ inest actioni de peculio: nam qui agit de in rem verso, agit de peculio. Sed qui de peculio, non contra de in rem verso. De in rem verso proponuntur in h. l. tria exempla. Primum est si filiusfamil. fidejussit pro patre et solvit: in rem patris videtur vertisse: imo in rem filii, quia se liberavit, sed et patrem liberavit, et principaliter animo gerendi negotii patris solvit uti fidejusserat: ideoque in rem versum videtur. Item si quasi defensor patris judicium pro patre susceperit et solverit, in rem patris versum videtur, quia et hoc genere patrem liberavit. Judicio accepto quasi contrahitur, *l.* 3. *de pec.* Ex hoc igitur quasi contractu, hoc est, si filius pro patre judicium susceperit et solverit, pater tenetur de in rem verso, quia eum filius liberavit. Judicatum, est species novationis: si condemnetur defensor alterius, alter liberatur, et is, qui condemnatus est, solus manet obligatus. Actio judicati novat priorem actionem. Et adjicit Ulp. idem esse, si filiusf. expromiserit pro patre novatione facta, et solverit. Expromittere in jure, est semper subire locum rei principalis liberato reo, et totam obligationem in se transferre, vel substituere se loco rei; expromissio est vera novatio. Hoc igitur genere etiam liberat patrem, et omnino paria facit hæc tria, fidejubere, judicium pro alio accipere, et expromittere, quod est suscipere debitum alienum: et duo posteriores, qui judicium suscipiunt pro alio, vel debitum, sunt similes primo, hoc est, fidejussori, *l. in person.* 30. §. 1. *de pact.* Expromissor dicitur quasi fidejussor, et ita SC. Vell. fidejussionis verbo continetur etiam expromissio: quamquam proprie fidejussio accedat sine novatione, expromissio cum novatione, id est, cum liberatione rei principalis, et ita in *l. ult. quod cum eo,* ubi scriptum est: *quasi fidejussionem esse videri cum pro alio solverit debitum.* Sic vulgo legitur nullo alio addito ad eam clausulam. Flor. aliter, ubi additur, *non pro aliis suscipit debitum,* illo loco non est utrumque retinendum, quod extat Flor. nec quod retinet vulgus: ego probo posteriorem, sicut *d. l. in person.* quasi fidejussionem esse videri, cum pro aliis suscipit debitum. Et res ipsa hoc manifestissime docet: species est *d. l. ult.* Quidam præposuit institorem non cuilibet rei, sed pecuniis dandis sub pignore: ille etiam expromisit pro emptore hordei apud venditorem: venditor agit actione institoria adversus dominum. Dom. negat in eam rem se præposuisse institorem: non præposui institorem, ut pro aliis expromitteret, ergo non teneor. Res disceptata est apud præfectum annonæ, et ille præfectus condemnavit dom. hac ratione, quia apparebat eum servum, non tantum mutuas pecunias dedisse, sed etiam alia pleraque gessisse, et horrea conduxisse, et multis solvisse, non perstitisse in institutione, sed omnia tractasse, quæ ad dominum pertinebant, vel quæ ad eum pertinere poterant: quasi igitur ex contractu institoris generaltier condemnavit dominum: dominus appellavit. Princeps in consilium Paulum adhibuit. Paulus dicebat, quasi fidejussionem esse videri, cum servus pro aliis susceperit debitum: servus autem fidejubens pro alio extra causam peculii, non obligatur naturaliter, cum soleat tantum obligari ex peculii causa: et consequenter nulla actione obligari dominum, nec de peculio, nec alia actione: si servus non est obligatus, nec dominus: quia igitur hoc casu quasi fidejussit, non videtur dominus teneri: ac propterea adjiciebat Papinian. dominum non videri mandasse, ut servus expromitteret: princeps tamen non est sequutus sententiam Pauli, *l.* 20. *de fidejussor. l. ult. quod cum eo*, et conservavit sententiam præfecti, annonæ, magna ratione, quia videbatur ex his omnibus, quæ gesserat servus, eum in omnibus præposuisse. Lex quidem præpositionis angustior fuit, sed post successu rerum videbatur in omnibus præposuisse. Et hoc igitur casu tenebitur ex omnibus causis institoria. Quod diximus, servum qui fidejussit pro alio, extra rem peculiarem non obligari naturaliter, quamvis ex aliis negotiis soleat, et consequenter ex ejus fidejussionis causa nullam actionem in dominum competere, id probat *lex* 20. *de fidejussor. et l. ult. quod cum eo.* Idem procedere arbitratur, si servus quasi fidejusserit extra causam peculiarem, id est, expromiserit. Hic casus est valde notandus, quo servus ex contractu non obligatur naturaliter, nec dominus tenetur ulla actione. Addemus *l.* 20. *ff. de fidejussor.* quæ maxime pertinet ad explicationem *l. ult.* Est etiam aliud quod omisi ad *l. si pro patre* 10. *de in rem verso.* In rem patris videtur versum, si filius pro patre fidejusserit, vel

si quasi fidejusserit, id est, expromiserit, vel si pro patre judicium acceperit: quod etiam genus quoddam expromissionis est. Nam litis contestatione si sequatur etiam condemnatio, novatio fit obligationis, non minus quam ex stipulatione. Expromittere est debitum suscipere pro alio, litem contestari pro alio est judicium suscipere pro alio, et quasi expromittere: nam judicio suscepto sive pro nobis, sive pro alio suscipimus, obligamur, et debitum novamus. Hic igitur tribus modis in rem versum videtur, si fidejusserit, si expromiserit, si judicium susceperit, et solvit. Addit Ulpianus in l. 10. hoc procedere, si non animo donandi id fecerit filius, si non donare voluit patri cum fidejussit vel expromisit, vel judicium suscepit: nam si donare voluit, non videtur versum in rem patris: hoc est pene incredibile, sed nihil est certius. In rem versum non æstimatur ex eventu, sed ex consilio filiifam. et ejus, qui cum eo contrahit: si filiusfam. solvit pro patre, dum ei vult donare, sane locupletiorem eum fecit, et in rem patris versum est: sed non ita, ut inde detur actio, ut sit actio contra patrem, quia in rem videtur versum, si filio fuerit animus gerendi negotii paterni, quasi procuratori patris, atque ita obligandi patrem: si hoc animo rem eam, quam contraxit redegerit in patrimonium patris, pater tenetur de in rem verso, quia filius fuit patris quasi procurator hoc casu: atque ita patrem obligare voluit, *d. l.* 10. §. *ult. et l.* 11. nam si eum obligare noluit, dum rem ejus auget, cessat actio de in rem verso.

Ad L. VIII. Quamvis pignoris, §. *I. ad Vellejanum.*

Si mulier intervenerit apud tutores filii sui, ne hi prædia ejus distraherent, et indemnitatem eis repromiserit; Papin. libr. 9. *quæstionum non putat eam intercessisse: nullam enim obligationem alienam recepisse, neque veterem, neque novam, sed ipsam fecisse hanc obligationem.*

Quæstio §. 1. *h. l.* est, an cautio indemnitatis promissæ a muliere sit intercessio: et est species hujusmodi. Tutor volebat distrahere prædia pupilli, æris alieni dissolvendi causa auctore prætore, alioquin non valeret alienatio: mater hoc cum intelligeret; tutorem rogavit ne faceret, et promisit ei indemnitatem, id est, si quid tutor conventus judicio tutelæ ob prædia non distracta, quasi re non bene gesta, præstiterit, ipsum indemnem eo nomine recte præstari: tutor eo nomine præstitit aliquid pupillo culpæ nomine, qui debuerat prædia distrahere, quæ non distraxit, an quæ præstiterit poterit a matre recuperare? sic videtur, quia non poterit juvari mater Senatusconsulto Vellejano; nec enim videtur intercessisse pro alio: et Senatusconsultum Vellejanum est tantum de intercessionibus mulierum improbandis: mater hanc obligationem fecit, non etiam factam, aut cum ibi esset ut fieret, in se recepit, vel (ut utar verbis legis) eo genere neque veterem, neque novam obligationem alienam in se recepit, sed ipsa fecit obligationem. Recte, *neque veterem, neque novam.* Nam sive vetus, sive nova sit obligatio aliena, quam in se recepit mulier, ei succurritur, *l. fœminis, C. ad Vellejan.* Et vetus obligatio in Senatusconsulto significatur verbo fidejussionis: nova verbo mutui dationis. Mulier veterem obligationem recepit, si fidejubeat pro alio, si constituat pro alio, si expromittat pro alio, si judicium suscipiat pro alio, si mandet alii mutuam pecuniam dari; quæ omnes intercessiones infirmantur, et actio restituitur in veterem debitorem. Novam autem in se recipit mulier, si mutuum acceperit, quod alius rogaverat, cui mox ipsa eam pecuniam numeratura est: quo genere suscipit obligationem alienam, quam alius erat subiturus nisi ipsa intercessisset. Et hoc plerumque genere occulto intercedunt, dum qui volunt, ut mulier intercedat, agunt, ut ipsa contrahat: sed hæc intercessio etiam infirmatur, et in eum, pro quo intercessit, nulla restituitur actio, quia nulla fuit, sed instituitur perinde ac si mutuum accepisset. Et ita in hoc Senatuscons. dicitur, modo institui actionem in novum debitorem, modo restitui in veterem debitorem. Et hoc genus intercessionis, cum scilicet mulier accepit mutuum intercedendi gratia, significatur in Senatusconsulto his verbis, *Quod ad mutui dationes pro aliis, quibus intercesserint fœminæ, pertinet:* nam mutui dationes oportet accipere passive; id est, si mutuum detur fœminæ, et ita in *l. civitas, de rebus cred. civitas mutui dationi obligari potest,* id est, si detur mutuum civitati: non est etiam, cur in eo Senatusconsulto (quod quidam tamen tentant) quo loco scriptum, *de ea re ita consuluerunt*, emendes, *censuerunt.* Videamus cur in specie proposita non videatur intercessisse mulier: hoc ostendam hoc modo: si intercessit, aut intercessit pro pupillo, aut pro tutore: non intercessit pro pupillo, hoc est, non intercessit pro eo quod deberet pupillus, sed pro eo quod culparetur tutor a pupillo: ergo evidens est non intercessisse pro pupillo: sic nec pro tutore, quia se ei obligavit: si tutori se obligavit, ergo non pro tutore, *l. Granius, de fidejuss. l. tutor, in princ. h. t.* denique neque pro pupillo obligatur, neque pro tutore: sed tutori proprio nomine: ergo non intercessit. Quid est intercedere alii? pro alio se obligare: hoc modo se quidem obligat alii, sed non pro alio,

nisi pro seipsa, quod non potest dici eleganter, quin delinquas: non belle hoc dici potest. Adversus hanc definitionem Papin. objicitur *lex si mater* 6. *ad Vellejan.* Sed Accursius respondet recte: eget tamen explicatione responsio ista. Species hujus legis est. Tutor se excusare volebat a tutela, nec deerant causæ justæ: mater rogavit, ut tutelam acciperet, et indemnitatem ei repromisit: videtur intercessisse, et pertinet ad Senatuscons. Velle. in specie *l.* 8. §. 1. indemnitatis promissio non est intercessio. In specie *l. si mater*, indemnitatis promissio est intercessio. In *l.* 8. mater, quæ promisit tutori, non videtur intercessisse. In specie *l. si mater*; videtur intercessisse. Et sane ita est omnino, videri intercessisse hoc postremo casu, quandoquidem se obligavit pro pupillo tutori: non suscepit periculum contrariæ actionis tutelæ, quam habiturus esset tutor adversus pupillum: non ita dixisse videtur mater nude: suscipe tutelam: nam si quid debuerit tibi pupillus, nec præstare possit, eo nomine te indemnem præstabo, quo casu intelligitur intercedere pro pupillo. Paul. lib. 1. sent. ita scribit: *Mulierem quæ pro tutoribus filiorum suorum indemnitatem promisit, non pertinere ad beneficium Senatusc. l.* 8. §. 1. si pro tutore apud ipsos tutores indemnitatem promiserit: nam si pro filiis tutoribus indemnitatem promiserit, vel contra, si pro tutoribus filiis indemnitatem promiserit, pertinet ad SCtum. Ex quibus verbis rem explicat Accursius, etiamsi nomine ejus, quod debiturus est tutor pupillo, pupillo indemnitatem promiserit. Item si nomine ejus, quod pupillus debiturus est tutori, tutori indemnitatem promiserit. Sed si nomine ejus, quod pupillus debet tutori, ipsi pupillo indemnitatem promiserit, vel contra si ratione ejus, quod tutor debet pupillo, ipsi tutori indemnitatem promisit, non intercessit, sed ipsa facit obligationem, atque ideo ea res non pertinet ad SC. Vell.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. X. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI

Ad L. XVII. de Cond. furtiva.

Parvi refert ad tollendam condictionem offeratur servus furtivus, an ad aliud nomen, aliumque statum obligationis transferatur: nec me movet præsens homo fuerit necne, cum mora, quæ eveniebat ex furto, veluti quadam delegatione finiatur.

Ex libro 10. quæstionum Papiniani, prima quæ exponitur quæstio est de purgatione moræ in *l.* 17. *de condiction. furt.* quæ nunc explicabitur. Ostendit in hac l. Papin. moram finiri et purgari, et condictionem furtivam tolli tribus modis, oblatione, delegatione, novatione. Sed hoc ante omnia notandum est, multum interesse rem aliquam debeat quis ex causa furtiva, quod eam furto abstulerit, an ex alia causa: nam alius debitor, si ea res ante moram interierit, liberatur; si post moram, vel quam aliam culpam, debitor non liberatur, *l. si ex leg.* 23. *de verb. oblig. l. quod te, de reb. cred.* quia mora perpetuat obligationem, sive producit eam in perpetuum, *l. si servum* 91. §. *sequitur, de verb. oblig.* In fure non utimur hac distinctione, quia fur nunquam non facit moram in restituenda ea re, quam non debuit auferre. Igitur nec unquam liberatur morte vel interitu rei furtivæ: semper enim intelligitur interiisse post moram, *l.* 8. §. *pen. l. ult. hoc. tit. l. inter* 83. § *pen. de verb. oblig.* Item alterius debitoris mora fit in personam, quia non fit nisi si conventus opportune, et rite interpellatus debitor non solverit. In alio debitore interpellatio creat et gignit moram, nec videtur alius debitor non interpellatus, non admonitus, non conventus moram adhibere in solvendo, *l. mora, de usur.* mora autem furis fit ex re etiam non interpellato fure, ipso jure, *l. ult. C. de cond. ob turp. caus.* Res ipsa satis interpellat furem, nec admonitio domini exigitur, ut intelligatur fur moram facere. Etiam illud sciendum est, aliam esse causam moræ, quam, ut diximus, fur semper adhibere intelligitur etiam non interpellatus, longe aliam maleficii, id est, furti quod admisit. Nam maleficium non purgatur oblatione, imo nec restitutione rei furtivæ, et sive restituerit rem is, qui furtum fecit, non ideo tollitur actio furti, quæ ad pœnæ persecutionem pertinet: nemo tali pœnitentia nocens esse desinit, *l. qui ea mente* 65. *de furt. l. pen. vi bon. rap.* Seneca 4. declam. *Tam mihi teneris, inquit, quam qui vulneravit aliquem, licet eum servaverit;* tantum abest, ut oblatione liberetur fur, ut nec restitutione liberetur duplo, aut quadruplo, id est, actione furti. Pœna semel commissa emendari non potest, ut pœna semel soluta repeti non potest: mora autem purgatur oblatione etiam sola, et tollitur condictio furtiva, quæ ad rei recuperationem pertinet, non ad pœnæ persecutionem, si res offeratur ei, cui furtum factum est, integra scilicet, et congruo loco, et tempore: mora enim non est maleficium, sed culpa, *d. l. si servus* §. *sequitur, de verb. oblig. l. fundum Corn.* 28. *de novat.* ubi Accursius annotat, moram et culpam, in verbo, *sine culpa*, et solemus ita definire moram, culpam non respondentis ad conventionem opportunam creditoris vel debitoris.

Et dicimus, ad conventionem, quoniam hæc proprie est mora, quam conventio, id est, interpellatio gignit: et exceptis paucis casibus, quibus mora fit ex re, non ex persona, certe ut plurimum fit mora ex persona, ex conventione, et interpellatione personæ, non ex re sola, sed quæ ex persona fit, et ex reipsa fit, non contra: culpa facilius aboletur quam maleficium, et emendatur, et remittitur facilius. Oblatio purgat culpam veluti moram, sed non maleficium, et consequenter oblatio pœnali actione non liberat, quæ est ex maleficio, rei persecutoria actione liberat, quæ non est proprie ex maleficio: nam quæcunque est ex maleficio, vindictam, ultionem, pœnam persequitur, non rem solum. Et malui uti maleficii nomine, ut nostri auctores plerumque malunt dicere obligationem ex maleficio, quam ex delicto: nam delictum est nomen ambiguum, quia et maleficium, et culpam significat, stultitiam, negligentiam, ignorantiam quamlibet, ut Græcis ἁμαρτία, ἁμάρτημα, utrumque significat; et in *l. cum mancip. de ædilit. edict.* delictum est culpa seu stultitia. Et in definitione legis, Lex est coercitio delictorum, quæ sponte, id est, opera consulta (hæc sunt maleficia proprie) vel per ignorantiam contrahuntur. Sed ad rem: mora purgatur oblatione: moræ purgatio tollit condictionem furtivam: sed sciendum est, duo esse oblationis genera, nudam oblationem, et consignatam, depositam. Est igitur oblatio nuda, oblatio rei testib. præsentibus. Hæc oblatio, cui additur obsignatio et depositio, statim liberat furem condictione furtiva, quia pro solutione est, cum non retinuerit, quod obtulit debitor, sed obsignaverit, et deposuerit apud æditunm vel tabellarium. Obsignatio pro solutione est, *l. obsignatione, C. de solut.* et perpetuum illud est, solutione liberari debitorem omni obligatione, omni actione. Idem etiam de oblatione et depositione, *l. 1. §. si pecunia, in fin. depos.* Idem igitur effectus eademque vis solutionis et oblationis, quæ fit consignatione et depositione. Oblatio autem nuda non liberat furem condictione furtiva, vel alium debitorem, antequam res interierit: re existente tenetur condictione furtiva, re perempta sine culpa furis non tenetur, quia periculum desiit ad eum pertinere, quasi mora purgata per oblationem, si modo actor sive creditor non habuerit justam causam non accipiendi rem, quæ sibi offerebatur. Posterior mora creditoris facta in non accipiendo emendat et purgat priorem moram debitoris, *l. illud, de peric. et comm. rei vend. et d. §. sequitur, l. sed etsi alia die, de const. pec.* Ergo oblatio nuda liberat tantum periculo, et ita demum obligatione omni, sive condictione furtiva in specie hujus legis, si res post oblationem interierit: nam quandiu res manet, et obligatio manet: et ita constituenda est differentia inter illa duo oblationum genera. Possit itaque lex intelligi de oblatione nuda, si modo ea intellexeris tolli condictionem post mortem hominis furtivi, vel interitum rei furtivæ, non ante. Porro non tantum oblatione purgatur mora, tolliturque condictio furtiva, sed etiam delegatione et novatione, ut ait, veluti quadam delegatione, subindicans, novationem esse quandam delegationem, delegatione purgari moram, ergo et novatione. Eorum quæ similia sunt plerunque in jure idem est effectus; quod est verissimum. De eo, quod similitudinem habet solutionis idem statuamus, quod de solutione: nec interest solverit quis, sive fecerit, quod solutioni simile est vel proximum: delegatione mora purgatur, si id quod mihi debes ex causa furtiva jusserim creditori meo stipulanti promittere, et promiseris, quo facto liberaris a me omnimodo, nec mihi amplius teneris conditione furtiva, et obligaris creditori meo ex causa stipulationis, non ex causa furtiva: nam hæc est abolita. Delegatio est abolitio et finis causæ furtivæ: ergo et moræ, quæ ex ea pependit: novatione quoque mora purgatur, et tollitur condictio furtiva, si novandi animo stipulor a fure, vel ab alio, quod fur mihi debet ex causa furtiva: quia hæc novatio veluti delegatio est: videor enim furem, qui mihi obligatus est ex causa furtiva delegare mihi ipsi, ut ipse mihi debeat rem non amplius ex pristina causa, sed ex nova, id est, ex stipulatione, scilicet si stipuler ab eo. Nam si ab alio stipuler, videtur fur mihi delegasse eum, qui expromisit pro eo, id est, qui totam obligationem in se recepit novandi causa. Novatio est, ut apparet ex hac l. in aliud nomen, aliumque statum prioris obligationis translatio. Delegatio est mandatum, quo jubetur debitor id, quod debet, alii promittere. Et recte mandatum, nam ex eo negotio sive jussu nascitur actio mandati, *l. 12. de novat.* Et recte, quo jubetur promittere: nam delegatio consummatur per stipulationem ejus, cui debitor delegatus est, quæ stipulatio efficit novationem. Delegationem igitur sequitur novatio. Nam novatio est non tantum si mutetur debitor vel causa debendi, sed etiamsi creditor mutetur: et interveniente delegatione, atque impleta per stipulationem sequentem, mutatur tam creditor quam debitor: creditor mutatur delegatione: ei autem, cui delegatur, mutatur debitor, secuta, ut dixi, stipulatione: alioqui delegatio est imperfecta: rursus dixi, quo jubetur promittere: nam secus est, si debitor meus jubeatur alii solvere. Si jubeatur promittere tibi, tu statim, etiam id stipulando novare potes; sed si jubeatur solvere, non statim

etiam tu stipulando id novare potes invito me, *l. si debitorem*, *de novat.* Tollit igitur novatio priorem obligationem: ergo tollit etiam moram sive culpam, quæ obligationi injuncta est, atque cohæret: et rursus, ergo tollit etiam condictionem furtivam, quæ ex obligatione nascitur: quæ denique in universum tollit obligationem, et quæcunque eam circumstant: et confluit obligatio in alium statum, inque aliud nomen. Ac præterea tollit novatio priorem obligationem, non tantum si res post novationem intereat, sed etiam si existat, ut plane sit recipienda differentia Accursii inter novationem, et oblationem. Oblatione nuda liberari reum re perempta demum, novatione liberari statim etiam re extante. Nec quicquam obstat *l. scire debemus.* 29. §. *ult. de verb. oblig.* quæ eum, qui stipulatus est a fure quod fur sibi debet ex causa condictionis furtivæ, ait, uti posse condictione furtiva, condicere furi posse si res extet. Nam, ut respondeamus breviter, non loquitur de stipulatione facta novandi causa, quandoquidem si hoc animo facta sit novatio, statim extinguitur condictio furtiva. Græcorum etiam differentia placet inter oblationem nudam et novationem, ut oblatio nuda exigat præsentiam rei, novatio non exigat. Oblatio exigit præsentiam rei, quia non potest obtulisse videri quis rem, quæ non aderat. Res præsens non est ea quæ in conspectu est, seu quam cernere et tangere licet: nec est ea, quam fur fert, aut agit, aut portat, sed quæ est in ea provincia, ubi de ea quæritur. Absens est, quæ est peregre, et in alia provincia, quod ostendit aperte lex *qui decem*, §. *idem responsum*, *de solut.* Ergo oblatio quidem exigit, ut res præsens fuerit, alioqui non intelligitur obtulisse rem propter absentiam, et solum est præsens, quod est in ea regione: novatio autem non exigit, ut res sit præsens, et eundem habet effectum sive res sit præsens, sive absens: et hoc est quod ait Papinianus. Nec me movet lex *qui decem*, §. *cum Stichum*, *et* §. *seq. de solut.* ex qua efficitur etiam in novatione exigi præsentiam rei, id est, novatione non finiri moram, non tolli pristinam actionem, nisi res præsens fuerit, quo tempore actum est de novatione. Hoc in illo §. ostenditur, oblationem liberare periculo, et emendare moram, sive a debitore fiat, sive ab alio nomine debitoris, sciente debitore vel ignorante, scilicet si creditor accipere noluerit, id est, si posterior ipse fecerit moram. Et adjicitur, eundem esse effectum stipulationis non conceptæ pure, sed factæ sub conditione novandi causa, licet novatio non contigerit quod scilicet res interierit pendente conditione stipulationis: neque enim novatio contingit, nisi res sit in rebus humanis cum existit conditio. Et hoc ita esse, sive creditor stipuletur sub conditione a debitore, sive ab alio ignorante debitore. Ergo ita constituamus: moram purgari per stipulationem conditionalem, licet ex ea novatio non contingat: quod confirmat etiam lex *quotiens*, §. 1. *de novat.* Sed hoc ita verum est, si res præsens fuerit, quæ in stipulationem conditionalem deducta est: nam si res præsens fuerit, stipulatione nuda, ex qua novatio non fit, licet fuerit interposita novandi animo, mora purgatur, quia pro oblatione cedit, si res præsens fuerit. Offero rem non tantum, si dicam me paratum esse solvere, sed etiam si promittam stipulanti tibi, vel pure, vel sub conditione: neque enim quod promitto, recuso solvere, imo me ad solvendum adstringo: denique offero et purgo moram, si quam ante admisi. At si res ipsa, quam ab eodem debitore stipulatus sum sub conditione, fuerit perempta pendente conditione, atque ideo non secuta novatio sit, ea stipulatione non censetur purgata mora; non certe stipulatione, quia effectum non habuit re perempta interim: non etiam quasi oblatione, nam res absens non intelligitur oblata. Et hæc est sententia illius §. satis obscuri, qui tamen non adversatur Papiniano: nam Papinianus in stipulatione, ex qua contingit novatio, putat nihil referre, præsens fuerit res, an absens. Marcellus in eo §. de stipulatione loquitur, ex qua non contingit novatio, in qua omnino exigimus præsentiam rei, ut pro oblatione habeatur, atque ita purgat moram. Diximus in summa, purgari moram, et liberari debitorem periculo per stipulationem conditionalem novandi causa interpositam, si modo res præsens fuerit, licet novatio non contigerit extincta pendente conditione stipulationis, et novationem non contingere, etiamsi conditio stipulationis existat post interitum rei. Hæc est summa doctrinæ superioris. Cui tamen valde obstat lex *si rem*, *de novat.* quæ significat, in ea specie nec purgari moram, et novationem contingere: obstat etiam lex *eum qui.* 56. *de verb. oblig.* ex qua efficitur, novationem quidem non contingere, sed moram etiam non purgari. Sed quidnam sit illis legibus respondendum, postea explicabimus, cum aggredimur legem *arboribus*, *de contr. empt.*

Ad L. Arboribus LVIII. de Contr. empt.

Arboribus quoque vento dejectis vel absumptis igne, dictum est emptionem fundi non videri contractam esse, si contemplatione illarum arborum veluti oliveti, fundus comparabatur, sive sciente, sive ignorante venditore; sive autem emptor sciebat, vel ignorabat, vel uterque eo-

rum, hæc obtinent, quæ in superioribus casibus pro ædibus dicta sunt.

Diximus, moram purgari et debitorem liberari periculo omnino non tantum novatione quæ fiat interveniente stipulatione pura: sed etiam stipulatione conditionali: nam etsi conditio existat post extinctam rem, novatio non fit, quia nulla est res, quando conditio existit: novatio non tantum emendat moram, sed etiam stipulatio interposita novandi causa, licet effectum non habuerit. Et hæc ita procedunt, si tempore conditionalis stipulationis res præsens fuerit, id est, si in eadem provincia fuerit, hoc casu moram purgari per conditionalem stipulationem, licet ex ea novatio non existat, ut res quæ præsens in stipulationem deducta est, oblata videtur; et constat oblatione moram purgari, novationem autem non fieri, quia res interiit ante moram; nec enim post veterem moram, quæ sublata est, nova intercessit mora. Hoc est quod supra diximus: et adjecimus huic definitioni obstare legem *si rem, de novat. et l. cum qui. §. ult. de verb. oblig.* quæ nobis explicandæ sunt, et demonstrandum, quidnam respondendum sit. Ex *l. si rem* colligitur in eadem specie rei debitæ deductæ in stipulationem conditionalem factam novandi animo, et pendente conditione re perempta debitorem non liberari periculo, et novationem fieri, post interitum rei conditione existente. Et ut explicatius dicam, finge: rem quam mihi debes, de te stipulatus sum novandi causa sub conditione; non fiet igitur novatio, nisi res existat tempore conditionis existentis, et nisi res ea fuerit in rerum natura: verum adjicit *d. l.* hoc ita verum esse, si tu ante eam stipulationem conditionalem moram feceris: nam si moram feceris, etiamsi res non extet tempore existentis conditionis, tu mihi teneris ex stipulatione, quasi novatione facta: stipulatio committitur existente conditione, quia res periit post moram commissam: nec enim interim videtur purgata mora. Sed si verum amamus, id tantum dici potest, atque id procedit simpliciter, si res absens fuerit tempore interpositæ stipulationis conditionalis. Superior definitio est de re præsente, res præsens pro oblata habetur, res absens pro oblata non habetur: et ideo non videtur purgasse moram qui rem absentem promisit sub conditione: certe non purgavit moram stipulatione, quæ est in suspenso: non purgavit etiam quasi oblatione, quia res absens oblata intelligi non potest; et consequenter, quia periculum ad eum pertinet, quasi mora non purgata existente conditione tenetur, et novatio fit. Sententia legis *cum qui, §. ult.* hæc est: rem, quam mihi debes, stipulatus sum sub conditione, non a te, sed a Titio, pendente conditione res interiit post moram tuam, post extitit conditio: non fit novatio, et tu mihi teneris, licet res interierit: ergo ea stipulatio non potest purgare moram: hoc facilius possumus expedire, quam illud, quod ante diximus. Respondeo moram quæ præcessit stipulationem conditionalem purgari per eam stipulationem, licet ex ea novatio non fiat: moram autem, quæ secuta sit eam stipulationem, quæ facta est pendente conditione, de qua agit lex *cum qui*, non de ea, quæ præcessit stipulationem, non purgari, sive res præsens fuerit, sive absens: et ideo quod moram commisisti, mihi teneris etiam re perempta. Titius non tenetur, quia res interiit antequam moram faciat: novatio igitur non fit, quia Titius non obligatur, tu obligatus manes, *l. 57. §. ult. de verb. oblig.* Nunc interpretationem legis *arboribus* aggrediamur. Quæstio est de fundo vendito contemplatione arborum, quæ in eo fundo consitæ sunt, ut de oliveto vendito: fundus qui olivetanus dicitur, veniit contemplatione arborum, aut de vineto, de arbusto, an valeat venditio, si ante venditionem arbores evulsæ, exustæ, dejectæ fuerint vento: eadem quæstio extat de domo in *l. prox. sup.* an domus venditio valeat, quæ ante venditionem combusta fuit: et quæ, ut Papin. admonet in hac l. distinctionibus quibusdam adhibitis, definiuntur de domo vendita, sunt etiam transferenda ad hanc legem, et licet Papin. de fundo tantum agat, tamen demonstrat idem tractasse ante de domo. Finge igitur; domus vendita est, quæ ante venditionem combusta fuerat, superficies perierat, area manebat, solum manebat, quæ est maxima pars domus, *l. qui res. 98. §. ult. de solut.* Superficies est pars minima, si conferatur cum solo, et ideo jure gentium superficies semper cedit solo, *l. pen. l. ult. §. sed si, uti possid. l. qui domum. 50. ad l. Aquil.* Vel finge: fundum vendidisti contemplatione arborum, veluti olivetum, aut vinetum, et arbores igne absumptæ fuerant aut vento dejectæ ante venditionem. Arbores sunt superficies fundorum, atque ideo latior superficiei, quam ædificii appellatio: et rursus etiam ad aliquid latior ædificii, quam ædium. Nam ædificia alia sunt urbana, alia rustica: ædes tantum sunt urbana prædia, et rursus ædium ad aliquid latior significatio, quam ædificii. Nam ædes solum et superficiem continent, ædificium proprie est superficium in *l. domo 21. de pign. actione, l. 9. §. quæsitum, de damn. inf.* Ædificium est pars, ædes totum, *l. 51. de leg. 3.* si cui ædes legatæ sunt, omne id ædificium habebit, quod solum earum ædium erit. Quæritur autem superioribus duobus casibus, an venditio consistat, si res perierit ante venditionem, et an ex eo negotio sit actio, id est, an

impleri debeat contractus utraque ex parte? Et auctores ita distinguunt. Aut uterque ignoravit domum esse combustam, vel emptor scivit, venditor ignoravit, aut contra, aut uterque scivit. Divisio hæc est perfectissima. Si uterque ignoravit, nulla est venditio, quia sine re venditio non consistit: emptionis venditionis substantia consistit ex re et pretio, *l. etsi consensum* 15. *hoc tit.* etiamsi sit consensum in corpus, si tamen id perierit ante venditionem, nulla est venditio: et ideo emptor non compellitur venditionem implere, et quod ignorans solvit, potest condicere, quia neutra ex parte contrahitur obligatio. Et hoc ita, si tota domus exusta sit, si totum olivetum consumptum sit, vel major pars ejus. Nam in rebus humanis non videtur esse res, cujus major pars interiit; res quælibet ex majori parte censetur. Consumpta igitur majori ex parte res, absumpta videtur. Nam solum, sive area non est domus, imo nec pars domus sublato superficio. Ergo sine re videtur contracta venditio, si ea res, quæ veniit, majori ex parte perierit ante venditionem; sed si pars dimidia permanserit, et dimidia perierit, vel si minor pars, venditio consistet, quia non intelligitur periisse domus, cujus pars major superest, aut dimidia. Et ideo hoc casu, si dimidia tantum perierit, emptor cogitur perficere contractum: nam perficitur nudo consensu, et aliud est proprie perficere emptionem, aliud implere. Cogitur igitur emptor solvere pretium rei, quamvis non sit integra res, puta parte dimidia consumpta: sed quia actio ex vendito est bonæ fidei, bonus vir arbitrabitur, ut diminuatur pretium, et boni viri arbitratu, id est, officio judicis, *l. officio, hoc tit.* Judex quid est? magister et sacerdos æqui et boni: arbiter, vir bonus, cui causæ cognitio, aut jurisdictio data est: interpres bonæ fidei et doli mali, *l. si servus* 61. §. *circa commodatum, de furt.* Habet enim dolus malus ἀντιδιαστελλομένην bonam fidem. Si utroque ignorante domum exustam esse vel olivetum, venditio contracta fuerit, nec fuerit exusta tota, sed pro parte tantum dimidia, aut minori, valere venditionem. Objicitur stulte lex *si duos* 44. *hoc tit.* non pugnat ea lex. Finge: Vendidi tibi duos comœdos, quorum unus non possit sejungi ab altero sine incommodo, finge unum ex iis interiisse ante venditionem, an in uno consistet venditio? minime. Cur igitur non dicis idem in domo? Ratio est diversitatis, quia nec venditori, nec emptori, nisi utrumque habeat, expedit: partem domus habere expedit, et potest esse usui, nec quicquam incommodi patitur emptor, cui diminuetur pretium pro rata ejus, quod incendio periit. Aut venditor scivit, emptor ignoravit, et hoc casu nulla est venditio, si tota res perierit ante venditionem, sed si extet pars aliqua vel major, vel minor: neque enim spectamus quanta permaneat, sed dicimus indistincte valere, et venditorem teneri in id, quod interest propter reticentiam, *l. si post* 9. *de peric. et com. rei vend.* et ita coercetur dolus venditoris, non ad rem tantum, sed etiam in id, quod interest. Objicitur lex *si in empt.* 34. §. *item si, hoc tit.* Agitur ibi de re furtiva vendita: non potest vendi res furtiva, res aliena potest vendi, nec tantum dicimus rei furtivæ non esse usucapionem, sed etiam venditionem non esse, donationem non esse. Nam si ille §. conjungatur cum præcedenti, apparet Jureconsult. adnumerare illis rebus, quarum commercium non est, rem furtivam; et consequenter ait, nullam contrahi obligationem, si uterque scierit rem esse furtivam: et contraheretur tamen, si uterque scierit rem esse alienam. Ait etiam, si venditor ignoravit, emptor scierit, non obligari venditorem, sed nec agere ex vendito, nisi ultro id quod convenit præstet: contra si venditor scierit, rem esse furtivam, emptor ignoraverit, utrinque obligatio nascitur. Ergo in nostra specie cur non debet nasci obligatio? Respondeo uno verbo, non potest nasci, quia nulla res subest tota domo combusta. In d. §. subest res. Aut e contrario venditor ignoravit, emptor scivit domum esse exustam, et hoc casu non valet venditio, si tota sit exusta, sed si vel portiuncula manet, venditio valet propter dolum emptoris, et tenetur emptor adimplere contractum, quia dissimulavit, ut forte venditorem condemnaret ex empto: dissimulatio omnis, reticentia, dolus est, et sibi imputare debet, quod emerit rem, quam sciebat extinctam. Aut uterque scivit, et hoc casu sive exusta sit tota, sive ex parte, venditio non valet, quia uterque scivit, utraque ex parte dolus intercessit: ergo ex neutra parte consistit contractus bonæ fidei: contraria hæc sunt dolus et bona fides. Et falso hic Accurs. in *l. domum, hoc tit.* quæ hanc præcedit, in verbo, *nihil actum*, meo quidem judicio, pro parte, quæ superest posse, contrahi venditionem, licet uterque scierit, quod acciderat rei ante venditionem. Nam doli ratio obstat universæ venditioni. Ideo ait lex nihil penitus agi, nec posse se coarguere invicem, dolus dolo compensatur, *l. viro.* 39. *solut. matrim. l.* 10. *de compensat.* quod etiam male colligit ex §. *quotiens, d. l.* 10. qui tantum ait, quod supra diximus in *l. arboribus, et l. domus, de contr. empt.* quoties ex delicto oritur actio, utpote ex causa furtiva, si de ea vel pecuniario judicio agitur, compensatio locum habet. Post hæc nimirum verba esse legendum, id est, *per, pro, idem: ita in*

l. 30. *de act. empt.* id est, melius quam Florent. *idem est l. veteres, hoc tit. l.* 45. *et seq. loc.* Et eam emendationem confirmant βασιλικὰ, in quibus nimis ista brevi sermone comprehensa sunt. Is cum quo agitur pecuniarie ex furto vel maleficio, compensationem opponere potest: et de noxali actione idem adjicitur, ex quo habemus duo singularia; actionem seu condictionem furtivam ex maleficio dari, ut in *l. si mulier* 21. §. *hæc act. rer. amot.* nam non ideo minus videtur ex delicto dari, quod sit etiam rei persecutoria, sicut dicitur de actione in factum ex edicto de alienatione judicii mutandi causa facta, quæ licet ad rei persecutionem pertinet, tamen videtur ex delicto dari: adde *l. quia pertinet. de alie. jud. mut. caus. fac.* idque fit odio furum, et ut Theoph. ait contra reg. ju. Deinde est notandum ex his, noxalem actionem pecuniariam, et eleganter in *l.* 6. §. 1. *de re jud.* solius noxæ deditionis nullum esse judicium, sed condemnationem pecuniæ persequi: in condemnatione esse pecuniam, noxæ æstimationem: in solutione, ex 12. tab. et noxæ deditionem. Quamobrem recte mihi videtur concepta formula sententiæ proferendæ in noxali judicio *in t. de off. jud. Inst. lib.* 4. *Publium Mævium in pecuniam certam condemna, aut ut noxam dedat.* Præcedit verbum *condemna,* sequitur, *noxam dedere.* Hanc igitur facultatem noxæ dedendæ habet ex 12. tab. si nolit subire æstimationem litis: hic actionem in factum judicii mutandi causa factam pecuniariam, civilem esse ex delicto, et noxalem esse pecuniariam. Summa autem eorum, qua exponuntur in *h. l. arboribus,* et in *l. domus* præcedentis hæc est. Si res quæ veniit, tota perierit ante venditionem, et hoc uterque scierit, vel ignoraverit tam emptor quam venditor, vel alterutcr, non stare venditionem. Idemque esse, si quælibet pars perierit ante venditionem, et hoc scierit uterque contra venditionem, si perierit dimidia pars, aut minor, quam dimidia utroque ignorante. Itemque si perierit pars quantulacumque solo venditore, vel solo emptore sciente. Et hoc est, quod ait Papin. hac lege, *sive,* id est, non distinguimus sive sciverit venditor, an ignoraverit, omnes arbores consumptas igne. Alia distinctio in *l. si post, de peric. et com. rei vend.* Quædam arbores vi dejectæ sunt, et constat venditio, si emptor ignoravit, venditor scivit, nec admonuit. Quod ad Papin. videtur Ulp. adjecisse.

Ad L. Pacta conventa LXXII. eod. tit.

Pacta conventa, quæ postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur, quæ vero adjiciunt, credimus hoc non inesse, quod locum habet in his, quæ adminicula sunt emptionis: veluti ne cautio duplæ præstetur, aut ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur. Sed quo casu agente emptore, non valet pactum, idem vires habebit jure exceptionis agente venditore. An idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio non immerito quæsitum est: quoniam emptionis substantia consistit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus, de augendo vel diminuendo pretio rursum convenit, recessum a priore contractu, et nova emptio intercessisse videtur. (*)

Est hæc lex famosissima. Pacta conventa dicuntur non per διαστολὴν, quasi sint quædam pacta non conventa, sed perpetuum est epithetum, quia ex solo conventu valent, et æstimantur: contractus propter conventum valent, et æstimantur ac censentur nomine legitimo et proprio, ut societas, mandatum: vel deficiente nomine æstimantur, et censentur ex causa, a qua incipiunt, id est, datione vel facto aliquo, ut do, ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias. Do ut des, est contractus, quia præter conventionem cœpit res a datione, hoc est, conventioni accessit datio. Dabo ut des, est pactum. Quid est contractus? Conventio, quæ nomen proprium habet, quæ datione, traditione, aut facto aliquo sumit effectum: vel, ut Theophil. definit, contractus est duorum pluriumve in idem placitum consensus, ex quo nascitur obligatio. Ab effectu sic definitur: sed prior ad substantiam magis pertinet. Quid est pactum? Res de qua convenit, quæ nomen non habet aliud, quam pactum, quæque nulla ex parte sumpsit effectum, nec versa est in stipulationem: vel, imitatione Theophili, pactum est duorum, pluriumve in idem placitum consensus, ex quo non nascitur obligatio: vel pactum est conventio, cujus neque ulla causa subest, quocque nomen proprium non habet. Conventio est genus, cujus species duæ sunt, contractus, et pacta, *l.* 1. *de pact.* Eadem ratione dicuntur pacta, et conventa Paul. 1. *sent.* 1. Tull. pro Cæcin. *quam pacti et conventi formula.* Seneca de benef. *nec pacta, conventaque impressis signis:* et e converso etiam conventa, et pacta. *Juvenal. Satyr.* 6. Eadem quoque ratione dicuntur pacta nuda, non quasi alia sint non nuda: nullum est pactum, quod non sit nudum: ut si ita convenerit, *dabo ut des,* pactum est. Etiam ea pacta, quæ pariunt actionem, sunt nuda, et ex pacto sæpe res meat in contractum, vel stipulationem, vel quem alium: ut si ita convenerit: *dabo ut des,* est pactum: si cœpero dare, desinit esse pactum, et fit contractus. Dicuntur pacta nuda, quia solo consensu constant, et nuda a nomine, nuda a cau-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 25.

sa, nuda a vinculo stipulationis, circumscribuntur, stantque ad finem placiti, *l. si tibi* 27. *C. de loc. et cond. l. si divisioni, C. fam. ercisc.* Ex contractibus nascitur civilis et naturalis obligatio: sunt enim contractus non tantum civiles, sed et jurisgentium: ex pactis non nascitur civilis obligatio, sed nec etiam tollitur civilis obligatio: naturalis tamen obligatio nascitur ex pactis, atque etiam tollitur: ergo ex pactis actio neque datur, neque ipso jure perimitur: exceptio et replicatio datur jure prætorio, et justa pacta ita rata habentur, ut juri præstare dicantur. Vetus erat verbum, *pacta juri præstare*, apud Cornif. hoc est, præstabiliora esse legibus, licet legibus non observentur, sed edictis prætorum tantum, datis exceptionibus, et replicationibus: et quandoque datis actionibus, ut jure prætorio de pignore ex pacto nascitur actio pign. sive hypothecaria, *l. si tibi* 17. §. *de pign. de pact.* Eodem etiam jure de constituta pecunia quasi ex pacto nascitur actio, *l.* 1. *de const. pec.* De alia re quod sciam, aliove gestu, ne jure quidem prætorio ex pacto nascitur actio, quod lege non confirmatur. Quædam tamen sunt pacta, quæ legibus observantur: regulariter pacta legibus non observantur. Observantur autem legibus ut de injuriis, et furtis ex 12. tab. Hæ actiones pacto ipso jure tolluntur etiam non opposita exceptione, *d. l. si tibi* §. 1. *de pact. l. post decisionem* 13. *C. de furt.* Idem ostenditur in *l. jurisgent.* §. *si paciscar, de pact. post decisionem*, hoc est, post pactionem, si quis pro fure damnum deciderit. Et sumpta sunt hæc verba ex 12. tab. ut in alio capite, *fructus duplione damnum decidito.* Damnum decidere, est pacisci, quæ pactio perimit actionem de furto. Sic etiam injuriarum actio pactione tollitur ex 12. tab. Actionem igitur injuriarum, ut si quid addictus debitor creditori cum creditore paciscatur (ut mea fert opinio) ex iisdem legibus 12. tab. pacta observabantur quasi legitima, quoniam post addictionem debitoris Gellius ait, interim fuisse jus paciscendi: ex iisdem legibus igitur, et nisi pactum fuisset haberi dies 60. in vinculis, et pacta etiam ea legibus observantur, quæ contractui bonæ fidei adjiciuntur ex continenti: nam leges non servant tantum contractus, sed et leges contractuum, hoc est, pacta adjecta in continenti. Non quodlibet pactum lex est, sed id tantum, quod additur ex continenti, quia format actionem venientem ex contractu. Hæc igitur pacta sunt legitima, hoc est, jure approbata confirmataque, *l. jurisgentium*, §. *quinimo, de pact. l. cum dotem, C. de jur. dot. l. nec ex prœt.* 27. *de re. judic.* Proficiunt ergo ad actionem, et obligant, ut in *l. venditor* 13. *com. prœd.* per venditionis legem obligantur, etc. et in *l. in bonæ fid. C. de pact.* ex his pactis competere actionem; cur ita? quia si contractus est legitimus, et ipsa sunt legitima, quandoquidem habentur pro parte contractus, continentur et insunt contractui. Ex pactis autem ex intervallo non nascitur actio, quia non videntur inesse contractui, quæ fiunt longe post contractum, quæ non cohæreut contractui, sed ab eo absunt, distantque longissime. Cur pacta incontinenti facta proficiunt ad actionem? quia insunt contractui, et contractus utilis est ad actionem. Ergo, quæ non insunt, non proficiunt ad actionem, sed ad exceptionem tantum jure honorario: imo ut ostendit Papin. in *h. l.* interdum pacta ex intervallo proficiunt ad actionem jure ipso quasi legitima. Sunt multa ejus rei exempla: quærunt tamen interpretes. Est vero tota hæc lex de pactis factis ex intervallo, nihil in ea agitur de iis, quæ ex continenti. Et ait, *ex pactis ex intervallo nasci actionem interdum.* Et ideo ait, *pacta quæ postea facta*, id est, post emptionem ex intervallo. *Postea* semper significat ex intervallo, *mox* plerumque ex continenti, interdum ex intervallo, *ut d. l.* 23. *de captiv. et postl.* Horatius: *mox daturos progeniem vitiosiorem*, et alio loco, *ut mox nulla fides dictis, etc.* vide Festum. Sed quæro, quid sit ex continenti, quod si scieris, et statim cognoveris, quid sit ex intervallo. Quæ pacta dicit fieri in continenti, an quæ fiunt statim in ipso negotio? Minime: videntur pacta facta in continenti, quæ non sunt facta confestim, modo non post aliquod intervallum facta sint, in *l. si ventri*, §. *ult. de reb. auct. jud.* Nam modicum intervallum, intervallum non est: sed si ad alia negotia diverterit, qui contraxit, ut definit *l. si ex duobus, de duob. reis*, ergo ex intervallo videtur factum, non ex continenti, quod quis fecit posteaquam a contractu divertit ad alia negotia: et contra ex continenti, quod quis fecit antequam ad alia negotia divertit. Et ideo chorus apud Sophoclem, dum Regi suadet ut statim monumentum extruat Polynici, ὁρᾷ μὲν τὰ δὲ ἐλθὼν μητ ἐπὶ ἄλλοια τρέπει, quod enim fecit aliquis postquam ad alia negotia divertit, non videtur fecisse ex continenti. Facta autem (ut Papin. ostendit in hac l. cujus auctoritate etiam utitur Ulpian. in eam rem in *l. jurisgent.* §. *idem resp. de pact.*) quæ fiunt ex intervallo, vel adjiciunt aliquid emptioni vel detrahunt. Forsitan existimaret quis ea pacta detrahere, quæ negativa sunt, adjicere quæ affirmativa; sed errore labitur: nam et negativa adjiciunt, ut si convenerit, ne venditor caveat de evictione. Hoc pactum nihil detrahit, sed adjicit. Adjiciunt pacta, quæ extranea quædam adjiciunt salva substantia contractus; ut si post emptionem paciscantur ut præstetur cautio duplæ evictionis nomine, vel etiam si paciscantur

ut satisdetur evictionis nomine, non repromittatur: jure ita se res habet, ut evictionis nomine debeat venditor tantum repromittere, non etiam satisdare datis fidejussoribus, *l.* 1. §. *stipulatus dup. de præt. stipulat.* Sed licet jure ita se res habeat, tamen pactum juri præstat: id est, ita pacta justa existimantur, ut juri præstent, et jure potius sit pactum. Nam efficit, ut quod juris est, non sit, et contra, veluti ut non caveatur de evictione, vel ut satisdetur, et sæpissime etiam in legibus jureque communi additur hæc exceptio, *nisi aliud convenerit*, qua demonstratur, conventionem legibus præstare. Quamobrem recte dices, voluntatem testatoris et voluntatem paciscentium juri præstare. Hæc vero pacta, quæ proposui, dicuntur esse extra naturam et substantiam contractus in *d.* §. *idem resp.* quia nihil attingunt substantiam emptionis, quæ constat tantum re et pretio, sed pertinent tantum ad emptionis adminicula. Evictio est adminiculum emptionis, ut in *l. instrumenta, C. de probat. l.* 3. *C. de testib.* βοήθημα. Qua de causa a Justin. evictio appellatur pedissequa, παρακολούθημα emptionis. Denique evictio est adminiculum emptionis: pretium substantia emptionis, sine qua nulla est emptio: sine adminiculo emptio consistit, non tamen sine hoc adminiculo evictionis, rem habere, si evincatur, licet, ut ususfr. sine aditu ad fundum consistit, non tamen uti frui licet sine aditu, *l.* 1. §. 1. *si ususfr. pet.* ususfructus eget adminiculis, non ut consistat substantia ususfr. sed ut fructus percipere liceat. Ex iis autem pactis, quæ adjiciunt emptioni, quæque pertinent ad adminicula emptionis non ad substantiam, ex iis, inquam, non nascitur actio, sed exceptio tantum: et hoc est quod dicitur, pacta non contineri contractu, alioquin ex iis nasceretur actio, nihil commune habet cum contractu, denique non proficere ad actionem, sed ad exceptionem tantum: et ideo si agat emptor, ut sibi satisdetur de evictione ex pacto, non audietur, ne ex pacto nascatur actio, ut Papin. ait, sed contra, si agat venditor cum emptore ex pacto, emptori dabitur exceptio: et in summa pactum hujusmodi proficit ad exceptionem tantum, non ad actionem. Et hæc sunt, quæ Papin. proponit in prima et secunda parte hujus legis. Dixi supra Pap. in *l. pacta conventa*, de iis tantum pactis tractare, quæ fiunt ex intervallo, post contractam emptionem, et quæ sint vires eorum, quæ fiunt ex continenti, satis exposuimus. Ergo cum Papin. tractabimus de viribus tantum eorum pactorum, quæ fiunt ex intervallo; et ut rem omnem nunc absolvam, ut perspicuam eam totam reddam, necessario paucis repetendum est, quod de iis diximus, et si fieri potest insinuandum apertius. Ea pacta, quæ fiunt ex intervallo Papin. ita dividit (meo quidem judicio de pactis scripta nulla lex est elegantior: quidquid enim de viribus eorum pactorum dici potest, paucis comprehendit) vel inquit, ea pacta adjiciunt aliquid emptioni, vel detrahunt: quæ adjiciunt non inesse ex parte actoris: vel quod idem est, *non contineri contractu*, id est, non formare actionem, inefficacia esse ad agendum, non inesse etiam ex parte rei: quod notandum, quia tametsi proficiant ad exceptionem, tamen eam opponi necesse est ab eo, qui pacto nititur, qui ex pacto commodum vel lucrum quærit; nec enim ipso jure tutus est reus, et inesse tantum ea pacta dicuntur ex parte rei, quorum exceptio proponi necesse non est, hoc est, quæ reo proficiunt etiam tacenti, *l.* 3. *de rescind. vend.* Quæ vero detrahunt aliquid emptioni, insunt ex utraque parte: nam et actionem pariunt actori, et reum ipso jure tutum reddunt, etiamsi non opponat exceptionem pacti, *d. l.* 3. Et hoc est, quod dicitur, exceptionem pacti inesse actioni bonæ fidei, hoc est, a judice pacti rationem haberi, etiamsi ejus pacti exceptio omissa sit ab adversario: denique potestate judicii bonæ fidei ei exceptionem pacti inesse. Et Papin. proposita hujusmodi divisione ac differentia pactorum, quæ aliquid adjiciunt aut detrahunt, ait, ea non esse ex eodem contractu, hoc est, ex ipso contractu, *l.* 7. §. *adeo, de pact.* Quod ita interpretantur Græci, κατὰ τὴν φύσιν τοῦ συναλλάγματος, ex statu emptionis, ex natura, ex substantia, sed esse de adminiculis, sine quibus consistit substantia emptionis et venditionis, veluti de evictionis causa, ut si pepigerit ex intervallo, ne cautio duplæ præstetur evictionis nomine, vel si pepigerit, ut præstetur cum fidejussore. Hæc pacta valent ad exceptionem, non ad actionem: nam si ex illo pacto, ut cum fidejussore cautio duplæ præstetur, velit agere emptor, non dabitur actio: ex illo pacto, ut satisdatio duplæ præstetur, non agit emptor ut detur fidejussor, ut detur secundus auctor, hic enim appellatur fidejussor evictionis: contra ex illo pacto, ne evictio præstetur, vel ne cautio evictionis præstetur, si agit emptor ex empto de evictione, vel de cautione evictionis præstanda, poterit venditor tueri se exceptione pacti, ne præstet evictionem, atque ita pactum, quod non valet ad actionem, valet ad exceptionem. Delenda est glossa Accurs. in verbo *agente*, quod repetitur, non idem significat: nam illo loco, agente emptore, hoc est litem faciente emptore et desiderante fidejussorem evictionis nomine, pactum non est utile, quia non parit actionem emptori, sed agente venditore, et defendente se venditore adversus emptorem, qui agit de evictione, pactum venditoris proficiet jure exceptionis. Recte, jure exceptionis: nec enim proficit ipso jure,

quia pactum tale, ne ex parte quidem rei inest; pactum tale neutra ex parte inest, et hanc vim tantum habet, ut proficiat ad exceptionem: nam omissa exceptione, pro omisso habebitur, nec supplebitur officio judicis, quia neutra ex parte inest. Et ita sæpe commune est in jure agere et rei et actoris, ut in *l.* 1. *de except.* *l.* 1. *de eden.* Æquum est reo actionem edi, ut reus veniat instructus ad agendum, id est, ad defendendum causam. Ego maxime velim vos observare interpretationem hanc: agente emptore, hoc est, litem incoante, et provocante ad judicium in hoc, ut sibi detur fidejussor, pactum nihil proficere, sed agente venditore, id est, defendente litem venditore, pactum quo cum convenit ne venditor conveniretur de evictione, ei proficit jure exceptionis, verba illa, *jure exceptionis*, significant sequentia verba (*agente venditore*) esse accipienda de reo. Accurs. comminiscitur alia pacta, nos propositis inhæremus: nunc tractemus de pactis, quæ detrahunt. Hæc sunt ex eodem contractu, hoc est, pertinent ad naturam ipsam, et substantiam contractus. Natura contractus est, quo consistit contractus, et sine quo non consistit vel contractus ipse, vel res ipsa, quæ contracta est, substantiam dicit Papin. hoc loco, Ulp. naturam in *l. jurisgent.* §. *idem respondit*, *de pact.* non est constituenda differentia inter naturam et substantiam. Accurs. dicit, alia esse pacta de naturalibus, alia de substantialibus, quæ idem sunt. Et rursus naturalia, quæ vocat et accidentalia idem non sunt, veluti evictiones, quæ Accurs. vocat naturalia, et accidentalia, nos adminicula vocamus: et pacta accidentalia sunt, quia non oriuntur ex natura contractus, et per se sine his subsistunt contractus: ergo quæ ille vocat naturalia, nos non ita vocamus: pacta, quæ sunt de adminiculis, nos accidentalia dicimus. Verum ad rem: quæ detrahunt emptioni, sunt de natura et substantia emptionis: detrahunt emptioni pacta, quæ pretium, de quo convenit initio, minuunt: hoc fatetur statim unusquisque. Sed hoc etiam dicimus, detrahere non ea pacta tantum, quæ diminuunt, sed etiam ea, quæ augent pretium, hoc est, quia sunt de substantia emptionis et venditionis, quia utroque genere sive paciscantur de minuendo, sive de augendo pretio, receditur a priori emptione et nova constituitur. Sane detrahit priori emptioni, quia a priori recedit: non autem minus recedit, qui pacto auget pretium, quam qui minuit. Ergo recedunt utroque genere a priore contractu, et constituitur novus. Pretio enim mutato, et emptio mutatur: mutatis adminiculis, emptio non mutatur, sed adjicitur aliquid contractui, sive convenerit de præstanda evictione, vel non præstanda. Breviter: detrahere emptioni est ab ea recedere; adjicere est intacta substantia emptionis, hoc est, salvo manente contractu pacisci aliquid de accessionibus, de pedissequis emptionis venditionis. At Papin. quæsitum esse ait, an quod diximus de pactis, quæ adjiciunt, ut non proficiant ad actionem, locum etiam habeat in pactis, quæ detrahunt, puta quibus augetur vel minuitur pretium ex intervallo, an hæc etiam sint inefficacia ad agendum? Et merito dubitatum esse ait, quia hæc pacta, quæ detrahunt, quæ augent minuuntve pretium, videntur constituere novam emptionem: sunt enim de substantia contractus, quæ cousistit ex re, pretio, et consensu. Extra hæc tria, quæ accedunt, adminicula sunt contractus, non substantia, quia contractus non eget adminiculis, hoc est, contractus est, etiamsi defuerint ea adminicula, etiamsi rem habere non liceat, hoc est, etiamsi evincatur res. Quod si ea pacta novam substantiam emptionis constituunt, vires igitur habent ad agendum, quia res hæc non est pactum tantum, sed contractus. Pactum quod proficit ad contractum novam parit actionem, non quatenus per se solum est pactum, sed quia constituit contractum, ex quo certum est, nasci actionem. Et ita cum Papin. dixisset, quæsitum esse de ea re, nec quicquam definiisset, Paul. scribens notam ad Papin. rem ita definit: si omnibus integris, hoc est, nondum adimpleta emptione, nondum tradita re, nec pretio numerato, vel etiamsi adimpleta sit venditio, in integrum restitutis omnibus, quæ prestita sunt, hoc est, reddita re, reddito pretio, si, inquam, integris omnibus, vel restitutis in integrum, ut in *l. ab emptione* 58. *de pact.* rursum paciscantur de augendo vel minuendo pretio, recessum videri a priori emptione, et emptionem novam intercessisse videri: necesse est rem esse integram, vel restitui in integrum: alioquin remaneret prior emptio, quæ ob id nondum perfecta et impleta est, nec possit sub pacto nova emptio constitui; sed si res sit integra, hoc est, si non sit impleta emptio venditio, vel, si quæ impleta est, sit rescissa reddita re venditori, reddito pretio ejusdem rei, augendo et minuendo detrahitur priori emptioni, quæ erat perfecta, etiamsi non impleta sit, et constituitur nova emptio repetitur emptio, *l.* 2. *inf. de rescin. vend.* *l. jurisgen.* §. *adeo.* Quod si nova constituitur, ergo nascitur actio, et intelligitur pactum inesse utraque ex parte, hoc est, intelligitur contrahi nova emptio cui insit illud pactum majoris vel minoris pretii. Atque ita notandum ex novo pacto effici novam emptionem, *l.* 3. *de pact.* *l. si unus* 27. §. *idem dicimus d. t.* Hoc summe notandum: nam usui erit ad intelligendam legem 1. *C. de pact.* quæ repetitur in *l.* 1. *C. de pact. conven.* et ad intelligendam *l. ultim. C. de rer. permut.* Ex quibus solis legibus refractarii efficiunt,

non esse verum, quod jamdiu constituimus et probavimus, omne pactum esse nudum, et pactum nudum dici, non ad differentiam alterius quod non sit nudum, sed quasi perpetuo epitheto, quod non sit nisi conventio nuda, consensus nudus. Et possent movere unumquemque adversus hanc sententiam hæ duæ leges. *d. l.* 1. *de pact. conv.* sententia est. Dedi dotem certa lege, certo pacto, quod posui initio dandæ dotis, ut scilicet dos redderetur soluto matrimonio. Pactum, inquit, servari debet data actione, scilicet data *condictione*, (sic enim legendum est.) Ex eo igitur pacto datur actio: Objicitur, ex pacto non dari actionem, et respondet, tunc hoc dici, hoc procedere, quum pactum nudum est: nam si res data sit sub pacto redhibendi, ex eo pacto nascitur actio: non videtur ergo esse nudum; nam si esset nudum, non daretur actio ex pacto nudo. Sent. legis ult. est. Donavi tibi rem eo pacto, ut quod placuerit, menstruum seu annuum, mihi dares: ait ad implendum placitum competere mihi actionem præscr. verb. quia hæc conventio non pacti nudi nomine censetur, *sed rebus propriis, dictæ legis substantia munitur*, rei propriæ datione munitur pactum, quod dictum est: non est igitur nudum, sed munitum rei propriæ datione, atque ideo parit actionem. Sed res omnis explicanda est ex iis, quæ diximus, ex pacto novum contractum effici, pactum proficere ad contractum. Qua de causa nonnunquam diverso respectui idem dicitur, pactum et contractus, ut arra dicitur pactum in *l.* 2. *C. quando lic. ab empt. rec.* et eadem arra dicitur contractus, *l. contractus, C. de fide instrum.* Ita etiam pactum divisionis, vel permutationis, vel dotis, vel donationis, si modo datione sumpserit effectum, hoc est, si causam habeat, vel si stipulatione sumpserit effectum; pactum illud etiam contractus est, quia non perstitit in finibus pacti, sed pervenit ad dationem, *l.* 3. *C. de rer. perm. l. divisione* 45. *de pact.* Est igitur munitum illud pactum datione, et nihilominus est nudum: nam si per se spectetur, solum est et nudum, sive muniatur causa, et transeat in contractum, sive lege muniatur, ut pactum de injuriis, de furtis, sive contractui cohæreat ex continenti, sive ex intervallo. Et quod ait *d. l. legem, et d. l. ult.* hanc habet sententiam: dote data, vel re donata, sub pacto aliquo, non pactum solum esse eam conditionem, sed contractum; quia pactum non consistit in fine placiti, sed datione sumit effectum; vel potius esse contractum, cui inest illud pactum, quod tamen pactum, si per se spectetur, erit nudum: nunc erunt apertissima verba Papin. Exposui sententiam *hujus legis pacta conventa*; debeo tamen nunc etiam aperire, quæ in Glossa Accurs. probanda, vel improbanda sunt. Ac primum quidem non probavi, neque probo divisionem Accurs. inter substantialia et naturalia, et accidentalia contractus: nam quæ sunt naturalia, substantialia sunt: natura sive substantia emptionis idem est: emptionis substantia constat ex re et pretio; perficitur enim simul ac convenerit inter emptorem et venditorem de pretio: et quæ Accurs. vocat naturalia, id est, adminicula, certe accidentalia sunt. Est enim hoc in propatulo, ea quæ non sunt ex substantia, esse ex accidentibus: et quæ Accurs. vocat accidentalia emptionis, non sunt etiam accidentalia, ut si conveniat (hoc exemplo utitur) emptorem venditori, exemplar dare cujusdam libri: quæ conventio est omnino inutilis, cum nihil pertineat ad negotium venditionis, et pro non facta habetur, nisi venditor vilius vendiderit, *ut l. fundi* 79. *hoc tit. l. si sterilis, §. pen. de act. empt.* Et est eo casu conventio ex substantia emptionis, quia est in partem pretii, non ex accidentibus. Debuit potius ita dividere: Alia sunt substantialia, sive naturalia emptionis, quibus consistit emptio: alia sunt adminicula emptionis, quæ si absint, emptio consistit: nonnihil tamen ad eam pertinent, eamve corroborant atque confirmant. Alia sunt neque substantialia, neque adminicula emptionis, quæ si adjiciantur, inutiliter adjiciantur, et in nihilum proficiant. Non probavi etiam neque probo divisionem pacti nudi, et vestiti: nam omne pactum, est nudum aut sane non est pactum, sed contractus. Et vestiri ait Accurs. cohærentia contractus, aut lege, aut datione rei propriæ, vel stipulatione: vestiri cohærentia, ut si contractui bonæ fidei ex continenti pactum adjiciatur: nam non esse nudum pactum, sed vestitum sive coopertum contractu, cui injicitur, quod falsum esse demonstrat *l.* 7. *§. quinimo, de pact.* si modo coaptetur præcedenti §. Nam ubi ait, pactum nudum non parere obligationem, sed parere exceptionem, et subjicit, *quinimo interdum format actionem,* sane est repetendum pactum nudum, ac si diceret, pactum nudum non parit actionem: imo format actionem in bonæ fidei judiciis, si subsequatur ex continenti: id vero pactum, quod in exordio contractus bonæ fidei fit, legitimum est, cum insit contractui legitimo quasi pars: ex quo sequitur et cetera omnia pacta esse nuda, non vestita. Lex *legitima de pact.* dum ait: *interdum ex pacto nasci actionem: veluti ex legitimo*, id est, *quod lege vel Senatusconsulto confirmatur,* satis demonstrat, pactum legitimum esse nudum: nam si nudum est, de quo etiam regula concipitur, consequens est, et nudum illud, quod a regula excipitur: ergo pactum legitimum est nudum: sic pactum dotis dandæ, quod hodie est legitimum ex constitutione, parit actionem etiam non secuta stipulatione et datione dotis solemni: nuda pollicitatio dicitur,

l. ad exactionem, C. de dot. promis. l. nuda, *C. de contr. stipul.* In titulo de pollicit. aliter accipitur pollicitatio: non enim ibi est conventio, sed oblatio liberalitatis erga remp. ex qua non datur actio, nisi reip. nec reip. nisi facta sit ex causa, hoc est, nisi quis ultro non rogatus obtulerit ob honorem sibi delatum: et uno casu, si facta sit sine causa, et cœperit facere, cogitur implere quod cœpit: sed in supradictis locis aliud significatur: in iis enim pollicitatio est pactum seu conventio. Ex quibus liquet, pactum non vestiri lege: nam id etiam nudum esse, quod lex confirmat, quodque vult esse utile ad gignendam obligationem. Falsum est etiam pactum vestiri rei datione, falsum vestiri stipulatione: nam et hoc, si per se solum spectetur, nudum est, ut in *d. l. nuda*. Et quod ait *l. ult. C. de rer. perm.* pactum muniri datione rei propriæ, hoc est, muniri contractu: datio rei propriæ contractum facit, et hanc rem contractum potius esse, quo pactum illud contineatur, non pactum, quo contractus contineatur: major enim et nobilior est causa contractus, et nihil refert pactum, an contractus sequatur, *l. pactu. 12. C. de pact.* sicut pactum, quod sequitur, inest contractui, ita quod præcedit: intellectu enim sequitur, etiamsi non tempore: atque ita fit, ut pacto contrahatur emptio venditio: nam ita positum est in *h. l. et in l. si unus*, *§. idem dicemus*, *de pac.* si emptio pacto contrahitur, et locatio igitur, et societas, et mandatum, quæ negotia jure civili nudo consensu contrahuntur, hoc est, nudo pacto, vel sumunt initium ex nudo pacto, atque inde transeunt in nomen contractus, quo nomine fit, ut plus æstimentur, quam pacta: et jure honorario hypotheca contrahitur nudo pacto convento, *l. 4. de pign.* Pactum autem conventum, et nudum idem est. Pacta igitur, quæ transeunt in aliud nomen, quæque datione aut stipulatione sumpserunt effectum, pactorum principale nomen amiserant, et contractuum assumpserunt, qui tamen nec unquam pacta nuncupantur, licet pactis constituti sint: sunt enim plus quam pacta, sed his pacta inesse dicuntur, sive præcesserint, sive secuta sint. Vera divisio est hæc conventionum, alias esse pacta, alias contractus, et coalescere pacta in contractus: falsa hæc, nuda alia, alia vestita esse: non est etiam probandum quod ait Acc. pacto ex continenti apposito de augendo vel minuendo pretio, non tolli priorem emptionem: nam hoc proinde est ac si diceres, non licere pœnitere ex continenti: ut fundus ille esto emptus decem, imo duodecim, quod est aperte falsum, ut *l. si ita scriptum 67. de hæred. inst. l. 21. de manum. test.* Nec obstat lex *non ad ea 88. de cond. et dem.* nam lex illa loquitur de eo, qui incontinenti legavit eidem personæ, primum pure, deinde sub conditione, non ut se corrigeret, sed ut legatarius eligeret, utro jure uti mallet: pone posse legatarium capere legatum ex conditione, et eo tempore esse incapacem, vel mortis, sed si animo corrigendi se, quod pure legavit, mox sub conditione legavit, sane testator revocavit legatum: sic si animo reformandi contractum, idem est. Non probo, ex pacto adjecto emptioni ex continenti dari actionem præscript. verb. hoc non admisi: nam d. §. quinimo ait, eo pacto formari ipsam, id est, actionem venientem ex ipso contractu, cui adjicitur, et format, non parit actionem. Et esset absurdum ex contractu aliam dare, ex lege contractus aliam: nam ita non videtur pactum contineri contractu. Constat etiam ex eo pacto dari actionem ex empto et vendito: non dabitur ergo, aut frustra actio præscriptis verbis, ad quam non descendimus, nisi quum deficit nomen contractus, et ideo quasi subsidiaria est, *l. 1. de præsc. verb.* Et hoc demum ex pacto facto in continenti, convenienter et proprie non dabitur actio præscriptis verbis, ubi ex ipso contractu actio est. Nec obstat lex 5. *C. de pact. int. empt.* vendidi tibi eo pacto, ut quandoque offerenti pretium tu eandem rem venderes: quæritur qua actione agam? lex ait, me agere præscriptis verbis, vel ex vendito, quod est verius, quasi non sit ex pacto emptio transformata: pacto illo non desinit esse emptio venditio. Igitur est supervacua actio præscriptis verbis. Adde *l. Labeo 50. hoc tit. l. si fundus, de leg. commiss.* quæ dicit, hodie non posse agi ex vendito ad rescindendam venditionem, ut quod ego vendidi, tu revendas mihi: hodie igitur est certum mihi dari actionem ex vendito. Olim quidam dubitabant, an daretur actio præscriptis verbis, an ex vendito, et ita in *l. si convenit*, *inf. de rescin. vend.* Male etiam Accurs. pacto ex continenti veterem actionem informari. Quid est informari? corrupte legerat in *d. §. quinimo*, informat, hodie recte legitur format, ut in *l. cum dotem, C. de jure dot. l. Pomponius, de neg. gest.* Et in Basilicis, τυποῖ τὴν ἀγωγὴν μόνα τὰ ἐν ἀρχῇ συνφωνούμενα, formare ipsam obligationem, est ipsam legem dare et præscript. verb. aliquam, ut in *l. contractus 23. de reg. jur. l. 1. si conveniat, depos.* Et pactum illud, quod sequitur ex continenti vel format actionem statim, vel postea, ut Accursius recte docuit duobus exemplis: ut si venditio fuerit conditionalis, ergo imperfecta, et convenerit, ut interim ea res esset periculo emptoris: quod pactum si valet, juri præstat: nam contra jus ita se habet, ut ante perfectam emptionem rei periculum respiciat emptorem, sed valet pactum: verum si res interierit, antequam conditio existat venditionis, non formabit actionem. Item si vendidi tibi rem certo

pretio, et ea lege, ut quo pluris eam venderes, id etiam mihi præstares propter certum illud pretium, quod dixi initio, non potest agi ex pacto, antequam vendideris. Et post hæc Accurs. explicat casus, quibus pacta facta ex continenti non proficiant ad actionem. Fateor unum esse in *l. quod si locus, de religios.* alterum in *l. servus ea lege, de serv. export.* quam exponam: nego autem esse quartum casum in *l. quamvis, C. de usur.* quæ ostendit, ex pacto adjecto incontinenti pecuniæ non posse peti usuras, nisi subsecuta sit stipulatio: nam non est hic casus ullus propter odium usurarum sc. si generale est in contract. stricti juris, pacta etiamsi fiant ex continenti, non inesse ex parte actoris *d. §. quinimo, l. in bonæ fid. C. de pactis,* inesse tamen ex parte rei, *l. lecta, de rebus cred.* notant casus quibus pacta ex intervallo proficiunt ad actionem: unum habuimus in *hac l. pacta conventa,* si sc. sint de substantia emptionis, admitto, alterum de constituta pecunia, ut si quis post longum intervallum constituerit se soluturum, ut actio sit ex pacto, quo solo fit constitutum jure prætorio, et de pecunia constituta, sicuti est de pignore sive hypotheca, etiamsi fiat ex intervallo. Sequentes tamen casus non admitto ex *l. si quis arg. C. de don.* qua lege Just. efficit, ut donatio perficiatur nudo consensu, et ut ex placito solo donationis detur actio, cum tamen olim non perficeretur donatio nisi re, id est, mancipatione vel traditione: hodie donatio est contractus, qui perficitur pacto: sed illud non fit ex intervallo, sed ab initio constituit contractum donationis: nihil igitur casus ille pertinent ad pacta. Eadem ratione non admitto casum legis *ad exact. C. de dot. prom.* quia pactum dandæ dotis non potest videri factum ex intervallo, cum non sit factum post alium contractum: eadem ratione non admitto casum, quo ex pollicitatione Reipublicæ datur actio: nec enim pollicitatio respicit contractum ullum: nec prostremo casum *l. periculi, de naut. fœn. l. etiam, de usur. l. frumenti, C. eod.* nam tres illæ leges sunt de pactis, quæ sunt ex continenti, et sunt singulares tantum casus quibus formatur actio stricta ex pacto contractui stricto in continenti adhibito: primum ex pacto reipub. debentur usuræ. Itemque cuilibet debentur usuræ pacto adjecto statim, si non nummorum mutuum contractum sit, sed frumenti, frugum, olei; quæ recipiunt usuras: debentur etiam cuilibet, si creditor susceperit periculum pecuniæ. Non est reprobandum quod Accursius ait: si rem tibi dedi sub lege aliqua, quæro an eam rem possum vindicare pacto non impleto? Respondeo, si dedi rem sub conditione, vel modo, qui modus plerumque pro conditione habetur, non impleta conditione mihi competit vindicatio, quia cum res imperfecta fuerit, non videor transtulisse dominium, *l. 1. C. de donat. quæ sub modo, l. 3. et 4. et l. cum te, C. de pactis inter empt. et vend.* nec inspicitur solutum fuerit pretium nec ne. Sed si tibi dedi pure, finge, jure emptionis, non jure precarii, non enim transferrem dominium, et convenerit, ut mihi revenderes eandem rem, vindicatio cessat, competunt tantum personales actiones. Et postremo quod ait, cum actione, quæ habet nomen proprium non concurrere condictionem sine causa, vel ob causam, id falsum est. Sententia Martini verior, quæ vult nos ex omnibus contractibus posse uti conditione sine causa: certe condictio generalis datur ex omni causa, et confirmatur *l. ex empto 11. §. is qui vina, de act. empt.*

Ad §. ult L. pacta conventa.

Papinianus: lege venditionis illa facta: si quid sacri aut religiosi aut publici est, ejus nihil venit: si res non in usu publico, sed in patrimonio fisci erit, venditio ejus valebit: nec venditori proderit exceptio, quæ non habuit locum.

In legibus prædiorum vendendorum hæc est frequens pactio: *si quid sacri aut religiosi, aut publici est, ejus nihil venit,* quæ exceptio dicitur hoc loco, quoniam a venditione prædii excipit loca religiosa, sacra, publica, et hac ratione, nisi mavis depectiones, *l. jurisg. §. adeo, de pact.* pacta exceptiones vocari videntur. Et huic similis est illa exceptio, quæ in legibus publicis populi Rom. adscribi solet, *si quid sacri et sancti est, quod jure non sit rogatum, ejus hac lege nihil est rogatum,* apud Valer. Probum. M. Tull. pro domo sua: *et non exciperes, ut si quid jus non esset rogari, ejus ea lege nihilum rogatum*; sic etiam in oratione pro Cecinna conscripsisse Syllam; si quid jus non esset rogare, ejus ea lege nihil rogatum. Videtur autem illa pactio sive exceptio esse supervacua, quia ipso jure ita se res habet, etiamsi non adscripta sit, etiam non facta ea lege venditionis: nec enim potest locus religiosus aut sacer transferri per venditionem in emptorem: nam harum rerum commercium non est, l. *seq. h. tit. l. 6. §. eo. l. locum, C. de relig. l. 5. sup. de sep. viol.* licet cedere possit in modum agri, id est, computari, si id actum sit inter emptorem et venditorem. Finge: venditorem dixisse in fundo esse 1000. jugera, si modo in eum computarentur etiam loca sacra aut religiosa: non venierunt quidem (nec enim potuerunt) sed tantum computantur in modum agri, nec videtur mentitus venditor: sed si id actum non sit, ut ea loca computarentur, sane ut non venierunt, nec sane potuerunt, ita nec

computabuntur, *l. id quod, supra de per. et com. rei vend.* Ceterum etiamsi de eo actum sit nominatim, loca sacra aut religiosa non continebuntur emptione, quia religio ea loca eximit commercio hominum. Idemque juris est in locis publicis: nam et loci publici commercium non est, vel (ut alii loquuntur) promercium non est, id est, jus emendi et vendendi: an ergo dicemus eam legem esse supervacuam? minime: nam etiamsi locus sacer aut religiosus specialiter venire non possit, tamen si modicus sit, si modica species ædis, vel fani, vel sepulchri, vel luci, tacite quasi accessio sequitur venditionem fundi, si is locus exceptus non sit, id est, si adscripta venditioni ea lex non sit, et competit actio ex empto, ut fundus totus non deducto eo loco præstetur, *l. in modicis* 24. *hoc tit.* atque ita, etiamsi locus modicus sepulchri non possit venire specialiter, tacito jure tamen accedere potest emptioni majoris partis. Et ita Tiberius Imperator apud Corn. Tacit. lib. 1. non fieri contra religionem, si effigies Augusti venditionibus hortorum, atque domuum accederent. Et simili modo licet rei suæ nulla fit emptio, tamen cum tota re, etiam suam partem emere quis potest, *l. quod si uno, in fine, de in diem addict.* Finge: venditus est fundus pluribus: et addictus in diem, ut eorum is fundus esset, eumque perpetuo jure retinerent: nisi intra certum diem aliquis meliorem conditionem offerret, id est, pluris licitaretur, plus adjiceret pretio: an unus ex emptoribus potest adjicere, atque ita ex posteriori emptione nancisci totum fundum, quod non sibi soli venierat, sed et aliis collegis? Et ait posse, quoniam emere cum tota re etiam partem nostram possumus: ergo emptioni fundi accedit sepulchrum, quod in eo est, id est, sepulchri locus modicus, si exceptus non est locus amplior reliquo fundo: amplissimum sepulchrum non accedit, sed modicum tantum, si modo non sit exceptus. Hoc non est perpetuo verum: nam hoc ita procedit, si ad sepulchrum ire non possit, nisi transeat per fundum: hoc enim casu fundo cedit sepulcrum, ad quod venditori jus aditus non est. Unde, si venditor ad sepulchrum venire possit per viam publicam, quæ recta eum ducat ad sepulchrum, hoc casu non sequitur sepulchrum emptionem fundi, quasi intelligatur hoc non esse actum, ut sepulchrum sit accessio fundi. Quod eleganter in *l. si mercedem* 35. §. 1. *de act. empt.* Labeo dicebat, si fundum vendidisti, in quo est sepulchrum, nec nominatim sepulchrum excepisti, sepulchrum sequitur emptorem, et tu eo nomine parum tibi cautum habes, ut in *d. l. si merced.* §. *ult.* parum tibi caveris, et in condemnationibus parum cavisse videris apud Festum: ergo sepulchrum sequitur emptorem. Paulus notat: imo quandoque non sequitur, si videlicet in sepulchrum iter publicum transeat, id est, si possit venditor ire in sepulchrum, non eundo per fundum, hoc casu non tacite accedit sepulchrum, et de sepulchro loquimur non excepto. Ubi autem excepit, atque ita bene sibi cavit, sepulchrum, inquam, in quod non ducebat iter publicum, et nihil dixit de itinere vel aditu præstando, videtur etiam excepisse iter vel aditum, licet non excipiat palam, *l. si venditor* 11. *de religios.* quia sine aditu nullus est usus portionis istius, et non tantum videtur (mea sententia) iter vel aditum, sed et ambitum ad funus faciendum excepisse. Nam etiam sepulchrum est inutile sine ambitu in frontem, et in latus, quod ita caveri solebat. *l.* 5. *de sepul. viol. ut iter, et jus aditus, ambitus funeris faciendi esset*: sic malim legere ex antiquis inscriptionibus: neque enim est utile sine aditu, et rursus inutile jus adeundi sine ambitu ad funus faciendum, justaque perficienda: ut excepta aqua, etiam excipitur ambitus aquæ, nedum iter: quin exceptio itineris et aquæ nihil proderit nisi præstetur etiam ambitus, *l. qui duo prædia, de ser. rust.* Vendidit quis fundum, sed excepit aquam, et circa eam 10. pedes, ut in *l. Rutilia* 69. *hoc tit.* Loquimur autem de sepulchro quasi de re, cujus commercium non est, quæ tamen, si modicum locum occupet, tacite sequetur emptionem: de monumento non loquimur: nam monumenti vel cœnotaphii venditio valet, quia non est locus religiosus, *l.* 6. §. *ult. l. quod si locus* 11. *de religios.* non est sepulchrum, nisi in eo sit quis sepultus: non est igitur religiosus, nisi sit mortuus illatus: monumentum est locus purus, in quem, si nondum illatus est mortuus, si modo proprie accipiamus pro memoria solum, non pro loculo mortui. Quandoque etiam monumentum appellabant veteres memoriam in antiquis inscriptionibus, *memoriam sibi consecrasse uxori et liberis*, id est, monumentum, in quod postea inferrentur, et illatione fit sepulchrum et desinit esse monumentum, atque ita exiit commercio. Abusive etiam accipitur pro sepulchro in *l.* 4. *C. de relig.* quasi non constaret, an sepulchrum, vel monumentum dici debeat. Leguntur studiose a quibusdam inscriptiones sepulchrorum (quod laudo valde) sed ex iis, qui hoc studio delectantur, reperi quosdam, qui existimabant jus sepulchri etiam pertinere ad libertos: sic enim inscribitur sæpe; *sibi et uxori, et liberis, libertis libertabus, et posteris eorum*, indeque augurantur jus fuisse sepulchri libertis, falso. IC. ea verba non spectant, nec constitutiones principum: nam sepulchrum vel est hæreditarium, ut si defunctus constituerit sibi et suis, vel si hæreditario jure acquisierit, vel est familiare sepulchrum, quod con-

stituitur non hæredibus tantum, sed et familiæ: et si sit hæreditarium, inscriptio sepulchri libertis non tribuit jus sepulchri, *l.* §. *liberti, de relig. l. monumentorum, C. de relig.* vel si sit familiare, etiam illa inscriptio non tribuit jus libertis, nisi in familia permanserint, id est, in nomine. Quid enim si per arrogationem transierint in aliam familiam? verum ad rem. Sepulchrum quod exceptum non est, ita demum sequitur emptionem fundi tacito jure et intellectu, si amplior sit fundus quam locus sepulchri. Videamus quid dicendum, si religio occupavit omnem fundum, vel majorem partem fundi? Venditio nulla est, et non compellitur emptor adimplere emptionem, sed etiam quod solvit forte per errorem pretii nomine, condicere potest quasi indebitum, *hac lege, et seq. hoc tit.* Unde si venditor ignoravit majorem partem fundi teneri religione, ut et aliis plerisque casibus, ignorans venditor ignoranti emptori tenetur condictione indebiti, vel condictione sine causa, quoties emptio nulla est. Ibi enim cessat actio ex empto, *l. suæ rei* 16. *l. cum ab eo, l.* 41. §. *ult. l. domum* 57. *hoc tit. l. cum hæred. de hæred. vend.* Et hoc si uterque ignoravit: nam venditor sciens emptori tenetur utili actione ex empto: proprie nulla est actio ex empto vendito, sed propter dolum condemnabitur emptori, quamvis nulla sit emptio actione ex empto in id quod interest: an et ipse vicissim aget ex vendito, ut pretium recipiat? minime, non potest compellere emptorem, qui dolo caret, ut impleat, sed emptor non aliter consequitur id quod interest, quam si ultro obtulerit pretium, et solverit, de quo convenit, *l. qui officii* 62. §. 1. *h. tit. l. ossa*, §. 1. *de religios.* §. *ult. Inst. de empt. et vend.* Qui §. est intelligendus de venditore sciente, et emptore ignorante, cum dicat emptorem deceptum: nemo enim decipitur, nisi ignorans, et nemo decipit nisi sciens. Ignorans autem venditor scienti emptori nec tenetur ex empto, nec condictione indebiti, si solvit sciens: condictio datur tantum erranti, non donanti: ergo ignorans venditor nulla actione tenetur emptori: quemadmodum nec emptor ignorans venditori ulla actione teneri potest: sed addendum, venditori emptorem non teneri actione ex vendito, quamvis emptor in dolo fuerit, quia etsi jure ignoranti competit actio ex vendito adversus scientem, tamen effectu carebit ea actio, id est, nihil ex ea consequitur venditor, nisi ultro præstiterit, quod vendidit: nec enim potest cogi præstare emptor quod convenit, nisi venditor præstet quod vendidit: atqui hoc casu non potest præstare quod vendidit, nec æstimationem ejus, quia res est inæstimabilis: relinquitur igitur neutra ex parte nasci actionem, *l. si in empt.* §. *item si hoc tit.* Quod si uterque scierit, multo magis: sed neque emptori dabitur condictio. Ad hæc quæritur quonam modo nomen publici accipi hac l. debeat, quia est nomen ambiguum? Publica dicuntur duobus modis: Quæ sunt in usu publico, id est, quæ nullius in bonis sunt, quorum tamen usus omnibus patet promiscue, et quæ non sunt etiam divini juris, neque humani, sed quæ in publico tamen, ut theatra, stadia, campus Martius, ut viæ publicæ ut littora, et ut adjicit *l. id quod. de per. et comm. rei vend.* limites decumani vel cardines, qui iter populo præbent, ex lege Sempronia *de limit. agrorum.* Horum locorum commercium non est: hæc loca excipi videntur hac lege venditionis. Alia sunt publica, quæ sunt in patrimonio populi, vel fisci, quæ sunt in reditu populi vel reipublicæ, veluti lacus, stagna, *l.* 6. *in princip. hoc tit. l. inter* 17. *de verb. signific.* Et hæc possunt vendi, sicut res aliena quælibet, licet sua non sint. Si possum vendere rem tuam, et rem populi igitur et fisci, et reipublicæ: nam constat vendi posse rem alienam, et nasci obligationem: non teneri venditorem rem facere emptoris, sed sufficit possessionem vacuam tradere. Sed si res evincatur jure judicioque tenetur venditor: et si sciens, tenebitur ex empto de dolo malo, et emptori tantum tenetur præstare venditor possessionem vacuam, ut se purget a dolo malo, *leg. rem alienam hoc tit. l. de rerum permut.* Ergo vendi possunt res, quæ sunt in patrimonio fisci, in pecunia populi, in dominio populi vel fisci. Qua de causa illa exceptione, *si quid publici est*, et res illæ non continentur, quarum proprietas pertinet ad fiscum: nam excipiuntur tantum ea, quæ jus non est vendere, ac si ita dixisset: *si quid sacri, aut religiosi, aut publici, quod jus non est vendere*, ut in legibus publicis populi Romani, *si quid publici est, quod jus non est rogari*: diximus ea, quæ sunt fisci, non esse extra commercium. Imo (inquit Accursius) non possunt vendi sine jussu principis lege Regia. Possum rem alienam privati hominis vendere sine jussu domini, et emptio constat: rem fisci non possum vendere sine jussu principis. Et movetur *l.* 39. §. *ult. de leg.* 1. pessime: nam loquitur is §. non de publicis rebus, id est, non de iis, quæ sunt in privato ærario, vel non loquitur de iis, quæ sunt in patrimonio publico, sed de iis, quæ sunt in privato patrimonio Principis. Duplex est patrimonium, aliud publicum quod pertinet ad fiscum, aliud privatum Principis, ut Albana villa, horti Sallustiani. Quædam ita sunt bona redacta in formam patrimonii Principis, quibus præest procurator patrimonii Principis: horum bonorum, etiamsi sint privata Principis, commercium tamen non est: non solent distrahi ne a principe quidem: possunt ta-

men distrahi a principe jure nostro, nec revocari debet venditio, vel possunt distrahi jussu principis, non aliter: non possunt igitur distrahi ea bona injussu principis. Sed frustra confundimus ea cum publicis, cum iis, quæ sunt in patrimonio fisci: hæc vendere quis potest sine voluntate principis: privata bona principis, quæ usui ejus reservata sunt, vendi non possunt absque ejus jussu. Intelleximus ex hoc §. rem, quæ in patrimonio fisci, in bonis fisci, id est rem fiscalem, sicut rem alienam quamlibet vendi posse a non domino, et contrahi obligationem venditi, et empti utrinque, etiamsi dominium rei non transferatur in emptorem, sed possessio tantum: cui sententiæ obstat lex 39. §. *ult. de legat.* 1. ad quam respondi ut debui sed non breviter et enucleate, ut volui. Respondeo igitur, illam legem non loqui de re fiscali, sed de privata re principis. Alia sunt fiscalia, alia patrimonialia principis: vel alia in patrimonio fisci, alia in patrimonio privato principis. Rei fiscalis est commercium, rei privatæ principis non est commercium: quod confirmat *l.* 9. *et* 10. *C. de fund. patrim. l.* 11. *l.* 9. *C. de omni agr. desert. eod. lib.* Eidem sententiæ obstat, quod res fisci non potest usucapi, §. *res, inst. de usucap.* Videtur ergo nec vendi posse, ut res furtiva non potest usucapi, nec igitur vendi a quolibet, *l. si in empt.* §. *item si, eod. tit.* Respondeo, hoc non esse perpetuum, ut quæ non possunt usucapi, non possint etiam vendi: res pupilli non possunt usucapi, *l. bonæ fidei de acquir. rer. dom.* possunt tamen vendi: et vendi potest etiam similiter res fisci: res incorporales usucapi non possunt, et vendi tamen possunt. Plerumque tamen e contrario, quod vendi non potest nec usucapi potest, ut fundus dotalis ex l. Julia non potest vendi, nec usucapi, *l. si fundum de fund. dot.* res sacra, santa, religiosa non potest vendi, sane nec usucapi: liber homo vendi non potest, *d. l. si in emptione* §. *liberum*, nisi seipsum vendat prodita libertate sua, et consequenter nec usucapi potest, *l. usucapionem*, *de usucap.* res publica populi Rom. id est, quæ est in usu publico, ut via publica, non potest vendi: *d. l. pacta conventa,* §. *ult.* non etiam usucapi *d. l. usucap.* His vero quæ supra dicta sunt ad §. *ult. de sepulchris et monumentis*, quoniam in ea re errore labuntur nonnulli, velim vos addere, de jure veteri *monumenti* nomen esse varium et multiplex. Alias sepulchrum, et proprie est locus purus ea mente constructus, ut in eum inferatur mortuus; alias est κενοτάφιον. Et male Accurs. in l. 6. in qua prius agit de monumento, deinde de κενοταφίῳ, et ait, monumentum purum, quod nondum transierit in nomen sepulchri posse vendi, posse donari, quod nondum sit locus religiosus: et sequitur, cenotaphium etiam posse vendi et donari, quia non est locus religiosus; manifeste separatur monumentum a κενοταφίῳ. Separatio hæc est, quia etiamsi κενοτάφιον vocetur aliquando monumentum, ut in *l. monumentum* 42. *eod.* tamen monumentum est proprie, in quod inferendus est mortuus: κενοτάφιον in quod nec illatus, nec inferendus est mortuus, quod ædificatur memoriæ tantum et honoris causa: et illustribus viris solebat olim in multis locis, in quibus illi aut vixerant, aut præclari quid gesserant, extrui κενοτάφιον, in quod tamen post mortui non inferebantur, monumentum potest fieri sepulchrum. Ab his etiam diversum, quod dicitur monumentum sepulchri; nam *l. funeris* 37. §. *ult. de relig.* dicitur, quod factum est, muniendi et custodiendi sepulchri gratia. Aliud est monumentum. Et breviter, monumentum sepulchri est tutela sepulchri, ut patet ex quibusdam antiquis inscriptionibus; nam sepulchra habebant porticationes quasdam vel macerias intermedio aliquo spatio puro, et dicebatur etiam tutela et taberna, quum ædificii hujus monumenti tutela est; et alibi, huic non cedunt agri jugera 20. et taberna, quæ proxime lucum est.

Ad L. V. de Servis export.

Cui pacto venditoris pomerio cujuslibet civitatis interdictum est, urbe etiam interdictum esse videtur, quod quidem alias cum principum mandatis præciperetur, etiam naturalem habet intellectum, ne scilicet, qui careret minoribus, fruatur majoribus.

Hæc *l.* et *l.* 7. eodem, sunt etiam de pactis venditionis; pactis, inquam, adjectis ex continenti venditioni. Legis 5. apertissima verba sunt. Finge: servus venditus est ea lege, ne sit in pomeriis urbis: id est, ut exportetur extra pomerium (quod Græci dicunt vendere ἐπ' ἐξαγωγῇ). Ea vero lex venditionis servanda est, alioqui venditori competit manus injectio in servum, si eum loco interdicto comprehenderit, vel etiam datur ei pœnæ promissæ petitio adversus emptorem: ea vero lege venditionis non tantum pomerio, sed etiam urbe servo interdictum videtur; si non licet esse in pomerio urbis, nec in urbe igitur, argumento a minori. Et hoc ita obtineret, etiamsi deessent mandata principum, quibus id constitutum est. Et hoc est, quod ait Papinianus eleganter in hac lege quum ait, *quod quidem alias*, *etc.* Qui locus facit adversus eos, qui dicunt, nullam fieri legem, nisi de re dubia; imo fiunt etiam leges de re certissima, quæ per se satis plana est, et per se etiam observatur sine

legibus in *l.* εἰδέναι 13. §. *consequens*, *de excusat.* At non videtur interdictum suburbis. Et ideo dicimus, ei cui est interdictum pomerio, non videri etiam interdictum suburbis, et continentibus ædificiis, quia pomerium non significat suburbia. Pomerium finit urbem, vel civitatem, quamlibet; suburbia finiunt Romam. Vel aliter, urbs finitur pomerio; Roma suburbiis: cui interdictum est urbe, et pomerio, ei non videtur interdictum suburbis: quod probari potest ex Oratione Cicer. pro Cluentio. Sequitur ut exponamus quæstionem *l.* 7.

Ad L. VII. eodem.

Servus ea lege venit, ne in Italia esset, quod si aliter factum esset, convenit circa stipulationem, ut pœnam præstaret emptor: vix est, ut eo nomine vindictæ ratione venditor agere possit, acturus utiliter, si non servata lege, in pœnam, quam alii promisit, incidit. Huic consequens erit, ut hactenus agere possit, quatenus alii præstare cogitur: quidquid enim excedit, pœna, non rei persecutio est. Quod sine pœnæ causa exportaretur, convenit, etiam affectionis ratione recte agetur. Nec videntur hæc inter se contraria esse, cum beneficio adfici hominem intersit hominis: enimvero pœnæ non irrogatæ indignatio solam duritiem continet.

Sciendum est, hoc inter cetera differre stipulationem a ceteris contractibus; quod ex ceteris non detur actio, nisi ei cujus interest: ergo nec ex pacto in contrahendo facto incontinenti: denique ex aliis contractibus, vel ex eorum legibus non ago, si mea non intersit: non ago ex vendito, nisi mea intersit: utilitatis causa comparatæ sunt actiones: ubi nulla subest utilitatis ratio, nec ullo remedio juris opus est, nullave actio postulanti datur, *l. qui fundum*, *loc. l. si procuratorem* §. *mandati*, *mand.* Et hoc est, quod Cicero ait: *Expressas esse actiones ex cujusque damno et injuria*: nam quod interest, constituitur ex cujusque damno et injuria: et est utilitas, quæ mihi aufertur vel intercipitur, aufertur damno dato, intercipitur lucro defraudato, quod alioquin eram facturus, vel id quod interest, est res, quæ ex patrimonio mihi abest, quamve lucrari potui, *l. si commissa rem rat. hab.* res dicitur, ut in formula stipulationis, quanti ea res est dari, quæ fit frequenter, non semper: et plus dicit, qui *rem* dicit, quam qui pecuniam, etiam si plurimum non dicatur cujusquam interesse, nisi pecuniarie intersit. Latiore verbo *rei* utimur definiendo id quod interest, quam sit verbum pecuniæ, quia in æstimatione ejus quod interest, non tantum habetur ratio pecuniæ, quæ abest, quamque servare potui, sed etiam affectionis cum humanitate conjunctæ, et pii desiderii, maxime si sit judicium bonæ fidei, id est, non tantum spectatur, quid pecuniæ meæ decesserit, quidve accedere potuerit, sed etiam habetur ratio desiderii mei pii et justi: quod Papin. ostendit in *h. l. et in l. cum servus sup. mand.* Servus extraneo se emi mandavit, ut deinde manumitteretur, atque ita contraxit mandatum cum extraneo, et acquisivit mandati actionem domino; extraneus emit servum, nec tamen manumittit. Papinian. ait, venditori dari non tantum actionem ex vendito, sed et mandati, quasi quæsitam per servum, ut servus manumittatur. Dices, nihil ejus interest servum manumitti; imo potest ejus interesse: fac eum servum fuisse filium ejus naturalem, vel esse fratrem: interest mea filium meum, aut fratrem manumitti, etiamsi non pertineat ea res ad patrimonium meum, sed ad benignam affectionem meam, quia scilicet, bono viro convenit credere, interesse mea filium naturalem, aut fratrem manumitti, licet eo non manumisso, patrimonium non intercipiatur. Et similiter bonus vir interpretabitur, semper mea interesse, filium meum, aut fratrem meum manumitti, non exportari, non male tractari, non pœnæ subjici: atque ita bonus vir, qualis est arbiter bonæ fidei, interpretabitur in judiciis bonæ fidei non tantum nostra interesse ratione nostri patrimonii, sed etiam ratione affectionis benignæ, et officiosæ, quam explere quis summopere cupit; secundum quæ lucrum esse interpretabimur, non tantum rem facere, et augere patrimonium, sed etiam potiri concupito, si modo animi ea fuerit affectio pii et benevoli, qualis est patris erga filium, et fratris erga fratrem; imo et hominis cujuslibet erga hominem, quia homo hominis est cognatus jure naturæ, *l. ut vim*, *de Just. et jur. quum*, inquit, *cognationem quandam inter homines natura constituit*, *consequens est*, etc. Et observandum in ea l. tacite hoc argumentum: inter quos est cognatio, horum alterum alteri insidiari nefas est: inter homines natura constituit cognationem, ergo, etc. Denique lucrum est dare beneficium amico: inire gratiam alienam, gerere negotia aliena, et suo animo indulgere, et satisfacere bene cupienti alteri, *l.* 1. *C. de hæred. tut.* lucrum scilicet esse, si quis per gratiam aliquid præstiterit alteri: unde Græci κέρδος ἐστι, καὶ ἡ τοῦ σκοποῦ ἀποπλήρωσις: *lucrum est etiam pertingere scopum.* Et notandum valde, quod non possum non probare, Græcos in *d. l.* 1. non habere negationem illo loco, *quæ non latæ culpæ comparari possit.* Et ut res omnis enodetur, sciendum est ex delicto defuncti hæredem non teneri, nisi in id, quod ad eum pervenit, in solidum non teneri, ex contra-

ctu defuncti teneri, licet delictum in eo versetur, ut si quid dolo fecerit, aut lata culpa, quæ est proxima dolo: nam etiamsi sit quæstio de dolo, tamen quia actio ex contractu venit, hæres defuncto tenetur in solidum, tametsi nihil ad eum pervenit, *l. ex contractibus, de obligat. et action.* Cui definitioni, si ita legamus, et si tollamus negationem in *d. l.* 1. adversabitur omnino ea lex: nam ait, hæredem tutoris ob negligentiam, quæ latæ culpæ comparari possit, non oportere condemnari, id est, non teneri ex lata culpa, actione, scilicet, tutelæ, quæ venit ex contractu, non ex delicto, licet in ea possit delictum verti. Quid igitur? an dicemus hoc verum esse? Si hoc dicimus, et dicemus, eos non teneri ex dolo defuncti: nam dolus et lata culpa idem fere est: inexcusabilis culpa, quæ doli faciem habet, per omnia fere doli jus sequitur. Sic sane possum hoc constituere, hæredem ex contractu non teneri ex dolo vel lata culpa in solidum, sed cum exceptione in *d. l.* subjecta, si lis non sit cum defuncto contestata: item, si ex damno pupilli lucrum captetur, vel gratia præstita non sit: nam si lis sit contestata cum defuncto, transfertur in hæredem in solidum: item si defunctus captaverit lucrum ex damno pupilli, vel si gratiam præstiterit, hæres tenebitur in solidum, ac si vellet hæc lex hæredem non teneri ex quolibet dolo, vel lata culpa in solidum, sed his tantum casibus, quos diximus; quod verbum, *gratiam*, confirmat eam Græcorum lectionem: nam gratia est lata culpa, in *l. si procurator*, §. *ult. mand.* Mandavi ut emeres, te empturum suscepisti, non emisti, sed accepta pecunia passus es alterum emere: dolus est: quod si gratia ductus, passus es alterum emere, lata culpa est. Atque ita inde colligunt Græci recte, lucrum captari ex damno alterius, etiamsi quis quid faciat gratia ductus, non lucri cupiditate. Nam lucrum est gratiam inire posse alterius, lucrum est benefacere, cui cupimus bene, et in eam rem eam legem attulimus. Ex iis, quæ ante dicta sunt, intelligimus, actionem in id quod interest, esse rei persecutionem, rei verbo contineri pecuniam vel etiam affectionem benignam, animum benevolum, pœnam non contineri. Pœna enim est extra rem, et a re semper separatur: ergo pœnæ persecutio non est ejus, quod interest, sed solius ultionis persecutio, *l.* 6. §. *pen. de sep. viol.* Nullus autem est contractus pœnalis, nulla lex contractus pœnalis, quia omnes pertinent ad rem familiarem, excipitur sola stipulatio: nam stipulatio potest esse pœnalis, ut si stipuler pœnam certam, nisi id feceris, de quo convenit, etiamsi non intersit id fieri, valet stipulatio, quia non inspicitur quid intersit, sed quæ sit quantitas stipulationis, *l. stipulatio* 38. §. *alteri, de verb. oblig.* Et in hoc potissimum inventa est stipulatio, ut vinculo pœnæ constringat ad id quo alioqui compelli non possit, quare fere omnis stipulatio pœnalis est: denique fit plerumque stipulatio pœnalis, aut sæpissime: contractus, aut pactio contractus pœnalis nunquam, *l. quod si locus, de relig. l. pen. sup. de pact.* Si lege venditionis paciscaris sine stipulatione, ne in locum sive agrum, quem vendidi, inferas mortuum, et si intuleris, ut præstes pœnam, pactio nulla est, quia nihil mea interest, stipulatio tamen valebit. Et idem in specie *l.* 7. servum vendidi ea lege, ut eum emptor exportaret, quod oculi mei eum ferre non possent: vendidi eum, ne esset in Italia, et sine stipulatione pacto ex continenti facto convenit, ut si secus faceret emptor, præstaret pœnam: factum est pactum pœnale, an ex eo pacto mihi dabitur actio? Distingue: aut mea interest servum exportari, aut non. Si mea interest, puta si eum emi ea lege, subjecta stipulatione pœnali seu pacto, cum posteriori emptore agam, qua non pœnam persequar, sed quanti debeo præstare alteri ob legem non expletam. Aut mea nihil interest, ut quia nihil debeo præstare alteri, et hoc casu nulla est actio: nec enim agitur ex pacto solius pœnæ nomine, id est, quod sævitia mea expleta non sit, quod odio meo satisfactum non sit, nam bono viro non convenit credere venditoris interesse, quod ejus animo sævienti satisfactum non sit, *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* quasi lucro intercepto scil. nam benigne nunquam interpretabitur ejus interesse. Et ideo in bonæ fidei judiciis ejus tantum lucri ratio habetur, cujus rationem haberi bonum et æquum est, non etiam ejus lucri, cujus ratio manet ex malitia, duritia, sævitia, et crudelitate: nam causa duritiæ bonus vir nunquam permittit habere rationem ejus, quod interest. Sed objiciet aliquis, ex hoc pacto: ne servus exportetur, datur actio, cur non etiam ex pacto, ut exportetur? Respondet Papin. diversam esse causam harum pactionum; illam continere humanitatem, alteram esse plenam duritiei, asperitatis, et interprete bono viro interest hominis, hominem beneficio affici, propter cognationem naturalem, non interest pœna affici: aut certe bonus vir ex ea causa nunquam permittet deduci rationem ejus, quod interest. Hæc est hoc loco Papin. sententia, quæ mihi mirum in modum placet, sed in ea etiam non permansit, sed retractavit eam in *lib.* 27. *quæst.* ex qua est lex prox. cujus ut conciliationem conquiramus, nihil est. Sunt enim plane contrariæ: nam quod scripsit libro 10. id mutavit libro 27. ut demonstrant illa verba *l.* 6. *hoc tit. aliquando placebat*: sed, inquit, in contrarium me vocat Sabini sententia: namque admonitus a Sabino ea re-

tractavit. Pactum illud, ut servus exportetur, semper continet id, quod interest, quia ideo videtur vilius vendidisse, quod adjecit, ut exportaretur: vendidissem pluris, si existimassem te legi non obtemperaturum. Denique si agatur ex pacto, videtur agi ex pretio, non videtur pœnam persequi, sed rem; *l. fundi, de cont. empt. l. si sterilem, §. pen. de act. emp.* Et eadem ratione impulsus Justin. *l. ult. C. de pact. inter empt.* mutavit quod est in *l. quod si locus, de relig. et l. pen. de pact.* ut ne valeat pactum, ne inferas mortuum in locum, quem tibi vendidi. Imo videtur mea interesse, quia vilius vendidi, vel quod nolim mihi vicinam religionem: natura nihil facit frustra, nec homo prudens: spectavi utilitatem aliquam, dum adjeci hoc pactum, servandum igitur, noluit Papinian. in re parum cognita diu aut stulte perseverare: quod est argumentum magni viri, et ita Justin. *l. ult. §. et licet, C. de furt.* refert Papinian. variasse in alia re. Ulp. quoque Scævolam consultissimum virum refert, quæ tractavit priore libro, mutasse posteriore, *l. qui bona, §. si quis duob. de acq. rer. dom.* Et memini quoque Julianum variasse alicubi, ut sæpe variant docti: non variant vero vulgus, et refractarii, et ineruditi.

Ad L. LXVIII. Dotis promissio, de jur. dot.

Dotis promissio non ideo minus valebit, quod ignorante initio patre, nuptiæ fuerint, si postea consenserit: cum omnis dotis promissio, futuri matrimonii tacitam conditionem accipiat. Nam etsi minor annis 12. ut major deducta sit, tunc primum petetur, cum major annis apud eundem esse cœperit. Quod enim vulgatum est, dotis promissionem in primis duntaxat nuptiis destinari, neque durare obligationem, si post alterius matrimonium ei nubat, cui dotem promiserat, tunc locum habet, cum intercesserunt aliæ nuptiæ.

Sciendum est, nuptias non esse justas, quæ fiunt ignorante patre, in cujus potestate est vir aut mulier: nam in nuptiis scientia et patientia patris exigitur, idque ut est in Justin. non est tantum jure civili, sed etiam jure naturæ constitutum, ut non possit mutari absque scelere: nuptiis igitur contractis ignorante patre, quia justæ non sunt, et breviter, quia non sunt nuptiæ, nec dotis promissio valet, quia ubi non sunt nuptiæ, ibi neque dos, *l. 3. hoc tit.* nec sponsalia, quia etiam in sponsalibus requiritur consensus patris, *l. 7. de spons.* et consequenter, nec sponsa, nec justa uxor est, neque justi liberi nascuntur ex ea quæ nupsit ignorante patre, nec tenetur avus eos agnoscere pro nepotibus suis, *l. 2. de rit. nupt. l. Paulus, de stat. hom.* Sed quum initio factæ erunt nuptiæ inconsulto patre, si postea pater resciverit nuptias, nec dissenserit, tunc justæ nuptiæ incipiunt esse, quia videtur earum tunc primus auctor fuisse pater, *l. 5. C. de nupt.* Quibus consequens est, tunc primum justam uxorem fieri, et justos nasci liberos post patientiam et consensum patris: nam *d. l. 5.* est accipienda de filiis conceptis post consensum patris: hi sunt justi liberi: non ausim dicere filios conceptos et natos ante consensum patris, fieri justos post consensum patris, quod est notandum: nam invenio filios naturales ex concubina conceptos fieri justos, si concubina ducatur uxor: sed hoc invenio in constitutionibus tantum, non in jure: sed non invenio liberos susceptos, antequam nuptiis consenserit pater, secuto consensu fieri justos, nec possim hoc affirmare, nec admittere sine constitutione. Et ut dixi *d. l. 5.* est accipienda de filiis conceptis post consensum patris. Scientia autem et patientia patris pro consensu habetur, et justas efficit nuptias: nec enim exigitur consensus expressus, neque hunc consensum, qui sequitur nuptias injustas esse ratihabitionem ajo: nec dixeris ratihabitione confirmari nuptias: nam si esset ratihabitio, recurreret retro, retrotraheretur secundum Just. sententiam, quam et Sabiniani approbarunt, *l. ult. C. ad Maced. l. donationis 2. C. de donat. inter vir.* Atqui hic consensus patris retro non currit, ergo non est ratihabitio, quia nuptiæ valere censentur, non ex quo tempore contractæ sunt, sed ex quo pater rescivit, et æquo animo id tulit, *l. si uxor, §. si quis uxori, ad l. Jul. de adul.* Et hoc est quod dicitur in Instit. (qui locus valde notandus) *tit. de nupt.* in nuptiis jussum patris præcedere debere, id est, consensum, quem imitatur taciturnitas: sed vis ejus sententiæ hæc est: cum consensum potius esse jussum, quam ratihabitionem, id est, non confirmare nuptias jam antefactas, sed tunc eas constituere: jussum præcedit rem, ratihabitio sequitur, *l. ult. de bon. poss.* Non sunt igitur nuptiæ, nisi præcesserit consensus patris, id est, tum demum sunt nuptiæ, si præcesserit consensus patris, et cum consenserit iis pater, qui non contradicendo assentire satis videtur. At inde quæritur hoc loco, si eo tempore quo filia nupsit ignorante patre, aliquis dotem promiserit, vel ipsa promiserit, nihil enim refert; hæc promissio non valet, ut neque nuptiæ: an postea convalescet hæc promissio et stipulatio dotis, nuptiis consentiente patre, etsi eam dotem non stipuletur maritus? videtur non convalescere, quia revocari et refici non potest, sed ipso jure non convalescit, et omnino videtur esse necessaria stipulatio nova: quia sc. regula Catoniana non pertinet tantum ad ultimas voluntates, sed etiam ad stipulationes, §. 1.

Inst. de inut. stip. l. inter 83. §. *sacram de verb. obl.* quæ regula Catoniana hoc dictat : *quod ab initio non valet, ex post facto non convalescit* : verius tamen est, eam stipulationem convalescere, quia conditionalis fuit stipulatio, non pura. Et regula Catoniana pertinet tantum ad stipulationes puras, non conditionales, *l.* 32. *l. existimo* 98. *de verb. oblig.* sicut nec pertinet ad legata conditionalia, *l. cetera, de leg.* 2. *l. placet, de reg. Caton.* Omnia quæ sunt conditionalia ex post facto confirmantur : hoc conditioni innatum est, *l.* 8. *de reb. cred.* Stipulatio autem dotis semper intelligitur sub hac conditione, si nuptiæ sequantur, quia sine nuptiis non est dos : et ideo ita demum illa stipulatione agi potest, si nuptiæ sequantur, ut recte ait *l. stipul. h. tit.* constat ergo, si nuptiæ sint secutæ, alioquin non constat : nam si injustæ sint nuptiæ, non videtur impleta conditio stipulationis. Sed quod notandum, non videtur etiam defecta conditio contractis nuptiis illegitimis, et integrum est stipulatori conditionem implere : sed si defecta esset conditio, postea eam frustra adimpleret, *l. quidam* 10. *in pr. de fideic. libert.* Et secundum hoc (quod est evidentissimum) in *l.* 10. *de cond. et demon.* deest negatio loco uno, quam species proposita indicabit. Finge : legavi aliquid filiæ, si nupserit : illa nupsit, sed non apte, non jure, non implevit conditionem : ergo nondum perveniet ad legatum : sed quæritur, an postea contrahendo nuptias possit implere conditionem, et capere legatum ? quidam non posse dicebant, quasi defecta conditione : sed IC. putabat, *benignius esse dicere nondum impletam conditionem defectam.* Ita habent omnes libri ; sed legendum ; *benignius esse dicere nondum impletam conditionem, non defectam* : nam si defecta esset, frustra ei pareret filia : ergo, ut dixi, stipulationi dotis inest conditio, si nuptiæ sequentur, et non est ea stipulatio præsens, aut pura, et conditio ejus stipulationis non videtur defecisse secutis nuptiis injustis, sed videtur non exstitisse, et esse adhuc in suspenso, in pendenti. Quando igitur ea conditio videtur defecisse, et evanuisse ea stipulatio dotis ? Distinguendum : aut sponsalia facta sunt, aut non. Si sponsalia facta sint, non nuptiæ, et sponsalibus renuntiatum sit misso libello repudii, nuntio remisso, qui referret, nolle alterum sua conditione uti, hoc modo videtur defecisse conditio, et evanuisse stipulatio, etsi alii non nupserit mulier, et non convalescit stipulatio, si nullis aliis nuptiis interpositis cum alio quolibet, postea mulier nupserit ei, cui dotem promiserat, *l. stipulationem* 21. *cum. l. seq. h. t. l.* 4. *de pact.* nam stipulatio, quæ semel evanuit, convalescere non potest, *l. quæ res* §. *aream, de solut.* Et hoc si sponsalia facta sint. Quod si sponsalia facta non sint, non aliter videtur defecisse conditio stipulationis quam si mulier cum alio contraxerit nuptias, si alii nupserit, evanescit stipulatio, nec convalescit, si soluto matrimonio ei postea nupserit, cui dotem promiserat ; sin autem alii non nupserit, et si post decennium ei nupserit, stipulationi dotis locus est, modo intermediæ nuptiæ cum alio non intereesserint, *l. si sponsa* 58. *hoc tit.* Evanescit ergo stipulatio, nuptiis cum alio contractis, si sponsalia facta non fuerint. Item evanescit stipulatio solo repudio, etsi alii non nupserit mulier ; et ita hæc subtiliter distinguenda sunt. Et hoc est quod ait Papinian. hac *l. vulgatum est*, dotis promissionem referri ad primas nuptias, non factis sponsalibus, hoc est, dotem deberi ei, cui promissa est, si ei priori mulier nupserit, non si post alterius matrimonium ei nupserit, quia dotis stipulatio dissoluta est, et quæ semel dissoluta est, nunquam restituitur. Et recte Papin. ait, *dotis promissionem destinari primis nuptiis, et non durare obligationem*, id est, evanescere stipulationem, *si post alterius matrimonium, ei nupserit, cui promissa dos est.* Et id locum habet, quum aliæ nuptiæ intereesserint, quod jam videtur supra dixisse. Sed illa verba postrema accipienda sunt, ut intercesserint nuptiæ cum alio, cui dos promissa non est, post promissionem dotis alteri factam : nam si antequam dos promitteretur alteri, fuerit mulier in matrimonio alterius, ea res non nocet stipulatori, cum eadem mulier post alterius matrimonium ei nubat. Et utitur Pap. alio exemplo. Quæstio erat de nuptiis injustis propter ignorantiam patris. Exemplum quod subjicit, est de injustis nuptiis propter ætatem ejus, quæ nupsit. Finge : dotem promisi de ea, quæ non est viripotens, quia nubilis non est, quæ annis 12. minor. Et ea vero uxor in domum mariti deducta est, et facta sunt solemnia nuptiarum, et accepta est igni et aqua, nec tamen sunt nuptiæ quandiu est impubes, *l. penult. quand. d. leg. ced.* nupta non videtur, quæ virum pati non potest, quo ex loco, ut ait Festus, nihil referre dicas, *viripotentem*, vel *viri patientem:* nuptiæ non sunt, γάμος ἄγαμος. Et observandum ex Instit. non esse justas nuptias, nisi masculi puberes, et fœminæ viripotentes sint. Cur puberes separat masculos a fœminis viripotentibus ? non abs re sane, ut in *l.* 5. *quibus ex causis in possess.* Inquit, prætor, *si pupillus in suam tutelam venerit, aut pupilla viripotens facta fuerit*: quare non dicit etiam cum fœmina in tutelam venerit ? quia fœminæ erant in perpetua tutela. In maribus autem sufficiebat ætas major 14. annis, qui est finis pubertatis : in fœminis quoties de nuptiis agendis agebatur, non

spectabatur tantum annus 12. sed etiam an viripotens esset, ut Servius annotavit in illum locum Virgil. *Jam matura viro*, *etc.* nec abs re, ita scriptum est, in Institution. illo loco. Ergo si dotem promisi pro ea, quæ nondum est viripotens, non teneor ex stipulatu, antequam viripotens fuerit, quia tunc solum incipit justa esse uxor, quum approbatur pro viripotente, referente medico, si res sit obscurior, ut et in aliis causis jus ocularem cognitionem desiderat, de quo in *l. item si, ad l. Aquil.* Quod non intelligunt vulgo*: si damnum dederit obstetrix*, inquit, *supponens, etc.* quia solebant mulieres ejusmodi videre pessos, seu πρόσθετα. Ergo cum mulier fuerit viripotens, incipit esse justa uxor, non ex quo deducta fuit in domum mariti; nec interim videtur sponsa, quamvis sponsalia cum minore contrahantur, non enim in iis spectatur pubertas, *l. 14. de spons.* Sed si sponsalia facta non fuerint, quæ deducta est ante pubertatem quasi uxor, nec uxor nec sponsa fuisse censetur: Interim injustæ nuptiæ non valent, ut et sponsalia, quemadmodum injustum testamentum non valet ut codicillus, nisi id nominatim dictum sit: sic stipulatio, seu acceptilatio non valet, nisi nominatim dicta vel pacta sit. Et in hanc rem citatur ex libro eodem Papin. in *l. cum hic stat.* 32. §. *pen. de donat. inter vir et uxor. l. quæsitum, de sponsal.* Sola deductio in domum mariti, quæ est sedes matrimonii, non facit nuptias, sed neque sponsalia: ut sola dotis promissio non facit sponsalia, *l. si sponsa*, *hoc tit.*

Ad L. si vir uxori LII. de Donat. int. vir et uxorem.

Si vir uxoris, donationis causa, rem vilius locaverit, locatio nulla est: cum autem depositum inter eas personas minoris donationis causa, æstimatur, depositum est: hoc ideo tam varie, quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest: depositum autem et citra æstimationem quoque dari potest.

§. 1. *Uxor viro fructum fundi ab hærede suo dari, quod si datus non fuisset, certam pecuniam mortis causa promitti curavit. Defuncto viro viva muliere stipulatio solvitur: ut traditio, quæ mandante uxore, mortis causa facta est: nam quo casu inter exteros condictio nascitur, inter maritos nihil agitur.*

Facili negotio explicabimus *l. 33. de donat. inter vir.* atque etiam *l. 48. de manum. test.* quo pacto licebit brevi hunc librum absolvere. Non est quidem admodum difficile, quod scribit Papin. in hac l. sed valde singulare utrumque: duas enim tractat quæstiones. Inter virum et uxorem, nec proprietatis, neque possessionis ulla est donatio, exceptis quibusdam causis, veluti exilii, divortii, sepulturæ, et aliis quibusdam: nec explicanda mihi nunc est ratio prohibendarum donationum inter conjuges. Est enim in promptu, et illa maxime, ne se mutuo amore spolient: nam si liceret donare, nullum facerent finem donandi. Et si idem statueres, inter amicos non esse donationem permittendam, quod possint se mutuo amore spoliare, dum alter alterum superare vellet, non recte faceres, quia inter hos permittitur. Sed affectio conjugum major est: igitur inter ipsos tantum invenitur prohibita donatio: quo jure utimur hodie. Donatio (inquam) inter vivos, donatio directa, sic appellatur, quæ fit inter vivos: nam donatio mortis causa recte fit inter conjuges, quandoquidem donationis mortis causa effectus excurrit in id tempus, quo conjugium esse desinit, *l. 10. hoc tit.* Sed etiam donatio inter vivos ex SC. et ex oratione D. Antonini comparatur donationi causa mortis, quia donantis morte confirmatur, hoc est, si vir aut uxor, quæ donavit, in ea voluntate perseveravit usque ad finem vitæ. Vivus aut viva donationem quamlibet revocat pœnitentia, et si non revocaverit, mors eam confirmat, et est instar fideicommissi; atque ideo subjicitur Falcidiæ, *l. 12. C. ad leg. Falc.* quamvis ex donatione inter vivos alias non detrahatur Falcidia, *l. Seja*, §. *ult. de don. caus. mort.* Ex donatione (inquam) perfecta, et irrevocabili, ex donatione, quæ ab initio non valet, morte tamen confirmatur, detrahitur Falcidia, quia similis est fideicommisso, seu donationi causa mortis, quæ subjicitur Falcidiæ. Donat autem vir uxori, et contra, non tantum qui donare se dicit, vel palam confitetur, sed etiam qui vendit, aut locat aliquid uxori viliori pretio donationis causa, quæ res non valet ut donatio, neque ut venditio et locatio: ergo nec alienatio dominii fieri intelligitur, *l. nuda*, *de contr. empt. l. si res 12. in prin. de jur. dot. l. vir uxori*, *ad Vell.* Et hoc est, quod ait Papin. *h. l. locatio nulla est:* nihil ergo agitur, quia nec donatio est, nec locatio: Idem etiam erit, si vir uxori rem vendiderit justo pretio, non exacturus pretium, hoc est, si fecerit pretium tantum, nec exegerit, neque exigendi pretii unquam habuit animum: nam et hæc sive venditio, sive locatio nulla est, *l. cum in vendit. 36. de contr. empt.* Res quidem colorem habet venditionis, locationis, substantiam non habet: multa sunt in jure colorata, commenta innumera, multa fictitia, multa sunt dicis causa, multa rerum expediendarum causa, quæ leges introduxerunt, hæc recipimus: recipimus fictitias actiones, ut Publicianam, in qua fingimus usucepisse eum, qui non

usucepit: et rescissoriam ex tit. *ex quib. caus. maj.* in qua fingimus eum non usucepisse, qui usucepit, et eas actiones, quæ dantur bonorum possessori, vel in bonorum possessorem, quales etiam Ulpian. in fragm. vocat fictitias, quibus fingimus, eum esse hæredem, qui non est. Recipimus fictitias et tacitas stipulationes, item hypothecas, item tacitas traditiones et fictitias, *l.* 2. *pro socio.* In hæreditatibus recipimus fictionem postliminii, fictionem legis Corneliæ, in pœnis dicimus commentitio jure esse receptum, pœnam reo irrogatam non transire ad hæredes. Est ergo jus quoddam commentitium, sunt juris quædam commenta, quæ recipimus, quæ leges introduxerunt, et mores recipiunt, et præsumptiones recipimus, et nullum est in jure frequentius verbum, quam fingitur, videtur, præsumitur. Omnia sunt fictionum plena in jure, et commentitia, etiam in foro recipiuntur, ut Fabius ait, falsæ narrationes, id est, colores et figuræ: nec excluduntur statim patroni, qui, ut ad id perveniant, fingunt, narrantque falso, etc. Colores autem et commenta excogitata in fraudem legum non accipimus, quia et ea leges ipsæ rejiciunt, ut in testamento per æs et libram recipimus imaginariam venditionem, in donatione inter vir. et uxor. non recipimus. Sed huic sententiæ obstat *l. si quis donat. in prin. de cont. empt.* Papin. ait, nullam esse venditionem, si vir uxori minus locaverit vel vendiderit: nam et locatio venditio est. At *l. si quis*, ait si quis donationis causa minoris vendat, valet venditio, et similiter, si quis minoris locet donationis causa, valet locatio, et utrumque est verum, si modo non accipiatur generaliter. Est enim distinguendum hoc modo: aut vendo ei, cui donare possum, et totam venditionem facio donationis causa, et non est venditio, sed donatio, ut inspiciatur magis quod est in re, quam quod est in formula conceptionis contractus, quod agitur potius, quam quod scribitur, *l.* 3. *et* 9. *C. de contr. empt. d. l. si quis donat.* aut pars venditionis fit tantum donationis causa, ut si vendo viliori pretio, ei scilicet cui donare possum, non in fraudem legum, et hoc casu venditio valet, non contrahitur donatio; venditio enim præponderat, et utrinque contrahitur obligatio empti et venditi: si vero vendo ei, cui donare non possum, aut vendo bona fide, habens revera animum vendendi, et venditio valet, nasciturque ultro citroque actio ex empto vendito, quamvis postea mutato consilio pretium ei donavero; valet (inquam) quia, quæ primo facta est bona fide venditio, non temere retractatur, et ex eo negotio datur actio empti venditi, *l. si sponsus* 5. §. *circa*, *l. quod autem*, §. *si uxor*, *hoc tit.* aut vendo ei, cui donare non possum in fraudem legum, ut quod non possum donare palam, donem sub titulo venditionis, locationis. Et hoc casu nihil ago, sive vendo, sive dono, sive unum nummum pro pretio posuero, sive aliud vile pretium exigam, *d. l. si quis donat.* At inde quæritur, an id, quod dictum est de venditione et locatione, quam vir facit uxori donandi causa, affectato hoc titulo circumscribendi juris civilis gratia, habeat locum in deposito? Finge: vir rem deposuit apud uxorem eamque vilius æstimavit donationis causa, non bona fide, sed in fraudem legum, ea scilicet mente, ut redderet eam rem, vel æstimationem, quæ lex non facit, ne sit depositum, quamvis egrediatur terminos depositi, *l. Lucius* 24. *depos.* quia depositum plerunque datur, ut reddatur idem, non pretium, aut æstimatio, sed vel donatio, vel venditio, vel mutuum videtur esse, si sit res, quæ constet pondere, numero, vel mensura. An vero dicimus, ideo depositum non esse, quod facta sit æstimatio depositæ reis donationis causa? Minime: quia nascitur actio depositi directa, et contraria. Et rationem differentiæ inter depositum et donationem explicat Papin. quia depositi substantia consistit sine æstimatione. Est enim depositum, etiamsi rem depositam non æstimes. Locatio autem non est sine pretio certo, et sine pretio videtur ea, quæ fit nummo uno, vel sestertio, *l. si quis* 10. *in fi. de adq. pos. l. si quis* 46. *loc.* vel etiam quæ fit pretio viliori: nam vendere viliori pretio, puta nummis 10. quæ valeat 100. non vendere, sed rem projicere est, *l. si pign.* 50. *de evict. l.* 36. *mand.* Ergo imaginaria venditio est, quæ fit viliori pretio, ac si facta esset sine ullo pretio: ergo nullus est contractus: contractus imaginarii nulli sunt, nisi fiant dicis causa, νόμου χάριν, *h. e.* ut satisfiat solemnitatibus legum, ut in emancipationibus liberorum, et testamentis per æs et libram, *l. contractus* 54. *de obl. et act. l. nuda* 55. *de contr. empt.* Depositum autem non est imaginarium, si res deposita æstimetur vili pretio, quia plane æstimari depositum necesse non est. Et hoc est, quod ait Papin. in princ. leg. Magis mihi placet, quod est in secunda parte hic. Ejus interpretatio tot verba non requirit, est tamen valde singulare, quod velim studiosos omnes perpetuo retinere. Nam ait, *quo casu inter exteros nascitur condictio rei*, id est, repetitio rei venditæ, *nihil agi inter maritos*, *h. e.* conjuges. Et species hæc est: uxor curavit hæredem suum, quem testamento scripserat, promittere stipulanti usumfr. fundi, aut certam pecuniam mortis causa, *h. e.* si ipsa prius moriatur, sicut etiam in *l. quod in bonis* 15. §. 1. *ad l. Fal.* testator curat hæredem suum promittere se vivo ei, cui donatum vult

mortis causa, ut adversus eum non utatur l. Falcidia, vel ut certam pecuniam, si secus fecerit præstaret: quæ stipulatio olim non valuit, hodie valet, quia Falcidiæ locus non est invito testatore, ex Novell. Justin. Eodem igitur modo mulier donatura mortis causa, quæ donatio rata est, curavit promitti, ne Falcidia detrahatur: præmortuus est maritus superstite uxore donatrice: stipulatio, *inquit*, solvitur, quia facta fuerit mortis causa, *h. est*, solvitur donatio morte donatarii, perficitur morte donatoris. Et similiter, si rem mandato uxoris tradiderat marito mortis causa sub conditione, si ipsa prius moreretur, præmortuo marito solvitur alienatio, et traditio, vel stipulatio ipso jure. Ergo rei traditæ vindicatio mulieri competit, quia solvitur ipso jure traditio, et donatio, quod non obtineret in extraneo: nam extero non daretur vindicatio, sed condictio ob causam, causa non secuta. Finge: extraneus donavit tibi mortis causa, et tradidit, vel etiam promisit tantum, non tradidit: te præmortuo rem non vindicabit, sed condicet, quod traditione ipso jure non solvitur dominium manet apud eum, vel condicit liberationem: non enim est ipso jure liberatus morte donatarii. Ex quo apparet, quod ego censeo valde notandum, quo casu inter extraneos condictio nascitur vel certi rei, quæ tradita est ad rem repetendam, vel incerti, ad obligationem, quæ contracta est acceptilatione, solvendam: eo casu maritus nihil agit ipso jure, quod puto generaliter constitui posse in omnibus casibus. Nam etsi mulier intercesserit pro marito, ipso jure non obligatur, *Novella* 134. *cap.* 8. Quod etiam ex hoc loco recte defendes etiam obtinuisse ante Novellam illam, nec ea Novella introducit jus quasi novum: sed si mulier intercesserit pro extraneo non liberatur ipso jure, sed per exceptionem Senatusconsulti Vellejani, *l. si decipiendi*, *ad Senatusc. Vellejan.* omissa exceptione solvere compellitur ex sua intercessione.

Ad L. Si socius XLVIII. de Manum. testam.

Si socius testamento libertatem ita dederit: Pamphilus, si eum socius manumiserit, liber esto: Servius respondet, socio manumittente, communem fieri libertum familiæ atque manumissoris. Neque enim novum, aut incognitum est, vario jure communi mancipio libertatem obtingere.

Quod est in hac lege, explicabitur uno verbo. Finge: servus erat communis, unus ex dominis eum manumisit testamento sub condictione, *si eum quoque socius manumitteret*. Non frustra apposita est hæc conditio: alioquin ex testamento facta manumissio ab uno sociorum non valeret secundum jus vetus, quo constitutum est, si unus ex sociis servum communem manumittat, ut non fiat liber, sed pars ejus domini, qui manumisit, accrescat alteri: desinit esse communis, sed non desinit esse servus, quinimo fit in solidum servus unius. Quod Justin. mutavit favore libertatis, qui voluit servum manumissum ab uno socio, fieri libertum, si modo pretium alter suæ partis referat alteri. Quæ constitutio summam habet æquitatem: ante illam constitutionem necesse erat apponere illam conditionem, *si alter quoque manumiserit*. Finge: cum ita manumisisset unus ex sociis servum communem, *si alter manumiserit*, si expleta conditio fuerit, ut perveniret ad libertatem: quod videtur absurdum, ut perveniat ad libertatem diverso jure, partim testamento, partim vindicta, quia cum alter socius, qui superstes erat, manumisisset: hæc res non officit libertati: erit igitur libertus communis, hoc est, ejus, qui manumisit inter vivos, et libertus familiæ defuncti, h. e. Orcinus: ergo erit libertus diverso jure. Et observandum libertum Orcinum appellari hoc loco libertum familiæ: non est libertus hæredis, non est libertus defuncti, qui desiit esse in reb. humanis: nec dixeris recte libertum esse defuncti: libertum Orci dices recte: sed aliud est defunctus, aliud Orcus: sed quia defuncto superest familia, recte dices, eum esse libertum familiæ, non libertum certi hominis, sed libertum familiæ, sive Orcinum, Plutonis, sicut Teoph. ait, χαρονιτὸν.

Ad L. Si Titius XLVIII. de Fidejuss.

Si Titius et Seja pro Mævio fidejusserint, subducta muliere dabimus in solidum adversus Titium actionem: cum scire potuerit, aut ignorare non debuerit, mulierem frustra intercedere.

§. 1. *Huic similis illa quæstio videri potest: ob ætatem si restituatur in integrum unus fidejussor, an alter onus obligationis integrum excipere debeat. Sed ita demum alteri totum irrogandum est, si postea minor intercessit propter incertum ætatis ac restitutionis. Quod si dolo creditoris inductus sit minor ut fidejubeat, non magis creditori succurrendum erit adversus confidejussorem, quam si facta novatione circumvento minore, desideraret in veterem debitorem actionem utilem sibi dari.*

Duas in hac l. Papin. adfert quæstiones: una est de mare et fœmina, quæ pro aliquo fidejussit cum mare: altera est de majore 25. annis, qui pro aliis fidejusserit. Et primum, si mas et fœmina pro

alio fidejusserunt, et facti fuerunt duo rei ejusdem pecuniæ, mulier non tenebitur cum effectu, propter Senatusc. de intercessionibus mulierum, quod Vellejan. dicitur. Mas autem tenetur in solidum, sed habet beneficium divisionis, quod habet alias ex epistola Adriani et edicto prætoris, ut Paul. ait 1. *Sent. tit. penult.* quod datur pluribus fidejussoribus et mandatoribus: sed hodie omnibus correis debendi principalibus ex Novella 99. Beneficium divisionis hoc est, ut non sit liberum creditori cum uno eorum experiri in solidum, ut cogatur dividere actionem, ut fidejussores sive correi non teneantur, nisi pro virili, si omnes solvendo fuerunt litis contestatæ tempore: nec enim inopia, quæ supervenerit, postea onerat ceteros. Singuli quidem ipso jure sunt obligati in solidum, sed beneficio epistolæ, id est, opposita exceptione epistolæ Divi Adriani, non condemnantur ultra virilem portionem, si litis contestatæ tempore omnes solvendo fuerint. In hac autem specie, cur mas non utitur beneficio? cur convenitur et condemnatur in solidum? quia videtur renuntiasse beneficio, qui scire debuit ex Senatuscons. Vellejan. fœminam frustra intercedere, et onus obligationis in sua tantum persona consistere, ac si solus intercederet. Et hoc est, quod ait Papin. in 1. parte hujus l. Huic sententiæ obstat *l. idem est* 18. *supr. ad Vellejan. quoniam ait idem esse etc.* Repetenda sunt ea, quæ scripta sunt ante eam l. et hoc in l. quæ præcedit ostenditur, si mas et fœmina pecuniam mutuam sumpserint in rem communem, puta ut fundum ea pecunia in commune compararent, mulier tenetur pro sua persona, pro sua parte tantum, non pro parte masculi correi, quia pro parte correi videtur intercessisse, dum se obligavit in solidum, partim suo nomine, et hoc nomine tenetur pro parte sua, partim nomine alieno, correi nomine, et hoc nomine solvitur beneficio Senatusc. Vellejani. Idem esse ait *l. idem est*, si pro debitore meo mas et fœmina intercesserint; si idem est, ergo cum mas et fœmina pro debitore meo fidejusserint, mulieris persona non subducitur in totum, scilicet non eximitur obligationi in totum, sed tenetur pro parte. Sed hoc non potest esse verum, nisi ut in ea lege, quæ præcedit, similiter fingatur species in *d. l. idem est*, puta marem et fœminam pro alio fidejussisse in rem communem: quo casu cessat Senatusc. Vellejanum, *l. aliquando eod.* nam si in rem alienam prorsus fidejusserunt, in totum persona mulieris subtrahitur creditori, et mas sustinet integrum onus obligationis. Obstat *l. 8. C. ad Vellejan.* Filiæ emancipatæ, vel etiam filiifamil. expromiserunt pro patre obligato alteri, id est, patrem liberaverunt novatione facta, et omnem obligationem in se receperunt: expromissor liberat reum principalem, fidejussor non: expromissione fit novatio, fidejussione non fit. Ergo pro patre intercesserunt filii mares et fœminæ: lex ostendit mares non teneri in solidum, filias eximi obligatione, fateor hoc ea lege aperte demonstrari, sed non (ut quidam vult) illis verbis fœminas eximi virilibus obligationibus. Nam viriles obligationes vocantur, quæ conveniunt masculis tantum, quasve mulieres suscipere non possunt: vel aliter, hoc vult, intercessionem esse munus virorum, non mulierum, *l. 2. ad Vellejan.* æquum non esse, fœminas virilibus officiis fungi et obstringi obligationibus ejus generis, virilibus scilicet, quales sunt obligationes, quæ contrahuntur nomine intercessionis, non principali nomine et directo. Et ita *l. pen. de edendo*, removet fœminas ab officio argentariorum, quoniam frequens est in hac opera, ut interveniant pro aliis: dum senatus removet mulieres ab intercessione, tacite removet etiam ab argentaria. Sed non desunt alia indicia in *d. l.* 8. quibus patet, filios, qui cum sororibus pro patre intercesserunt, non teneri in solidum, etiam subductis sororibus beneficio Senatusc. sed pro virilibus portionibus tantum; quandoquidem lex ait, mares tantum teneri in id, quo se obligaverunt, non ait, mares teneri in solidum, sed pro rata, pro virili, pro portione, et pro parte filiarum, quæ eximuntur obligatione, actionem restitui in patrem. Ergo aperte lex ostendit, subductis fœminis mares non obligari in solidum, sed pro virilibus portionibus, quia scilicet ita se obligarunt: nam erant plures rei fratres, qui pro patre intercesserunt. Illud non probo, quod Accursius hic distinguit inter expromissores et fidejussores, imo indistincte sic constituo, sive sint duo expromissores, sive duo fidejussores, qui pro alio intercesserunt, et facti fuerunt duo rei debendi, mas scilicet et fœmina, mas tenetur in solidum, mulier in nihilum tenetur effectu, et duo sunt rei, sive fidejubendo, sive expromittendo caverint solidum et partem virilem: si expromiserint, vel fidejusserint solidum et partem virilem, si usi sint his verbis, *se cavere pro solido, et parte virili (chacun pour soy, et un chacun pour le tout)* nec enim sunt duo rei, si caverint solidum, aut partem virilem. Nam si dixerunt, se promittere solidum aut partem virilem, non sunt duo rei, *l. inter eos, hoc tit.* singuli enim ab initio tenentur pro parte tantum: et ita duo rei stipulandi sunt, qui stipulati sunt non solidum, aut partem virilem, sed solidum, et partem virilem, ut sit exactio unicuique in solidum, et in partem virilem: si mas et fœmina, qui pro alio intercesserunt non sint duo rei, mas ab initio tenetur pro parte tantum ut *d. l.* 8. videlicet ipso jure divisa obligatione in initio contractus. In continenti divisio obligationis fit vel

ipso jure, vel epistola D. Adriani, *l. inter fidejus. h. t.* ipso jure fit, si non sint correi : ex epistola Adriani fit, si sint correi: et ipso jure fit semper sicut convenit initio: ex epistola non fit divisio, si mas et fœmina, duo rei intercesserunt: mas enim tenetur in solidum, ut in *h. l.* At quæritur in secunda parte hujus legis in eodem exemplo: si pro alio fidejusserunt major 25. annis, et alius qui erat minor 25. annis, restituto minore 25. annis adversus intercessionem suam beneficio ætatis, et rescissa intercessione ejus, an similiter dici possit, majorem teneri in solidum subducto minore per restitutionem in integrum, et non posse majorem uti beneficio divisionis, an idem constituemus, quod in illo casu? Et prudentissime Papin. ostendit, mulierem non esse similem minori 25. annis: neque idem esse hoc casu constituendum, quod illo priori: nam in muliere non distinguimus, utrum simul fidejusserint mas et fœmina eodem tempore, an mas primum, deinde fœmina interposito tempore: nam utroque casu subducta fœmina mas tenetur in solidum: in minore 25. annis distinguimus. Nam si major 25. annis solus ab initio fidejusserit pro alio, deinde minor, minore restituto in integrum, major tenetur in solidum; quia et ab initio obligavit se in solidum, nullum sperans beneficium, quo solveretur præstatione solidi, nullum sperans se habiturum participem ejusdem obligationis, quia nesciebat creditor, essetne acceptarus alium confidejussorem : hoc ergo casu major tenetur in solidum rescissa intercessione minoris. Quod ita verum est, ut eleganter docet Papin. nisi dolo creditoris inductus sit minor ad fidejubendum: nam rescissa intercessione minoris creditori doloso, id est, quod per dolum extorsit fidejussionem minoris, non succurrimus, data scilicet in eum fidejussorem minoris actione in solidum, sed utetur recte fidejussor major beneficio divisionis : neque enim opitulamur creditori, qui dolum admisit, qui per dolum effecit, ut et minor fidejuberet. Namque subducto minore non dabimus ei actionem in solidum contra majorem, sed pro parte ex epistola : et ita etiam si dolo creditoris minor pro debitore expromiserit novatione facta, atque ita liberaverit debitorem restituto minore, rescissa intercessione minoris, non revocatur liberatio debitoris, id est, non restituitur vetus actio in debitorem, non succurrimus creditori doloso restituta veteri actione, non damus ei utilem actionem in veterem debitorem. Omnis actio restitutoria est utilis, et hoc si solus major 25. annis initio fidejusserit non sperans futurum alium confidejussorem, et postea ei adjunctus fuerit minor. Sed si simul fidejusserunt major et minor, locus est epist. D. Adriani, id est, major tenetur pro parte tantum, etiam rescissa intercessione minoris. Atque ita multum hic casus distat ab eo, qui proponitur initio hujus legis. Et ratio differentiæ est elegans inter mulierem et minorem, quam paucis verbis notavit Papin., nempe *propter incertum ætatis et restitutionis*, scilicet eventum, quæ brevitas fecit, ut non ea intellexerit Accurs. Franciscus Connanus perquam suaviter emendavit, et pro his verbis (*si postea minor intercesserit*) posuit *si sponte intercesserit* : vir est doctissimus, sed non juris: corrumpit judicium et tempus perdit, qui in ejus commentariis illud ponit. Verum ratio differentiæ est elegantissima, nec mutandi quidquam vel minima est ratio, aut occasio. Initio, inquit, differentia hæc est, mulierum intercessiones Senatus improbat, minorum intercessiones nullum Senatuscon. improbat: mulier quæ intercessit liberatur per exceptionem, quæ descendit ex Senatusc. Vellejano: minor non liberatur per exceptionem, sed per restitutionem in integrum (*par lettres de chancellerie*). Exceptio est certa, sicut jus ex quo descendit : restitutio in integrum est incerta et arbitraria: neque enim temere datur, sed causa cognita perraro, *l. in causa* 13. *de minor.* et pendet ex arbitrio prætoris, qui sicut ei libuerit, dabit vel non dabit restitutionem in integrum : exceptionem Senatusconsult. Vellejan. non potest denegare. Ac postremo sexus mulieris certus est, ætas hominis plerumque est obscura et incerta, etiamsi viderim hominem. Nam evenit sæpe, ut existimemus eos esse majores, qui sunt minores, et contra. Hac ratione propter incertum ætatis, et propter incertum restitutionis in integrum, si mas et fœmina fidejusserint pro alio, mas tenetur in solidum, quia scivit se solum cum effectu obligari : sed si major et minor fidejusserint pro alio, major non tenetur in solidum, quia vel nescivit correum esse minorem 25. annis, vel existimavit esse majorem: existimavit eum vix impetraturum restitutionem in integrum, et cogitavit auxilium restitutionis esse perquam dubium et incertum: major, inquam, subducto minore, forte impetrata restitutione in integrum, non tenetur in solidum, nisi solus fidejusserit ab initio, et postea non inductus dolo creditoris minor etiam fidejussit, ac deinde eo nomine restitutus fuerit. Hæc ratio est dignissima cognitu, *ita demum*, id est, hoc solo casu (*postea*) interposito tempore. Cur non tenetur in solidum major, nisi illo casu cum interposito hoc tempore intercessit minor? Ratio est propter incertum ætatis, id est, quia existimavit cum effectu obligari minorem, etc. Atque ita nihil habet certi major de obligatione minoris, quod possit ejus scientiæ imputari.

Ad L. penult. de Public. in rem actione.

Paulus notat. Exceptio justi dominii Publicianæ objicienda est.

Plura scripsit Papin. et inter ea quiddam ad Publicianam. Nam in *l. pen. de Public.* extat nota Pauli ad Papin. eodem lib. ubi notat Paulus, Publicianæ actioni objici posse exceptionem dominii, scilicet veri dominii, ad differentiam fictitii, quod habet bonæ fidei possessor. Quid est actio Publiciana? est vindicatio dominii, quæ datur ei, qui rem bona fide possederat, necdum usuceperat, amissa ea possessione, adversus extraneum, ad quem pervenit possessio, non adversus dominum verum. Nam potior est causa veri domini, quam bonæ fidei possessoris: potior est vindicatio directa quam prætoria. Hoc est quod dicitur, *Publicianæ actioni obstare exceptionem justi dominii*. Hæc tamen regula vitiatur multis casibus, *l. mandatum, mand. l. si is cujus, ex quibus caus. major.* vide Accursium in *l. pen. hoc tit.* citatur etiam Papin. in *l.* 5. §. *pen. de jur. dot.*

Ad §. penult. L. V. de jur. dot.

Papinianus lib. 10. *quæstionum ait: Cum pater curator suæ filiæ juris sui effectæ, dotem pro ea constituisset, magis eum quasi patrem id, quam quasi curatorem fecisse videri.*

Pater est curator filiæ emancipatæ: dat dotem pro ea, vel ut pater, vel ut curator: nam dotem constituere pertinet ad utrumque: non apparet, qua mente dederit dotem, videbitur ne dedisse ut pater, an ut curator? Ut pater, inquit, quia prædominasse et prævaluisse videtur affectio paterna: si dedit ut pater, dedit de suo, ergo est dos profectitia. Quid est dos profectitia? quam pater dedit pro filia ut pater: effectus est, quia dos profectitia redit ad patrem mortua filia in matrimonio, sive fuerit sui juris, sive in potestate patris, *l. pater* 71. *de evict. d. l.* 5. §. *emancipata*, *l. si ab hostibus, l. filiæ* 59. *sol. matrim. l. si filia, de divort.* Et huic præsumptioni, ut videatur scilicet dedisse quasi pater, consentit *l. ult. C. de dot. promiss.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XI. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. in omnibus XLI. de judiciis.

In omnibus bonæ fidei judiciis, cum nondum dies præstandæ pecuniæ venit, si agat aliquis ad interponendam cautionem, ex justa causa condemnatio fit.

Si creditor in diem, vel conditionem agit, ante diem, vel ante conditionem perperam agit, quia plus petit tempore, et repellitur exceptione, *cujus pecuniæ dies fuisset*: vel *cujus pecuniæ dies nondum venit.* Et hoc, si agat ad pecuniam: nam si agat ad cautionem interponendam, quandoque male agit. Finge creditor vel est in diem, vel in conditionem, id est, creditor in diem certum, vel creditor in diem incertum. Quid est conditio? est dies incertus, in quem confertur obligatio, ex quo suspenditur obligatio et sustinetur in eum usque diem. Finge igitur: creditor veretur, ne interim debitor labatur facultatibus, et propterea desiderat sibi caveri de pecunia sua sibi suo die solvenda, vel veretur, ne interim debitor dolo malo faciat in ea re, quam debet, ne corrumpat eam rem: exempli causa, ne servum interim inficiat veneno, et ideo desiderat caveri, dolum malum abfuturum: sive autem hoc desiderat, sive de illo sibi caveri, id est, de dolo malo, vel de re aut pecunia sua die solvenda, et agat eo nomine, ex justa causa audietur, nec repelletur. Et ut ait, condemnatio fiet, id est, condemnabitur debitor interim præstare juratoriam cautionem, vel repromissionem, vel satisdationem pro qualitate personæ. Nam locupletissimus non satisdabit, sed repromittet tantum cum jurejurando, vel sine jurejurando. Et hoc Papin. ait in hac *l.* 41. obtinere in omnibus bonæ fidei judiciis. Quid hoc est *in omnibus*? id est, sive generalia sint, sive specialia. Sumpsit hanc sententiam ex Sabino: a quo alia multa sumit, et a quo facile patitur se reprehendi, ut in *l.* 6. *de serv. export. l. pro socio arbiter, pro soc.* Sabinus dicebat, judicem prospicere debere creditori in judiciis bonæ fidei, in futuro damno, vel lucro pendente ex contractu bonæ fidei, etiamsi nondum quicquam cum effectu deberetur, sive generalia essent judicia, sive specialia. Et specialia vocat, quibus agitur de re singulari, de homine, de summa certa, veluti commodati, depositi, mandati. *Generalia* sunt, in quibus venit universitas bonorum, vel quibus universum quid petitur, ut actio pro socio, cum contracta est societas omnium bonorum: actio negotiorum gestorum est generalis: actio tutelæ est generalis: omnia enim pupilli bona apprehendit, et in his judiciis, quibus universum quid petitur, magis videbatur habenda ratio futuri debiti, atque adeo magis eo nomine actori postulanti cautionem esse concedendam. Sed placet indistincte, in omnibus, id est, tam generalibus, quam specialibus judiciis bonæ fidei, ante diem recte agi ad interponendam cautionem, et officio judicis condemnationem fieri. Et huc pertinet

l. Seja 42. *de mort. caus. donat.* ubi est actio bonæ fidei non sua origine, sed constituta per exceptionem doli mali. Certæ sunt actiones bonæ fidei, quæ enumerantur in Instit. §. *actionum de act.* Enumeratio est certissima sua origine: aliæ quæ non sunt enumeratæ in Instit. sunt strictæ, quæ tamen possunt constitui bonæ fidei, videlicet opposita exceptione doli mali, vel replicatione: nam est verissimum et elegantissimum, quod Dorotheus scribit in *d. l. Seja*, exceptionem doli judicium strictum facere bonæ fidei: quod comprobat *l.* 5. *C. de except. doli:* exceptio addita exceptioni strictæ facit, ut judex possit ex bono et æquo condemnationem facere non serviens formulæ. Mentio doli mali judicium reddit bonæ fidei, quod initio erat strictum. Sic igitur in specie *l. Seja*, judicium strictum exceptio illa facit bonæ fidei, et propterea merito dubitatur in ea lege de præstanda cautione futuræ obligationis, quoniam solebat præstari in omnibus bonæ fidei judiciis. In omnibus, sive sua origine sint bonæ fidei, sive fiant postea. Sed tamen in *d. l. Seja* non præstatur cautio, quia nulla in ejus legis specie suberat causa vel obligatio, ne in diem quidem, vel sub conditione. Ergo quod scribit Papin. hoc loco, non habet locum in actionibus strictis. Nam non frustra ait, *in omnibus bonæ fidei judiciis:* est ἀντιδιαστολή, qua significat aliud esse in judicio stricto: ex causa enim judicii stricti non ago ante diem ad cautionem interponendam, ut in *l. quotiens* §. *si semel*, *de pecul.* quod intelligi debet de actione de peculio stricta, veluti ex fidejussione servi, ex qua fidejussione servus naturaliter non obligatur, nec dominus tenetur de peculio. Sed si fidejusserit in rem domini, tenetur dominus de peculio stricta actione ex stipulatu. de peculio est adjectio communis omnium actionum: modo igitur stricta, modo est bonæ fidei actio. Ideo si de peculio agatur stricto judicio, et nihil sit in peculio rei judicatæ tempore, an cavere debet dominus de futuro incremento peculii? minime, quoniam est actio stricta, et de cautione interponenda ejus, quod quis debet, non agitur, nisi ex causa bonæ fidei contractus sive judicii. Et ita semper in libris nostris existimandum est, quoties dicitur obtinere in bonæ fidei judiciis, idem non obtinere in strictis: nec unquam persuasio hæc fallit: ut exempli causa, hoc est proditum, in bonæ fidei judiciis ex mora venire usuras: veniunt autem officio judicis, *l. in bonæ fidei*, *C. de usur. l.* 32. *mora*, §. *in bonæ fidei*, *inf. eod. tit.* Ergo in strictis ex mora non veniunt usuræ officio judicis: hoc est certissimum: si non sint in stipulationem deductæ: nam veniunt tunc ex stipulatione. Scriptum etiam est, pacta facta in bonæ fidei judiciis ex continenti, inesse ex parte actoris, l. *jurisg.* §. *quinimo*, *de pact. l in bonæ fid. C. eod.* ergo aliud est in strictis judiciis (ut docui semper). Et ita nihil moveor *l. lecta. de reb. cred.* quæ dicit stipulationi pactum factum incontinenti inesse: nam lex integra demonstrat, inesse ex parte rei, non etiam actoris, id est, exceptionem pacti inesse stipulationi ipso jure, etiam non oppositam, ex eo autem pacto agi non posse. Scriptum etiam est, in bonæ fidei contractibus, patrem non solum de peculio teneri, et de in rem verso, sed etiam si quid præterea dolo malo patris captus fraudatusque actor est, *l. in bonæ fid. de pecul.* nam actionibus bonæ fidei inest actio doli, exceptio doli, omnis exceptio: omissa enim exceptio suppletur officio judicis, *l. sed etsi ideo*, *sol. mat. l. hujusmodi* 84. §. *qui ser. de leg.* 1. Dolus vindicatur actionibus bonæ fidei. Quid est actio bonæ fidei? vindex doli mali: actione stricta non vindicatur dolus malus: et necessaria est actio doli mali in actionibus strictis, quasi non sufficeret actio ex contractu: neque enim inest actio de dolo actioni strictæ. Scriptum etiam est, in bonæ fidei judiciis haberi rationem effectus, *l. cum servus, mand.* id est, æstimari in iis non tantum pecuniarum damnum et lucrum, sed etiam damnum affectionis piæ et benevolæ, quæ non fuit expleta propter perfidiam adversarii *l.* 7. *de servis export.* Item, in bonæ fidei judiciis haberi rationem furti ab adversario admissi. Finge: socius aliquid surripuit ex societate, tenetur furti et condictione furt. An et pro socio? sic videtur: concurrit actio pro socio cum condictione furt. licet ulcisci furtum actione bonæ fidei, *l. rei com.* 45. *pro soc.* actione stricta nec dolus vindicatur, nec furtum, et eo nomine necessaria est condictio furtiva, quia non sufficit actio ex contractu stricti judicii. Ex quo intelligitur cur dicantur strictæ: neque enim licet judici eas extendere, aut proferre fines earum. Ergo merito dicimus definitionem hujus legis, non habere locum in strictis judiciis, et appellatione actionum bonæ fidei nos excludere stricta judicia, et nos ita debere constituere, in nullis judiciis strictis ante diem agi, sicut nota universali scribit Papin. *in omnibus*, *etc.* ergo dicamus, in nullis judiciis strictis, id est, sive sint arbitraria, sive non, contrariam huic legi definitionem constituimus, et sequimur: nam et arbitraria stricta sunt. Et errant Græci in eo, quod arbitraria comparant bonæ fidei judiciis: namque sunt proximiora strictis, imo stricta, licet in eis arbitrium judicis multum possit. Et hoc esse verum sic ostendo: nam in actione in rem, quæ est arbitraria, exceptio omissa non suppletur officio judicis: non inest igitur, *l. Papin.* 14. *de Pub. in rem*

ction. In actione igitur arbitraria arbitrium judicis non est latissimum. In actionibus bonæ fidei latissimum est, ideo doli exceptio inest bonæ fidei judiciis tacite. Ac præterea in actione in rem fructus non veniunt ante litem contestatam, *l.* 2. *C. de pet hæred.* qui tamen veniunt in bonæ fidei jud. Ante moram usuræ non veniunt in bonæ fidei judiciis, fructus veniunt, *l. videamus*, §. *pen. de usur.* Posset quis tentare ex *l. grege*, §. *pen. de pig.* in actione hypothecaria, quæ est arbitraria, posse agi ante diem ob cautionem interponendam: nam sententia legis est: debes mihi aliquid præsenti die, obligatio hypothecaria sub conditione: non aget creditor recte ante conditionem ad auferendam hypothecam, sed aget recte ad cautionem interponendam, si conditio extiterit nec pecunia soluta fuerit, hypothecam restituit quæ in rerum natura fuerit: ergo ante diem huic cautioni locus est in actione hypothecaria. Sed hoc ideo, quia debitum erat præsens, et ideo intererat creditoris securum eum fieri de causa hypothecaria: nam si debitum conditionale fuerit, interim nullo modo agi potest, nec ad cautionem interponendam, quia stricta est actio Diximus, *in omnibus judiciis bonæ fidei*, sive specialia sint, sive generalia, sive sui origine sint bonæ fidei, sive fiant postea opposita exceptione, vel replicatione doli mali, cum dies pecuniæ solvendæ nondum venit, creditorem male agere ad pecuniam solvendam, et incidere in periculum plus petitionis: agentem vero ante diem ad cautionem interponendam, ad solvendam pecuniam, cum dies venerit aut conditio extiterit, audiri ex justa causa, et condemnationem fieri: contra in nullis judiciis strictis creditorem in diem, vel in conditionem agere ante diem: nec agere igitur ad pecuniam, nec etiam ad cautionem interponendam, sive judicia sint arbitraria, sive non: actiones arbitrarias esse strictas, namque in eis arbitrium non esse latissimum, sicuti et in actionibus bonæ fidei. Et multa discrimina proposuimus inter bonæ fidei actiones, et arbitrarias, et strictas. Sciendum nunc est, in strictis judiciis agi ante diem de cautione interponenda, de solvenda pecunia, vel re integra præstanda. Habuimus unum casum ex *l. grege*, §. *pen. de pign.* Alter est, si agatur de legato, vel fideicommisso, vel etiam hæreditate directa, quod vulgo additur: nam etsi strictæ sint actiones legatorum aut fideicommiss. tamen pleraque mutuantur ex judiciis bonæ fidei, et inter cetera hoc, ut ante diem cautio exigatur legati relicti in diem aut fideicommissi, idque nominatim est proditum in tit. *ut leg. nomine cav.* Est igitur cautio prætoria: nam edicto prætoris interponi jubetur: cautio judicialis est, quæ sine edicto, ex mero officio judicis proficiscitur, *l.* 5. *de verb. obligat.* Et in bonæ fidei judiciis cautio ad quam agitur ante diem, est cautio judicialis: interponitur enim mero judiciis officio, nec ullo edicto interponi jubetur cautio legatorum vel fideicom. et ita in *l. quod si in diem* 16. *de pet. hæred.* debitor in diem jubetur cavere officio judicis, quia petitio hæreditatis est actio bonæ fidei. Et hæc l. 41. nihil pertinet ad titulum *de judic.* nisi eam interpretemur, *ex justa causa damnatio fit*, *id est*, officio judicis debitor cavere jubetur, alioquin non pertinet ad hunc titulum: hic titulus est *de officio jud.* Quid est judicium in hoc titulo? Est officium judicis, et ita Theoph. in §. *quidam*, *de act.* volens citare titulum *de officio jud.* citat titulum *de judiciis*, qui est in 4. *Instit.* quoniam idem est judicium et officium judicis. Et notandum etiam, hanc eandem cautionem interponi nomine hæreditatis, non tantum fideicommissariæ, sed et directæ: et non tantum substitutionis fideicommissariæ, sed et substitutionis directæ ex edicto prætoris. Ita ad titul. *ut leg. nom. cav.* recte adjicias, *et hæreditatum nomine*: hæreditatum quoque directarum nomine, *l. inter*, *qui satisd. cog. l.* 8. *de præt. stipulat.* quod procedit in hac specie. Finge: hæres institutus est sub conditione, et ei datus est substitutus sub contraria conditione: hæres institutus pendente conditione non potest adire hæreditatem, sed bonorum possessionem secundum tabul. petere, quæ tamen sine re efficietur, si deficiat conditio, et substituto pateat aditus ad hæreditatem. Ceterum interim petetur bonorum possessio sec. tab. et substituto, siquidem hoc desiderabit, cogetur hæres scriptus cavere ex edicto Prætoris *de præst. hæreditate, in quam ipse est ingressus beneficio possess. bonorum sec. tab. si substitutionis conditio extiterit, et dolum malum abfuturum, interim institutum tamen non dissipaturum bona hæreditaria*: atque ita cernimus edictum, *ut leg. nomine caveatur*, pertinere etiam ad hæreditates directas. Habent etiam hæ actiones legatorum et fideicommissorum, ergo, et hæreditatum commune hoc cum bonæ fidei, ut ex mora debeantur usuræ, quæ non debentur in aliis strictis, *l.* 3. *Cod. in quib. caus. rest. in integrum non est necessaria, et tit. Cod. de usuris leg.* quod quidem favor conservandæ voluntatis ultimæ extorsit. Cur repetit usuras ex mora et ante diem cautionem legatarius? ut conservetur voluntas defuncti. Et similiter favor dotis efficit, ut stipulatio dotis, quæ tamen stricta est, pleraque habeat ex bonæ fidei judiciis: nam et in ea stipulatione usuræ debentur ex mora biennii, *l. ult.* §. *præterea*, *Cod. de jur. dot.* quæ tamen non veniunt in aliis negotiis strictis. Itemque sti-

pulatio dotis ipso jure nulla est, si dolus malus ei causam dederit, *l. si mulier* §. *si dos, ff. quod met. caus.* quod obtinet generaliter in omnibus bonæ fidei contractibus. Unde statuamus: dolus vel metus dans causam contractui bonæ fidei, ut stipulationi dotis, vitiat contractum ipso jure: alias contractum stricti juris non vitiat, sed necesse est, eum rescindi instituta actione doli mali, quam non est necesse institui, si est contractus bonæ fidei, cui inest actio de dolo, stricto non item. Paulatim crescit jus, atque ita stipulatio dotis paulatim hunc favorem accepit, ut hodie in omnibus et per omnia facta sit bonæ fidei ex constit. Justin. quæ antea quædam tantum communia habebat cum actionibus bonæ fidei. Differentia igitur fuit in plerisque: non potest esse commune quid inter hanc et illam rem quæ non habeat etiam inter se differens aliquid, sicut non potest esse inter duas res differentia, nisi inter eas aliqua sit communitas. Postremo etiam est unus casus, quo creditor in diem, vel sub conditione, cui debetur aliquid stricto judicio, possit ante diem agere ad cautionem interponendam, videlicet si postulatur separatio bonorum, *l.* 4. *de separat.* Sciendum est adita hæreditate confundi defuncti bona et bona hæredis: etiamsi non re ipsa, saltem jure ipso: quinimo desinit esse hæreditas, quæ adita est, et incipit esse proprium patrimonium hæredis: hæreditas obveniens auget patrimonium hæredis: et consequenter creditores defuncti et creditores hæredis commiscentur, quia hæres omnibus ex æquo respondere cogitur, quia unius personæ unum tantum est patrimonium, eædemque obligationes tam activæ quam passivæ. Hoc ita se habet: sed decreto Prætoris, non jure, postulantibus creditoribus defuncti, separantur bona defuncti a bonis hæredis: separantur creditores hæreditarii ab hæredis creditoribus, et creditores hæreditarii mittuntur in bonorum possessionem defuncti, non contra, quod perquam utile est creditoribus defuncti: nam finge: hæredis modicæ sunt facultates, defuncti hæreditas satis ampla est, et sufficit creditoribus hæreditariis, quæ non sufficeret, si miscerentur creditoribus hæredis, id est, si simul creditores hæredis venirent in bona defuncti. Quamobrem maxime interest creditorum hæreditariorum separari bona: et in postulanda separatione a prætore, an admittuntur etiam creditores in diem, quibus nondum debetur? Sic videtur, quia ut ait *d. l.* 4. et communi cautione eis consuletur. *Communis cautio* dicitur, non quasi sit prætoria et judicialis, id est, quod et edicto prætoris interponatur, et officio judicis; sed communis dicitur quia vulgaris, quæ in hac causa omnibus creditoribus præstatur de solvenda sua pecunia suo die, *l. filiusfam.* 114. §. *idem in princ. de leg.* 1. Et vero si postuletur separatio bonorum et creditorum, in hac recensione creditorum, et separatione quam fecerint, creditores in diem, vel sub conditione recte desiderabunt sibi caveri: quandoquidem recipiuntur in numerum creditorum, sicut ii, quibus pure debetur. Nam ut et de puro debito exigitur cautio propter moram judiciorum, sic ex legatis puris etiam exigitur cautio, *l. etiam, ut leg. nom.* quanquam potissimum sit comparata eorum nomine, quæ debentur in diem, vel sub condit. nihil vetat tamen de eo exigi, quod debetur pure, quia exercitio judicii nonnullas moras habet. Postremo notandum est, nihil ad *h. l.* 4. pertinere plerasque leges, quas adducit Accurs. ut *l.* 2. *de evict. l. prætor, de damno inf. l. si pec.* §. *si quis, de condit. cum d. l. si cum except.* §. *quatenus, quod met. caus. l. si a bonæ fidei cum seq. de rei vind. l.* 1. *si cui plusq. per leg. Falc. l.* 2. *C. de her. vend.* non debuit has Accurs. huic permiscere. Primum enim in *l.* 2. *de evict.* non agitur ad caut. interponendam. Sent. leg. hæc est: si venditor non promiserit duplum evictionis nomine, et eo nomine agatur, reum dupli condemnandum esse. Quid est eo loco *agatur?* an significat agi ad cautionem duplæ interponendam, quanquam fateor agi posse: sed hoc agit, si dupla non sit promissa: et eo nomine agetur, id est, propter evictionem factam dupli damnandus est reus actione ex empto, in qua inest quidquid moris est cavere, licet cautum non sit: ergo et stipulatio duplæ, et inde agi potest in duplum, ac si stipulatio intercessisset, et ita accipienda *l. si nolit* 31. §. *quia assid. de æd. edi.* Ergo non agitur in *l.* 2. ad cautionem duplæ, sed ad duplum, et si de ea ageretur, nihil pertineret ad hanc l. Nam hæc lex est de alio genere cautionis: nihil etiam lex *prætor, de dam infec.* quoniam non loquitur de cautione, qua cavit debitor de solvenda pecunia sua die, de qua est hæc lex, sed de cautione damni infecti, quod vicinus, cujus ædes sunt ruinosæ, suo vicino cavet, non de credito, non de chirographo, quod vicinus vicino debet. Nam *chirographum* dicitur cautio quælibet, etiam liberatoria, apocha, acceptilatio, et ut cautionem caveri dicunt, ita etiam chirographum caveri, quod quidam nimis temere tollunt in *l. si ut certo* 5. §. *denique ait, commod.* ubi est scriptum, *in eo chirographum debitorem tuum cavere feceris*, emendant *chirographo*: item in *l.* 89. *de solut.* ubi ait, *ex chirographis cautis, et ex chirographis, quæ debitor cavit.* Nihil etiam pertinet ad hanc *l. si pec.* §. *si quis*, quia non est etiam de solvendæ pecuniæ cautione, sed de cautione restituendi servi, qui est in fuga: non est de debitore in diem, ut ante diem caveat de solvendo debito. Species est: Dedi

tibi 10. ut emeres servum: emisti, et fugit priusquam eum mihi restitueres, sine dolo malo, aut culpa tua: an teneris mihi in 10. quod non possis restituere servum? minime: namque liberaberis, si caveris de restituendo servo, si quando in potestatem tuam pervenerit, quod longe aliud est genus cautionis quam de qua agit Papin. in *h. l.* Nihil pertinet etiam *d.* §. *quatenus* nec *l. si a bonæ fid. et seq. de rei vind.* Nam non loquuntur etiam de hoc genere obligationis, id est, de solvenda pecunia sua dic, sed loquuntur de cautione, quam domino cavet possessor rei, si ejus rei restituendæ facultatem non habeat, ut cum homo petitus fugit: nam hoc casu possessor malæ fidei, de persequendo suis sumptibus, et de restituendo eo homine, qui se contulit in fugam tenetur: bonæ fidei possessor de restituenda re tantum cavet; depositarius vero nullo modo, id est, si depositarius rem amiserit sine dolo malo (quem solum præstat) non cogitur cavere, nec de ea re restituenda, nec de ea re persequenda: sed si iterum in suam potestatem pervenerit, iterum agi potest: interim non oneratur cautione, quia beneficium dedit: nec est æquum, qui beneficium dedit, ut oneretur cautione, arg. *l. Lucius, depos.* Sunt igitur leges, quæ cavent de restituendo, de prosequendo requirendo: sunt quæ de requirendo tantum: sunt quæ neque de hoc, neque de illo. Ceterum aliæ sunt, de quibus agit Papin. hoc loco. Nec huc refertur recte, *l.* 2. *de hæred. vend.* quæ est de cautione, quam emptor hæreditarius venditori cavet hoc modo: *quantam pecuniam venditor hæreditario nomine dederit, solverit, prestiterit, tantam recte præstari*; quia scilicet ad venditoris hæreditatem creditores hæreditatis eunt, non ad emptorem: et ideo æquum est, eum indemnem præstari ab emptore, si quid præstiterit creditoribus hæreditariis. Postremo nihil etiam pertinet *l.* 1. *ff. si cui plus quam per l. Falc.* quæ est de cautione, quam legatarius hæredi præstat in accipiendo legato, quod nondum certum est an subiturum sit deminutionem, sive rescissionem Falc. legis. Cavet enim hoc modo, nec aliter præstatur legatum, *quod amplius legati nomine, quam per legem Falcid. licuerit capere, quanti ea res erit, tantum recte præstari hæredi.* Solvit dubius. Hæc sunt, quæ ad hanc l. annotare libuit. Etiam hoc annotare velim, soluto matrimonio non statim esse reddendam dotem, quæ numero, pondere, mensura contineatur, sed annua, bima, trima die, hoc est, tribus pensionibus, et hodie una pensione annua ex Constit. Justin. Deberi igitur dotem in diem annuam, bimam, trimam: sed si interim, antequam exierit dies nequitiæ suspectus maritus fiat, mulier recte aget ad interponendam satisdationem de reddenda suis diebus dote, non potest ante diem agere ad dotem recipiendam, sed ex justa causa audietur, si agat ad cautionem interponendam: quam si non præstiterit maritus, confestim dotem reddere cogitur deducto interusurio, hoc est, commodo medii temporis: nam usuræ et fructus, quæ quive obveniunt interim, ad maritum, pertinent, non minus, ac si constaret matrimonium, atque ita si cogitur statim reddere, deducendum interusurium, *l. si constante*, §. *quotiens, sol. matr.* Et observandum Papinianum in hoc libro 11. tractasse quoque de dotibus. Unde conjicio, idem scripsisse Papin. hoc libro de dote reddenda, aut satisdatione præstanda, quod est proditum in *d.* §. *quotiens*, et id quod scripserat de dote reddenda, aut satisdatione interponenda, generaliter scripsit et definivit *d. l.* 41. in omnibus bonæ fidei judiciis, non tantum in judicio dotis, sed et ceteris omnibus, cum nondum dies pecuniæ venit, si agatur ad cautionem interponendam: atque ita, quod scripserat de judicio dotis, protulit ad judicia omnia bonæ fidei. Definitio igitur est valde notanda: nam ea non servatur in judiciis strictis, neque etiam in judiciis bonæ fidei temere ea cautio interponitur, sed causa cognita officio judicis, ut si maritus vivat luxuriose, remque suam et alienam disperdat, ante diem reddendæ dotis compelletur satisdare. Nunc pergamus ad reliquas leges.

Ad L. Ult. de Cond. sine causa.

Avunculo nuptura, pecuniam in dotem dedit, neque nupsit, an eandem repetere possit, quæsitum est? dixi cum ob turpem causam dantis, et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari potiorem esse possessorem: quam rationem fortassis aliquem sequutum respondere, non habituram mulierem condictionem, sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse, cum pecunia, quæ daretur, in dotem converti nequiret: non enim stupri, sed matrimonii gratia dotem esse.

§. 1. *Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit: cessare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum committitur. Atquin vel magis ea in specie nulla causa dotis dandæ fuit: condictio igitur competit.*

Hæc lex refertur ad dotis causam, quod satis patet. Quæstio est: sororis filia, quæ nuptura est avunculo, ei pecuniam dedit, quasi in dotem: nuptiæ secutæ non sunt, quæ neque jure sequi possunt: *quæritur*, an sororis filia possit eam pe-

cuniam condicere quasi datam ob causam? Quæstio est aperta satis. Sed observandum quæstionem formari de sororis filia et avunculo, inter quos sunt nuptiæ illicitæ, non de patruo et fratris filia; non abs re. Nam nusquam invenies in jure prohibitas esse nuptias inter patruum et fratris filiam. Illicitæ sunt inter avunculum et sororis filiam, ut in l. ista, et in *l. qui in provincia, de rit. nupt.* De avunculo fit mentio, qui duxerat sororis filiam, non de patruo, et proponitur in ea lege elegans rescriptum principis, quo confirmatur status liberorum ex justis nuptiis procreatorum. Necessaria est confirmatio, si injustæ sint nuptiæ, sunt injusti liberi: sed princeps cum avunculus duxisset sororis filiam, confirmavit statum liberorum: matrimonium non confirmat, nam ut noster Papin. ait in *l. si adulter*, §. *incestæ, ad leg. Jul. de adult.* incestæ nuptiæ non solent confirmari: igitur non confirmavit nuptias, sed liberos fecit legitimos: an temere? Minime, quatuor ductus rationibus: motus fuit diuturnitate temporis, et ignoratione mulieris, quæ scilicet ignara juris in matrimonio fuerat· tertio, quod ipsa non enim sibi virum optaverat, sed fuerat collocata ab avia sua: quarto, numero liberorum. Hæc omnia, inquit, si concurrant, statum liberorum confirmant: qui locus est notandus, sed ut initio dixi, de avunculo loquitur, *l. sororis, l. etiamsi conc. de ritu nupt.* Sororis filiam ducere non licet, ergo nec neptem, nec proneptem: quoniam sunt filiarum loco: nec enim concubinatu licet has personas habere: nihil dicit de fratris filia: nam verum est licuisse fratris filiam uxorem ducere ex Senatusconsulto, ut est apud Cornelium Tacitum libro undecimo, sed non licuit ducere sororis filiam: et Xiphilinus, ait, Nervam vetuisse, ne quis duceret τὴν ἀδελφιδῆν: intelligit sororis filiam. Cur vero has prohibuit, non illas? non est querenda ratio, nam hæc pendet ex jure posititio. Jus posititium dicitur ad differentiam juris naturalis, quod est authenticum, nuptiæ quæ non sunt nominatim prohibitæ, permissæ intelliguntur: at non sunt nominatim prohibitæ cum fratris filia, igitur permissæ sunt. Non ergo abs re est, quod proponit, sororis filiam avunculo nupturam pecuniam in dotem dedisse: unde quæritur, *an possit condicere pecuniam nuptiis non secutis?* Et videtur prima facie non posse: alii prima fronte, alii prima ratione, κατὰ πρώτην ὄψιν, ἢ πρῶτον λόγον, *l. 2. §. sed etsi, de hæreditate vendit. l. 1. de auctorit. tutor l. utrum, de petit. hæredit.* Cujusque rei veræ duæ sunt rationes, prima et secunda, et secunda potior semper: prima ratio, quæ efficit, ut non videatur competere condictio, quia ea cessat, sive solius accipientis turpitudo, sive turpitudo utriusque versetur, ut in hac specie, *l. 3. et 4. et penult. de condict. ob turp. causam*, quia etiamsi utrinque turpitudo versetur in pari delicto, melior est causa possessoris, durior petitoris, quæ regula latissime patet: sive quæratur de lucro, sive de damno: nam in eo, quod petitor, aut possessor lucri aut damni facturus est, durior est causa petitoris, id est, lucrum pertinet ad possessorem, damnum ad petitorem, cujus rei innumera licet exempla ex jure proferre: contenti erimus his, quæ sequuntur, ut in §. *retinendæ, instit. de interd. l. 1. de cond. indeb. l. si servum*, §. *sequitur, de verbor. oblig. Paulus* 1. *Sent. l. pen. de Salv. interd. Theoph.* §. *æque de actionib.* Fortuna pro possessore sententiam dat si par sit causa ejus, qui petit, et ejus unde petitur, nec recte condicit quis ei, qui accepit turpiter, et si is, qui dedit, turpiter dedit, non agit interdicto de opere illicite facto in loco publico, quod et ipse idem fecit, *l. 2. §. idem ait, ne quid in loco publ.* Et possessoris in jure semper melior causa est. Sic semper melior est causa rei, reus non damnatur absens, accusator damnatur, qui litem fecit, *l. absentem de pœn.* Accusatori dantur duæ dilationes, reo tres, *l. ult. de feriis.* Sic olim reo tres horæ dabantur ad causam peragendam, actori duæ, ac præterea, si pares sunt sententiæ judicum, causam accusator non profert, sed absolvitur reus: in causis criminalibus actor cogitur edere reo rationes, non reus actori, *l. ult. C. de eden.* Reus potest uti variis et diversis exceptionibus, actor non pluribus actionibus, sed eligere debet, qua velit uti, aut protestari debet, quod ex una non potest consequi, se ex altera velle prosequi, *l. 1. §. quia autem, quor. legat. l. 45. de regul. juris.* Ergo secundum primam rationem, sororis filia, quæ quasi in dotem pecuniam dedit avunculo, nuptiis non secutis, eam condicere non debet, quia turpiter dedit, et avunculus turpiter accepit: melior est igitur causa possidentis. Papin. hic animadvertit, condictionem dandam esse filiæ sororis, quia in proposita specie non fuit turpis causa potius, quam nulla, id est, potius fuit nulla causa dandi, quam turpis causa, quandoquidem ea pecunia non potuit converti in dotem, quod nuptiæ non consistant, et dabatur pecunia, non ad stuprum, sed ad nuptias nomine dotis. Quid est dos? res vel pecunia quæ datur viro matrimonii nomine: non fuit igitur data ob turpem causam, sed plane ob nullam, ideoque dabitur condictio sine causa, quia sine causa eam dedit: nec distinguo, an mulier ignoraverit nuptias fuisse illicitas, nec ne. Nam utroque casu idem dicendum, condictionem dari, etiamsi scierit, §. *ult.* indicat etiam scienti, aut ei, qui scire debuit: cum privigno, id est, qui fuit privignus: noverca scire debuit, non esse inter eos nuptias, quia est juris-

gentium, quod nemo potest ignorare. Ergo scisse videtur cum privigno non esse nuptias: nihilominus tamen condictio datur. Sed non scire debuit in nostro casu, quod cum avunculo sint illicitæ nuptiæ, quod est juris civilis, *l. si adulterium, ad leg. Jul. de adult.* Et dari condictionem intelligendum, si non nupserit privigno, vel socero, vel avunculo. Nam si nupserit, dos est caduca: et quod factum est caducum semel, nunquam repetitur: dos fit caduca, nec revocatur, etiamsi postea nuptiæ confirmentur, *l. incestæ, l. dote, de ritu nupt. l. 4. C. de incest. nupt.* nisi errore acrissimo, ut ait *d. l. 4.* decepti sint. Nam si errore acrissimo decepti sint, et errore comperto, confestim diremerint matrimonium, dos non fiet caduca: et si præses provinciæ, in sua provincia uxorem duxerit, dos non fit caduca, *l. si quis officium, §. veterem. de ritu nupt.* Ergo generaliter, sive quis eam duxerit, cum qua non sunt licitæ nuptiæ jure civili, sive eam cum qua non sint licitæ jure gentium, dos fit caduca. Objiceret quis minorem duodecim annis pupillam. Hæc si nupserit ante pubertatem, dos non fit caduca, et condicitur, si post pubertatem nuptiis non consenserit: similiter si ancilla nupserit libero homini, et dotem dederit, dos non fiet caduca, sed condicetur a domino ancillæ, vel ab eo qui pro ea dotem dederit, nisi ea libera facta nuptiæ sequutæ sint, *l. qui servus de condict. causa dat. Gellius* libro 4. capite 3. *et 4. l. 59. §. ult. de jure dot.* Justæ non sunt nuptiæ cum ancilla, cum minore duodecim annis, fateor. Cur ergo dos non fit caduca? quia non sunt illicitæ nuptiæ: fateor non esse justas et solemnes: nego esse illicitas conjunctiones, et contubernia, et quasi nuptiæ: si essent illicitæ, non confirmarentur manumissione. Illicitum aliud est, quam injustum, in titulo *de justitia et jure.* Et similis est species in §. *ult.* Noverca privigno dotem dedit quasi nuptura, neque nupsit; nurus, hoc est, quæ fuit nurus, dotem dedit socero quasi ei nuptura, neque nupsit, ei dabitur condictio, quæ prima facie videbatur cessare, *hoc casu*, inquit, *vel magis, etc.* Cur? quia scilicet magis est nulla causa dandæ dotis, propterea quod magis sunt prohibitæ nuptiæ inter has personas. Sunt namque prohibitæ duplici jure, jure gentium, et civili: cum avunculo non committitur incestus jure gentium, sed jure civili tantum: nam harum nuptiarum permissio modo approbata est a principibus, modo improbata, *d. l. adulterium §. 1.* stuprum comprehendit et incestum jure civili: ideoque excusatur ignorantia pupillæ, quia potuit ignorare jus civile: non excusatur, si privigno, quia non licet ignorare jus gentium, atque ideo nulla fuit causa dandæ dotis.

Ad L. XXXIX. Sol. matrim.

Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege quam ambo contempserunt, neuter vindicetur: paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.

Hæc lex est de actione de moribus, quæ olim divortio facto erat inter virum et uxorem: hodie sublata est: qua de re Tertullianus queritur, quod sublati sint magistri morum, hoc est, censores. Locus hic postulat, ut de ea copiose disseramus ex Digestis. Divortio facto inter virum et uxorem erat actio de moribus, vel actio injusti repudii agente utroque, vel altero eorum περὶ κακοτροπίας A Rhetoribus actio injusti repudii dicitur male tractationis. Pars videtur fuisse actionis rei uxoriæ, maxime agente muliere, et viro agente proprie erat actio de moribus. In hac actione quæritur, cujus mores divortio causam dederint, quis divortii causam dedisse videatur. Et est actio civilis, non criminalis, quanquam dicatur accusatio hoc loco, et in *l. cum mulier 47. hoc tit.* Sed non est novum, ut actio civili vocetur accusatio, si vindictæ solius persecutionem contineat, non pecuniæ, non rei familiaris, ut actio ingrati, quæ jure nostro datur duobus casibus tantum, si ingratus fuerit libertus erga patronum, et si donatarius adversus donatorem. Dicitur hæc actio accusatio, quia arguit malos mores, et vindictæ persecutionem continet. Qui agit actione ingrati, agit causam doloris, nec de pecunia missa queritur magis, quam de beneficio male collocato: agit de moribus ingrati hominis: et similiter actio suspecti tutoris, accusatio dicitur: actio inofficiosi testamenti, accusatio dicitur: nam arguit testatoris impietatem, ingratitudinem, inhumanitatem. Accusatio etiam dicitur habere persecutionem vindictæ, licet res sequatur eum, qui obtinuerit, *l. 1. §. sed si puta, inf. si quid. in fraud. patr.* Eadem ratione actionem injuriarum esse accusationem, quæ dolorem mitigat ejus, cui facta est injuria: quanquam sequatur pecuniaria condemnatio, sed huc non spectat. Qua de causa hæ omnes actiones, quæ vindictæ persecutionem habent magis, quam pecuniæ, non dantur in hæredem, quia nulla pœnalis datur in hæredem, licet sit pecuniaria: sed nec dantur hæredi, quia vindictæ persecutionem habent. Indignatio est conjugis, non hæredis: qua de causa actio inofficiosi testamenti non datur hæredi. Datur tantum exhæredato, cui injuria facta est. Actio pœnalis, quæ persequitur rem, datur hæredi, ut actio furti, non in hæredem, ut puniatur, qui nihil deliquit, et actio, quæ vindictam solam spectat, nec hæredi datur, *l. 1. C. Theod. de dotib. l. rei*

judic. §. 1. *hoc tit. hæres*, inquit, *morum coercitionem non habet*, id est, *non agit de moribus adversus uxorem defuncti.* Hac actione autem de moribus puniuntur tam graviores mores, quam leviores; graviores, qui et majores: leviores, qui et minores dicuntur. Et graviores mores vocabant adulteria tantum; leviores, reliquos omnes pravos mores, quos indicat Ulpian. in *tit. de dot.* Et aliter puniuntur mores mulieris, aliter mores viri. Mores mulieris graviores sunt, ut adulterium sive probrum. Probrum in jure accipitur pro adulterio, *l. probrum, de verb. signif.* quæ est referenda ad *leg. Jul. de adult.* sicut furtum est crimen jure gentium, sic et adulterium. Graviores, inquam, puniuntur retentione, vel petitione sextæ partis dotis, leviores octavæ partis dotis. Ergo ob adulterium non amittebat dotem totam, sed partem tantum, id est, sextam. Quod et indicat lex *cum mulier*, *hoc t.* cum mulier lenocinio mariti adulterata est, maritus nihil ex dote retinet: ergo alias retinet ex dote, non dotem: propter adulterium, non est retentio dotis totius, sed partis tantum. Et ideo in *l. miles*, §. *si socer de adult.* socerum, qui accepit dotem nuru deprehensa, retinere vel petere lucrum ex dote: non dicit dotem, sed ex dote. Horatius tamen *deprehensam in adulterio doti metuere* dixit, *etc.* Plinius *eam, quæ vinum bibisset, dote mulctatam*, quod id haberetur instar probri, sive adulterii, quæ secundum jus non possunt accipi, nisi de parte dotis. Cato in oratione de dote, ut est apud Gellium: *si quid perverse, vel tetre factum esset a muliere, mulctari mulierem, si vinum biberit, si cum alieno viro probri quid fecerit, condemnari*: condemnari igitur in partem dotis tantum. Et ita in *l.* 38. *hoc tit.* mulierem, cujus culpa divortium factum est, ob adulterium mulctari: mulctari igitur parte dotis. Nam non invenio, ne ob mores quidem graviores, dote tota mulctari, nisi ex pacto, vel nisi extra ordinem motu judicis. Possunt ergo mulctari dote solida, vel motu judicis, vel pacto convento. Videamus, quemadmodum coerceantur mores mariti. Graviores etiam coercentur aliter, quam leviores. Et sciendum est, duo esse genera dotium. Alia est dos, quæ redditur annua, bima, trima die, si constat numero, pondere, mensura: dos alia, quæ præsenti die. Dos, quæ consistit in corporibus, in rebus mobilibus: vel immobilibus redditur præsenti die, quia earum rerum redditio non est difficilis: sed si fuerit pecunia est difficilis. Actio rei uxoriæ est bonæ fidei, ob id indulgetur annua, bima, trima die: redditur hodie annua tantum. In ea dote, quæ reddenda est annua, bima, trima die, graviores mores mariti ita puniuntur, si cum aliena muliere fuerit, ut eam dotem reddat præsenti die; leviores, ut eam reddat intra sex menses. In ea vero dote, quæ reddenda est statim, mores ita puniuntur, ut tantum reddat ex fructibus prædii dotalis, quantum ex eo quadriennio redigitur, quamvis percepti fuerint manente matrimonio, quod Ulpianus in fragmentis explicat in *tit. de dot.* Est igitur hæc actio pœnalis et civilis: regulariter actio civilis non consumit pœnalem. Nam et si quis sit victus civiliter, potest postea agere criminaliter, in *tit. quando civilis actio crimin. præjud.* Excipitur actio civilis, quæ habet vindictam et persecutionem: ut actio injuriarum consumit criminalem; quia idem persequimur criminali, quod civili, nempe vindictam publicam tantum: qui cecidit ergo civili, non potest intendere criminalem, *l. prætor*, 7. §. *si dicatur*, *de injur.* Ejusdem generis est actio de moribus; hac actione victus non potest mulierem accusare adulterii, quia pronuntiatum est, eum non habere vindictam graviorum morum, aut innocentem esse mulierem, nec probrum ullum fecisse, quod ostenditur *l.* 1. *C. Theod. vio. civil. crim. agi posse*, titulus est regula juris, sed lex excipit actionem de moribus. Ab ea regula etiam illud notandum est, in contrahendo matrimonio, vel in dote danda, aut amplianda non valere conventionem ita factam, ne quandoque de moribus agatur. Est turpis conventio: vel si convenerit, ut plus aut minus exigatur propter mores, non est honesta conventio, quia publica legum coercitio privata pactione tolli non potest, *l.* 9. *de pact. dot.* et in Noricis Pandect. et in aliis Flor. nescio quomodo fuerit sublatum, propter jus novum, quo sublata est actio de moribus: sed hodie hoc est planum, conveniri non posse ab initio contrahendi matrimonii, aut dotis, ne agatur de moribus: nam post divortium valet conventio: cum jam nata est actio de moribus, licet eam mihi remittere, *l.* 20. *de pact. dotal.* ubi fuit simile flagitium, quod extat hodie in omnibus Pandectis. In ea *l.* 20. scriptum est, *ob res donatas, vel ob amotas, vel ob impensas, ne quid retineatur ex dote:* erat enim retentio propter has causas: pactio interposita valet post divortium. Verum ex Basilic. addendum est, *ob mores, vel ob res donatas, vel amotas, vel ob impensas pactio valet post divortium.* Ita, si in contrahenda societate, vel mandato, vel constituendo procuratore convenit, ne furti agatur, conventio est contra bonos mores: valet tamen, postquam furtum factum est, *l. si unus* §. *pacta, de pact.* nec post furtum admissum turpis est conventio: ante est turpissima. De actione de moribus illud etiam est notandum, quod ait Senatusconsultum, ei posse objici compensationem lenocinii: hoc est verum, non recte agit de moribus, qui ipse lenocinium uxori præbuit. Et ita species

proponitur. Divortio facto mutuo egisse de moribus virum et uxorem, viro dicente divortii causam dedisse uxorem, et contra uxor affirmabat idem de viro. Judex pronuntiavit: *causam utrumque divortii dedisse videri*, quod notandum. Cum autem ita pronuntiavit judex, quid significatur his verbis? Compensationi locum esse: ergo maritum nihil posse retinere ex dote ob adulterium mulieris, cum ille causam adulterii dederit; *paria delicta*, inquit, *mutua compensatione tolluntur*, τὰ ἴσα πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται, ut est in Basil. Et similiter in *l. cum mulier*, *hoc tit.* ponitur, mulierem adulteratam lenocinio mariti, et ait, eum nihil ex dote retinere: *cum enim improbat mores uxoris*, *quos ipse ante corrupit*, *aut post probavit?* Leno igitur non habet retentionem dotis: an habet petitionem, hoc est, potestne agere de moribus? Minime: hoc subjicit *l. cum mulier*, ex mente legis, scilicet Juliæ, hoc esse, ut qui lenocinium probarit, non possit mulierem accusare de moribus. Non oportet accipere hunc locum de actione criminali, sed civili: huic legi alioquin obstaret lex 2. §. *si publico*, *de adulter.*, *l. si uxor* §. *judex*, *eodem*: in quibus ostenditur, eam, quæ criminaliter accusata est adulterii a marito, non objicere compensationem lenocinii: allegare quidem lenocinium, sed non ut fiat compensatio, neque fieri potest, sed ut oneretur maritus. Allegatio lenocinii onerat maritum, sed non exonerat uxorem: quandoque uterque punitur. Non fit igitur compensatio mutui criminis. Mulier, quæ rea accusata est lege Julia de adulter. non potest maritum accusare lenocinii judicio publico, sed referre, hoc est, retorquere, quod non est accusare: quæ res onerat maritum, nam efficit, ut damnetur etiam sine accusatore, quod non est novum, sed non excusat etiam mulierem. Et eleganter nostri auctores non relatione criminis, non recriminatione criminis, sed innocentia purgari reum, ἀπολογήσομαι πρότερον εἶτα καθηγορήσω ἵνα νόμον δικαστικὸν φυλάξω. Id Nazianzenus in epistola quadam refert esse cautum lege judiciaria. Relatio ergo criminis non liberat; onerat tantum eum, in quo refertur, et potest mulier marito agente criminaliter ex l. Julia de adulteriis, objicere non tantum crimen lenocinii, sed et adulterii, si dicat et ipsum fuisse cum alia muliere, in *d. l. si uxor*, §. *judex*. Non ibi dicit Jureconsultus, ea verba esse ex rescripto, sunt tamen ex rescripto Antonini. Sunt innumera rescripta in Pandectis, quorum auctores tamen reticentur. Non solet vir accusari adulterii: quod Theologi probant, et sacræ literæ, sed est relatio, hoc est, mulier, quæ accusatur impudicitiæ, potest et virum impudicitiæ redarguere, et eo casu punitur etiam adulterium mariti, et non fit compensatio mutui criminis. Dum non distingunnt interpretes inter has duas actiones de moribus civilem, et legis Juliæ de adulteriis, criminalem, in hoc dissidio pugnant se vehementer. Lex *cum mulier* admittit accusationem morum: dicta lex secunda non admittit. Et ita dirimenda lis in actione de moribus: civili admitti compensationem criminum parium; in actione de moribus criminali non admitti. Et ne videatur hæc differentia nova, observemus etiam non accusari maritum adulterii, nec a muliere, nec ab alio, *l.* 1. *C. ad leg. Jul. de adult.* accusatur tantum de moribus civiliter, et punitur, ut diximus: et similiter hæres ejus non agit de moribus contra uxorem defuncti. At post mortem mariti mulier potest accusari adulterii, *l. miles* §. *defuncto*; *ad leg. Jul. de adulter.* Ita tres sunt differentiæ inter actionem, et accusationem civilem de adulterio, et criminalem de adulterio. Possunt hæc accomodari ad cetera quamplurima, quæ antiquata non sunt. Actio de moribus hodie sublata est tit. *Cod. de repud. et judicio de moribus*: constat etiam sublatam retentionem ex dote, quæ competebat viro ob malos mores mulieris tam graviores, quam leviores: retineri etiam non dotem totam, sed partem sextam tantum, eaque pars retinebatur, vel agente muliere rei uxoriæ: vel de dote, vel petebatur actione de moribus: retentio etiam sublata est *l.* 1. §. *taceat*, *C. de rei uxor. act.* Inductum est aliud jus, nec data impunitas malis moribus. Imo gravius coerciti sunt mores conjugis, qui divortii causam dedisset: mulier enim, quæ causam dedit divortii, ipso jure amittit dotem totam amittit, etiam (quod obvenire solet mulieri ob donationem propter nuptias) emolumentum, quod ex causa divortii ad eam pertineret, si mores ejus causam dederint, si culpa mulieris factum fuerit divortium. Sic loquuntur Jureconsul. ubi culpa significat dolum, aut violatam pudicitiam. In illum locum Virgilii: *Conjugium vocat: hoc prætexit nomine culpam.* Verbo *juris*, inquit Donatus, usus est. Et præterea ob adulterium tantum præstat mulier marito, quantum efficit tertia pars dotis ex Novel. 112. et 117. Longe igitur gravius hodie coercetur. Sublata pœna hujus judicii, vel aucta, vel mutata, et judicium sublatum est, sive actio de moribus, non quod hodie liceat impune conjugi malos mores habere, male esse morigero vel morigeræ. Ac similiter maritus ob mores malos amittit totam donationem propter nuptias, quæ est reciproca, quasi ἀντιφέρνη: amittit lucra nuptialia et debita ex pacto dotali: solent enim esse paria, quantumque defertur lucri marito ex pacto dotis, tantum mulieri ex donatione propter nuptias, idque jus æqua-

bile postulat. Si igitur cum altera uxore maritus probri quid fecerit, etiam præstat ex bonis suis ultra donationem, quam amittit tantum, quantum efficit tertia pars donationis propter nuptias, Novel. 134. Quid vero dicemus, si matrimonium fuerit sine dote, sine donatione propter nuptias, qui casus non erat comprehensus jure veteri, quia nullæ erant nuptiæ sine dote: ex constitutionibus hoc est, ut possunt nuptiæ esse sine dote: imo vero olim turpe æstimabatur nubere eam, quæ non adfert dotem, nec æstimabatur esse nupta, sed concubina potius aut injusta uxor: ex constitutionibus hoc casu uterque ob mores malos præstat ei, quem offendit, quemque coegit ad repudium, quadrantem bonorum suorum, si modo quadrans non excedat legitimum modum dotis legis Papiæ, *l.* 2. *C. Theod. de inoffic. dote.* Et qui modus est dotis, idem est in donationibus propter nuptias. Et videtur ex leg. Papia hic fuisse modus dotis centena millia sestertia, et ita in *l. cum de in rem verso*, *ff. de usur.* dicitur decies centena, hoc est, decies centena millia sestertia nummum. Dicitur Athenagoras dedisse centena millia sestertium. Idem etiam testatur Juvenal. *Et ritu decies centena dabuntur*, *Antiquo*, et alibi, *bis centena dedit*, *etc.* Et Martialis: *centena decies tibi dedit dotis.* Fuit satis magna hæc dos: exiguor fuit longe prisca ætate, et ut Valer. refert quarto capite: *Quædam Tatia visa est maximam dotem attulisse*, *quæ dederat decem millia æris* (*cent escus*). Et Senatus in gratiam Scipionis constituit quadraginta millia. Et ut idem scribit, Megalia mulier obtinuit nomen Dotatæ, quod super alias omnes mulieres ingentem dotem, videlicet quinquaginta millia æris (*cinq cens escus*) habuisset. Nam ut potius legamus 50. paupertas ejus seculi indicat. Nota est prisca paupertas, et societas, et sedulitas, cui maxime studebant veteres. Et notandus est etiam locus Justin. *de injur.* ubi dicit in §. *pœna*: *Propter os fractum nummarias pœnas esse constitutas*, *ut in magna veterum paupertate.* Et ita etiam in *l.* 3. *de suppellect. leg.* ubi quæritur, an suppellectile legata debeantur vasa argentea, ait *hodie deberi:* sed olim vasa argentea propter prisci seculi severitatem, non erant in supellectile. Constat plerosque senatu motos, quod possidebant millia pondo argenti facti vel auri, Plutarchus in Syll. Gellius *l.* 2. *Valer. lib.* 2. Verum ad rem. Servatur modus dotis legitimus, non tantum in constituenda dote, sed etiam cum matrimonium fuit sine dote in mulctando eo, cave, quæ divortio causam dedit. Nam infert ei, quem læsit, quadrantem dotis, vel donationis propter nuptias: non excedit modum dotis centum libræ pondo auri. Item hodie certæ sunt causæ justi repudii, quæ enumerantur in *l. consensu et l. ult. C. de repud.* nec licet alias adjicere. Ante Pandect. Florent in *l.* 7. *de bon. damnat.* male legebatur, *exhæredari liberos certis ex causis*, quia ante ejus Novell. non fuerunt certæ causæ. Olim certæ non fuerint causæ repudii. Et notandum, quod ait *d. l. ult.* quod actio de moribus etiam minus olim frequentabatur, quod non est usquequaque verum. Nam hoc ita intelligendum est, minus fuisse frequentatam actionem de moribus agente viro, maxime ob mores graviores: nam unusquisque mallebat accusare criminaliter de adulterio, quam civiliter de moribus: qui eligit criminale judicium, consumit civile. Ita etiam hodie actio furti in duplum vel quadruplum, non frequentatur, quia extra ordinem criminaliter agitur, *l. interdum*, §. *qui furem*, *de furt.* Hodie omnia judicia sunt extraordinaria, quanquam, si quis vellet agere ordinarie, liceret, sed minus frequentatur jus legitimum: eligentes autem extraordinaria, ordinario decidimus, et ita quod hodie non sit actio furti in quadruplum, est ex jure: quod non appelletur, non est ex jure. Et quod hodie a pœna appelletur, videtur non esse ex jure, alioqui appellatur a lege. Nam pœna irrogatur lege, mulcta extra ordinem: a mulcta licet appellare, a pœna non licet; hodie a pœna licet appellare, quia non est contra jus, quia omnis pœna est extraordinaria, vel arbitraria. Et simili modo, si dixeris, hodie nullum esse imperium merum, omne esse mixtum, etiam jus gladii tacite sequi magistratum. Imperium autem merum nominatim lege deferebatur, vel plenissimum, vel ex parte tantum, ut jus deportandi, non relegandi, vel jus gladii, non adiecto jure deportationis: sed hodie omne imperium est mixtum jurisdictione.

Ad L. LXI. Soluto mat.

Dotalem servam, vir invita uxore manumisit: hæres solus vir a liberto institutus hæreditatis portionem, quam ut patronus consequi potuit ac debuit, restituere debet: alteram vero portionem dotis judicio: si modo uxor manumittenti refragatur.

Jam ad quæst. *l.* 61. vir non potest alienare fundum dotalem invita muliere ex *l. Jul. ex constit. Justin.* ne volente quidem muliere: lex vel constitutio loquitur de fundo, et facile trahitur ad domum, ut l. 12. tab. *de usucap. fundi*, trahitur etiam ad domum: lex, inquam, loquitur de fundo, de prædio, non de servo dotali: nam maritus quasi dominus constante matrimonio, si sit solvendo, potest manumittere servum dotalem, vel in testamento, vel inter vivos, et valet libertas etiam

invita muliere, videlicet si maritus fuerit solvendo, si reddendæ dotis fuerit idoneus, aut æstimationis dotis: sed si non fuerit solvendo maritus, et manumiserit servum dotalem, sane si in fraudem creditorum, (videtur autem semper fraus intercessisse, si non est solvendo debitor) non valet ipso jure libertas ex *l. Ælia Sentia.* Sed si non manumiserit in fraudem creditorum, id est, ut ait *l. servus dotal. de manumiss.* Si alios creditores non habuerit, etiam ipso jure non valet libertas ex l. Julia, quæ vetat manumitti servum dotalem ab eo, qui solvendo non est. Nam quando maritus solvendo non est, dos statim debetur etiam constante matrimonio, *l. si const. in princip. hoc tit. l. 3. C. de jur. dot. l. 1. et ult. C. de ser. pign. dat. manum.* Nunc finge: maritus, qui erat solvendo constante matrimonio servum dotalem manumisit, rata est libertas, et habetur pro patrono, *l. intestato*, §. 2. *de suis et legit.* valet etiamsi invita muliere facta fuit. Sed alia in re multum interest, volente an invita muliere manumiserit. Nam si volente et donante maritus servum dotalem manumiserit, valeat donatio inter virum et uxorem, quia non locupletat maritum. Nam qui acquirit libertum, non videtur locuples fieri: si, inquam, servum dotalem manumiserit, non tenetur restituere, quod ad eum pervenit ex bonis liberti, sive pervenit jure patronatus, sive alio jure: quod ostenditur in *l. seq. et l.* 53. Quod si invita muliere manumiserit, valet quidem libertas, sed an restituere debet ea, quæ a liberto ad eum perveniunt? Finge: qui erat solvendo (quæ est species *h l.*) servum dotalem manumisit invita muliere: libertus eum hæredem ex asse instituit. Quæritur, an omnia bona liberti debeat restituere mulieri? Concludit Papinianus, restitui omnia debere, sed diverso actionis jure. Nam portionem bonorum liberti, quam ut patronus consequi potuit, id est, legitimam debitam patrono, quæ portio fuit semis bonorum, hodie est triens, hanc inquam portionem restituere tenetur uxori, qua invita manumisit. Qua actione? Condictione ex *l. Julia*, quæ dabitur etiam constante matrimonio: In l. 65. hæc actio, id est condictio ex *l. Julia*, de qua tractant superiores leges: et ita in *l. filius*, §. *ult. ad l. Corn. de fals.* appellatur, condictio illa ex *l. Julia* datur etiam constante matrimonio, non est interpretandum de actione mandati, ut alii, aut negotiorum gestorum, aut actione de dote, sed de condictione ex lege Julia: et hoc exemplum addendum est *ad tit. de condict. ex lege.* Aliam vero portionem tenetur restituere uxori actione de dote: ergo soluto matrimonio, non constante: nec enim nascitur actio de dote constante matrimonio, nisi in casu *d. l. constante*, *in princ.* et in casu legis 1. *de repud.* quia ex dotis causa lucrum illud ad eum pervenit, et quia inviti nomen est ambiguum: nam dicitur invitus, qui contradicit palam: vel invitus est, qui tacet, qui non consentit palam: nam taciturnitas aliquando imitatur consensum, aliquando dissensum, de qua re non potest certa regula constitui. Papin. in *hac lege* interpretatur invitam mulierem, si modo uxor manumittenti refragatur. Ergo in *hac lege*, invita est, quæ contradicit palam, alioqui pro consentiente habetur, quod evenit et in aliis casibus, *l. 1. C. de servo pignori dato*, adhibita *l. 1. C. de remiss. l. 2.* §. *voluntate*, *hoc tit. l. mand. l. 6. C. de nupt.* Non sunt justæ nuptiæ, quæ fiunt invito patre, id est, prohibente, contradicente. Nam si taceat, velle videtur, et in *l. 7. de sponsal.* Alias invitus est, qui non suffragatur, qui tacet, atque ideo taciturnitas imitatur dissensum, *l. invitus*, *de serv. urb. l. si eo jure*, §. 1. *de ritu nupt. l. 1. C. de thesaur. l. 10. et l. filiusfam. 9.* §. *invitus*, *de procurat.*

Ad §. *Papin. L. VII. Solut. matrim.*

Papin. lib. 11. *quæstionum, divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, sed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit: neque enim si vindemiæ tempore fundus in dotem datus sit, eumque vir ex Calend. Novemb. primis fruendum locaverit, mensis Januarii suprema die facto divortio, retinere virum, et vindemiæ fructus, et ejus anni, quo divortium factum est, quartam partem mercedis, æquum est: alioquin, si coactis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit. Itaque si fine mensis Januarii divortium fiat, et quatuor mensibus matrimonium steterit, vindemiæ fructus, et quarta portio mercedis instantis anni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.*

Explicanda nobis est quæstio *l. 7.* §. *Papin. sol. matr.* de fructibus fundi dotalis pro ratione dividendis inter virum et uxorem soluto matrimonio, quæ est quæstio vexata ab omnibus interpretibus tam veteribus, quam novis: et a veteribus saue consultius, quam a novis: quam incipere necesse est ab hac juris definitione certissima. Fructus extremi anni, quo divortium factum est, dividi inter virum et uxorem pro rata temporis, quo eo anno matrimonium stetit: ut si eo in anno stetit mensibus quatuor, fructus dividuntur inter virum et uxorem pro triente et besse, trientem retinet vel petit maritus, bessem repetit uxor judicio dotis, quod sit quasi augmentum dotalis fundi: et

annus incipit modo a die traditi fundi dotalis modo a die nuptiarum: annus incipit ex die traditi fundi dotalis, non ex die nuptiarum, non ex die promissionis si traditio secuta sit nuptias, vel conventionem dotis: hoc enim casu annum non numerabo a die nuptiarum, sed a die traditi fundi dotalis, quando traditus est post nuptias, *l. 5. hoc tit.* In qua sciendum, ne quis erret, πλοκὴν in verbo *constituerem dotem;* bis facit mentionem in ea lege constitutæ dotis, sed in priore loco aliud significat constituta dos, in posteriore aliud: nam in priori loco est dos dicta vel promissa. Et ita etiam videtur scripsisse Ulpianus in *d. l. 5. dotis dictæ*, non *constitutæ;* non constituitur enim verbis, sed re, quia dictio dotis erat sublata: substituit Tribon. dotis constitutionem: posteriori autem loco dos constituta est, cujus possessio traditur, ut interpretatur etiam Ulpianus, dote constituta, id est, tradita possessione, quoniam id ante non eodem significatu dixerat: in jure semper constituitur dos traditione rei, non verbis, *l. si socius pro filia*, *pro soc.* et aliis locis. Si ergo dos sit tradita post nuptias, annus numeratur ex die traditionis: sed si ante nuptias, annus numeratur ex die nuptiarum. Nam fructus ante nuptias ex ea dote percepti augent dotem, et sunt restituendi mulieri, quasi pars dotis soluto matrimonio, *l. 6. hoc. tit. l. videamus* 38. §. *ante matrimonium*, *de usur. l. dotis* 2. §. 1. *l. si servo in dotem*, *de jur. dot.* Et ita annus alias incipit ex die traditi fundi dotalis, alias ex die nuptiarum. Ex die traditionis incipit, si traditio fuit posterior matrimonio. Exempli gratia: si contractæ sunt nuptiæ Cal. Januar. et dos tradita est Cal. Decemb. divortium autem factum est pridie Cal. Januar. vel Cal. Januar. maritus ex fructibus fundi dotalis retinebit tantum pro rata unius mensis, quia numerando annum a die traditæ dotis, uno tantum mense stetit matrimonium. Et hoc est certissimum. Verum additur exceptio hæc a quibusdam, nisi moram fecerit mulier in tradenda dote. Hoc enim casu, inquiunt, ex mora annus computabitur, non ex dote tradita: quam sententiam improbo: quia in strictis judiciis, neque usuræ veniunt ex mora, neque fructus: moram creat interpellatio, conventio creditoris, etiamsi fiat extra jus judiciumve: hoc est certissimum. Ergo multo magis moram creat litis contestatio: hæc est certior mora, id est, interpellatio judicialis: sed et illa est mora. Dices, fateor non venire usuras ex mora in strictis judiciis, id est, extra interpellationem judicialem. Dubito an non veniant ex lite contestata: non abs re. Nam sunt hac de re controversia inter Sabinianos et Proculejanos. Procul. volebant nec venire usuras, nec fructus ex lite contest. Sabinianorum tamen sententia obtinuit, ut ex lite contestata in strictis judiciis veniant fructus tantum, non usuræ, non jure, sed æquitate, ut ait *l. videamus*, §. *si actionem*, *de usur. l. 8. de re jud. l. 2. C. de pet. hæred.* Et fructus veniunt ex lite contestata, usuræ non veniunt, quia non ex rebus, quæ in judicium veniunt percipiuntur: sed ex obligatione civili percipiuntur, *l. usuræ* 121. *de verb. signif.* Stricto judicio dos debetur marito veluti ex stipulatione dotis: jure veteri ex dictione dotis, quæ erat solemnis obligatio, et præcipue recepta in dotium causa, et hodie ex pacto nudo, ex pollicitatione, ex quibus causis paratur actio stricta. Ergo in hanc actionem non veniunt fructus vel usuræ: nisi fructus post litem contestatam. Mulier autem repetit dotem judicio bonæ fidei, et in judicio bonæ fidei, veniunt fructus etiam sine mora, *l. videamus*, §. *pen. de usur.* usuræ non veniunt nisi ex mora. Et hoc omne est retinendum memoria: nam sæpe fallimur, et usum habet quotidie, atque adeo debet esse nobis in numerato. His addendum est, superiori sententiæ de dividendis fructibus pro portione, ita demum locum esse, si divortium fiat bona gratia: nam si fiat culpa mariti, maritus tantum restituit ex fructibus fundi dotalis, quantum ex eo quadriennio redigitur, quod scripsit Ulpian. *de dotibus.* Non dividuntur ergo fructus extremi anni, cum retro quadriennii maritus ob culpam eos reddat ob mores. Quod si culpa uxoris fiat divortium, hodie retinet totam dotem, ergo et fructus dotis. Sed ita demum superiori sententiæ de rata fructuum locus est, si fundus dotalis fuit inæstimatus, qui proprie est dotalis, ut ait Justinianus in *l. unica*, §. *itaque*, *C. de rei uxor. act.* Nam si fundus fuit æstimatus, non est proprie dotalis sed emptus: æstimatio est quasi emptio, et quasi emptor maritus fundi æstimati sustinet dispendium, atque compendium, et periculum omne. Idcirco fructus ad eum pertinent jure perpetuo etiam post divortium, et liberatur pretio fundi dotalis, de quo convenit initio. Itaque quæstio hujus l. pertinet tantum ad fundum dotalem inæstimatum. Item superiori sententiæ locus est cum hac exceptione, nisi convenerit inter virum et uxorem, ut extremi anni fructus, nondum percepti mulieris lucro cederent. Namque potestate conventionis omnes cedunt mulieri, quos non percepit maritus tempore divortii, *l. pen. de pact. dot.* Item superiori sententiæ locus est divortio soluto matrimonio. Idemque erit morte mariti soluto matrimonio, quo casu reddenda est dos mulieri cum fructibus pro rata ejus temporis, quo stetit matrimonium, ab hærede mariti, vel a socero, quod ostendit §. *interdum*, *hac lege.* Idem etiam erit morte mulieris soluto matrimonio, si dos

fuit profectitia, quia reddenda est patri cum fructibus: similiter servata eadem ratione divisionis et temporis. Sed non idem erit, si dos est adventitia, et finiatur matrimonium morte mulieris: nam hoc casu dos remanet apud virum: ergo et dotis fructus qualescunque, et quocunque tempore percepti, *l. mulier*, *de condit. instit. l.* 5. *de bon. dam.* Cornutus in Persium etiam hoc probat his verbis: *Dos* (inquit) *a cive Romano data*, *non patrio dicta more*, id est, *non profectitia*, *si non divortium intervenerit post mortem mulieris*, *apud maritum remanet.* Probatur etiam superior sententia præter hunc paragraphum, Papin. etiam *l. cum in fundo* 78. *divortia*, *de jur. dot.* quæ etiam usufr. dato in dotem, nominatim ait, fructus divortio facto dividi pro rata ejus anni, quo divortium factum est. Probatur etiam §. *sed noviss. C. de rei uxor. act.* ubi Thalelæus hoc utitur exemplo, quod perquam depravate Latine Gentianus Hervetus reddidit. Exemplum tale est: Fundus dotalis post nuptias traditus est Calend. Sept. vel post traditionem fundi nuptiæ contractæ sunt Cal. Septemb. a die traditi fundi, vel a die nuptiarum, matrimonium stetit decennio, et undecimi anni mensibus 8. namque divortium factum fuit pridie Calend. Mart. anno undecimo. Omnes menses matrimonii sunt 128. quot retinebit maritus ex fructibus? proculdubio retinebit fructus decennii, quia tamdiu sustinuit onera matrimonii, et ex undecimo retinebit bessem, restituet mulieri trientem: ergo æquum est, ut fructus dotis percipiat pro rata ejus temporis: Quid est dos? Pensatio onerum matrimonii. Et ideo absolute a Martiano Capella dicitur *repensatrix*, et in hac provincia dos vocatur *versura*: nec alia est ratio repetitionis dotis constante matrimonio quam si maritus non sit solvendo, sit impar oneribus matrimonii ferundis, aut periculum sit ne fiat impar, *l. si constante*, *in princ. hoc tit. et l. servus dot. de manum.* Et ex eo beneficio *l. si costante*, non tantum est repetitio dotis, sed etiam petitio. Est repetitio adversus maritum manente matrimonio, si non sit solvendo, vergentem ad extremam egestatem, et propemodum profligatis rebus dotalibus: alioquin maritus non tenetur, nisi in id quod facere potest. Sane soluto matrimonio non tenetur, nisi in id quod facere potest, et multo minus manente matrimonio: sed hoc est, pro majori beneficio: est etiam vindicatio dotis, sive rerum dotalium per directam vindicationem, vel hypothecam adversus extraneos possessores etiam manente matrimonio, *l. ubi*, *C. de jure dot.* Et in eo magis apparet beneficium *l. si constante*. Sed pergamus et confirmemus adhuc magis superiorem sententiam, quæ est veluti arx totius disputationis. Probatur etiam *l. etsi marito*, §. *ult. hoc tit.* Et ex *d.* §. *ult.* potissimum intelligitur, analogiam illam fructuum augere dotem, id est, pro rata temporis, quo postremo anno mulier in matrimonio non fuit: unde sic definire licet: fructus percepti ante nuptias augent dotem: fructus etiam post nuptias augent dotem pro rata temporis, quo divertit. Postremo comprobatur a Paulo in Sentent. lib. 2. Sed quæso videamus quibus verbis? ait fructus fundi dotalis constante matrimonio perceptos, lucro mariti cedere pro rata anni ejus, quo divortium factum est: hoc est certum in fructibus perceptis. Quod est certius, eo loci Paulus proposuit. Sed addere etiam oportet, habendam rationem fructuum pendentium extremo anno: non tantum veniunt in contributionem fructus percepti a marito, sed etiam pendentes, §. *inter*, *h. l. et l. si filiofa.* 23. §. *ult. sol. mat.* quod indicat *l. pen. de pact. dot.* dum ait, *Pacto conveniri posse, ut fructus nondum percepti*, id est, *pendentes cedant lucro mulieris.* Detracto igitur tali pacto, fructus non omnes cedunt mulieri, sed dividuntur servata temporis ratione, quo extremo anno stetit matrimonium. Etiam notandum est illud, fructus, in hoc proposito, et alias semper intelligi in jure deductis impensis factis fructuum causa. Et eleganter dicitur in *l. fundus qui dot. fam. ercisc.* nullum casum intervenire, qui impediat hoc genus deductionis, vel compensationis, id est, nullo casu evenire, ut impensæ factæ fructuum gratia non compensentur: fructus sunt in lucro: non sunt autem in lucro, quatenus conveniunt cum sumptuum quantitate: ergo non sunt fructus: nullus, inquit, casus intervenire potest, qui impediat hoc genus deductionis. Est tamen unus in *l. ult. C. de fund. rei privatæ lib.* 11. Si quis emerit fundum rei privatæ Principis insciens, sine dolo malo, nihilominus restituit fundum, non habita compensatione expensarum cum fructibus: restituit igitur fructus omnes sine deductione meliorationum. Ergo ut me recipiam ad id, quod inceperam dicere, cum dicimus, fructus esse dividendos, eos dicimus, qui supersunt deductis sumptibus: prius habenda est ratio sumptuum, deinde facienda eorum qui supersunt divisio: hoc refertur in initio hujus legis. Scævola dicebat pertinere tam ad sumptus factos a muliere fructuum gratia ante nuptias, vel traditam dotem, quam ad sumptus factos a viro ante vel post nuptias. Nam uterque suorum sumptuum deductionem habet. Finge: mulier pridie vindemias fundum in dotem dedit, mox a marito collectis vindemiis divertit, atque ita uno tantum mense constitit matrimonium: fecerat mulier in colenda vinea sumptus, fecerat et maritus in colligenda vindemia:

mulier impendit 4. vir 2. solidos, fructus vindemiæ sunt 18. quid fiet? ante omnia ex fructibus deducet mulier quæ impendit, vir autem 2., reliqua erunt 12. quæ ita dividentur, ut mulier habeat 11., maritus unum duntaxat. Et hoc ita proponitur initio hujus legis, cum uno tantum mense stetit matrimonium. Quid si pluribus annis steterit matrimonium, et uxor, antequam fundum traderet, aliquid impenderit in ejus fundi culturam? eadem ratio servabitur. Nam ante omnia soluto matrimonio, id est, antequam fiat divisio fructuum, implere mulieri sumptus debet. Et hoc est, quod ait initio l. 7. necesse esse primi anni computari tempus; id est, rationem haberi temporis primi anni, quod sit ante prædium datum, ratione scilicet impensarum quas mulier fecit, etiamsi plurimis annis matrimonium steterit. Nam vetustas temporis non potest mulieri adimere deductionem impensarum. Species hujus §. hæc est: mulier tempore vindemiarum, id est, Calend. Octob. dedit vineam in dotem, mox maritus collegit vindemiam, et vineam locavit ex Calend. Novemb. et matrimonium solutum est suprema die Januarii, atque ita matrimonium stetit 4. mensibus tantum, numerando, ut oportet, a die traditi fundi: quæritur, quantum retinere maritus ex fructibus possit? Et dubitatur, an possit integros vindemiæ fructus retinere, quos sustulit, et pensionis, quia a die locationis matrimonium stetit tribus mensibus tantum, id est, quadrante anni, an, inquam, maritus possit retinere integros fructus vindemiæ quos sustulit, et præterea quartam partem mercedis locationis, quia a die locationis stetit tres menses? sed ait, annum non computari a die locationis, sed a die traditi fundi. Atque ita computando, matrimonium stetit 4. mensibus, id est, triente anni. Ergo non debet retinere, nisi trientem fructuum. Qua de causa nos confundemus fructus, fructus scil. vindemiæ, et pensionis trium mensium, qui cesserunt: reliquorum mensium, qui non cesserunt, non confundemus. Et ita confusa vindemia, et mercedis quarta, dabimus trientem marito, quia tertiam quoque partem anni cum uxore vixit: reliquum restituet mulieri. Et hoc ostendit ab absurdo, ut refellat eos, qui contrarium sentiebant, et dicebant, maritum retenturum fructus vindemiæ, cum non debeat retinere, nisi trientem vindemiæ, et trientem quadrantis pensionis confundi cum vindemia: nam si maritus non locaverit vineam, sed legerit tantum vindemiam, et altera die divortium fecerit mulier, integros an retinebit fructus? minime. Eadem absurditas intervenit si locaverit, si non toto anno, sed quatuor mensibus stetit matrimonium. Verba sunt planissima, sed fundanda; et confirmanda sunt: exponenda nunc sunt ea, quæ diximus, diligentius. Mulier pendente vindemia fundum in dotem dedit Calen. Octob. mox lecta uva, sublata vindemia, maritus eundem fundum locavit ex Cal. Novem. ejusdem anni, et divortium est factum suprema die mensis Januarii, pridie Cal. Feb. atque ita matrimonium stetit 4. mensibus. Quæritur quemadmodum *fructus ejus anni sunt dividendi inter virum et uxorem?* Et quia matrimonium stetit 4. mensibus, ex sententia Papin. maritus retinebit tertiam partem ex mercede quæ cesserat et debebatur tempore divortii, id est, ex quarta parte mercedis, æque maritus retinebit tertiam partem. Separatim igitur ex vindemia retinet tertiam partem, ex quarta parte mercedis etiam tertiam partem, vel confusa vindemia cum quarta mercedis parte, retinebit tertiam. Consulantur Mathematici: respondebunt, nihil esse æquius distributione Papiniani. Cum verba sunt clara, quid jurgamur? Cur in inquirenda ratione sententiæ, quam verba præferunt, non laboramus? Eam distributionem defendit Joan. Buteo adversus Accurs. et Alciatum, secundum Papin. proportionem Geometricam, quæ servatur in distributionibus. Arithmetica servatur in commutationibus, quam tamen Geomet. scilicet non servat Franc. Accurs. cum scribit contra Papin. verba manifestissima. Proportio Arithmetica est, cum est idem excessus, ut idem est excessus 5. ad 4. qui 2. ad 1. nam utrobique major numerus exuperat uno. Geometrica est cum non est idem excessus, sed eadem ratio proportionis, ut eadem est ratio 8. ad 4. quæ 16. ad 8. nempe dupla: nam in 8. insunt bis 4. et in 16. insunt bis 8. Denique eadem est proportio octo ad 4. quæ 16. ad 8. Servatur et proportio hæc, cum mulier extremo anno innupta fuit mensibus octo, nupta quatuor. Sic ex vindemia, quæ est 24. marito relinquuntur 8. mulieri 16. quæ est eadem proportio, quæ in iisdem mensibus, quibus vel nupta fuit vel innupta, in distribuenda vindemia. Et similiter ex quarta parte mercedis locato fundo 12. (puta) marito relinqueretur unum, id est, tertia pars quartæ partis, mulieri duo, quæ est eadem proportio. At videamus quæ objiciuntur sententiæ Papiniani. Hic vult, in divisionem venire portionem mercedis tantum, id est, quartam partem mercedis, quæ cesserat, et debebatur tempore divortii. Si maritus fundum locaverit 12. vult dividi 3. nummos, ita ut maritus unum habeat duntaxat, mulier 2. Contra in §. *seq.* e contrario, et §. *item si messis*, ostenditur, totam mercedem in contributionem venire, et divisionem fieri pro rata temporis, quo matrimonium stetit: ergo pro rata quatuor mensium, etsi locatio non cœpit a primo mense, sed secundo: debuit igitur in divisionem venire non quarta pars mercedis, sed tertia, id

est, quarta nummi: Nam non spectamus, quid tempore divortii debebatur, sed quid debebitur, ut recte Florent. scriptum est in §. *e contrario*. Recte et hoc, ut planius intelligamus, sciendum est, in divisionem venire non tantum fructus perceptos, vel pensiones locationum, quas maritus accepit, quæ pro fructibus accipiuntur semper in jure, sed et pendentes, stantes et omnem omnino spem futurorum fructuum, futurarumque pensionum habita ratione proportionis anni, quo divortium factum est. Qua de causa mulier, cui redditur fundus stantibus fructibus, cavere solet ex fructibus, quos perceptura est, redditum iri marito pro portione matrimonii temporis, §. *interdum h. l.* et præterea solet cum indemnem præstare adversus conductorem, cui maritus forte locavit in longum tempus: et e contrario maritus cavet quidquid acceperit, consecutusque fuerit ex mercede, id se redditurum mulieri pro portione ejus temporis, quo divortium factum est, *l. filiofam.* §. *ult. hoc. tit.* Et apertissime in §. *non solum, h. l.* ait, haberi rationem fructuum, non tantum temporis, quo percipiuntur, sed etiam totius temporis quo servantur. Igitur spem etiam in divisionem venire nondum perceptorum fructuum pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuit, et quo fundus dotalis fuit. Et idem etiam ostendit §. qui sequitur, *et* §. *item si mess.* Species est: Mulier sublatis vindemiis statim fundum dedit in dotem, puta Calend. Octobr. et vir eundem fundum locavit Calend. Mart. et divortium subsecutum est Calend. April. atque ita a locatione stetit matrimonium uno mense tantum, a traditione fundi dot. sex mensibus: an dicemus a locatione pensiones locationis ita dividi, ut maritus tantum habeat duodecima partem pro rata unius mensis, qui cucurrit a locatione? minime: quandoquidem etiam ratio habenda est præteriti temporis, quo mulier in matrimonio fuit, et quo dotale prædium fuit. Igitur ex mercede, vel ex specie futuræ mercedis ejus anni, maritus retinebit aut repetet dimidiam partem: quod aperte ostenditur in §. *e contrario*. Et inde colligimus tria. Primum est, fructus vindemiæ captos a muliere ante traditum fundum dotalem, non venire in divisionem, sed lucro mulieris cedere, quia capti sunt ex fundo nondum facto dotali: quod ostenditur etiam in §. *item si mess. in fine.* Item colligo ex specie §. *e contrario*, non ex die locationis, quasi novum annum incipere, sed unum esse annum matrimonii, eumque incipere a die traditi fundi, si traditus sit post nuptias, vel a die nuptiarum, si traditus fuit ante nuptias, *l.* 5. *et* 6. *sup.* Tertio intelligimus ex eo in divisonem venire non tantum mercedem unius mensis, quæ debebatur tempore divortii, sed et spem futuræ mercedis, quæ debebatur pro portione anni, quo matrimonium stetit. Quæ tria etiam licet colligere ex §. *item si mess.* quem nescio an quis explicaverit bene. Verba §. *item si messis*, angusta sunt nimis, et maxime pressa, ut putem hæc omnia esse relata ex Papin. ab Ulpian. usque ad §. *ob donat.* Græci eum paragraphum non intellexerunt, imo etiam corruperunt legente, *menses*, *et mensium*, pro *messes et messium.* Verum ut intelligatur, sciendum est in hoc §. 1. et in tota hac lege, fundum non esse vineam simpliciter, sed arbustum, quod fert et messes et vindemias; et poma, et nuces, ut in Italia unus fundus habet hæc omnia. Species est: Mulier perceptis etiam vindemiis (ut posuimus ante) statim fundum dedit in dotem Calend. Octobr. et vir eum locavit ex Calend. Mart. sub hac lege, ut conductorem sequerentur tam messes, quam vindemiæ. Poni potest varie species hujus §. sed hoc modo convenientius: Adde, matrimonium stetisse mensibus decem a die traditionis, atque ita matrimonium solutum fuisse mense Augusto: post messes igitur et ante vindemias maritum percepisse mercedem messium, uxorem percepturam mercedem vindemiarum, quæro quomodo fiet divisio horum fructuum? Et hoc significatur in §. *item si mess.* ex mercede messium, quam maritus percepit, mulierem habituram sextantem, quia sexta tantum parte ejus anni innupta fuit: ex mercede autem vindemiarum, quam mulier perceptura est, marito præstabit dextantem, atque ita fit computatio a die traditionis, non a die locationis; et vindemiæ perceptæ a muliere antequam nuberet, non veniunt in divisionem; et spes futuræ vindemiæ venit in divisionem pro portione anni sive mercedis pro vindemia. Et id est quod ait *d.* §. *cum spe futuræ vindemiæ.* Cyrillus ita interpretatur hunc §. *Si* inquit, *post messes, et ante vindemias dirimatur matrim. et ego* (*maritus sc.*) *mulieri rationem reddo messum*, *et ipsa mihi rationem vindemiarum.* Valde fuit necesse hæc explicare, sed quod incepimus, absolvamus, *i. e.* objectionem. Cur in specie §. *Papin.* in computationem non venit spes futuræ mercedis pro rata temporis, quo matrimonium stetit? Cur venit tantum in computationem quarta portio mercedis? quis non dixerit hoc pugnare cum iis, quæ sequuntur? Resp. In computationem venit spes futuræ mercedis pro modo temporis, quo stetit matrim. si post traditionem vel post nuptias nulli alii fructus fuerint; puta, quod mulier vindemiarit fundum antequam traderet vel nuberet: nam si fuerit fructus aliquis ante locationem, et ante nuptias, vel traditionem, ut in specie §. *Papin.* hoc casu non est æquum, ut omnis spes futuræ mercedis veniat in contributionem, sed id tantum, quod a

locatione in diem divortii ex causa locationis debebatur. Est et aliud, quod objicitur Papiniano. Extremi anni fructus tantum veniunt in contributionem, *l.* 5. *et* 6. *h. tit. l. pen. de pact. dot.* Et videtur Papinianus etiam dividere fructus penultimi anni, id est, fructus vindemiæ. Nam fructus vindemiæ videntur esse penultimi anni, mercedes ultimi tantum: cur servat analogiam etiam in penultimo anno, cum tamen servetur in ultimo tantum? Hac ratione moti aliqui, quos Papinianus refutat, dixerunt, maritum integros fructus vindemiæ lucrari, et mercedis partem quartam, cum a locatione anni quarta parte stetisset matrimonium. Cur dicebant fructus penultimi anni in computationem non venire? quia ea analogia non servatur, nisi in ultimo anno. Cur dicebant eum lucrari quartam partem mercedis? quia ultimus annus incipit a die locationis, et eo anno ultimo matrimonium stetit tantum mensibus tribus, id est, quarta parte anni. Sed hos dum refellit Papin. satis ostendit, non esse constituendos duos annos, sed unum tantum. Incipit enim annus a die traditi fundi seu nuptiarum. Ergo eadem die desiit, nec unus annus scindi potest in duos: si annum computas a collectis vindemiis, qui sunt plerumque ultimi fructus, ut solent computare quidam; si ita computas annum a collectione frugum, duo sunt anni: priori finem dant vindemiæ, posteriori initium dat locatio: sed male computas. Nam ut proposuit ante *l.* 5. *et* 6. annus est computandus ex die nuptiarum seu traditionis, non ex die conventæ dotis, non ex die locationis, quæ est posterior traditione fundi dotalis: et ideo (quod notandum maxime) si is annus, qui incipit ab eo die, id est, traditione, expleatur in matrimonio, etiamsi maritus bis perceperit vindemiam, omnes fructus lucrabitur. Fieri potest, ut statim post traditum fundum colligat vindemias, et ut eodem die, vel postridie ejusdem anni colligat etiam vindemias, moxque discedat ab uxore: et si bis perceperit vindemiam eo anno, omnes fructus lucrabitur, quia totius ejus anni onera matrimonii substinuit. Papinian. ait confundi fructus vindemiæ cum quarta parte mercedis: quod demonstrat non tantum vindemiæ et locationis confundi fructus, sed etiam annos, quia videbantur duo, et cogi in unum. Itaque si anno, antequam fuerit dissidium inter conjuges, bis collegerit vindemiam, dicam utramque vindemiam esse unius anni, quia non duos, sed unum facio annum. Annus varie computatur pro materia subjecta, et vulgo hodie etiam alii a Cal. Mart. alii alio modo incipiunt annum. Et notanda est valde ratio, qua utitur Papinianus adversus eos, qui contrarium sentiebant: sic argumentatur. Si annus ultimus computatur post collectionem fructuum a die locationis, id est a Calend. Novemb. computabitur ergo etiam ab eo die non facta locatione, quia post vindemias desinit annus penultimus, et incipit ultimus, et consequenter vindemiæ fructus integri pertinebunt ad maritum, etiam si postera die quam collegit vindemiam, solutum sit matrimonium, atque steterit paucis diebus. Hoc inquit, est absurdum, nec ulli hoc admitterent; ergo nec illud. Erat tamen tolerabilior eorum sententia, quam sit novorum interpretum: quandoquidem volebant illi, quos refellit Papin. non servari proportionem in fructibus vindemiæ, quasi sint fructus anni penultimi: et eos integros igitur pertinere ad virum, et servari tantum in fructibus ultimi anni, qui incipit a fructuum collectione. Sed peccant dupliciter: primum, quod constituunt duos annos, deinde quod inducunt eandem proportionem in penultimo et ultimo, quæ inducitur tantum in ultimo. Aut ego vehementer fallor, aut nemo esto; qui non intellexerit, quod diximus heri de distribuendis fructibus pro rata ejus anni quo factum est divortium. Itaque non est quod diutius immorer in re tam perspicua, et refellendis aliorum opinionibus, et ut cum Aristotele dicamus, stultum est, stultas opiniones nimis anxie speculari. Igitur duo tantum nunc adnotabo. Primum quæ in hac l. 7. subjiciuntur de eadem quæstione, quæ nondum attigi, deinde exponam, an eadem ratio proportionis servetur inter fructuarium et proprietarium finito vel amisso usufructu, et inter alias quasdam personas, de quibus inferius. Quæ hactenus diximus, de fundis sunt, qui ferunt fructus quotannis: sed sunt quidam fundi irrigui, in quibus fructus crescunt uberrimi, qui bis ferunt fructus in anno, aut bis vindemias: nihil est certius: horum fundorum fructus non dicemus dividi pro rata anni, quo divortium factum est, sed pro rata sex mensium, §. *quod in anno h. l.* contra sunt fundi quidam, qui non ferunt quotannis, sed post plures annos, puta qui ferunt quinquennio quoquo, veluti sylvæ cæduæ, quæ non solebant olim cædi, nisi in quinquennium, hodie in quadriennium, *l. ult. C. de servit. l. cum manum.* 80. §. *sylva*, *de cont. empt.* Sylvæ igitur cæduæ fructus non dicam dividi pro rata unius anni, sed pro rata quinquennii, quod etiam ostenditur in *d.* §. *quod si in anno,* et si sit novalis agere, idest, qui alternis annis, qui uno anno cesset, et quasi requiescat, quod dixero vervactum et νεατὸν, cui opponitur terra cruda, hoc est, quæ nondum est præcisa aratione, *en friche.* Novali etiam opponitur restibilis ager, qui fert quotannis, qui nunquam cessat, vel etiam, qui seritur biennio continuo spico aristato: qua de causa patresfam. solent excipere in locatione, ne biennio continuo ager seratur spico aristato, sed potest feri quotannis uno fariceo spico, altero

leguminibus. Si igitur dotalis fundus novalis fuerit, hoc est, si ferat biennio quoquo duntaxat, non dices etiam dividi fructus pro rata anni, sed pro rata biennii. Eadem est ratio sylvæ cæduæ et novalis agri: nam ut in sylva cædua spectas quinquennium, ita in novali spectas biennium. Etiam illud adnotandum est ex §. *non sol. inf.* in fructu esse non tantum messes, et vindemias, de quibus supra, aut pensiones prædiorum rusticorum, sed in fructu etiam esse lanam ovium, in fructu esse fœtus pecorum, operas servorum, et ut additur in extremo hujus §. pensiones prædiorum urbanorum eadem ratione dividuntur. Dubitabatur magis, an pensiones essent in fructu urbanorum prædiorum, et ob id in *l.* 36. *prædior. de usur.* omnino accipiuntur pro fructibus. Cur dubitatur de pensionibus urbanorum prædiorum? quia naturaliter urbana prædia non ferunt fructus: et ita in *l. ancillarum* 37. *l. mercedes, de petit. hæred.* cum dixisset in *l. ancillarum*, pensiones prædiorum urbanorum venire in hæreditatis petitionem, subjecit in *l. mercedes*, mercedes a colono acceptas, hoc est; pensiones prædiorum rusticorum locum fructuum obtinere plane, hoc est, absque dubio. De arboribus quærebatur, an essent in fructu, et ideo, an cederent lucro mariti pro rata temporis, quo mulier in matrimonio fuisset? nec potest generaliter constitui, eas esse in fructu. Nam si sit sylva data in dotem, distinguendum est. Aut est sylva cædua, aut incædua, hoc est, non cædua. Si sit sylva incædua, et maritus deciderit arbores ex ea sylva, deteriorem fecit fundum dotalem: glandem legere potest, arbores decidere non potest, sicut nec fructuarius. Imo vero si vi ventorum dejectæ fuerint, non sunt lucro mariti, sed arbores sylvæ cæduæ sunt in fructu, non inciduæ arbores, gremiales sunt in fructu: alii gremiales indifferenter: quidam gremiales dictas putant, quod legantur in gremium. Ideoque in Basil. pro arbore gremiali, τὰ ἐν ἐγκάλαις φερόμενα. Estque illud verbum valde depravatum *lib.* 7. *Halicarn.* cum loquitur de filiis Coriolani, quorum unus, inquit, fuit annorum 10. alter fuit ὑπερκαλός, sed legendum est ὑπαγκάλος, qui nondum poterat incedere. Etiam illud est notandum, quod proponitur in §. *si vir*, argentifodinas, aurif. arenæ vel aluminis, vel cretæ fodinas esse omnia in fructu, subjici ea calculo, seu distributioni: de lapidicinis dubitat. Et ideo distinguit Papin.: nam si lapis solet crescere, lapidicinæ sane sunt in fructu: sed si non soleat crescere, si inveniatur marmor in fundo dotali, et excidatur a viro, fit quidem viri quasi fructus, sed tamen non est in fructu, quia fundum fructuosiorem non facit, cum non soleat crescere, nec possit excindi plusquam semel uno in loco: ideoque impensam in eo marmore cædendo non potest maritus repetere, repetet impensas necessarias, et utiles, sed non impensas factas in eo marmore cædendo: quia in ea cæsura fundum fructuosiorem non facit, *l. ult. de pact. dotal. l. si ex lapid. de jure dot.* Qua de causa ego docui in *d.* §. *si vir*, esse legendum, *lapidicinas marmoreas invenit, nec fundum fructuosiorem reddiderit.* Nunc transeamus ad alterum. Quæro, quæ ratio dividendorum fructuum servatur inter virum et uxorem, an ea etiam servetur inter fructuarium et proprietarium? Et, ut jam aperui, eadem sane ratio videtur observanda, quam sententiam introduxit in feudis. Nam omnium opinio hæc est, et res est dignissima cognitu, ut finito usufr. vel amisso fructus percepti cedant fructuario, fructus pendentes cedant proprietario: est iniquissima opinio, quod facile persuadebo. Sic igitur statuo: fructus dividi inter proprietarium et fructuarium pro rata ejus anni, quo finitus est ususfr. *l. si operas* 16. *de ususfr. l.* 5. §. *ult. si ususfr. pet.* Et hoc generaliter constitui volo, sive sint percepti fructus, sive pendentes, ut dividantur pro rata, et sive percepti exstent, sive consumpti sint, et sive percepti sint a fructuario, vel nomine fructuarii quos solos sibi acquirit, vel alius ejus nomine, §. *is ad quem, Inst. de rer. divis.* quæ servatur etiam in colono. Nam fructus, quos alius percipit et separat a solo, non nomine fructuarii, vel fructus qui sua sponte decidunt, non acquiruntur fructuario antequam eos apprehenderit. Et hac in re distat tantum fructuarius a domino; ergo et a marito, et a bonæ fidei possessore, ab emphyteuticario, quia ii fructus suos faciunt, quoquo modo terra separati sint, si modo eos apprehenderint, *l. qui scit,* §. *pen. de usur. l. si fructus, quib. mod. ususfr. amit. l.* 12. §. *ult. de usuf.* Ergo tempore finito usufructu, sive fructus pendeant, sive sint consumpti, dividendi sunt pro portione anni, quo ususfructus extinctus fuit: nec est, cur nova ratio distributionis inducatur a fructuario. Et summa iniquitas est, perceptos fructus omnes relinquere fructuario, et pendentes pertinere ad proprietarium: aut certe distributio hæc non est. Contra hanc opinionem nostram duo objiciuntur: fructus pendentes finito ususfructus tempore acquiruntur domino: ergo non veniunt in divisionem. Est tota vitiosa collectio. Nam et fructus pendentes divortio facto, mulieris sunt, et tamen eorum mulier rationem reddit viro, et deducuntur in divisionem: et similiter fructus pendentes capti ususfructus tempore, sunt fructuarii, *l. si pendentes, de usuf.* et tamen, si paulo post extinguatur ususfructus, quam cepit, debetur ex eis fructibus portio fructuum proprietario: dominium non impedit divisionem pro rata, et in partitionis rationem

veniunt. Et similiter bonæ fidei possessor facit fructus suos, quos curavit et percepit bona fide: verum domino vindicante rem, eos fructus bonæ fidei possessor facit suos, qui bona fide consumpti sunt: si extent, tenetur restituere domino, non minus quam pendentes, *l. certum, C. de rei vind.* Et nihil est frequentius, quam ut cogamur rem, quæ nostra est, vel communicare aut contribuere. Objicitur, *l. defuncta, ff. de usufr.* Cur vero errorem hunc creavit ista lex sola? quia nescierunt speciem ejus legis. Species est: Fructuarius locavit fundum ex Kal. Mart. eademque die pensionem sibi solvi curavit, et mortuus est mense Decembri, atque ita finitus est ususfructus morte fructuarii decimo mense a locatione, quo tempore conductor collegerat omnes fructus ejus fundi. Quæritur, utrum pensio sit dividenda inter proprietarium, et fructuarium pro rata anni, an hæredi fructuarii debeatur integra? Et ait, hæredi fructuarii pensionem esse solvendam integram Kal. Mart. quia eo die pensionem solvi convenerat. Non fit igitur distributio similis inter fructuarium et proprietarium, sed non absque ratione. Falluntur in computatione anni, quo ususfructus constitit; computandus non est a die locationis, sed a die constituti ususfr. et ponendum constitutum fuisse a Kal. Jan. locatum Kal. Mart. durasse igitur ususfr. annum integrum, unde non mirum, si pensio integra debeatur hæredi fructuarii: nihil igitur ex ea pensione est habiturus proprietarius. Ego introduxi hanc sententiam, nec potui probare statim, sed casus fecit, ut probarem. Erat quidam fructuarius sylvæ cæduæ, cui scil. fuerat constitutus ususfr. statim post cæsuram: non erat igitur fructum ex eo fundo laturus ante quinquennium: quid accidit? mortuus est: finge tertio aut quarto anno, antequam venisset dies cæsuræ, an fuit inutilis ususfructus? Dices inutilem fuisse? non certe ullo auctore. In hac specie prudentissimus Senatusc. ita judicavit: fructus pendentes esse dividendos inter fructuarium et proprietarium: an sequimur eam rationem in aliis personis? Finge: Colonus vel emphyteuticarius, vel etiam libellarius fundi possessor in feudis, aut precarius, quia canonem sive pensionem non solvit, fundus committitur, quem eo jure possidet, id est, redit ad dominum: nam in omnibus his negotiis est locus commissi ob non solutam pensionem; hoc est, redit ad dominum ipso jure commisso fundo: quemadmodum dividuntur fructus pro rata temporis, quo ea jura constituerint in eadem persona, ut constat ex libro 4. *Feud. tit. de fructibus feudi.* Ante nostram divisionem olim ii libri valde male dividebantur. Magna est quæstio in eo titulo, quemadmodum dividendi sunt fructus inter dominum et vassallum, feudo commisso et aperto: committitur feudum propter infidelitatem: aperitur propter inopiam filiorum masculini generis, defuncto scilicet cliente sine hærede masculo: nam feuda plerumque non sequuntur fœminas; possunt tamen quædam esse feuda muliebria. Igitur in eo titulo referuntur quorumdam opiniones, nec adfertur tamen ulla, quæ accedat ad distributionem Papiniani, qua nulla est æquior.

Ad L. V. Rerum amot.

Viva quoque filia, quod ad patrem ex rebus amotis pervenit, utili judicio petendum est.

Primum quidem, quid sit actio rerum amotarum indicabo, quod nescio, an factum sit ab aliquo liquido. Actio rerum amotarum est, quæ datur in solidum, et statim divortio facto in eum eamve, qui maritus, quæve uxor fuit, de rebus quas conjugi amovit divortii causa, id est, cogitatione divortii quod versabatur in animo, et fecit, vel etiam de rebus, quas nihil dum cogitans de divortio amovit, et divortens postea celavit, atque suppressit. Nam hæ res sunt earum loco, quas divortii causa amovit, licet non eo consilio attigerit eas initio *l.* 17. §. 1. *h. tit.* Competit etiam marito vel uxori, cui res subtractæ sunt, et cui furtum factum est, earum rerum nomine vindicatio, vel ad exhibendum actio *l.* 34. *hoc tit.* nam ut rei furtivæ non tantum vindicatio, sed etiam condictio est, ita et rei amotæ, quia revera quæ amota dicitur, furtiva est: res furtiva non usucapitur a bonæ fidei possessore, nec res amota usucapi potest ex lege 12. tab. *l. pen. hoc tit.* nihil refert quo utaris verbo: res est eadem, jus idem in utroque, et actio rerum amotarum condictio est, *l.* 26. *hoc tit.* similis scil. condictioni rerum furtivarum, imo eadem: hæc honestior, si verba spectes: in *d. l.* 26. *rerum,* inquit, *amotarum actio condictio est:* nihil est præterea, hoc est, formula ejus hæc sc. si *paret dari oportere.* Male Accursius, *rerum amotarum condictio est,* hoc est, *in personam*: nam non omnis actio personalis condictio est, ut actio depositi, qua non dari, sed reddi oportere intenditur, et in *l. si quis inficiatus*, §. *ult. depos.* nemo hoc ipso, quod depositum suscepit, condictione obligatus est, sed si depositum abjuret, condictione obligatur eo casu solo. Inficiator depositi proximus est furi, et quicumque sunt furibus proximi, condictionibus obligantur, qua quidem actione magis oneratur, quam vindicatione. Utraque in eos est actio, sed condictio durior, quia scil. in condictione indistincte fit condemnatio, sive res sit in rebus humanis, sive non, et sive fuerit interitura æque apud dominum, sive non.

Hæc distinctio non observatur in condictione rerum amotarum, rerum furtivarum, non in actione quod metus causa, non in interdicto unde vi, quod vi aut clam, quæ descendunt ex delicto, *l. si cum exceptione*, §. *quatenus*, *quod met. caus.* quæ tamen distinctio observatur in vindicatione: nam si res interierit sine culpa possessoris, quia æque erat interitura apud dominum, possessor absolvitur. Merito ait Justin. *odio furum comparatam esse condictionem*, contra regulam quæ vult, *ut nemo rem suam condicat*, quia gravior est actio, quam vindicatio, vel exhibitoria actio: ergo rebus amotis ex bonis mariti, vel uxoris divortii causa, marito vel uxori, cui furtum factum est, ut apertius loquamur, ut quod in re ipsa est, exprimamus, plane hæc vindicatio rei suæ, et condictio competit, non quasi rei furtivæ: debet enim cum ea, quæ uxor fuit, vel cum eo, qui maritus fuit, honestioribus viribus confligere, sed quasi rei amotæ. Fit etiam eo nomine compensatio, si quid mulier amoverit ex dote, vel ex fructibus quos maritus post divortium percepit, quos constat ad mulierem pertinere pro rata temporis, quo nupta fuit, *l. 7. §. ob donat. sol. matrim. l. 1. C. hoc tit.* ita etiam mutua compensatio fit nonnunquam si vir et uxor invicem agant de rebus amotis, ut in actione de moribus, sicut diximus ad *l. viro*, *sol. matrim.* In hac actione mutua delicta pari compensatione tolluntur. In delictis mores numeramus, *l. 7. hoc tit.* Dixi initio rerum amotarum actionem dari in solidum, et statim divortio facto dari in solidum ad differentiam, πρὸς ἀντιδιαςολὴν, actionis de dote, quæ datur in id, quod maritus facere potest; inopia prodest marito ne damnetur in solidum, quæ nihil prodest in judicio rerum amotarum, *l. 21. hoc tit.* Dixi statim divortio facto, ad differentiam actionis de dote, quæ non repetitur statim, si pondere, numero constat, vel in aliqua re mobili, sed repetitur annua, bima, trima die. Et hæc differentia monstrantur in *d. l. 21. §. rerum, hoc tit.* Actio de dote non repræsentat dotem, sed dividit præstationem dotis in annum expletum, in pensiones tres. Præterea observandum ex definitione quam supra attulimus, hanc actionem rerum amotarum dari de rebus amotis divortii causa, hoc est, meditatione futuri divortii. Quid dicemus, si quid amoverit alter alteri mortis causa, qua constat solvi matrimonium? Finge, marito decumbente et fere occumbente, mulier desperans de vita mariti, omnem pecuniam subripuit: an tenebitur hæredibus mariti condictione rerum amotarum? Denique, quæ amovit aliquid de bonis mariti mortis causa, an tenebitur hoc judicio? constat hanc actionem dari hæredibus *d. l. 21. §. pen.* Et Accurs. scribit, etiam dari utilem actionem rerum amotarum, de rebus amotis mortis causa, nisi fallor in *l. 22. §. ult. hoc tit.* et perperam Hervetus fecit, ut scriberet Theodorus ad *l. 2. C. rer. amot.* mortis causa dari hanc actionem, nam hoc est falsissimum, vel directam, vel utilem competere ob res amotas mortis causa. Proinde sic statuo: ob eas res neque directa, neque utilis est actio, sive condictio rerum amotarum. Hoc comprobat aperte *l. 21. in pr. hoc tit.* Mulier amovit res mariti, mortis causa desperans de ejus vita, ac sibi persuadens, se quamprimum solam fore sine marito, neque tamen mortuus est maritus: post divertit mulier: an earum rerum nomine tenebitur actione rerum amotarum? ait eam teneri utili actione: quod placet admodum: nam cur non directa tenetur? quia amovit mortis causa: cur tenetur utili? quia tempore divortii postea subsecuti, res celavit, quas amoverat initio mortis causa. Confirmatur hæc sententia *l. 9. §. ult. et l. 22. §. ult. hoc tit.* Mulier res amovit mortis causa et morte mariti solutum est matrimonium: quæ actio dabitur hæredibus earum rerum nomine? petitio hæreditatis muliere eas res possidente pro hærede, vel possessore, vel actio ad exhibendum. Nullam aliam dat actionem: non dat rerum amotarum: dum aliam dat, hanc denegat. Ergo de rebus amotis mortis causa hæc actio non datur: nihil verius: sed explicanda ratio diversitatis, cur de rebus amotis divortii causa sit hæc actio, de rebus amotis mortis causa non item: cum tamen utroque genere finiatur matrimonium. Quæ divortii causa res amovit, id mala mente fecit ut noceret marito, id fecit in fraudem mariti, hoc est, inimica, ut duobus locis in libris nostris, quæ divertit: vel repudiata dicitur, *l. cum in fund. 78. §. divortio, de jur. dot. l. Cicero 39. de pœnis.* In qua ait, *usque adeo fuisse inimicam, etc.* Ergo cum res divortii causa amovit, furandi habuit animum, quæ voluit intervertere rerum suarum possess. et fuit, cui furtum faceret, maritus superstes: sed cum amovit mortis causa, non fecit furtum. Illud enim non fit, nisi sit, cui fiat: non fecit marito furtum decumbenti, vel occumbenti, ac propemodum mortuo, neque ei auferre voluit, quem habebat pro mortuo, quia non videtur fuisse maritus, nec ipsa animum furandi habuit, non fecit furtum hæredi nondum hæredi: non fecit furtum hæreditati nondum hæreditati, quia et hæreditati post mortem mariti furtum non faceret. Et hoc est, quod dicitur, hæreditati furtum non fieri: hæreditas est, quæ jacet, substantia defuncti, necdum adita, id est, jus universum, quod in ea substantia habuit defunctus: nam hæreditatis vocabulum juris est, non corporis: furtum fit soli possessori:

et nihil est aliud furtum, si rem velis paucis stringere, quam possessionis interversio: hæreditas autem interim dum jacet, habetur quidem pro domina, sed non pro possessore. Possessio vocat, quia possessio est facti et animi, in *l.* 1. §. *Scævola, si is, qui test. lib. esse juss.* Hæreditas autem est inanima et incorporalis: quod facit corpus est, hæreditas non est corpus, ergo non facit: est etiam animi, sed hæreditas inanima est, ergo nec facto, nec animo hæreditatem apprehendere et retinere potest: non est autem actio rerum amotarum, nisi cum furtum factum est. Nam ea actio condictioni rerum furtivarum similis est: imo est condictio rerum furtivarum, si verum amamus: sed non dicitur tamen condictio rerum furtivarum, sed amotarum honestiori ratione, propter pudorem transacti matrimonii, ut ait *l. ultim. C. de furt.* propter honorem matrimonii, ut ait *l.* 2. *hoc tit.* non dicetur mulier furtum fecisse: nulla est in jure actio temperatior sive modestior. Solent Jurisconsulti rem verbis temperare, et furtum non semper vocant furtum; quorum exemplis patroni in foro et omni negotio modestioribus verbis utuntur nisi rejici velint. Multa alia restant, quæ pertinent ad definitionem superiorem. Dictum est dari hoc judicium soluto matrimonio per divortium, sed non datur constante matrimonio. Quid igitur, si quid amoverit constante matrimonio vir uxori, aut uxor viro, num dabitur hæc actio? Non utique: nam inest in ea infamia quædam, etiamsi dicam amovisse, non furtum fecisse, et parcendum est conjugi: verum non deest alia actio: dabitur actio in factum verbis temperanda, ut in *l. non debet, de dolo,* hac formula: *si paret ex rebus meis hanc vel illam apud te esse:* non dicam te furtum fecisse, aut amovisse, sed apud te esse, et casu quodam eam rem sublatam fuisse: narrabo factum, quo genere agitur hodie, quia omnes actiones sunt in factum, aut esse debent. Debitur etiam condictio ex injusta causa constante matrimonio, quæ etiam datur soluto matrimonio, de rebus amotis causa mortis. Nam regula juris est, *neminem rem suam condicere,* cujus ratio naturalis est. Quid est condicere? nempe sic agere, *si paret eam rem mihi dari oportere.* Quid est dari? *dominum fieri:* si paret igitur ejus rei me dominum fieri oportere, quod intendo male, cum jam sim dominus. Nemo igitur aperte condicit: sed ab hac regula excipitur condictio rerum furtivarum, quæ etiam domino datur: item condictio rerum amotarum: et ad extremum obtinuit, excipi etiam condictionem ex injusta causa, qua repetimus rem nostram, quæ ex non justa causa apud aliquem est. Condicimus ergo rem nostram non tantum furi, aut prædoni, aut ei, quem dicimus amovisse, sed etiam cuilibet possessori ex non justa causa, *l.* 6. §. *ult. l.* 25. *hoc tit. l.* 1. §. *res, l si et me, de reb. credit.* Et notandum: quod ait lex *perpetuo, de condict. ob turpem caus.* perpetuo hoc esse verum, et a Sabino affirmari ita secundum veterum opinionem, ut possit quis rem suam condicere ei, qui eam possideat non ex justa causa: eamque definitionem probari a Celso, licet contrariæ sectæ, et probatur in *d. l. si et me.* Sunt quædam perpetuæ definitiones juris: ut plurimum non sunt perpetuæ, ut illa *d. l. perpetuo, et l. qui res* 98. §, *aream, de solution.* In perpetuum sublata obligatio restitui non potest, *l.* 6. *inf. eod.* In perpetuum, si quod tibi debeo ad te pervenerit, verum est, me liberari, etsi non per me pervenerit, aut facto meo; nisi tibi aliqud absit, aut puta, nisi emeris. Si igitur pervenerit ex causa lucrativa, et præterea, si ita pervenerit, ut non possit a te repeti: et tunc verum est, in perpetuum me liberari: nec est unquam varius pes hujus regulæ, quæ nunquam fallit: et illud quoque in perpetuum valet, ut possim rem meam, licet absurde videar agere, condicere ei apud quem res mea est ex injusta causa. Verum videamus, quare constante matrimonio non possim uti actione rerum amotarum. Si quid amotum sit, utor condictione ex injusta causa, aut actione in factum, quæ sunt honestæ actiones, nec incessunt mores rei, sed tamen cur non utor condictione rerum amotarum? nam hæc actio non est famosa, licet ex causa famosa, id est ex furto descendat, si rem ipsam inspiciamus: nam et condictio rerum furtivarum non est famosa, *l. cessat* 36. *de oblig. et act.* actio furti est famosa, id est, infamat reum, si condemnetur: neutra etiam est pœnalis: et rerum amotarum et furtivarum condictio utraque persequitur id, quod interest, non pœnam. Quid vetat agi condictione rerum amotarum in uxorem vel maritum constante matrimonio, cum non sit pœnalis, nec turpis actio? Et tamen *l.* 2. *ff. h. tit.* ait, ideo non dari constante matrimonio rerum amotarum quia constante matrimonio non solet dari conjugi in conjugem actio pœnalis vel famosa. Itaque actione rerum amotarum satis significant, vel pœnalem, vel famosam. Et est *d. l.* 2. crux quædam nostrorum interpretum: nemo in ea re non torquet se, quæ tamen videtur facile explicari posse, *l.* 17. §. *res amotas, hoc tit.* nempe hoc modo: fateor, illa actio non est pœnalis, *l. cessat, de oblig. et act.* non est famosa, sed est quodammodo famosa et pœnalis: nam inest in ea mentio furti: aut quod omnes intelligunt, tantumdem potest rei amotæ nomen, quam furti, quod populus interpretatur furtum. In quem autem non datur actio famosa, nec ea datur, quæ speciem

habet. Sunt famosæ, quibus inest palam vel tacite doli, vel fraudis mentio, ut in patrem non ages famosa, neque ages non famosa, si habet speciem famosæ: et ita non ages in patrem condictione furtiva, *l. parens cum l. seq. de obseq. a lib. præst.* Cur ergo constante matrimonio non agitur rerum amotarum? quia est quodammodo pœnalis et famosa. Dicam nunc rem novam, certissimam tamen, et non dicam tantum, sed ut spero, persuadebo etiam verissimam esse, et condictionem rerum furtivarum quod plus est, et condictionem rerum amotarum quodammodo pœnalem, quodammodo famosam esse: hoc sensu pœnalem et famosam dici posse, licet revera non ita sit: nam utraque rem persequitur, neutra lædit æstimationem: hoc confirmo quatuor argumentis. Primum est, quia condictio furtiva comparata dicitur odio furum, et quod de ea dicitur, id etiam dicitur de condictione rerum amotarum, §. *sic itaque, Inst. de act.* si odio, ergo pœnæ causa: si pœnæ causa, ergo pœnalis, aut veluti pœnalis est nam et ita exceptio Senatusconsulti Macedon. comparata dicitur odio creditoris, *l. sed si pat. §. pen. ad Macedon.* Secundum argumentum est ejusmodi: quia et hæc, et illa actio ex maleficio et delicto nasci dicitur in *l.* 22. §. *pen. hoc tit. l.* 10. §. *quotiens, de compens.* Hæc actio, inquiunt, ex delicto nascitur, licet rei persecutionem contineat, quod videtur valde novum, ut agam ex delicto, nec tamen agam in pœnam, sed in id, quod interest: verum id ita se habet, ut etiam in aliis actionibus, ut in actione, quæ datur ex edicto de alienatione judicii mutandi, etc. quod dicitur pertinere quidem ad rei persecutionem ex ea specie doli, quæ illo edicto coercetur, sed tamen dicitur ex delicto dari, *l. quia pertinet, de alienat. jud. mut. causa*, ex delicto dantur eæ actiones, et tamen rei persecutionem continent, verum non ita, quin inesse videatur aliquid in eis pœnæ, cum sint ex delicto: nam vel ipsum agere ex delicto poena est, et ultio quædam: moveor etiam argumento, quod hæ condictiones non dantur in hæredem, quæ darentur, nisi subesset in ea pœnæ aut vindictæ ratio quædam. Nam hoc est generale, actiones, quæ non sunt ejus generis, dari in hæredem, et hæredibus. Sed illæ condictiones non dantur in hæredem, nisi quatenus ad eum pervenit ex rebus furtivis, *l. ult. C. rer. amot. l.* 9. §. *ult. l.* 10. *de tut. et rat. distrah.* Et valde nova est hæc sententia. Nam multæ possunt opponi leges quibus ostenditur, illas condictiones dari in hæredes; sed non est recedendum a superioribus legibus: quinimo observandum hoc, et in *l.* 22. *hoc tit.* actionem rerum amotarum dari hæredibus, nec adjici, et in hæredes, quod potissimum refragatur huic sententiæ. Est lex 9. *de cond. furt.* quæ dicit, condictionem furtivam dari in hæredem, sed exemplo *l.* 4. *in fine, de præt. stipul.* secundum quem etiam intelligenda est lex *si hominem*, §. 1. *depos.* ita interpretanda est *d. l.* 9. si videlicet lis sit contestata cum defuncto, vel si res sit judicata contra defunctum ex causa condictionis furtivæ: hæres ex asse, in solidum, hæres pro parte, pro portione hæreditaria tenetur: nam generaliter pœnales actiones dantur in hæredem, si actor litem cum defuncto contestatam habuit. Refragatur *l.* 7. §. *ult. eod.* Sed valde placet, quod notat Accursius, non teneri hæredem, nisi hæres rem contrectet, id est, non tenetur nisi ex sua persona: nam certo certius est, condictionem illam non dari in hæredem, nisi in quantum locupletior factus sit ex delicto defuncti. Quartum argumentum sumitur ex *l. si pig.* 22. *de pign. act.* Finge; debitor mihi pignus dedit crediti nomine, quod post surripuit, mihi tenetur furti; rei suæ mihi furtum fecit, mihi creditori actione in duplum et quadruplum furti pœnali tenetur, sed quod consequutus fuero, an imputabo debito, vel an restituam debitori? minime: alioquin essent elusoriæ pœnæ; pœna quæ semel est pensa, nusquam restituitur. Finge; non egi actione furti in duplum, sed condictione furtiva, et consecutus sum quod mea intersit pignus non surripi, an id, quod consecutus sum, restituam, an imputabo debito? minime. Ergo quod condictione furtiva consequutus sum, pœna est. Nam si mea res esset, non sola maneret debiti petitio, sed imputaretur debito, *d. l. si pignore.* Hoc ego censeo valde esse notandum, illas condictiones esse quodammodo pœnales, famosas, ac proinde neutram dari constante matr. Sed notanda duo sunt ad hæc. Primum, nec constante matr. nec divortio facto dari in conjugem, vel in eum, qui conjux fuit, condictionem rerum furtivarum, et multo minus actionem furti, sed dari divortio facto condictionem rerum amot. videlicet si post divortium factum, qui eas amovit, non jam contrectet amplius. Nam si post divortium eas res, quas amovit divortii causa, contrectare perseveret, cessat rerum amot. actio, non cogitur eligere hanc actionem is, cui res amota est, sed agit graviori judicio, furti scilicet, et condictione furtiva, ac si post divortium primo non ante furtum fecisset, *l.* 7. *hoc tit. in pr.* Furtum non fit semel, sed fit sæpe, fit tot horis, tot diebus tot momentis, assidua contrectatione, *l.* 6. *de cond. furt.* quasi igitur ex novo furto convenietur actionibus omnino famosis pœnalibus. Secundo notandum, de rebus surreptis ante matrimonium, non dari quidem constante matrimonio pœnalem actionem furti: parcendum

est conjugi, et satis esse debet, si consequamur quod nostra interest. Erit tamen condictio furtiva, quæ non est tam honesta, quam condictio rerum amotarum inspecto tempore præterito, quo non fuit conjux, *l. 3. in princip. hoc tit.* Atque ita fit, ut qui furti non tenetur, teneatur condictione quasi furti: sicut e contrario, qui tenetur furti, veluti qui opem tulit furti, condictione furtiva non tenetur, qua tenetur solus fur, *l. proinde, de cond. furt.* Hoc etiam adnotandum est, huic judicio locum esse inter nurum, generum, et socerum; socero dari eam condictionem rerum amotarum in nurum, quæ nupsit filiofamilias, si quid divortii causa amoverit ex rebus soceri, vel ex peculio mariti. Et recte, *quæ nupsit filio familias:* nam in eam, quæ nupsit filio emancipato, ex causa socero dantur graviores actiones furti, et condicti ofurti, *l. 6. in princip. et §. 1. l. 15. et §. ult. hoc tit.* Nurus, quæ nupsit filiofamilias, est in familia soceri, et maritus ejus, et onus ejus ad socerum spectat, *l. si filia, §. si filiusfamilias, famil. erciscun.* quæ nupsit emancipato est extranea, sicut filius, nec eo vinculo conjuncta socero, nec ea intercedit reverentia personarum, non interveniente vinculo patriæ potestatis. Et licet *l. 6.* loquatur tantum de nuru, recte Basilica adjiciunt, vel contra generum, qui scilicet duxit filiam familias. Et pari ratione dicendum est, hoc judicium dari nurui, vel genero in socerum, in cujus potestate est maritus, vel uxor, si quid socer missurus repudium (nam mittere potest: imo ejus est mittere consentiente filio, aut filia, *l. 2. de divort.*) divortii causa amoverit ex rebus nurus, vel generi. Hoc est jus æquabile. Quod diximus, constante matrimonio in virum et uxorem, neque pœnalem neque famosam actionem dari, ei obstat primum, quod datur in uxorem actio servi corrupti, *l. ult. de serv. corrup.* quæ est pœnalis, cum sit mixta in duplum, *l. ut tantum, §. in hac actione, eod.* et est etiam famosa, *l. nec quicquam, pro socio.* Sed respondeo ex *l. ult. C. de furt.* favore nuptiarum, sive propter honorem nuptiarum, in uxorem dari actionem servi corrupti in simplum tantum, id est, in id, quod interest, non pœnalem in duplum. Et consequenter eadem actio servi corrupti, si intentatur in uxorem constante matrimonio, verbis erit temperanda in factum, detracta omni atrocitate et infamia verborum. Obstat etiam, quod actio legis Aquiliæ datur in uxorem constante matrimonio, *l. si servus servum, §. si cum maritus, ad l. Aquil.* Quæ tamen est pœnalis, cum sit mixta. Mixta autem est, quæ rem et pœnam persequitur. Respondeo, eodem modo exemplo actionis servi corrupti, quod et Græci notarunt ad *l. 2 C. rer. amot.* eam actionem non intendi pœnaliter, sed in simplum tantum, id est, quanti hodie res est, cui damnum illatum est, non quanti eo nomine fuit plurimi. Et recte in *l. si mulier dolo, de don. int. vir. et uxor.* si rem donatam sibi a marito, quæ non valet, sed revocatur pœnitentia, dolo malo consumpserit, si fecerit, ne exstaret, commodarit, perdiderit dolo malo, teneri eam l. Aquilia damni injuriarum: quia rem tantum maritus ea actione consequitur, non pœnam. Et proprie actio legis Aquiliæ pœnam persequitur, sed parcimus uxori. Postremo obstat, quod in uxorem datur actio depositi, mandati, *l. 10. §. ult de jur. dot.* quæ sunt famosæ, *l. 1. de his qui notant. infam.* Et breviter respondeo: hæ actiones sunt famosæ, si agatur de perfidia depositarii aut mandatarii: qua ex causa si agatur cum uxore, sane non erit exprimenda causa perfidiæ, aut violatæ fidei, sed verbis erit temperanda actio, ne lædatur existimatio mulieris. Et ita etiam est accipiendum, nonnunquam filium agere furti in patrem, quæ est pœnalis et famosa, si quid pater surripuerit ex peculio castrensi, vel quasi castrensi, in *l. si quis uxori, §. sed si filius de furt.* sed intelligendum est filio dari utilem actionem in factum, quæ mentionem non habeat furti, ut conservetur fama patris. Utiles actiones verbis leniores sunt, vim tamen eandem habent: nam ea actione consequitur filius duplum, id est, pœnam: quod est notandum: ut inde appareat, in patrem quidem non agi famosa actione, sed tantum pœnali quidni? cum tamen in conjugem nec famosa agatur durante matrimonio. Ea igitur actio quæ datur, est utilis in factum, et ab Harmenopulo scribitur, eam non esse περι κλοπῆς, ἀλλὰ περι ἀφαιρέσεως de furto, sed rerum amotar. *lib. 1. Epitomes tit. de minor.* Est vero elegans quæstio *l. 5.* quæ pendet ex *§. ult. l. 3.* et modum addit sententiæ propositæ initio *d. §. ult.* loquitur iste §. de filiafam. quæ res amovit marito divortii causa: sed quæ scribuntur in *eo §. de filiafamil. l. 4. 5. et 6.* eadem obtinent in filiof. qui amovit res uxoris, *l. 6. §. item, hoc tit.* Finge: filiaf. res amovit marito divortii causa: est in eam actio eo nomine, et in patrem in cujus potestate est: in eam est actio rerum amot. in solidum, quia constat filiamfam. et filiumfam. ex omnibus causis obligari in solidum tanquam patremfam. *l. filiusfam. 2 de oblig. et act.* in patrem est actio rerum amot. de peculio. Utriusque sententiæ redditur ratio in *d. §. ult.* quia displicuit eam furti obligari, et in *l. 1. hoc tit.* quia non placuit, cum ea furti agi posse. Illa ratio servit tam inferiori, quam superiori sententiæ, ut in *l. ult. de condict. sine causa.* Hæc ratio, *quia incestum jure gentium committit,* servit et superiori et inferiori sententiæ: itaque inter utramque ponitur. Cur datur actio in filiamfamilias? quia displi-

cuit eam furti obligari: ergo nec condictione furtiva, nam singularis est casus in *l.* 3. §. *ult.* ubi, quæ non obligantur furti, non obligantur condictione furtiva. Sed cur datur contra patrem de peculio non in solidum? quia displicuit filiam furti obligari, id est, si filia obligaretur furti, pater ex pœnali actione non teneretur de peculio, *l. ex pœnalib. de reg. jur.* nam illa actio datur tantum ex contractu filiifam. ex negotio gesto. Qua de causa non fuit hoc sine controversia, an ob res amotas pater teneretur de peculio: videtur enim non teneri, quia actio rerum amotarum datur ex delicto, *l. si mulier* 25. §. *pen. hoc tit.* Contra videbatur teneri, quia etiamsi ex delicto veniat, tamen non persequitur pœnam meram, sed rem. Et ita statuunt Mela et Fulcinius, ut sit ex hac causa etiam in patrem actio de peculio. Est quidam jurisperitus, qui in libro quodam olim edito, credit trajecta esse verba §. *ult. l.* 3. *hoc tit.* et ita esse reponenda, ut non medio loco ponatur illa ratio, sed ultimo, atque ita ea ratio applicetur posteriori, non priori sententiæ: movetur eo, quod ea non videatur idonea ratio dandæ actionis de peculio, quia furti non obligatur. Nam, inquit, etiamsi furti obligaretur, pater teneretur ex causa furtiva, *l.* 3. §. *pen. de pecul.* Cui tamen respondere facile est. Imo maxime est idonea ratio, hoc pacto scilicet: si furti obligaretur filia, pater non teneretur actione pœnali de peculio, *d. l. ex pœnalib.* sed quia furti non obligatur, sed rerum amotarum, tantum ex ea causa pater tenetur de peculio: quo nihil est apertius. Ratio igitur illa non est loco movenda. Nam et Basil. eundem ordinem verborum observant, *ἐὰν ὑπεξουσία γυνὴ πράγματα ὑποκινήσει, τινὲς ἔλεγον τὴν de peculio κατὰ πατρὸς δίδοσθαι*: quia et sequentis sententiæ ratio servit et primæ. Ergo ex causa rerum amotarum per filiamfamil. pater tenetur tantum de peculio. Sed ut subjicit in *d.* §. *ult.* si pater agat de dote conjuncta filia uti debet, non dissentiente filia. Pater enim dotem profectitiam repetere non potest non consentiente filia quia est communis, *l.* 2. §. 1. *sol. matrim.* sed patri deferentur agendi partes. Si igitur pater agat de dote consentiente filia, fiet compensatio ob res amotas in solidum, non peculio tenus. Itaque pater repetens dotem non audietur, nisi filiam defendat nomine rerum amotarum in solidum, et nisi satisdet judicatum solvi secundum regulam generalem, quæ vult ut nemo sit idoneus defensor sine satisdatione. Atque ita notandum generaliter: cujus rei in solidum quis non obligatur, sed de peculio tantum, ejus compensationem tamen patitur in solidum, si ipse ultro agat, *l.* 9. *in princ. de compensat.* filiusfam. contraxit societatem cum altero; multum interest an socius filiifam. agat pro socio in patrem, an pater in socium: nam ille socius si in patrem agat, aget de peculio tantum: si agat pater filii, solidum sibi reservabit per compensationem: socius non est idoneus defensor, qui non satisdat judicatum solvi, neque etiam est idoneus defensor, qui scindit defensionem, aut minuit. Ergo in patrem non agitur rerum amotarum in solidum, sed in peculii quantitatem et modum. Et actio de peculio perpetua est, quandiu peculium manet, aut restitui, aut constitui potest. Nam satis est, si rei judicandæ tempore aliquid sit in peculio, etiamsi nihil fuerit tempore litis contestatæ: sed extincto peculio actio est annalis in patrem: extinguitur peculium morte filiifamil. Mortuo igitur eo actio dabitur intra annum tantum in patrem. An ergo in hac specie mortua filiafam. post divortium, quæ res amoverat in patrem, dabitur actio annalis de peculio? non, ut subjicitur in *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* nisi in id, quod ad patrem ex rebus amotis pervenerit, vel dolo malo ejus factum erit, quo minus pervenerit, ut subjicitur l. 4. ergo nec aliter dabitur in patrem, quam si aliquid ad eum pervenerit ex rebus amotis. Subjicit Papin. in l. 5. viva quoque filia non dari in patrem actionem de peculio ob res amotas, nisi in id quod ad patrem pervenerit: nihil interest vivat, an mortua sit filia, atque ita interpretabimur ex Papiniano quod proponitur in *d.* §. *ult.* in patrem dari actionem de peculio, sed addendus est modus ex *d. l.* 6. teneri ex eo tantum, quod ad eum pervenerit. Qua de causa etiam dicitur a Papiniano actio utilis. Cur appellatur utilis? cur non directa? quia venit ex delicto: et de peculio si directo, et summo jure agitur, non agitur nisi ex contractu, ex negot. gesto. Rursus cur non datur directa? quia directa de peculio non datur in id solum, quod ad patrem pervenerit: sed in id totum, quod est in peculio, etiamsi nihil ad patrem pervenerit. Est elegans quæstio hæc: nam videbatur non esse actionem de peculio rerum amotarum in patrem, quia venit ex delicto: videbatur esse, quia pertinet ad rei persecutionem, nec pœnam persequitur. Quid definitum est? Placuit media sententia, ut teneatur de peculio in id totum, quod ad eum pervenerit: et simili modo condictio furtiva datur in patrem, vel dominum de peculio, non ut solet dari ex contractibus, sed in id tantum, quod ad eum ex furto pervenit: sequuntur hac in re mediam sententiam, *l.* 3. §. *pœn. de condict. furt.* Quæ dicta sunt de filiafamil. eadem obtinent in filiofamil. Quid in servo? Finge: Servus vel ancilla amovit res sui contubernalis, an in dominum dabitur actio rerum amotarum de peculio? nihil de hac re scribitur, quia constabat cessare rerum amotarum: nam ubi cessat matrimonium, ibi cessat rerum amota-

rum actio, quia competit divortii causa: ubi autem non est matrimonium, ibi non est divortium, *l. si concubina*, *hoc tit.* cum in servis, vel inter servos non sint nuptiæ, *l.* 3. *C. de incest. nupt.* Sed si alii servus furtum fecerit, condictio furtiva de peculio dabitur in dominum de eo, quod ad eum pervenit: in residuum noxæ dedetur servus: et si filius sit, in residuum agetur cum filio.

Ad L. ult. Rerum amotarum.

Cum soluto matrimonio rerum amotarum judicium contra mulierem instituitur, redintegrato rursus matrimonio, solvitur judicium.

Judicium rerum amotarum solvitur reconciliato matrimonio, *judicium solvitur*, id est, judex esse desinit, qui datus in eam speciem *l. judicium de judic.* et reus interim absolvitur ab observatione hujus judicii, judicisve, et actio rerum amotarum cessat, vel interquiescit, non etiam extinguitur, alioquin non restitueretur actio rerum amotarum divortio iterum facto, *l. redintegrato*, *h. t.* Et tamen restituitur. Cessare actionem, est sopiri actionem, non extingui, *ut in l. qui res*, §. *aream*, *de solut.* illo loco, *ut magis*, *l. inter stipulantem* 83. §. *sacram*, *l. continuus*, §. *illud*, *de verbor. obligat.* Seneca in epist. *insanus per intervalla, dum interquiescit, sano similis est*, *in eo*, inquit *furorem cessare non deesse.* Actio quæ cessat facile restituitur; quæ extincta est, nunquam restituitur, nisi ex nova causa, sed hoc non est restitui, sed nasci, *l.* 10. §. *pen. de in rem verso:* quare naturalis, ut Aristot. ait, est quidam regressus ab habitu ad privationem, non contra: nec enim quod extinctum est, amplius restituitur, et quæ restituuntur actiones, sane reviviscunt, cessasse intelliguntur, non extinctæ fuisse. Verum quid fiet, si post divortium nondum sit actum rerum amotarum, et antequam ageretur, restitutum sit matrimonium, an tunc aget rerum amotarum, ob res amotas prioris divortii causa? agenti obstabit exceptio doli mali: nam nata est quidem actio, sed æquum est, eam solvi, aut cessare matrimonio redintegrato, cujus rei argumentum præbet *l. si mulier post divort. de jur. dot.* quia scil. constante matrimonio, actio rerum amotarum non est inter virum et uxorem, *l.* 2. *l. ult. et l.* 5. *h. t.* Et quod ait hæc lex ult. de judicio rerum amotarum, idem etiam obtinet in judicio de dote, quo mulier post divortium agit cum viro: nam reconciliato matrimonio solvitur judicium de dote: vel si nondum actum sit de dote, et reconciliato matrimonio agatur, olim ipso jure non competebat actio rei uxoriæ, quia est bonæ fidei, et doli mali exceptio inest bonæ fidei judiciis, ut necesse non sit eam opponi: actio ex stipulatu de dote perimebatur per exceptionem doli mali, *d. l. si mulier*, post divortium hodie perimitur ipso jure, quia est bonæ fidei, ex Constitutione Justiniani. Verum ita demum judicium de dote, quod inchoatum est ante redintegratum matrim. solvitur, si mulier egerit, quæ dotem dederat, non si extraneus egerit, qui dotem dederat pro muliere, et stipulatus fuerat, eam sibi reddi divortio facto, et ei quæsita actio de dote semel, non intercidit reconciliato, redintegrato matrimonio, nec dos rursus eadem fungi potest nisi ipse denuo consentiat, et velit eandem pecuniam doti esse: alioqui recipit pecuniam ex stipulatu, etiamsi redintegretur matrim. *l. stipulatio*, *de jur. dot.* *l. in insulam*, §. *ult. sol. matrim.*

Ad L. V. de Confirm. tutore.

Tutores a patruo testamento datos jussit prætor magistratus confirmare, hi cautionem quoque accipere debuerunt; nec voluntas ejus, qui tutorem dare non potuit, negligentiam magistratuum excusat. Denique prætor non ante decretum interponere potest, quam per inquisitionem idoneis pronunciatis. Unde sequitur, ut si tutelæ tempore solvendo non fuerunt, in id, quod de bonis eorum servari non possit, contra magistratus actio decernatur.

Transeamus a dotibus ad tutelas: nam reliqua, quæ sunt in hoc libro, et quæ fere sunt in lib. 12. sunt de tutelis. Et prima quæstio est de confirmando tutore, vel curatore. Confirmari dicitur, qui non jure testamento datus, a magistratu tamen, cui jus dandi tutoris, datur secundum judicium et voluntatem testatoris. Jure datur tutor testamento a patre vel avo liberis, qui sunt in potestate, atque ita privatus dat tutorem. Et hoc est, quod dicitur, tutoris dationem non esse jurisdictionis vel imperii. Nam et is, qui nec jurisdictionem, nec imperium habet, tutorem dat, veluti pater filiofamilias, quia hoc ei permisit lex 12. tabul. Ergo tutoris datio est legis, id est, competit ei, cui lex dedit, vel Senatusc. aut ipse Princeps. *l.* 6. §. *tutoris*, *de tutor.* Curatorem autem nec filiofamil. jure dat pater in testamento: nam generaliter nusquam a quopiam jure testamento curator datur, hoc est certissimum ex *tit. Instit. de curat.* nec quærenda est alia ratio differentiæ, quam quod l. 12. tabul. quæ permisit patri tutorem dare, de tutela tantum loquitur, *super pecunia*, *tutelave suæ rei*, non de curatione. Ergo tutor tantum jure datur testamento, ab eo, qui pupillum habet in potestate, non item curator. Et similis est ratio, cur ventri detur curator, non tutor ex edicto Prætoris de ventre in possessionem mittendo, *l. ventri*, *de tut. et cur. dat.* Nam, inquit de curatore constituendo edicto

comprehensum est, non dabitur ergo tutor, et tutoris et curatoris datio, legis est omnimodo, nec plus licet in dando tutore, quam lex concesserit vel edictum. Non jure datur tutor testamento a patre filio emancipato vel naturali in servitute quæsito, et postea manumisso una cum patre, vel suscepto ex concubina non ex uxore justa: nam et hic non est in potestate. Imo ut loquitur *lex ult. C. de natur. lib.* est degener partus et obliquus partus, ut loquitur Statius. Et pari ratione mater non jure tutorem dat, quia liberos non habet in potestate. Itemque patruus aut patronus liberti filio non jure dat tutorem: et generaliter extraneus, id est, qui non habet pupillum in potestate, testamento jure tutorem non dat. Sed hoc interest inter eum, qui datur a patre pupillo emancipato vel naturali et non justo filio, et eum, qui datur a ceteris, quod datus a matre vel ceteris extraneis, solet confirmari decreto consulis:, ut in *l.* 1. *hoc. tit.* vel prætoris vel præsidis ex constitutione principum, ut ait *d. l.* 1. Solet, inquam, confirmari ex inquisitione. Nam antequam confirmetur, inquisitio fit perscribas et officiales prætoris aut præsidis, *l.* 3. §. *tutor qui, de susp. tut.* Inquirunt an tutor datus a matre vel ab extraneo sit solvendo: si non sit, non confirmant: inquirunt an sit bene moratus, quod est caput: an sit diligens, an optimus paterfam. an noverit educare liberos, an patriam amet, an sit vagus et erro. Post inquisitionem hujusmodi pronuntiatur hoc modo a judice, *testamento datum idoneum videri;* et decretum interponitur, quo jubetur tutelam suscipere, qui datus est, quive se non excusat. Ac præterea datus a matre vel ceteris non confirmatur, nisi datus sit pupillo hæredi instituto: quasi in rem potius et bona, quæ illi reliquit, quam in personam ut ait *l.* 4. *de test. tut.* nam datus non instituto, non confirmabitur. Et placet valde ratio *l.* 4. *hoc. tit.* ut si patronus vel quivis extraneus pupillum hæredem instituerit, eique tutorem dederit, quæ datio jure non valet, confirmari debere tamen datum tutorem, secundum voluntatem testatoris. Confirmare, est sequi judicium testatoris, quod non fiet sine inquisitione. Sed cur exigis, ut sit institutus pupillus, ut confirmetur tutor, qui ei datus est? quoniam testator ejus personam, quem tutorem esse voluit, noverat, nec elegit eum frustra aut temere, aut inconsulto, et impuberem ita dilexerat, ut eum hæredem institueret. Sane diligo eum, quem hæredem facio, ergo etiam video ei de optimo tutore prospexisse, nec igitur ab ejus judicio temere recedit magistratus, sed neque id sequitur citra inquisitionem. Eadem ostendit etiam *l.* 4. *de test. tut. l.* 23. *hoc tit. l.* 4. *C. de test. tut.* ubi jamdiu ostendi abundare negationem. Nam *d. l.* 4. ait matrem dare posse tutorem iis tantum impuberibus filiis, quos hæredes instituerit. Et subjicit, *quando eos hæredes non instituerit:* ubi delenda est negatio, et perspicue legendum, *eos hæredes instituerit.* Solet tutor ex voluntate matris a præside confirmari, qui sane non confirmaretur liberis non institutis. Et hæc de tutore dato a matre, vel quolibet extraneo. Aliud servatur in tutore dato a patre filio emancipato, vel naturali, ut subjicit postea. Nam datus emancipato a patre confirmatur sine inquisitione, *Instit. de tut.* Electio patris est firmissimum judicium, quia paterno amori nullus est similis, nullus major affectus: confirmabitur ergo sine inquisitione, eo tamen animadverso, an duraverit voluntas patris, *l.* 8. *hoc tit.* Et præterea nihil intererit, dederit pater tutorem filio instituto vel exhæredato, *l.* 4. *supra de test. tut.* Exhæredatur autem emancipatus filius, non autem naturalis, quia res esset inepta: naturalis numquam exhæredatur, sicut nec extraneus: filius naturalis intelligitur esse extraneus penitus: emancipatus, quia jure prætorio non est extraneus, est instituendus vel exhæredandus, *l. quidam, de verbor. obligat.* sicut suus: non naturalis. Sed et in naturali ita se res habet, ut si dederit ei pater tutorem, cui nihil reliquit, ut ait *l. naturali, hoc tit.* non dixit, quem exhæredavit, sed cui nihil reliquit, nam exhæredatio non cadit in naturalem, confirmetur, verum non sine inquisitione, quamvis sit datus a patre, quando incertus esse intelligitur pater, quem nuptiæ non demonstrant. Et licet dicat *d. l. naturali, hoc tit.* naturali filio, cui nihil relictum est, frustra tutor datur a patre, non ideo sequitur, quin possit confirmari, vel adhibita inquisitione, sicut in *l. qui tutelam*, §. *ult. de test. tut.* Jurisconsultus ait, *impuberi liberto patronus tutorem frustra dat*, et subjicitur tamen, *sed ex voluntate patroni confirmabitur, si fides inquisitionis congruat* judicio testatoris: debent congruere judicium defuncti, et fides inquisitionis. Hæc differentia est valde notanda inter tutorem datum a patre, et datum a matre et ceteris exteris. Ad hæc notandum, confirmatum tutorem, qui testamento jure datus non est, non satisdare rem pupilli salvam fore; hoc est indistincte verum, sive datus sit a patre, sive ab aliis personis. Primum datus a patre non jure, et confirmatus, non satisdat, quia ut ait *l.* 3. *hoc tit.* perinde est atque si ex testamento tutor esset. Quid? ergo tutor confirmatus, qui datus est testamento non jure, non est tutor ex testamento, sed ex decreto Prætoris vel Præsidis? Sic est: non est tutor testamentarius, sed dativus. Confirmare tutorem, est dare, *l. jure* 26. §. *ult. et l. seq. et test. tut.* sed perinde est, ac si ex ipso testamento tutor

esset : ergo remittenda est ei satisdatio. Nam tutor datus testamento, et qui pro eo habetur, non satisdat, quia fides ejus et diligentia satis intelligitur approbata a testatore ; nec sunt onerandi satisdatione, qui habent certissimum judicium defuncti. Datus âutem tutor non jure a matre vel extraneo, et confirmatus, non satisdat etiam rem pupilli salvam fore, *l.* 2. *hoc tit.* Cur non eadem ratione, quasi usi sumus in patre? sed hac, quia ex inquisitione confirmatus est, et via et fides inquisitionis pro vinculo satisdationis cedit, *l.* 13. *de tut. et cur. dat. Inst. de satisd. tut.* initio tit. *Satisdant*, inquit, *dativi, qui scilicet dati sunt a magistratu sine inquisitione. Ceterum dati ex inquisitione non satisdant, quia idonei electi sunt* : sed ex hac l. *et pronuntiati sunt idonei*, id est, videri esse locupletes et bene moratos, et bonos patresfam. Atque ita demonstramus, tutores confirmatos indistincte non satisdare rem pupilli salvam fore, quia scilicet confirmantur vel ex inquisitione, vel quia perinde sint, atque si tutores essent ex testamento, quales dicuntur esse a patre dati tantum, non a matre, vel aliis personis. Sit igitur hæc sententia stata et fixa, confirmatos tutores non satisdare. Obstat tamen huic sententiæ vehementissime hæc l. 5. Species est : Patruus filio fratris impuberi testamento tutorem dedit, ergo non jure, quia pupillum non habet in potestate. Prætor jussit eum tutorem a magistratu municipali confirmari, quod est dari, ut ante dictum est : magistratus mpnicipalis habetne jus dandi tutoris? habet, non minus quam magistratus urbanus, vel provincialis, *l.* 3. *de tut. et cur. dat.* jus datum est : lege igitur aliqua vel constitutione, sed plerumque magistratus municipales non dant tutores nisi jussu Præsidis, aut Prætoris præcepto, quod præceptum non est mandatum : nam tutoris datio non potest mandari, vel delegari alteri, quia ea tantum possunt mandari, quæ sunt jurisdictionis, datio tutoris non est jurisdictionis, sed juris, *l. nec mandante*, *in princ. de tut. et cur.* Ergo dum jubet præses magistratum municipalem tutorem dare, non hoc ei munus mandat, quod habet ipse sine mandato, quia datum est ei jus dandi tutoris, *l.* 3. §. 2. §. *et si quem*, *ad Tertyl.* Jussum illud est admonitio tantum, ut loquitur recte *l.* 1. §. *magist. de mag. conven.* Huc pertinet etiam *l. Lucius*, §. *cum testam. de adm. tut. l.* 3. *et* 4. *de cur. fur.* §. *sed hoc jure*, *Inst. de Attil. tut.* Resumamus speciem. Finge : Tutorem datum a patruo prætor jussit magistratum confirmare, magistratum intellige municipalem : (ut plurimum in jure cum loquimur de magistratu, municipalem intelligimus, in *tit. de magistr. conven.* magistratus, id est, municipalis) magistratus confirmavit : ab eo satisdationem rem pupilli salvam fore non exegit : et tempore finitæ tutelæ tutor non est solvendo, quid fiet? pupillus actione utili aget in magistratum, qui confirmavit tutorem sine satisdatione, et datur actio ex Senatusc. utilis in factum, et est subsidiaria, quia datur in magistratum municipalem in id tantum, quod a tutore servari non potest, ex tit. *de magist. conven. inf.* Ergo negligentiam magistratus municipalis non excusat voluntas patrui, non judicium testatoris, nec enim debuit confirmare eum tutorem sine satisdatione. Hic se torquet Accurs. cujus magna glossa circumscribenda est, hac enim in re nihil evidentius est, quam quod magistratus municipalis separandus est a magistratibus urbanis, aut provincialibus, quorum amplior est potestas, quorum majus est imperium : nam magistratus municipales non confirmant tutorem ex inquisitione sola, sed exigunt satisdationem, aut hoc potest eis culpæ imputari et verti, si tempore finitæ tutelæ, tutor inopia laboret, nec possit restituere tutelam. Alii autem magistratus urbani, vel provinciales non exigunt satisdationem, sed dant ex inquisitione : ista inquisitione non utuntur magistratus municipales, sed satisdatione. Ergo exigere debent satisdationem. In aliis inquisitio pro satisdatione est, ergo et supervacua satisdatio est. Igitur in hac specie dicitur, *denique Prætor non ante decretum, etc.* Dixit magistratus municip. debuisse satis exigere : si id debuit facere, ergo et Prætor non debuit etiam dare sine inquisitione. Tutor datur decreto pro tribunali, non de plano, non per libellum. Et ideo ait, *Prætor non ante decretum interponere, quam per inquisit. idoneis pronuntiatis*, secundum fidem inquisitionis, hoc in prætore : in duumviro ita dicamus, *in magistratu municip. duumvir non potest decretum interponere, nisi exacta satisdatione*, nec idem ordo servatur ab hoc et ab illo in confirmando tutore. Ideoque subjicit, *si tempore tutelæ*, id est, finitæ tutelæ, vel aliter, id est, tempore, quo pupillus fit suæ tutelæ, suæ ætatis, solvendo non sit tutor, magistratus municipalis tenebitur actione subsidiaria, si non exegerit satisdationem. Et hoc est quod ait Papinianus in hac l. 5. Huc pertinet etiam ad hoc propositum *l.* 1. §. *sed etsi satis, de mag. conven.*

Ad L. XIII. de Tut. et curat. datis.

Si impuberi libertas et hæreditas per fideicommissum data sit, et institutus adire nolit, Senatus censuit, cum si impuberis nomine desideretur, adire cogendum, ut tamen pupillo, pupillæ tutor ab eo, cui jus dandi erit, detur qui

tutelam retineat, quoad restituatur hæreditas, et rem salvam fore ab hærede caveatur. Postea Divus Hadrianus ut idem in eo servetur, cui directa libertas data fuerit, rescripsit.

§. 1. *Quamvis autem a patrono, rem salvam pupillo fore, non facile cautio exigatur: tamen Senatus pro extraneo haberi voluit eum, qui quod in ipso fuit etiam libertate privavit impuberem, et jus quidem liberti, quod habet, quia ex causa fideicommissi manumittit, non est ei ablatum. Tutela vero sine vinculo cautionis non committitur: quid ergo si non caveat? non dubie tutela non erit apud patronum.*

§. 2. *Sed si puella duodecimum annum impleverit, tutor desinit esse: quoniam tamen minoribus annorum desiderantibus curatores dari soleat, si curator patronus petatur, fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis.*

Est verum quod Bartolus in hanc l. scribit, esse elegantissimam, et auream, quod nescio quo spiritu scripserit, cum non bene tenuerit sententiam legis. Ponitur hæc species, hæredem institutum et rogatum servum manumittere, eique hæreditatem restituere: quo casu Papin. ait, senatum censere, hæredem esse cogendum adire hæreditatem, si hoc desideretur nomine servi impuberis, cui hæreditatem restituere rogatus est, ut tamen impuberi cujuscunque sexus sit, tutor detur ad tempus, qui scilicet retineat tutelam, quoad pupillo hæres restituerit hæreditatem, atque etiam ei pupillo caverit hæres, vel satisdederit rem salvam fore. Verbis Pap. ut se habent, prima fronte videtur in specie legis propositæ servo tutor dari; servo inquam, impuberi, cui relicta est libertas, et hæreditas per fideicom. et ita existimat Accurs. in tit. *Inst. de test. tut.* In verbis hujus legis servo tutorem dari existimant et alii, quod est contra definitionem tutelæ. Tutela est vis ac potestas in capite libero, id est, in caput liberum. Caput liberum dicit eum, qui est sui juris, qui neque est in potestate parentis, neque in potestate domini: nam servo vel filiof. tutor non datur. Imo vero tutela finitur, si pupillus fiat servus, vel si forte fiat filiusf. per arrogationem, *l. si arrogati, super. de tut.* ergo soli patrif. impuberi, solive matrifam. impuberi tutor datur. Est casus in quo filiusfam. tutorem habet in *l. ult.* §. *minores, C. de sent. passis:* possit etiam aliquis esse casus, quo servo detur tutor, inquies: quod ego non concedam: nam et in illo casu *d. l. ult.* filiofam. tutor non datur, sed tutor datus patrifam. post reverso eo in potestatem patris tutor manet propter dissolutos mores, et nequitiam, luxuriam patris. Et talis est casus. Deportatione patris solvitur patria potestas, et filius fit sui juris, et quamdiu pater est in exilio, sibi acquirit, et testamentum facit tamquam paterfam. quod si postea pater restituatur in civitatem indulgentia Principis, an testamentum, quod interim fecit filius irritum sit, an quod interim acquisivit pertinet ad patrem restitutum in integrum, restitutum patriæ? Minime: atque ita in illo casu filiusfam. habet testamentum, habet bona propria pagana: nam castrensia proculdubio potest habere. Finge: filius deportati erat pupillus, ideoque interim datus est illi tutor, restituto patre an tutor esse desinit? sic videtur, quia æquius est, patrem administrare bona filii, quæ interim acquisivit, quam extraneum. Sed hoc ita procedit, si pater sit homo frugi: nam si sit nequam pater, si prodigus, si luxuriosus, tutor idem manebit, qui fuit ante, atque ita filiusf. habebit tutorem. Nam sane restituto patre revertitur in potestatem patris. Fateor, illo casu filiusf. habet tutorem, sed non datur filiof. verum tantum retinetur. Et similiter non datur servo tutor in *l.* 17. *h. t.* ei, qui de statu suo litigat, id est, qui petitur in servitutem ex libertate, si detur tutor, ita demum datio valet, si liber sit, quod eventus litis declarabit. Denique eventus ejus cognitionis declarabit, jure datus sit is tutor necne; interim erit in possessione libertatis, et tutor quasi datus libero approbabitur et admittetur. Et in specie igitur hujus l. cum lex non dicat palam servo tutorem dari, in ea, inquam, specie ponenda, observare debemus, ut ita ponatur, ne illud quod perquam absurdum et legibus contrarium efficiat, servo tutorem dari. Et ita verissime ponatur species. Quidam hæredem instituit, eumque rogavit verbis fideicom. ut servum hæreditarium impuberem manumitteret, eique hæreditatem restitueret, atque ita ab hærede instituto testator servo proprio impuberi reliquit et libertatem fideicomm. et hæreditatem fideicom. hæres institutus recusat adire hæreditatem, dicens eam esse suspectam et damnosam: si non adeat, intercidet utriusque fideicomm. hæreditatis et libertatis: nam destitutum testamentum pro non facto habetur. Destituitur, si hæres non adeat. Quid igitur fiet, ne intercidat libertas et hæreditas fideicommissaria? Senatus, inquit, censuit hæredem compellendum adire hæreditatem si hoc desideretur, nomine impuberis. Caput hoc unum est Senatuscons. Pegasiani, cujus fuerunt et alia multa capita, *l. cogi, l. ex facto, ad Trebell.* et in multis locis eodem titulo. Ergo Senatusc. Pegasiano cavetur, ut etiam hoc casu, si hoc desideretur nomine impuberis, compellatur hæres adire. Impubes quidem hoc non postulabit, quia ætas non fert, ut postulet quicquam per se, sed quilibet alius pro eo postulabit. Ætas ne postulet, impedit: conditio servi-

lis sola ne hoc postulet, non impedit, quia etsi regulariter servus non possit consistere in jure vel in judicio, tamen libertatis causa etiam per se aditum ad prætorem habet, *l. vix, de judic. l. mulier*, §. *non est*, *ad Treb. l. de libertate*, *de fideic. libert. l. Titius*, *de act. empt.* Ergo quolibet postulante nomine pupilli, non pupillæ, hæres scriptus cogitur hæreditatem adire, quam suspectam dicit, non suo, sed pupilli periculo, qui eum cogit ex Pegasiano. Cogitur pupillum pupillamve manumittere ex causa fideicomm. manumissione hæres fit patronus pupilli, ergo tutor legitimus: nam patronus liberti impuberis est tutor legitimus. Denique hæres idem manumissor pupilli, pupillæve est tutor legitimus, quasi patronus: sed non potest auctor esse in ea re, quæ inter eum vertitur et pupillum, puta de hæreditate restituenda. Ac præterea non potest tutelam gerere, antequam satisdet rem pupilli salvam fore: testamentarii tutores, et ex inquisitione dati non satisdant, at legitimi satisdant, aut sane tutela non erit apud eos: quia igitur manumissor, licet manumissione fiat tutor legitimus pupilli pupillæve, non potest tamen in causa restituendæ hæreditatis auctoritatem suam pupillo interponere, et quia non potest tutelam administrare, nisi satisdet, igitur interim dabitur tutor specialis manumisso, datur tutor non servo sed manumisso, *ut in l. apud*, §. *ult. ad Trebell.* tutor temporarius, quo auctore pupillo hæres restituet hæreditatem. Nam solvi quidem potest pecunia pupillo a debitore sine tutoris auctoritate, sed hæreditas ex fideicomm. restitui pupillo non potest sine tutoris auctoritate; quia restitutio hæreditatis fideicom. non tantum est solutio, sed etiam successio, cum fideicom. cui restituta est hæreditas, loco hæredis habeatur, et sustineat onera hæreditaria ex Senat. Treb. *l. restitut.* §. *ult. et l. seq. ad Treb. l. obligari*, §. *pupillus*, *de auct. tut.* Ergo manumisso pupillo interim dabitur tutor specialis, quo auctore hæres restituat pupillo hæreditatem, et tutor manebit quoad hæres restituerit, et quoad hæres pupillo satisdederit rem salvam fore. Iis peractis hæres suscipiet tutelam, quasi patronus, quasi legitimus tutor, et ille desinet esse tutor, qui datus est ad tempus tantum, et in speciem unam. Et hoc est quod ait *in prin. h. l.* Subjicit ex Constit. Adriani, *idem servari in eo servo hæreditario impubere vel ancilla hæreditaria, cui directa relicta est libertas et hæreditas per fideicom.* Senatus loquitur de eo, cui libertas relicta est per fideicom. Sed Divus Adrianus ait *idem esse*, *si libertas relicta sit per fideicom. aut directo.* Et hoc est, quod sequitur, *postea D. Adrianus etc.* non tamen idem omnino servatur in eo, cui utrumque datum est per fideicom. Quod quemadmodum intelligendum sit, videamus, nec enim idem servatur in illo, quod censetur in eo, cui data est libertas per fideicom. nam idem, quod ibi servatur, si impuberis nomine desideretur, ut hæres cogatur adire, idem servatur, ut pupillo detur tutor libero facto, jam statim post aditionem jure directo sine facto hæredis. Sed hic tutor, an erit specialis, an erit temporarius? imo erit generalis et perpetuus, quia pupillus non est libertus hæredis, nec enim hæres eum manumisit, sed est libertus orcinus, vel libertus familiæ, *l. 48. de manum. test. l. 3.* §. *plane*, *de leg. tut.* non est libertus hæredis: ergo hæres non est ejus tutor legitimus, et qui datus est, tutor manet, non existente legitimo, qui ei præferatur. Observandum est, quod posuimus speciem in eo cui est relicta libertas et hæreditas, utrumque per fideicommiss. ab eodem hærede scilicet, nempe rogato uno eodemque hærede eum manumittere, et ei restituere hæreditatem, quem hæredem dicimus compelli adire hæreditatem. Hoc verum est, etiamsi ab eodem hærede libertas per fideicommissum sit relicta pure, hæreditas autem sub conditione: nam et pendente conditione cogitur adire, *l. si cui pure*, *in pr. ad Trebell.* Aditione facta cogetur hæres manumittere, quia pure libertas data est, cogetur et interim restituere, qui invitus adivit, non suo periculo, sed alieno. Sed aliud erit e contrario, si hæreditas pure per fideicommissum, libertas sub conditione relicta sit: nam hæres non cogetur adire, antequam extiterit conditio, quia nondum libero non potest restitui hæreditas, et secundum voluntatem defuncti, non cogetur hæres eum manumittere prius, quam conditio existat, *d. l. si cum pure*, §. *ult.* Eadem ratione, si ab uno hærede relicta sit libertas, ab altero hæreditas per fideicommissum sub conditione, is, a quo relicta est hæreditas, non ante cogitur eam adire ex Senatusc. Pegasiano, hodie Trebell. quam servo libertas contigerit, quam servus manumissus sit, quia nondum libero non potest deberi hæreditas, deberi fideicommissum, quum scilicet servus fuit proprius testatoris, *l. si res aliena*, §. *servus*, *ad Trebell.* Postremo ex his, quæ diximus, observandum est; legitimum tutorem satisdare rem pupillarem salvam fore, aut non attingere eam tutelam, non pervenire ad legitimam tutelam sine satisdatione. Legitimi tutores ii sunt, qui satisdant: nam testamentarii, et qui dantur ex inquisitione, non satisdant: dati sine inquisitione, satisdant, ut dati a duumviris. Sed videtur satisdatio remitti quibusdam. Plerumque legitimi satisdant: quæro, an omnes legitimi, quia videntur quidam excipiendi? Sane a patrono non est exigenda temere satisdatio;

sed causa cognita, *l. legitimos*, *de legit. tut.* In hac specie tutor legitimus est patronus, ergo non est onerandus satisdatione, id est, non temere: quod tamen lex non vult ut attingat tutelam, antequam caverit, et ut satisdet, non est absque ratione, quoniam hic hæres, idemque manumissor et patronus, quantum in ipso fuit pupillum relicta fideicommissaria libertate privavit: nec enim ultro eum manumisit, sed coactus a prætore, et ob id oneratur satisdatione, nec tutela ad eum pertinet, antequam satisdet: jus tutoris, item jus patronatus non amittit, imo nullum jus patroni amittit; licet coactus manumiserit, sed oneratur tamen satisdatione. Et alia est ratio ejus, qui fit liber ex Senatuscons. Junciano, quod factum est Æmilio Junco et Julio Severo COSS. *l. si cum servum* 28. §. *si quis de fideicom. libert.* Senatuscons. locus in hac specie: rogatus est hæres servum suum manumittere, sed si latitet, ne servum manumittat et tergiversetur, tergiversator est debitor, qui latitat, et tergiversatur, *l.* 1. §. *ult. de leg. tut.* quid fiet? ipso jure fiet liber ex Senatusc. Junciano, et hæres amittet jus patroni: non immerito, quia non ipse manumisit, sed Senat. perduxit servum ad libertatem, vulgo in *d.* §. *si quis*, legebatur, *Factum Senatusc. Æmilio Vinco et Julio Secundo Coss.* Sed legendum est, *Junco*, ut recte Florent. et ita Satyr. 15. apud Juven.

—— *Sed consule Junco, Gesta.*

Alia est ratio ejus, qui fit liber ex Senatuscons. Rubriano; *l. quum vero* 26. §. *subventum*, *de fideic. liber.* Hæres rogatus est manumittere: evocatus est a prætore, nec venit, nec obtemperat edicto prætoris: ex eo Senatusc. prætor pronuntiat eum esse liberum, perinde atque si directa libertas relicta esset, ei data esset: hæres amittit jus patronatus, ergo non manumisit. At in specie proposita hæres, licet coactus, manumisit, et ideo conservatur ei jus suum, retinet jus omne suum, conservatur ei jus patronatus: quod omne demonstrant initio illa verba: *quia ex causa fideicommissi manumisit.* Quod est in extremo, facillimum est: loquitur de pupilla, de puella, id est, pupilla, sed idem obtinet in pupillo, ut initio legis dixi, *ut tamen pupillo pupillæve.* In hac specie hæres, idemque patronus tutor est legitimus, sed tutor esse desinit pubertate, si pupilla 12. annum impleverit, puer 14. Post pubertatem datur curator, sed hoc interest inter curatorem et tutorem, quod hic detur invito, cum pupillus nihil velle aut nolle intelligatur, ille non datur invito, *l.* 3. §. *puberi de tut.* Finge: impuberis tutor fuit patronus. Idem datus curator eidem facto puberi fuit eo desiderante: ut patronus fuit tutor, legitimus: si curator erit, erit curator dativus, nam curatores puberum nulli sunt legitimi, nisi sint furiosi aut prodigi. Denique curator erit dativus, qui tutor fuit legitimus, ergo curator dabitur ex inquisitione: proinde non satisdabit rem puberis *salvam fore*: sic fit, ut qui satisdederit, quasi tutor, quod sit legitimus, non satisdet quasi curator, quod sit datus ex inquisitione, et ubique in jure inquisitio pro satisdatione est. Observandum etiam in fine *l.* 3. quod supra omiseram, patronum libertæ tutorem esse desinere, si liberta pubuerit, hoc est, si 12. annum impleverit. De liberta loquor, non de liberto: de pupilla, non de pupillo, quando certissimum erat pupillum pubertate liberari tutela. Fœminæ olim erant in perpetua tutela, nec pubertate finiebatur tutela, sed liberabantur tantum libertæ tutela patronorum jure quatuor liberorum ex l. Papia, ut Ulpian. scribit *in Fragm. tit. ult.* quæ non habebant jus quatuor liberorum erant sub tutoribus, nec poterant facere testamentum sine auctoritate tutorum, nec dotem dicere nupturæ, nec civile negotium contrahere, nec lege agere, nec se obligare, nec mancipia alienare sine auctoritate tutoris, et hoc ex l. Papia: ex constit. etiam receptum, ut liberta liberetur tutela patroni, et generaliter, ut pupilla liberetur tutela, quum cœpit esse pubes, ut mas, ut in tit. *Inst. quib. mod. tut. fin.* Pupilli pupillæve liberantur tutela pubertate: adjecit *pupillæve*, ut notet juris antiqui abrogationem; qua de causa etiam Papinianus in *d. l.* 3. maluit in puella exprimere, quod in mare erat indubitatum.

Ad L. XXXVII. de Administr. tutor.

Tutorem, qui tutelam gerit, Sabinus et Cassius prout gerit in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis, obligari putaverunt.

§. 1. *Secundum quam sententiam servus institor dominicæ mercis, vel præpositus debitis exigendis, si liber factus in eodem actu perseveret, quamvis tempore servitutis obligari non potuerit præteriti temporis nomine, actione negotiorum gestorum non inutiliter convenietur, earum scilicet rerum, quæ connexam rationem cum his, quæ postea gesta sunt, habuerunt. Sic enim et tutelæ judicium earum quoque rerum causa tenere placuit, quæ post pubertatem administrantur, si posterior actus priori cohæreat, neque divisus propriam rationem habeat.*

§. 2. *Inde descendit quæstio, quæ vulgo circa filiumfam. tractata est, qui tutor testamento datus post tutelam gestam emancipatus in eodem officio perseveravit. Et secundum Sabini et Cassii sententiam, eveniet, ut de eo quidem, quod post emancipationem gestum est, in solidum con-*

veniri possit; de præterito autem, sive peculium non sit ademptum, sive sit ademptum, in id, quod facere possit: quod si superioris temporis nomine patrem de peculio pupillus conveniri maluerit, (annus enim utilis, ex quo tutela agi posse cœpit, computabitur) ne capiatur pater inducta totius temporis causa, tempus quo filiusfam. tutelam gessit, comprehendendum erit.

Proponitur initio generalis quædam sententia Sabinianorum: ad quam cetera omnia, quæ subjicit Papinianus referuntur. Sententia hæc est: tutorem, qui tutelam gerit (quod dicitur ad differentiam tutoris honorarii) prout gerit in singulas res per tempora, velut ex pluribus causis obligari posse. *Per tempora*, id est, habita differentia et distinctione temporum, quibus gerit: *et tempora*, dicit, non singula momenta, sed quæ longius spatium habent. Idem vero dici potest de fure: imo de imagine furis, quod Sabiniani definiunt in tutore, quod evidens etiam fieri potest. Fur prout contrectat rem furtivam per tempora obligatur, prout contrectat. Igitur sæpius contrectando furtum etiam facit sæpe, qua tamen re non ideo magis nascitur actio furti vel crescit, *l.* 6. *et* 9. *de furt.* Et per tempora obligatur, hoc est, habita ratione et distinctione temporum, ut mulier aut vir ob res subreptas in matrimonio divortii causa, non tenetur furti, sed si res contrectet post divortium, easdem res contrectando post dissolutum matrimonium tenetur furti et condictione furtiva, *l.* 3. *rer. amot.* atque ita distinguuntur tempora, quia contrectans in matrimonio non tenetur: contrectans post divortium tenetur: et ita servus ob res subreptas domino in servitute, non tenetur furti, sed si eas contrectet post libertatem tenetur: *l.* 1. *de noxal. act.* Ac similiter tutor prout gerit tutelam, per tempora obligatur, non quod ideo magis nascatur obligatio vel actio tutelæ, sed distinctio fit et separatio temporis, quo gessit et administravit, quod quatuor exemplis planum faciam. Primum est tale: tempus pupillaris ætatis separatur a pubertatis tempore: quomodo? nam quod tutor gessit pupillaris ætatis tempore, hoc est, quandiu pupillus fuit, et ejus tutelam administravit de eo tenetur actione tutelæ: quod gessit post pubertatem, de eo tenetur actione negotiorum gestorum, non tutelæ: nisi uno casu, si id, quod gessit post pubertatem connexum sit iis, quæ gessit antea, ut inquit textus eleganter. Si quod gessit, sit posterior actus, hoc est, administratio post pubertatem priori cohæreat, nec divisus propriam rationem habeat. *Connexum* est, cujus ratio a tutelæ ratione, a tutelæ administratione separari non potest, vel id sine quo tutelæ administratio expediri non potest, *l.* 12. *de neg. gest. l.* 13. *de tut. et rat. dist.* Et nihil refert, geratur ante vel post tutelam *l. quid ergo*, §. *pen. de cont. act. tut.* et inter cetera connexum dicitur officio tutelæ, ut tutor pupillam suam puberem factam statim admoneat, ut sibi curatorem petat, *l.* 5. §. *si tut. hoc tit.* Ita etiam de nexis tutelæ constituendum est. Nexa tutelæ veniunt in actionem tutelæ, licet gesta postea non sint in tutela, sed ante, vel post tutelam, quod confirmat etiam *d. l.* 13. *cum seq. de tut. et rat. dist. l.* 11. *C. arb. tut.* neque vero hoc est sine effectu magno, ut nexa veniant in actionem tutelæ: nam actio tutelæ est privilegiaria et fidejussores tenentur, si cautum sit rem pupilli salvam fore, *l. quotiens* §. 1. *et* 2. *hoc. tit.* quod non fit in actione negotiorum gestorum: neque enim est privilegiaria, nec fidejussores interveniunt. Et similis distinctio fit temporum in servo institore, vel dispensatore, hoc est, præposito calendario, pecuniis fœnerandis, et exigendis rationibus calendarii, et veluti institor, *l.* 5. §. 1. *l. in eum*, §. *ult. de inst. act.* Quæ, *inquam*, distinctio temporum servatur in tutore qui bona pupilli gessit, eadem in servo vel dispensatore, et in actore: nam de eo, quod gessit post manumissionem tenetur actione negotiorum gestorum de eo, quod gessit in servitute ante manumissionem, dum gerebat actum domini, dum erat præpositus merci dominicæ exigendæ aut fœnerandæ pecuniæ, de eo non datur in eum ulla actio, non tenetur ulla actione, quia nec ulla fuit in eum actio ab initio; ne post manumissionem quidem servus stat in judicio: nam naturalis obligatio quam servus suscipit, nullam parit actionem, sed addenda est exceptio ut in tutore, nisi id, quod in servitute gessit, connexam rationem habeat, connexum sit cum eo, quod post manumissionem gessit: nam hoc casu reddet rationem connexi, *l.* 17. *eum actum, de negot. gest.* quæ lex ex eodem Ulpiani libro conjungenda est cum *d. l.* 13. *de tut. cum l.* 17. *de adm. et per.* Hæc est de tutore, illa de servo actore: comparavit alterum alteri Ulpianus. Et hæc ita se habent ex Sabinianorum sententia, subindicans, non eandem fuisse rationem et sententiam Proculianorum: nam hi per tempora non dividebant obligationis causam, sed dicebant manumissum teneri ex antegesto, etiamsi ei connexum non fuisset post gestum, si modo in eodem actu perseverasset post libertatem. Nam perseverans in eodem actu, debuit a semetipso exigere et sibi solvere, quod reliquatus est in servitute. Cur tenetur, inquiunt Proculiani ex antegesto? quia post agendo debuit a se exigere reliqua actus gesti in servitute: et si non exegerit, tenetur culpæ nomine actione negotiorum gestorum, quasi non præstita bona fide, quæ excludit non tantum dolum, sed culpam, *l.* 18. *et*

19. *in pr. de neg. gest.* ut plane videatur lex 17. *esse secundum Sabin.* lex 18. *et* 19. secundum Proculianos: *l.* 18. *et l. Proculus* contrariæ sunt. Imo ita est omnino, nec in eo hæsitandum est, quod tamen Accursius facit in *d. l.* 18. et exemplo servi non dubitandum, quin Proculiani idem statuant in tutore, qui post pubertatem pupilli sui in administratione perseverasset. Nam et hunc dicebant a semetipso perseverante in administratione rationem exigere debuisse de eo, quod administrasset et reliquasset in tutela. Et videtur etiam sententia Proculian. habuisse æquitatem, nec probatur tamen, nisi in his tantum, quæ apud eum servum postea manumissum apparuit esse reliqua post manumissionem: nam eorum nomine, quæ reliqua restabunt ex antegestis, tenebitur proculdubio actione negotiorum gestorum. Et ita etiam Scævola in *d. l.* 19. §. 1. interpretatur, quod dicebat Sabinus, servum actorem et postea manumissum a capite rationem reddere debere: quod Scevola ita ait accipiendum esse, ut reliqua, quæ apparuerint fuisse tempore libertatis, ea reddat, eorum rationem reddat, et ita rationem reddat ἀπ' ἀρχῆς τῆς διοικήσεως, videlicet si reliqua quædam supersint tempore manumissionis, non etiam ut revocetur in obligationem dolus vel culpa admissa in servitute, quod non præstiterit bonam fidem in exigendis reliquis a semetipso: quæ omnia erant satis difficilia explicatu: quæ sequuntur, erunt leviora et apertiora. Restant tria exempla, quæ demonstrant obligationem tutoris, qui tutelam gessit, dividi per tempora: hoc demonstravimus uno exemplo, demonstrabitur adhuc tribus. Unum est in *l. divi*, *h. t. l.* 3. *C. in quib. caus. tut. hab.* Si sint plures tutores, qui gesserunt tutelam, regulariter tenetur pro rata administrationis, et nonnunquam singuli in solidum in id, quod collegæ gesserunt ex constitutionibus quæ sunt ea de causa: tenentur, inquam, vel pro rata administrationis, vel in solidum, ratione scilicet temporis, quo tutores fuerunt, quo pupillus fuit impubes: nam post pubertatem generaliter, si perseveraverint in administratione, tenentur tantum pro rata administrationis. Tertium exemplum est hujusmumodi. Si filiusfam. tutelam gessit, et emancipetur nondum tutela finita, de eo, quod gessit ante emancipationem, plerumque tenetur in id tantum, quod facere potest ex edicto prætoris, *l.* 2. *C. quod cum eo*, ne novus paterfamil. vexetur vel opprimatur, vel oneretur solidi præstatione, sed non tenetur, nisi causa cognita a prætore. De eo igitur, quod gessit ante emancipationem, tenetur in solidum, sive in id, quod facere potest causa cognita. Et eleganter dicit Papinianus, sive ademptum ei sit peculium, sive concessum in emancipatione. Quod si concessum peculium locupletissimum et amplissimum ei sit, non æquum videtur, ut exoneretur solidi præstatione, quem pater locupletavit concessione amplissimi peculii. De eo autem, quod gessit filiusf. post emancipationem, omnino tenetur in solidum, *l.* 11. *de tut. et rat. distr.* Et ita per tempora filiusfam. tutor obligatur, modo in solidum, modo in id, quod facere potest, in quantum facere potest. Quartum exemplum est, quo demonstratur, dividi obligationem per tempora. Filiusfam. tutor emancipatur: pater ejus de eo, quod filiusfamilias gessit ante emancipationem tenetur de peculio intra annum, quia extinguitur peculium, quod computatur, non ex die emancipationis, sed ex die finitæ tutelæ, quo agi potest tutelæ: nam tutelæ non agitur ante finitam tutelam. Quid est tutelæ actio? quid est tutelæ agere? postulare rationem tutelæ reddi. Et ideo dicitur annus utilis, qui ab eo computabitur die, quo agi potest de peculio, et computantur tantum illi dies in annum, quibus agi potest de peculio, non dies continui, qui annum efficiunt. De eo autem quod filiusfamilias gessit post emancipationem nullo modo tenetur pater, *l.* 11. *l. si filiusfam.* 6. *de tut. et ration. distrah.* Et ideo hoc exemplo demonstrator distingui tempora. Interpunctio in fine *l.* emendanda, id est, apponenda virgula, non comma, *ne capiatur pater ind. tot. temporis causa, tempus, quo filiusfam.* (subintellige, *non emancipatus*) *Annus enim, etc.* per parenthesin legenda sunt.

Ad L. XXIV. de Excusat. tut.

Nequaquam credendum est ei privilegium excusationis ablatum, cui fideicommissaria libertas soluta est: nam in toto fere jure manumissor ejusmodi nihil juris ut patronus adversus liberti personam consequitur, excepto quod in jus vocare patronum injussu prætoris non debet.

Illæ tres leges, que restant, sunt omnino singulares. Incipiamus a lege 24. Sciendum est, libertum, qui tutor vel curator datus fuit liberis patroni aut patronæ impuberibus, aut adolescentibus, cogi tutelam, aut curam suscipere omnimodo, nec ullum privilegium excusationis habere. Multæ sunt justæ causæ, quæ alios excusant a tutela et cura, nulla harum excusat libertum a tutela, vel cura filii sui patroni vel patronæ, non excusat onus seu numerus liberorum, non onus trium tutelarum, sed neque ulla alia causa, quæ alium excusaret. Et hoc est ex Senatusconsulto facto auctore D. Marco, *l. libertos*, *C. de excusat. tut.* Et hoc locum habet, etiamsi libertus jus aureorum annulorum impetraverit, id est, si in equestrem ordinem

redactus fuerit, *l. 14. h. tit.* nam in aliis causis libertus, qui jus aureorum annulorum impetravit, habetur pro ingenuo, non pro libertino. In hac causa non habetur pro ingenuo, ut possit se excusare, quantumvis habeat justam causam. Verum Senatusc. non intelligitur de liberto quolibet, sed de eo, in quo manumissor plenum jus patronatus habet, et in quo liberi ejus plenum jus patronatus habituri sunt, *l. libertus, de tut. et curat. dat.* ut puta, si sponte et ultro eum manumiserit: hoc enim casu, si eum miserit manu nulla cogente necessitate, nanciscitur in plenum jus patronatus: nam si quasi debitor ex causa fideicom. eum manumiserit, si non donaverit, si non dederit ei libertatem, sed solverit, si debitam libertatem, non gratuitam præstiterit, fiet quidem is libertus, et ille patronus, sed non in plenum: namque omnia jura patronatus non habebit, omne jus in liberto non habebit, quale haberet in liberto sponte manumisso: hæc enim tantum habebit, ut ejus liberti, quem manumisit ex causa fideicom. ut ejus, inquam, sit tutor legitimus, si sit impubes, *l. 13. de tut. et cur. dat.* et ut non possit ab eo in jus vocari sine venia prætoris, *l. 9. de in jus voc.* et præterea, ut ad bona ejus venire possit quasi patronatus, vel ab intestato, vel ad bonorum possessionem unde legitimi, vel si testamento ejus liberti præteritus sit, per bonorum possessionem contra tab. quod ostenditur in *l. qui ex causa 29. de bon. libert. l. 3. §. 1. de suis et leg. hæred.* Tria habet quasi patronus, qui manumisit ex causa fideicommissi, quique invitus manumisit secundum voluntatem defuncti, qui non magnum beneficium dedit, qui potuit cogi dare. Cetera autem jura patronatus non habet: primum invito liberto non potest donum, munus, operas imponere, *comme aujourd'huy les Seigneurs font à leurs subjects en quatre cas*, qualia onera hodie imponimus clientibus sive vassallis: ei quem manumisit sponte, potest libertatis causa donum, munus, operas imponere: ei, quem manumisit ex fideicom. non potest imponere: et si imposuit, non potest petere, *l. 7. §. rescriptum, l. si quis hac lege, §. 1. l. Campanus, de oper. libert. l. mater, C. eod.* nisi scilicet sit filius defuncti, qui rogatus est manumittere, et pater voluerit eum plene jus patronatus habere, *d. l. qui ex causa*: nam hic poterit etiam operas imponere, quia et directo manumisso a patre inter vivos posset operas imponere quasi patroni filius, non directo manumisso testamento: nam hic patronum non habet: libertinus potius est, quam libertus, neque etiam proprie est libertus sine patrono. Et ita est accipienda lex *si filius, in pr. de fideic. liber.* Ergo proprie est libertus sine patrono, et filius defuncti rogatus servum hæreditarium manumittere, poterit ei operas imponere, maxime si ita censeat patronus, si non refragetur voluntas patroni, et tamen si testator rogasset extraneum hæredem, ut manumitteret, et palam dixisset se velle, ut uteretur is hæres pleno jure patronatus, hoc jure non utetur, id est, non poterit donum, munus, operas imponere, quia non quæcunque scripta sunt in testamento valent, aut servanda sunt: non sane, nisi quatenus congruit legibus et constitutionibus: nam non potest facere testator, ne leges et constitutiones in suo testam. locum habeant, et ita provisum est in hac specie *l. cerdonem, de oper. libert. l. videndum, de leg. 1.* Constitutiones vetant imponi operas manumisso per fideicom. nec igitur potest testator efficere, ne iis constitutionib. sit locus, quæ noluerunt onerari libertatem nisi eam, quæ ultro et sponte præstaretur, et nulla necessitate cogente. Secundo, non potest desiderare patronus, si sit egenus, ut libertus eum alat, quod tamen solent patroni a libertis desiderare, quos sponte manumiserunt, sed ille non potest, *l. 5. §. si quis a libert. de lib. agnosc.* Tertio, non potest eum ingrati accusare, *l. 1. C. de libert. et eor. lib.* atque ita revocare, redigere in servitutem. Ingrati actio, hoc est, revocatio in servitutem, rescissio libertatis, datur tantum iis, qui sponte manumiserunt. Item si is, qui rogatus est manumittere, eum manumiserit suo testamento, et sibi hæredem fecerit, non erit ei hæres necessarius, *l. si servo, de hæred. instit.* Servus domino est hæres necessarius civili et prætorio jure, si eum sponte in testamento manumiserit, nulla cogente obligatione, non aliter. Item liberta, quæ manumissa est ex causa hujusmodi fideicom. si nupserit manumissori, potest ab eo divertere vel discedere, et alii nubere etiam invito eo, quod tamen non posset ex *l. Julia et Papia*, si sponte esset manumissa, quod ostenditur in *l. ult. de divort. l. proxime, de rit. nupt.* Et excipienda est hæc liberta, quæ est manumissa ex causa fideicom. a lege Julia et Papia. Denique lex Jul. et Pap. quæ vult, ne liberta divertat invito patrono, de eo accipitur, qui sponte manumisit nulla necessitate cogente. Hic enim est proprie aut vere patronus. In hunc congruunt omnia jura patronatus. Ac postremo, ut ostendit Pap. in hac l. 24. quod non est alias scriptum, libertus hujusmodi non cogitur suscipere filiorum patroni tutelam, si habeat legitimas excusationes: liberto quem dominus manumisit sua sponte, aufertur privilegium excusationis: huic, quem dominus quasi debitor manumisit, non sua benignitate, reservatur. Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco.

Ad L. ult. Si quis a parente manumissus.

Divus Trajanus filium, quem pater male contra pietatem afficiebat, coegit emancipare: quo postea defuncto pater, ut manumissor, bonorum possessionem sibi competere dicebat. Sed consilio Neratii Prisci et Aristonis ei propter necessitatem solvendæ pietatis denegata est.

Dixi patronum hujusmodi, qui manumisit ex causa fideicommissi habere possessionem contra tabul. si præteritus sit, si in testamento ejus liberti silentio omissus sit, et quod ait Papin. non tantum excipiendum est de patrono: nam hoc etiam obtinuit non tantum in filio defuncti, *l.* 1. *C. de bon. possess. contra tab. lib.* sed etiam in alio quolibet hærede defuncti, *d. l. qui ex causa*, *l.* 3. §. 1. *de suis et legit.* Sed forsitan hoc non ita procedit, ut possit petere bonorum possessionem contra tabulas et consequi legitimam debitam patronis, si coactus a prætore eum manumiserit, si in jus vocatus fuerit, ac tandem damnatus fuerit eum manumittere: nam eodem etiam libro Papin. scripsit in *l. ult. si quis a parente man.* patrem, qui coactus emancipavit filium, hoc est vendidit, ac deinde redemit, et manumisit, non habere bonorum possessionem contra tabulas filii, si sit præteritus in testamento filii. Quid? cogiturne pater filium emancipare? non quidem regulariter, sed extant casus quidam, quibus cogitur, maxime a principe, non a quolibet magistratu, ut si filius ab eo atrociter tractetur contra officium pietatis, si male afficiatur a patre, si pater nimium in eum sæviat, idque liqueat principi, coget princeps patrem eum emancipare, quia patria potestas consistit in pietate. Et cum auctoritate Adriani aliquando pater ob eam causam coactus fuisset emancipare et manumittere filium, deinde mortuo filio testato, et præterito patre, patri denegata est bonorum possessio contra tabulas, quæ tamen alias competit patri manumissori, ut patrono: ut filio sic patri competit querela inofficiosi. Igitur, si sit præteritus testamento filii, alias vel ut pater aget querela inofficiosi, vel alias poterit petere bonorum possessionem contra tabulas, ut patronus, si manumissor extiterit, *l. pater, de inoffic. testam. l.* 1. *si quis a par. manumis.* huic tamen patri, qui coactus fuit manumittere, et emancipare filium, etiam præterito testamento filii, denegata est bonorum possessio contra tabulas, *consilio*, inquit, *Neratii Prisci et Aristonis.* Ex quo loco patet et intelligitur, illos duos Trajano fuisse a consiliis, Neratium scilicet et Aristonem, et Trajanus etiam hunc Neratium destinarat successorem imperii. Cur denegata est bonorum possessio? *propter necessitatem*, inquit, *solvendæ pietatis*, hoc est, quia coactus emancipaverat, quia coactus dissolverat patriam potestatem. Pietas pro potestate Tertullian. in Apolog. *Gratius est pietatis, quam potestatis vocabulum, l. divus, ad leg. Pomp. de parricid.* Patria potestas in pietate consistit. Et hoc est, quod dicitur in hac lege.

Ad L. L. ad Trebell.

Imperator Adrianus, cum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hæreditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probarentur, restitui hæreditatem filio jussit, ita ne quid in ea pecunia, quamdiu filius ejus viveret, juris haberet: nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit: post decreti autem, auctoritatem in ea hæreditate filio militi comparari debuit, si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret: sed paternæ reverentiæ congruum est, agenti forte patri officio judicis ex accessionibus hæreditariis emolumentum præstari.

Ultima lex est 50. ad Trebell. quæ etiam singularis est, et valde elegans. Pater hæres institutus est, et rogatus restituere hæreditatem filio, ea conditione, *si in sua potestate esse desiisset*, cum esset sui juris. Interim multa pater fecit intervertendi fideicom. causa: disperdit, profligat bona hæreditaria, quomodo consuletur filio? deerat auxilium juris filio. Sed in hac specie, patre non conservante hæreditatem fideicom. filio in diem conditionis, sed interim dissipante omnia, Imperator Adrianus decrevit, ut pater restitueret filio statim etiamsi esset in potestate sua ante conditionem, ita ut in ea hæreditate pater nihil juris habeat vivo filio. Recte vivo filio: nam mortuo filio in familia superstite patre, ea hæreditas redit ad patrem, sicut omne peculium filiifamilias. Hoc igitur casu fideicommiss. hæreditas restituitur ante conditionem, et ut loquitur Adrianus, *inflixit damnum conditionis*, *dum fideicommissum repræsentari voluit*: quomodo dicitur damnum voluntatis in *l.* 23. §. *servum*, *de fideicom. libert.* quoties non obtemperatur voluntati defuncti. Evenit etiam alio casu, ut fideicommissaria hæreditas restituatur ante conditionem, videlicet si hæres sit compulsus adire: nam hoc casu etiam restituet, non expectata fideicommissaria conditione. *l. apud*, §. *ult. l. si cui pure*, *ad Trebell.* Cui sententiæ nihil obstat *l. sed etsi ante diem*, §. *cum patre*, *eodem.* Paucis explicanda est species: pater hæredem instituit, eamque substituit filio exhæredato, et rogavit, ut omnem hæreditatem, quæ ei obveniret ex substitutione, restitueret Titio: an a Titio hæres

institutus poterit cogi adire, ut valeat substitutio, et fideicommissum? Non potest. Utitur duplici ratione. Prima est, quia fideicom. est relictum sub conditione: ergo a fideicommissario non potest cogi adire, antequam conditio existat. Hæc ratio, ut inquit Accurs., non est idonea. Igitur aliam subjicit: deinde, quia non probe agitur de hæreditate viventis pueri, quæ est idonea ratio. Et hoc solemne juris auctoribus, ut utantur duabus rationibus a rethoribus more sumpto ἐνστάσει et ἀντιπαραστάσει, quando prior est minus idonea, alioqui superflua esset posterior. Unius enim rei una tantum ratio est: Ergo evenit etiam in casu h. l. propter mores patris, ut representet filiofam. fideicommissum: atque ita fit, ut filiusfam. habeat bona pagana propria, quandiu vivit: nam hæc certe non sunt castrensia, non quasi castrensia, sed pagana sive paganica: mores patris faciunt, ut repræsentetur filio fideicom. ut quasi a patre profecta ab eo retineatur hæreditas. Dices, alia ratione potuit consuli filiofamil. puta exacta cautione a patre, et satisdatione de non minuenda, devastanda hæreditate, quæ cautio præstatur de hæreditate tam fideicommiss. quam etiam directa, *l. hæc stipulatio, ut leg. nom. cav. l. 4. C. ut in poss. leg. l. inter, qui satisd. cog.* Sed respondeo, non potuisse interponi hanc cautionem, quia filiusf. a patre, in cujus est potestate, inutiliter stipulatur, et prius stipulari oportuit a patre, alioqui fidejussores non obligarentur: ergo cum non posset interponi hæc cautio, damnum inflixit. Inter patrem et emancipatum filium potest cautio interponi, sed plerumque etiam remittitur patri propter reverentiam paternam. Duobus tamen casibus non remittitur restituendæ hæreditatis cautio, id est, filius emancipatus exigit cautionem a patre. Uno, si testator nominatim præceperit patrem satisdare de hæreditate restituenda filio: et altero casu, si transeat ad secundas nuptias, *l. jubemus. §. 1. C. ad Treb.* et in *Nov. 22. l. filio, ut leg. nomine cav. in fine.* Exposito hujusmodi decreto Adriani, ait Papin. post illud decretum Adriani, filiumfam. paganum in ea hæreditate comparari militi, qui habet castrense peculium. Constitutiones fecerunt ut miles et filiifa. haberentur pro patribusfam. in castrensi peculio. Decretum Adriani fecit, ut filiusfa. paganus in ea hæreditate, et in specie hujus l. habeatur pro patrefam. Ergo aget hæreditariis actionibus, quæ in eum transeunt restituta hæreditate ex Trebell. Senatusconsul. aget, *inquam*, etiam non adjuncta persona patris: nam quod potest filiusfam. miles in castrensibus, idem potest in hac specie paganus: sed hoc interest, quod filiusfam. miles potest testamentum facere de peculio; filiusfam. paganus etiam in ea hæreditate non potest testamentum facere, sicut nec de peculio pagano, cujus proprietas hodie ex constitutionibus Justiniani ad filiumfa. pertinet, ususfructus solus est patris, sicut et omnium bonorum adventitiorum. Hodie igitur filiusfam. est proprietarius, non tantum hujus hæreditatis, sed et adventitiæ cujuslibet: sed hujus hæreditatis est etiam usufructuarius. Ceteroquin non poterit de ea facere testamentum. Et hoc est, quod dicit, *quandiu filius viveret, nihil juris patrem in ea hæreditate habere.* Vivus filiusfamil. in ea hæreditate pro patrefamil. habetur, mortuus pro filiofam. et inutile est testamentum, quod de ea hæreditate fecerit, quia *quamdiu vivit duntaxat, jus omne habet in hæreditate.* Verum subjicit eleganter in fine, *si pater sit egenus, si inopia laboret, qui repræsentavit fideicommissum ex decreto principis, officio judicis ei esse præstandum emolumentum ex accessionibus,* id est, *ex fructibus ejus hæreditatis.* Emolumentum autem hoc loco, id est, alimonia patri egeno esse præstanda, ut plerumque sic emolumentum accipitur, *l. 3. §. generaliter, l. ult. si cui plusquam per leg. Falcid. l. dominus, de usufruct. l. Mævius §. pen. de legat. 2.* accipitur pro usufructu, ab emolendo, ut Persius ait, *Granaria emole*, et Cæsar, *sine magno commeatu et emolumento*, quem locum quidam corruperunt.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XII. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXIII. de Rei vindic.

Si culpa, non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet æstimationem, audiendus erit a judice si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, cum tamen prætor auxilium quandoque laturus sit quolibet alio possidente, nulla captione adficietur. Ipso quoque qui litis æstimationem perceperit, possidente, debet adjuvare, nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere.

Libro XII. Quæstionum Papiniani initium dat *l. 63. de rei vind.* quæ tametsi non esset inscripta Papiniano, stylus ipse statim proderet esse Pap. nemo alius tam graviter scribit, neque tam multa paucis complectitur. Egi rei vindicatione cum eo, qui rem meam bona fide possidebat: post litem contestatam, is ejus rei possessionem amisit culpa sua, an mihi condemnabitur culpæ nomine? Et de

hac re ita definitum est, si post litem contestatam judicio in rem bonæ fidei possessor, unde petitur, ejus rei possessionem amiserit sua culpa, culpæ nomine condemnabitur, *l. qui petitorio* §. 1. *h. tit.* *l. si servus* §. *item cui Julianus*, *de evict.* Declaremus hoc exemplis. Finge: Rei vindicatione petitus est homo a domino: dominus petiit servum per rei vindicationem a bonæ fidei possessore: pendente lite is servum per insidiosa loca misit et periit, vel etiam non custodivit, non vinxit, cum ejus conditionis, eorum morum esset, ut custodiri aut vinciri debuerit, fugitivus forte, et is dum non custoditur, aufugit, nec facile recuperari potest; vel etiam is, unde petitur, pendente lite hominem petitum permisit in arenam descendere, et jugulatus est, vel etiam nave petita is, unde petebatur, navem navigatum misit, et periit, vel etiam eam misit non idonea tempestate, puta brumæ, non idoneo tempore, vel etiam navigatum misit, et idoneo tempore, sed non idoneo gubernatori commisit, et periit naufragio: culpæ nomine damnabitur, quia culpa ejus res interim periit; atque ita bonæ fidei possessor non tantum præstat dolum, sed etiam culpam; post litem contestatam culpam præstat. At videamus, culpæ nomine in quantum condemnetur: sane tanti condemnatur, quanti litem æstimaverit. Judex litis æstimator erit. Judex, alias litem æstimat, id est, rem de qua lis est. Judex justo pretio: aliquando litem æstimat actor juratus, non injuratus, id est, dato jurejurando in litem æstimandam scilicet id est, jurat se tanti rem æstimare, quod jusjurandum non necesse est redigi ad pretium justum: nam æstimabit etiam injusto pretio: æquum est enim, ut unusquisque rei suæ pretium, quod volet, faciat. Verum quum culpa bonæ fidei possessoris post litem contestatam res periit, non tanti lis æstimabitur, quanti actor in litem juraverit, sed quanti judex æstimaverit, id est, quanti ea res erit. Inferet ergo reus æstimationem, quam dixerit judex. Sed æquum est, si hoc desideret reus, qui nondum rem usucepit, ut actor, qui fert litis æstimationem, ei cedat actiones suas, id est, cedat actione sua, rei vindicatione scilicet, et eum faciat procuratorem in rem suam, ut is rem vindicet a quolibet possessore tanquam dom. Aget vindicatione recte, quasi procurator domini, id est, ex cessione sive mandato dom. Et hoc ostenditur in *l.* 2. *in pr. et* §. 1. *h. t.* Ergo non aliter cogetur reus sufferre litis æstimationem aut solvere, quam si actor ei cedat rei vindicationem, quæ ei competit jure dominii. Sed ut ostendit Pap. hoc loco, etiam sine cessione reo, qui subiit litis æstimationem, a prætore dabitur vindicatio utilis, id est, Publiciana actio, non directa vindicatio, licet videatur rem emisse præstita litis æstimatione, quia quum res abest, non aliter fit dominus is, qui subit litis æstimationem, quam si ejus rei possessionem apprehenderit, ut præstita æstimatione litis non aliter fit dom. servi, qui est in fuga, quam si possessionem servi ejus apprehenderit, *l. hæc si res*, *h. t.* Concludamus igitur hoc modo. Reus cujus culpa res abest, post litem contestatam condemnatur, quanti ea res est culpæ nomine, sed rem persequitur, vel ex cessione domini cui solvit litis æstimationem directa vindicatione: vel sine cessione, utili vindicatione, id est, Publiciana: quum nondum usucepit, et initio possedit bona fide, justoque titulo. Et hoc est quod ait in priore parte *h. l.* bonæ fidei possessorem, qui possessionem non fraude amiserit, condemnatum æstimationem litis præstare, posse desiderare ut adversarius actiones suas cedat, id est, vindicationem directam: quamvis nulla captione afficiatur, ea non cessa. Cum prætor auxilium quandoque, id est, quandocumque laturus sit, data Publiciana scilicet ergo desiderabit sibi cedi: sin minus, prætor ei semper dabit Publicianam. Et subjicit in posteriore parte, etiam ei dari Publicianam adversus dominum, si forte dominus ejus rei, cujus æstimationem accepit, possessionem nactus sit, postea nec obstabit exceptio justi dominii, quia Publiciana obstare solet. Nam Publiciana dari solet tantum adversus extraneum possessorem, non adversus dominum *l. pen. tit. seq. de Publ. in rem act. l. mandatum* 57. *mand.* sed sunt 4. vel 5. casus quibus Publiciana datur etiam adversus dominum, nec obstat agenti exceptio dominii. Unus est in hac l. cujus ratio est elegans et evidens: nam si non esset efficax actio Publiciana adversus dominum, dominus haberet et rem et æstimationem. Quod est iniquum. Imo vero, ut idem Pap. in fine demonstrat, non auditur dominus, cum quo agitur Publiciana, si velit, ne rem restituat omnia retro agere, et retractare, id est, si paratum se esse dicat pretium, et litis æstimationem restituere, se malle rem quam pretium, pretium redditurum, modo sibi res non auferatur Publiciana: non audietur, quia in potestate venditoris non est recedere a venditione, quæ perfecta est invito emptore, litis æstimatio venditio est, *l. litis æstimatio*, *ff. pro empt.* Qui litis æstimationem solvit, rem retinet: aut recipit postea atque possidet et usucapit pro emptore. Emptor est, qui solvit pretium rei, etiamsi dominus pretium non fecerit ejus rei, sed judex: sunt necessariæ quædam venditiones. Ergo is, qui litis æstimationem pertulit, actione Publiciana invito domino rem auferet. Qui litis æstimationem pertulit suo periculo, ut ait; ait enim, *actorem ac-*

cipere litis æstimationem periculo judicati, id est, condemnati, ut Accurs. Quomodo periculo condemnati? quia solvit pretium sub incerto, sub alea, ejus forte rei nunquam recuperandæ, quia damnum facit suæ pecuniæ, etiamsi rem non recuperet. Ergo æquum est, ut qui ita pretium domino intulit suo periculo, sive rem possit recuperare sive non actione Publiciana, invito domino rem auferat, quæ forte postea ad dominum pervenit. Et hoc est quod ait in posteriore parte hujus *l. ipso quoque possidente, qui litis æstimationem perceperit* adjuvari debere eum qui eam præstitit; scilicet per eandem actionem institutam, id est, per Publicianam, quæ etiam datur adversus dominum. Repetamus definitionem initio propositam. Si post litem contestatam bonæ fidei possessor culpa sua amiserit rei possessionem, culpæ nomine condemnatur, quanti ea res est, id est, quanti judex arbitratus fuerit. Ait enim Pap. *ex sententia judicis*, id est, æstimatione judicis, rei pretium præstabit actori, æstimationem igitur, non fieri jurejurando actoris, sed sententia judicis sola. Definitio illa sic ait, *si post litem contestatam.* Quid si ante litem contestatam rei possessionem amiserit, culpa sua? Rursus ait, *si post litem contestatam amiserit culpa sua.* Quid si dolo amiserit vel fraude? et rursus quid si sine dolo, sine culpa? Præterea definitio loquitur de bonæ fidei possessore. Quid in male fidei possessore juris est? hæc omnia explicanda. Et primum si bonæ fidei possessor ante litem contestatam culpa sua rem amiserit, an præstabit culpam? minime: dolum duntaxat præstabit, si forte rem alienam esse cognoverit, quam initio possederat bona fide. Ante litem contestatam interpellatus et conventus a dom. aliud est conventio, aliud litis contestatio. Conventio potest præcedere litis contestationem. Conventio est interpellatio et admonitio: et ita, si post dolo malo effecit, ut res interiret, utique dolum præstabit præteritum, id est, admissum ante litem contestatam, culpam non præstabit, *l. si homo hoc tit.* Rursus quæro, quid si dolo malo possidere desierit post litem contestatam? pro possessore habebitur. Et hoc est quod dicimus, dolum esse pro possessione, *l. 22. h. t.* Quanti condemnabitur? sane tanti condemnabitur hoc casu, quanti actor in litem juraverit; quod jusjurandum plerumque judex sequitur, etiamsi juraverit in infinitum, quamquam judex possit moderari, refrænare jusjurandum, moderari æstimationem. Ex eo tamen jurejurando plerumque nihil minuit, sed tanti damnat reum, cujus dolo res periit, quanti actor juratus æstimaverit rem suam: nam æstimanti rem sine jurejurando actori fides non habetur: ac præterea illata ea æstimatione secundum jusjurandum actoris, actor non tenetur, non cogitur ei cedere actiones suas, quia dolo desiit possidere; non habebit etiam ipse, qui intulit æstimationem litis, actionem Publicianam, neque adversus dominum, neque adversus alium possessorem, *l. qui restituere, cum ll. seq. h. t.* Quibus solet opponi lex *in depositi, de re jud.* Finge: Actum est depositi vel commodati cum depositario, vel commodatario: post res deposita, vel commodata interiit dolo rei: sustinebit æstimationem litis, de eo nemo dubitat, sed succurretur ei, ut dominus cedat actiones suas rei persequendæ causa, compulso domino ad cedendum et actionem suam rei persequendæ causa, cujus ille pretium intulit. Cur ergo etiam in casu proposito, quando is, qui dolo desiit possidere, æstimationem intulit judicio in rem, quare non cogitur actor cedere actionem suam? Distinguenda sunt in hac re bonæ fidei judicia a strictis. In judiciis bonæ fidei officio judicis is, qui condemnavit reum, cedet actiones suas reo, officio judicis, quod est certissimum in strictis, ut in actione in rem, etiamsi sit arbitraria actio, non est latissimum officium judicis. Et falsum est, quod Græci dicunt, actionem arbitrariam imitari bonæ fidei actionem, imo stricta est actio, quia stricta est, in qua tamen aliquid possit officium judicis, sed non quodlibet; in qua tantum possit aliquid arbitrium judicis. Notanda est hæc differentia inter judicia bonæ fidei et arbitraria, quod genus est strictorum judiciorum: nam sunt arbitraria vel non. In actionibus bonæ fidei is, cujus dolo res abest, si solverit litis æstimationem, actor cogitur ei cedere actionem suam, non in arbitrariis, ac multo minus in non arbitrariis. In Judiciis bonæ fidei officium judicis est latissimum, non in arbitrariis. Et in judiciis bonæ fidei insunt omnes exceptiones, id est, suppleutur officio judicis, omittuntur a reo sine periculo, non etiam in arbitrariis, *l. Pap. l. seq. de Pub. in rem act.* In judiciis bonæ fidei exigitur cautio ante diem, ut diximus in *l. in omnibus, de judic.* in arbitrariis idem non obtinet. Ac postremo, in judiciis bonæ fidei veniunt fructus, etiam percepti ante litem contestatam, non etiam in arbitrariis, nisi extent, *l. 2. C. de pet. hæred.* Arbitraria ergo judicia, nec sunt bonæ fidei, nec imitantur judicia bonæ fidei. Imo origine sunt stricta, atque eventu ut plurimum. Rursus quæritur, quid sit dicendum, si bonæ fidei possessor post litem contestatam sine dolo et sine culpa rem desierit possidere? hoc casu absolvitur non quidem omnimodo: namque actor potius vincit quodammodo, ut Theoph. demonstrat in tit. *de divis. stip.* Videamus quomodo? Quia absolvitur quidem reus, qui vacat dolo atque etiam

culpa, quo enim nomine condemnaretur? Sed si rem usucepit interim, nam litis contestatio non interrumpit usucapionem, cogitur domino cedere actiones suas, id est, rei vindicationem, *l.* 21. *h. t.* Ac præterea debet cavere de ea re restituenda, si in suam potestatem pervenerit, non de ea re requirenda et persequenda suis sumptibus, sed de restituenda tantum, si casu quodam ad se res redierit, imo et de persequenda, si non cedat actionem suam, ut Theoph. declarat. Sed si non usucepit rem, absolvitur omnino, quia non habet actionem quam cedat, et quia supervacua esset cautio, cum rei persecutio sit domino salva, nondum impleta usucapione: dominus enim rem persequi potest, ut ait lex 21. *h. t.* rationem tamen reddit utroque casu, id est, sive usucepit, sive non, de fructibus, quos percepit eo tempore quo possedit, *d. l.* 21. Postremo quæritur, quid sit dicendum in possessore malæ fidei? Primum possessor malæ fidei ante litem contestatam culpam præstat, quod supra diximus non obtinere in bonæ fidei possessore, *l. si homo*, *hoc tit.* Ergo multo magis culpam etiam præstat post litem contestatam, quam præstat etiam bonæ fidei possessor, sed durior erit condemnatio malæ fidei possessoris: nam ei non cedet dominus actione sua, et non dabitur ei Publiciana, quæ datur bonæ fidei possessori: et præterea, non quanti res erit condemnabitur, sed perinde ac doli nomine, qui conduplicatus in eo intelligitur post litem contestatam, etiamsi non manifesta fraus arguatur, sed culpa tantum, aut negligentia. Et ita non est perpetuo verum, quod dicitur, *post litem contestatam omnes possessores pares esse*. Id non obtinet in hoc casu, quod obtinet in aliis: nam bonæ fidei possessor fatum non præstat, id est, si res post litem contestatam interierit suo fato: malæ fidei possessor, fatum præstet post litem contestatam, si modo res non erat interitura apud dominum, *l. illud*, *de pet. hæred.* Atque ita in eo etiam sunt dispares, ac etiam in alio, quia bonæ fidei possessor, quod acquirit servus, qui petitus est, post litem contestatam ex re ejus ei acquirit, non domino, nec id venit in restitutionem, quia ex re ejus partum est, quod ipsum veniret in restitutionem, si malæ fidei possessor esset, quod indicat *l.* 20. *hoc tit.* Atque ita his tribus casibus omnes possessores pares non sunt post litem contestatam.

Ad L. XIV. de Tut. et curat. dat.

Libertus non aliis patroni, patronæve liberis tutor esse cogitur, quam qui jura patronatus sperare possunt.

Sententia *l.* 14. *de tut.* neque ab Accusio, neque ab aliis explicatur, nam qui ad eam notantur loci, nihil pertinent ad legis sententiam, nihil ad verba. Intelleximus *l.* 11. *ex l.* 24. *de excus. tut.* libertum datum tutorem liberis patroni, patronæve, compelli tutelam suscipere vel curationem, etiamsi privilegio aliquo excusationis subnixus sit, omne ei privilegium excusationis auferri ex Senatusconsulto, quod tamen Papin. docuit *d. l.* 24. locum non habere in liberto, quem quis compulsus ex causa fideicomm. non sponte sua manumisit. Et in hac *l.* 14. idem Papin. docet, id locum habere in liberis patroni, quia jura patronatus sperare possunt: locum igitur non habere in liberis patroni, qui jura patronatus sperare non possunt. Et *jura patronatus* vocat per excellentiam, ut alibi *jura succedendi in bonis liberti per bonorum possessionem, unde legitimi ab intestato, vel per bonorum possessionem contra tabulas:* hoc est summum commodum patronatus, quod et *jus libertorum* dicitur, *l.* 13. *hoc tit.* jus liberti, id est, jus succedendi liberto, cui nexum est jus tutelæ, nam quo successio, eo etiam tutela redit secundum regul. juris. Qui liberti sperat successionem, et ejusdem impuberis tutelam gerit. Ergo ut dixi, in h. *l.* 14. jura patronatus sunt jura succedendi liberto. Sunt autem quidam liberi patroni, qui hæc jura non habent, ut liberi exhæredati, qui non succeduut liberto paterno, nisi pater nominatim caverit, ut exhæredato esset salvum jus patronatus, *l. si pater exhæredato*, *de bon liber.* Item liberi ejus patroni, qui contra legem Æliam Sentiam libertum jurejurando adegit, ne nuberet, ne liberos tolleret, nam hic ex lege Ælia Sentia non succedit liberto, nec liberi ejus: non habent jura succedendi, *l. qui contra legem*, *de jure patr.* atque ita sicut in *l.* 1. *de leg. tut.* dicitur, legitimos tutores esse eos, qui sperant successionem pupilli, ita, ut hoc loco proponitur, tutor datus filio patroni, ita demum repellitur ab omni excusatione, et tutelam suscipere cogitur, si pupillus speret successionem ejus, id est, si ipse patronus sit: nam et filius patroni, patronus dicitur: si jus habeat in bonis liberti, licet non sit principalis patronus. Et ita explicanda est hæc lex.

Ad L. XXXVIII. de Adm. tut.

Si plures tutelam non administraverint, et omnes solvendo sint, utrum quia nullæ partes administrationis inveniuntur, electioni locus erit? an ut ejusdem pecuniæ debitores excipere debebunt periculi societatem? quod magis ratio suadet.

§. 1. *Si quidam ex his idonei non sint, onerabuntur sine dubio ceteri, nec inique, cum singulorum contumacia pupillo damnum in solidum dederit.*

§. 2. *Unde quærendum est, an actiones pupilli, ei qui solus convenitur, in alterum pro parte scilicet præstare debeat? Sed cum propria uniuscuisque contumacia puniatur, quia fronte poterit hoc desiderari?*

Quæstio est elegantissima, pro qua parte quisque tutorum conveniatur et condemnetur. Finge: Duo sunt vel plures tutores, et sciunt, se esse tutores ac cessant, id est, non administrant, quid fiet? Extra ordinem cogentur administrare, *l.* 1. *in princ. hoc tit. l.* 4. §. *ult. rem pup. salv. fore.* Extra ordinem, quod notandum, quia nulla est prodita actio eo nomine, qua cogantur, sed mulcta coercentur, vel captis pignoribus compelluntur; quæ vocat strictiora remedia, *l.* 3. *de susp. tut.* sed possunt pertinaces, contumaces, refractarii, contemnere hæc remedia, et vel mulctati, vel coerciti capione pignorum perseverare in eadem cessatione. Quid vero tunc fiet? ut ostendit l. 3. vel tanquam suspecti removebuntur, et alii in locum eorum dabuntur, vel si nemo sit, qui postulet eos suspectos, omne periculum tutelæ sustinebunt. Quare maxime onerabuntur, et suo periculo cessabunt, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* et tenebuntur utili actione tutelæ: directa tenebuntur, qui administraverunt, utili qui non administraverunt, *d. l.* 4. §. 1. *rem pup. salvam fore.* Sed si omnes tutores, qui cessarunt, solvendo sint eo tempore, quo finitur tutela, et inchoatur actio tutelæ, quæritur an pupillus quem volet ex iis eligere possit, eumque in solidum conveniri? Quod videtur: nam non potest pupillus actionem dividere pro rata administrationis, cum nullus administraverit: verum si omnes solvendo sunt litis contestationis tempore, cum eo scilicet quem elegerit pupillus, licet singulorum dolus, id est, cessatio, mora, contumacia, pupillo damnum dederit, in solidum tamen, quia omnes locupletes sunt, omnes solvendo sunt. Is quem elegit pupillus, quemque convenit in solidum opposita exceptione efficit, ut actio dividatur inter collegas pro virilibus portionibus, exemplo plurium fidejussorum, vel mandatorum, qui habent beneficium divisionis ex epistola D. Adriani, si fuerint solvendo litis contestatæ tempore, §. *si plures*, *Instit. de fidejus.* Duo rei ejusdem pecuniæ idem beneficium non habuerunt ante Novellam 99. fidejussores et mandatores habuere, sed non alii rei, præterquam tutores, qui tenetur judicio tutelæ, quod est bonæ fidei. Interpretatio bonæ fidei inducit divisionem periculi inter tutores. Certum igitur est plures tutores habere beneficium divisionis, sive omnes cessaverint, sive omnes administraverint. Qui cessarunt, dividunt actionem pro virilibus portionibus: qui administrarunt, dividunt administrationem, id est, actionem pro rata administrationis, si ea divisa fuerit a testatore vel a judice, non si ab ipsis tutoribus: si indivisa fuerit administratio, dividunt actionem pro virilibus portionib. *l. Divi, l. si duo, hoc tit. l.* 1. §. *nunc. de tut. et rat. dist. l.* 2. *C. de divid. tu.* Addit *l. Divi* singulos tutores nonnunquam teneri in solidum, et condemnari scilicet nec habere beneficium divisionis. Quod procedit his casibus tantum: nam et ait, *nonnunquam.* Si, exempli gratia, duo sunt tutores, primus et secundus, et primus gnaviter et bene gesserit tutelam, secundus ignaviter, vel omnino non gesserit, primus convenitur in solidum detracto beneficio, divisionis scilicet si debuerit contutorem suspectum facere, et removere, nec fecerit, vel si a contutore satis non exegerit, cum sciret satis non exegisse magistratum municipalem, qui eum dedit, vel si contutorem tarde suspectum fecerit, ac propterea si lusorie eum suspectum fecerit, id est, ita ut pateretur se vinci, si defunctorie suspecti eum accusaverit, non strenue, non sedulo. Et huc pertinet *d. l.* 2. *C. de divid. tut. l.* 2. *et* 3. *de magistr. conven.* His casibus tutor, qui hæc commisit, aut non peregit sedulo, pro contutore tenetur in solidum: ac præterea his casibus contutor prius convenitur pro contutore suo quam magistratus municipalis, *l.* 1. §. *usque adeo, de tut. et rat. dist.* si modo in eo. §. ita legatur, ut ostendimus lib. 2. quæst. *l.* 2. *de quib. reb. ad eund. jud.* hoc modo, *si tutores solvendo non sint*, et alio loco, *si tutor ob hoc conveniatur, quod suspectum facere vel satis exigere supersederit:* quod Hugolinus animadvertit: ac præterea his casibus tutor, qui in solidum convenitur, condemnatur, non in sortem tantum, sed etiam in usuras, ut ex eodem lib. 12. quæst. Ulpian. refert in *l. tutor qui repertorium* 7. §. *pen. hoc tit. et* §. *si post depos. et seqq.* Alias, antequam ad contutorem veniatur, excutitur tutor vel hæres ejus, et fidejussor ejus, et magistratus municipalis qui eum dedit, et extremo loco pervenietur ad contutorem, *l. Lucius* 48. §. *pen. hoc tit.* Alias quoque contutor, qui pro tutore convenitur, non convenitur in usuras, nisi his casibus *l.* 1. *C. de usur.* suæ administrationis nomine condemnatur in usuras, non nomine contutoris. Et generaliter iis, quos dixi esse excutiendos, excussis, sortis nomine tutor qui solvendo est convenitur pro contutore, qui solvendo non est. Inopia unius onerat copiam alterius, *l.* 2. *de quibus rebus ad eund. jud.* Inde quæritur, *si quis solverit pro contutore suo, an*

pupillus ei debeat cedere actionem suam adversus contutorem? Et distinguitur subtiliter hoc modo: si pro contutore solverit ex proprio dolo vel culpa contutoris, non communi, vel si solverit solidum ex communi culpa, et desidia, ex communi gestu, pupillus ei cedere debet actionem suam, eumque facere procuratorem in rem suam, et si forte non cedat ei, is nulla captione afficietur: nam ex constitutionibus tutori, qui ex his causis pro contutore solvit, datur actio utilis adversus contutorem, adeo ut non admodum desiderare debeat, sibi actionem directam cedi a pupillo: nam utilis idem est effectus, qui directæ. Et hoc ostenditur in *l.* 1. §. *nunc tractemus*, *de tut. et rat. dist. l. ex pluribus*, *hoc tit. l.* 2. *C. de cont. jud. l.* 2. *C. de divid. tut.* Sed si tutor conveniatur in solidum ex dolo communi, neque cedet ei pupillus actionem suam adversus contutorem, neque utilis dabitur, *l.* 1. §. *plane*, *de tut. et rat. dist.* ut in specie *h. l.* 38. si omnes tutores cessaverint. Cessatio est dolus, sane est contumacia, et omnis contumacia fraus est, et dolus, nec nisi per abusionem dicitur fraus et dolus communis, neque enim delicti est societas sive communio. Est igitur uniuscujusque tutoris, qui cessavit, propria contumacia, proprius dolus in solidum, id est, qui pupillum damno affecit in solidum, quare indignus quoque est quicquam consequi a doli participe contutore; quando unusquisque suffert pœnam proprii doli, ut non sit æquum ei cedi actionem adversus alterum, cum non pro altero condemnatus sit, sed pro seipso ex dolo proprio. Et hoc est, quod dicitur, culpæ quidam societatem esse; doli, et generaliter, maleficii non esse: et rursus doli, et periculi: ex dolo communi societatem quidem esse, quod attinet ad beneficium divisionis, sed non quod attinet ad beneficium cessionis, sive utilis actionis in contutorem. Deinde, ut rectissime Bartol. inter plures contutores per contumaciam non gerentes tutelam, locum habere beneficium divisionis, non cessionis, quæ est verissima definitio legis quam Azo conatus est pervertere: et est summa ratio differentiæ inter beneficium cessionis et divisionis: nam beneficio divisionis nihil consequor a contutore, sed me defendo, ne damner in solidum ultra virilem portionem. Beneficium divisionis est mera defensio, ut inquit idem Bartolus, et facile concedimus copiam defendendi se cuilibet. Beneficio autem cessionis consequerer a contutore meo partem ejus, quod ex meo proprio dolo persolvi: quod est iniquum, ut scilicet damnum mihi prestet alter, quod sustinui ex meo proprio dolo: neque enim doli societas est. Et ita eleganter Papin. constituit differentiam inter dolum et culpam: nempe hanc: eum qui solvit solidum ex dolo communi non posse desiderare, ut pupillus cedat sibi actionem suam adversus contutorem suum, non posse etiam desiderare actionem utilem. At eum qui solvit solidum ex proprio dolo vel culpa contutoris, juste desiderare, ut sibi cedatur actio in solidum adversus contutorem, vel si solverit ex communi culpa, ut sibi cedatur pro parte tantum, et sine cessione habebit utilem. Ego existimo Papin. hæc conjunxisse eis, quæ scripsi in *l. si culpa, de rei vind.* quæ fuit 1. h. libr. et in qua ponitur similis differentia inter dolum et culpam. Ita est copulanda hæc lex cum *d. l. si culpa.*

Ad L. ult. Rem pup. salvam fore.

Si plures fidejussores a tutore pupillo dati sunt, non esse eum distringendum, sed in unum dandam actionem: ita, ut ei qui conveniretur actiones præstarentur: nec quisquam putaverit ab jure discessum, postquam pro ea parte placuit tutores condemnari quam administraverunt. Et ita demum in solidum, si res a ceteris non servetur, et idonea culpa detegatur, quod suspectum facere supersederit: nam æquitas arbitri, atque officium viri boni videtur eam formam juris desiderasse. Ceterum fidejussores civiliter in solidum obligati, ceteris quidem agentibus ut dividatur actio, impetrare possunt: pupillo vero agente, qui non ipse contraxit, sed in tutorem incidit, et ignorat omnia, beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est: ne ex una tutelæ causa, plures ac variæ quæstiones apud diversos judices constituerentur.

Explicaturus sum l. elegantissimam, *l. ult. rem pup. salv. for.* Quod supra didicimus ex *l. si plures, de adm. tut.* idem aliqua ex parte repetitur in hac l. Si plures tutores sint, habere eos beneficium dividendæ actionis, id est pupillum a singulis, qui modo solvendo sint litis contestatæ tempore, compelli partes pro virili, vel pro rata administrationis petere: nonnumquam tamen tutorem idoneum in solidum teneri pro collega, qui non est idoneus: ut puta si suspectum eum facere potuerit, et debuerit nec fecerit, vel si tarde vel lusorie fecerit, vel si debuerit ab eo satis petere nec petierit, cum sciret magistratum ab eo satis non exegisse, et ita exprimitur partim in hoc loco, partim in aliis similibus, *l. etiam, de adm. tut. l.* 2. *l.* 5. *de magistr. conven. l.* 1. §. *usque adeo, de tut. et rat. dist. l. tutor qui repertorium*, §. *pen. de admin. tut. l.* 2. *C. de divid. tut.* Ex quibus locis explicandum est, quod ait. *l. Divi, de adm. tut.* nonnunquam tutores in solidum condemnari, nec scindere actionem. Regulariter scindunt actionem, id est, pro parte tantum conveniuntur

et condemnantur: nonnunquam etiam in solidum, quod idem proponitur in *h. l. ult.* Sed mendum est in verbis quibus in hoc loco proponitur. Mendum unum est in verbo (*idouea*) Ait enim, *pro ea parte placuit tutores condemnari*, *quam administrarunt*, id est, tutores, qui habent beneficium divisionis. Sequitur exceptio, *si ceteri*, *etc.* vulgo legitur, *et ideo in eo culpa detegitur.* Recte legitur Florent. *et idonea culpa detegatur.* Florent. scriptura magis accedit ad veritatem, *et idonea culpa detegatur*, mutanda est una tantum litera, et leg. *idonei culpa detegatur.* Idoneum vocat tutorem, qui solvendo est, qui oneratur propter inopiam contutoris, quem suspectum facere supersedit. Auctores Basil. ita legisse apparet, si horum tutorum scil. quidam inveniantur non idonei, et idonei supersederint, eos veluti suspectos removere. Legendum est igitur, *et idonei culpa detegatur*, id est, negligentia idonei tutoris detegatur in non removendo non idoneo tutore, hoc scil. casu idoneus condemnatur in solidum, nec utetur beneficio divisionis. Et hæc de pluribus tutoribus. Nunc quæritur de pluribus fidejussoribus unius tutoris, qui pupillo caveriut rem salvam fore, an hi etiam habeant beneficium divisionis. Proposuimus plures tutores habere beneficium divisionis, exceptis certis casibus, sed quid de fidejussoribus tutoris unius? Et recte hoc quærimus, ut proponitur in hoc tit. Nam si plures sint tutores, et singulorum plures fidejussores, et singulorum singuli fidejussores, non est dubium, ut inter tutores, ita etiam inter fidejussores exemplo tutorum dividi actionem, *l. pupillus*, *de fidejuss. tut.* At plures fidejussores unius tutoris non possunt dividere actionem. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, pupillum non esse distringendum in plures adversarios: distringitur, qui cogitur dividere actionem, qui cogitur partes petere a singulis, nec potest eligere unum, cum quo agat in solidum, qui, ut est in fine hujus legis, ex una causa, ex uno negotio plures lites apud diversos judices instituere compellatur. Hoc plane est distringi, adire diversos judices ex una causa. Pupillus non est distringendus. Ergo pupillo permittitur, cum quo velit ex fidejussoribus a tutore datis in solidum experiri. Sed cogitur etiam vicissim, si hoc desideret is, cum quo agit pupillus, ei cedere actionem suam, quod etiam hoc loco proponitur. Et ita cessio actionis necessaria in hac specie, quia confidejussori, qui solvit solidum, non datur utilis actio, nisi cessa sit, *l. ut fidejussor*, *de fidejuss.* Ex hoc loco intelligitur, quam aperte conjugantur hæ tres leges, *l. 38. de adm. tut. l. si culpa*, *de rei vind. et l.* nostra, quæ omnes tractant de cedenda actione a victore victo. Denique plures fidejussores unius tutoris non habent beneficium divisionis: et ideo potest pupillus agere in solidum, cum quo velit congredi in solidum, si modo ei cedat actionem suam adversus alios confidejussores. Unus tantum est casus in *l. pen. ff. de fidejuss. tut.* summe notandus, quo fidejussores tutoris beneficium divisionis habent. Sciendum est autem ante Novell. Justin. in actoris arbitrio fuisse, aut agere cum fidejussoribus statim, vel cum principali reo. Hodie creditor non habet electionem, sed excutere prius debet principalem: licebat olim actori, ergo pupillo cum quo vellet experiri. Finge: egit cum fidejussoribus, et eorum rogatu cum egisset, vel agere voluisset adversus eos, convenit tutorem, expertus est cum tutore, et cum stipulatus esset, rem pupillarem salvam fore, initio tutelæ susceptæ, nunc adolescens post finitam tutelam denuo stipulatus est ab eis de reddendo eo, quod non posset servare a tutore, cum quo prius agebat fidejussorum rogatu. Exegit a tutore quædam, sed non omnia: est residuum aliquid, et hujus residui petitio adversus fidejussores ex posteriori stipulatione: an divident actionem residui inter se? sic videtur, quia adolescens videtur onus fidejussorum suscepisse, qui post pubertatem denuo ab eis stipulatus est, quasi omissa stipulatione priore rem pupilli salvam fore, ut jam non possit cum quo velit experiri in solidum; sed habebunt beneficium divisionis: et hic est casus elegantissimus *l. pen. ff. de fidejuss. tut.* Ad hæc quæritur. Cur plures tutores habeant beneficium divisionis, non etiam plures fidejussores tutoris? Proponitur differentia in hac l. et subjicitur elegantissima ratio, quia actio tutelæ, qua tenentur plures tutores, est bonæ fidei, et æquitas arbitri, atque officium boni viri, seu bona fides desiderat hujusmodi divisionem admitti, sive concedi pluribus tutoribus, maxime cum non propterea pupillus distringatur pluribus judiciis, quandoquidem plures tutores mittuntur ad unum eundemque judicem, *l. 2. de quibus rebus ad eund. jud. l. 5. C. arb. tut.* Quid igitur est bona fides? hoc loco est æquitas arbitri atque officium boni viri, hoc est bona fides, quam bonus vir existimaturus est. Arbiter et bonus vir idem est. Arbitrum et bonum virum vocat hoc loco judicem addictum judicio tutelæ, actioni tutelæ; et dicitur proprie arbiter in jure judex, quoties actio est de rationibus reddendis, et ea actio arbitrium dicitur, ut in *l. ult. C. arb. tut.* Ergo bona fides et æquitas exigit, ut in actione tutelæ toleretur divisio actionis inter tutores, ut conveniatur quisque pro parte tantum, ut dixi, cum non distringatur pupillus, quandoquidem omnes tutores mittuntur ad eundem judicem ex constitutionibus: plures fidejussores non mitterentur ad eundem judicem, si inter eos divideretur actio, ut indicat

hæc lex in fine. Idem non est constitutum in pluribus fidejussoribus, ut mittantur ad eundem judicem, quod in pluribus tutoribus. Et præterea actio ex stipulatu, qua fidejussores tenentur singuli in solidum, ipso jure stricta est actio, nec facile admittit æquitatem divisionis, præsertim agente pupillo, quem distringi injuriosum est: fateor, alio agente, quam pupillo fidejussores habere beneficium divisionis ex epist. Divi Adriani, si omnes sint solvendo litis contestatæ tempore: sed ab epistola excipiuntur fidejussores, qui caverunt rem pupilli salvam fore: nam pupillo agente non habent beneficium divisionis: *pupillo*, inquam, *agente beneficium dividendæ actionis injuriam habere visum est*. Cur ita? quia æquum non est distringi pupillum, qui non contraxit cum tutore, qui eos fidejussores dedit, sed in eum incidit. Et hoc est quod dicitur, actionem tutelæ non esse ex contractu, sed quasi ex contractu: pupillus enim non contrahit, et tutor datur etiam pupillo invito, et ignoranti, et proptera æquum non est distringi pupillum, qui ignorat, quod agit. Et hoc est, quod dicitur pupillum non intelligere quid agat, pupillum ignorare, quod videt. Seneca in epist. *pupillum nondum rationalem esse*. Et ita multa habemus singularia ex duabus posterioribus legibus: fidejussores etiamsi solvendo sint non habere beneficium divisionis agente pupillo, tutores vero habere beneficium divisionis, etiamsi alii duo rei principales ante Novell. non habebant illud beneficium divisionis. Hoc etiam singulare est, differentiam esse constituendam inter actionem bonæ fidei, et strictam. In bonæ fidei actione divisionem facilius admitti, in stricta difficilius. Verba Papiniani Accursius non intellexit (*nam æquitas*). Responsio est ad objectionem quæ præcedit.

Ad L. X. de Suspect. tut.

Decreto prætoris ut suspectus remotus, periculum futuri temporis non timet: iniquum enim videtur amoveri quidem a tutela, vel cura, in futurum autem non esse securum.

Sententia l. 10. hæc est. Ad eum tutorem, qui ut suspectus remotus est decreto prætoris periculum futuri temporis non pertinere: nam iniquum est, inquit, removeri quem a tutela, et in futurum, post remotionem, non esse securum: alioqui si administrationis periculo etiam post remotionem obstringeretur, hoc esset removere nomine, non re: qui removetur tutor esse desinit, *l. 4. §. pen. hoc tit. l. quod si forte*, §. *quod si remoto*, *de solut.* Et ita si quis pupillo facto pubere, facto suæ ætatis, tutor esse desinat, periculum futuri temporis ad eum non pertinet, nisi perseveret administrare, aut quid supersit, quod sit nexum cum superiori tutelæ administratione, *l. ult. C. de peric. tut. l. tutor*, *arbitr. tut.* Pubertate desinit quis esse tutor. Remotione desinit esse tutor: ergo utroque genere periculum administrationis desinit pertinere ad eum: nam administratio transfertur in alium, isque in quem administratio transfertur, periculi successor esse incipit: nihil autem refert, quibus verbis quis removeatur: nam si jussus sit tutela abire, sive prohibitus sit tutelam gerere, utroque modo desiuit esse tutor, *d. l. 4. §. pen.* nec unquam jure civili sententiarum seu decretorum fuit una certa et perpetua formula: nam qualiacumque verba sufficiunt: plerumque tamen ita solet decernere prætor, dum rejicit suspectum: *quando Lucius Titius tutelam C. Seii ob inertiam gerere non potest, eum ob hanc causam tutela abire jubeo*. Exprimitur causa in sententia, vel ob rusticitatem, simplicitatem, dolum, fraudem, latam culpam, negligentiam, et exprimitur plerumque causa, ut appareat de fama et de existimatione: nam qui removetur ob inertiam, vel simplicitatem, non est infamis, qui ob dolum, est infamis: sed potest etiam prætor supprimere causam, et ita pronunciare: *quoniam Lucius Titius Caii Seii tutelam gerere non potest*. Et quoties non est expressa causa, etiamsi, quæ causa movit prætorem, sit turpis, veluti doli mali, qui removetur non fit infamis, quod ex Papiniano traditur *in l. 4. §. 2. hoc tit.* nam actio proprie non infamat, sed verba sententiæ, quo jure utimur. Actio injuriarum est famosa, sed si verba sententiæ sint ita composita, ut rem obumbrent, ut mentionem non habeant injuriæ, conservabitur condemnati existimatio, nec fit infamis, quia causa condemnationis supprimitur data opera, ne fiat infamis: sententia est, quæ infamat, non lis. Tantum autem abest, ut ad eum, qui remotus est, pertineat periculum futuri temporis, ut nec ejus temporis periculum sustineat, quo pependit cognitio suspecti, sive accusatio suspecti: nam interim statim atque postulatus est suspectus, interdicitur ei administratio, et curator datur interim in locum ejus, quod ex eodem Papiniano est propositum in §. *si quis autem*, *Institut. de suspect. tutor.* et confirmatur *l. quem*, *C. eod. l. quod si forte* §. 1. *de solut.* At periculum præteriti temporis, quod fuit ante susceptam cognitionem suspecti, proculdubio præstat, quod quidem incipit statim atque rejectus est, non antequam rejectus sit: tutor manet tutor etiamsi postulatus sit suspectus, antequam rejectus sit: ergo cum eo agi non potest actione tutelæ, quia tutelæ agi non potest, nisi cum eo, qui tutor

esse desiit. Ergo prius est removendus, quam agatur tutelæ judicio, vel negotiorum gestorum cum curatore, *l. actus*, *de administrat. tut. l. pen. C. de suspect. tut.* Et nihil est præterea, quod pertineat ad hanc legem.

Ad L. XXIII. de Liberis et posthumis.

Filio, quem pater post emancipationem a se factam iterum adrogavit, exhæredationem antea scriptam nocere dixi, nam in omni fere jure sic observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, sed redditus videretur, nec multum puto referre, quod ad propositum attinet, quod loco nepotis filium exhæredatum pater adrogavit.

§. 1. *Si Titius hæres institutus, loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui hæres invenitur.*

Certum est, testamentum rumpi agnatione (*naissance*) sui hæredis, veluti posthumi, id est, si nascatur filius ex justa uxore post testamentum, qui quidem sit in eo testamento præteritus sive omissus, id est, neque institutus, neque exhæredatus: et præterea non tantum rumpitur agnatione, sed etiam quasi agnatione, veluti adoptione vel arrogatione: ego acquiro mihi, sive adsciseo mihi filium: atque ita quodammodo mihi videtur nasci sive adnasci filius. Ergo hic etiam, quia adoptatur, rumpet testamentum, si in eo sit præteritus, *l. 8. in pr. t. seq.* Verum quæro, quid sit dicendum, si is qui adoptatur post testamentum, in eo sit exhæredatus. Rursus quæro, quid si inveniatur institutus? aut extraneus in testamento exhæredatus est, et postea adoptatus est aut filius emancipatus: nam est differentia constituta inter hunc et illum. Extraneus transfertur in potestatem adoptione: filius autem emancipatus revertitur, redit in potestatem, (*adoptione*, sc.) *il rentre*: extraneus redigitur, *il entre* in potestatetem, *l. qui liberatus, de adopt.* Et ut hic ait filius emancipatus redditur familiæ, nam transfertur. Si extraneus sit exhæredatus in testamento, et postea adoptatus, illius adoptio rumpit testamentum, quia pro præterito habetur: nulla est enim exhæredatio extranei. Exhæredare enim est adimere hæreditatem ei, qui eam sperat ex lege, vel edicto prætoris. Extraneus eam non sperat, ergo in eo nulla est exhæredatio, *l. quidam, de verb. oblig.* Quod si filius emancipatus exhæredatus sit, in eo testamento exhæredatio valet jure prætorio: nam prætori filius emancipatus non est extraneus patri: jure prætorio non habetur pro extraneo, jure civili est pro extraneo. Denique exhæredatio emancipati valet jure prætorio, quia eo jure vocatur ad hæreditatem, perinde ac suus: prætor in danda hæreditate, vel bonorum possessione non separat suum ab emancipato: et ideo si post emancipationem filius exhæredatus adoptetur, non rumpet testamentum, nec quasi præteritus petet bonorum possessionem contra tabul. quia invenitur jure exhæredatus: nec quidquam refert, hic filius adoptetur in locum filii, an in locum nepotis; nam, quod est subtilissimum, commentum adoptionis sive fictio, non potest efficere, ut qui natura est filius minus videatur esse filius: adoptio filii emancipati non potest efficere, ut is magis videatur esse filius lege quam natura: potius, non commentitius est filius, sed naturalis, et filius verus, etsi adoptetur in locum nepotis; filius est naturalis et verus potius, quam nepos adoptivus. Prævalent enim jura sanguinis, naturalia jura, et eleganter Papin. ait, *in omni fere jure sic observari, ut veri patris filius adoptivus nunquam intelligatur*: sic loqui solet Pap. ut in *l. 24. de excus. tut. et in l. in omni, de adop. in omni fere jure.* Et ait, fere, quoniam in potestatem redigitur, vocabulo adoptionis, vi adoptionis. Et subjicit recte, *veri patris filium, verum filium adoptivum non intelligi*, quod veritas sit fictione potior, *ne*, inquit, *veritas adumbretur imagine naturæ; veritas*, id est, jus naturæ: veritas suscipiendorum liberorum, ut Cic. loquitur *pro domo*, opponens eam adoptioni. Adoptio est jus civile: veritas est jus naturæ. Adoptio est imago naturæ, et imitatio. Imago autem non debet aut potest naturæ, hoc est, veritati, offundere caliginem. Quamobrem prævalet natura: et hic semper dicitur pro vero filio magis, quam adoptivo: atque ita pro exhæredato habetur, nec rumpit testamentum: nam invenitur jure exhæredatus. Et hoc est, quod ait in prima parte hujus l. Et notandum, citari hunc locum ab Ulpiano in eandem rem, in *l. non putavit*, §. *si quis emancipatus, de bon. poss. con. tabul.* Verum, quid si quis institutus sit, et postea adoptatus, an adoptione rumpitur testamentum, quasi agnatione sui hæredis? Et dicemus multo minus rumpi: imo hoc casu non constituemus differentiam inter extraneum et filium emancipatum: valet enim institutio in utriusque persona: nam in utroque adoptio non infirmat testamentum, in quo adoptatus invenitur institutus; valet enim institutio utriusque personæ, non exhæredatio. Et ita proponitur in *l. 8. h. t.* ita proponitur etiam §. *ult. hac l.* Species hæc est. Extraneum in testamento hæredem scripsi: deinde cum adoptavi in locum nepotis, quasi natum ex meo filio: nondum est mihi suus, quia eum præcedit filius, sed si præmoriatur filius, mihi fiet suus, qui adoptatus est loco nepotis: mihi, inquam,

fiet successione in locum filii ex l. Velleja: an successione rumpet testamentum? minime: non quæro, an adoptione, quia non hæc per se ei suitatem tribuit, sed successio facit suum, sed an rumpet testamentum? minime, quia invenitur institutus, ergo non est præteritus. Et hoc est, quod ait in §. *ult. hac l.*

Ad L. LXXV. de Hæred. Instit.

Si filius substituatur ei a quo præteritus est: non ut intestati patris, sed ex testamento habebit hæreditatem: quoniam et quolibet alio substituto, si fuisset ab eo exhæredatus, inde testamentum inciperet, ubi filius esset exhæredatus.

In hac l. vulgo dicitur ab interpretibus, (qui non loquuntur accurate) non a juris auctoribus, non valere testamentum, id est, ipso jure nullum esse, in quo filius suus est præteritus. Ego nollem, ut quis uteretur hac sententia his verbis, nam est plerumque falsa: fallit plerumque: vera enim est uno tantum casu, si filius sit præteritus ab omnibus gradibus hæredum, ab omni parte testamenti. Intestatus est is, qui filium suum præteriit, ab omni parte testamenti scilicet: aliter ita concipienda est illa sententia: non valet is gradus, cave dicas pars testamenti, in qua filius suus est præteritus, ut in *l.* 14. §. *quod vulgo, de lib. et post.* nam si exempli gratia, filius sit præteritus a primo gradu alio hærede instituto ex asse, et secundo gradu sit substitutus instituto, vel in secundo gradu alio substituto sit exhæredatus, vitiatur in primo gradu. Si primo gradu hærede instituto ex asse, et filio, nec instituto, nec exhæredato, et secundo gradu filius sit substitutus, vel si alio substituto sit exhæredatus, rumpitur tantum primus gradus præteritionis, et tantum incipit testamentum a secundo gradu, *l.* 3. §. *ult. de lib. et post.* Et ita Papin. ait in hac l. si filius sit præteritus primo gradu, et substitutus secundo, quia testamentum valet, quod intelligatur incipere a secundo gradu. Ait igitur, eum succedere ex testamento. Vitiatur enim tantum primus gradus. Idem erit, si a secundo gradu sit exhæredatus: nam testamentum incipit a secundo gradu, nec succedet filius ullo jure, nisi instituta querela inofficiosi probaverit, se injuste et immerito exhæredatum.

Ad L. XLI. de Bon. libert.

Si libertus patrono, quod ad debitam portionem attinet, satisfaciat, invito tamen aliquid extorquere conetur, quid statuendum est, quæritur? Quid enim, si ex parte debita instituto, decem præterea legentur, et rogetur servum proprium, qui sit decem vel minoris pretii, manumittere? iniquum est et legatum velle percipere, et libertatem servo non dare: sed parte debita accepta, et legato temperare, et libertatem imponere non cogi, ne servum forte de se male meritum cogatur manumittere. Quid ergo si solo eodem hærede instituto idem libertus perierit? si substitutum habebit, æque decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione, cetera pars ad substitutum perveniat, ita ut si forte servus redimi potuisset, præstaretur libertas, cessante vero substitutione patronum hæreditatem liberti amplectentem Prætor, qui de fideicommisso cognoscit, libertatem servo eum imponere cogat.

Hæc lex est facie aperta, sed sensibus abstrusis, ideo omnino eget interpretatione. Sciendum est patrono præterito in testamento a liberto, vel instituto ex minori parte, quam dimidia vel tertia bonorum, quæ mortis tempore fuerunt, dari bonorum possessionem contra tabulas. Dimidiæ partis jure antiquo, tertiæ partis jure novo: nam portio legitima debita reverentiæ patroni, fuit olim semis omnium bonorum, hodie est triens, sive sit unus patronus, sive plures. Plures illi non sunt habituri amplius quam trientem, legitima est ea portio: sicut filii et liberi hodie sive sint plures, sive unus, habent trientem ejus, quod habituri erant ab intestato, trientem legitimæ portionis: nam legitima filii non proprie est legitima sed triens legitimæ. Legitima est, quæ obvenit ab intestato unicuique ex liberis. Verum adjiciendum, patrono dari bonorum possessionem contra tabulas, quia non infirmantur omnino tabulæ, sicut infirmantur prorsus per bonorum possessionem contra tabulas, quæ competit liberis præteritis, quæ differentia notanda est: possessio bonorum, quæ competit patrono, rescindit testamentum pro parte dimidia, vel hodie pro parte tertia, quod omne locum habet, si libertus facto testamento sine liberis decesserit. Et notanda est alia differentia inter filium præteritum et patronum: nam patrono præterito datur bonorum possessio contra tabulas, vel contra hæredem scriptum potius, qui adiit ex testamento, quam contra tabulas: neque enim datur ante aditam hæreditatem: filio autem præterito datur bonorum possessio vere contra tabulas, contra lignum, ut ait *l. vulgo, de bon. possess. cont. tab.* etsi hæres nondum adiisset hæreditatem, etsi nemo ex eo testamento hæres extitisset: quæ differentia ostenditur in *l. illud, de bon. poss. cont. tab. l.* 3. §. *ut patronus*, et §. *si patrono, hoc tit.* secundum hæc, ut patrono satisfiat, testamento liberti est reliquenda tertia pars, et quidem sine onere ullo, idque secundum jus novum, sicut constat liberis esse relinquendam portionem legitimam sine onere ullo, ne testamentum rescin-

dant ut inofficiosum, et patrem vel avum intestatum faciant: quæ verba, *sine onere ullo*, latissime patent, id est, sine die, sine conditione, sine onere legati, fideicommissi, satisdationis, denique sine onere ullo, quia portionem legitimam, puram, et immunem esse oportet: et si ita satisfactum sit patrono testamento liberti, ei non datur bonorum possessio contra tabulas. Nihil vero refert, quo titulo detur patrono portio legitima, quæ ei debetur jure patronatus: nihil refert, relinquam titulo institutionis vel legati, *l.* 44. §. *ult. hoc tit.* sicut ante Novellam Justin. nihil referebat, portio legitima relinqueretur liberis, illo aut h. tit. ad excludendam querelam §. *ult. Instit. de inoffic. test.* Hodie relinquenda est titulo institutionis. Cur? nam si non instituatur, exhæredatur: alioquin ipso jure nullum est testamentum. Exhæredatio autem nota quædam est infamia et macula: non est filius temere notandus: ergo non tam affectatur titulus institutionis in Novella Justiniani, quam ratio quæritur non inurendæ infamiæ filio, quæ liberet ab infamia filium. Titulus institutionis est necessarius, ut liberetur ab infamia filius. Portionem debitam patrono fuisse olim semissem scriptum est in *Instit. de success. lib.* sed sunt hujus juris antiqui etiam pleraque vestigia in Digestis, quamquam conatus sit Tribonianus ea omnia abolere, qui pro dimidiæ partis, reposuit, partis in *l.* 1. §. *pen. si cui plusquam per leg. Falcid. et l. debitor* §. 1. *de pign. act. l.* 1. *et* 43. *hoc tit.* Idem etiam indicat Sveton. in Nerone, dum ait, *Neronem constituisse, ut de bonis libertorum pro semisse dodrans præstaretur*, id est, *solveretur patrono?* Nunc finge: patrono relicta est debita portio, et præterea sunt legata decem adjecto onere fideicommissi, ut scilicet servum proprium manumitteret, qui erat decem vel minoris pretii. Debita portio non potest onerari fideicommisso, *l.* 43. *h. t. et l.* 28. *de leg.* 2. Legatum quod patrono relictum est, potest onerari fideicommisso, id est, legatum quod relictum est præter debitam portionem. Quod mihi debes, non potes onerare: quod mihi benigne concedis, potes onerare: legatum igitur potest onerari fideicommisso. Verum distinguendum est: aut patronus agnovit legatum, aut repudiavit: si agnovit legatum, eo casu cogitur onus, quod ei impositum est, adimplere, hoc est, servum manumittere, maxime cum plus non sit in pretio servi, quam in quantitate legati, ut ponit Papinianus hoc loco. Hoc igitur legato percepto, per prætorem fideicommissarium, qui cognoscit de omnibus fideicommissis, omnino cogetur eum servum manumittere. Quod si plus sit in pretio servi quam in summam legati, et legatum perceperit, cogeturne servum manumittere, qui longe pluris est? Et videtur cogi posse, ut servum manumittat, quia percipiendo legatum, quod quasi pro pretio servi ei relictum est ut eum manumittat, non pluris videtur æstimasse servum, licet sit pluris. Et hoc ita procedit, etiamsi legatum sit diminutum per legem Falcidiam, si sit divisum, ut ait lex *si debitor* 43. §. *in fideicommissaria, de fideic. libert.* id est, si divisum sit inter hæredem et legatarium pro dodrante et quadrante, et legatarius dodrantem acceperit, non solidum legatum: nam etiam hoc casu, quia contentus fuit dodrante, eumque percepit, cogetur servum manumittere, quia non pluris eum fecisse videtur, quam sit in summa, quam sit summa dodrantis, *l. sed si non servus*, *ad leg. Falc.* quod tamen non fuit sine controversia, non obtinuit nisi post multas controversias: nam ut indicat lex 6. *de fideic. libert.* quidam existimabant, eum qui rogatus erat servum proprium manumittere, si ex legato dodrantem duntaxat percepisset propter legem Falcidiam, non compelli manumittere, si pluris sit servus, quam dodrans. Et profecto hujus sententiæ videtur fuisse Papinianus, dum posuit non minus esse in legato, quam in pretio servi: legata fuisse 10. et servum fuisse dignum 10. vel minoris: non ponit servum fuisse pluris. Ideo si sit pluris, subindicat legatarium non compelli eum manumittere, maxime si passus sit Falcidiam. Et fortasse in patrono hanc sententiam sequendam esse, non aliis, aut quod malo, etiam in patrono: nam vehementer placet sententia legis *si debitor.* 43. §. *in fideicommissaria*, *de fideicomm. libert.* qui §. est elegantissimus, et cum exponamus.

Initio proponit, si relicta sit fideicommissaria libertas a legatario servo legatarii necesse esse, ut legatarius suum servum proprium manumittat, quamvis modicum ex legato consecutus fuerit, id est, quamvis lex Falcidia diminuerit legatum: et subjicit rationem: *pecuniarium enim fideicommissum si divisum fuerit*, *satis injuriam facit libertati, quam fideicommissario.* Legatarium in eo §. oportet accipere pro fideicommissario, ut sæpissime in jure legatum comprehendit fideicommissum, atque etiam tutoris dationem, et libertatis dationem comprehendit. In eo §. igitur legatum, id est, fideicommissum erat pecuniarium, id est, legaverat 10. ita ut legatarius servum proprium manumitteret. Finge: legatum divisum est per l. Falc. in dodrantem et quadrantem: atque ita legatarius tantum accepit dodrantem. Hæc divisio injuriam facit legatario, quia minuit et abscindit legatum, quod ei quasi pro pretio servi relictum est, et quia minuit pretium servi. Rursus hæc divisio legis Falcid. injuriam facit libertati, hæc abscissio legati injuriam facit libertati, si legatarius non cogatur servum manumittere, qui pluris est, scilicet quam quod

legatarius ex legato percepit: quæ major est injuria? quæ minor? nam duabus injuriis propositis minor optanda est: sane major est injuria, quæ fit libertati, unde concludit rectissime, *satius esse eum, qui agnovit legatum, onerari*, id est, præstare libertatem fideicommissariam, quam libertatem intercidere, ut scilicet minor injuria eligatur: neque enim potes unam injuriam evitare, quin incidas in alteram: melius est igitur, ut fiat injuria fideicommissario, melius est offici legatario, quam libertati. Ratio h. l. etiam aptari potest ad alios multos casus, ut scilicet minor injuria eligatur. Nunc videamus, quid sit dicendum de altera parte distinctionis, si patronus legatum illud repudiaverit, si legato non obtemperaverit, an cogetur manumittere, qui spernit legatum? Et ait Papin. æquitatem postulare, ut non cogatur manumittere, licet legatum adæquet aut superet pretium servi. Igitur non imputabitur ei, quod legatum spreverit, ut hoc ei imputato cogatur servum manumittere, *ne*, inquit, *servum de se male meritum cogatur manumittere*. Qui igitur contempsit legatum, exoneratur fideicommissaria libertate, et nihilominus retinebit portionem legitimam, quæ ei relicta est. Res ita se habet, sed est contra jus. Verum, ne forte servum, ut ait, de se male meritum invitus manumittat, prætor fideicommissarius ita decernet, ut non manumittat, si legatum repudiaverit. Hoc igitur fiet non jure, sed extra ordinem decreto prætoris. Nam regulariter, qui hæreditatem vel legatum accipit sine onere, et aliud legatum cum onere, agnita hæreditate vel legato, quod est immune, et repudiato altero legato vel hæreditate, nihilominus cogitur subire alterius legati onus, et debet aut omne commodum testamenti spernere, aut subire onus fideicommissi, quod ostenditur in *l.* 5. *de leg.* 2. *et l. si legatario* 22. *de fideic. libert.* Sed in hac specie aliter statuitur decreto prætoris fideicommissarii favore patronatus. Verum ad hæc quærit Papin. omissa superiori specie quid sit dicendum, si patronus sit institutus solus ex asse, et rogatus præstare libertatem proprio servo? Et constat quod si patronus eam adierit hæreditatem, si totam amplexus sit per prætorem fideicommissarium, cogetur servum proprium manumittere, quia non est oneratus fideicommisso libertatis semis debitus verecundiæ patronali, ut loquitur lex *si patronus* 21. *C. de donat.* sed alter semis, qui potuit onerari. Compellitur autem patronus hæreditatem totam adire: nemo enim potest partem hæreditatis adire, partem omittere, hæredis institutio est honor, *l. unica*, §. *in his itaque*, *C. de cad.* Quod exemplum pervenit etiam ab hæreditate ad legatum: nam non licet etiam scindere legatum, et partem amplecti, partem repudiare, respuere, sed totum amplecti oportet, aut toto abstinere, totum respuere, *l.* 4. *de leg.* 2. Cogitur ergo patronus ex asse institutus, assem amplecti totum. Sed addendum: maxime, si substitutum non habeat vulgarem, a quo possit sustineri testamentum patrono illud destituente, respuente testamentum in totum, vel pro parte: nam si libertus ita scripserit: *patronus hæres esto, et si hæres non erit, hæres ille esto*: et patronus velit tantum partem debitam ex bonis retinere, alteram partem repudiare: hoc non potest jure, sed decreto prætoris hoc ei concedetur. Igitur altera pars pertinebit ad substitutum cum onere servi manumittendi, qui est in dominio patroni, si eum possit redimere a patrono. Cum onere igitur redimendi servi et manumittendi: nam constitutione Severi legata relicta ab intestato debentur a substituto, nisi fuerit evidens diversa voluntas, et ex multis colligitur, an quis ab hærede legatum vel fideicommissum voluerit a substituto deberi, *l. licet, de legat.* 1. *l. si Titius* 61. §. *ult. de legat.* 2. Atque ita quidquid est proditum in hac lege, fit decreto prætoris fideicommissarii, non jure ipso, et quod statuitur in priori specie, et in posteriori. Hæc est sententia legis, *l. si debitor* §. *in fideicommissaria.* Unum omisimus, cavendum esse, ne nos fallant Basil. namque ibi legit interpres: *Pecuniarum enim fideicommissum, si donatum fuerit*: sed est mendum in verbo *donatum*, et legendum, *si divisum fuerit.* Alioquin in magnum errorem incideres, ut ex specie legis aperte liquet.

Ad L. CXVII. de Verb. oblig.

Si centum homines quos ego hæresve meus elegisset stipulatus, antequam eligerem duos hæredes reliquero: numero dividitur stipulatio: diversum erit, si jam electis hominibus successerint.

Species hujus l. hæc est. Stipulatus sum homines 100. *quos ego, hæresve meus elegisset*: nisi adjecissem, *quos ego hæresve meus*, secundum regulam communem juris, electio esset promissoris: nam ea non est stipulatoris, nisi eam sibi reservaverit: multum interest stipulator antequam elegerit vita decesserit, an postquam elegerit. Quæ distinctio ponitur in hac l. nam si antequam elegerit 100. homines, decesserit (erant enim amplissimæ familiæ servorum apud locupletes erant plerumque plusquam mille servi, ancillæve.) Si igitur antea decesserit, et exempli gratia, duos hæredes reliquerit ex æquis partibus, stipulatio hæc dividitur inter hæredes numero, non specie, id est, singuli hæredes eligunt et petunt 50. servos. Et hoc, si decesserim antequam elegerim: sed si

postquam elegi 100. servos diem ultimum obiero, hæredes mei duo, qui sunt ex æqualibus portionibus hæredes in singulis servis sunt habituri partes pro indiviso: nam pro diviso habere in uno non possunt: homo enim non potest dividi: quas partes habebunt in hæreditate mea, easdem habebunt in singulis servis, nec divident numero, sed specie, pro indiviso tamen. Nobis est divisio duplex. Divisio pro diviso, quæ est, corporalis: et divisio pro indiviso quæ est ut ita dicam, intellectualis. Et hoc est, quod ait Papin. in hac *l. diversum erit etc.* quia non numero dividetur stipulatio, sed specie. Ratio differentiæ ut intelligatur, sciendum est, genera alia esse prima, et antiquissima, et generalia, veluti res, τὸ ὄν, quod Latine possum dicere, *id quod est*: alia esse specialia, veluti homo. Generale genus est, quo universa comprehenduntur, veluti res, ut dixi. Speciale genus, veluti homo habet in se singulos: et dividitur nomen hominis in nationes, Gallos et Hispanos: in colores albos, rufos, atros: et in singulos, veluti Sempronium, Cajum, Lucium: habet igitur hoc nomen homo in se multos. Et quia multos continet, in genus cadit, ac videtur generale nomen: sed quia sub alio subjicitur, nempe sub animali, in speciem cadit, atque ita speciale genus est, non generale. Proinde si stipuler 100. homines, quos ego elegero, hæresve meus, genera stipulor, generaliter, non specialiter, illud, aut illum Titium aut Sempronium, vel quia incertos homines incerto nomine stipulor: omne vero genus incertum: generis autem stipulatio non nisi numero dividi potest, non corpore sive specie, cum generis nullum subsit corpus: genus enim non est, sed intelligitur. Denique generis stipulatio, non nisi numero dividitur, et intellectu abstrahitur. Ideoque si duos hæredes reliquero ex æquis partibus, divisio fit numero, non etiam singulorum servorum, singulis hæredibus partes dimidiæ debentur, homines 50. atque ita cum servi certi non sint, id est, cum nondum electi sint, si vis dividere stipulationem inter hæredes, numero dividas necesse est. Ergo singuli hæredes eligent et petent 50. Sed si jam elegero, ergo qui stipulatus sum, puta si elegero Stichum et Pamphilum, et alios usque ad 100. in singulis hæredes mei habituri sunt partes pro indiviso, partes scilicet easdem quas habuerunt in hæreditate mea: atque ita divisio fiet specie non numero: nec enim ex illis, quos elegi unus feret 50. et alter 50. sed singuli ex singulis partem hæreditariam pro indiviso ferent: quæ est sententia Papinian. et confirmatur. *l. in stipulationibus* 54. *h. t. l. cum. Stichus, de solut.* Quæ tamen, ut jam dudum docui, non caret mendo: nam negotio una, quæ abundat initio *l. in D. Flor.* est in eadem lege reponenda alio loco, alioqui falsa esset lex et mutila, quæ ita emendata, integra et sincera erit. Species est talis. Servus communis stipulatus est Stichum et Pamphilum: quæro quemadmodum dividatur hæc stipulatio inter dominos singulorum, an unus ferat Stichum, alter Pamphilum? minime, sed singulorum servorum partes dimidiæ singulis dominis debebuntur, si quidem sunt domini ex æquis partibus: quia servus communis stipulatus est species certas, sive individua. Et ita ait *d. l. cum Stichus: cum Stichus et Pamphilus communi servo promissi sunt, non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi potest.* Et ita legendum est. Florentiæ legitur, *non alteri Stichus, alteri Pamphilus solvi non potest,* posterior negatio est transferenda in sequentem locum, Illo igitur casu non solvitur alteri Stichus, alteri Pamphilus, sed singulis singulorum solvuntur partes dimidiæ. Diversum est in specie sequenti, *idemque non est etc.* Et ait, idem non esse dicendum, ut fiat divisio specie sive corpore, sed esse potius dicendum divisionem fieri numero inter dominos, si servus stipulatus sit duos Stichos, vel duos Pamphilos: nam adjectio illa numeri, facit ut dividatur numero stipulatio, quia divisio hæc est commodior tum stipulatori, tum promissori, et ea utimur semper in re difficiliori si locum habere possit. Itaque Stichum habet unus, alter Pamphilum, nec ulla erit in singulis communio pro indiviso. Idem erit si servus communis stipulatus sit 10. homines: nam divisio etiam fiet numero inter dominos; uni debebuntur quinque, alteri quinque pro solido. Et hoc demonstrat hac ratione elegantissima. Ambigua est oratio, si quis dicat 10. *homines, duos Pamphilos.* Cur? quia dupliciter accipi potest: ambigua est igitur oratio: nam utriusque rei dimidium potest duobus modis intelligi, vel dimidium numero, vel dimidium specie, et ambiguum est, quod duobus modis intelligi potest. Dimidium quum dicis, ambigue loqueris, quia dimidium duobus modis intelligitur. In ambiguis autem, quod est commodius sequendum: hoc ostendit etiam *d. l. cum Sticus.* Ad hoc notandum, in ambiguis sequendum quod est commodius contrahentibus. Commodior est divisio, quæ fit numero. Sane si 10. *denarios* servus communis stipulatus sit, divisio fiet numero: sed et inde concludes, ergo divisio etiam fiet numero, si 10. homines stipulatus sit, quia eadem ambiguitas interveniet.

Ad L. LXXX. de Furt.

Si vendidero, neque tradidero servum, et is sine culpa mea surripiatur: magis est ut mihi

furti competat actio , et mea videtur interesse , quia dominium apud me fuit , vel quoniam ad præstandas actiones teneor. Cum autem jure dominii defertur furti actio , quamvis non alias nisi nostra intersit , competat , tamen ad æstimationem corporis , si nihil amplius intersit , utilitas mea referenda est . Idque et in statuliberis , et in legato sub conditione relicto probatur . Alioqui diversum probantibus statui facile quantitas non potest. Quia itaque tunc sola utilitas æstimationem facit , cum cessante dominio furti actio nascitur , in istis causis ad æstimationem corporis furti actio referri non potest.

Certum est in jure post perfectam venditionem, (perficitur autem solo consensu etiam sine numeratione pretii , sine traditione rei, sine stipulatione , sine scriptura) ante traditionem rei periculum pertinere ad emptorem , quamvis nondum sit dominus : nam non fit dominus antequam res tradita sit : periculum , inquam , pertinet ad emptorem , si homo quem emerit , interim fato suo interierit . Periculum rei ad emptorem pertinet, ut legitur recte in *l. eum qui* , *hoc tit.* non periculum pretii : nec enim solvet pretium : aut si solvit , repetet, ut ostendit *l. si fundus, loc.* quod est ex æquo et bono : nam regula juris repugnat, §. *cum autem* , *Institut. de empt. et vendit.* Concludamus igitur , post perfectam venditionem et ante traditionem , periculum rei pertinere ad emptorem. Addendum : Venditor autem prestat custodiam et diligentiam , id est , venditor tenetur emptori , si res perierit dolo vel culpa venditoris, *l. 2. §. ult. cum l. seq. de per. et comm. rei vend.* si homo qui veniit , fugerit , aut surreptus sit . Denique venditor præstat dolum et culpam etiam levissimam , vel quod idem est , exactissimam diligentiam in re vendita custodienda : casum fortuitum , damnum fatale , vim divinam, vim majorem non prestat nisi ex conventione : sed et culpam non præstat post moram emptoris : nam si moram adhibuerit emptor in re vendita accipienda venditor postea culpam non præstat , sed dolum tantum, *d. l. illud sciendum, de peric. et comm. rei vend.* Nunc finge : servum vendidi , nec tradidi : is mihi furto surreptus est sine culpa mea , an teneor emptori ? minime, nisi in hoc tantum , ut ei cedam actiones meas ad eum servum persequendum , veluti vindicationem , et actionem ad exhibendum , et condictionem furtivam , quæ soli domino competit . Ego autem sum dominus,quia nondum tradidi. Cedere etiam debeo emptori actionem furti , quod ostenditur in *d. §. cum autem* , *Instit. de empt. et vend. l. quod sæpe §. si res vendita, de cont . empt. l. si ea res, de actio. empt. l. eum qui 14. hoc tit.* Cedere debeo actionem furti : nam ea mihi , non emptori competit. Cum res vendita subripitur ante traditionem , mihi competit jure dominii, mihi etiam competit eo jure, quod mea intersit eam rem furto esse sublatam , propter quod teneor emptori cedere actiones meas ad eam rem persequendam. Hæc actio furti datur domino , etiamsi nihil amplius intersit : datur etiam non domino , si modo ejus intersit rem non surripi . Ergo debeo cedere emptori actionem furti. Si autem ego præfestinarim, præoccuparim agere actione furti , debeo emolumentum ejus actionis præstare emptori , id est , duplum vel quadruplum , quod ex ea actione consecutus sum : nam hoc est perpetuum in jure, cui debeo cedere actionem , et id ei debeo cedere , quod ex ea consecutus sum , *d. leg. 14.* Sed obstat huic sententiæ , ut videtur prima fronte , *lex venditor, in fi. de hæred. vendit.* Species hæc est : Ego rem meam vendidi , et cum eam alius possideret, eam vindicavi , et abstuli non rem , sed litis æstimationem , quod dolo desiisset possidere. Quid debeo præstare emptori ? an pretium , an æstimationem quam accepi ? Minime: quia non debeo ei actionem , sed rem : ergo nec ejus æstimationem , nec emolumentum actionis: rem debui ei præstare , aut quanti ejus rei interest emptori: vel finge : rem meam vendidi , quam fur mihi surripuerat , et cum fure egi furti, et consecutus sum duplum, vel quadruplum: debeone præstare duplum vel quadruplum emptori ? minime . Emptoris petitio est rei non dupli : ergo falsum est quod ait l. 14. venditorem, cujus colpa res subrepta est ante traditionem , teneri cedere actiones suas emptori , et debere præstare duplum , quod consecutus est actione furti. Sed res est facilis explicatu : nam ita est distinguendum. Aut res , quo tempore vendita fuit, erat furto subrepta, nec possidebatur a venditore, et hoc casu venditor tenetur emptori præstare rem , non pœnam furti , quam consequutus est , quia rem debuit , non pænam , non actionem furti. Aut res subrepta est post venditionem , sine culpa venditoris , quo casu venditor debuit ei cedere actionem , propterea quod culpa vacavit. Ergo etiam debet emolumentum actionis , id est , quod ex ea consecutus fuerit , vel si absque furto post venditionem alius eam rem possederit , ejus rei possessionem apprehenderit , sine culpa venditoris , et cum eo egerit , ac litis æstimationem consecutus sit , eam debet præstare emptori : nam cui debet actionem cedere, debet et æstimationem ac emolumentum ejus actionis , ut ostendit *d. l. venditor* , *in fi.* Et ita aliud est si quis vendiderit rem quam non possidebat : aliud si vendiderit rem quam possidebat , et post venditionem possidere desierit , possessionem rei amiserit .

Exposuimus initium l. 80. exponamus nunc cetera. Papinianus in §. 1. ait, *Quum autem jure domini defertur*, *etc.* Est elegantissimus §. et quem qui non bene tenet, nunquam explicabit bene quæstionem de eo, quod interest: nam habet præcipuum aliquid, quod proficit plurimum elucidandæ ejus materiæ causa. Sciendum est actionem furti dari non tantum domino, sed etiam non domino, si ejus intersit rem subripi: domino autem dari jure domini solo, id est, etiamsi nihil amplius ejus intersit. Et exemplum proponitur in hoc §. in statulibero, qui si subripiatur, hæredi furti actio competit jure dominii, quandoquidem interim est dominus servi legati, licet mox mutuaturus sit dominum existente conditione legati, licet mox statuliber sit perventurus ad libertatem. Idemque est in servo legato sub conditione: nam et hic si subripiatur hæredi, ei competit actio furti, quia interim est dominus servi. His exemplis utitur, ut apparet ex his verbis, *idque et in statuliberis*, *et in legato, etc. Idque* non *idem*, ut in vulgaribus libris: proponitur enim exemplum. Ergo actio furti datur domino, etiamsi ejus nihil amplius intersit: non domino non datur, nisi ejus intersit, puta quod possit ei culpa a domino imputari, quod non bene rem custodierit, nam furtum plerumque culpæ, aut negligentiæ annumeratur. Est et alia differentia hac in re inter dominum: nam si dominus agat furti, quamvis ejus nihil amplius intersit, quam quod dominium apud eum fuit, quo casu actio furti in id quod interest: nam in omni actione furti habetur ratio quodammodo ejus, quod interest, actione, inquam, furti agente domino cujus nihil amplius interest, quod deducitur in eam actionem refertur ad verum pretium rei, idque duplatur, vel quadruplatur, et tanti interesse intelligitur, quanti res est: tanti autem res esse censetur, quanti venire potest, *l. si quis uxori*, §. *pen. in aliis libris est* §. *ultimus, hoc tit.* Et ita sæpissime evenit, ut id quod interest, non egrediatur rei pretium, *l.* 1. *in pr. de action. emp. l.* 1. *C. de his*, *qui a non domin.* si modo in ea lege deleatur hic articulus distinctivus, *vel*, ex Basil. quod perspicue rectum est: nam hæc est species: ego servum alienum manumisi, quasi meum: nulla est libertas: nam domino licet servum suum vendicare. Finge, dominum malle pretium petere, id est, quanti sua interest, nec revocare libertatem vindicando servum, an audietur? et lex ait, sæpissime esse constitutum, ut manumissor ille pretium domino dependat, si malit quanti sua interest: ubi recte Thalelæus Græcorum doctissimus, et alii interpretes, *nota*, inquit, *pretium appellari ab Imperatore*, *quod postea appellatur id, quod interest.* Accurs. retulit, quosdam ita definire id quod interest, *singulare rei pretium*, falsa est definitio, quia generalis non est, sed quandoque est vera, id est quibusdam casibus. Id quod interest, nihil aliud est, quam pretium rei. In id quod interest, nihil aliud venit, quam pretium rei. Velim etiam in illa definitione, ut mutes verbum *singulare*, et ponas, *verum rei pretium.* Quibusdam igitur casibus, non omnibus. Igitur non erit definitio nisi ex parte vera. Adnotatio erit potius verissima. Vera definitio hæc est: *Id quod interest*, *est utilitas*, *quam haberem nisi mihi damnum datum vel lucrum interceptum fuisset.* In casu proposito nihil etiam aliud est id quod interest, quam verum rei pretium: idque duplatur vel quadruplatur: ut si res sit 100. fur damnetur in quadringenta, si sit manifestus, vel in ducenta, si non sit manifestus, et hoc amplius tenetur in 100. rei nomine: nam extra pœnam est rei persecutio, et pœna actionis furti est mera pœna, non est pœna commixta rei persecutioni. Domino igitur agente furti, cujus nihil amplius interest, quam quod dominus est, revocabitur æstimatio ejus quod interest ad verum pretium rei, alioqui non posset iniri ratio ejus, quod interest, quando extra pretium rei amplius nihil ejus interest. Et secundum hunc locum est accipienda lex *in furti actione, hoc tit.* quæ vexat plurimos, et ei similis lex 2. §. *in hac actione, vi bonorum rapt.* lex *ait in actione furti non quod interest*, *sed verum rei pretium duplatur*, *aut quadruplatur.* Primum separat id, quod interest, a rei pretio, deinde negat in actione furti duplari id quod interest. Utrumque est falsum: nam in hac causa rei pretium, et id quod interest, possis appellare, ut demonstravimus. Falsissimum etiam, in actione furti non duplari id quod interest. Sunt loci innumeri, quibus ostenditur, id quod interest duplari, et in actione furti, et in actione vi bonorum raptorum. Quid quæso duplatur? simplum. Quid est simplum? Id quod venit in condictionem furtivam, quæ est in simplum, id est, rem solam persequitur. Quid venit in condictionem furtivam? id quod agentis interest, *l.* 3. *de cond. fur.* Ergo id quod interest agentis in actione furti duplatur, et verum rei pretium, quia amplius non interest. Quemadmodum igitur accipienda est *d. lex*, *in furti actione*, *non id quod interest*, *sed verum rei pretium duplatur, aut quadruplatur.* Id quod interest, vocat id, quod excedit rei pretium, cui res, aut verum rei pretium non annumeratur, quod extra rei pretium spectatur. Quod si nullum existat tale, veluti domino agente, cujus nihil amplius interest, necessario id quod interest fine pretii continetur, nec eum finem egredi potest. Et ita id est explicandum, quod non videatur proprie interesse, nisi si

quid pluris intersit, quam res sit. Et hæc si dominus agat furti: si non dominus agat, æstimatio ejus quod interest, quæ fit in actione furti, non revocatur ad pretium rei, quæ non est in dominio actoris, sed revocatur ad alterius utilitatis rationem, veluti possessionis, quæ fuit apud non dominum, vel detentionis, vel ususfructus, vel usus, vel pignoris: nam creditori surrepto pignore datur actio furti tam adversus dominum, quam extraneum, quia maxime interest creditoris pignori incumbere, sive debitor solvendo sit, sive non, quod plus cautionis sit in re quam in persona. Et hoc ipso libro de creditore scripsisse Papinian. refert Ulpianus *l.* 12. §. *ult. h. t. Utilitas*, id est, id quod interest, his verbis utitur Papinian. æstimandi ejus quod interest gratia. Quod sequitur est apertius.

Ad §. Si ad exhib.

Si ad exhibendum egissem, optaturus servum mihi legatum, et unus ex familia servus subreptus, hæres furti habebit actionem: ejus interest: nihil enim refert; cum præstari custodia debeat.

Sciendum est, actionem ad exhibendum dari vindicaturo, quia non possum vindicare nisi rem præsentem: exhiberi igitur eam mihi prius necesse est, ut vindicem, ut *l.* 2. §. *ult. de crim. expil. hæred. hæreditatem vindicaturus exhiberi desiderat*, id est, agit formula ad exhib. idemque est in *l.* 3. §. *si ipse*, *de tab. exhib. l.* 3. §. *est autem*, *ad exhib.* Addendum eandem actionem exhibitoriam, actionem ad exhib. ut loquitur in lib. Inst. 2. dari optaturo servum, quoniam e multis servis non possum optare, nisi omnes mihi exhibeantur, et eum quem optavero, vindicaturus sum. Finge: habebam amplissimam familiam servorum, et tibi legavi optionem servi unius: dabitur tibi actio adversus hæredem, ut omnem familiam, omnes servos meos exhibeat, qui fuerunt mei mortis tempore, atque ita optaturo dabitur actio ad exhibendum, quia et vindicaturus est eum, quem optaveris. Et hoc ostenditur in *l.* 3. §. *item si optarem*, *ad exhib. l.* 18. *in princ. famil. ercisc.* Nunc finge: Legata est mihi servi optio, egi cum hærede, ut exhiberet omnes servos, totam familiam, et interim unus servus subreptus est negligentia hæredis. Cui dabitur actio? hæredi, non jure dominii solo, quia dominus fuit, sed etiam quia extra causam dominii ejus interest, servum non subripi, propterea quod custodiam et diligentiam præstare debet in servo legato, in servanda re legata, in servanda tota familia, si ex ea unius servi optio relicta sit, et si negligens fuerit tenetur eo nomine legatario, *l. cum res legata* §. *culpa*, *de leg.* 1.

Ad §. cum raptor.

Cum raptor omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est. Is autem cujus dolo fuerit raptum, furti quidem non tenebitur, sed vi bonorum raptorum.

Dicunt hunc §. esse facillimum, sed multa præclara continet, et in hac l. magni facio eum §. Intelleximus sup. hæredem, a quo legata est servi optio, si cum eo egerit legatarius ad exhibendum omnem familiam, puta ut exhiberet universam familiam defuncti, eaque exhibita, antequam legatarius eligeret quem mallet, interim unus ex ea familia servus subreptus sit, hæredi competere actionem furti, si subreptus sit negligentia ejus: ut plurimum furtum adnumeratur negligentiæ domini: diligenti patrif. non fit furtum: rapina vi majori annumeratur. Ideo autem ei competit actio furti, quia ejus maxime interest, nullum servum subripi, quia plerumque ei debet præstare custodiam, et diligentiam in conservanda omni familia. Ergo tenetur culpæ nomine etiam levissimæ, quia plenam diligentiam ptæstare debet, et semper legatarius illius negligentiæ imputabit furtum: nihil autem refert, inquit. cur psæstari custodia debeat, ut competat actio furti, sive præstari debeat ex causa legati, sive ex qua alia causa ei, qui custodiam non præstitit, competit actio furti. Dixi et præmonui hanc l. esse quidem facilem figura verborum, sed sensum esse abstrusum et reconditum, nec scio an vulgo sint nota, quæ sub hoc §. continentur. *Cum raptor*, inquit, *omnimodo furtum facit, manifestus fur existimandus est.* Raptor omnimodo furtum facit, quippe cum sit et dicatur fur improbus, *l. si cum exceptione*, §. *qui vim, quod met. caus. l.* 2. §. *etiam, vi bon. rap. et eod. t. t. Inst.* et fur atrocior, *l.* 1. *de expil. et effract.* Sic autem argumentatur Pap. Raptor omnimodo furtum facit, ergo fur manifestus existimandus est. Et adjiciamus, est fur manifestus, ergo tenetur actione furti manifesti, quæ actio est in quadruplum, et præterea perpetua, ut mere pœnalis, non mixta, nec hoc casu necessaria est actio vi bonorum raptorum: ne existimemus unquam titulum vi bonorum raptorum ad quemlibet raptorem pertinere. Ad raptorem manifestum proprie non pertinet, sed comprehenditur is sub actione furti manifesti, quæ longe est gravior: actio vi bonorum rap. est levior: est quidem in quadruplum, sed est mixta, non mere pœnalis, quia in quadruplo inest rei persecutio. Ac præterea actio vi bonorum raptorum est annalis, non perpetua,

et utraque est prætoria: ideoque prætor, qui sub actione furti manifesti comprehenderat raptorem manifestum, furem improbum, non putavit cum comprehendendum, vel sub leviori actione vi bonorum raptorum: sed si quis malit in raptorem manifestum experiri actione vi bonorum raptorum, sane non prohibetur. Idque indicat §. 1. *Inst. vi bon. rapt. sive in delicto*, inquit, *comprehendatur*, id est, sive sit fur manifestus, sive non: sed voluntas adversarii actoris hoc facit, ut agatur cum fure manifesto vi bon. rap. non edictum prætoris, quia hoc nihil pertinet ad casum furti manifesti, sed litigatori licet esse clementiori, quam sit edictum prætoris, quia etiam litigatori licet omittere actionem furti manifesti, et potest actor agere furti nec manifesti: nam ita dicere videor: volo furem nec manifestum furem esse, qui manifestus est, et volo esse contentus duplo, nec desidero quadruplum, ut in *l. pen.* §. 1. *ff. quand. appell. sit.* Alia sunt tempora appellationis in causa propria, alia in causa aliena. In causa propria observabo tempora, quæ observantur in causa aliena si volo. Et similiter licet vulgo dicatur, neminem posse condicere rem suam, tamen potest condicere dicens, se velle rem suam alienam videri; et similiter se velle furtum nec manifestum, manifestum videri. Sed cum tam furti manifesti, quam vi bonorum raptorum actio sit prætoria, prætor voluit furtum manifestum sub illa tantum comprehendere, non sub ista, quæ pertinet tantum ad rapt. non manifestum: nec enim omnis raptor manifestus est. Plerumque est manifestus. Et raptor ita demum fur manifestus intelligitur, si solus vel coactis hominib. armatis, vel inermib. palam, non clam, ut fur simplex, eripiat et extorqueat alteri rem suam præsenti et resistenti, vel reclamanti; nam quod me præsente aufers palam, nihil veritus præsentiam, clamorem, quiritationem meam, sane manifesto rapis: sed non est satis, ut videaris manifesto rapere, si videam te subripere coactis hominib. sed necesse etiam est, ut acclamem, inclamem: quid agis? quo te proripis cum re mea? nam etiam qui visus est rem auferens clam, dicitur fur manifestus, §. *furtorum*, *Inst. de obligat. quæ ex delicto*, in Basil. ad *l.* 52. §. *ult. h. t.* secundum Digest. Flor. dicitur, *eum, qui rapuit ex domo aliena nemine cernente, non teneri furti manifesti, qui a nemine visus est*, *inquiunt.* Et rectissime Servius in illum locum Virgil. *Non ego te vidi:* manifesti, inquit, furti illum arguit, dum inquit, *vidi:* sed non satis est videre, nisi etiam acclamaveris; oportet inclamare. Ideoque sequitur: *Et cum clamarem, quo nunc se proripit ille?* Et ita in *l.* 7. §. *ult. h. t.* si furem rem tuam subripientem vidisses, et ad comprehendendum eum accurrisses cum clamore, scilicet cum testificatione, et ille te acclamante et accurrente abjecto furto aufugerit, nihilominus est fur manifestus, licet eum non comprehenderis. Et ita etiam ex 12. tabul. furem nocturnum non licebat occidere, nisi ei qui cum clamore id testificatus fuisset: furem autem interdiarium, qui se telo defendisset, non licebat occidere, nisi etiam ei qui cum clamore testatus fuisset, *l.* 4. *ad leg. Aquil.* alioquin præsumeretur cæsus dolo malo potius: clamor et quiritatio illa liberat suspicione, tollit præsumptionem hanc doli. Nocturnum licet occidere: nocturnus fur est pejor, quam interdiarius, et a Comicis dicitur *dormitator*, quod dormitet die, nocte furetur. Intelligimus quando raptor pro fure manifesto habeatur. Videamus modo quid sit dicendum, si raptor ad rapiendum homines collegit, qua ex re sumitur certa conjectura, voluisse eum rapere, non furari clam, et ex domo, in qua putabat esse aliquos; rapuerit aliquid, in qua tamen erat nemo, si rapuit nemine cernente, reclamante, qua actione tenetur? Hoc casu competit proprie actio vi bonorum raptorum, quia non tenetur furti manifesti, cum neque visus sit, neque deprehensus, neque acclamatus, et actio furti nec manifesti est levior, nempe in duplum tantum, et civilis; furti manifesti est prætoria, nec manifesti civilis ex 12. tab. sed si furto nec manifesto adjunctum sit consilium rapiendi, quoniam hic est plus, quam fur nec manifestus, quia rapiendi consilium habet, prætori visum est, non sufficere hoc casu civilem actionem in duplum furti non manifesti: qua de causa dedit actionem vi bonorum raptorum in quadruplum, si raptor esset nec manifestus. Et hoc est, quod ait §. 1. *Instit. vi bon. rap.* etiam si raptor non deprehendatur, competere actionem vi bonorum raptorum, quia non sufficere visa est civilis actio in raptorem nec manifestum, data a prætore actione vi bonorum raptorum, longe graviori, quam civili: non abolevit prætor, nec potuit abolere civilem, sed introduxit graviorem. Ideoque licet mihi hoc casu, si velim agere in raptorem, qui rapuit coactis hominibus, neque visus est, neque deprehensus, licet, inquam, agere civili actione furti nec manifesti, ac licet mihi agere in eundem vi bonorum raptorum, sed non in solidum, sed in aliud duplum, cui tamen inest rei persecutio: sed si prius egero actione vi bonorum raptorum, tollitur civilis, quia major actio tollit minorem. Et hoc ostendit *l.* 1. *vi bon. rapt. l. si quis egerit, hoc tit.* ac memoria retinendum est, semper agi in jure de concursu actionis furti nec manifesti cum actione vi bonorum raptorum: quia ad eum casum proprie pertinet actio vi bonorum raptorum, si raptor non fuerit deprehensus,

si fuerit nec manifestus, si rapuerit in domo, in qua nemo erat: nunquam tractatur in jure de concursu actionis vi bonorum raptorum cum actione furti manifesti, quia ad illum casum nihil pertinet actio vi bonorum raptorum. Etiam illud adjiciendum est, in *d. l.* 52. §. *ult. hoc tit.* ostendi actione vi bonorum raptorum teneri eum, qui ex domo rapuit, in qua nemo erat, nemine cernente, nemine acclamante, et eum etiam teneri furti nec manifesti, nec quicquam aliud continetur eo §. Non hoc vult, hoc uno facto, quod quis rapuerit ex domo, in qua nemo erat nemine acclamante et cernente, existentibus duabus actionibus de bonis raptis, et furti nec manifesti, alia aliam consumi, furti quidem nec manifesti, si prius actum sit vi bonorum rapt. vi autem bonorum raptorum, si prius furti nec manifesti actum fuerit: hoc frustra colligitur: et male vulgo legitur hoc modo: *si quis ex domo, in quo nemo erat, etc. furti non manifesti, videlicet si nemo eum deprehenderit tollenda.* ac si diceret prius actum fuisse vi bonorum raptorum. Et ideo sublatam esse furti actionem, sed non dicit qua actum sit, sed utramque superesse declarat, et essent supervacanea verba, *si nemo eum deprehenderit.* Et recte Flor. *si nemo eum deprehenderit tollentem*, duplicem competere actionem. Græci legunt *tollenda*, pro tollentem. Subjicit in hoc §. Papin. *eum cujus dolo raptum est, teneri vi bonorum raptorum, non furti*, id est, eum, cujus dolo rapuit alter, *l.* 3. §. *si quis non homines, vi bon. rapt.* quod non obtinet in actione furti quæ datur in eum, qui rem contrectavit. Is autem, cujus ope, consilio, dolo, furtum fecit alter, non tenetur furti vel manifesti, vel nec manifesti, sed propria actione ex 12. tab. tenetur actione hac, *ope, consilio tuo furtum factum esse ajo*, quæ formula est in *l. si servus servum*, §. *si quis, ad leg. Aquil.* Et est in duplum, *l. ult. C. de nox. act.* Hinc igitur eliciemus elegantissimam sententiam, eamque enodabimus aliis verbis magis perspicue. Raptor qui deprehensus est, tenetur furti manifesti, non vi bonorum raptorum ex edicto, quæ est prima pars §. nisi actor leviori actione uti velit. Ex posteriori eliciemus: is cujus dolo alter rapuit, tenetur vi bon. rapt. non furti: et verum est omne quod diximus, quodque palam ait. Pap. vi bon. rapt. teneri non tantum eum, qui rapit, sed etiam eum, cujus dolo quis rapuerit. Id confirmatur *d. l.* 2. §. *si quis, vi bon. rapt.* qui §. neminem non vexaturus est, si velit diligenter examinare, et ideo omnino explicandus, et non potest explicari, nisi prius exponamus, quod est in *d. l.* 2. §. *dolo.* Verba edicti quo datur actio vi bon. rapt. hæc sunt: *si cui dolo malo hominibus coactis damni, etc.* De damno, ait generaliter et exigit, ut coacti sint homines, ut collecti sint homines ad damnum inferendum alteri. Idem non exigit in secunda clausula, *sive cujus bona rapta esse dicentur:* nam non est necesse repetere collectis hominib. constat id ex *d. l.* 2. §. *item si.* Nunc ait in *d.* §. *dolo videri facere non tantum eum, qui rapit, sed etiam eum, qui præcedente consilio homines ad rapiendum collegit.* Videtur perversus esse ordo verborum: nam sic debuit ponere, *non tantum, qui coegit homines ad rapiendum, et rapuit, vel hominibus a se non collectis, sed ab alio:* sed nulla est perversitas in collocatione verborum, propterea quod edictum dicit: *Si cujus bona rapta esse dicentur*, nec adjicit, *collectis hominibus ab alio*: ergo ex edicto tenetur, qui rapuit, vel solus, vel collectis hominibus ab alio, et ita concludit in isto §. ideoque quærebatur, quid si ipse collegisset homines ad rapiendum, an erit locus huic actioni? Et multo magis erit, ac si dixisset, *non tantum locum esse huic actioni in eum, qui rapit, sed multo magis in eum, qui coegit, qui collegit ipse, et rapuit.* Et ita in *l. non defendere.* 52. *de reg. jur. non defendere litem videtur non tantum, qui latitat, sed qui præsens negat se defendere.* Nulla est etiam ibi trajectio verborum: nam respiciendum est ad edictum, et ad ordinem, quo fit missio in possessionem bonorum. Edictum loquitur de latitante tantum, sed quid si non latitet, sed neget? et multo magis fiet missio adversus eum. Ita et in *d. l.* 2. §. *si quis non homines*, ostenditur actione vi bonorum raptorum teneri non tantum eum, qui coegit homines ad rapiendum, si quid rapuit, sed etiam eum, qui coactus est ab eo ad rapiendum, si modo quid rapuit. Deinde quæritur, quid sit dicendum, ut verba præ se ferunt, si quis rapuerit, non hominibus a se coactis, sed ab alio? Et ait, *melius esse, ut hæc omnia contineantur, etc.* Id est, vi bonorum raptorum teneri eum, qui rapuit, etiamsi usus sit hominibus coactis ab aliis, non a se: quod frustra adnotatur, cum id paulo ante dixerit in §. *dolo:* nec sane hic est sensus hujus versic. et recte Græci ita accipiunt hunc locum, ut teneatur etiam vi bonorum raptorum is, cujus dolo alter rapuit, etiamsi ipse homines non coegerit, sed aliquid callide admiserit, ut ait in §. *doli mali:* quod congruit omnino cum loco Papiniani, qui vult, vi bonorum raptorum teneri eum, cujus dolo raptum est, hoc est, cujus dolo rapuit alter, teneri, inquam, vi bonorum raptorum, non furti.

Ad §. penult.

Si Titius, cujus nomine pecuniam perperam

falsus procurator accepit, ratum habeat: ipse quidem Titius negotiorum gestorum aget (et) ei vero, qui pecuniam indebitam dedit, adversus Titium erit indebiti condictio, adversus falsum procuratorem furtiva durabit: electo Titio, non inique per doli exceptionem, uti præstetur ei furtiva condictio, desiderabitur. Quod si pecunia fuit debita, ratum habente Titio, furti actio evanescit, quia debitor liberatur.

Ex libro 12. quæstionum Papin. restat una quæstio, quæ tractatur in §. *pen. et ult. l.* 80. *de furt.* Ea est de falso procuratore, qui pecuniæ furtum fecit, quam ei debitor solvit quasi vero procuratori creditoris. Quid vocat Papin. falsum procuratorem? non dicit simpliciter tantum eum esse falsum, qui procurator non est, quive mandatum non habet, sicut in tit. *quod falso tut.* generaliter dicitur falsus tutor, qui tutor non est, *l. Paulus* 221. *de verb. significat.* non sic accipiendus est hoc loco falsus procurator: alioquin is, qui bona fide gerit aliena negotia sine mandato, vel qui per errorem gerit existimans se procuratorem, cum non sit, falsus procurator esset: quod vix quisquam admiserit. Est quidem non verus procurator, nec tamen ideo falsus: nam ut inter doctum et indoctum potest esse medius, non doctus, non indoctus, nec enim sequitur eum indoctum esse, qui doctus non sit; ita inter verum et falsum procuratorem est non verus, non falsus, nec quicumque non verus procurator est, continuo falsus existimari debet. Falsus procurator est, qui simulat, fingit, asseverat falsa, qui mentitur se esse procuratorem, *l. si is, qui simulabat* 77. *hoc tit. l. si quis servo, de solut.* vel exempli gratia, qui imponit sibi nomen veri procuratoris, quem dominus habet, sicut falsus creditor est, qui simulat se creditorem, *l. falsus in princip. hoc tit.* vel etiam, qui assumit nomen creditoris, hæredisve ejus. Simulatio est species falsi, et hoc distat a dissimulatione: nam dissimulatio est stellionatus, non falsitas: est dolus malus, non falsitas, *l.* 3. *de crim. stell.* Et ita recte Papinian. hoc loco ait, *falsum procuratorem furtum facere accipiendo pecuniam nomine creditoris, non tantum si asseveret se esse procuratorem verbo tenus, sed etiam, si* (quod et aliud genus est simulationis) *veri procuratoris, quem creditor habet, nomine adsumpto, debitorem alienum circumvenerit.* Sic habent omnes libri. Græci ad *l.* 18. *de condit. fur.* legunt, *si debitorem alienum convenerit.* Multa scribunt de significatione ejus verbi, quæ licet legere, male autem legunt, *convenerit*, sicut in *l.* 1. *ad leg. Cornel. de sicar.* scriptum male Florentiæ, *qui quid fecit quo innocens conveniretur, condemnatur;* scribendum *circumveniretur*, ut *l.* 3. §. *item, cod. tit.*

Et adjicit hoc loco Papinian. eum etiam furtum facere pecuniæ, quam accepit assumpto falso nomine hæredis creditoris. Hic est falsus creditor, ille falsus procurator: uterque falsarius: an etiam uterque fur? notandum valde, falsum procuratorem, qui nomine creditoris pecuniam accipit a debitore, non statim furem existimandum esse, esse quidem falsarium. Falsarius est, quicunque nomen alienum assumit, vel usurpat, vel alienas imagines (*le cachet d'autruy*) quæ sunt pro nomine: non igitur omnis falsus procurator fur est, quod ita demonstro. Finge: debitor falso procuratori solvit pecuniam non obsignatam, quod confirmatur *l. die sponsal.* §. *ult. depos.* pecunia non obsignata est argumentum translati dominii in accipientem: hoc est, qui solvit pecuniam non obsignatam falso procuratori, videtur ea mente solvere, ut fiat accipientis, ut ea is qui accipit, utatur, ac deinde eandem vel tantundem creditori reddat. Et hoc casu non potest videri furtum factum hujus pecuniæ, cujus dominus sit, *l. falsus*, §. 1. *hoc tit.* Repugnat enim dominum pecuniæ fieri, et ejusdem pecuniæ nomine furti teneri. Furti tenetur is duntaxat, qui non dominus est. At si debitor falso procuratori solverit pecuniam forte obsignatam, vel obseratam, ut eam ipsam pecuniam, scilicet perferret ad creditorem, neque reseraret loculos, et eam ipse procurator retinuerit, interceperit lucrandi animo, furtum facit proculdubio. nec pecunia ejus fit, *d. l. falsus* §. 1. Non est igitur falsus procurator fur, nisi perperam acceperit, ut Pap. loquitur in hoc §. *perperam accipere*, est, *intercipere*, hoc est, ea mente pecuniam accipere, ut eam lucrifaciat invito domino, Alias, *perperam*, est *per errorem*, sæpe *in tit. de cond. ind.* hoc loco, est *per fraudem*, et *dolo malo*, sive *per furandi consilium*, ut in *tit. de jurejur. perperam jurare*, id est, *pejerare*. Verum si falsus procurator perperam acceperit pecuniam nomine creditoris, furtum facit ejus pecuniæ, si nec dominus, nec creditor ratum habuerit, quod is gessit. Debitor non liberatur ipso jure, sed si conveniatur, poterit liberari per exceptionem doli mali, si modo paratus sit creditori actionem furtivam cedere adversum falsum procuratorem, qui perperam accepta pecunia tenetur furti nec manifesti in duplum, *l. si falsus*, *C. de furt.* Hoc casu debitor, qui ei solvit perperam accipienti, non liberatur ipso jure, sed si conventus fuerit, poterit liberari per exceptionem doli mali, si modo creditori paratus sit cedere actionem furti adversus falsum procuratorem, *l. cum quis* 38. §. 1. *de solut.* Et hoc genere, si liberatus fuit, evanescunt actiones furti, hoc est, debitori competere desinunt adversus falsum procuratorem. Quod si creditor ratum habuerit, quod ille falsus

procurator gessit, non tenetur debitori actione furti, vel condictione furtiva, ergo liberatur, cum ratihabitio mandato comparetur, et nihil amplius quicquam intersit debitoris, qui liberatus est. Et hoc, si falsus procurator furtum fecit, hoc est, si perperam acceperit pecuniam. Quid si recte acceperit? puta dominio pecuniæ in eum translato forte non obsignatæ? Constat, creditore ratum habente, debitori nullam competere actionem adversus procuratorem: creditore autem ratum non habente, falsus procurator tenetur debitori qui solvit, non condictione furtiva, sed tenetur condictione ob rem dati, vel condictione indebiti. Una dat condictionem indebiti, *l. creditoris, C. de cond. ind.* altera dat condictionem ob rem dati, *l. si procuratori, de cond. causa data.* Nec sunt hæ contrariæ, sed concurrunt ut plurimum hæ duæ condictiones ob rem dati, et indebiti, *l. creditoris, C. de cond. ind.* ut verbi gratia, quæ dantur conditionis implendæ causa, si dandi nulla causa, fuerit, vel quasi indebita, vel quasi sine causa data condicuntur, *l. ult. de cond. ind. l. 3. §. si quis quasi, de cond. caus. dat.* Et, ut recte Stephan. ait, non tantum hæ condictiones concurrunt cum condictione furtiva: nam condictione furtiva est de re tantum nostra: condictio ob rem dati de re, quæ nostra fuit, non est, ut et condictio indebiti de re, quæ nostra fuit, et nunc non est: condictio furtiva datur domino in non dominum. Illæ autem dantur in dominum: non possunt igitur concurrere cum condictione furt. Et hæc quidem, si debita fuerit pecunia, quæ falso procuratori soluta sit: quod si indebita fuerit, et soluta sit per errorem quis tenetur condictione, et qua condictione? Hoc etiam explicat Papin. hoc loco, *et primum indistincte falsus procurator, qui perperam accepit indebitam pecuniam, ei, qui solvit, tenetur condictione furtiva. Indistincte*, id est, sive is, cujus nomine debitum solutum est, ratum habuerit, sive non: sed alia in re multum interest, num is ratum habuerit, necne: nam si ratum habuerit is, cujus nomine indebita pecunia soluta est, ipse tenetur condictione indebiti, perinde ac si ei soluta fuisset, quia ratihabitio comparatur mandato, verum per exception. doli, non sine except. non ergo officio judicis, ut in specie §. *ult.* quia condictio indebiti est stricta, et in strictis judiciis vix quicquam obtinemus officio judicis, non opposita exceptione. Per exceptionem igitur doli mali, is, cujus nomine indebita pecunia soluta est, si ratum habuerit, et conveniatur condictione indebiti, consequetur, ut ei actor cedat condictionem furtivam adversus falsum procuratorem: habet etiam suo nomine sine cessione actionem negotiorum gestorum ut procurator falsus ei reddat, quod exegit, quia ratihabitio ejus negotium fecit, qui ab initio non fuit ejus, *l. si pupilli §. item quæritur, de negot. gestis.* Habet igitur suo nomine negotiorum gestorum propter ratihabitionem, et hodie magis quam antea: nam omnibus sublatis distinctionibus hodie constitut. Justin. ratihabitio comparatur mandato: habet et alieno nomine, hoc est, ex cessione, condictionem furtivam, et melior est condictio furtiva, quam negotiorum gestorum duplici ratione, quoniam condictione furtiva tenetur reus etiam re suo fato perempta, sive peritura fuerit apud actorem, sive non indistincte. Qua de causa condictio furtiva oneri est furi, alioqui satis esset ad rei persecutionem rei vindicatio, sed præter hanc etiam tenetur condictione furtiva, qua oneretur magis. Idem non observatur in actione negotiorum gestorum. Denique in illa æstimatio rei fit illius temporis, quo res unquam fuit plurimi, quod arbitrium judicis non admitteret in actione negotiorum gestorum, est enim melior actio et levior. Et hæc, si is, cujus nomine indebita pecunia soluta est falso procur. ratum habuerit. Quid si ratum non habuerit? Et placet hoc casu eum non teneri ei, qui solvit, sed falsum procur. teneri condictione indebiti, si furtum non fecerit, id est, si recte acceperit; si furtum fecerit, teneri condictione furtiva, et actione furti, *l. si indebitum, ratam rem hab.*

Ad §. ult. L. LXXX. de Furt.

Qui rem Titii agebat, ejus nomine falso procuratori creditoris solvit, et Titius ratum habuit: non nascitur ei furti actio, quæ statim cum pecunia soluta est, ei qui dedit nata est, cum Titii nummorum dominium non fuerit, neque possessio: sed condictionem indebiti quidem Titius habebit: furtivam autem, qui pecuniam dedit, quæ si negotiorum gestorum actione Titius conveniri cœperit, arbitrio judicis ei præstabitur.

Negotiorum gestor, vel procurator meus solvit procuratori falso creditoris mei perperam accipienti, et ratum habui, *an habeo actionem furti, an condictionem furtivam adversus falsum procuratorem?* minime: optima ratione, quia hujus pecuniæ, quam solvit procurator meus vel negotiorum gestor, neque dominium, neque possessio apud me fuit, et condictio furtiva competit soli domino jure dominii. Actio autem furti jure possessionis competit. Huic rationi similis est in *l. si gratuitam, §. ult. de præscript. verb.* Notandum quod dico, condictionem furtivam dari jure dominii, actionem furti, jure possessionis: nam quod dicitur initio, *hoc tit.* jure dominii competere actionem furti, ita demum verum est, si fuerit domi-

nus et possessor, nam solius possessionis furtum fit, *l.* 1. §. *Scævola*, *si quis testam. liber.* Quid est furtum? Interversio possessionis: interversio rei, *d.* §. *Scævola,* si ejusdem rei fuerit dominus et possessor: et hac ratione hæreditati antequam adeatur, id est, jacenti furtum non fit, sed agitur expilatæ hæreditatis, quia hæreditas jacens habetur quidem pro domina, sed non pro possessore, quia possessio est facti et animi. Quidquid facit corpus est, hæreditas non est corpus: ergo non facit, quia possidere, facere est, atque adeo non possidet. Item possessio est animi: hæreditas est jus inanime: ergo possessio nullo modo in hæreditatem cadit, quia neque facto, neque animo ab ea possessio obtineri potest: facile intelligitur esse domina, quoniam ibi facto vel animo non est opus, non ita intelligitur possestrix, ut Marc. Tull. loquutus est. Ergo si procurator meus solverit falso procuratori, et ratum habuero, non habeo actionem furti; habeo quidem condictionem indebiti, si indebitum solverit propter ratihabitionem, perinde atque si ego solvissem. Gestor autem procurator meus proculdubio habet actionem furti et condictionem furtivam adversus falsum procuratorem: nam ei furtum factum est, non mihi: adversus me habet actionem negotiorum gestorum, ut recipiat id, quod solvit meo nomine, quia ratum habui: sed si mecum agat negotiorum gestorum, officio judicis, etiam non opposita exceptione doli mali, consequar ut mihi cedat condictionem furtivam adversus falsum procuratorem. In superiori specie non consequar, nisi per exceptionem doli mali, quia condictio indebiti est stricta. Et inde notanda est differentia inter stricta et bonæ fidei judicia. In strictis actor cedit reo actiones, ubi æquitas id postulat beneficio exceptionis doli mali, quod eleganter demonstrat §. *ul.* collatus cum §. *pen.* ceditur actio furti reo, ceditur tantum condictio furtiva, quia scilicet ei, qui solvit, desiit competere actio furti, ut recte Græci, et solutionem ratam habenti, *hoc est*, desiit ejus interesse, cum res ei non sit peritura. Et ne quis objiciat, actionem furti competere jure dominii, si idem sit dominus et possessor, si possideat, addendum, jure dominii etiam competere actionem furti domino, qui non possedit rem, cum subriperetur, videlicet si alii possidenti res subrepta sit, nam si possessionis furtum fit, et rei quoque: rei autem solius furtum non fit. Re bonæ fidei possessori subrepta, tam ei, quam domino datur actio furti ejusdem rei nomine, possessori quanti interest, domino quanti ea res est, possessori causa possessionis, domino causa proprietatis, quasi possessori fit et domino non possessori; si possessionis furtum fit, et rei quoque. Rei solius furtum non fit, forte a nemine possessæ: nec alia ratione rei hæreditariæ furtum non fit, quia licet hæreditas sit interim, quum jacens est, pro domina, nullus tamen est possessor: sine possessore furtum non fit, sed si sit possessor rei hæreditariæ, quandiu jacet, hoc casu rei hæreditariæ furtum fit, et hæres, qui postea adit, recte furti agit, *l. hæreditariæ*, *et seq. de furt.* alias rei hæreditariæ non possessæ non fit furtum, ut dicitur in *l.* 1. §. 1. *si quis testam.* quia hæreditati furtum facit nondum possessæ. Ea verba referuntur ad factum magis, quam ad jus, quia jure rei hæreditariæ non possessæ furtum non fit, sicut quum dicimus, servum aliquid debere: his verbis factum potius demonstramus, quam jus, quia servus jure civili non obligatur, *l. nec servus, de pecul.* Ergo verba non semper sunt secundum jus accipienda. Veteres quidem Jurisconsulti existimabant, rei hæreditariæ furtum fieri etiam non possessæ: sed contraria sententia obtinuit, Sext. Ælii Man. Marci Bruti. Marc. Tullius ad Trebatium ait, se magis assentiri Scævolæ et Trebatio, ut rei hæreditariæ furtum non fiat ante aditam hæreditatem, *l.* 1. §. *Scævola, si quis testam. liber.* Adhibita hac explicatione pro certo constituamus, solius possessionis furtum fieri, hoc est, ejus rei, quæ possidetur ab alio, sive sit dominus, sive non sit dominus: furtum esse interversionem possessionis: rei a nemine possessæ furtum non fieri.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XIII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIX. Ex quibus caus. maj.

Denique si emptor prius, quam per usum sibi acquireret, ab hostibus captus sit, placet interruptam possessionem postliminio non restitui: quia hæc sine possessione non constitit: possessio autem plurimum facti habet, causa vero facti non continetur postliminio.

L. XX. Nec utilem actionem ei tribui oportet, cum sit iniquissimum auferre domino, quod usus non abstulit, neque enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.

Sciendum est ex hoc edicto etiam majoribus 25. annis subveniri per restitutionem in integrum absentibus reipublic. causa, et deinde reversis, vel captis ab hostibus, si quid interim suæ rei amiserint, dum absunt, ut si res eorum interim usucapta fuerit: nam rescissa usucapione reversis datur pristina actio in rem, hoc est, utilis vindicatio in rem. Omnis actio restitutoria est utilis, omnis actio

extincta jure civili, quæ æquitate prætoria restituitur, est utilis, non directa. Idem est effectus utriusque, sed non promiscuus usus, *l. actio de neg. gest.* ut actionis mandati, et negotiorum gestorum est idem effectus; ratihabitionis, et mandati idem est effectus; sed ex utroque non datur eadem actio: ex mandato datur mandati, ex ratihabitione, negotiorum gestorum: et multum interest, qua formula, et qua actione quis experiatur. Igitur si quis dum est apud hostes, res ejus usucapta sit pendente captivitate, ex hoc edicto rescindetur usucapio, et dabitur utilis vindicatio, quæ restitutoria est, et fictitia. Idem erit si legatum sibi delatum vel hæreditatem propter absentiam vel captivitatem adeptus non fuerit: nam reverso præstabitur legatum restituta actione ex testamento, perinde ac si lucro illo non decidisset. Ergo non tantum eis succurritur, qui damnum fecerunt, sed qui lucrum non fecerunt, *l. et sive quis, l. si quis, h. t.* Loquimur de lucro, quod obvenit sine damno alterius, quale est legatum: aliud est lucrum, quod obvenit cum damno alterius, ut si usucepero rem alienam. Usucapio est lucrum, quod ex l. 12. tab. propter commune bonum obvenit ex damno alterius, vel lucrum conjunctum cum detrimento alterius, ut in *l.* 18. *et* 19. *h. t.* Qui captus est ab hostibus, rem alienam bona fide emerat, necdum usuceperat: captivitate interrumpitur usucapio: ergo apud hostes non potuit implere usucapionem: an reversus jure postliminii recuperat interruptam usucapionem, ut medio tempore fingatur implevisse usucapionem: minime: quia auxilium restitutionis non datur lucrifaciendi causa cum damno alterius, *l. ait prætor*, §. 1. *et l.* 19. *h. t.* Quod cum superior lex docuisset postliminio non restitui interruptam usucapionem, subjicit nec beneficio hujus edicti: quia ex hoc edicto reversi restituuntur dominio suo vel lucro, quod obvenit sine damno alterius. Ea autem ratione postliminio non restituitur interrupta usucapio, quia usucapio sine possessione non procedit. Usucapio est acquisitio per possessionem. Possessio autem plurimum facti habet. Causa autem facti, id est, factum non continetur postliminio. Postliminio jura omnia restituuntur, perinde ac si reversus ea nunquam amisisset. At postliminium non potest efficere, ut videaris fecisse, quod non fecisti, vel usucepisse, quod non usucepisti, *l. in bello*, §. *facti, de cap. et postl. revers.* Facti causæ postliminio infectæ fieri non possunt, scilicet ut non possederit, qui possedit. Adjicitur in hac l. 20. non tribui etiam reverso utilem actionem ex hoc edicto, quasi usuceperit. Utilis actio est, quæ fingit usucepisse eum, qui non usucepit, ut Publiciana. Et breviter omnis fictitia, rescissoria, restitutoria actio utilis est, non directa. Ratio est, quod iniquissimum sit, et contra mentem edicti, quod ex æquitate proficiscitur, domino auferre, quod usus non abstulit. Et subjicit rationem rationis Papin. *nec enim intelligitur amissum, quod ablatum alteri non est.* Alter non intelligitur amisisse puta dominus, quod ei non est ablatum. Aliud est rem amittere, et rem ei non esse ablatam. Ergo dominus non intelligitur amisisse, quod usus, nec alia ratio ei abstulit, ut in hac specie, rem amisit, si usucapio eam abstulerit, vel eam pro derelicta habuerit, *l. falsus*, §. *qui alienum, de furt.* Nec obstat *l. si quis vi*, §. *differentia, de acq. poss.* Possessio nuda voluntate amittitur, si constituero me non possidere mihi, sed alii, vel si possessionem tradidero ea mente, ut mihi restitueretur: nam interim non videor possidere. Dominium nudo animo non amittitur, si dixero rem meam nolle meam esse, *l. jus agnationis, de pact.* Sed si voluntati accesserit abjectio rei, desino esse dominus ex titulo pro derelicto: quod hac ratione vel alia non est domino ablatum, id non fingitur amisisse: si nulla ratione amisit, ergo ei auferri non potest per causam hujus edicti, quæ æquitate mera sustinetur: recte itaque ait, nec utilem actionem, id est, fictitiam in rem quasi usuceperit. Notandum est ad hæc, reverso ab hostibus restitui possessionem jure postliminii, quam habuit, antequam caperetur ab hostibus, *l. ait prætor*, §. 1. *hoc tit.* nam non fingitur medio tempore possedisse, sed ei reverso restituitur eadem possessio, quam habuit, ac si captus non esset ab hostibus.

*Ad L. ult. de Condit. inst.**

Si filius sub conditione hæres erit, et nepotes ex eo substituantur, cum non sufficit sub qualibet conditione filium hæredem institui, sed ita demum testamentum ratum est, si conditio fuit in filii potestate, consideramus nunquid intersit, quæ conditio fuerit adscripta, utrum quæ moriente filio impleri non potest, veluti si Alexandriam ierit, filius hæres esto, isque Romæ decessit, an vero quæ potuit, etiam extremo vitæ momento impleri, veluti si Titio decem dederit, filius hæres esto, quæ conditio nomine filii per alium impleri potest: nam superior quidem species conditionis admittit vivo filio nepotes ad hæreditatem, qui si nominem substitutum haberet, dum moritur, legitimus hæres patri extiterit: argumentoque est, quod apud Servium quoque relatum est: quendam enim refert ita hæredem institutum, si in Capitolium adscenderit, quod si non adscendisset, legatum ei datum, eumque antequam adscenderet mortem obiisse, de quo

respondit Servius, conditionem morte defecisse, ideoque moriente eo legati diem cessisse: altera vero species conditionis vivo filio, non admittit nepotes ad hæreditatem, qui substituti si non essent, intestato avo hæredes existerent: neque enim filius videretur obstitisse, post cujus mortem patris testamentum destituitur, quemadmodum si exhæredato eodem filio, nepotes, cum filius moreretur, hæredes fuissent instituti.

In jure civili ratum hoc est: filium, qui est in potestate parentis, aut pure hæredem esse instituendum, aut pure exhæredandum, *l.* 3. §. 1. *de lib. et post l.* 4. *in pr. de hæred. instit.* Sub conditione non instituitur recte, quæ sit in casu, id est, quæ conferatur in fortunam: sub eadem conditione etiam non exhæredatur recte; vel si ita exhæredatur, aut instituitur, nullum est testamentum, quia pro præterito habetur. Sane si deficiat conditio, invenitur præteritus: præteritio autem filii vitiat testamentum ipso jure. De filio loquor tantum: nam filia, nepos et ceteri liberi possunt institui sub conditione, *l.* 4. *in pr. l.* 6. §. 1. *de hæred. inst. l.* 1. §. *sciendum, de suis et legit.* Cur filium ita separamus a ceteris? quia ceteri præteriri possunt, id est, præteriti non infirmant testamentum jure civili, ut constat ex *Instit. tit. de exhæred. lib. et l. ult. C. de lib. præt.* Hodie tamen omnium liberorum par conditio est, nulli præterenndi silentio, omnes sunt vel instituendi pure, vel exhæredandi pure, alioqui corruit testamentum. Ea igitur differentia est ex jure civili antiquo, quod nostri auctores sequuntur, et spectant in Digestis, atque omnes Imperatores in C. nam primus, qui differentiam sustulit Justin. est. Videamus autem, an illa sententia de filio sit perpetuo vera. Et sciendum est, tria esse conditionum genera. Est potestativa, et casualis, est et mista conditio. Conditio potestativa est, quæ est in arbitrio et potestate hæredis scripti, atque pendet ex voluntate ejus, veluti *si Capitolium ascenderit, si urbe exierit.* Casualis est, quæ in casu aliquo incerto consistit, vel quæ pendet ex casu et eventu, veluti, *si Titius Cos. factus fuerit*: hæc est in difficili, quia non impletur quandocunque volumus; hæc proprie moram injicit institutioni et legato, etiamsi nolimus moram fieri nobis. Conditio autem potestativa est in facili. Conditio casualis impleri potest vivo testatore, potestativa post mortem, *l.* 11. §. 1. *de cond. et demonstr.* Quæ autem est mista conditio? vulgo accipiunt pro ambigua, quæ potest esse potestativa, et non esse, veluti, *si Alexandriam ierit*, fiet non potestativa, *si per hyemis injuriam iri non possit;* et erit *potestativa,* si imponatur ei, qui a primo milliario Alexandriæ agit, quia impletu facilis est et prompta. Item hæc conditio, *si Titio decem dederit* est potestativa, *si Titius præsens fuerit* non est potestativa, *si Titius longinquo itinere peregrinetur*, et forte nesciatur ubi gentium degat, *l.* 4. §. *puto, de hæred. instit.* Et fere, hoc notandum, nulla est conditio potestativa, quæ non possit non esse potestativa: qua ratione putem non alia ratione potestativas appellari promiscuas, *d. l. ultim.* quam quod possit esse potestativa, et non esse. Casuales autem appellari non promiscuas, quia quæ casualis est, non potest esse potestativa, veluti hæc est, *si fulserit cras*, nunquam non potest esse casualis: non est igitur promiscua: sed male vulgo mista conditio dicitur, quæ est promiscua, hoc est, quæ potest esse potestativa, et non esse: nam non ideo mista est: mista est, cujus eventus partim pendet ex voluntate, partim ex casu, *l. un.* §. *sin autem, C. de caduc. toll. l. ult. C. de necess. serv.* veluti hæc conditio, *si Titio reverso postliminio decem dederit,* partim est casualis, partim potestativa: vel hæc conditio, *si Titio consule Capitolium ascenderit, hæres esto.* Videamus, quæ in jure sit inter has conditiones differentia, et ita statuamus. Si filiusfamilias a patre hæres instituatur sub conditione casuali, testamentum est nullius momenti, *l. Lucius, de condit. et demonst. l.* 15. *hoc tit.* nisi scilicet in defectum ejus conditionis, hoc est, sub contraria conditione exhæredetur a cohæredibus suis, aut substitis, *l. jam dubitari, de hæred. instit. l.* 4. *C. de instit. et substitut.* Alioqui deficiente conditione institutionis, si sub contraria non sit exhæredatus, invenietur præteritus, quæ res testamentum vitiat ipso jure. Qui filium igitur hæredem instituit sub conditione casuali, magis eum præterire, quam instituere videtur: neque igitur eum instituit, neque exhæredat, et non institutus non potest esse hæres ex testemento, et rursus non exhæredatus non potest repelli ab hæreditate. Ille igitur filius præteritus hæres existit ab intestato, non ex testamento, quod nullum est: et idem erit, si filius instituatur sub conditione mista, eadem ratione, quia deficiente parte casuali invenitur præteritus. Nunc de potestativa ita constituas: si filiusfam. ita a patre instituatur sub conditione potestativa, testamentum valet, quasi sub conditione contraria exhæredatus fuerit: nam hoc ineptum esset, cum exhæredari sub contraria conditione, cum in potestate ejus sit an hæres sit, et conditio potestativa pro pura haberi debet, *l.* 1. §. 1. *qui sub condit. si quis omiss. cau. test.* Et præterea, si non impleatur conditio potestativa, non deficit proprie, sed omitti videtur, *l. libertus*, §. *existimo, de bon. lib.* ut merito filio imputari possit, quod eam omiserit. Item filius non parendo conditioni pote-

stativæ, patrem intestatum non facit: et ideo cohæres ejus, si quem habet, statim adire potest hæreditatem, etiamsi filius nondum conditioni paruerit, non expectato filio: nam eum duntaxat expectat, qui patrem intestatum facere potest, qui testamentum infirmare potest, *l.* 4. §. 1. *de hæred. inst.* non existente autem conditione casuali, filius patrem intestatum facit, id est, infirmat testamentum, quasi præteritus: imo statim ob eam causam, quod magis præteritus intelligitur, quam institutus, ac propterea cohæres ejus etiam statim pendente conditione casuali repellitur a successione testamentaria. Ad hæc notandum est, conditionem potestativam omissa intelligi, vel mortuo demum filio, et substitutum admitti, vel cohæredi accrescere portionem filii post mortem ejus, vel omissam videri vivo filio: nam duo sunt genera conditionis potestativæ: est quæ impleri non potest ultimo vitæ momento, hoc est, mortis proximæ tempore. Certum est nunquam impletum iri, veluti, *si Alexandriam ierit:* constat enim morienti Romæ non esse integrum Alexandriam ire. Alia est conditio potestativa, quæ potest impleri eo tempore, hoc est, ultimo vitæ momento, veluti, *si decem dederit:* nam hæc conditio, moriente filio impleri potest per alium. Ita ergo definiamus: si prior potestativa conditio adscripta sit filio, quæ non possit impleri ultimo vitæ momento, filius patri ab intestato hæres fuisse intelligitur in ipso momento moriendi, quo certum esse cœpit jam amplius conditionem non posse impleri. Eo igitur momento filius patri ab intestato hæres fuisse intelligitur, et hæreditatem transmitti ad suos, si substitutum non habuit, *l. si filius, de lib. et post.* Sed si posterior conditio, quæ potest impleri ultimo vitæ momento, imposita sit, nec impleta, filius postea mortuus, neque ex testamento, neque ab intestato patri hæres fuisse præsumitur: non est ex testamento, quia non implevit conditionem: non ab intestato, quia pependit causa testamenti, quandiu vixit propter incertum conditionis, nec ultimo vitæ momento impleri potuit, et pendente causa testati, cessat causa intestati. Denique neque ex testamento, neque ab intestato hæres intelligitur, sed vocatur substitutus filii vel cohæres jure accrescendi, vel his deficientibus vocatur suus vel agnatus: quod omne rursus ostendi potest manifestius hoc modo. Prior species conditionis vivo filio, sed morti proximo admittit substitutum: nam conditio intelligitur defecisse in ipso mortis articulo, quia tempus moriendi semper in jure deputatur vitæ, non morti computatur: vivo igitur filio deficit conditio, igitur admittitur substitutus. Et Pap. hic ostendit proposito simili exemplo ex libr. Ser. Sulp. quod est elegantissimum. Hæredem institui sub conditione, *si Capitolium ascendat*, conditio est potestativa, quæ non potest impleri ultimo vitæ spiritu, et si Capitolium non ascenderet, ei legavit 100. mortuus est omissa hæreditate non impleta conditione, an transmittit legatum ad hæredem? sic sane, quia dies legati cessisse intelligitur eo vivo, propterea quod eo adhuc vivo certum esse cœpit, conditionem impleri non posse: quod si non possit, in eum casum voluit ei legatum præstari. Et ita Pap. refert hanc sententiam, dum ait, *morte defecisse conditionem.* Utrumque ait improprie: nam non morte defecit, sed eo moriente, et non defecit potius, quam omissa est, ut si fuerit posterior conditio potestativa, quæ possit impleri ultimo vitæ momento, mortuo dein filio admittit substitutum vel cohæredem vel suum. Item posterior species conditionis, *si filius institutus sit sub conditione potestativa*, quæ possit impleri ultimo vitæ momento, et nepos ei fuerit substitutus, sola contraria conditione post mortem filii substitutus nepos vocatur ad hæreditatem, non ante mortem: si substitutus non fuerit nepos, nec alius quisquam, nepos vocatur ad legitimam successionem avi, hæreditatem avi, id est, ab intestato, quasi suus, quia filius eum non præcessit eo tempore, quo delata est hæreditas avi jam enim erat mortuus filius, et suus est, quem alius non præcedit: est certissima hæc definitio, suum hæredem esse eum, qui est ex liberis defuncti, et quem nemo præcedit delatæ hæreditatis tempore: ea propter in hoc casu filius non videtur obstitisse nepoti, quamvis avo intelligitur esse suus hæres, quia quo tempore delata est hæreditas avi nepoti, filius non erat in rerum natura, id est, nepotem nemo præcedebat. Et Papinianus posuit similem casum his verbis, *quemadmodum si exhæredato eodem filio etc.* Qui versus, crux est juris studiosorum: nemo non fuit diligens in exquirenda ejus versus sententia, et frustra: nam, ut ostendit jampridem labes facta est in Digestis tribus aut quatuor locis, maxime in fine titulorum aut librorum, ut labes est facta in *tit. de bon. damnat.* et alia in *tit. de interd. et releg.* et alia *in fine libri* 41. ubi desideratur titulus, *communis de usucapionib.* ut indicat index Digestor. Et hoc etiam loco labes facta est: nam est imperfectus hic versus, et sunt ejus verba contorta: nam ut in *l.* 1. §. *sciendum, de suis et legit. hæredib.* conjunguntur duo casus, quibus filius non obstat nepoti in jure sui: ita etiam Papin. hoc loco eosdem casus voluit conjungere, et legendum, *quemadmodum si exhæredato eodem filio, nepotes cum filius moreretur fuissent, et hæredes instituti postea repudiassent.* Et casus hic est: filium exhæredavit, nepo-

tem prætermisit, nec vero debuit eum instituere, vel exhæredare, quia non erat suus præcedente filio: recte igitur filium exhæredavit, nepotem prætermisit, et extraneum scripsit: filius mortuus est deliberante extraneo hærede scripto: nondum igitur exhæredatione consistente, quia ante hæreditatam non valet exhæredatio: mortuus est suus filius deliberante scripto, atque adeo exhæredatione nondum obtinente: post mortem filii hæres scriptus repudiavit, nepos erit suus hæres avo ab intestato, nec videbitur filius ei obstitisse, quia tempore delatæ hæreditatis avi filius non fuit in rebus humanis, id est, quia in ea hæreditate filius eum non præcessit unquam. Et ita duos proponit casus, quibus filius non obstat nepoti in jure sui, *l. si quis, de injust. rupt.* §. *in ea causa, Inst. de hæreditatibus quæ ab intest. defer. l. scripto, unde liberi.* vide *d. l.* 1. §. *sciendum.*

Ad L. XIV. de Bonor. possess.

Cum quidam propinquus falsum testamentum accusaret, ac post longum spatium temporis probasset: licet dies ei petendæ possessionis, quam forte certus accusationis petere debuit, cessisse videtur: attamen quia hoc proposito accusationem instruit, ut suum jus sibi servet, agnovisse successionem non immerito videbitur.

Cum quidam propinquus, id est, agnatus, ut illo loco Horatii,

-- *et ad sanos habeat tutela propinquos.*

nam cognati ad tutelam vel curam non vocantur, et in specie hujus legis inferimus agnatum appellari propinquum, quia vocatur ad hæreditatem. Species hæc est. Quidam agnatus testamentum agnati, quo extraneum hæredem scripserat, falsum esse dixit instituta accusatione adversus hæredem scriptum ex *l. Corn. testamentaria*, et post longum tempus probavit esse falsum testamentum, puta post decennium: certe post tempus intra quod petere debuit bonorum possessionem, puta intra 100. dies: (liberi et parentes petunt bon. possess. intra annum: agnati intra 100. dies) Igitur post longum tempus obtinuit agnatum intestatum fuisse, neque tamen petiit bonorum possessionem ab intestato intra 100. diem, ut oportuit ex edicto prætoris, quia diu traxit accusationem, nec ea pendente petiit bonorum possessionem unde legitimi: Quæritur, *an ei cesserit tempus petendæ bonorum possessionis, an ei cesserint* 100. *dies constituti ad bonorum possessionem?* atque ita an tempore sit exclusus a bonorum possessione unde legitimi, an petenti eam obstet clausula, quæ ponebat cessisse ei tempus, si certus accusationis fuit, id est, si certo scivit falsum esse testamentum. *Et certus accusationis*, inquit: certo accusationis procedunt tempora: ergo debuit bonorum possessionem petere, cui de jure suo liquido constabat, si incertus fuit accusationis, si dubitavit de jure testamenti, non potuit recte petere bonorum possessionem, sicut nec adire, *l. cum falsum, de acqui. hæred. l.* 3. *ad l. Corn. de fals.* Certum, scientemque adire oportet, aut bonorum posses. amplecti, non incertum juris sui, alioqui adeundo nihil agit, et incerto accusationis non procedunt tempora bonorum possess. et statim atque ei constiterit falsum esse testamentum, etiamsi post diuturnum tempus constiterit, erit ei integrum petere bonorum possess. unde legitimi quasi intestati agnati: nam certo accusationis tantum cedunt tempora. Accurs. et alii, tentant certo accusationis non cedere tempora, si instituerit accusationem falsi testamenti: id est, quamdiu accusat testamentum falsi, non cedunt ei tempora petendæ bon. pos. ab intestato. Hæc est vulgaris sententia omnium ad hanc legem. Movetur Accurs. hac ratione, quia certo, inquit, accusationis non cedunt tempora, quoniam eam non potuit petere: sane si non potuit eam petere, non cedunt ei tempora. Ergo ea tempora sunt utilia: quibus scierit potueritque scire sibi competere bonorum possessionem, ut in cretionibus, et quibus potuerit petere. At nego eum non potuisse petere, cum, ut Papin. ait, debuerit petere: si debuit, et potuit: quam autem potuit petere, nec petiit, tempore amisit, id est, omisit: nam omittere proprie est tempore excludi, scriptum tempore submoveri. Movetur etiam Accursius, et quidem rationabilius, *l. contra, C. de inof. test.* Sciendum est querelam inofficiosi testam. quæ datur liberis exheredatis extingui quinquennio: nam aut intra quinquennium est constituenda, aut non potest, *l.* 2. *C. in quib. caus. in integ. restit.* facultas accusandi testamenti paterni, quasi impii, coercetur brevitate temporis. Finge: egisti querela injusti testamenti, quod desint in testam. solemnia, sive etiam egisti inofficiosi: duas querelas intentasti sibi admodum aversas: nam si injustum est testam. non valet: si inofficiosum valet, sed agitur ut rescindatur. Utramque tamen querelam instituisti, injusti testamenti, et inofficiosi. Ex una velle consequi quod te contigit videris, *l.* 1. §. *qui autem, quod legat.* ut fit hodie frequenter, quoties diversæ actiones ejusdem rei nomine intentantur. Dixisti injustum esse testamentum, et inofficiosum, licet esset justum, et priorem querelam tantum executus es, lis tracta est in septennium, nec obtinuisti: quæritur an amiseris querelam inoffic. testamenti, an postea exequenti

tibi alteram querelam obstet præscriptio quinquennii? Et ait *d. l. contra*, non obstare, quia non cessantibus præscriptio objici non potest: tu non cessasti, cum interim querelam de injusto testamento persecutus fueris. Ergo præscriptio temporis tibi non obstat postea persequenti querelam inofficiosi testamenti. Præscriptiones sunt cessantium, castigationes seu reprehensiones, non etiam non cessantium. Finge: habeo actionem temporalem, veluti redhibitoriam, aut quanto minoris, nec eam intendo intra tempus constitutum, sed ea de re litigo cum compromissario, nec quicquam perficio, an post tempus actionis erit mihi actio integra? Et sane erit, quia interim non cessavi, *Novel.* 63. Unde colligit Accurs. etiam te, qui dixisti falsum testamentum agnati, atque ita non cessasti, non debere repelli præscriptione temporis a bonorum possessione unde legitimi, quia non cessasti, et quia etiamsi bona persecutus non fueris, tamen hac mente dixisti falsum esse testamentum, ut ea postea persequereris: ergo tibi non cesserunt tempora. Non est difficile respondere. In specie *l. contra*, tu egisti querela injusti et inofficiosi, et executus es priorem, posteriorem, ergo querelam non omisisti, quia eam inchoasti, cum priore egisti igitur in *d. l. querela inoff.* quia eam non omisisti. In hac specie non petitisti bonorum possessionem, ergo eam omisisti tempore, nec tibi est integrum eam petere tempore excluso. Verum non deest aliud remedium: quia etiam hoc ipso, quod accusationem falsi instituisti, juris tui conservandi causa, videris successionem agnovisse animo: ad te igitur intelligitur pervenisse hæreditas agnati, quia accusando testamentum falsi, videris successionem agnovisse. Quid autem est agnoscere successionem? Pro hærede gerere, qui unus est modus acquirendæ hæreditatis, *l. gerit, de acq. hered.* Gerit pro hærede, qui agnoscit animo successionem, licet nihil attingat. Non dicit Papinianus te bonorum possessorem fieri, quia tempora bonorum possessionis præterierunt, sed dicit te successionem agnovisse: non dicit bonorum possessionem, sed successionem: igitur hæres es, non bonorum possessor, vel es, vel fieri potes. Bonorum possessio nisi petita vel data sit, non acquiritur: aut est petenda, aut a prætore sciente non petenti danda, *l. servus, hoc tit.* Excipitur municipium, cui acquiritur bonorum possessio etiam sine petitione vel datione, ipso jure, *l. 3. a municipalibus, hoc tit.* Et hodie etiam ex novissimis Constitutionibus ad acquirendam bonorum possessionem sufficit nuda voluntas, id est, quælibet testatio, sive quodlibet indicium amplectendæ bonorum possessionis, *l. ult.* §. *non utitur, de curat. fur.* §. *ult. Inst. de bon. possess.* Hodie igitur videtur bon. posses. agnovisse. Quem volunt esse sensum hujus legis; verum is esse non potest, cum nondum exiissent Constitutiones, quæ quamlibet agnitionem bon. posses. admittunt. Verus sensus hic est: agnatum, qui dixit testamentum agnati falsum, nec obtinuit intra tempora, sed postea, repelli a bonorum possessione unde legitimi, non repelli ab hæreditate, quemadmodum dicendo testamentum falsum, videtur se pro hærede gessisse ab intestato, cum non alio fine dixerit, quam ut hæreditatem sibi reservaret legitimam.

Ad L. XXI. de Leg. præst.

Si portio hæreditatis quam excepta persona beneficio legis habere potuit, repudietur, pro ea quoque parte filius, qui bonorum possessionem accepit, non alias quam exceptis personis legata præstabit.

Notandum est, magnam esse differentiam inter querelam inofficiosi testamenti, et bonorum possessionem contra tabulas: nam querela inofficiosi testamenti datur immerito exhæredatis suis, sive emancipatis, sive sint emancipati, sive in potestate, et necessaria est utriusque, alioqui non pervenirent ad hæreditatem. Datur etiam parentibus exhæredatis, et necessaria est; ut ad bona veniant. Bonorum autem possessio contra tab. datur liberis silentio præteritis: et emancipatis est necessaria, suis autem non est necessaria; quamvis enim sui præteriti eam petere possint, tamen necessaria non est, quia mero jure ab intestato hæredes sunt, *l. pen.* §. *legata, tit. prox. supr.* Datur etiam bonorum possessio contra tabulas parentibus, sed non semper: nam iis tantum datur, qui filium vel nepotem emanciparunt et manumiserunt, id est, qui in emancipando contraxerunt fiduciam, in tit. *si quis a parente manum.* Datur etiam patronis quibusdam bonorum possessio contra tabulas, non tamen unquam querela datur patronis. Addendum est etiam, querelam inofficiosi testamenti dari contra hæredem scriptum, qui adiit hæreditatem, nec enim ante aditam hæreditatem nascitur querela. Bonorum possessio contra tabulas datur contra testamentum, etiamsi hæres scriptus non adierit. Et hoc est, quod dicitur bonorum possessionem contra tabulas dari contra lignum, *l. quod vulgo, supr. tit. prox.* Querela inofficiosi testamenti, alias in totum rescindit testamentum, alias pro parte: in totum, si scriptus sit extraneus: in partem, si scriptus frater fratris exhæredati, qui agit querela, *l. Papin.* §. *sed neque, de inoffic. test.* Bonorum possessio contra tabulas semper rescindit testamentum: et si frater præteriti sit hæres institutus, præteritus instituto fratre committit edictum,

id est, aperit ei viam ad petendam bonorum possessionem contra tabulas, et sic infirmat totum testamentum. Item querela inofficiosi testamenti patrem facit intestatum, *l.* 6. §. *pen. l. mater, de inoffic. test.* Bonorum possessio contra tabulas testatorem non facit intestatum ipso jure, licet jure prætorio testamentum rescindatur, *l.* 1. *hoc tit. l. ut liberis, C. de collat.* Sed non ideo sequitur, testatorem fieri intestatum ipso jure, id est, civili, nec etiam prætorio, ut in *l. pen.* §. *pen.* §. *sed quemadm. supra tit. prox.* ostenditur quamvis obscure. Finge: duo sunt fratres, unus exhæredatus, alter præteritus: si præteritus sit suus, testamentum nullum est ipso jure, ergo uterque etiam exhæredatus succedet ab intestato: sed si præteritus sit emancipatus, licet acceperit bonorum possessionem contra tabulas, testamentum valet, si hæres aliquis adierit ex testamento, et exhæredato fratri non committitur edictum, *l. si post mortem,* §. *exhæredati, tit. prox. supra*, id est, non potest venire exhæredatus una cum fratre præterito ad bonorum possessionem contra tabulas, nec ad legitimam hæreditatem ab intestato. quia testamentum valet ipso jure, licet rescissum sit jure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas. Ideoque necesse habet agere querela inofficiosi, scilicet adversus hæredem scriptum qui adiit. Instituto tamen fratri committitur edictum, non exhæredato. Ultima differentia hæc erit, si testamentum rescindatur per querelam inofficiosi, nihil in testamento scriptum valet secundum jus, quod obtinuit ante Novellam Justiniani, quæ vult solam institutionem rescindi ex causa exhæredationis vel institutionis, quæ pro exhæredatione habetur, ut si filius sit præteritus a matre: nam silentium matris est exhæredatio, non silentium patris: sed si per bonorum possessionem contra tabulas testamentum rescindatur, secundæ tabulæ, id est, pupillares, et quæ in eis, relicta sunt legata, non rescinduntur, *l. ex duobus*, §. *ult. de vulg. sub.* Legata quoque relicta primis tabulis his personis, quæ sunt exceptæ in hoc edicto *de leg. præst.* ut liberis et parentibus testatoris, vel quæ sunt relicta uxori, aut nurui testatoris, dotis nomine, ea prætor non rescindit. Bonorum possessio est ex edicto prætoris. Querela inofficiosi est e jure civili: jus prætorium mitius est jure civili; hodie Justinianus mitiorem fecit querelam inofficiosi: nam legata omnibus conservari voluit rescissa institutione sola, *Nov.* 115. Et hoc est, quod dicitur, ex causa exhæredationis vel prætoris, quæ pro exhæredatione habetur, sola institutio vitiatur, cetera firma manent, ut secundæ tabulæ, tutelæ, libertates, legata omnia et fideicom. quibuscumque personis relicta. Petita autem bonorum possessione contra tabulas, ex hoc edicto de legatis præstandis exceptis personis non tantum conservantur legata, sed etiam quæ instar legatorum habet, ut fideicom. et mortis causa donationes, *l.* 3. *l.* 5. §. *idem observatur*, *l. si filius h. t.* Conservantur enim portiones hæreditatum, non ex hoc edicto: nam legati verbum non potest continere hæreditatem, sed ex constitutione Divi Pii, ut si parentes vel liberi sint hæredes scripti ex parte, ea pars eis conservetur, *l.* 5. §. *sed et si portio*, *l.* 7. *hoc tit. l. qui duos, in fine, de conjug. cum emancip. lib.* Exceptis igitur personis hæc omnia conservantur, sed quomodo? an omnino hæc omnia conservantur? minime: nam hæc quæ retulimus exceptis personis ita conservari intelligimus, ut nullo titulo plus ferant, quam virilem portionem, nec titulo institutionis, nec legati; nam usque ad portionem virilem duntaxat parentes, et liberi tuendi sunt, ne plus habeant, quam præteriti, qui petierunt bonor. possess. contra tabulas. Ideoque eorum portio in virilem redigi potest, si ex majore parte scripti sint, sed si ex minori parte, eorumdem portio augeri non potest, *l.* 5. §. *ad eum autem modum, h. t.* Uxor autem vel maritus, cui aliquid relinquitur dotis nomine, non rediguntur in virilem portionem, sed totum legatum percipiunt, quia rem suam percipere videntur. Ideoque legatum dotis Falcidia non minuitur, *l. viriles.* §. *si quid uxori*, *hoc tit. l. sed ususfr.* §. 1. *ad leg. Falc.* Finge: in testamento quo filius hæres præteritus est, hæredes scripti sunt alii filii ex portione quadam, vel nepotes, vel parentes testatoris, et ab eis relicta sunt legata: non adeunt hæreditatem, nec etiam repudiant, sed omittunt, quia sciunt præteritum petiisse, aut petiturum esse bonorum possessionem contra tabulas, ut fit *l.* 4. *h. t.* conservatur eis portio hæreditatis ex Constit. Divi Pii, an legata præstabunt omnibus? Minime, sed ea tantum, quæ relicta sunt exceptis personis, perinde ac præteriti, qui petierunt bonorum possessionem contra tab. *l.* 5. *et* 20. *sup.* Sed quid si parentes et liberi repudiarunt portionem hæreditatis? ea portio accrescet præterito, qui petit bonorum possessionem contra tabulas, et non tantum pro sua parte, sed etiam pro ea parte, quæ ei accrevit, præstabit legata personis exceptis. Quid si parentes et liberi adierint hæreditatem? pro ea parte, pro qua instituti sunt, omnibus præstabunt legata. Hæc quæ diximus sunt accipienda de præterito emancipato. Nam suus præteritus, qui petiit bonorum possessionem contra tabulas, ne exceptis quidem personis præstat legata, *l. is qui in potestate*, *hoc tit.*

Ad L. XI. de Carb. edicto.

Cum sine beneficio prætoris, qui patitur controversiam, filius hæres esse non potest, forte

quia scriptus est, edicto Carboniano locus non est: ac similiter cum certum est, quamvis filius sit, eum tamen heredem non fore: veluti si Titio hærede instituto, postumus aut impubes exhæredatus negetur filius. Nec ad rem pertinet, quod interest illius in quibusdam filium esse, veluti propter fratri ex alia matre nati bona vel jura libertorum, et sepulchrorum: istos enim casus ad Carbonianum constat non pertinere.

Carboniana bonorum possessio non est propria quædam bonorum possessio, sed vel unde legitimi, vel unde liberi, vel secundum tabulas. Et huic locus est in hac specie: Filius pupillus in testamento præteritus, nam pupillo tantum debetur hæc bonorum possessio: filius igitur præteritus est testamento patris, et petiit bonorum possessionem contra tabulas, vel patre intestato bonorum possessionem unde liberi: fit ei controversia status quod negetur filius esse defuncti, fit ei controversia hæreditatis paternæ, an dabitur possessio bonorum, quam petit? Quod non videtur, quia quæstio status est præjudicialis. Igitur quia petit jugulum causæ, est peremptoria: et sane jure non est danda, quoad finita fuerit status quæstio. Verum ex edicto Carbonia. causa cognita interim pupillo dabitur bonorum possessio, vel contra tabulas, vel unde liberi, quæ dicitur Carboniana, et differetur status quæstio in tempus pubertatis. Datur causa cognita: nam debet prætor perpendere, utrum expediat pupillo repræsentari, an differri qustionem status. Ergo hæc bonorum possessio est decretalis, quia decreto interposito datur: extraordinaria, non ordinaria: *provisionnaire*: temporaria non perpetua, nam pubertate finitur, nec interim suo effectu caret: nam pupillus cui decernitur, interim possidet solus, nisi adversarius sit ex liberis, et interim alitur ex bonis et exercet actiones tempore perituras; plerumque autem Carboniana bonorum possessio datur filio præterito, vel filio venienti ab intestato: nam filio pupillo instituto non datur Carbo. bonorum possessio secundum tabulas, quamvis negetur esse filius, quia non ut filius venit ad hæreditatem, sed ut scriptus, et sufficit ei bonorum possessio secundum tabulas edictalis, nec opus est decretali, *l.* 1. §. *Pompon. h. t.* Et hoc est, quod ait Papinianus in princ. hujus l. Verum quæstio status differtur in tempus pubertatis ex Constit. *l.* 3. §. 1. *h. t.* non ex hoc edicto, sed ex Constit. Et ita demum huic edicto locus erit, si status et hæreditatis controversia sit: nam si status tantum, statim judicium explicandum est, *l. de bonis* §. *ita demum*, *h. t.* Et hoc ita procedit, ut non sit locus Carboniano, nisi sit institutus quasi filius ab eo, qui eum non instituisset, si cognovisset cum filium suum non esse: nam hoc casu indigebit auxilio edicti Carbon. *l.* 4. *C. de hæred. instit.* Pupillo exhæredato non datur Carboniana bonorum possessio, maxime si sit exhæredatus non apposito elogio hujusmodi, quia filius meus non est, vel quia ex adulterio est conceptus, exhæres esto: nam si secundum quod scripsit testator, et post mortem ejus negetur esse filius, locus erit Carbo. edicto, alioqui exhæredato pupillo non datur bonorum possessio Carboniana, quamvis negetur filius, *d. l.* 1. §. *item Pomp. et* §. 7. *h. tit.* quia certum est, eum heredem non fore (quamvis filius sit) propter exhæredationem: interest tamen ejus, ut filius pronuncietur, licet institutus vel exhæredatus sit propter alias quasdam causas, non propter Carbon. sed in aliis causis interest illius filium esse defuncti, ut si sit quæstio de bonis fraternis. Finge: Deducto fratre intestato nato ex alia matre, pupillus dixit, se ejus fratrem esse: et fratrem consanguineum præferri matri ex SCto Tertull. mater negat eum esse fratrem, an interim dabitur, Carboniana? Minime, quia non agitur de bonis paternis, quo solo casu datur Carboniana, *l.* 3. §. *si is qui status*, *h. t.* et tamen interest ejus, filium censeri ejusdem patris, ut habeat bona fraterna: nam exhæredatio non adimit bona fraterna, sed jus suitatis, non jus consanguinitatis. Secunda causa est, ut ejus intersit esse filium, si sit quæstio de bonis paternis liberti, et negetur esse filius patroni. Ad hanc speciem non pertinet Carboniana, *l.* 7. *si impuber* §. *si pupillus h. t.* sed tamen interest ejus filium esse, ut obtineat bona liberti: et loquitur de filio pupillo instituto: nam exhæredatus non admittitur ad bona paterni liberti, nisi libertus ei sit adsignatus, *l.* 1. §. *sed etsi exhæredato, de adsig. lib.* et nisi pater caverit nominatim, ut jus ei sit salvum in libertum, *l. si pater exhæredato, de bon. lib.* Tertia causa est propter jus sepulchrorum, *l.* 6. §. 1. *de relig. et sumpt. fun.*

Ad L. XI. de Bon. poss. sec. tab.

Qui ex liberis meis impubes supremus morietur, ei Titius heres esto: duobus peregre defunctis, si substitutus ignoret uter novissimus decesserit, admittenda est Juliani sententia, qui propter incertum conditionis etiam prioris posse peti bonorum possessionem respondit.

§. 1. *Filius hæres institutus post mortem patris ab hostibus rediit, bonorum possessionem accipiet, et anni tempus, a quo rediit, ei computabitur.*

Trima quæstio versatur circa speciem ejusmodi. Duo sunt filii impuberes: pater ut inter eos conservet jus legitimæ hæreditatis, ut *l. vel singulis*, *de vulg. substit.* non substituit utrique, id est, si

uterque impubes decederet, sed substituit ei tantum, qui supremus moreretur: quæ subtitutio est quidem pupillaris, cum sit facta in secundum casum: sed et vulgaris dicitur: quia quotiens erant duo vel plures impuberes, pater solebat ei substituere, qui supremus moreretur, *l. in vulg. de verb. sign.* Ergo vulgaris substitutio dicitur duobus modis, quæ fit in primum casum: et formula vulgaris substitutionis pupillaris, quæ scilicet fit supremo morienti in secundum casum. Duo tantum sunt casus substitutionis. Primus est casus non acquisitæ hæreditatis, ut *si primus hæres non erit, secundus hæres erit*, quæ est substitutio vulgaris separata a pupillari, quæ fit passim a quolibet ex 12. tabulis. Secundus casus est acquisitæ hæreditatis et mortis, in quem substituimus tantum directo: ut liberis impuberibus, qui sunt in potestate nostra, hoc modo: *filius ille impubes hæres esto, si hæres erit et impubes decesserit ille hæres esto*, vel etiam secundus casus est casus mortis tantum. Nam substitutio pupillaris fit etiam exhæredato hoc modo: *Ille filius quem exhæredavi si impubes decesserit, Titius illi hæres esto.* Pupillaris substitutio non est testamentum paternum, sed pupillares tabulæ, secundum quas datur substitutis bonorum possessio perinde, atque secundum tabulas institutis. Nunc finge: Ex duobus impuberibus pater substituit supremo morienti: at non apparet quis fuerit, quia simul periere in mari, nec apparet aut constat uter novissimus decesserit. Quæritur substitutus, qui substitutus est ei, qui supremus moreretur, utrum nulli hæres erit, an utrique? et ait, substitutum utrique hæredem esse ex substitutione, et posse utriusque pupilli honorum possessionem petere secundum tabulas. Ergo neuter filius mortuus est intestatus, quandoquidem substitutus supremo morienti, utrique videtur substitutus: quoniam jure patriæ potestatis pater filiis fecit testamentum: nam alius nemo testamentum facit: puberi n. non potest ita substituere, nisi per fideicommissum: non possum hæredem dare ei, qui solus hæredem facere potest. Et hoc ita respondit Julianus, propter incertum conditionis, quia incertum est extiterit conditio substitutionis, an defecerit, propterea quod non apparet uter supremus decesserit. Nam et uterque supremus dici potest, cum neutri eorum alterum superstitem fuisse apparet: *l. qui duobus, de reb. dub. l. ex duobus de vulg. subst.* Ergo uterque intelligitur supremus decessisse, proinde in utriusque persona substitutio locum habet: nam supremus non is tantum est, qui post alium moritur, sed et is, post quem nemo est, neque autem post hunc, neque post illum alius est. Ergo uterque est supremus: sicut ultima voluntas hæc demum est, quæ facta est post aliud testamentum: sed et ea post quam nullum est testamentum, ut unicum testamentum, ultimum est, *d. l. in vulgari:* atque ita secundum verba substitutionis statues, substitutum ad utriusque bona, ad utriusque hæreditatem admitti. Secunda quæstio est de filio, quem pater hæredem instituit eo tempore, quo erat apud hostes. An aliquando poterit filius institutus a patre, petere bonorum possessionem secun. tabulas? sic sane, si redierit ad suos: quia fictio postliminii fingit eum nunquam fuisse in servitute. Ideo et interim fratribus partem facit, id est, ejus persona numeratur in partibus faciendis propter spem postliminii, *l. 1. §. si ex tab. de bon. poss. contra tab.* reverso datur honorum possessio secundum tabulas. Atqui bonorum possessio petenda est intra annum. Finge: fuit apud hostes ex quo hæres institutus est per quinquennium, an ei cessit tempus? minime: quia est annus utilis, et in eo, quo fuit apud hostes, nullus dies fuit ei utilis ad petendam bonorum possessionem: quia annus computatur, non ex quo pater mortuus est, sed ex quo rediit postliminio. Quod notandum: nam idem trahi potest ad absentes, et ad relegatos, nec facio inter eos differentiam, quam introducit Accurs. hoc loco: nam his omnibus tempora utilia cedere dico ex quo redierunt dicit Accurs. constituendam videri differentiam inter eas personas, quia captivus procuratorem constituere non potest, qua de causa non poterit ei imputari, quod non egerit? relegatus potuit agere vel petere per procuratorem: itemque absens reipub. causa: debent ergo eis cedere tempora dum absunt. Circumscribimur nisi provideamus: nam captivus etiam si procuratorem habere non possit, potest tamen bonis ejus curator constitui, et hic potest actiones intendere tempore perituras, et vero solet plurimum is curator bonis captivi, per quem cum agantur et fiant omnia, cur non cedunt tempora captivo? Eandem igitur rationem oportet inducere in omnibus personis, *l. semper, §. si quis, quod vi aut clam.* Interdictum quod vi aut clam est annale: absenti reip. causa istud interdictum cœpit competere, nec tamen eo egit, vel per se, vel per procuratorem, quem tamen potuit constituere, an annus ei computabitur? non, sed ex tempore quo rediit: imo excludetur anno: sed ex ea causa ei subvenietur; etiamsi procuratorem habuerit, aut etiam procuratorem potuerit constituere, quia non omnis, qui procuratorem habet, et defendi ab eo potest, non omnis procurator est admodum sollicitus, et vel potest mori, vel deprehendi non idoneus ad agendum, vel est hujusmodi, ut possit ei opponi exceptio procuratoria, *l. sed etsi per præt. §. 1. et §. item, ex quib. caus. maj.*

quod velim transferre omnino ad *l. Pap. de minorib.* Finge: minor 25. annis relegatus est, quem aliquis circumscripserat ante relegationem: nondum restitutus implevit 25. annos, etiam implevit annum utilem, intra quem post 25. annum potest peti restitutio in integrum. Quæritur an reversus post 50. annum possit petere restitutionem in integrum? ait non posse, quia potuit per procuratorem agere, namque procuratorem habere et facere potuit: ex causa tamen ei subveniendum est. Et tollenda est differentia Accursii illa, inter absentiam sive relegationem, et absentiam necessariam et probabilem, vel absentiam reipubl. causa: nam sive hæc, sive illa fuerit causa absentiæ, absenti et reverso ex causa subveniendum est: nam et illarum causarum differentia rationem nullam habet. Qui enim nominatur ut peregre reipubl. causa eat, invitus hoc suscipit. Est enim hoc munus publicum, quod invitis defertur.

Ad §. ult. Eod.

Testamento facto Titius adrogandum se præbuit, ac postea sui juris effectus, vita decessit: scriptus hæres, si possessionem petat exceptione doli mali summovebitur, quia dando se (in) adrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam, et domum alienam transfert. Plane si tui juris effectus codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quæ defecerat, judicio recenti rediisse intelligitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret: nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum: non enim de jure testamenti maxime quæritur, sed viribus exceptionis, quæ in hoc judicio, quamquam auctori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, æstimatur.

Sciendum est, non dari bonorum possessionem secundum tabulas hæredi scripto, nisi testator habuerit testamenti factionem mortis et testamenti tempore, *l. 1. §. exigit, h. t.* Quod ita est accipiendum. Si filiusfamil. testamentum fecit, et mortuus sit paterfamil. non valet testamentum, quia habuit quidem testamenti factionem mortis tempore, sed non eo tempore, quo fecit. Idemque erit, si servus testamentum fecerit, et liber decesserit, si pupillus testamentum fecerit, et pubes decesserit, *l. si filius, qui test. fac. poss.* et iisdem fere verbis Marc. Tull. in epist. ad Treb. lib. 7. epist. 21. *Negare ajebat Servium tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit.* Ergo non satis est habuisse testamenti factionem mortis tempore, nisi habeas etiam testamenti faciendi tempore. At contra, quod notandum, nonnumquam satis est habuisse testamenti factionem testamenti facti tempore, licet non habueris mortis tempore: ut si post factum testamentum mutus aut surdus factus fueris, atque ita decesseris, fecisti rite testamentum, sed non faceres rite mortis tempore, quia es elinguis vel surdus, vel etiam post testamentum factum in furorem incidisti, vel tibi bonis interdictum est quasi prodigo, et nihilominus valet testamentum, quod ante fecisti, *l. 6. qui test. fac. poss. et l. 1. §. si quis autem, h. tit.* sed exigo omnino, ut testator, qui post testamentum factus est vel furiosus, vel mutus, vel surdus, vel qui prodigus pronunciatus est, permanserit utroque tempore civis Romanus, et sui juris, quia scilicet ut detur secundum tab. bonorum possessio, non tantum mortis tempore, sed etiam testamenti tempore, testatorem sui juris esse oportet, et civem Romanum: et non tantum testamenti tempore, sed etiam mortis: hoc retro agitur: nam si post testamentum deportetur vel adrogetur, deportatione fit peregrinus, arrogatione desinit esse suus, et propterea deportatione, et arrogatione testatoris irritum fit testamentum. Deportatione, quia omnia bona sua amittit. Deportationis verbo continetur semper publicatio omnium bonorum. Adrogatione autem, quia cum suo capite omnia sua bona transfert in familiam, dominium et potestatem adrogatoris: cujus autem nulla sunt bona, ejus et nullum testamentum est. Quid tamen si utroque tempore fuerit civis Romanus? veluti paterfam. testamentum fecit, post se adrogandum dedit, deinde emancipatus vita decessit: fuit igitur civis; fuit paterf. mortis tempore, et testamenti, non etiam medio tempore. Quæritur, *an scripto hæredi sit danda bonorum possessio sec. tab.* Et sane jure prætorio datur hæredi scripto, *§. non tamen, Inst. quib. mod. test. infirm.* licet medio tempore non fuerit civis Romanus, aut peterfamil. *l. 1. §. sed si quis utroque, h. t.* Ergo, ut dixi, testamentum valet, dummodo sit obsignatum septem testium signis, etiamsi in eo alia solemnia desinit, etiamsi sit ruptum, dummodo obsignatum sit, et fuerit testator civis Rom. et paterfam. utroque tempore, prætor dat scripto hæredi bonorum possess. secundum tabulas, *l. conficiuntur, §. si post, de jure codicill.* Sed aliquando bonorum possessio secund. tabulas sine re constituetur, quia scripto qui accepit secundum tabulas, agenti possessoriis actionibus obstabit exceptio doli mali, quod scilicet ex eo testamento pergat agere, quod jure civili irritum factum est adrogatione. Ergo datur quidem secundum tabulas, sed erit sine re, propterea quod ipso jure irritæ sunt tabulæ, neque

prætor nunquam abrogat jus civile, emendat tamen. Verum quid dicemus, si testator ille dixerit, se mori velle eodem testamento? Potuit reficere testamentum, non refecit tamen: videtur testamentum, quod fuerat irritum, recenti judicio testatoris revaluisse, sicut evenit in hac specie. Finge: post prius testamentum scripsi posterius: utrumque rite; posteriore rumpitur prius. At finge, me confregisse posterius, an valet prius? valet quasi ultimum, nec aliud factum fuisse intelligitur. Ergo etiam in proposita specie, videtur recenti voluntate revaluisse voluntas defuncti, quam adrogatio irritam fecerat. Et sane concludendum est, quoniam declaravit, se velle eodem testamento mori, scripto hæredi agenti possessoriis actionibus jure bonorum possessionis secundum tabulas, non obstare exceptionem doli mali: non quia nuda voluntate sit restitutum testamentum: nam nuda voluntas nunquam restituit testamentum, sed quia hæc exceptio doli proficiscitur ex bono et æquo, et bonum et æquum est conservari tabulas, quas testator judicio recenti confirmavit: nam, ut subjicit, opposita exceptione non quæritur potissimum de jure testamenti, non in id exceptio concipitur, sed quæritur de bono et æquo, quæ æquitas spectatur non ex persona actoris, qui accepit bonorum possessionem secundum tabulas, sed ea æquitas spectatur ex persona rei, qui objicit exceptionem doli mali. quia si reus jure civili hæres sit ab intestato, præferetur scripto, et bonorum possessio secundum tabulas sine re constituetur, ut nominatim scribit Ulpianus in *fragment. tit. quemadm. testam. rump.* Sed si hæres non fuerit ab intestato, scriptus præferetur, maxime si scriptus, et ab intestato potior futurus sit eo, qui utitur exceptione doli mali, *argum. l. 2. et l. post. de inj. rupt. testam.* Sententiæ propositæ initio *l. pen.* multa objici poterant, quæ ego prætermisi data opera. Ex eadem *l.* §. *ult.* elicimus, hæredi scripto testamento ejus, qui mortis et testamenti tempore fuit paterfam. non medio, recte dari bonorum possessionem secundum tabulas, si modo sint obsignatæ septem testium signis: ergo nihil præterea prætor requirit. Verum agenti, exceptionem obstare doli mali, quia jure civili irritum est testamentum propter capitis diminutionem, quæ medio tempore contigit. Inde quærebatur, an obstaret etiam ei exceptio doli mali, si testator priusquam moreretur, declaraverit, se eodem testamento mori velle? Et puto non obstare exceptionem propter recens judicium defuncti, et bonorum possessionem secundum tabulas fore cum re propter recens judicium defuncti, non quasi recenti illo judicio, quod nudum fuit, non solemne, non inquam, quasi recens illud judicium restituerit tabulas, quæ defecerant, quod fieri nequit: nam testamentum neque constituitur, neque restituitur nuda voluntate: sed non obstat exceptio doli mali, quia proficiscitur ex bono et æquo, hoc est, quia in ea vertitur quæstio boni et æqui ex adverso doli mali, et æquum est observari tabulas, quas vel nuda voluntate testator confirmavit et renovavit: nam in exceptione doli mali potissimum de jure non quæritur, sed de bono et æquo, quod quidem æstimatur a judice: non æstimatur ex persona actoris, sed ex persona rei: quoniam opponit exceptionem doli mali, de qualitate ejus personæ inquiret judex, et si invenerit, ab intestato eum esse defuncto potiorem hæredem, eum præferet scripto, atque ita bonorum possessio secundum tabulas constituetur sine re, et obstabit exceptio actori. Sed si is, qui opponit eam exceptionem, non sit futurus potior ab intestato, id est, si hæres scriptus etiam ab intestato rem obtinere possit, et ei præferri, præferetur scriptus, et bonorum possessio erit cum re, et hoc casu non obstabit exceptio doli mali, quia hæres scriptus omnino rem habiturus est: non est igitur invidenda successio honoraria, quia et ea omissa jure legitimo hæres futurus est, præsertim cum testator declaravit se eodem testamento uti velle.

Ad L. XLII. de Bon. libert.

Filius, qui patri hæres extitit, fratrem exhæredatum adrogavit, atque ita hærede eo relicto, defunctus est: bonorum possessionem libertus patris naturalis exhæredatus non habebit: nam cui non exhæredato talis adoptio noceret, nocere debet exhæredato: quoniam pœna quæ legibus aut edicto irrogaretur, adoptionis remedio non obliteraretur. Paulus notat: *Et qui alio jure venit, quam eo, quod amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest, quod habet: sic dictum est, patrono eidemque patronæ filio non obesse, quod quasi patronus deliquit, si patronæ filius venire possit.*

Sunt tres aut quatuor quæstiones in hac lege. Certum est, filium patroni exhæredatum a patre repelli a bonis liberti, quasi indignum, ut *l.* 12. §. *pen. hoc tit.* Indignum, inquit, non existimat pater filium bonis liberti, quem vocat ad suam hæreditatem: contra, quem existimavit esse indignum suis bonis, existimavit indignum bonis liberti; et consequenter exhæredatus non tantum repellitur a bonis paternis, sed etiam a bonis liberti. Et ita apud Valer. Max. *Cum Syllanum filium meum, pecunias a sociis accepisse probatum sit, et republica et domo mea indignum judico, protinusque a conspectu meo abire jubeo.* Exci-

piendi sunt quidam casus, ut si pater filio exhæredato libertum adsignaverit. Item, si bona mente eum exhæredavit, non injuriæ, aut pœnæ causa: nam quandoque exhæredatio non fit irato animo, sed prudenti consilio patris, ut si filius sit pupillus, et præstet in ea ætate filium exhæredari, quam habere hæreditatem. Vel finge: exhæredavit filium furiosum, et reliquit ei hæreditatem per fideicommissum rogatu hærede instituto, ut hæreditatem ei restitueret, cum resipuisset: hæc exhæredatio fit bona mente, nec aufert jura libertorum, patronatus jura, nec lucra nuptialia, ut in *Novell.* 22. Et ita exhæredato non datur querela inofficiosi testamenti, et non est inofficiosum testamentum, in quo bona mente filius exhæredatur: non est igitur querela: nam nemo queritur de prudentia patris, sed de ira patris, et injuria. Item si filium exhæredatum patronus aliquo gradu instituerit; hoc enim casu non repellitur a bonis liberti. Potest quis esse eodem testamento exhæredatus et institutus, ut institutus primo gradu, exhæredatus secundo, et contra: hic non est indignus hæreditate liberti paterni, cum nec eum pater censuerit prorsus sua domo indignum, *d. l.* 12. §. *pen.* Est et alius casus: si pater exhæredato filio caverit nominatim ut jus ei salvum esset in libertum, *l. si pater exhæredato h. t.* His casibus exceptis exhæredatus repellitur, non tantum a bonis patris, sed etiam liberti. Et idem obtinet in præterito a matre: nam et hic repellitur a bonis liberti matris, quia præteritio pro exhæredatione habetur. Idem etiam obtinet in filio præterito testamento militis: nam præteritio etiam militis pro exhæredatione habetur, propterea quod ea diligens observatio testamentorum ordinandorum, et hæc inter cetera non servatur in testamento militis. Ergo quem præteriit miles, repellitur a bonis paternis, quasi exhæredatus, et a bonis liberti, *l.* 12. *in pr. h. t.* ut non possis non dicere, Ulp. non pugnare cum Paulo in *l. Paulus*, *h. t.* nisi aliquid finxeris primum: nam possis dicere negationem deesse in *d. l. Paulus.* Finge: miles filium præteriit in testamento, exhæredavit igitur. Quæritur, *an admittetur hic filius ad bona libertorum avitorum?* Et regulaliter exhæredatus a patre repellitur, et a bonis liberti tam paterni, quam aviti, quia per patrem consequitur avitos libertos, *l.* 20. §. 1. *hoc tit.* sed silentium militis non usque adeo debet nocere filio, ut ait *d. lex Paulus*, ut et repellat eum a bonis libertorum avitorum. Et significat repelli quidem eum a bonis paternorum libertorum, sed non etiam a bonis avitorum, atque ita nihil pugnat. Et in fine legendum est: *idem responsum non est de bonis libertorum paternorum.* Nam silentium excludit eum a bonis libertorum paternorum, non ab avitorum. Ad hæc notandum, quia diximus de filio exhæredato a patre; nunc de filio patroni, qui est in adoptiva familia, an sicut exhæredatus repellitur a bonis liberti, ita et filius patroni, qui est in adoptiva familia? minime, *l. patroni filia*, *hoc tit.* Id vero dubitatione non carebat: nam filius meus repellitur a bonis meis, si sit in adoptiva familia, repellitus a possessione bonorum contra tabulas, et unde liberi et unde legitimi. Igitur a bonis meis, nisi sit hæres institutus: et hodie ex Constit. Justin. nisi sit adoptatus ab extraneo, repellitur a bonis paternis propter adoptionem id est, quia transiit per adoptionem in alienam familiam. Videbatur etiam repellendus a bonis liberti, sed non est semper eadem ratio bonorum patris, et liberti paterni, ut in hac specie. Verus est filius emancipatus, et nepos ex eo, qui in avi familia remansit, uterque pariter vocatur ad hæreditatem parentis ex edicto *de conjung. cum emanc. liber.* Ad hæreditatem liberti paterni solus filius emancipatus vocatur, nec ei conjungitur nepos, *l.* 5. §. *ult. hoc tit.* Item filius deportati et proscripti certe ab ejus bonis repellitur, non tamen a bonis liberti, *l.* 4. *sup. de jure patron* Aliud est jure civili, *l.* 5. *infr. de interd.* sed constitutiones potiores sunt jure. Ergo non semper eadem est ratio bonorum patris et liberti. His cognitis, fingamus speciem hujus legis. Pater duos habet filios, unum hæredem instituit, alterum exhæredat: post mortem patris institutus exhæredatum adoptavit in locum filii, eoque instituto vita functus est. Quæritur, *an exhæredatus admittatur ad bona liberti patris naturalis?* Et videtur admittendus, quia exhæredationem videtur obliterasse adoptio et successio fratris: quandoquidem exclusus per successionem fratris adeptus est bona patena, et eo modo rediit in familiam, qua fuerat exclusus. Exhæredatione desiit esse suus, *l.* 9. §. *si filium, de lib. et post.* Si suus desiit esse, et agnatus igitur, cum suitas sit species agnationis, *l. scripto, unde lib.* Et est, quod dicitur, exhæredationem successisse in locum abdicationis: nam certe Græce utraque habet idem nomen: nam in Basil. exhæredatio sæpissime appellatur ἀποκήρυξις. Hodie abdicatione non utimur, quæ fiebat olim etiam vivo patre: exhæredatio non valet nisi post mortem patris. Et abdicatio fiebat passim quacunque scriptura: exhæredatio non valet nisi fiat testamento rite perfecto. Papin. autem existimavit hunc filium exhæredatum, quem postea frater hæres institutus adoptavit, non habere bonorum possess. liberti patris naturalis. Et utitur Papin. hac ratione: *Filius*, inquit, *qui etc.* Respondet, cum non habiturum bona liberti naturalis, li-

cet postea adoptatus fuerit a patre: *nam cui non exhæredato talis adoptio noceret, nocere debet exhæredato*. Est falsa ratio: nam non exhæredato talis adoptio non noceret: patronus enim manet et qui capite minuitur, *l. sed etsi*, *de in jus voc.* Non exhæredato igitur subsequens adoptio non noceret; quia igitur propositio falsa est, et consecutio igitur, et ut jamdiu ostendi, et hic manifesta traductio verborum, et sic legendum est: *nam cui non adoptato talis exhæredatio nocet, nocere debet adoptato*, quod ostendit ratio rationis, *quoniam pœna, etc.* Quod sic explicandum est. Lege 12. tab. et legibus novis, id est, Julia et Papia, atque etiam edicto prætoris, hæc pœna irrogatur exhæredatis filiis, ut non tantum bonis patris, sed etiam bonis paterni liberti submoveantur, quasi indigni, *l. 2. hoc tit.* Hoc edictum de *bon. libert.* quo excluduntur hæreditate, consentit cum legibus, et ideo auxilium hujus edicti etiam dicitur auxilium legitimum, *l. 8. §. pen. hoc tit.* Hoc autem pœna exhæredationis exhæredatis irrogatur edicto vel lege, dum propter exhæredationem repelluntur a bonis liberti paterni. Hæc pœna non potest aboleri commento adoptionis, puta ut si frater non exhæredatus, dolens vicem fratris, eum adoptaverit. Sed reprehenditur Papin. a Paulo: nititur etiam Paulus æquiori ratione. Ratio Pauli propter quam dissentit a Papiniano, hæc est: *quia ei, qui alio jure venit, quam eo, quod amisit, æquum est, ut non noceat id, quod perdidit, sed prosit quod habet.* Hæc est regula, quæ declaratur ab eodem Paulo, proposito exemplo quum ait, *sic dictum est, etc.* Et hæc est sententia. Finge: ego sum patronus et filius patronæ: igitur ego et mater servum communem manumisimus: repellor a bonis ut patronus: quia forte ab eo exegi jusjurandum, ne uxorem duceret: ex hac causa amitto libertum, *l. qui contra, de jure patron.* vel etiam repellor a bonis liberti quod libertum egentem non aluerim, *l. si patronus, hoc tit.* vel etiam quod donum, munus, operas, quæ liberto imposueram libertatis causa, ei revendiderim: nam ex hac causa etiam libertus adipiscitur liberam testamenti factionem, *l. Julianus, hoc tit.* nec patronus præteritus habet bonorum possessionem contra tab. liberti: non tamen repellor, si veniam tanquam patronæ filius, quia non per alium venio ad bona liberti, et quod per me non possum, non possum etiam per alium, *l. bona, l. quæritur, hoc tit.* sed venio meo nomine et meo jure, ut patronæ filius. Et ita recte ait, *ei, qui alio jure venit*, non per alium, sed alio jure. Est simile exemplum in *l. mater, de inoffic. test.* Ergo in proposito, exhæredatus non veniet ut filius patroni, id est, patris naturalis, sed ut filius patris adoptivi id est, fratris naturalis. Denique per fratris adoptionem adipiscetur jura libertorum patris naturalis, non quasi filius, quia amisit filii jus, sed quasi filius patris adoptivi. Ad notam, quam Paulus impressit Papiniano, notandum est, valde pertinere ejusdem Pauli *l. si filius, §. pen. de fideic. libert.* Sententia hæc est: hæres rogatus est servum manumittere, et latitat, nec evocatus a prætore sui copiam facit: prætor pronunciat libertatem servo debitam ex Senatusceus. Rubriano. Ei servo status servatur eodem jure, ac si directo manumissus esset testamento domini, hoc est, ac si directa libertas ei data esset, non fideicommissaria: ergo erit libertus orcinus, non fideicommissarius. Idemque erit, si hæres rogatus sit manumittere sub conditione, et hæres conditioni impedimentum fecerit; nam ex hac causa libertum amittit, etiam si fuerit filius defuncti: *quamvis*, inquit *alio jure libertum habiturus sit*: nam filius defuncti non erit ut patronus, quia nec manumisit, sed erit ut patroni filius. Et magna est differentia, utrum quis veniat ut patronus, an ut patroni filius: nam patronus, si libertum in servitutem petierit, vel capitis accusarit, nec obtinuerit, non amittit libertum: filius patroni amittit, quod admodum multæ leges ostendunt, *tit. de jure patron.* congruebat valde ea *l.* cum hac nota Pauli. Notandum est etiam, quod in prima quæstione hujus l. Papinian. ait, filium hæredem institutum a patre fratrem exhæredatum adoptasse, eoque hærede relicto decessisse. His verbis, *hærede eo relicto*, significatur eum non fuisse etiam exhæredatum a patre adoptivo, sicut fuit exhæredatus a patre naturali, alioqui non veniret ut filius patris adoptivi, nec ut filius patris naturalis: igitur exhæredatus esset ab utroque: sed quum est hæres relictus a patre adoptivo, quantulacumque ex parte, qui non venit ut filius naturalis propter exhæredationem, quam adoptio non abolevit, veniet secundum notam Pauli æquissimam, ut filius patris adoptivi, atque ita assequetur libertos patris naturalis, qui post eum liberti fuere patris adoptivi.

Ad §. Castrensium.

Papinianus. *Castrensium bonorum Titium libertus fecit hæredem, ceterorum alium: adita est a Titio hæreditas; magis nobis placebat, nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse. Verum illa quæstio intervenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit, perinde accrescant, ac si partes ejusdem hæreditatis accepissent. Verius mihi videtur, intestati jure deferri bona cetera. Titius igitur hæres non poterit invitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur, nec bonis ceteris, quæ nondum ad causam testamenti pertinent.*

Nunc, ut transeamus ad quæstionem §. *Castrensium*, pauca ex his quæ dixi supra repetam, et primo hic §. accipiendus est de liberto milite, ut etiam est expressum *l. si duobus de milit. testam.* in qua idem proponitur, ut non abs re quidam in hoc paragrapho adjecerint verbum *commilitonem*, legentes hoc modo: *Titium commilitonem*, quod verum est etiam in *l. 2. C. de test. milit.* quæ lex pertinet ad eandem quæstionem. Nunc sciendum est, si miles, qui habet bona castrensia et bona pagana, alium fecerit hæredem bonorum castrensium, alium paganorum, quasi duorum hominum duas hæreditates fecisse: non esse unam hæreditatem, sed duas: non unum hominem, sed quasi duos, militem et paganum, ut ait, *l. 17. §. 1. de testam. milit.* neque intelliguntur esse cohæredes, hæres castrensium, et hæres paganorum, non sunt conjuncti, *l. hæredes, §. 1. fam. ercisc.* et ideo inter eos non est actio familiæ erciscundæ, quando quidem divisa sunt patrimonia, divisæ hæreditates, unus ex castrensi hæres est, alter ex pagana, inter quas nulla communio est, et consequenter inter eos non est jus adcrescendi: ut ecce repudiante hærede pagano, bona pagana non acrescent hæredi castrensium: ergo non sunt cohæredes, et jus adcrescendi versatur tantum inter cohæredes vel collegatarios, ac præterea in bonis castrensibus patrono vel patri præterito non datur bonorum possessio contra tabulas: et rursus patri vel liberis in bona castrensia non datur querela inofficiosi testamenti, *l. si a milite, §. ult. et l. seq. de testam milit. l. 3. §. par. hoc tit. l. si instituta, §. 2. supr. de inof. test. l. ult. C. eod.* At in bona pagana datur bonorum possessio contra tabulas, et exhæredatis nominatim, vel silentio patris datur querela inofficiosi testamenti in bona pagana, non in bona castrensia. Ad hæc sciendum est, patrono præterito testamento liberti, non dari bonorum possessionem contra tabulas, nisi hæres scriptus ex testamento adierit hæreditatem, vel petierit bonorum possessionem secundum tabulas, *l. ult. de bonor. possess. contra tabul. l. 3. §. ut patronus, hoc tit.* Non defertur ergo patrono præterito bonorum possessio contra tabulas ante aditam hæreditatem, sicut nec querela exhæredatis. Et eo distat vehementer bonorum possessio contra tabulas, quæ datur patrono præterito, a bonorum possessione, quæ datur filio præterito: nam bonorum possessio, quæ datur filio præterito contra tabulas, datur contra lignum, etiamsi hæres in eo ligno scriptus nondum adierit: quæ autem patrono præterito datur, datur contra hæredem qui adierit. Et ratio differentiæ hæc est, quia bonorum possessio quæ datur filio præterito, assem persequitur; quæ datur patrono, persequitur certam partem tantum, puta semissem, vel hodie trientem. Est igitur partienda hæreditas inter hæredem scriptum et patronum, et consequenter hæredem prius esse oportet, cum quo partiatur, alioqui si hæres scriptus repudiet, patrono jam non dabitur bon. possessio contra tab. certæ partis, sed datur bonor. possessio assis ab intestato, *l. si libertus, hoc tit.* Ergo expectare debet hæredem scriptum, ut sciat pro parte, an pro asse accipere debeat honorum possessionem. Querela inofficiosi testamenti quandoque etiam assem persequitur, sed tamen non competit ante aditam hæreditatem, quia exhæredatio, cujus ulciscendæ causa datur querela, vires non habet ante aditam hæreditatem: imo nihil in testamento scriptum valet: quamobrem necesse est expectare hæredem scriptum: nam si adierit, agetur cum eo querela inofficiosi, si non adierit, exhæredatus veniet ab intestato, nec videbitur exhæredatus, quia destituto testamento effectum non habuit exhæredatio. Quæ rationes valde sunt notandæ: proponitur species h. §. Libertus miles alium fecit hæredem castrensium, alium paganorum patrono præterito: hæres castrensium adivit hæreditatem, hæres paganorum non adivit hæreditatem: an patrono competit bon. possessio cont. tabulas debitæ partis, quia adita est hæreditas ab hærede bonorum castrensium? Et ait Papin. nondum competere patrono bon. possessionem contra tab. nec aliter competere, quam si adierit hæres paganorum: nam is, inquit, si hæres extiterit, patrono dari potest bonor. possessio contra tab. hæres scilicet paganorum, et hæc bon. poss. non datur patrono ante aditam hæreditatem: in hæredem castrensium nunquam datur, ut supra diximus: ergo patrono nondum competit bonor. possessio cont. tabul. si solus hæres castrensium adierit. Quid autem fiet, si hæres paganorum nunquam hæres exstiterit? quid si omiserit hæreditatem, an adcrescet hæredi castrensium? minime, quia non sunt cohæredes, nisi scilicet hæredi paganorum hæres castrensium substitutus sit, quo casu ei, repudiante hærede paganorum, pagana accrescent substitutionis jure: vel etiam non est necessaria substitutio expressa: nam satis est, si hæc voluntas defuncti militis probata fuerit, *l. si duob. de mil. test. l. 1. C. de test. mil.* alias hærede castrensium adeunte, hærede paganorum repudiante, pagana non accrescent castrensibus, quia non sunt eadem bona, sed sunt duo patrimonia, et duæ hæreditates, veluti duorum hæredum, et inter solos cohæredes valet jus accrescendi. Ergo ad patronum pervenient bona pagana ab intestato accepta bonor. possess. unde legitimi: nam casus bonor. possessionis contra tabul. non exstitit, atque ita fiet, ut miles sit testatus de bonis castrensibus, de bonis paganis intestatus, secundum id, quod

generaliter proditum est, militem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere, quod confirmat etiam *d. l. si duobus*. Et idem esse ostenditur in *l.* 1. *C. de test. mil.* Explicanda est species illius. Miles unum hæredem scripsit ex bonis paganis, alium ex bonis castrensibus: hæres castrensium bonorum repudiavit: an castrensia accrescent instituto ex paganis bonis? Minime: quia non sunt cohæredes, sed venient ab intestato ad hæredes legitimos, veluti ad matrem militis ex Senatuscons. Tertull. nam ponendum est, eum fratrem militis fuisse uterinum, vel generaliter fuisse fratrem cognatum, non etiam agnatum: frater agnatus, qui et consanguineus dicitur, excludit matrem: fratrem cognatum excludit mater; alioqui, si fuerit frater consanguineus, bona castrensia, quorum hæres defecit, ei quidem non accrescent jure testati, sed accrescent jure intestati exclusa matre. Obscurior est sententia legis 2. Miles commilitonem castrensium rerum fecit hæredem: mens legis hæc est: Commilitonem nulla ratione pervenire posse ad bona pagana, sed habiturum eum duntaxat bona castrensia: ex quibus hæres institutus est: nam ita lex distinguit: hæredem miles alium scripsit castrensium bonorum, alium paganorum. Et ait, hæredem admitti ad eam hæreditatem: si non adierit, hæres ab intestato ei commilitoni præfertur, vel si non scripsit aliud hæredem paganorum, legitimus vocatur ad bona pagana ab intestato, excluso commilitone: una tantum est ratio commilitone instituto ex bonis castrensibus, si probaverit eam voluntatem defuncti fuisse, ut altero repudiante, tota hæreditas ad alterum perveniret, *d. l. si duobus:* alioqui in dubio ea mens videtur militis fuisse, ut institutus ex castrensibus haberet duntaxat castrensia, nec pateret ei aditus ad pagana. Ex his liquido intelligimus quid sit, quod ait Papinian. hoc loco: *Titius,* inquit, *non poterit invitare manumissorem, cum Titio nihil auferatur.* Quæ verba male accepit Accurs. sed est perspicuum, hæredem castrensium non invitare patronum ad bonorum possessionem contra tabulas, cum nihil ei patronus auferre possit: quod locum non habet in bonorum possessione contra tabulas, in bonis castrensibus. Sed subjicit etiam non invitari patronum per eandem bonorum possessionem contra tabulas ad bona pagana, quia ea bona nunquam ad causam testamenti pertinuerunt, quia hæres ex eis bonis scriptus repudiavit, et repudiando destituit testamentum, redegitque rem ad causam intestati. Ergo non invitatur etiam patronus ad bonorum possessionem contra tabulas in bona pagana; quæ nunquam adita fuerunt, sed invitatur patronus ad bonorum possessionem unde legitimi ab intestato ad bona illa pagana nisi scilicet hæres castrensium sit, vel intelligatur substitutus hæredi paganorum: tunc enim hærede castrensium amplectente etiam bona pagana, in eum competit patrono bonorum possessio contra tabulas.

Ad §. Cum filius liberti.

Cum filius liberti impubes, qui subjectus dicitur ex prima parte bonorum possess. accipiat, an patronus defuncti possessionem accipere possit, quæsitum est. Et sine dubio, qui sequentis gradus sunt, non admittuntur interim. Cum enim præcedit alia possessio, qui sequitur, accipere non potest. Plane si contra eum, qui subjectus dicitur, fuerit judicatum, data non intelligitur. Sed et in patrono, pendente controversia, idem erit dicendum, plane quod ad patroni quoque personam pertinet, differri controversia debebit.

Residuæ sunt quæstiones duæ. Ut prima quæstio intelligatur, illud ante omnia sciendum, filium naturalem liberti excludere patronum a bonorum possessione unde legitimi intestato liberto, atque etiam removere possessionem contra tabulas testato liberto et patrono præterito, si in eo testamento forte is solum hæres institutus sit quantulacumque ex parte, *l.* 6. *in pr. hoc tit.* filius, inquam, sive sit suus, sive emancipatus, sive in adoptionem datus alteri, §. *prodesse, Inst. de success. lib.* dico filium naturalem, ut et *l. suus,* §. *et ille, de jure patron.* Nam liberti filius adoptivus non expellit patronum: alioqui remedio adoptionis semper repelleretur patronus. Dixi filium institutum: nam exhæredatus non expellit patronum: sed neque institutus a patre libertino, si repudiaverit vel abstinuerit se, *d. l. sive libertus,* §. *ult. et l.* 6. §. *pen. l. quæritur* §. *ult. hoc tit.* Rursus dixi institutum, sed addi volo instituto etiam filium naturalem præteritum, qui modo accipiat bonorum possessionem cont. tabulas, et vincat: nam hic etiam præfertur patrono, *d.* §. *prodesse.* Instituto quoque addi volo exhæredatum, qui per subjectam personam veluti filium aut servum suum patri hæres extiterit, objicitur patrono, *d. l. sive libertus,* §. *pen.* Et hæc omnia ita procedunt ex edicto prætoris, de quo agit hoc tit. Mitto eadem de re *l.* 12. *tab.* mitto *leges Papias,* quæ obsoleverunt. Nunc accedamus ad verba, et sententiam hujus §. *cum filius liberti impubes.* Quæ verba Accursius accipit de bonorum possessione unde liberi. Verba sunt ambigua, illa scilicet, *ex prima parte edicti*: nam quum agitur de successione intestati, prima pars edicti est ea pars, qua defertur bonorum possessio cont. tabul. *l. ideoque, de Carb. edic. l.* 1. *hoc tit.* et ob id tit. *de bon. poss. contra tab.* anteponitur titulo *de bon. possess. secund. tab.* Et de hac prima

parte edicti, id est, de honorum possessione contra tabulas, puto accipiendum hunc paragraphum, *cum filius*, et ita ponendam esse speciem. Testamento liberti filius est præteritus, atque etiam patronus: filius est impubes, et pupillus, et ab hærede scripto negatur esse filius: suppositus esse dicitur, atque ita fit ei controversia status et bonorum paternorum. Secundum Carbonianum edictum, ut non ita dudum ostendimus, differenda est controversia status in tempus pubertatis, quia metus est, ne interim pupillus minus idonee defendatur, et interim, *par maniere de provision*, danda ei est bonorum possessio contra tabulas, non Carboniana tantum, sed etiam ordinaria, ut ei plenius cautum sit ne scilicet post pubertatem nihil juris obtineat quoniam Carboniana finitur pubertate, ordinaria est perpetua, *l. 3. §. ult. de Carb. edic.* atque etiam, ne hæres scriptus possit accipere bonorum possessionem secundum tabulas, quam utique acciperet, si pupillus solam Carbonianam acciperet, *l. singulis l. 3. §. ult. de Carb. edic l. 4. eod. tit.* Ergo certissimum illud est, interim dari bonorum possessionem contra tabulas, dilata quæstione status in tempus pubertatis. Quæritur, an detur etiam bon. poss. cont. tab. patrono præterito, qui etiam præteritus est eodem testamento? Et Papinianus ait, patrono præterito non dari eo casu possessionem contra tabulas; non absque ratione, quia filius liberti eum præcedit, et eum expellit: præsumitur enim esse filius interim, licet suppositus dicatur: hæc est præsumptio Carboniani edicti, *l. 3. §. pen. de Carb. edic. l. 3. pen. in fine: ne vis fiat ei, qui in possess.* Cum est, qui præcedat, sequens non admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas. Ergo spes patroni non habet locum. Sed si post pubertatem contra filium pronunciatum sit, eum suppositum esse, non verum filium defuncti, bonorum possessio ei data pro non data habebitur, id est, erit sine re tam Carboniana, quam ordinaria, et denegantur ei actiones possessoriæ, *l. 4. in fi. de Carb. edic.* At tunc patronus veniet ad bonorum possessionem contra tabulas: interim non veniet. Sed cum his pugnant omnino, quæ sequuntur, *sed in patrono idem erit dicendum.* Ergo pendente controversia in tempus pubertatis, interim patrono dabitur bonorum possessio contra tabulas: ergo si possit patronus accipere bonorum possessionem contra tabulas, sequitur ut accepta sit cum re, si contra filium judicatum sit: sine re vero, si secundum filium lis data sit. Et sane hæc verba, quæ sequuntur, videntur esse ex notis Pauli: nam in libris nostris non semper hoc adnotatur, *Paulus notat:* et ita de aliis, non semper adscribitur esse notam, ut in *l. pen. de jure codicillorum*, illo loco, *dumtaxat*, non est adscriptum, Ulpianus notat: sed tamen est manifesta nota Ulpiani, ut etiam hoc loco, dum ait, *sed et in patrono*, id est, imo et in patrono, *idem erit dicendum*, non sunt hæc verba Papiniani qui scripserat sine dubio, patronum non admitti, sed Pauli, quæ summam rationem habent, ut interim patronus accipiat bonorum possessionem contra tabulas, sicut filius: et ut ea sit sine re, si secundum filium pronuntiatum sit. Denique in patrono idem est dicendum, quod in filio præterito, ut idem jus sit. In re dubia admittimus et primum gradum, et secundum. Sed non tantum, quod attinet ad personam hæredis scripti, qui filium subjectum dicit, sed etiam quod attinet ad personam patroni, differetur quidem controversia status in tempus pubertatis, nec propter patronum cognitio repræsentatur, sed interim patrono datur possessio contra tabulas in omnem eventum: nam datur etiam scripto bonorum possessio secundum tabulas; si pupillus solam Carbonianam cognoverit, non etiam ordinariam, *l. 7. §. ult. de Carb. edic.*

Ad §. ult.

Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum, atque ita res per appellationem extracta esset, defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus hæredem instituerat; filio mulieris servavit D. Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel jure intestati, si vixisset, habere potuit.

Libertus filiam patroni hæredem instituit, ei satisfecit: patronus erat mortuus, supererat tantum patroni filia. Quidam testamentum falsum dixit, et obtinuit: appellavit illa, atque ita extinxit judicatum, vel interim diu tracto negotio diem suum obiit. Quæritur, an jus suum transmiserit ad filium, suum, quem reliquit superstitem? jus ejus quale est? ut etiam falso testamento pronuntiato, liberto possit succedere ab intestato; nam qui adiit hæreditatem ex testamento, quod putat verum et valere, non ideo videtur repudiasse hæreditatem ab intestato. *l. mater, de inoffic. testam. l. legitimum, de pet. hæredit.* Ergo etiamsi is, ad quem provocatum est, confirmaverit sententiam prioris judicis, et pronunciaverit, falsum testamentum videri, filia patroni, si vivat, succedet liberto ab intestato. An idem jus transmittit in filium suum? Videtur non transmittere, quia nondum agnoverat hæreditatem ab intestato. Finge, secundo judicio pronuntiatum esse testamentum falsum videri, aperta est via successioni ab intestato. At ipsa non agnovit hæreditatem: successionem ab intestato non transmisit igitur, hæreditas non agnita non transmittitur. Verum

eleganter Papinianus ostendit aliter decrevisse D. Marcum cognita causa inter litigatores, inter eos, qui de eo contendebant, decrevisse etiam transmissioni locum esse, *l.* 6. §. 1. *hoc tit.* Et miror quod Accursius neque hoc loco, neque illo, contulerit hos locos inter se. Et ratio decreti hæc est quia filia patroni non cessaverat eam hæreditatem persequi, et quia, ut dicam explicatius, eam videtur utroque genere persecuta, jure testati quasi scripta, vel si eo jure non obtineret, jure intestati, *argum. l.* 3. *de mil. testam.* Miles testamentum facere voluit jure communi, nec fecit: testamentum quidem fecit, sed non servato jure communi, ut voluit, an valeat testamentum jure militari? Sic videtur, quia non videtur elegisse miles genus testandi ad impugnandum suum judicium: imo vero utroque genere testari voluisse videtur, propter casus futuros. Sic etiam utroque genere filia patroni vindicasse hæreditatem videtur, et consequenter transmisisse, quod potest transferri ad similes complures casus.

Ad §. *sed an id L.* 1. *de Collat. bonor.*

Sed an id, quod dignitatis nomine a patre datum est, vel debetur, conferre quis in commune cogatur, videamus. Et Papinianus lib. 13. *Quæst. ait, non esse cogendum. Hoc enim propter onera dignitatis præcipuum haberi oportere. Sed si adhuc debeatur, hoc sic interpretandum est, ut non solus oneretur is, qui dignitatem meruit, sed commune sit omnium hæredum onus hoc debitum.*

His addendus est unus locus, quo Ulpianus utitur auctoritate Papiniani eodem *lib.* 13. *quæst.* Is locus est in *l.* 1. §. *sed an id, de collat. bon.* Neminem arbitror ignorare, filios emancipatos suis, atque etiam hodie filios omnes, qui volunt venire ad bona paterna, conferre (*rapporter*) ea bona quæ a patre acceperunt, dum viveret. Vis mecum partiri frater? confer quæ ex bonis patris accepisti. Quæritur, quæ bona veniant in collationem? non omnia certe: nam excipitur castrense peculium etiamsi pervenerit a patre, ut si in militiam profecto pater dederit aliquid; sed conferunt etiam bona, quæ non acceperunt a patre, castrense peculium non conferunt, nec quasi castrense, id habent præcipuum, ut dixi. Quæritur, an conferant id, quod dignitatis nomine pro filio datum est, ut filius fieret decurio, Ædilis, Consul: nam has dignitates non assequebantur sine sumptu: dabantur honoraria decurionibus pro introitu, solebant edi munera propter honorem adeptum, solebat etiam aliquid dari suffragii nomine, vel solatii, consuetudinis: non emebantur dignitates, sed erogare aliquid necesse erat. Ergo pater, ut filius dignitatem adipisceretur, dedit aliquid: an id conferet fratribus, an quodammodo dignitatem ipsam conferet? lex ait non conferri: quoniam æquum est, ut eam dignitatem habeat præcipuam, quo sustineat ejus dignitatis onus nam nulla est dignitas, cui non cohæreat onus, *l.* 2. §. *muneris, de vacat. mun.* Qua de causa, si pater pro filio dignitatis nomine non dederit, sed promiserit tantum, commune erit onus omnium fratrum, quod tamen non esset commune, si eum sumptum fratribus conferre operteret, sed liberandi essent fratres pro rata, *l.* 2. *C. de collat.* Atque ita Papinianus rectius scripsit hoc eodem libro, non esse cogendum filium conferre, quod dignitatis nomine ei a patre datum est, quia hoc debet habere præcipuum propter onera dignitatis. Obstat. *l. pen. C. de collat. bonor.* quæ, ait, militiam (*un office*) emptum filio a patre (*cela est remarquable pour les estats qui s'acheptent*) conferri: sed aliud est militia, aliud dignitas. Dignitas non emitur ut militia, non est armata, sed civilis, adjutor quæstoris, *le Greffier du Chancellier*, militia solertiarum, stratologia, *Controlloeur de guerre*: hæ militiæ sunt in patrimonio nostro, sicut feuda, et emi possunt, et transeunt ad hæredes, sicut patrimonium nostrum: militia est in patrimonio nostro, ergo conferetur, dignitas non est in patrimonio.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XIV. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XV. de inoffic. testam.

Nam et si parentibus non debetur filiorum hæreditas, propter votum parentum, et naturalem erga liberos charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet.

§. 1. *Hæredi ejus, qui post litem inofficiosi præparatam mutata voluntate decessit, non datur de inofficioso querela: non enim sufficit litem instituere, si non in ea persevcres.*

§. 2. *Filius qui de inofficiosi actione adversus duos hæredes expertus diversas sententias judicum tulit, et unum vicit, ab altero superatus est, et debitores convenire, et ipse a creditoribus conveniri pro parte potest, et corpora vindicare, et hæreditatem dividere: verum enim est familiæ erciscundæ judicium competere, quia credimus eum legitimum hæredem pro parte esse factum, et ideo pars hæreditatis in testamento remansit,*

nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri.

Jam in ea l. quæ præcedit ex lib. 5. quæst. Papiniani ostendi, patrem præteritum a filio emancipato admitti ad quærelam inofficiosi post liberos: (in omni jure semper prima et potior est causa filiorum) patrem, inquam, ut dixi, præteritum a filio emancipato: nam filiusf. testamentum non facit, quod possit rescindi per querelam inofficiosi, præterquam hodie ex *Novell.* 115. si jure communi de castrensi peculio testetur: nam si jure militari, tunc nec pater, nec liberi vocantur ad querelam inofficiosi. Pater igitur vocatur post nepotes et suam intentionem implere potest. Idem Papin. videtur repetiisse hoc lib. 14. Verissimum igitur est hac in re parem esse causam filii et patris: filius recte agit de inofficioso patris testamento, et contra pater: quod non carebat dubitatione, quam ut tolleret id scripsit, quod est initio hujus l. Quia patri non debetur hæreditas filii, ut debetur hæreditas patris filio; nam ordo naturæ, et commune parentum votum est, ut filius succedat patri, hoc est, quod maxime omnes optant. Huc pertinet *l. Julianus in fine, si quis omiss. causa test.* Cujus species est elegantiss. filiumf. hæredem scripsi, et ei hæredem substitui patrem in cujus potestate erat in primum casum: non potest filius adire injussu patris, non jubet pater, sed ipse ex substitutione vulgari adit: quæritur, an incidit in edictum, si quis omissa causa, et an debeat legata relicta primo gradu per hoc edictum? Respondet, non deberi: quia eo edicto dolus tantum plectitur: at pater dolo nihil videtur facere: nemo enim videtur contra votum parentum plane patrem substituere filio: Videtur ergo ei datum arbitrium eligendi, ut vel ipse adeat, vel filius ejus: nam est ominosa ea institutio. Et similiter in *l. cum tale, de cond. et demonstr.* Quidam ita legavit: Titiæ, si a liberis quos habet non discesserit: quæritur, an statim possit pervenire ad legatum præstita cautione, non convolaturam ad secundas nuptias? huic cautioni locus est in his conditionibus, quæ vivo legatario impleri non possunt, ut *si in Capitolium non ascenderit.* In his igitur conditionibus locus est cautioni Mutianæ. In his vero, quæ vivo legatario impleri possunt, non est locus cautioni Mutianæ, sed expectandum est, et differenda petitio legati, donec impleta sit conditio. Conditio autem illa, *si a liberis quos habet non discesserit*, potest expleri viva matre: quia mori possunt liberi viva adhuc matre, atque ita legatum videbitur relictum post mortem liberorum. Consequens ergo, cessare cautionem Mutianam, et expectandam mortem liberorum. Sed ideo improbatur hæc opinio, et concluditur esse locum cautioni Mutianæ, quod voto matris non probe opponatur tam ominosa non interponendæ cautionis interpretatio: matris autem votum est, ut ne mater cernat morientes liberos, sed ut ei supervivant. Ergo hac ratione filii hæreditas non debetur patri, aut sane, ut ait *l. scripto in fine, unde lib.* non sic debetur hæreditas filii patri, ut patris filio: aliquatenus debetur, sed non ratione pari. Nam quid vocat filium ad hæreditatem patris? ratio naturalis, quasi tacita quædam lex, ut ait *l. 7. de bon. dam.* ac præterea commune votum filium vocat ad hæreditatem patris: patrem autem ad bona filii, tantum miserationis ratio, vel solatii ratio tantum, sicut dicitur in *l. jure, de jur. dot.* solatii causa mortua filia in matrimonio dotem profectitiam reverti ad patrem. Secundum hæc, non videtur pater jure queri de testamento filii quasi inofficioso, quia nec ei quicquam debuit relinquere, nec id optavit pater, abhorruit ab eo maxime mens patris: nulla est igitur ejus indignatio justa: sed utitur hac ratione Papinian. *Turbato ordine mortalitatis,* quo sermone usi sunt parentes ipsius Papiniani, quum eo mortuo inscripserunt monumento, *et turbato ordine, in senio parentes fecisse:* non euntibus igitur ordine fatis, ut inquit Ovid. et Horat. *male judicantibus fatis, turbato ordine,* non minus jus piumque esse filium relinquere patri bona, vel portionem debitam, quam servato ordine relinquitur portio filio. Justus enim ordo et justa series est patri succedere: et ideo si pater et filius simul perierint suggerente ordine naturæ, ut ait *l. qui duos, de reb. dub.* filius videtur supervixisse patri. Pietatis officium mutuum esse debet inter filium et patrem. Igitur si neglecto officio patris filius erga patrem inofficiosus eum prætermisit, æquissimum erit ei etiam dari querelam per quam arguet filium dementiæ, sicut et filius, qui agit querela, arguit patrem dementiæ quodammodo: nam dementia est officiorum et affectuum oblivisci, *s' oublier de son devoir.* Dixi sup. in hoc tractatu de inoff. ad leg. præced. *lib.* 5. *quæst.* esse parem causam patris et filii. Hoc intelligitur, ut detur utrique ex causa sed tamen hæc est differentia, quod filio exhæredato datur querela, non præterito, patri etiam præterito datur querela. Sciendum est, querelam dari liberis et parentibus, et interdum fratribus, ut si frater fratribus omissis turpes personas, ut meretrices, instituerit: liberis autem datur querela exhæredatis a patre vel avo, proavo pagano: præteritis autem liberis a milite patre vel ab avo paterno, sciente eos liberos sibi superesse, *l.* 9. *l.* 10. *C. de test. milit.* item præteritis a matre vel avo, aut proavo materno, procreatis a patre, vel ab avo paterno, vel a milite ignorante se liberos

habere, non datur querela, sed bonorum possessio contra tabulas, vel si sint in potestate, ipso jure testamentum rumpitur, *l. is quis in potestate*, *de leg. præst.* Ratio autem est, quoniam inter alia, quæ ad ordinanda rite testamenta necessaria sunt ex jure antiquo, filius a patre pagano, vel nominatim instituendus est, vel nominatim exhæredandus: filia, vel ceteri liberi, qui ex masculis descendunt, inter ceteros exhæredandi sunt: nam silentium patris pagani, vel etiam militis ignorantis liberos sibi superesse, non habetur pro exhæredatione: ex quo sequitur nullum esse testamentum ipso jure patri autem militi, qui non ignorant se eos filios habere, vel matri, vel avo materno, hæc solennitas remittitur: silentium enim eorum pro exhæredatione habetur. Et hinc licet constituere tres formas exhæredationis: quædam fiunt nominatim, quædam inter ceteros, quædam silentio, *l.* 12. *in pr. de bon. libert.* Et addendum est, a liberis parentes silentio exhæredari et fratres. Præterito igitur patri recte datur querela. Ergo ita constituamus: patri præterito in testamento filii emancipati dabitur ut patri querela inofficiosi in assem: nam plerumque querela evincit assem, bonorum possessio contra tabulas non dabitur, ut patri, sed ut patrono: nam si pater in emancipatione manumissor exstiterit, et fuerit præteritus testamento filii, ut patrono ei dabitur bonorum possessio contra tabulas, quæ non est in assem, sed certæ partis bonorum, vel semissis, vel trientis hodie, si turpis persona instituta non sit, vel etiam assis, si turpis persona instituta sit, *l.* 3. *si a parente quis manumiss. sit.* Patrono præterito nunquam dabitur querela, quia si patronum silentio præterierit libertus, ea præteritio pro exhæredatione haberi non potest, quandoquidem exhæredatio cadit tantum in agnatos, non in extraneos, nisi sint in ea conditione hæredes instituti, ut, *Titius hæres esto, et illud facito; si non fecerit, exhæres esto*, *l. paterfamilias*, *de hæred. instit. l. uxorem, de legat.* 3. *l. servis, ad legem. Falcid.* Et in formula eretionis videre illud est, quod est apud Ulpianum in fragmentis titulo, *qui hæred. institui poss.* Et generaliter is tantum exhæredatur, qui vocatur ad hæreditatem jure civili, vel honorario. Extraneus non institutus non vocatur ad hæreditatem. Sciendum autem est, alias filium emancipari et manumitti a patre, alias emancipari tantum. Emancipare est vendere. Venditus filius non potest a patre manumitti, nisi eum redemerit ab emptore: venditione re legit eum in servitutem, quod agitur inter patrem et emptorem contracta fiducia, id est, si filium ea lege vendiderit, ut is emanciparetur sibi. Contrahere fiduciam, est legem addere conditioni, ut redimere liceat, *pache de rachapt.* Quæ fiducia semper hodie contracta intelligitur, non in venditionibus omnium rerum, sed in emancipationibus filiorum, §. *ult. de success. agnat.* Finge: Pater ex lege fiduciæ filium redemit ab emptore et manumittit, atque ita filius fit sui juris, et quia manumisit quasi patronus, præteritus certæ partis accipiet contra tabulas bonorum possessionem, *l. si a milite*, §. *ult. de test. tut. l. filio*, *hoc tit.* sed omisso jure patroni, ut pater recte aget querela in assem. Unicum jus habet pater, si in emancipatione manumissor non exstitit; jus patris, id est, querelam et bonorum possessionem unde legitimi, quæ solet accipi querelæ adjuvandæ causa. Sed si in emancipatione manumissor extiterit, duplex jus habet, jus patroni, et jus patris, et accepta bonorum possessione contra tabulas jure patronatus, potest patrio jure sibi defendere jus antiquum, id est, querelam, *l.* 1. §. *ult. si quis a parente manumis.* Igitur, ut ait, vel non debet ei nocere, quod sit patronus, cum sit et pater: et eadem ratione repudiata bonorum possessione contra tabulas, supererit ei querela secundum regulam juris, *l. quoties duplici*, *de reg. jur.* Jus antiquum est querela, *d. l.* Jus novum est bonorum possessio contra tabulas. Utrumque jus defertur patri emancipatori et manumissori: et prius defertur jus novum, id est, bonorum possessio contra tabulas, quam unde legitimi, quæ longe sequitur in edicto. Querela recte dicitur jus antiquum: nam est ex antiquissima lege Glicia, ut conjicere licet ex inscriptione *l.* 4. *hoc t.* quæ est ex libro singulari ad legem Gliciam. Conjice inde eam l. pertinere ad hanc quæstionem de inofficioso: fit mentio in hoc titulo de lege Glicia, ergo pertinet ad inofficiosum testamentum. In *d. l.* 4. ponitur ratio querelæ: ratio igitur ferendæ legis Gliciæ. Probabile igitur est, querelam esse ex lege Glicia, quæ lata est a Glicia dictatore, et forte a consule vel prætore ejusdem nominis: nam et Prætor leges ad populum ferebat: sed malim appellatam a dictatore, quod quidam impugnat hoc modo. Coactus Glicia se abdicare magistratu, ergo non habuit satis temporis ad ferendam legem. Nego: rursus coactus est se abdicare, priusquam aliquem magistrum equitum sibi nominasset. Hoc etiam nego, nam raro magister equitum a dictatore dicebatur, sed plerumque a Consule vel populo, et Gliciam coactum se abdicare, antequam magistrum sibi diceret, nusquam invenies: moventur fastis Capitolinis in quibus est: *M. Claudius Glicia, qui scriba erat, dictator coactus abdicare se antequam magistrum equitum haberet.* Fuit igitur dictus dictator nullo adjuncto magistro equitum,

ut Livius *lib.* 23. C. Terentius Consul *M. Fabium sine magistro equitum dictatorem in sex menses dixit.* Aliqui male referunt leges non appellari a cognomine, sed a nomine familiæ, et Glicia esse cognomen. Hoc est falsum : nam et lex dicitur Syllania et Gracchavia a cognomine : et Senatusconsultum Neronianum, et Plancianum. Male etiam referunt querelam ad auctoritatem prudentum: querela est actio directa, ergo ex legibus descendit. Probabilius est, querelam esse ex *l. Glicia*, ac similiter quartam, *la legitime*, quæ excludit querelam, eam esse ex *l. Glicia:* lex fuit forte ita concepta, *Querelam dari liberis, nisi eis satisfactum sit data quarta.* Et hanc quartam non esse ex constitutione D. Marci. Male scribunt etiam, ante Senatusconsultum Orfitianum, quo filius succedit matri, filium successisse matri, moti quibusdam locis, quibus moveri non debuerunt, quibus dicitur hæreditas matris pertinere ad filios : fateor, sed non ideo jus illud est confundendum cum Senatusconsulto Orfitiano : nam hoc et certum. Hæreditas matris pertinet ad filios jure legitimo; quamvis mater sit filiis cognata, non agnata, tamen jure agnationis exclusis ceteris agnatis defertur matris hæreditas filiis. Olim jure honorario pertinuit ad filios, quasi ad cognatos : post agnatos vel quasi ad consanguineos, si mater convenerat in manum mariti. In *l.* 12. *tabular.* nihil fuisse cautum ajunt de liberis instituendis vel exhæredandis, præteriri igitur potuisse, quod nullo loco et ratione confirmatur. Præterea hoc jus ut liberi vel instituantur, vel exhæredentur, tribuitur antiquitati, *l. Gallus, de lib. et postum.* et plerumque antiquitas refertur ad *l.* 12. *tabular.* In 12. *tabul.* liberi appellantur sui hæredes, *l. liberorum, de verb. signific.* Ea appellatio quid demonstrat? Eos esse hæredes instituendos, vel exhæredandos, quia sunt sui hæredes, qui si extranei essent, non possent exhæredari. Etiam addo ex 12. tabulis, filios occidi et vendi posse, et similiter, ut ait *l. in suis, de liber. et postum.* exhæredari potuisse : namque hi sunt effectus patriæ potestatis, ut filium exhæredet, *l. quidam, de verb. obligat.* Constat patriam potestatem esse ex 12. tabul. Ergo jus illud manat omnino ex antiquissimo jure 12. tabul.

Ad §. I. Hæredi.

Hic §. est de transmissione querelæ, et generaliter de transmissione hæreditatis, quæstio frequens et cognitu necessaria. Certum est exhæredatum, vel præteritum non transmittere querelam ad hæredem, nisi eam præparaverit, et ordinaverit ipse vivus. Idem fere est præparare et ordinare. Præparatur autem querela inofficiosi adita hæreditate, veluti ab intestato, vel accepta bonorum possessione unde legitimi, vel unde liberi, vel unde cognati, *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* neque enim sine aliquo titulo, exhæredato patet aditus ad querelam, sed eo titulo fretus, quasi hæres scilicet agit querela inofficiosi, et si probet se immerito exhæredatum, testamentum rescindit, hæredem scriptum expellit, vindicat et evincit hæreditatem totam : licet, quod notandum, is titulus interim sit sine re: nam pendente lite inofficiosi, potior habetur causa hæredis scripti, *l.* 2. *C. hoc tit.* Est igitur ille titulus falsus et coloratus. In foro recipiuntur falsi tituli et coloratæ actiones, falsæ expositiones, ut Fabius ait, ut scilicet res videatur agi recte, et ordine. Et hodie sæpissime utuntur in foro falsis narrationibus, et titulis, ut exempli gratia, inspecta turre templi : id est, pro possessore beneficii accipiunt eum, qui duntaxat turrem eminus inspexit. Inspectio illa est pro titulo possessionis. Proditum quidem est, non tantum possessionem apprehendi corpore et actu, sed oculis et affectu, *l.* 1. §. *pen. de acquir. poss.* Sed si id fiat in re præsenti, cominus, non eminus : ut si rem quam mihi vendidisti, quæ est in præsentia, meo jussu tradas meo procuratori, vel si pecuniam, quam mihi debes. tradas alteri meo jussu, qui erat in præsentia, videris mihi tradidisse, id est, videor ejus rei possessionem apprehendisse. Idem erit si columnas mihi vendideris, quæ propter magnitudinem moveri non possunt, dummodo consenserimus in rem præsentem. Nam et earum oculis videor possessionem nactus, sed id fit cominus. Ergo in jure et in schola, et in foro recipiuntur falsi tituli, colorati, falsæ expositiones, ut satisfiat rigori juris ne quis calumnietur factum, gestumve. Ergo non perveniens ad querelam inofficiosi, nisi titulum hæredis assumpseris, aut bonorum possessoris, quamvis si interim sine re futurus sit, atque etiam semper, nisi viceris querela. Porro is titulus necessarius est ceteris omnib. præterquam suis hæredib. id est, qui detracta exhæredatione sui hæredes futuri sunt, *l.* 7. *h. t.* quia ipso jure hæredes existunt, et ut Græci dicunt, habent jus ἀναγκάνσεως id est, existunt, non fiunt hæredes : ceteri fiunt : hi existunt statim, ut ait *l. in suis, de suis et legit. l.* 1. §. *qui sunt, si quis omiss. causa test.* Et statim etiam clausis tabulis testamenti, etsi forte ex parte hæredis scripti sunt, *l.* 3. *C. de jure delib.* Ceteri qui non sunt sui, non possunt hæredes fieri, antequam apertæ sint tabulæ, si scripti ex parte : nam hæredes scripti ex asse, hæredes fiunt generaliter etiam ante apertas tabul. *l.* 1. *de suis et legit. l.* 1. §. *ult. de jur. et*

fact. l. multum, *de cond. et dem.* Et quod diximus de suis, id obtinere volumus in necessariis hæredib. ut in servis. Nam hi protinus fiunt hæredes, id est, clausis tabulis, §. 1. *de hæred. qual. et differ. l. ex parte*, *de acquir. hæred.* Igitur isti hæredes nunquam adire hæreditatem necesse habent, nunquam bonorum possessionem petere, quia satis est, quod existunt, *d. l. in suis*, *l.* 16. *qui in potestate*, *de leg. præst. l. pen.* §. *pen. de bon. libert.* Quid igitur fiet, si filiusfamil. qui patri suus hæres futurus sit, exhæredatus sit? quemadmodum præparabit querelam? Ceteri præparant adita hæreditate vel agnita bonorum possessione. Igitur sui hæredes, ut querelam ad hæredes transmittant, eam præparabunt his modis, quibus et ceteri omnes eam præparare possunt, si comminentur hæredi scripto accusationem inofficiosi denuntiatione, quæ fiat solemniter, item libelli datione, *l.* 7. *hoc tit.* Comminatio et denuntiatio fit hæredi scripto. Nam libelli dationem accipio pro editione actionis, *l.* 1. §. 1. *de eden.* Edere est libello complecti et dare. Illud certum erat, post litem contestatam querelam transmitti ad hæredem, ed placet etiam transmitti, si exhæredatus propositum habuerit inofficiosum testamentum dicere, *l.* 5. *C. eod.* Pater tuus post litem contestatam, vel idem pater tuus postquam propositum habuit dicere inofficiosum, nondum lite contestata decessit: quocunque modo potes exequi patris placitum, et patrem hoc propositum habuisse apparet ex comminatione et denuntiatione, et libelli datione, et ex alio quocunque modo, ut ait *d. l.* 5. ex mota controversia. Incipit lis a contestatione, ordinatur autem contestatione, et ante contestationem controversia est, non lis. Lis est res in judicium deducta. Igitur in *d. l.* 5. propositum habere sic accipitur, ut illo loco Cæsaris, *Cæsar cum in Belgico hyemaret*, *unum propositum habuit*, *civitates in amicitiam confirmare.* Et sic propositum accipitur in *l. in plures*, §. *locator*, *loc.* Locator, qui locaturus erat horreum, proscriptum titulum habuit ante horreum, se locaturum horreum cuicunque volenti, ea lege tamen, ne reciperet custodiam auri, argenti, margaritarum, quæ inferrentur in horreum. Eas vero species cum sciret inferri in horreum, passus est inferri: lex ait, eum esse obligatum custodiæ nomine, etiam propter eas res, quod propositum non fuit: sic legunt Græci, Florentiæ aliter, vulgo aliter, *ac si propositum non fuit.* Deinde sequitur, *remissum etiam videtur*, *quod sciens passus est eas species inferri.* Ergo obligatur etiam earum rerum nomine. Nec igitur sui, nec extranei, hoc est, emancipati, vel pater, querelam transmittunt ad hæredem, quam non præparaverunt: quod confirmat etiam *l. si quis adfirmavit*, §. 1. *de dolo.* Supprimebas tabulas testamenti paterni, nesciebam quis in eo testamento esset scriptus, an ego essem in eo exhæredatus; non præparavi querelam, et mox vita decessi: non transmisi igitur querelam ad hæredem, quæ res fraudi est hæredi, et causa fraudis est suppressor testamenti, ideoque hæres poterit agere civiliter de dolo in suppressorem, et criminaliter lege Cornelia: ex quo intelligitur, querelam non præparatam non transmitti. Querela est specialis actio injuriarum, actio injuriarum non transmittitur in hæredem, nisi post litem contestatam, *l.* 13. *in prin. de injur.* Possis addere, nisi post litem præparatam, licet nondum contestata sit, exemplo querelæ, quæ et ipsa est actio injuriarum specialis quædam. Idem, quod constitui, verum esse demonstro, querelam non præparatam, quæ competebat suo, vel non suo, non transmitti. Querela est civilis, vel possessoria petitio hæreditatis. Civilis si adierit, et extiterit suus: possessoria ex jure prætorio est vindicatio hæreditatis, *l.* 3. *C. de petit. hæred.* qui agit querela, vindicat hæreditatem, et sunt stulti, qui in eo laborant, idem non esse in jure querelam inoffic. et petitionem hæreditatis, *l.* 20. *h. t. l. si quis servum*, *C. eod. l. ult.* §. *sed quemadm. de bon. poss. contra tab.* Petitio autem hæreditatis quacunque ex causa intendatur, nunquam in hæredem transmittitur, nisi ea contestata, et præparata fuerit. Paulus 1. Sentent. *Petitio*, *inquit*, *hæreditatis*, *cujus defunctus litem contestatus non est*, *ad hæredem non transmittitur.* Loquitur de lite contestata, sed non est novum, ut quod dicitur de lite contestata, ad litem præparatam transferatur, *l. sed etsi lege*, §. *si ante*, *de petit. hæred.* Senatus de petitione hæreditatis, loquitur de lite contestata, ut post litem contestatam malæ fidei possessores existimentur, sed trahit etiam ad controversiam motam, et ita in *tit. C. de usur. legat.* dicitur, ususas venire ex lite contestata: proculdubio veniunt etiam ex lite præparata: post litem contestatam actionem injuriarum, et omnem venientem ex delicto, transmitti ad hæredem. Idem potest dici post controversiam motam: motus controversiæ litis ordinatio est: cur non transmittam jus, ad quod persequendum me præparavi, in quo exequendo minime segnis, aut vecors fueram? Illud etiam addendum, petitionem hæreditatis non transmitti ad hæredem, nisi adita sit hæreditas, vel agnita bonorum possessio: non adita hæreditas non transmittitur, non adita vel non acquisita alio modo. Sunt multi modi acquirendæ hæreditatis: aditio, cretio, petitio bonorum possessionis. Et hodie ex constitutione Justin. quodlibet indicium, etiam pro hærede gestio exi-

stentia sive ἀνάχρισις, mistio, agnitio, et in summa quodlibet indicium animi volentis amplecti bona quæ deferuntur. Ergo non acquisita hæreditas non transmittitur. Ab hac regula excipiuntur constitutiones Teodosii, liberi non sui: nam hi hæreditatem parentum non aditam transmittunt ad liberos suos vel non suos, *l. un. de his qui ante apert. tabul. l. un. §. in noviss. C. de cad. toll.* liberos suos certum erat transmittere, quia existebant statim, sed transmittebant sui tantum in liberos suos: ex constitutione Theodosii transmittunt omnes in liberos non suos. Item non sui liberi transmittunt in quoscunque liberos, ut quod ad causam transmissionis hodie attinet, nihil plane intersit inter suos, et non suos. Et hæc quidem dicuntur de liberis non exhæredatis: nam exhæredati non possunt transmittere hæreditatem, quæ eis adempta est, sive sint sui, sive emancipati, nisi præparaverint querelam. Obstat autem *l. si quis filium, C. hoc tit. l. pen. §. ult. h. tit.* ex quibus elicitur, liberos exhæredatos transmittere querelam ad hæredem suum, quam non præparaverint. Et ut hi loci concilientur, sic distinguendum est: aut hæres exhæredatus extraneus est, aut suus: si est extraneus, querela præparata non transmittitur: si est suus, aut exhæredatus decessit post aditionem hæredis scripti, atque adeo jam nata querela, et hoc casu non transmittit querelam non præparatam, nec in filiumfamil. hæredem suum: cur enim eam non præparavit, cum ei ex aditione hæredis scripti competebat? aut decessit deliberante hærede scripto, et hoc casu transmittit in suum, non extraneum; et hoc casu procedit *d. l.* Postremo interdum querela præparata non transmittitur, ut puta, si filius exhæredatus, qui eam ordinavit, vel contestatus est litem, post litem dereliquerit, hanc non transmittit: nam et ipse ad eam postea reverti non potest, *l. 8. § si quis, hoc. tit.* At querela inofficiosi imitatur actione injuriarum, de qua tit. est, de injuriis: nam injuria est, id est de nota et macula exhæredationis, *l. 8. in prin. h. t.* Filius, qui est in mea prestate, preteritus est testamento matris, an agam querela invito filio, minime, quia filii indignatio est, ut ait *l. filius h. tit.* et quamvis querela vindicet hæreditatem, tamen magis habet persecutionem injuriæ, quam hæreditatis, sicut actio injuriarum, quamvis, qui ea agit agat de imminuto honore potius, quam de ademptis bonis. Id querelæ nomen demonstrat, queritur enim de injuria sibi facta, eujus pretium nulla hæreditas æquare potest: queritur ergo de injuria sibi facta, de impietate patris aut filii: quamobrem Rhetores quidem, *ut Fab. lib. 7. c. 4.* has causas de inofficioso testamento vocaverunt *materias officiorum*. Actio injuriarum generalis, finitur pactione et dissimulatione, et dennutiatione, *l. non solum, §. 1. de injur.* et sic etiam querela inofficiosi aboletur dissimulatione, *l. 1. C. de in integ. rest.* Ergo et aperta renuntiatione, quod hic demonstratur. Oportet perferre accusationem inofficiosi, si quis ad eam velit reverti: sin autem volunt transmittere, satis est, si præparaverint. Itaque per omnia fere querela similis est actioni injuriarum. Hoc est dissimile, quod actio injuriarum sit annalis, querela quinquennalis: igitur gravior est injuria exhæredationis, cum non tantum imminuat honorem; sed etiam adimat hæreditatem debitam ratione naturali. Quod diximus, querelam inofficiosi injuriæ, doloris, vindictæ potius, quam pecuniæ persecutionem habere, idque demonstrare querelæ nomen, et accusationis, hinc dico, consequens esse querelam inofficiosi, non computari in bonis ante litem contestatam, vel præparatam: ceteræ actiones computantur in bonis, nomina quoque, sed non hæ actiones, quæ vindictam persequuntur, ut actio injuriarum, et actio de morib. *l. 1. §. sed si parente, si quid in frau. pat.*

Ad §. filius.

§. Filius species hæc est: paterf. duos ex æquo hæredes scripsit, extraneum et filium, alium filium exhæredavit, qui egit querela inofficiosi contra utrumque hæredem scriptum, et diversas judicum sententias tulit. Extraneum vicit, fratrem non vicit. Notandum, quod ait, *diversas judicum sententias tulit.* De inofficioso testamento non unus, sed plures judices judicabant: querela enim inofficiosi est centumvirale judicium, *l. Titia, l. qui repudiantis, h. t.* Sed ut omnis petitio hæreditatis centumvirale judicium est, neque tamen centumviri judicabant, sed ex eo ordine septem, unde septemvirale judicium dicitur querela inofficiosi, ut liquet ex inscriptione *l. 28. et l. 31. h. t.* sic hodie de quacunque causa senatores omnes non judicant, sed septem sufficiunt cuique rei judicandæ. Sic igitur in proposita specie evenit, ut filius exhæredatus uno septemvirali judicio vinceret extraneum, altero vinceretur a fratre, vel etiam uno eodemque judicio vinceret, et vinceretur. Quæritur, an aliquid profecit, qui non utrumque vicit, sed alterum tantum? Res non caret dubio: nihil enim videtur egisse, is qui non utrumque hæredem vicit: nam vicisse unum magis videtur prodesse cohæredi, ut ejus parti pars socii accrescat potius, quam victori, ut alias querela non proficit ei, qui vicit, sed alii, *l. 6. §. pen. h. t.* nam si dixerimus in hac specie victoriam ei, qui vicit, proficere, dixerimus, eum esse ab intestato

hæredem pro parte, qui pro parte patremf. intestatum fecerit, cum autem, quem non vicit, testamento hæredem esse, quod est absurdum, *l. 7. de reg. jur.* Aut certe, si aliquid egit exhæred. qui unum tantum ex hæredib. vicit, totum testam. delevit, quasi furiosus testator fuerit, et non sanæ mentis, insanus *l. 2. l. Titia, l. mater. h. tit.* Et hic color tanti est momenti, ut nec credatur testamenti habuisse factionem, *l. qui repudiantis, §. ult. h. t.* ac consequenter, ut nihil in eo testamento scriptum valeat, et omne judicium defuncti convellatur, *l. nec fideicomm. de leg.* 3. Et quamvis pater, qui unum filium exhæredavit, in eo testamento alium filium instituerit, non ideo minus testamentum dicitur plenum furoris, apud Val. Max. *l. 7. c.* 8. Igitur, si unum tantum vicit, totum judicium patris evertisse videtur. Et veluti ab intestato dividenda sunt bona inter exhæredatum et institutum, et hæc ratio dubitandi. Æquius tamen est, pro parte testamentum consistere, pro parte rescindi, pro parte patremf. intestatum fieri, pro parte testatum manere, et victoriam exhæredati in hoc ei prodesse, ut sit hæres ab intestato pro parte, utque exerceat actiones hæreditarias pro parte: nam et conveniri potest pro parte, a creditoribus hæreditariis, non a legatariis, et fideicomm. nam is solus, qui ex testamento hæres manet, præstabit a se relicta, *l. judicata, de excep. rei jud. l. pater de collat. dot. l. cum filius. de leg.* 2. *l. cum duobus, C. h. t.* Nam in totum rescisso testam. infirmantur omnia, sed testamento rescisso pro parte, non totum infirmatur, neque libertates, neque fideicommissa. Parte pretii victori soluta, non infirmatur substitutio pupillaris, *l. 8. §. sed nec impuberis h. t.* Potes enim similiter dicere, non infirmari tutelas pro parte rescisso testamento, non in assem. His addit, exhæredatum quoque qui unum ex hæredibus superavit, ab altero superatus est, recte vindicaturum pro parte singulas res hæreditarias, recte acturum familiæ erciscundæ cum eo, quem non superavit. Repelli igitur a testamento extraneum, ut ait fratrem scriptum ex testamento hæredem remanere pro parte, fratrem exhæredatum ab intestato hæredem fieri pro parte. Et rationem dubitandi, quam antea exposuimus, Papin. refellit his verbis, *nec absurdum etc.* Quod sic declarat: absurdum est paganum (nam in milite aliud est) pro parte decedere testatum, pro parte intestatum. Et quod videantur hæc absurda, si paganus forte unicum hæredem scripserit ex fundo certo, is erit hæres ex asse, non ex fundo illo dumtaxat, *l. 1. §. si ex fundo, de hæred. inst.* Et causa testati trahit causam intestati: sicut contra evenit, ut causa intestati trahat causam testati, *l. pen. de injust. rupt.* Absurdum autem non est, testatum ex post facto pro parte intestatum fieri: aliud est esse, aliud videri, aliud dicere pro parte intestatum ab initio, aliud postea decessisse videri. Et rursus aliud est videri, aliud esse. Qui fit intestatus, videtur esse, nec tamen fuit ab initio: et certe in *l. 6. §. pen. et l. qui repudiantis, h. t.* eum, qui egit querela et obtinuit, patremf. facere intestatum, obtinet, ut fiat intestatus, non etiam, ut decesserit. Et absurdum non est, testatorem habuisse partem mentis sanam, aliam insanam, ut simuletur quis furoris pro una parte, non autem pro altera parte. Hodie qui filium exhæredavit immerito, non per omnia habetur pro furioso, *Nov. Justin.* 115. quia sola institutio vitiatur, non autem cetera. Ad hæc notandum, aliis etiam modis evenire, ut per querelam testamentum rescindatur etiam pro parte tantum, ut si filius exhæredatus, vel præterirus elegerit unum ex hæredibus, contra quem institueret querelam: nam querela institui potest pro parte, ut quælibet petitio hæreditatis. Et hic casus proponitur in *l.* 25. *§. h. t.* Est alius casus, si frater fratrem silentio præterierit, et duos extraneos hæredes scripserit, vel ulteriores cognatos: unum honestum, alterum turpem: nam frater præteritus utiliter aget adversus personam turpem, atque ita aget duntaxat pro parte, id est, pro semisse adscriptio turpi personæ, eique eripiet partem suam, *l. circa h. t.* Idem etiam accidit in hac specie: Pater filium hæredem scripsit ex asse, alium filium exhæredavit: an hic acturus est contra fratrem in solidum querela? minime, sed in partem tantum: atque ita pro parte valebit tantum, pro parte rescindetur, pro parte pater manebit testatus, pro parte intestatus. Vel finge: Testamento parentis duo filii sunt exhæredati, vel præteriti, primus et secundus: tertius, qui etiam erat ex filiis, hæres est institutus: si primus agat prior, secundus non agat, primus aget pro triente, licet secundus nondum agat, quia secundus eis partem facit, quandiu consultat et deliberat, hoc est, inter participes numeratur: sed si secundus repudiaverit, vel si agnoverit judicium defuncti, puta si agnoverit legatum sibi in testamento relictum, si testamentum patris patientia honorare, quam judicio accusare maluit, vel exclusus sit quinquennio, partem non faciet primo. Proinde primus consequetur semissem a fratre hærede scripto, *l. seq. in pr. l. qui repudiantis, §. sed quoniam, h. t.* vel etiam in hac specie, si primus egerit pro triente, vel si trientem consecutus fuerit, tantum abest, ut eum trientem communicet secundo, qui repudiavit, ut et pars secundi ei accrescat pro rata: non accrescet utrique primo et tertio scripto extraneo, soli primo accrescet,

et repelletur extraneus, repelletur etiam secundus frater, propterea quod repudiavit, aut exclusus est, judiciove inofficiosi cecidit, *l. si ponas*, §. *ult.* Exhæredatus qui egit, nec obtinuit, habetur pro mortuo, *l.* 1. §. *sed et de conjung. cum emanc. lib. l. qui repudiantis hoc tit.* Exhæredatus, qui nondum egit, nec tamen repudiavit, non habetur pro mortuo, et partem facit fratri. Idem vero accidit in casu *l. mater*, *h. t.* Finge: mater hæredem extraneum scripsit, vel ex dodrante, filiam ex quadrante, aliam præterivit, omisit, neglexit, quæ egit querela contra sororem, extraneum: non recte egit contra sororem, recte contra extraneum, non debuit admitti contra sororem: sed ponit admissam, atque peregisse, vindicasse igitur assem; cum utrumque hæredem convenerit, aut obtinuit assem, aut dodrantem tantum: si assem, soror scripta ei concurrit in legitimam hæreditatem ab intestato, quia licet adierit ex testamento, quod existimabat valere, aut rescissum non iri, non ideo videtur repudiasse jus legitimæ successionis, *l. legitima*, *de petit. hæred. l.* 42. *de bon. liber.* Quod si dodrantem tantum obtinuerit, id est, si obtinuerit tantum contra extraneum, is dodrans ita dividetur inter sorores, ut filia præterita habeat semissem ab intestato, et alterum quadrantem ex testamento: atque ita fiet, ut soror scripta, sit partim hæres ex testamento, partim ab intestato: proinde querela inofficiosi non hoc tantum efficit, ut unus sit hæres ex testamento, alter ab intestato, sed etiam efficit, ut unus idemque homo partim hæres sit ex testamento partim ab in testato.

Ad L. III. Qui Test. fac. poss.

Testamenti factio non privati, sed publici juris est.

Testamenti factio dupliciter accipitur, proprie pro jure faciendi testamenti, et minus proprie, hoc est, per abusionem, videlicet pro jure capiendi et acquirendi sibi vel alii ex testamento alieno. Et hoc sensu dicimus, furiosum, mutum, surdum ita natum, posthumum, infantem, pupillum, servum habere testamenti factionem, licet non possint facere testamentum, *l. filiusfamil. hoc tit.* §. *testamenti, de hæred. qual. et differ.* Servum cum dico habere testamenti factionem, licet testamentum facere non possit, servum alienum intelligo, quia servus proprius sine libertate neque hoc, neque illo modo testamenti factionem habet, et cum libertate utroque modo habet; imo et hodie ex novissima constitutione Justiniani, id est, *l. pen.* §. *illo videl. C. de necess. hæred. inst.* Servus proprius sine libertate habet testamenti factionem, id est jus capiendi legata, aut fideicomm. non hæreditates. Fit igitur servus hæredis, et tamen hæres ei persolvit legata, quæ dominus reliquit, nec ei potest adimere, aut in peculium imputare jure antiquo. Servi etiam proprii sine libertate dicebantur alimentorum esse capaces, quasi miserationis ratione, non tamen omnium legatorum: sed hodie etiam omnium sunt. Furiosum quoque dixi habere testamenti factionem, quia ei acquiruntur actiones legatorum et fideicommissorum, etiam invito et ignoranti. Quod sanus acquiri invitus et ignorans, etiam insanus acquirit, *l. filiusf. h. t.* Non tamen potest furiosus acquirere hæreditatem, nisi ex testamento patris, in cujus sit potestate, *l. furiosus*, *de acquir. hær.* Patri hæres existit etiam invitus, et ignorans ipso jure extraneo hæres fit, non existit: nemo autem fit hæres insciens aut nolens. His duobus modis in jure testamenti factio accipitur: nunquam testamenti factio accipitur (quod tamen tentat Accursius) pro forma, modo, et ordinatione testamenti, sed semper testamenti factio, vel est potestas legandi, vel potestas capiendi legatum, hoc est, hæreditates, et quæcunque relinquuntur testamento justo. Est autem hic testamenti factio, jus, potestasque testamentum faciendi: nam pertinet ad partem priorem tit. *qui testa. fac. poss.* Et ait lex, hanc potestatem esse publici juris, non privati: nam hanc accipimus ex legibus et constitutionibus, non ex hominis cujusquam privati voluntate. Exemplo erit filiusfam. Hic de bonis castrensibus, vel quasi castrensibus testamentum facere potest, et hanc potestatem accepit a jure publico et constit. principum, cum in his bonis habeatur semper pro patrefam. De paganis bonis undecunque obvenerint filiofam. etiamsi eorum bonorum proprietas nuda, vel etiam plena ad filiumfam. pertineat, de eis, inquam, bonis testamentum facere non potest, *l. Imperator*, *ad Trebell. l. ult.* §. *si filius*, *C. de bon. quæ liber acq.* Cur ita? jure publico ita cautum est, puta in l. 12. tab. *paterfam. uti legassit super pecunia tutelave sua*, *ita jus esto.* Testatorem patremfam. esse oportet, id est, sui juris: nec quicquam mutat ex hoc jure publico hominis privati voluntas, ut puta patris, et nec auctore patre jure filiusfam. testatur de bonis paganis, *l.* 6. *hoc tit. l. tam is*, §. 1. *de mort. caus. don.* Sed filiusfam. de castrensibus bonis jure testatur sine patris auctoritate: sufficit enim constitutio, et datur hac in re tutori plusquam patri: nam fœmina pubes, quæ erat in tutela (mas enim pubes nunquam fuit in tutela) olim sine tutoris auctoritate non poterat testari, *Ulp. tit.* 26. Et similiter pupillus tutore auctore obligatur, patre auctore non

obligatur, *l. ult.* §. *pupillus*, *de verb. oblig.* etiamsi permittat pater, filius non potest testari de peculio pagano, quia quum de testamenti factione quæritur, quid jure publico cautum sit, spectatur, nec potest jure publico potentior esse hominis privati voluntas. Denique testamenti factio, non privati, sed publici juris est. At filius donare potest, vel inter vivos, vel mortis causa volente patre, *l. filiusfam. de donat. l. tam is* §. 1. *de mort. caus. don.* Quod paterfam. donationis causa in eo, qui in potestate est, approbat, ratum est. Similiter volente patre vovere potest filius, *l.* 2. *de pollicit.* Ratio, quia donare quilibet et vovere Deo aliquid per alium potest, testamentum facere per alium non potest, *l. illæ institutio*, *de hær. inst.* et filiofam donante aut vovente aliquid voluntate patris, pater ipse videtur donare aut vovere, *l. in ædibus*, §. *qui filiusfam. de don.* et rursus donare aut vovere de alieno licet mandatu aut voluntate domini: testamentum facere de alienis bonis non licet, quod indicant 12. tab. *paterf. uti legassit super pecunia tutelave sua*, ad quod respicit, *l. testandi*, *C. de test. l. cum pater* §. *mando*, *de leg.* 2. nam videtur, inquit, de sua pecunia testari. Unus tantum casus est, quo licet de aliena pecunia testari: nam pater potest facere testamentum filiofam. pupillo, quo genere non testatur de sua pecunia, sed de pupilli, *l. sed etsi plures*, §. *ad substit. de vulg. subst.* Hoc igitur casu pater testatur de pecunia pupilli, ergo aliena etiam, quæ post mortem ejus pupillo obvenerit, quanquam ei filius nunquam acquisierit, quod est contra 12. tab. qua de causa dicitur introductum esse moribus: non enim est secundum leges 12. tab. Utimur etiam alio exemplo ad hanc legem: libertus liberam testamenti factionem non habet, quia patronum impune præterire non potest: hoc est jus publicum, quod descendit ex edicto prætoris, et lege Papia: an juri huic publico derogabitur, si patronus liberto concesserit liberam testandi facultatem? minime, *l. Paulus*, §. *paterni*, *de bon. libert.* potest patronus de jure suo concedere, et patienter ferre præteritionem liberti, sed liberam testandi facultatem liberto concedere non potest, quia illud non est privati hominis, sed lex vel princeps concedit liberam testandi facultatem, *l. si quando*, *C. de inoffic. test. l.* 1. *l. si a milite*, §. *ult. de test. mil. l.* 7. *hoc tit. l.* 3. §. 1. *de bon. liber. l.* 4. *C. eod.* Et rursus, patronus liberto tacite potest concedere liberam testamenti factionem, ut si libertum dimittat operarum obligatione, si liberto concedat operas, donum, munus, *l. libertus de oper. lib. l.* 4. *C. eod.* vel si quo alio modo remittat jus patronatus, *l. pen. l. ult. C. de bon. libert.* nam ex his sequitur, ut libertus libere testari possit, sed nominatim hoc concedere patronus non potest: multa licent tacite in jure, quæ non licent expresse, *l. nonnunquam, de cond. et demonst.* servus non potest facere testamentum, quod si permittat dominus servum facere de suo peculio, non ideo magis erit legitimum testamentum, non accipio potestatem testandi a privato, sed a lege: quod si lex non dederit, nec dabit privatus, sed fateor, connivente domino posse conservari etiam testamentum servi. Finge: volente domino servus de peculio testamentum fecit: non est legitimum, sed quandoque id observabatur et exequebatur. Quod etiam transferri potest ad filiumfam. si volente patre de paganis testatus sit, nec post mortem filii mutante factum, non est quidem legitimum, sed servatur quasi legitimum, non est testamentum, sed quasi testamentum, ut testamentum, quo filiusfam. præteritus est sustinetur ex æquo et bono, si filiusfam. honoret patientia testamentum, neque convellat, *l. filio*, *de injust. rupt.*

Ad L. VIII. ad L. Falcid.

In legem Falcidiam æris alieni rationem in hæreditate relicti, quod unus ex hæredibus solvere damnatus sit, ipse solus habebit.

Sciendum est in ponenda ratione legis Falcidiæ, quod fit hæreditate exhausta, aut onerata legatis, aut fideicommissis, rationem poni habita computatione bonorum et legatorum: in hac ratione ponenda, ante omnia deducitur æs alienum, quia bona intelliguntur deducto ære alieno. Et ut deductio fiat, cautum fuit nominatim l. Falcidia, quæ hæredi dedit quadrantem ex legatis, et ex Senatusc. Pegasiano, quod hæredi dedit quadrantem ex fideicommissis, *l.* 1. §. *hæc verba, si cui plus, quam per l. Falc.* Ergo primum deducitur æs alienum, deinde quod superest inter hæredem, et legatarios dividitur pro quadrante et dodrante. Legatum est delibatio hæreditatis: hæc definitio confecta fuit post l. Falcid. nam ex ea legatum potest delibare tantum hæreditatem, non absumere. Item illud sciendum est: in singulis hæredibus poni separatim rationem l. Falcidiæ, *l. in singulis*, *h. t.* Finge; duo sunt hæredes ex æquo, Primus et Secundus; primi semis exhaustus est legatis, secundo totorum bonorum quadrans relictus est. Secundus non utetur Falcidia, sed primus, deducto ære alieno, quod contingit semissem. Finge: plures instituit hæredes, et uni injunxit onus æri alieni, non ceteris: ea re ceteri hæredes non liberantur a creditoribus hæreditariis, quia non potest privati hominis voluntas mutare leges, et l. 12. tab. hæc est, ut æs alienum

defuncti dividatur inter hæredes pro hæreditariis portionibus. Ergo etiamsi uni injunxerit onus æris alieni, tamen ceteri pro suis portionibus obligantur, sed indemnes præstandi sunt a cohærede, idque consequuntur judicio familiæ ercisc. vel etiam actione ex testamento, si genere legandi aut prælegandi usus sit testator, id est, si onerando unum ex hæredibus forma legandi usus sit, quasi scilicet legaret aliis hæredibus id, quo onerabat unum in solidum, *l. si filia*, §. *Pap. fam. ercisc. l. non solum*, *inf. de lib. leg.* Omnes igitur hæredes creditoribus tenentur. Quæritur, *an in ponenda ratione l. Falcidiæ etiam omnes hæredes utantur deductione æris alieni*, *quoniam ei omnes sunt obnoxii ?* et videntur omnes posse uti deductione: cum ei omnes obstricti sint. At contra respondet Papin. ergo utetur deductione is tantum, cui injunctum est onus æris alieni, deductione duplici, primum æris alieni, deinde ex reliquo deducta ei Falcidia. Et ita summarium rectissimum est, *l. in leg. ad l. Falc.* æs alienum deducitur ab eo, qui id solus agnoscere cogitur. Et Cyrillus rectissime, *unus hæredem rogatus implere creditores, solus deducit æs alienum.* Implere etiam creditores et Græcis, et Latinis est, solvere creditoribus. Uti Falcidia non tantum est deducere quadrantem, sed etiam æs alienum: nam non tantum quadrantis, sed etiam æris alieni deductio nominatim comprehensa erat lege Falcidia, et Senatusconsulto Pegasiano.

Ad L. XXXIV. de Testam. milit.

Ejus militis, qui doloris impatientia, vel tædio vitæ mori maluit, testamentum valere, vel intestati bona ab his, qui lege vocantur, vindicari, Divus Hadrianus rescripsit.

Non est dubium, quin hæc lex sit adscribenda Papin. non Paulo: hoc series legum ostendit, præcedunt enim semper quæstiones, responsa, definitiones Papin. sequuntur post Pauli quæstiones: ac præterea Paulus 14. quæst. nihil tractavit de testamentis; Pap. vero totum 14. in testamentis tractandis consumpsit, et de testamento militis. Jam unus locus Papin. ab Ulp. probatus est ex lib. 14. in *l. in fraudem*, §. *ult. h. t.* ut bon. possess. secundum tab. militis ultra tempora præfinita non possit agnosci: nam Constit. militi dederunt testamenti factionem; non hæredi militis liberam aditionem. Et ut ait *d. l. in fraudem*, generalis est edicti determinatio: comprehendit igitur ea determinatione militis tam militem, quam paganum, ac proinde bon. posses. secund. tab. militis liberis ejus est agnoscenda intra annum: a ceteris intra 100. dies: alioquin submoventur præscriptione temporis, et amisisse bona intelligitur, atque ita nulla differentia est inter militem, et paganum: nam et hujus et illius hæres observat tempora successorii edicti. Igitur privilegium datur militi, non hæredi ejus. Et addamus nunc ex initio legis, nullam esse differentiam inter paganum et militem; de eo, qui sibi mortem conscivit, cum habeat hæredem testamentarium, vel legitimum, vel honorarium, quæritur an bona ejus caduca fiant, quæ quæstio olim erat frequentissima. Et si miles vel paganus mortem sibi conscivit timore mortis, veluti perculsus conscientia criminis capitalis, quod admisit, cujus postulatus est, vel in quo deprehensus est, et ex quo solet esse pœna mors vel deportatio, et bonorum publicatio, si inquam, metu futuri supplicii mortem sibi consciverit, testamentum quod fecit, non valet et irritum fit: imo quælibet alia voluntas, et donatio causa mortis, etiam in hac causa comparatur ultimæ voluntati, *l. cum hic status*, §. *si maritus uxori*, *de donat. inter vir. et uxor.* Ac præterea non habet hæredem: sed bona fisco vindicantur, *l.* 6. §. *eum qui*, *de injust. rupt. l. in fraudem*, §. *ejus bona*, *de jure fisci*, et non luget eum uxor, neque parentes justa ferunt suspendioso, id est, qui suspendio vitam finivit, ut ait *l. liberorum*, §. *non solent*, *de his, qui not. inf.* et consequenter corpus non humatur, quod fit hodie, sed cruci affigitur: quia qui ita sibi mortem conscivit, pro confesso habetur, convicto et condemnato, ipse de se sententiam tulisse videtur, *l. ult.* §. 1. *de bon. eorum, qui ante sent.*. Et condemnati morte non humantur, nisi ex indulgentia principis, *tit. de cadaver. pun.* Quibus est similis, qui sibi mortem conscivit metu imminentis pœnæ criminis, sed necesse est, ut ejus criminis reus postulatus sit, vel in eo deprehensus: nam deprehensum non est necesse postulare, sed subit pœnam statim. Ergo talis si sibi mortem consciscat, pro damnato habetur, modo postulatus sit criminis capitalis: nam qui non postulatus criminis capitalis, puta modici furti, non pro damnato habetur. Hujus ergo bona publicantur, ac si mortis pœna affectus esset, qui maluit mori, quam damnari morte naturali et civili, qui ne moreretur, mortuus est sua manu. Ergo, qui est criminis capitalis postulatus, si sibi mortem consciverit, pro damnato habetur, non habetur pro cive: nulla igitur est rata ejus ultima voluntas. Sed si non postulatus sit, quamvis crimen admiserit, et post sibi manus attulerit, bona ejus fisco non vindicantur; quia ut eleganter ait Papinian. in *d. l. ult.* §. 1. *non fati celeritas est obnoxia*, id est, quod quis sibi properaverit fatum: nam fati celeritas non est obnoxia pœnæ, *sed conscientia criminis*, et non reus est criminis, nisi postulatus sit, vel deprehensus.

Illo loco Florentiæ legitur, *non facti*, sed legendum est, *fati*, quod sæpius etiam legitur in Florentin. *factum*, pro *fatum*, nihil refert sua quis sententia morte moriatur, an sententia judicis. Et hæc de his, qui conscientia criminis sibi mortem consciverunt. Alii sunt, qui sibi mortem consciverunt tædio vitæ, stulti, miseri homines, doloris impatientia, et valetudinis adversæ, pudore æris alieni, quam mortem Stoici vocant εὔλογον ἐξαγωγήν. Et nostri quoque auctores, *l. ult.* §. *ult.* *mortem conscitam* vocant justa causa præcedente, qui sunt imbuti a Stoicis: dolorem separant ab adversa valetudine: nam et potest esse adversa valetudo sine sensu doloris. Dolor est luctus vel amissæ uxoris, vel amissi viri, *d. l. ult.* §. *videri*. Et dolor etiam corporis, sicut qui furore, vel jactatione moriuntur suis manibus, *l.* 6. *de injust. rupt.* Quæro, qui ob has causas mortem sibi consciverit, an ejus testamentum valeat? Et definierunt valere quamlibet ultimam voluntatem, sive sit paganus, sive sit miles: nam Adrianus hoc loco definivit, nihil interesse: eorum enim corpora humantur, testamenta manent, si non testati sint, habent hæredes successores ordinarios, quibus deficientibus jure communi bona pagani cedunt in fiscum, bona militis cedunt in legionem, aut in vexillationem, in qua militat. Legio est peditum, vexillatio equitum, *l.* 2. *C. de hæred. decur. l.* 6. §. 7. *de inj. rup.* militi, qui intestatus decedit sine ullo successore civili vel prætorio, succedit legio: ac præterea in exercitu erant librarii caducorum, qui conficiebant rationes eorum bonorum, quæ morte militis cadebant in legionem, *l. ult. de jure immu.* quæ tota pertinet ad rem militarem, ut indicat inscriptio legis. Et hæc traditio de milite, qui tædio vitæ, vel alia ex causa simili, non conscientia et metu furiarum sibi mortem conscivit. Quod potest etiam procedere in milite mortuo sua morte: nam ei succedet legio, deficiente successore ordinario, fiscus succedet. Loquor igitur de milite indemnato, qui vita decessit sua morte, vel adscita citra conscientiæ metum: nam militis damnati ex delicto militari, vel desertionis, vel proditionis, bona fisco vindicantur. Quod est ex eodem rescriptio Adriani. Et ita est accipienda *l.* 2. *de veteran. et mil. succ.* alioquin *d. l.* 2. valde pugnaret cum eo, quod diximus, legioni bona vindicari, sed bona damnati est intelligendum. Observandum etiam est secundum hanc definitionem ex eodem rescriptio Adriani, militem, qui manus sibi intulit, nec perpetravit, alias ignominia mitti, alias capite puniri: nam si metu criminis sibi manus intulerit, ex quo crimine pœna sit mors vel deportatio, capite punitur, atque si damnatus esset. Et notandum etiam, eum militem, qui sine causa se vulneravit, nec necavit, capite puniri, id est, qui non conscientia criminis, non tædio vitæ, non furore impulsus, sed quia non cupit vivere, quasi ignavus capite punitur. Et utitur *l. ult. de bon. eor. qui ante sent.* optima ratione. Qui enim sibi non pepercit, multo minus alii parceret. Igitur melius est, eum de medio tollere. Sed si ex causa manus sibi intulerit impatientia doloris, et tædio vitæ, nec factum peregerit, ignominia tantum mittitur, quasi vir non vir, qui non potest ferre dolorem, *l. omne*, §. *qui se vulneravit*, *de re milit. l. si quod æquum*, §. *ult. de pœn.* Et est ex eodem rescripto Adriani. In summa in ea re, de qua tractat hic Papinianus nihil distat miles a pagano, sed quod sequitur multum distat.

Ad §. Militia missus.

Militia missus intra annum testamentum facere cœpit, nec perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si jure militiæ fuit scriptum: alioquin si valuit jure communi, non esse jure rescissum. Nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctio: nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamenti est.

Missus militia, paganus est, non miles. Finge: miles testamentum fecerat in militia jure militari, non observatis regulis juris civilis: testamentum igitur imperfectum: deinde dimissus est. Testamentum quod quis fecit in militia jure militari valet etiam eodem jure intra annum, si modo ignominia missus non sit, si fuerit missio causaria et honesta: nam si fuerit missio ignominiosa, testamentum fit irritum et nullum, *l. testatoris*, *h. t.* At si fuerit missio honesta propter mortem, aut valetudinem, testamentum post missionem valet intra annum, si post missionem aliud testamentum non fecerit intra annum, nam posteriore prius rumpitur. Quæro *an etiamsi imperfectum sit posterius, tollatur prius quod factum est jure militiæ?* Utrumque est imperfectum. Et prius, quia militare, et posterius. Et placet rectissime, imperfecto testamento imperfectum rumpi et solvi: sed si in militia jure communi, id est, rite, ordine solemni testamentum fecit, id non rumpitur posteriori testamento, quod fecit post missionem, nec jure perfecit. Constat perfectum imperfecto non rumpi, sed nec perfectum in militia imperfecto rumpitur, nisi scilicet in posteriore sit scriptus is, qui rem ab intestato omnimodo habiturus est, *l.* 2. *de inj. rup.* quæ ponit hanc regulam, superius testamentum jure perfectum posteriore imperfecto non rumpi, nisi posterius sit factum jure militari, vel nisi in po-

steriore imperfecto scriptus sit is, qui jure vocatur ad bona. His duobus casibus posterius imperfectum, rumpit prius, quod erat perfectum. Et hæc ita distinguimus in eo, qui missus est militia: nam in milite non utimur ista distinctione: miles enim sive testatus sit jure communi, sive militari si sit adhuc miles, testamentum ejus rumpitur quacunque novissima voluntate vel perfecta, vel imperfecta. Ergo quælibet voluntas militis, testamentum perfectum est, ut ait *l. seq.* testamentum militis perficitur sola voluntate. In pagano exigitur solemnitas. Et ideo rectissime statuere possis, testamentum militis jure militari factum, factum esse jure gentium, in quo nulla observatur subtilitas juris, et nulla scrupulositas. Testamentum omne pagani pertinet ad jus civile: nam est solemne. An fideicom. sunt juris civilis? minime, quia nituntur sola voluntate, et nutu solo, et gestu relinquuntur. Interpretes in *l. hac consul.* §. *ex imperfecto*, *C. de test.* hac in re militi exæquant patrem testantem inter liberos, et errant: namque agunt contra Nov. 107. Patri dabantur hæc duo testanti inter liberos; primum ut esset ratum testamentum factum inter liberos scriptum notis, non literis, *l. ult. C. fam. erc.* quod hodie sublatum est *d. Nov.* nam etiamsi inter tuos liberos fecisti testamentum notis, non valet, notis, *par chiffre.* Sed non notæ sunt, ut solemus scribere S. P. Q. R, nam testamentum scriptum siglis, singulis, id est, singularibus literis valet, ut S. P. Q. R. Alterum, quod datur patri hoc est, quod etiam hodie manet, ut valeat testamentum, licet sit imperfectum, ex *d.* §. *ex imperfecto*: quod vulgo accipiunt perperam generaliter: nam si generaliter verum est, testamentum omne factum inter liberos valere, et hoc imperfectum valeret testamentum notis scriptum, vel sine testibus: quis hoc dicat? nam ne militis quidem voluntas valet sine jure: sed imperfectum testamentum in jure est, quod non est signatum septem testium signis: nam hoc solum vitium prætor agnoscit in testamentis. Adde, vel quod non est subscriptum a septem testibus, quod exigunt constitutiones, et sic in *l.* 6. *ad leg. Corn. de fals.* Perfecto testamento opponitur non signatum. Et sic *d. l. hac consultissima* paulo ante §. *ex imperfecto*, ait, non signatum, vel non subscriptum a testibus, pro imperfecto haberi. Deinde sequitur, *ex imperfecto testamento liberis competere hereditatem*, id est, ex testamento non signato. Imperfectum testamentum, quod pater fecit inter liberos, non tollitur qualibet alia voluntate imperfecta, *Nov.* 107. necesse est, ut posterior voluntas sit jure perfecta, si velit rumpi priorem imperfectam; at testamentum militare imperfecto novissimo testamento facile tollitur. Legendum est in fine legis, *qu æque* non *quoque*, *voluntas quæque militis*, *etc.*

Ad L. XII de Carbon. edicto.

Scriptus hæres, contra quem filius impubes qui subjectus dicitur, ex edicto primo bonorum possessionem petit, exemplo legitimi, secundum tabulas interim accipere non potest: quod si medio tempore scriptus, vel ille, qui intestati possessionem habere potuit, moriantur, hæredibus eorum succurrendum erit: quid enim si non potuerunt: adire hæreditatem jure cessante, vel ob litem in dubio constituti?

Species est: In testamento patris filius impubes præteritus est, extraneus scriptus: hæres scriptus filium præteritum suppositum dicit, atque ita facit ei controversiam status et bonorum paternorum: filius petit bonorum possessionem ex primo edicto, id est, bonorum possessionem contra tabulas: nam in ordinatione perpetui edicti sub titulo *de bonorum possessionibus*, prima pars edicti fuit de bonorum possess. contra tab. Quæritur, an etiam hæres scriptus interim possit petere bon. posses. secundum tab. ut filius petiit cont. tab. Et ait non posse. Ergo lex, sive scriptum Papin. sic est accipiendum, ut ordinariam, sive edictalem bonorum possessionem filius petierit, non Carbonianam, quæ est decretalis: vel si Carbonianam, et ordinariam simul, quod et verba demonstrant: neque enim dicit, filium petiisse ex decreto vel edicto Carboniano, sed ex edicto primo. Carbonianum autem fuit secundum edictum, non primum. Et rectissime ait, eo casu, puta si filius petierit ordinariam bonorum possessionem, hæredem scriptum interim non admitti ad bonorum possess. secundum tab. nam si filius solam Carbon. acceperit, vel contra tab. vel unde liberi patre intestato defuncto; Carboniana enim adaptatur omnibus bonorum possessionibus; sit, inquam filius petierit solam Carbon. contra tab. vel unde liberi, quæ quidem durat tantum usque ad pubertatem, hoc, inquam, casu scriptus poterit petere bon. posses. secundum tab. quia ad plenum bonorum possess. contra tabulas filius non accepit. Ergo scriptus interim accipiet secundum tab. vel ab intestato, si sit defuncti intestati frater consanguineus, vel patronus, qui filium suppositum esse dicat. Interim enim, si filius, qui subjectus dicitur, petierit Carbon. poterit, et ipse frater petere ordinariam, unde legitimi, *l.* 7. §. *ult. h. tit. l.* 1. §. *sed etsi ex Carbon. si tab. test. nullæ ext.* Carbonianam solam non impedire edictalem bonorum possessionem delatam hæredi scripto, vel legitimo, quia temporaria est bono-

rum possessio. Alia est bonorum possessio edictalis, quæ ordinaria dicitur: alia decretalis, et omnis carboniana est decretalis, id est, datur causa cognita, non passim et temere. Et hæ sunt summæ differentiæ inter edictalem et decretalem, quod edictalis datur de plano in transitu, *en se pourmenant*, domi suæ: decretalis datur pro tribunali: nam quicquid exigit causæ cognitionem, tribunal exigit. Decretum est causæ cognitio, et quæ post eam sequitur pronuntiatio, et consequenter petendæ bonorum possessioni edictali cedunt dies, quibus prætoris copia fuerit, etiamsi non sederit pro tribunali. Petendæ autem decretali cedunt hi tantum dies, quibus prætor sedit pro tribunali, qui appellantur dies sessionum, *l.* 2. §. *dies*, *quis ordo in bon. pos. l.* 5. §. *edic. ut in pos. leg. l.* 3. §. *si cau. de bon. poss.* Ac præterea decretalis petitur etiam hodie, edictalis hodie non petitur. Est in agnitione, non in petitione: nam quodcunque indicium agnoscendæ bonorum possessionis sufficit, §. *ult. de bon. pos.* Sed decretalis petenda est. Item bonorum possessio edictalis potest repudiari intra tempora præstituta, decretalis nunquam potest, quia id tantum repudiatur recte, quod delatum est: decretalis autem non intelligitur delata, antequam sit decreta, et postquam decreta est, sera repudiatio est, quia jam acquisita est, et quod acquisitum est, non repudiatur, *l.* 1. §. *decret. de suc. edict.* Ergo decretalis repudiatione non amittitur. Edictalis potest amitti. Utraque tamen amittitur tempore: utraque diebus certis finitur, *d.* §. *decretalis*, *l.* 3. §. *ult. h. t.* Si filius impubes, qui subjectus dicitur, acceperit solam Carbonianam, scriptus hæres admittitur ad possess. bonor. secundum tab. et legitimus, qui filium subjectum dicit, ad unde legitimi. Sed si filius, qui subjectus dicitur, acceperit ordinariam, hæres scriptus non admittetur ad secundum tabulas, *exemplo legitimi*, ut hoc loco ait, quia scilicet nec legitimus admittetur ad bonorum possessionem unde legitimi. Nunc finge, filium impuberem, qui dicitur subjectus, accepisse bonorum possessionem contra tabulas, vel unde liberi, hæredem scriptum non accepisse secundum tabulas, quia non potuit, et interea mortuum esse hæredem scriptum, vel hæredem legitimum, non accepta bonor. possessione: deinde post pubertatem judicatum esse, filium suppositum videri. Quæritur, cum hæres scriptus vel legitimus, antequam de ea re judicaretur mortuus est, an intelligatur transmisisse in hæredem suum? Et videtur nihil transmisisse, quia interim neque adivit hæreditatem, neque bonor. possessionem agnovit, et verum est, hæreditatem non agnitam, nec bonorum possessionem, transmitti, *l.* 2. *C. Th. de leg. hær. l. un.* §. *in novissimo*, *C. de cad. toll.* Contra Papinianus scribit, quodammodo transmissioni locum esse, quia illa regula vetus ita est accipienda, si hæreditatem quis adire potuerit, nec adivit: hoc casu hæredi nihil transmittit: scriptus autem hæres erat incertus de viribus testamenti, et certo judicio adire oportet, non hæsitante: hæc cessatio cur oberit hæredi ejus, si postea secundum eum lis detur, ut puta si filius suppositus esse pronuntietur? Atque ita fiet transmissio, non quidem ipso jure, sed interposito decreto a prætore. Et hoc est, quod ait, *hæredibus esse succurrendum data bon. possessione ordinaria, licet eam vivus neque petierit, neque agnoverit.* Quod etiam ratione eadem evenit in specie *l. illud*, §. *ult. et l. seq. de bon. poss. cont. tab.* utimur decreti remedio urgente ratione æquitatis: deficiente edicto, decreto fit, si quid æquum est fieri, *l. et muliere. de cur. fur. l.* 4. *de bon. lib.* Et hoc est, quod ait hoc loco Papin. Habuimus etiam alium casum in *l.* 42. §. *ult. de bon. lib.* quo videtur vitiari illa vetus regula, id est, quo hæreditas non adita transmittitur ex decreto Marci ad hæredem suum, quasi agnita ab intestato, qui eam agnoverat ex testamento, et etiamsi persequeretur nominatim jure intestati, tamen et jure testati, si illo deficeretur, quodammodo eam complexus videtur. Est et tertius casus, quo vitiatur illa regula ex Theodosio, ut docuimus in *l.* 19. *de inoff. test.* ut liberi parentum hæreditatem non aditam ad quoscumque liberos suos trasmittant. Et notissima est constitutio Theodosi: sed illi duo casus, quibus ab eo edicto videtur recedi, sunt cognitu digni. Illis casibus deficit regula juris, sed æquitatis ratio postulat decreto transmissionem induci.

Ad L. XLIII. de Bonis libert.

Julianus putat patronum, qui Titio pro parte dimidia hæredi instituto substitutus, eo deliberante, bonorum possessionem contra tabulas accepit, si postea Titius non adierit hæreditatem, nihil ei, qui adiit hæreditatem, abstulisse, non magis, quam si sub conditione fuisset institutus. Igitur Titio deliberante, res in incerto erit utrumne semis ex substitutione in possessionem convertatur, an Titio adeunte singulis hæredibus partes debitæ auferantur.

Species hæc est: In testamento liberti patronus primo gradu præteritus est: scripti sunt hæredes Titius et Cajus ex æquis partibus. Titio substitutus est patronus, si hæres non esset. Cajus adivit hæreditatem, Titius deliberat, et interim patronus accepit bonor. possessionem contra tabulas, quasi præteritus, quod potest facere, cum unus ex hæ-

redibus scriptis adierit, alioquin bonorum possessio patrono non datur, non contra lignum solum, sed contra eum, qui ex ligno hæres extitit, quia adivit, quod exposuimus in *l.* 42. §. 1. *h. t.* Ergo patronus interim deliberante Titio petiit contra tabulas bonorum possessionem, postea Titius repudiavit, et substitutioni locus esse cœpit, vocatus est patronus in semissem. Quæritur, an bon. poss. cont. tab. quam patronus accepit, sit cum re? Non alis re illud quæritur: nam si est cum re, patronus habebit dodrantem, puta semissem ex substitutione, et jure bonorum possessionis contra tab. Cajo aufert quadrantem. Sed verius est, ut Papin. ex Juliano refert, ut bonorum possessio, quam patronus accepit, sine re constituatur, nihil auferri Cajo, quia existente conditione substitutionis, patrono satisfactum videtur: ex causa etiam substitutionis habet semissem, quæ est portio debita. Et idem erit si extraneus a liberto pure sit hæres scriptus ex semisse, patronus sub conditione ex altero semisse, et pendente ea forte patronus accepit bonorum possessionem contra tabulas adita jam hæreditate a cohærede. Post existente conditione bon. possessio ea quodammodo erit sine re: nam ea convertetur in jus bonorum possessionis secundum tabulas, non licebit patrono ita variare, ut petita contra tabulas bonor. possessione petat secundum tab. *l. nonnumquam, de leg. præst.* sed prætor tuetur eum perinde atque si accepisset secundum tabulas; hic e contrario evenit, ut prætor eum, qui petiit secundum tab. perinde tueatur, atque si petiisset cont. tab. *l.* 3. *de bon. poss. cont. tab. l.* 2. §. *pen. de bon. poss. sec. tab.* Bonorum possessio facile titulum mutat, et ex uno jure migrat in aliud, et ut dixi, bonorum possessio cont. tab. habetur jure bonorum possessionis secundum tab. et e contra: ac similiter bonorum poss. unde legitimi, habetur pro bonor. possessione contra tabulas, *l. filius, de coll. dot.* Sed si Titius post deliberationem longam adierit, jus bon. possess. con. tab. quam accepit patronus, interim non mutatur, sed plane est cum re, et patronus pro portione cujusque aufert singulis hæredibus, hoc est, Cajo quadrantem, Titio quadrantem, atque ita semissem, portionem debitam patrono.

Ad L. XII. de Castr. pecul.

Pater, qui dat in adoptionem filium militem, peculium ei auferre non potest, quod semel jure militiæ filius tenuit: qua ratione nec emancipando filium, peculium ei aufert, quod nec in familia retento potest auferre.

Notanda est una differentia, inter peculium paganum et castrense. Paganum paterfam. demit, adimit nuda voluntate quandocunque vult, ut dominus servo: non constituitur etiam peculium nuda voluntate, traditione enim opus est: solvitur autem nuda voluntate, *l. non statim de pec.* Et adimit pater filio peculium, vel retento in potestate, vel exempto e familia, veluti cum eum emancipat vel dat in adoptionem: utroque genere filius exit ex familia: sed utroque genere non fit sui juris, datione in adoptionem transit in potestatem alterius, puta adoptatoris, et desinit esse in patris naturalis potestate: plerumque autem emancipando pater retinet sibi peculium, sed si nihil de peculio dixerit emancipando, tacite videtur ei concessisse peculium, *l. donatione*, §. *pater, de don.* Quod obtinet etiam in servo manumisso inter vivos: nam et ei videtur concessum, si non sit nominatim ademptum §. *pecul. Inst. de leg.* et hæc de pagano. Castrense vel quasi castrense, etiamsi sit profectum a patre: nam castrense peculium dicitur, quod pater filio in militia agenti dedit, *l.* 11. *h. t.* Paulus *lib.* 3. *sent. t.* 4. pater nunquam adimere potest filio. Hoc privilegium militia extorsit, quod Papin. ostendit: primum enim ait, patrem dando filium in adoptionem, non posse ei auferre peculium castrense. Rursus emancipando non posse, ac postremo neutrum horum faciendo non posse etiam eum filio adimere castrense peculium, licet id ipse de suo constituerit. Est enim non tam peculium, quam patrimonium filii: cum de eo testari possit etiam nolente patre, et non cogatur id conferre fratribus. Id quoque similiter extorsit favor dotis: nam pater dotem, quam semel constituit filiæf. ei auferre vel minuere non potest, nisi uno casu, si pater redactus sit ad inopiam, *Nov.* 97. non potest filiaf. habere castrense peculium, posset quasi castrense: sunt militiarum quarundam feminæ quasi capaces, sed et filiaf. dotem habet propriam, etiamsi sit in potestate patris, eamque ei dederit pater. Et hac in re separatur dos a peculio: nam dos proprie est patrimonium filiæ, *l. denique*, §. *ergo*, *de min. l.* 4. *de col. bon. l. pater, ad leg. Fal.* Peculium paganum etiam dicimus esse quasi patrimonium, *l. hinc quær. l.* 40. *de pec. l. si dec. hær.* 17. *de statul.*

Ad §. Si libertus L. I. Si quid in fraud. patr.

Si libertus in fraudem patroni aliquid dederit, dein defuncto patrono, vivo liberto filius patroni accepit bon. possessionem cont. tab. liberti, an Fabiana uti possit ad revocanda ea, quæ sunt alienata? Et est verum, quod et Pomponius probat lib. 83. *item Pap. lib.* 14. *quæst. competere ei Fabianam: sufficere enim, quod in*

fraudem patronatus factum sit: magis enim fraudem rei, non personæ accipimus.

Ut intelligatur quæstio hujus §. sciendum est, alienata a liberto in fraudem patroni, ut eo minor esset legitima patroni, revocari pro parte debita patrono actione Fabiana, et Calvisiana. Fabiana datur testato liberto: altera intestato: non una actio, sed duæ *l.* 3. § *si intestatus*, *h. t. l.* 2. *C. eod.* Et agnoscunt etiam hanc differentiam Græci in *l.* 2. *si a parente quis manum.* ad revocanda ea, quæ debitor alienavit in fraudem creditorum competit Pauliana, §. *item si quis in fraudem*, *Inst. de act.* ad revocanda alienata in fraudem filiorum vel parentum, nulla competit actio jure. Ratio differentiæ est: mihi licet fraudatis filiis alienare omnia mea bona vivo me. In testamento non possum: igitur liber sum, et rerum mearum plenus dominus quamdiu vivo, non cum excedo e vita, et morior: libertus non est plane liber, ut recte Chrysippus ait apud Athen. lib. 6. quod debeat patrono multa, nec sit ingenuus, οἰκέτην non esse, δοῦλον esse: οἰκέτης est: qui est in domino alterius: δοῦλος, etiam qui non est in dominio et manumissus. Debitor quoque et obæratus non est plane liber, aut suorum bonorum compos: non possidet bona libera, nec ipse igitur liber est, cum principaliter sit obligatus: liberum hominem esse dicimus, qui non est obæratus: licet quidem liberto alienare, sed alienatio revocatur. Ergo ita constituamus: patronus præteritus petita bon. poss. con. tab. detrahit ex rebus quas hæres scriptus possidet jure hæreditario, debitam portionem pro rata: qua actione? possessoria hæreditatis petitione, sed detrahet etiam portionem ex his rebus, quas libertus alienavit in fraudem patroni, vel quas donavit mortis causa. Possessoria petitio hæreditatis non datur in eos, qui juste possident, sed Fabiana. Finge: libertus multa alienavit in fraudem patroni, et supervixit patrono, deinde post mortem liberti filius patroni petiit bon. poss. con. tab. an revocabit alienationes factas in fraudem patris? Et non videtur, quia libertus nihil egit in fraudem filii. At nihilominus Pap. ait, filium patroni uti posse actione Fab. quia satis est, quod fecerit in fraudem patronatus, ac si diceret, non tam fecit in fraudem patroni, quam in fraudem patronatus, et fraus magis fit in rem, quam in personam, et utique fecit fraudem in rem.

Ad Princip. L. III. eod. tit.

Si patronus hæres institutus ex debita parte, adierit hæreditatem, dum ignorat aliqua libertum in fraudem suam alienasse, videamus, an succurri ignorantiæ ejus debeat, ne decipiatur liberti fraudibus? Et Papinianus lib. 14. *quæst. respondit, in eadem causa manere ea, quæ alienata sunt, idcircoque patronum sibi imputare debere, qui cum posset bonorum possessionem accipere contra tabulas, propter ea, quæ alienata sunt, vel mortis causa donata non fecit.*

Quod proponitur in h. §. negotium facit multis non abs re. Finge: libertus multa alienaverat in fraudem patroni, qui ea ignoraverat. Deinde moriens libertus patronum hæredem scripsit ex semisse. Videtur ei satisfecisse, et utique satisfecit, si verborum conceptionem spectes, et hæredem fecit ex semisse bonorum, quæ habuit mortis tempore: sed si rem inspicias, non satisfecit, quia data opera minuit patrimonium. Hoc casu licet patronus sit institutus, poterit petere bonor. poss. contra tab. quasi ex modica parte institutus. Et certum est eam bonor. poss. dari non tantum patrono præterito, sed etiam ex modica portione instituto. Unde ingeniosus quis merito posset quærere, an filio instituto ex modica parte, detur bon. possessio cont. tabulas? minime: quia non est præteritus; sed quasi exhæredato in partem, si falcidiam sibi servare non possit, aut si minus Falcidia jure institutionis auferat, ei dabitur querela inofficiosi, *l. Pap.* §. *quarta*, *de inoff. test.* Pater habet servos in patrimonio, nihil præterea filium instituit, omnes servos manumittit; inanis est institutio, quia Falcidia non deducitur ex pretiis manumissorum: filius, si habeat substitutum, repudiabit hæreditatem, et adversus substitutum aget querela, quasi sub falso titulo institutus, vel hæreditatem habebit ab intestato, et non competent libertates. Hodie patronus vel filius institutus ex quantulacumque parte, non habet bonor. poss. contra tab. vel querelam, sed habet supplementum. In specie proposita patronus potuit petere bonorum poss. contra tab. sed quia ignorabat libertum multa alienasse inter vivos, adivit hæreditatem ex testamento liberti, sed errans in facto, ignorans fraudem fecisse sibi libertum, non errans in jure, dum ignorat aliqua libertum alienasse. Et ideo recte quæritur, *an succurri ignorantiæ ejus debeat?* sic legitur Flor. male vulgo quæritur, *an postquam adivit possit agere Fabiana, et revocare portionem sibi debitam?* forsitan dices posse, *et æquum videri, ut ignorantiæ ejus succurratur.* At contra Pap. *non ei subveniri respondet.* Quare sibi imputare debet, qui cum posset petere bon. poss. cont. tab. non fecit. Obstat vehementer quod dicitur, errorem facti non obesse, nec in damnis, nec in compendiis: et hoc loco obest patrono. Respondeo, non tam esse ignorantiam facti, quam etiam culpam, ad quam rationem respexit Papin. dum

ait, *patronum imputare sibi debere*. Quid aliud est, quam patronum esse in culpa? Hic potest objici, quod Tiberius dicebat, disce cautius negotiari. Quod videtur repetitum in *l. 2. C. de fur.* Et eadem est ratio *l. filium, de acq. hær.* qui testatum fuisse insanum putabat hæres scriptus, qui tamen sanus erat, errabat in facto: sua igitur simplicitate deceptus (quæ utique nocet, *l. 3. ad Mac.*) hæreditatem omisit ex testamento, et eam amplexus est ab intestato: subst. ei præfertur, quia seipsum decepit diligentius non consultando. Eadem est ratio *l. Clod. eod. tit.* hæres scriptus posteriore testamento imperfecto, qui etiam erat scriptus in priore perfecto, temere hæreditatem adivit ex posteriori, putans, id æque esse perfectum ac prius: seipsum decepit, et hæreditatem omisit. Sed quotiens extrinsecus aliqua ex causa incidit quis in errorem facti, in ignorantiam, quæ falleret etiam prudentissimum, hic error facti non nocet, ut si adierit ex testamento falso, vel vero, dum est incertum, an exhæredatus vel præteritus sit *l. 4. de petit. hæred. l. Paul. de bon. libert. l. mater, de inoffic. test.* Sed ponamus patronum errasse in jure, ut ponit Accurs. secutus antiquam scripturam, ut puta, existimasse sibi non competere Fabianam, et se institutione contentum esse debere: an hic error juris eum excusat? quod videtur, ex *l. quæ fideic. de leg. 2.* cujus est tamen alia ratio: sed verius est errorem juris eum non excusare: error juris in specie *d. l. quæ fideic.* excusat, quia in damnis amittendæ rei suæ, *de perdre le sien*, error juris excusat: verum in compendiis nocet, si quis affectat lucrum de alieno, *l. 8. de jur. et fac. ign.* In specie proposita patronus affectat compendium, quia etsi hæreditas liberti dicatur quasi patroni esse, *l. 10. pro soc.* tamen vere non est, quia non est verus creditor, *l. 6. ad l. Cornel. de fals.* alioquin revocaret alienata actione Pauliana, nec necessaria esset Calvisiana, aut Fabiana: hæc confirmantur *l. 2. si a parente quis manum.* dum ait patrono non est exæquandus pater, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum administrationem, *l. 2. de jure patron.* Licet patri vendere omnia sua bona, et filio etiam, nec ulla est querela immodicæ venditionis, aut fraudulentæ. Est tamen querela inofficiosæ, immensæ donationis, ut inofficiosæ dotis. Dos enim donatio est; donatio facta in fraudem liberorum, id est, quæ minuit eorum legitimam, pro modo legitimæ rescinditur, sed non etiam venditio, vel quælibet alia alienatio: valde enim notanda ratio, ut patrono instituto ex minori parte detur bonorum possessio contra tabulas; filio vero querela. Patronus institutus ex minori parte comparatur præterito, non exhæredato: exhæredatio enim in patronum non cadit. At filius institutus ex minori parte magis exhæredatus, quam præteritus videtur, si ex institutione, aut nihil, aut minus, quam legitimam portionem acceperit, tulerit.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XV. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. X. de Jure codicill.

Quod per manus traditum est, codicillis hæreditatem dari non posse, rationem illam habet, ne per codicillos, qui ex testamento valerent, ipsum testamentum, quod vires per institutionem hæredum accipit, confirmari videretur.

In lege 10. *de jure cod.* proponitur regula vetus, hæreditatem codicillis dari non posse verbis directis: nam precariis dari potest. Ergo in codicillis directo institui hæres, vel substitui non potest, quoniam utroque genere hæreditas dari non potest, nec igitur adimi: adimitur exhæredatione, et per conditionem adjectam in codicillis. Nam deficiente conditione exhæres futurus est, est enim tacita exhæredatio, conditionis adjectio. Hujus regulæ ratio redditur hæc, §. *pen. Instit. de Codicill.* ne vis et potestas codicillorum et testamentorum confundantur, id est, ne idem possint codicilli, quod testamentum. Nam si jus eorum confundas, possis et nomina confundere: nomina autem ea nunquam confunduntur, *l. si item C. de codicill.* Sed subtiliorem rationem adfert Papin. *ne per codicillos, etc.* quæ ratio sic explananda est. Codicilli vires accipiunt ex testamento (sunt enim sequela testamenti) ex quo sequitur, testamentum non accipere vires ex codicillis, quod videretur, si in codicillis scriberetur hæredis institutio, si præcipuum caput testamenti transferretur in codicillos. Vel etiam sic. Causa, ex qua valent codicilli, est testamentum: non possunt igitur codicilli esse causa, ex qua valet testamentum. Ergo ut Accur. notat peritissime, qui omnino Philosophiæ non erat ignarus, duæ res sibi invicem causæ esse non possunt eodem modo, et non male citat *l. hæres per servum, de acq. hæred.* Per servum hæreditarium an potest quis acquirere aliquid quod sit hæreditatis? minime. Igitur hæreditas et servus hæreditarius invicem causæ esse non possunt. Per hæreditatem acquiro servum hæreditarium, non contra, sed duæ res, ut dixi, non possunt invicem sibi esse causæ eadem ratione, sed diversa, ut labor est causa firmæ valetudinis, ha-

bitudinis; et firma valetudo, habitudo est causa laboris; sed labor ut finis, valetudo, ut causa efficiens: et sic eadem ratione plures causæ esse non possunt, sed diversa ratione. Æs ut materia, est causa statuæ: opifex ut principium motus.

Ad L. LXXVI. de Hæred. instit.

Servus uxori a marito mortis causa donatus, mariti manet, ut et Juliano quoque videtur. Idem si accipiat libertatem simul, et hæreditatem, viro necessarius hæres erit, nec sine libertate aliquid ei legari potest.

Notum illud est, jure civili interdictas esse donationes inter vivos inter virum et uxorem: nam: causa mortis donationes sunt permissæ, quia earum eventus in id tempus excurrit, quo desinunt esse vir et uxor, *l.* 10. §. *ult. et seq. de don. int. vir. et uxor.* Ergo quod proponitur *h. tit.* si maritus uxori servum donaverit mortis causa, non statim fit mulieris: tunc demum fit mulieris, cum mors mariti fuerit insequuta, *l. non videtur de mort. caus. donat.* non mutat dominium donatio causa mortis ante mortem: medio igitur tempore dominium remanet penes virum. Et hoc est, quod ait, *mariti manet.* Deinde duos effectus proponit hujus sententiæ: ut si eum servum maritus instituerit cum libertate, ei sit necessarius hæres, qui si esset mulieris, esset estraneus, et ei voluntarius hæres. Alius effectus hic est, quia huic servo maritus non potest legare interim sine libertate, cum mariti maneat, et proprio servo inutiliter legatur sine libertate, *l. servis, C. de leg.* Sed si esset mulieris, quasi alieno servo ei recte legaretur sine libertate. Legendum autem est in his, quæ sequuntur, *id est*, non *idem*, nam nullo sensu, *idem*, hic ponitur. Quidam legunt *unde:* sed perspicuum est legendum, *id est*, sicut in *l.* 10. §. *quoties, de compens. l.* 46. *pro soc.* Accursius huic definitioni objicit *l. si is servus, de don. int. vir. et uxor.* Maritus servum donavit uxori mortis causa: utroque vivo constante matrimonio servus acquisivit aliquid, cui marito an uxori? lex ait, in pendenti esse acquisitionem, donec maritus moriatur, vel aliquid incidat quo vel confirmetur, vel perimatur donatio: et ex eventu apparebit, cui is servus acquisierit: ergo etiam dicendum est hic, non omnino servum mariti manere, sed in pendenti manere in pendenti esse dominium servi, et ab eo se expedire nescit Accursius. Respondeo: donatio causa mortis fit tribus modis, *l.* 2. *de mort. caus. don.* Uno, ut servus vel alia res tunc fiat uxoris, cum mors mariti fuerit insecuta. Et hoc casu nemo dubitat, quin servus maneat mariti, quia id est actum nominatim: donatio causa mortis revocatur pœnitentia, et intelligitur revocata interim manumisso servo donato, hærede eo relicto, vel ei legato relicto cum libertate, *l. vir uxori, de donat. int. vir. et uxor.* sed quid si ei legaverit sine libertate? vel hæredem instituerit sine libertate? non intelligitur revocata donatio. Valebit igitur donatio morte insecuta, nec mutata voluntate: an valebit etiam institutio et legatum, atque ita acquiretur uxori per servum? nam morte mariti eodem momento deferetur servus uxori, et servo hæreditas: et verius est institutionem, vel legatum non valere, quia ab initio non valuit: nam servum proprium inutiliter instituo sine libertate, et ex regula Catonis, quod ab initio non valet, id est, tempore facti testamenti, nec postea convalescit, servo testatoris proprio, morte ejus translato in dominium mulieris. Fit etiam donatio causa mortis hoc modo ut res statim fiat mulieris: finge maritum hoc animo donasse mulieri, ut servus statim fieret mulieris. An idem statuemus de hoc genere, quod de illo? in illo nulla est dubitatio: in hoc posset esse, an hic servus possit esse viri? ac dicemus idem fere statuendum, quia etiamsi id actum sit, ut servus statim fieret mulieris, non tamen potest: nam constante matrimonio mulier non potest fieri locupletior donatione viri, alioquin hæc donatio nihil distaret a donatione inter vivos: valet tamen ita facta donatio, *l.* 12. §. 1. *de donat. int. vir. Non solum valet*, inquit, *donatio mortis causa inter virum et uxorem, ut res fiat uxoris, vel mariti cum mors insequatur, sed etiam omnis donatio causa mortis.* Ergo etiam valet illa, ut statim fiat res mulieris, sed non habet effectum statim donatio causa mortis: morte enim perficitur omnis: et omnis revocata intelligitur pœnitentia, veluti manumissione servi, servo hærede instituto cum libertate, vel legato ei relicto cum libertate: sed si hæres instituatur, vel si ei legetur sine libertate, ea institutio vel legatum ab initio non valet, quia interim fuit mariti servus proprius: ergo non convalescit, servo morte mariti mulieris effecto. Sed tamen etiam in specie proposita hoc interest inter duas donationes (quod pertinet ad *l. si is servus,* quæ allegatur ab Accurs.) quod hæc donatio, quæ ante ultimum vitæ tempus mariti non facit dominam mulierem, mortuo marito non mutata voluntate, non retrotrahitur ad tempus, quo facta est, ideo acquisita interim per servum ad maritum pertinent: ergo non retrotrahitur: at illa donatio, quæ fit hac lege, ut statim domina fiat mulier, retrotrahitur ad tempus, quo facta est: et ideo, quæ interim acquiruntur per servum, sunt in pendenti, quia donatio potest revocari pœnitentia, sed potest etiam consistere donatio et confirmari, ac proinde

retrotrahi. Quod si retrotrahitur, ad mulierem pertinebunt, *d. l. si servum:* nec est novum, ut ea donatio retrotrahatur: nam inter vivos facta inter virum et uxorem (quæ nihil valet interim, sed morte mariti confirmatur ex oratione Antonini, si perseveraverit in ea voluntate usque ad ultimum vitæ tempus) hæc donatio etiam retro agitur, *l. donationes, C. de donat. int. vir.* non mirum igitur, si retrotrahatur donatio causa mortis.

Ad L. XLVI. de Leg. II.

Cum proponebatur in scriptura fideicommissi, quod pluribus sub conditione fuerat relictum, per errorem omissam mutuam substitutionem, quam testator in secundis tabulis, cum eosdem substitueret expressit; Divi Marcus et Commodus Imperatores rescripserunt, voluntatem manifestam videri mutuæ factæ substitutionis. Etenim in causa fideicommissi, utcumque præcaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti.

Species *l. cum proponebatur*, talis est: Filio impuberi, primum, secundum, et tertium hæredes substituit in secundum casum, id est, si ante pubertatem alter decederet: eosdem substitutos invicem substituit in primum casum, puta ut si unus filio impuberi hæres non esset, in ejus locum et opem veniret alter, quæ est vulgaris: mutua et reciproca id est, communis: ut hæredes meos invicem substituere possum, ita et impuberi: præterea substitutis aliquid legavi, nec eis invicem in eo legato substitui, quamquam id agere animus esset, sed id prætermisi oblivione, aut etiam scriptor testamenti: an videbuntur substituti in fideicommisso, sicut et in hæreditate? Illud primum constat, non tantum in hæreditate, sed etiam in fideicommisso posse substitui, ut et in legato, *l. ut hæred. et l. cum pater, h. t. l. Publius, §. 1. et l. aviam, de cond. et demonstr. l. ei cui, de mort. caus. don. l. 8. usuf. quemadm. cau.* Sed notandum, nos non posse substituere vulgariter omnibus puberibus et impuberibus liberis et extraneis in secundum casum, nos non posse substituere in hæreditate nisi liberis impuberibus. At in fideicommisso omnibus substituere possumus in utrumque casum. In primum casum, si ad te non pervenerit: in secundum, si ad te pervenerit, rogo, ut restituas Titio. Et substituere possumus non directo tantum, sed et per fideicommissum. Per fideicommissum substituimus non tantum verbis expressis, sed etiam tacitis: nam in fideicommissis certa conjectura sufficit, *l. 34. §. 1. h. t.* Secundum hoc igitur in specie proposita, si quos substitui filio impuberi, et invicem substitui in hæreditate pupillari, volui etiam eos invicem substituere in fideicommisso hæreditario, licet in eo non repetierim substitutionem, atque ita non tantum in hæreditate pupillari, sed etiam in fideicommisso mutuo substituti videbuntur. Et ita Papinianus refert M. et Commodum rescripsisse, quod præcariæ voluntatis conjectura sufficit. Et subjicit rationem Papinianus: *etenim in causa fideicommissi utcumque precaria voluntas quæreretur, conjectura potuit admitti: utcumque*, id est ubicumque, ut *l. 26. de injur.* et illo loco, *utcumque defecere mores, dedecorant bene nata culpæ.* Ergo ita definiamus: in fideicommissis et fideicommissariis substitutionibus conjecturas admitti, nuda enim voluntate consistere et nutu solo, *l. nutu, de leg. 3.* non pendere ex verbis, sicut legata, quæ directo scribuntur. Fideicommissa non adeo pendent ex verbis, ut etiamsi verba sint perspicua, non admittatur quæstio voluntatis, *l. cum virum. C. de fideicom.* quod non admittitur in legatis, *l. ille, aut ille, de legat. 3.* Sed in fideicommissis, etiamsi verba sint perspicua, audiuntur tamen, qui verba in dubium revocant, *l. quisquis, de leg. 3.* Cum esset legatum et fideicommissum J. C. non satis habet probare, verba esse perspicua, sed probat etiam suffragari voluntatem, quasi utraque probatio exigatur in fideicommisso. In legato verba sola sufficiunt, si non sint ambigua. Conjecturas Accursius interpretatur testes et tabulas, quod perinde est, ac si diceret, probationes artificiales esse inartificiales, sed verius est, conjecturam esse, quæ ducitur ex manifesto signo secundum Hermogenem. In hac specie ex substitutione prima ducitur argumentum substitutionis mutuæ in fideicommisso, ut in hæreditate, et ita ex manifesta institutione conjectura capitur ad non manifestam, *l. si plures, de vulg. l. quoties, ad Treb.* Si iidem sint instituti ex partibus et invicem substituti nullis partibus: ex partibus in institutione manifesto adjectis, conjicimus voluisse testatorem easdem adjicere in substitutione, quas omisit per oblivionem. Et est frequens harum conjecturarum usus in foro. Verum huic definitioni obstant tria. Primum *l. jubemus, C. de testam.* quæ ait, nomina hæredum exprimenda, vel literis, testatoris, vel voce, alioquin non valere: non sufficiunt igitur conjecturæ. Sed loquitur lex de institutionibus directis. Item objicitur *l. ult. C. de codi.* quæ exigit quinque testes in codicillis, *l. cum antiquitas, C. de test.* et totidem etiam sufficiunt in testamentis rusticanorum, *l. ult. C. de test.* In alia voluntate nuda et directa tamen, quibus casibus ea admittitur, ut in voluntate militis, exiguntur tres testes, *l. 27. C. de test.* Et ita Plutarch. scribit in M. Catone, ait, *in testamento in procinctu adhibitos esse tres testes.* Igitur in codicillis exiguntur quinque testes. Conjecturæ igitur

non sufficiunt. Sed hoc dicitur de codicillis tantum vicem testamenti obtinentibus, non de nudis codicillis. Postremo objicitur *l. ult. C. de codi. et §. ult. Inst. de fideicom. hæred.* quibus ostenditur, fideicommissarium probare debere tribus testibus, aut deferre debere jusjurandum hæredi, qui si nolit jurare, habebitur pro confesso. Ergo lex non est contenta conjecturis, sed lex illa loquitur de illo fideicommissario, qui nititur testibus non conjecturis. Numerus enim testium tunc requiritur, et ut sint idonei. Verum hoc genere probationis omisso, certamus etiam conjecturis: quod si testibus nitaris, legitimum numerum producere debes. Et ita recte Joannes, præter cujus interpretationem mendacissima sunt omnia, quæ in hanc legem adnotantur.

Ad L. III. de Reg. Caton.

Catoniana regula non pertinet ad hæreditates, neque ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit.

Proponenda est ea regula Catonis, quæ fuit comprobata ab omnibus JCtis, sed non sine aliqua controversia, *Theoph. §. an servus, Inst. de leg.* sed fuit parva ea controversia, et diu non stetit: namque obtinuit tandem omnino, quæ est ejusmodi Legatum, quod si testamenti facti tempore confestim moreretur testator, inutile foret, id est, inutiliter cederet, nec longe post moriente testatore, utiliter cedere potest, *l. 1. hoc tit.* Legatum quod ab initio inutile est ex post facto non convalescit, ut *l. cetera, §. 1. de leg. 1.* Et aliter concipitur in *l. 29. de reg. jur.* aliter in *l. 210. eod tit.* habet autem ea regula rationem summam. Quid enim interest decesserit testator statim, an postea? quod non deberetur legatum, si statim decessisset testator, cur magis debebitur, si diutius vixerit? Finge: legavit testator servo proprio sine libertate: si statim decesserit, inutile est legatum, si diutius vixerit, et eo vivo post factum testamentum, is servus alienatus sit, vel manumissus, non ideo magis valebit legatum, quia initium habuit vitiosum, *l. servus, C. de legat.* Aut finge: legavi servo hæredis sine libertate fideicommissaria, vel filiofam. hæredis: si statim decesserit, non valet legatum, ne idem inveniatur hæres et legatarius, debitor et creditor: an vero quicquam proficit, si ille testator diutius vixerit, et eo vivo is servus aut filiusfam. exierit de potestate hæredis, an convalescit legatum, cum mortis tempore is servus non sit hæredis, sed alterius aut suus? et placet eadem ratione non convalescere legatum, quod initio non fuit sine vitio, *§. an servo, Inst. de leg. l. 8. §. 1. de leg. 3.* Aut ita finge: legavi columnas, marmora, tigna juncta ædibus, quæ senatus legari vetuit; an convalescit legatum si tempore mortis ea fuerint ab ædibus separata? minime, *l. ceterum, §. 1. de leg. 1.* quia vires ab initio legatum non habuit, et cujus rei initium vitiosum est, non possit etiam finis non esse vitiosus, quandoquidem prudentes omnia æstimant ex initio potissimum, non ex eventu: et utitur etiam *l. cetera*, alio exemplo. Legavit testator mihi rem meam: legatum non valet, si statim moreretur: diu vixit, et interim ego rem meam alienavi, atque ita mortis tempore non est mea, an legati petitio erit? minime, quia legatum, quod non constitit tempore facti testamenti, non convalescit tempore mortis, ad confirmandum, quod est in regula Caton. sicut contraria regula antiqua fuit in magna controversia: legatum quod constitit mortis tempore, quodve in eam causam recidit, a qua initium capere non potuit, non valet etiamsi constiterit mortis tempore, *l. 3. tit. seq. l. 3. de serv. leg. l. cum filius, §. servus, de leg. 2.* Congruere ergo debet initium fini, et finis initio, testamenti tempus mortis tempori, etiamsi mors postea insecuta fuerit: et vice versa habendum est mortis tempus pro testamenti tempore, etiamsi id conditum fuerit multo ante tempus mortis. Demonstravimus exemplis usum regulæ Catonianæ simul ac rationem. Adnotari volo ex verbis ejusdem regulæ, maxime ex iis, quæ proponuntur *l. 1. hoc tit.* regulam Catonianam pertinere ad legata quorum dies cedit a morte testatoris. Hæc verba demonstrant mortis tempus, ex quo legata cedunt jure antiquo, atque etiam novissimo. Et *cedere diem* quid est? Est incipere deberi quodammodo, et ad hæredem transmitti posse. Cessit legatum, quod mihi relictum est, cessit dies legati mihi relicti. Ergo etsi mox moriar transferam id legatum in hæredem. Ob id diligenter inquiritur, a quo die cedat legatum: nam si legatarius moriatur antequam cesserit legatum, nihil transfert in hæredem suum, et ut dixi, legata cedunt a morte testatoris, licet nondum sint apertæ tabulæ, nondum adita hæreditas: jure antiquo, quod restituit hodie Justinianus in *tit. de cad. toll.* Et hoc ita si legata fuerint pura, et pura dicuntur esse etiam, quibus est adscripta dies certa non incerta; quod ad cessionem attinet: nam et hæc cedunt a morte testatoris statim, *l. 5. l. si dies, quand. dies leg. supra*, quod attinet ad cessionis causam: nam quod ad *l. Falcid.* attinet, legatum in diem certam non habetur pro puro, quia scilicet in Falcid. hæredi computatur commodum medii temporis, *l. 45. ad l. Falcid.* Et hoc ita obtinet jure antiquo, et novissimo jure: nam medio jure, quod et novum dicitur, id est, ex legibus Julia

et Papia, ea legata, id est, pura, cedunt ex apertis tabulis, non a morte testatoris, ut est proditum multis in locis in fragm. Ulpiani, sed illas ll. Juliam et Papiam abrogavit Justin. restituto jure antiquo. Et hæc de puris legatis, vel quæ pro puris habentur. Legata conditionalia, (*) vel in diem incertum relicta non cedunt a morte testatoris, sed cum conditio extiterit post mortem testatoris, *l. legata sub cond. de condit. et dem.* legata sub conditione non cedunt statim a morte, sed cum conditio extiterit: et ideo inquit, *interim delegari non potuerunt*. Sic recte Florentiæ scriptum est, quod quid est aliud, quam transmitti ad hæredem non potuerunt? videlicet moriente legatario pendente conditione antecessionem. Dico ea cedere cum conditio extiterit post mortem testatoris: nam si conditio extiterit vivo testatore, non cedunt ante mortem, post mortem statime edunt. Ac rursus, si conditio sit ejus generis ut impleatur morte testatoris, cedunt morte, ut in casibus propositis, *l. 1. et 2. h. t.* Quædam autem sunt legata pura, quæ cedunt ab adita hæreditate, non a morte, jure antiquo et novissimo, non ab apertis tabulis l. Julia et Papia, ut si legetur ususfructus, habitatio: hæc legata non cedunt ante aditam hæreditatem. Cur ita? quia cessionis effectus est transmissio. Hæc autem jura, ususfruct. habitatio, non transmittuntur ad hæredem, sed cum persona extinguuntur: ergo frustra esset, si quis ante aditam hæreditatem ea cedere diceret: non est opus accelerare cessionem, cum hæc legata non possint transmitti ad hæredem, *l. 2. et 3. quand. dies legat. ced.* Cur institutum est legata morte cedere, non aditione? ne scilicet hæredes aditioni moram faciendo, et transmissioni moram faciant. Ubi igitur non est locus transmissioni, dices frustra ante aditionem cedere legatum. Et eadem ratione libertas servo relicta non cedit ante aditam hæreditatem. Item legatum relictum servo manumisso, vel legatum relictum servo alieno, non cedit ante aditionem, *l. 7. §. ult. l. 8. l. cum legati, quand. dies leg. ced. l. uni §. libertates, C. de cad. toll.* Et hæc omnia legata, quæ retuli, cedunt ab adita hæreditate, si hæres extraneus et voluntarius fuerit scriptus, quoniam hic solus adit hæreditatem: necessarii vel sui non adeunt hæreditatem, sed sunt hæredes statim a morte testatoris, ipso jure etiam inviti et ignorantes: qua de causa necessario hærede scripto consequens est, ea legata, quæ retuli, cedere a morte testatoris, a qua scripti hæredes acquisiere bona, quæ extraneo scripto non cederent ante aditionem, *l. Julianus* 86. *de condit. et demont. l. quæsitum, §. 1. de leg. 1. l. si opt. de opt. leg.* Nunc concludendum est, regulam Catonianam pertinere tantum ad ea legata, quæ cedunt a morte testatoris, quod verba illa demonstrant, *si statim, decessisset*, id est, si legatum statim cessisset decedente testatore; si deced t testator, et simul cedit legatum purum. Ergo regula Catoniana pertinet ad jus antiqaum, quo legata ceduut a morte: nou igitur pertinet ad leges novas, ut inquit *l. ult.* hoc *tit.* Ergo respicit ad legata, quæ cedunt a morte jure antiquo, et legibus novis non cedunt a morte: sed ab apertura tabular. Igitur ad ll. Juliam et Papiam novas, et caducarias non pertinet regula Catoniana, *l. qui solvendo, de hæred. Inst.* Præterea regula Catoniana non pertinet ad legata conditionalia, quia etiam hæc non cedunt a morte, sed ab eventu conditionis, *l. cetera, §. 1. de legat. 1.* Igitur non pertinet etiam ad legata relicta in diem incertum, veluti, *illi lego cum pubes erit*: dies est plane incertus, quia forsitan non pubescet; vel hoc modo, *cum Titius magistratum inierit*: hic dies incertus pro conditione est, *l. dies incertus, de cond. et dem.* videlicet, quia et incertum est, an dies sit venturus, ut si dixeris, *cum Titius magistratum inierit.* Est hic incertum duplex: nam incertum est primo, an Titius sit magistratum initurus, deinde incertum est, quo die sit initurus. Et dies ita incertus semper conditionem facit: nam est alius dies incertus, quem tamen certum est esse venturum, ut si dixeris, *cum hæres meus morietur*, uno tantum modo hic dies incertus est, quia quo die sit moriturus, ignoratur, sed moriturum eum esse utique certissimum est. Et hic dies ita semper incertus conditionem non facit, quod exposuimus lib. 8. *ad l. sufficit, de cond. ind.* Et ex eo intelligimus, mendum esse in *l. 30. §. pen. ad l. Falcid.* ubi ita est scriptum: *Alia est causa eorum legatorum, quæ in diem certum dantur*, et sequitur, *nam si libertatis dies cœpit cedere, ei debentur*, quæ verba si diligenter observentur videbuntur falsissima. Vero verius est, ita esse emendandum: *Alia est causa legatorum, quæ die incerta dantur: nam si liberto dies cœpit cedere, et debebuntur.* Sententia hæc est: servo hæredis pure legatur inutiliter. Aliud est, inquit, si ei legetur die incerta: nam si ejus legati dies cœpit cedere servo jam liberato, id est, servo manumisso, *l. cum sub hac, de cond. et demonstr.* legatum ei debebitur, quoniam scilicet regula Catoniana non pertinet ad legata relicta in diem incertum. Et ultimum hoc dicit, regulam Catonianam etiam non pertinere ad ea legata, quæ cedunt ab adita hæreditate: quod proponitur hac l. 3. Sed adjicitur regulam Catonianam non pertinere etiam ad hæreditatem: Quod

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 41.*

est falsissimum, et est hoc loco crux quædam ingeniorum. Nam regula Catoniana utitur quidem verbo legati, *quod inutile legatum foret etc.* sed comprehendit etiam hæreditatem, ut jus antiquum, ad quod pertinet lex 12. tabul. illo loco; *uti quisque legassit*, id est, uti quisque hæredem faxit, ut etiam in edicto de præstandis legatis continetur etiam hæreditas: et hæreditatem inutiliter datam initio, ex post facto non convalescere. Denique regulam Catonianam pertinere ad hæreditates est apertissime scriptum in *l. pen. de reg. jur. l. 7. et 8. de lib. et post. §. in extraneis, Instit. de hæred qual. et diff. et in l. pen. hoc tit.* dum ait, Catonianam regulam non pertinere ad conditionales institutiones: consequens est pertinere ad puras, alioqui esset stulta ea admonitio. Institutio est hæreditas testamento data. Valet et in stipulationibus regula Catoniana, et in contractibus, et in libertatibus datis inter vivos. Quidni valeat etiam in institutionibus? Idcirco jampridem ostendi, et probavi, non esse legendum, *hæreditates*, sed *libertates*, *l. si privatus*, *§. ult. qui et a quib. l. generaliter*, *§. si homini, de fideicom. lib.* quia libertatis dies cedit ab adita hæreditate. Et regula Catoniana respicit ad mortem. Et in *l. si ita scriptam*, *§. reg. de lib. et post.* regula est, hæreditatem non posse adimi, si servus scriptus sit cum libertate. Verum adimi potest exhæredatione et testamenti mutatione. Igitur regula Catoniana pertinet ad legata et fideicommissa, et hæreditates, et omnia, quæ ex testamento proficiscuntur, vel codicillis, quæ modo cedant a morte testatoris secundum jus antiquum, etiam clausis tabulis testamenti, necdum adita hæreditate: legibus novis, legibus caducariis, id est Julia, et Papia, legata non cedunt a morte statim, sed ex caducariis tabulis, et moriente legatario ante apertas tabulas caduca fient. Ad has leges novas et caducarias, quæ hodie sunt sublatæ restituto jure antiquo, regula juris antiqui Catoniana non pertinet. Est regula juris antiqui, ponitur etiam sub titulo, *de divers. reg. jur. antiq. l. 29. l. 201.* Est igitur regula juris antiqui. Ergo secundum jus antiquum est accipienda. Ergo non pertinet ad ea legata, quæ secundum leges novas cedunt ex apertis tabulis, quod introduxerunt leges novæ in rem fisci, ut si moreretur legatarius ante apertas tabulas, legata redigerentur in fiscum, id est, fierent caduca. Non pertinet etiam regula Catoniana ad legata conditionalia, quæ non cedunt a morte, sed post mortem existente conditione: nam regula Catoniana in *l. 1. hoc tit.* palam loquitur de legatis, quæ cedunt a morte, non de aliis, quæ ab alio tempore cedunt. Ergo non pertinet ad legata, quæ cedunt ab adita hæreditate, et exposui satis, qualia sint ea legata. Et dico etiam ea ratione, regulam Catonianam non pertinere ad tutelas, quia tutelæ incipiunt ab aditione, non a morte: nec quicquam igitur interest eas cedere vel incipere citius, *l. si is qui*, *de excus. tut.* Quod ita verum est, nisi sit scriptus hæres necessarius, vel nisi ipse hæres scriptus tutor datus sit: nam his casibus tutelæ incipient eo tempore, quo et hæreditas cedit, id est, mortis tempore. Et ita recte Joannes et Rogerius notarunt ad *l. 2. de excus. tut.* Eadem ratione regula Catoniana non pertinet ad libertates testamento relictas, quia cedunt ab aditione, *l. un. §. libertatibus, C. de cad. toll.* non cedunt a morte statim, et regula est de his tantum, quæ cedunt a morte. Et ita dicebam esse legendum in *l. 3. Catoniana regula non pertinet ad libertates, neq. ad ea legata, quorum dies non a mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit*, id est, non pertinet ad ea, quæ cedunt ab aditione, ut libertates, et legata, usus, vel ususfructus, et hujuscemodi servitutes: nam regulam Catonianam non pertinere ad hæreditates, perquam falsum est, ut etiam supra demonstravi. Sed qui volunt excusare hanc scripturam, dicunt regulam Catonianam non pertinere ad hæreditates, fideicommissarias scilicet, et adjiciunt rationem, quia hæreditates fideicommissariæ cedunt ab aditione, quæ ratio est falsissima. Directæ hæreditates cedunt a morte testatoris, cur non etiam fideicommissariæ et precariæ? Cetera fideicommissa omnia cedunt a morte, cur non etiam fideicommissaria hæreditas? nihil est verius, quam omnia fideicommissa, omnia legata, omnes hæreditates cedere a morte testatoris jure antiquo. Et abutitur Accurs. *l. quidam ita, ad Treb.* non bene posuit speciem. Species hæc est. Quidam hæredem rogavit, ut filiæ, *ex Florent.* sive ut filio restitueret hæreditatem, *prima quaque die*, id est, statim atque dies cederet, statim a morte, sive, ut vult *Accurs.* statim atque adiisset; sed verius est *prima quaque die*, id est: statim atque haberet facultatem restituendi, statim atque adiisset: neque enim potest restituere, nisi adierit, et si prius moreretur filius, id est, ante restitutionem, ut eam hæreditatem restitueret matri. Mortuus est filius post mortem patris, et ante aditam hæreditatem: quæritur, utrum matri debeatur fideicommissum, an hæredi filii jure transmissionis? *mortuus est filius ante aditionem*: hæc verba non significant ante cessionem, non ut volunt, sed hoc demonstrant, ante restitutum fideicommissum filio: nam dies quidem cesserat fideicommissi tempore mortis patris, sed dubitabatur, an et post cessionem fideicommissum translatum esset ad matrem, an ad hæredem filii transmissum. Et concludit, magis ex mente defun-

cti esse, ut fideicommissum transferatur ad matrem: nam secundum quod propositum est, hæc mens est defuncti, ut sive ante cessionem sive post, ante restitutam hæreditatem decesserit filius, ut veniat mater, et ita demum non veniet mater, si post restitutionem decesserit filius, *l.* 3. §. *idem dicendum*, *de adim. leg.* Ergo stulte ex ea colligitur, fideicommissariam hæreditatem non cedere ante aditionem. Alii sic excusant hanc scripturam, ut Catoniana regula non pertineat ad hæreditates legitimas, id est, ab intestato, qui sensus non convenit huic loco, qui de iis est, qui ex testamento proficiscuntur, non de causa intestati. Ac præterea falsum est, regulam Catonianam trahi non posse ad hæreditates legitimas, et verum est, trahi posse, licet ad testamentum respiciat, ut concepta est: nam finge, legitimam hæreditatem morte ejus, de cujus bonis agitur, ad me non redire, propterea quod capite minutus sum; quæro an ad me pertineat hæreditas, si postea post mortem ejus, de cujus bonis agitur, inter tempora adeundæ hæreditatis, vel petendæ bonorum possessionis capite minutus esse desiero? Et sane non pertinet, quia utrumque tempus, mortis scilicet et aditionis, agnatum proximum esse oportet, vel cognatum, ut ad me hæreditas vel bonorum possessio redeat ab intestato, *l.* 3. *unde cogn.* Ergo regula Catoniana trahitur etiam ad legitimam hæreditatem, ut etiam ad fideicommissariam pure relictam. Et invenio extra causam testamenti, etiam in aliis plerisque causis locum esse regulæ Catonianæ, ut in contractibus, et in stipulationibus. Quod non valet initio contractus, nec ex post facto convalescit, *l. inter*, §. *sacram*, *de verb. obli.* §. 1. *Inst. de inut. stipul.* Stipulatus sum rem sacram, non valet stipulatio: an convalescet postea, si profana facta fuerit? minime. Ergo regula Catoniana trahitur etiam ad stipulationes. Ergo ad contractus omnes. Nam stipulatio est Pandecta omnium contractuum: sed excipiuntur etiam, ut in legatis, stipulationes conditionales: ad legata conditionalia regula Catoniana non pertinet: non pertinebit etiam ad stipulationes conditionales, ut stipulor recte rem meam sub conditione, et effectum habebit stipulatio, si existente conditione res mea non fuerit, *l.* 31. *l. existimo*, *de verb. oblig.* *l. existimo*, *de contrah. empt.* *l.* 68. *de jure dot.* conditionalia ex post facto confirmantur, *l.* 8. *de reb. cred.* pura ex post facto non confirmantur. Invenio etiam regulam trahi ad libertates datas inter vivos, non in testamento. Finge: alienum servum manumisi vindicta, nihil valet libertas; an convalescit, si postea ei acquisiero? minime. Scripsit Paulus librum singularem ad reg. Catonianam, et in eo hunc casum notavit in *l. ult. de castr. pec.* Adnotandum tamen, regulam Catonianam non pertinere ad donationes causa mortis. Finge: donavi incapaci, qui mortis tempore est capax, an perveniet ad donationes? sic videtur, quia in donationibus causa mortis non spectatur tempus donationis, sed tempus mortis, *l.* 22. *de mort. caus. don.* Ratio, quia donationes hæ conferuntur in tempus mortis. Ergo illud observandum est, quia eo tempore proprie donatum videtur, non quo tempore donatum est, *l. non videtur*, *eod. tit.* eadem prope ratione legata relicta incapaci, quæ si tempus, quo relinquuntur, spectes non valent, et si legata relicta sint dum capi poteruut, non subjiciuntur huic regulæ, quia spectatur tantum illud tempus, in quo sunt collata; sed regula Caton. est de datis, sed inutiliter datis initio: hæc initio dantur, et non dantur tamen, et eo demum tempore dari intelliguntur, quo hi, quibus data sunt, capere possunt, *l. si ita, quis test. de leg.* 2. *l. in tempus*, *de hær. inst.* *l. si servus*, *qui capere*, *de acquir. hær.* Eadem quoque ratione regula Catoniana non pertinet ad ea legata conditionalia, quæ conferuntur in tempus mortis, quæque cedunt a morte. Et videmus tamen pertinere, quia cedunt a morte, licet sint conditionalia. Et hoc notandum, quædam esse legata conditionalia, quæ cedunt a morte, non post mortem, id est, quibus ejus generis conditio adscripta est, quæ expletur morte testatoris: hæc legata conferuntur in tempus mortis testatoris. Ergo illud solum tempus spectandum est, non tempus testamenti, quia nec tempore testamenti scribendi dari videntur, sed mortis tempore. Et hæc tria exempla proponuntur in *l.* 1. *et* 2. *h. t.* duo in prima, tertium in secunda. Primum est: quidam ita legavit, *si post Cal. mortuus fuero illi do, lego*, et mortuus est post Cal. legatum cedit a morte, et debetur, quod tamen non deberetur, si decessisset statim, id est, ante Cal. Ergo ad legatum, quod a morte cedit, regula Catoniana non pertinet, quia scilicet non est initio inutiliter datum, sed magis non datum: quod pendet ex conditione non datur, in *l.* 169. *de reg. jur.* quod pendet, inquit, non est pro eo quasi sit. Denique quod sub conditione datur, nondum datur: conditio confertur in tempus mortis, et morte testatoris expletur: ergo tunc demum dari intelligitur: nec hic casus pertinet ad regulam Caton. Alterum exemplum est: quidam rem meam mihi legavit sub conditione, si quandocumque moreretur, res mea non esset: eo moriente res non est mea, legatum cedit a morte, et debetur, quod tamen non deberetur, si testamenti tempore statim decessisset, quo res adhuc erat mea: si pure mihi legaverit rem meam, legatum

non debetur, etiamsi postea mea esse desierit, *l. cetera* §. 1. *de leg.* 1. sed si sub illa conditione rem meam mihi legaverit, *si eo moriente mea non esset*, legatum debetur, *l.* 18. *de leg.* 2. *l. unda*, *de cond. et demonstrat.* Debetur igitur legatum, quod tamen non deberetur, si testamenti tempore statim decessisset. Ergo non spectatur testamenti tempus, quoniam legati conditio confertur in tempus mortis, et sufficit, si tempore mortis res mea non fuerit, licet testamenti tempore mea fuerit. Ergo tempore testamenti non dari videtur potius, quam inutiliter dari. Et sic accipiendum est illud exemplum, ut scilicet rem meam mihi legaret sub conditione, si eo moriente ea non esset mea, *l.* 18. vel nominatim expressa conditione, vel tacite: nam et tacita voluntas conditionem facit. Et ita Joannes recte accipit exemplum: alias pugnaret cum §. *sed si rem*, *Inst. de legat. et l. cetera* §. 1. *de leg.* 1. Et moveor his argumentis: primum argumento præcedentis exempli, et sequentis in *l.* 2. nam ordo horum exemplorum ostendit, tria proponi exempla persimilia. Legata, quæ cedunt a morte, id est, quæ conferuntur in tempus mortis, quæque dari videntur magis moriente testatore, quam testante, *l.* 18. *h. t.* quæ est Celsi, et in ea Celsus non approbat legatum, si mihi legetur res mea, nisi abscribatur condictio, si mea non erit mortis tempore. Ac postremo moveor etiam conjectura, quod locum obtinet in stipulationibus, *l.* 31. *de verb. oblig. l. existimo*, *eod.* Tertium exemplum in *l.* 2. *h. t.* simile est cum superioribus. Filiam habuit testator nondum nubilis ætatis, cui ita legavit, *si Titio nupta erit*, *do*, *lego*, quæ verba referuntur ad tempus mortis, si me mortuo Titio nupta erit, *l. in conditione*, *de cond. et demonst. l.* 2. *l. scribit*, §. *ult. de anr. et arg. leg.* Ergo legatum illud cedet a morte, quia refertur ad tempus mortis, et valebit, licet tempore testamenti scribendi non potuerit valere, propterea quod filia nondum erat nubilis ætatis, quia scilicet non videtur dari legatum illud testamenti tempore, sed magis mortis tempore. Et regula pertinet ad ea, quæ dantur testamenti tempore. His ergo tribus casibus legata conditionalia conferuntur in tempus mortis, et cedunt a morte: ergo videntur subjici regulæ Catonianæ. Contra, quia conferuntur in mortem, magis est, ut in eis nihil prosit regula Catoniana.

Ad L. XI. de His quæ ut indign.

Hæres, qui tacitam fidem contra leges accommodavit, in ea parte, qua fraudem adhibuit, Falcidia non utitur. Et ita Senatus censuit. Sed si major modus institutionis, quam fraudis fuerit; quod ad Falcidiam attinet, de superfluo quarta retinebitur.

Quæstio legis hujus est de tacito fideicommisso, de quo Cajus et Paulus libros singulares scripserunt, quoniam late patet tractatus hujusce rei. *Tacitum fideicommissum* est, quod incapaci occultissime relinquitur: incapax est, non peregrinus, quamquam et hic sane capere non potest, sed in hoc proposito incapax est, qui legibus aut constitutionibus capere prohibetur ex alieno testamento vel codicillo. Legibus capere prohibentur cives Romani, veluti Julia et Pap. quæ de incapacibus continebant multa. Primo, cœlibes prohibentur capere non quidem solidum, id est, omne quod eis relinquitur, quia relicti semisse tantum mulctantur. Prohibentur capere orbi mariti et solitarii, quod tamen hodie est sublatum, *C. de infir. pœnis cœlib.* Item iisdem legibus vir et uxor capacitatem solidi inter se non habent: vir non potest capere ex testamento uxoris, sc. assem, sed decimas tantum quasdam, qua ex re lex Papia dicta est lex decimaria. Et alii quoque nihil possunt capere, ut si quis famofam mulierem uxorem duxerit, vel senator libertinam, quod fragmenta Ulpiani demonstrant, et sunt etiam hujus legis fragmenta, *l.* 1. *C. de his quæ ut indign.* Prohibentur mariti his legibus, ne omnia sua uxoribus relinquant omissis cognatis, quod plerique essent facturi, nisi leges vetuissent. Et secundum hæc ex hoc jure explicanda est lex *ult. in princ. h. t.* Uxorem non potui instituere hæredem, socerum hæredem scripsi: utilis est institutio, neque ex eo inducitur suspicio taciti fideicommissi, id est, non præsumetur socer tacite rogatus hæreditatem restituere filiæ suæ meæ uxori: hæc præsumptio non est idonea, quod patrem scripserim uxoris: nam non ideo videor, tacite patri fideicommisisse hæreditatem, ut mox illam restitueret uxori, sed tacitum fideicommissum probari debet apertioribus probationibus, maxime chirographis. Nam remedio chirographi obligavit se hæres incapaci ad præstandum fideicommissum, curante hoc testatore, qui plerumque ita comminabatur hæredi, *non te scribam hæredem, nisi prius illi incapaci chirographo caveris illud aut illud daturum post mortem*, *l.* 3. §. *tacita*, *de jure fisci.* Et de hoc fideicommisso relicto uxori, qui locus est multis notus; ita videtur Quint. scripsisse, licet non ita legatur: uxor dicebatur testamentum marito subjecisse, quod est suggessisse: et dicebantur chirographum marito expirante hæredes dedisse uxori. Et ideo recte subjicit, ergo quia uxor per leges hæres institui non potest, factum est, ut per tacitum fideicommissum ad bona perveniret. Sed in hac re etiam *l. Ju. Pap.* sublatæ sunt, *C. de inf. pæn.*

cœlib. et orbit. decim. subl. Supersunt ex constitution. nonnulli, qui ex testamento alieno capere non possunt. Olim clerici et monachi non poterant capere, cui tamen rei fraus sæpe fiebat per fideicommissa tacita. Id constat ex epist. Hieron. ad Nep. *non queror de lege, sed doleo, quod meruerimus hanc legem: prominet legis sanctio, ut scil. certatim unoquoque donante sua clericis et monachis, etiam cohiberetur ista cupiditas.* Et subjicit: *et tamen non refrænatur avaritia, per fideicommissa legibus illudimus.* Et ita l. 27. *C. Th. de Episc. et cler. ne tacito fideicommisso in fraudem constitutionum clericis aliquid relinquatur, et ut sint extorres.* Ex const. etiam hodie mulier, quæ nupsit intra annum luctus, non potest capere ex testamento, *l.* 2. *C. de sec. nupt.* Et ex *Nov.* 15. filius naturalis existentibus justis liberis non potest capere ex testamento patris, nisi unciam. Tacitum fideicommissum est, quod datur in fraudem harum legum vel constitut. Et dicamus apertius: tacitum fideicommissum est, quod hæres incapaci dare rogatur testamento vel codicillis, et ad quod se hæres dandum obligat domestica cautione, stipulatione, chirographo, in fraudem legum et constitut. *l. in tacitis, de leg.* 1. *l.* 3. *de jure fisci.* Et *l. prox. in prin. hoc. tit.* vim ejus declarat. Tacitum fideicommissum est, cui dando incapaci se hæres tacita conventione obligat: potest tacitum fideicommissum esse sine fraude, ut si relinquatur capaci, *l.* 1. *C. de donat.* si relinquatur capaci, utile fideicommissum est. Item tacitum fideicommissum est sine fraude, si idem tacite et palam relinquatur, *l.* 3. §. *si quis palam, de jure fisci.* Plerumque tacitum fideicommisum accipitur in malam partem: nam si subtilius inspexeris, aliud est aliquid esse contra leges, et aliud esse in fraudem legum, *l. contra, et l. seq. de legib.* Sed hic contra leges, est in fraudem legum. Et eodem modo, cum dicimus tacitam pecuniam, tacitum mutuum, tacitum fœnus, rem illegitimam demonstramus, ut si reus mutuam pecuniam det judici, est illicitum mutuum, apud Gell. *cap.* 12. *lib.* 12. dum notat Cic. a reo accepisse sestertia aliqua tacita, quæ dicuntur incerta nomina, *l.* 1. *ad Maced.* sub tunica et sinu, ut ait *l. emptor*, §. *Lucius de pact.* Et ita in malam etiam partem tacitum pactum, *l. pen. de bon. liber.* Nunc ita constituamus: si palam rogetur hæres præstare fideicommissum incapaci, inutile est, et habetur pro non scripto, et remanet apud hæredem, non transit ad fiscum, quod incapaci relinquitur, sed remanet apud hæredem, ac si non esset scriptum, *l. filius* §. 1. *ad l. Corn. de fals. l. prox.* §. *pen. hoc tit. l. ult. hoc tit. in fine.* Sciendum est, fideicommissum esse aut legatum in causa caduci, si defecerit vivo testatore morte fideicommissarii, si fideicommissarius præmortuus fuerit, et vindicatur fisco fideicommissum quod relinquitur incapaci, non vindicatur fisco, sed manet apud hæredem. Finge, utrumque accidisse, fideicommissum relictum esse incapaci, et hæredem retinere fideicommissum, quod sit pro non scripto: Fiscum contra vindicare quod sit in causa caduci: hæres præfertur, quoniam res est dubia: in dubio melius est respondere contra fiscum; *l. non puto, de jure fisci, l. vim, de leg.* 3. Ergo legatum relictum incapaci palam, testamento scilicet vel codicillis, est pro non scripto: nam et novo jure, et antiquo est pro non scripto, quod relictum est incapaci, cedit lucro hæredis, sed si hæres velit præstare fideicommissum relictum incapaci, præstabit: nec prohibetur, sed hoc pendet ex liberalitate illius, §. 1. *Instit. de fideic. hæred.* quibus incapacibus per fideicommissum, relinquebatur, quando scilicet ex fideicommisso non nascebatur obligatio: nam ea fideicommissa ab hærede solus pudor extorquebat: ceterum non obligabatur, ut hodie non obligatur præstare fideicommissum incapaci. Sed quid? si clam relictum sit fideicommissum incapaci, non testamento, non codicillis, puta, hærede interponente tacitam fidem, et se obligante eo nomine? Est pro non scripto, quia relictum capaci: verum non cedet lucro hæredis, sed eripiet fiscus quasi indigno, *l. ex facto*, §. *ult. de vulg. substit.* quod videtur esse ex Senatuscons. Planciano facto *ad leg. Juliam et Pap.* Nam sunt multa facta Senatusc. ad eam legem, et hoc indicat *l. si quilibet, hoc tit.* Ergo ex eo Senatuscons. fideicommissum relictum incapaci secreto, clanculum, remedio cautionis, non manifesto judicio, defertur hæredi, sed fiscus eripit quasi indigno: et generaliter, quæ ut indignis auferuntur, appellantur *ereptitia*, non caduca: vel si forte hæres jam fideicommissum præstiterit, id etiam ei fiscus evincet, quod nec debuerit, nec potuerit per eas leges præstare in necem fisci. At quæro, *an fideicommissum tacite relictum incapaci, in solidum eripiatur hæredi?* Finge, locum esse legi Falcidiæ, quia hoc fideicommisso, ut aliis imminuta est hæreditas, an poterit hæres ex illo tacito fideicommisso retinere Falcidiam, ut dodrans tantum recidat in fiscum? Et constat ex eodem Senatusconsulto Planciano, non posse, ne Falcidiam quidem, *l. beneficio* 59. *ad l. Falc. l.* 3. *C. eod. l. pen. de jur. fisci.* Cui ergo defertur Falcidia, an defertur fisco? Senatuscons Planc. hoc tantum fuit cautum, ut non retineret Falcidiam hæres, nec fuit adjectum, ut hæc Falcidia redigeretur in fiscum. Sed hoc postea induxit constitutio D. Pii. Et sane ex Senatusc. Planc. videtur Falcid. profecisse aliis legatariis, ad augenda legata eorum, ut minus ex

his detraheretur Falc. sed ex constit. D. Pii, etiam Falcid. fisco defertur, *d. l. beneficio*, *l. pen. de jure fisci.* Ex eodem Senatuscons. hæres, qui fidem dedit in fraudem legum, non vindicat caducum, si sit ex liberis vel parentibus, non detrahit Falcidiam. Quod Ulpian. scribit *tit. de fideic.* Quæ vocas *caduca*? sunt legata vel fideicommissa, quæ deficiunt post mortem testatoris ante apertas tab. Et ea perveniunt ad fiscum, nisi hæres scriptus sit ex liberis vel parentib. tunc enim remanent apud hæredem excluso fisco: an remanent apud hæredem, si fuerint tacita fideicommissa? minime, quia neque Falcidiam retinet is hæres, qui secretum suscepit, neque caducum, quod sit ex liberis vel parentibus. Ac rursus ex constitut. D. Pii, hæres non retinet fructus perceptos ex tacito fideicommisso ante vel post litem motam cum fisco, non retinet etiam usuras, si quas perceperit, quia malæ fidei possessor est nec ignoravit leges, *l. eum, qui, h. t. l. prædonis, de pet. her. l. eum quidem §. in tacito, de usur.* Amittit igitur usuras perceptas de bonis hæreditariis, si rogatus sit tacite restituere hæræditatem vel partem ejus, nam fructuum usuras, id est, pretiorum redactorum ex fructibus, etiam si sint redacta post litem motam non præstat, quod benigne constituit Severus, *d. l. omnibus.* Nec debet opponi *l. eum qui §. in tacito*, aut si opponatur, ita respondendum est: *§. in tacito*, est de usuris pecuniæ perceptis a debitore, quas præstat fisco. Ergo concludamus, omne emolumentum auferri hæredi, et fisco præstari, quia secundum quod quod generaliter observatur in jure, nihil apud eum residere debet ex eo, in quo is violavit et circumscripsit, *l. ait prætor*, *§. hæc actio, quæ in fraud. cred. l. lege, de lege commissor.* Et ex his apparet, etiam hæredi rogato restituere partem suam totam, si interposuerit tacitam fidem, nec fuerit palam rogatus, ei nihil accrescere, si forte cohæres repudiaverit, vel defecerit, et hæredem sine re, nomine esse tamen, *d. l. ex facto*, *§. ult. l. si testam, de acquir. her.* Et postremo notandum est, quod diximus de Falcidia, ut eam non retineat hæres ex tacito fideicommisso, ita procedere, si sit hæres extraneus: nam si sit filius vel servus testatoris, et eo mandante vel imperante, injungente, susceperit tacitam fidem, aut dederit, dum non potest non obtemperare patri vel domino, ignoscitur ei, ne amittat Falcid. Dodrantem amittit, quia est fraudulentum fideicommissum, Falcidia remanet. Necessitas igitur patriæ potestatis excusat eum, *l. si tacitum ad l. Fal. et l. prox. §. ult.* Hoc enim ex levioribus delictis, si quis fidem accomodet testatori, et incapaci in fraudem legum, et in levioribus delictis excusatur filius vel servus, qui non impune tulisset, si non paruisset: sed in atrocioribus delictis non excusatur, quia quidvis perpeti debet, et satius est mori, quam hac in re patri vel domino morem gerere: et unusquisque in atrocioribus delictis habetur pro libero. Additur in hac l. si hæres institutus ex asse rogatus sit clam semissem restituere incapaci, in eo semisse non utetur Falcidia. In altero semisse, in quo nihil fraudavit leges, utetur Falcidia, *l. 5. C. ad l. Falcid.* Et ita Senatus censuit: intelligit SC. Plancianum.

Ad L. XXIV. ad Senatusc. Treb.

Nonnunquam autem ex voluntate varie rescriptum et judicatum est, videlicet, si non sub appellatione hæredum, sed propriis nominibus expressis fideicommissum relinquatur.

Vidimus quæstionem unam de conjecturis in *l. cum proponebatur, de leg. 2.* cui commodissime jungi potest lex nostra: nam ut in *l. cum proponebatur*, qui mutuam substitutionem fecit in hæreditate, et mutuam fecisse videtur in fideicommisso, licet id non expressit; ita hic, quas partes quis fecit in institutione, easdem videtur fecisse in substitutione precaria. Cum in una re manifestum est judicium defuncti, idem sequimur et in alia re non absimili, licet in ea re manifestum non sit judicium defuncti: et quod testator expressit in una re, conjectamus eum voluisse idem obtinere in alia re non absimili, in qua nihil expressit. Ergo uterque locus est de conjecturis. Sed quod attinet ad hunc locum, certissimum est in substitutione directa, ut quas quis partes fecit in institutione, easdem etiam intelligitur fecisse in substitutione. Duplex est substitutio, vulgaris et pupillaris: hoc est certissimum in vulgari, ut si plures instituerit ex partibus inæqualibus, eosque invicem substituerit nullis adscriptis partibus, ex quibus partibus instituti sunt, easdem fecisse videatur testator in substitutione, conjectantes in substitutione et idem ipsum censuisse, id est, eandem distrib. observari voluisse, *l. si plures*, *l. si cohær. eod. tit. l. 1. C. de impub. et al.* Et hujus rei est apertissimum exemplum in *d. l. si plures.* Finge: tres sunt hæredes instituti ex inæqualibus partibus, primus ex uncia, secundus ex besse: tertius ex quadrante: iidem invicem substituti sunt reciproca substitutione: repudiante tertio, quadrans illius dividetur in novem partes, et octo feret secundus, qui est institutus ex octo unciis, unam tantum partem feret primus unciarius hæres, atque ita quas partes habuere in institutione, easdem etiam habent in substitutione, licet in ea nulla sit facta mentio partium. Tres ponit fuisse hæredes institutos, ut *l.*

Lucius §. *Mævia*, *h. t.* Et vero necesse est poni saltem tres. Si duo sint tantum instituti, primus ex septunce, secundus ex quincunce, et invicem substituti sint, repudiante primo, qui est scriptus ex septunce, secundus non quincuncem tantum feret, sed integrum septuncem, neque in hac specie potest esse locus superiori definitioni, alioqui pro parte testator esset intestatus. Qua ratione, si ego unum solum hæredem scripsero ex quincunce, is assem obtinebit. Causa testati trahit ad se causam intestati, id est, quincunx, de quo testatus est, trahet ad se septuncem, de quo testatus non est: alioquin, quod esset absurdum, decederet, pro parte tesiatus, pro parte non, quod in pagano fit nunquam. At si tres hæredes sint instituti ex diversis partibus, et invicem substituti, repudiante uno, ceteri veniunt in portionem vacantem jure substitutionis: pro portionibus hæreditariis, id est, disparibus, et is, cui obvenit major pars in institutione, feret etiam majorem partem in substitutione. Et quod notandum, major fuisse pars dicitur, sive major pars fuerit relicta titulo institutionis, sive creverit postea jure accrescendi: unde dices: superflua igitur est substitutio reciproca. Et sane hodie est supervacua, et fuit etiam jure antiquo. Sed quamdiu locus fuit legibus Juliæ et Papiæ, non fuit inter cohæredes jus accrescendi, nisi fuissent ex liberis, vel parentibus defuncti, sed portio hæredis deficiens recidebat in fiscum, vel in causam caduci, si defecisset vivo testatore. Verum remedio substitutionis reciprocæ inducebatur jus accrescendi contra leges caducarias, quæ semper odiosæ fuerunt, substitus præferebatur fisco. Et hoc est, quod ait Just. initio tit. *de cad. toll.* introductas fuisse substitutiones, ne fierent caduca, ex quo quis posset dicere, caduca esse antiquiora substitutionibus, quod falsum est, nam substitutiones sunt antiquiores: sed vult dicere, introductas esse reciprocas substitutiones inter cohæredes amovendi caduci causa, vel substitutionem unius hæredis factam aliis omnibus, vel substitutiones omnium hæredum factas uni. Nam hoc remedio conservatur jus accrescendi cohæredibus, *l. pen. de inj. rupt.* conservatur jus accrescendi, et submovetur fiscus. Quod autem diximus observari in substitutione vulgari, idem etiam obtinet in substitutione pupillari, *l. qui liberis*, *in fi. et l. seq. de vulg. subst.* Pater hæredes scripsit ex disparib. partibus, eosdem etiam hæredes scripsit filio pupillo suo in secundis tab. et non adscriptis partibus: sane quas partes habuerunt in paterno testamento, easdem etiam habebunt in pupillari testamento. Addendum etiam, illud observari in substitutione precaria, *l. nostra*, *l. præced. d. l. Lucius*, §. *Mævia.* Finge: quatuor instituit hæredes, et duos rogavit, ut restituerent hæreditatem: sequemur partes, quas adiecit in institutione. Excipitur tantum unus casus in *d. l. si plures*, nisi alia mens fuerit testatoris. Et adjicit, quod vix credendum est, nisi evidenter fuerit expressum, ut ille ait, *vix*. Nam etiamsi non sit evidenter expressum, veluti verbis couceptis, modo sit evidens voluntas, satis est, quæ colligitur ex multis argumentis et certissimis, *l. licet, de leg.* 1. Et ait Pap. nonnunquam de hac re varie judicatum et rescriptum fuisse ex voluntate, id est, ut Accursius recte ait, ex presumptione voluntatis. Argumentamur autem non tantum a rescriptis, sed a re judicata. Rerum enim perpetuo similiter judicatarum auctoritas, vicem legis obtinet, *l. nam imper. de leg.* Et hoc est, quod ajunt Rhetores, judicatum esse partem juris. Exemplum est, in *l. præced.* Species est: quatuor hæredes scripsi, primum ex uncia, secundum ex duabus, tertium ex tribus, quartum ex semisse, et rogavi primum solum, vel primum et secundum, ut cohæredibus suis hæreditatem restituerent acceptis ab uno quoque 10. aureis. Æquales partes fecit dandæ pecuniæ. Ergo evidens est voluntas, evidens est, voluisse eum, ut æquales haberent partes in fideicommisso, cui nullas adscripserit partes. Nam in dubiis ex comparatione alterius rei ducitur certa conjectura, ut in casu *l. 1. de reb. dub.* Hoc judicio fuit testator, ut tertius et quartus darent æquales partes pecuniæ, etiam hoc judicio fuisse videtur, ut æquales haberent partes in fideicommisso. Sed si tertium jusserit dare 30. quartum 60. quæ summa, si animadvertis cougruit portionibus hæreditariis: nam ex institutione altero tanto aplius habet quartus, quam tertius: ergo etiam quartus altero tanto debet amplius dare, quam tertius. Idem etiam esse existimo, ut habeant hæreditarias partes in fideicommisso, si summa illa non omnino congruat portion. hæreditariis, dummodo sit dispar, si non congruat, sed videatur congruere propter disparitatem. Et ita videtur accipienda *l. utrum*, §. *ult. de reb. dub.* Idemque erit, si hæres cogatur restituere nulla adjecta summa, namque servabitur portio rerum hæreditariarum. Alterum exemplum hic proponitur. Species est: rogavit testator hæredem, ut aliis cohæredibus suis, qui omnes erant scripti ex partibus inæqualibus, restitueret partem suam, et non dixit simpliciter hæredibus restituito, vel cohæredibus tuis, sed dixit, tertio et quarto restituito, qui erant cohæredes; an in fideicommisso habebunt æquales partes, quales habuerunt in institutione? Minime: habebunt viriles partes, quia propriis nominibus expsessis relictum est fideicommissum. Qui exprimit propria nomina, enumerat personas. Enumeratio autem

personarum hunc effectum habet, ut exæquentur in fideicommisso, *l. si hæred. nomin. de l.* 1. Et ita in *l. cui fundus, de cond. et dem.* Si quis ita legavit duobus, *lego Cajo et Titio fundum, si hæredi centum dederint:* enumeratione personarum conditio dandæ pecuniæ divisa videtur, adeo ut singulis offerendo 50. perveniant ad legatum, nec cogantur offerre 100. *l. si quis leg.* §. *ult. de cond. et dem.* Et eadem forma *in l.* 8. *quibus mod. ususfr. amit.* Commemoratio temporum, repetitionis potestatem habet : legavit usumfr. in annos singulos, repetisse videtur usumfr. singulis annis. Itaque si usufructuarius sit hoc anno capite minutus, finitur ususfr. hujus anni, sed redit sequenti anno. Ergo si hæredem cohæredibus restituere rogaverit, cohæredes ex fideicommisso ferent portiones hæreditarias: si tertio et quarto restituere rogaverit, ferent viriles partes. Enumerat personas, qui nomina propria exprimit : ergo viriles partes servari vult : ut viritim eos recenset, ita viritim eos honorat. Sed qui cohæredes dicit, non personas exprimit, neque numerum earum, sed qualitatem: nam quum dicit *cohæredes*, vel *hæredes*, hæredes dicit, pro qua parte hæredes sunt: nam ultra eam partem non sunt hæredes. Ergo partes hæreditarias servari vult. Sed quid fiet, si utrumque dixerit, *Titio et Cajo cohæredibus tuis*, *vel cohæredibus tuis?* si præposuerit sive præmiserit nomina propria, servantur viriles partes, quia appellatio hæredum vel cohæredum, quæ subjicitur pro demonstratione est, et omnis demonstratio abundat. Sed si dixerit, *cohæredibus tuis Titio et Cajo*, servantur partes hæreditariæ, et propria nomina sunt pro demonstratione, ergo abundant, *l. si communis servus*, *de stip. serv.* Et notandum, hanc distinctionem servari in stipulatione servi communis : nam si sit stipulatus dominis suis, simpliciter dominis acquiruntur portiones dominicæ, si stipulatus Titio et Cajo, qui erant domini, debentur viriles : idem sequemur, si ab hæredibus legatum sit relictum : nam si ab hæredibus sit simpliciter, debent hæreditarias partes: si a Titio et Cajo, debent viriles, *d. l. si hæredes nominatim.* Idemque sequemur in his, quæ dantur conditionis implendæ causa : *Illi lego si hæredibus meis dederit* 100. dare debet pro rata partium, ex quibus sunt hæredes mei. Verum si dixero, *si dederit Titio et Cajo*, dare debet viriles, *l. statuliber*, *in fi. de stat.* Et in omnibus his casibus, si utrumque dixerit, et nisi hæredes appellaverit, sequemur quod diximus supra. Nec his obstat *l. proinde*, *de stip. serv.* Si quis stipulatus sit nominatim omnibus dominis suis, debere dari partes dominicas, atqui stipulatus est nominatim: ergo debentur viriles : *nominatim* illo loco, non est *nominibus dominorum expressis*, sed *nominatim*, est, *sub commemoratione omnium.* Nihil etiam obstat *l. sive a ceteris*, *de duobus reis :* quæ exibet negotium omnibus. Legavit testator ab hæredibus certis (nominatim ergo) a certis personis hæredum debent, inquit, partes hæreditarias (imo viriles). Sed distinguamus: aut legat ab omnibus propriis nominibus expressis et debent viriles, aut legat certis personis hæredum propriis nominibus expressis, et debent hæreditarias : ergo non videtur eorum nomina expressisse, ut eos exæquaret, sed ut eos secerneret a ceteris, ut ceteros exoneraret: at corrupta est hac in re *lex turpia*, §. *ult. de leg.* 1. *si pars hæredum nominata sit in legando, viriles partes hæredes debent; si vero omnes, hæreditarias.* Quod ait, *si vero omnes, hæreditarias,* est certissimum, sed prius illud est falsissimum, quia noluit eos exæquare, sed coactus est nomina exprimere: legendum igitur est, *si personæ hæredum nominatæ sunt in legando.*

Ad L. I. de Bon. poss. furios. infant. etc.

Furioso Titius substitutus est : bon. possessionis tempus, quandiu furiosus in eadem conditione est, neque institutio, neque substituto cedit : nec si curator furiosi nomine possessionem accipere potest, idcirco spatium temporis, quod scientibus præfinitum est, videbitur cedere : nam et pater infanti filio possessionem accipit, quo tamen cessante infans non excluditur. Quid ergo si curator accipere nolit, nonne justius, atque utilius erit ad eundem modum proximo cuique possessionem dari, ne bona jaceant? quo admisso substitutus cautionem præstare cogitur omnibus his, quibus bona restitui debent, si forte institutus in eodem furore decesserit, aut compos mentis effectus, ante mortem obierit, quam hæreditatem agnosceret : nam et fieri potest, ut vivo furioso substitutus decedat, nec tamen furiosus obstet ceteris, si prius et ipse decesserit quam hæreditatem acquireret.

Titulus est de bonor. poss. furioso competente, muto, cæco, etc. competit, quæ delata est, et defertur ex edicto statim, vel postea ex decreto prætoris, furioso, furiosive nomine ex decreto; ceteris, ceterorumve nomine ex edicto. Et his personis furioso, infanti, adjungo etiam municipes, id est, cives civitatis cujuslibet ex *d. l.* 14. nam de omnibus his personis dubitatur, an competentem sibi bon. poss. sec. tab. vel ab intestato unde legitimi, aut unde cognati petere possint, et an eis cedant dies petendæ bon. poss. præstituti edicto successorio. Ac primum de surdo et muto dubitatur.

Igitur adire hæreditatem non possunt. Mutus non potest, quia verba aditionis loqui non potest, *l. eum qui*, *de acq. hær.* et est actus legitimus, id est solemnis, quique fit solemnibus verbis *l. act. de reg. ju.* Surdus adire non potest, quia non potest audire sibi testimonium perhibentes: nam non aditur hæreditas, nisi testibus præsentibus, qui appellantur ab eo, qui vult adire, hoc fere modo, *vos, Quirites, in hanc rem testimonium perhibetote.* Invocat testimonium illorum. Ergo ut etiam id exaudiat, necesse est: hinc est, quod apud Paulum 3. *Sent. tit. de testam.* cæcus dicitur te. t. fac. posse, quia accipere potest adhibitos testes, et quia loqui potest: et adjicit, et potest audire sibi testimonium perhibentes: et auditus, et loquelæ capax est: at mutus et surdus pro hærede gerere possunt: atque ita hæreditatem acquirere *l. 5. de acq. hær.* possunt bon. possessionem petere, per se, vel per procuratorem: nam et procuratorem sibi instituere possunt, *l. mutus de proc.* puta mutus potest interrogari, an eum velit sibi procuratorem esse: nutu significabit, se id maxime velle: surdus autem id edicendo palam, et ab eo, quem nominavit, suscepto mandato, suscepta procuratione, quæ suscipitur etiam tacite: nam mandatum etiam tacito consensu contrahitur. Et pro hærede gerere possunt, ut dixi, quia hic modus acquirendæ hæreditatis, neque auditionem, neque locutionem requirit. Et pertinet ad hoc, quod dixi de nutu *l. servo*, §. *si pupil. ad Treb.* Hæc autem ita procedunt, si scilicet rem intelligant, si non sint rerum imperiti *l. 2. h. t.* nam si nihil intelligant, ut non raro sunt, qui his vitiis laborant, curator eis datur, *l. 3.* §. *ult. de postul.* et per curatorem hunc petent bonor. possessionem, *d. l. servo invito*, §. *pen. ad Treb.* nec poterunt sibi instituere procuratorem. Et hoc est, quod ait *l. mutus, de proc.* mutus et surdus per eum modum, qui procedere potest, procuratorem dare possunt, id est, si intelligant, quid agatur, si rerum ignari non sint. De cæco etiam dubitabatur, an bon. possessionem petere possit, et an ei cedant dies petendæ possessionis, quia non cernit, quod agatur quod tamen res non exigit, sed quia etiam cæcitas deputatur vitio in quibusdam causis: nam cæci hodie non possunt testamentum facere, nisi adhibita majori quadam solemnitate, *l. hac consult. C. qui testam. fac. poss.* et pro alio postulare non possunt, *l. 1.* §. *casum*, *de postul.* at adoptare possunt, *l. etiam cæcus*, *de adopt.* possunt sibi procuratorem instituere, ut Paulus scribit 4. *Sent. tit. de manum.* nec eis datur curator ob cæcitatem: et si tutores dati sunt, possunt auctoritatem interponere contrahenti pupillo, *l. etiamsi tutor*, *de auctor. tut.* et judicandi officio fungi possunt, *l. cæcus, de judic.* et postremo hæreditatem adire possunt, quæ eis competit, vel bonorum possessionem petere per se vel per procuratorem, si modo quid agatur intelligant. Quidam sunt cæci et mente et oculis, quibus est æquum dari curatorem. Nam curator datur omnibus, qui suis rebus superesse non possunt. De municipibus etiam dubitabatur, quia est incertum corpus, an eis institutis hæredibus, vel ab intestato delata hæreditate liberti civitatis, an iis competeret bonorum possessio, et competentem an petere posseut: quia vix universi municipes consentire possent, et consequenter, an eis cederent dies petendæ bonorum possessionis? nam non cedunt, nisi his, qui petere potuerunt, et scierunt sibi competere. Et hac de re eodem libro tractasse Papin. constat ex *l. 14. ad municip.* in qua sic scribit: *municipes intelliguntur scire, quod sciant hi, quibus summa Reipub. commissa est:* effectus hujus sententiæ nullum profertur exemplum. Sed respicit, dum hoc scribit ad bonorum possession. cujus dies scientibus tantum procedunt, ut ait idem Papin. *l. 1. hoc tit.* scientibus sibi competere possessionem morte alterius, *l. 2. quis ordo in bonor. possess. servet. l. 2. qui admit. ad bonor. possess.* Et ita dies adeundæ hæreditatis procedunt scientibus tantum, juxta formulam aditionis sive cretionis, *in diebus 100. quibus sciveris, poterisque.* Ergo secundum *dict. l. 14.* municipibus cedunt dies, quibus actor civitatis vel syndicus scivit municipibus delatam esse hæreditatem. Nam quod scit actor civitatis, cives scire intelliguntur. Et eodem meo judicio referendum est, quod est in *l. ult. de jur. et fact. ignor.* Impuberes sine tutore agentes, nihil scire intelliguntur: ergo eis non cedunt tempora petendæ bonorum possessionis: et e contratio impuberes sub tutore agentes scire intelliguntur quod tutor scit. Valet argumentum ab actore civitatis ad tutorem pupilli, *l. qui solidum, de legat. 2.* Civibus vel municipibus cedunt dies, quibus actor scivit reipublicæ competere bonorum possessionem. Ergo pupillo cedunt dies, quibus tutor scivit pupillo bonorum posses. competere. Et ita est proditum in *l. 7.* §. *ult. de bonor. possess.* De patre magis dubitatur, an scilicet infanti cui debita est bonorum possessio cedant dies, quibus pater hoc scivit, et loquitur de filiofam. nam emancipatus tutorem habet, et sine tutore nihil scire intelligitur, *l. pupill. de acquir. hæred.* nisi intelligatur scire, quod scit pater, de quo est magna quæstio: nam in hac l. 1. apertissime Papin. ait, dies quibus scit pater filio suo infanti competere bonorum possessionem, infanti non cedere, contra *d. lex 7.* §. *ult.* ait, *dies quibus tutor scit, etc.* fateor cedere dies, quibus tutor scit: dies quibus pa-

ter scit, nego cedere: nitor hac l. 1. optima ratione. Et videtur in *d. l. 7. §. ult.* duplex fuisse scriptura: alii habent, tutor, alii pater, et utraque relicta est perperam: nam falsum est, dies, quibus scivit pater, cedere infanti. Et alia est causa tutoris, alia patris, et ne cavillemur, ut fit vulgo, duobus modis, dies quibus pater scit, cedunt infanti: in ejus utilitatem, inquiunt, non in damnum ejus, hoc est cavillari: nam quid est *cedere dies?* præscriptione dierum excludi, nisi intra eos petierit, cui competit bonor. possessio; proficit ei præscriptio dierum, si venerit intra eos dies, vel rursus nocet, si post eos venerit. Et rursus male dies quibus scit, placet currere patri scil. sed non infanti: quod etiam cavillari est, et ridiculum: nam dies non cedunt nisi ei, cui competit bonorum possessio, id est cui delata est: et huic cedunt, etiamsi per se non potuit petere, ut si fuerit infans vel quis alius, sed hoc modo dies cedunt ei, cui competit bonorum possessio, etiamsi non per se, sed per alium potuerit petere, veluti per procuratorem: non cedunt autem ei, cui non competit, etiamsi alii potuerit petere: ergo non cedunt patri, licet, potuerit infanti petere, quia non delata est patri, sed infanti. Igitur hoc dico, dies non cedere infanti, quibus pater scivit. Cujus sententiæ ratio est: pater infanti petere potest bonorum possessionem, quia non potest infans bonorum possessionem petere sibi, cum fari non possit, *l. 7. §. pen. de bonor. possess. l. si infanti, C. de jure delib. l. 1. C. Theod. de cretione vel bonorum posses.* Pupillo, qui excessit infantiam, pater non potest petere bonorum possessionem, sed ipse pupillus sibi petit, jubente vel ratum habente patre. Infantis nomine significatur minor septennio, non pupillus. Et ideo in *Instit. de hæred. qual. ait, mutum, surdum, et infantem non posse testamentum facere, posse tamen capere alieno testamento.* Infanti adjungere oportet et pupillum ex Theophilo. Omnino ex eo possis constituere, majorem esse tutoris auctoritatem, quam patris hac in re: nam tutor pupillo petit bonorum possessionem, *l. 7. et 8. de bonor. possess.* pater non petit nisi infanti: neque est nova hæc differentia inter patrem et tutorem: nam et fœmina tutore auctore testamentum facit, ut est in *fragm. Ulpiani*, patre auctore testamentum non facit, *l. 6. qui test. fac. poss.* et pupillus tutore auctore obligatur ex stipulatione: patre auctore non obligatur, *l. ult. §. pen. de verb. obligat.* Similiter in hoc proposito: quod scit tutor, pupillus scire intelligitur: quod scit pater, filius scire non intelligitur: et ideo dies petendæ bonorum possessionis, ut aperte demonstrat Papinianus, quibus pater scivit, filio non cedunt: vel ut alias ait *l. 3. quis ord. in bonor. possess.* scientia patris, non nocet filio: scientia tutoris, nocet pupillo: et pupillo cedunt dies, quibus scivit tutor. Nam et in plerisque aliis causis scientia tutoris, vel dolus nocet pupillo, *l. non solum, §. pen. de lib. causa.* Ergo neque curatoris, qui furioso, neque patris, qui infanti petit bonorum possessionem, scientia et cessatio furioso vel infanti nocet. Curatoris, qui petit furioso bonorum possessionem, scientia non nocet: tutoris tamen scientia nocet pupillo. Sed de furioso, qui habetur similis infanti plenius dispiciamus. Curator ergo potest furioso petere bonorum possessionem, non quidem edictalem, quia defertur tantum sanis hominibus, *l. 1. §. furiosi, de success. edic.* sed potest petere decretalem, *2. §. si quis, ad Tert. l. ult. §. non itaque, C. de curat. fur.* Cur datur decretalis? Quia scilicet potest fieri, ut furiosus recipiat sanitatem, et recepta sanitate moriatur, nondum ex edicto petita bonorum possessione, quo casu nihil transmitteret in hæredem suum. Succurritur ei decreto, id est, mature petita a curatore bonorum possess. decretali. Decretum proficit ad transmissionem, quod remedium decreti adhibetur in multis aliis causis, *l. 1. ad Tertull. l. scriptus, de Carbon. edict. l. 4. de bon. lib. l. ventre, de acquir. hæred. et l. illud. §. ult. de bonor. posses. contra tab.* Sed si furiosus in eodem furore decesserit, quamvis ejus nomine petita sit bonorum possessio decretalis, nihil transmittit in hæredem suum: et ideo furiosi nomine postulatur cautio de restituenda hæreditate his, ad quos perventura esset, si furiosus hæres institutus ac proximus agnatus non esset, videlicet in casum, *si moreretur in eo statu inops mentis, d. l. ult. §. tali.* Et curator furiosi solvendo legata accepta bonorum possessione decretali furiosi nomine exigit cautionem a legatariis, *l. Licinius 48. §. ult. de legat. 2.* Ergo bonorum possessio decretalis est sine re, nisi resipiscat ante mortem, et evincit hæreditatem fiscus vel hæres legitimus, si in eodem statu moriatur infirmato decreto, *l. hæres de petit. hæred.* Sed quid fiet, si curator furiosi non petierit bonorum possessionem decretalem? Finge: furioso hærede instituto, Titius ei substitutus est vulgari modo, non ad exemplum pupillaris substitutionis secundum constitutionem *legis humanitatis, de impub. et aliis substitut.* curator noluit petere bonorum possessionem, dies non cedunt substituto, quia speratur institutus, quia potest venire institutus sanitate recepta, et quandiu institutus speratur, substituto locus non est, *l. quandiu, ff. de acqu. her.* non cedunt etiam dies furioso petendæ bonorum possessionis. Ergo furioso nulla cedit bonorum possessio. Potest ei peti decretalis per procuratorem, sed non edictalis: et quamvis non sit petita, ei non

cesserunt dies, quibus curator scivit: nam quod scit curator furiosi, et furiosus non intelligitur scire, sicut quod scit pater, filius non intelligitur scire. Quid igitur fiet ? an fiet mora creditoribus, quorum interest, ut sit aliquis bonorum possessor, ne diutius bona vacent, jaceant? *ad eundem modum*, id est, sub hoc modo, ne tempora cedant furioso, *proximo cuique ex decreto datur bonorum possessio*. Et dum ait, *proximo cuique*, respicit ad illa verba edicti, *tum uti proximum quemque hæredem esse oportet*. Ergo datur interim bonorum possessio substituto, quamvis nondum substitutioni locus sit, decretalis scilicet: nam proximior est causa substituti, proximior causa testati, sed substitutus præstabit cautionem, ut sæpe alias evenit, ne creditoribus fiat longior mora, ut primum hæredi scripto sub conditione detur bonorum possessio ante conditionem, *l. 6. de præt. stipulat:* Et eadem ratione hæreditas restituitur ante conditionem fideicommissi, ne bona jaceant, *l. apud Jul. l. 9. ult. et pen. de tempor. præscript.* Sed ubique præstatur cautio: et ita hic substitutus, cui datur bonorum possessio, cavebit de restituendis bonis hæredibus legitimis, si furiosus in eodem statu decesserit, vel si compos mentis effectus decesserit, nondum agnita bonorum possessione. Sed dices: in eum casum substitutioni locus erit, non legitimis hæredibus: cur igitur cavebit? Est quiddam adjiciendum, ut hic cautioni locus sit, nempe substitutum mortem obiisse vivo furioso. Denique hoc cavet substitutus accepta decretali, legitimis hæredibus bona restitutum iri, si ipse decesserit vivo furioso, ac decesserit furiosus in eodem statu, vel factus compos mentis nondum adiverit hæreditatem, quæ est sententia Pap. in hac lege 1. Et dum ait *quo admisso*, hoc est, eo concesso, ut interim detur bonorum possessio proximo cuique, quod dixit ante. Ne interpretemur, *quo admisso*, id est, substituto admisso. Et breviter hæc omnis l. 1. quum loquitur de furioso, est accipienda de bonorum possess. decretali, cum autem loquitur de infante, est accipienda de bonor. possessione edictali: nam infanti edictalis defertur: et ideo infans transmittit jus deliberandi in patrem vel avum, in cujus potestate est, vel si sit sui juris, in hæredem suum, si moriatur intra annum, *l. si infanti, l. seq. C. de jur. delib. Novell.* 158. Accipere possessionem, id est, ex decreto. Ad ea quæ diximus superest, quod addamus. Quæritur, qua de re nondum tractaveram, *an dies bonorum possessionis, quibus curator adolescentis scivit competere bonorum possessionem, adolescenti cedant, et an scientia curatoris adolescenti noceat?* Et statim dicerem non nocere, *l. 5. de jur. et fac. ignor.* nemini scientiam alterius nocere, et dicerem ab ea generali definitione excipiendum tutorem pupilli, et actorem civitatis, sive syndicum: nam scientia tutoris pupillo nocet, dies quibus tutor scivit, nocent pupillo cessante tutore in petenda bonorum possessione. Scientia quoque syndici municipibus nocet, et dies, quibus actor scivit, Reipubl. procedunt: nam potuit tutor petere bonorum possessionem, *l. 7. §. pen. et l. 8. de bonor. possess.* actor quoque potuit Reipublicæ, sive municipibus petere bonorum possessionem, *l. 7. §. ad municip. de bonor. possess.* Comparatur, ut dixi, tutor actori sive syndico, *l. qui solidum*, §. 1. *l. 3. C. de jure Reipubl. lib.* 11. Curator autem non potuit petere bonorum possessionem: nam sibi ipse adolescens potuit etiam sine curatoris auctoritate: tantum abest, ut ei curator possit petere inscienti, ut ipse si petat, necesse non habeat curatorem adhibere, quem habet. Nam hoc tantum de pupillo proditum est in *d. l. 7. §. pen.* pupillum non posse petere bonorum possessionem sine tutoris auctoritate. Ergo aliud est in curatore adolescentis. Accurs. *d. l. 7.* idem esse existimat in curatore adolescentis, adhiberi eum non oporteat, et ut in aliis causis, ita et in hac quoque causa abutitur *lege si curatorem, C. de in integ. restit.* Idem, inquam, esse existimat in curatore adolescentis: tamen si idem esset in adolescente, et curatore ejus, non fuisset grave Jurisconsulto pupillo adjungere adolescentem. Igitur quum quid scribitur de impubere, hoc argumentum præbet idoneum ad existimandum aliud esse in pubere: nam casus *leg. si curatorem, C. de in integr. restit.* non debet trahi ad alios casus: est de adolescente alienante res suas, quæ alienatio non valet, si habeat curatorem, et non fiat auctor curator. Ergo in alenatioue rerum adolescentis est necessaria curatoris auctoritas. Et similis adolescens est prodigo, nam utrique curator rerum administrator constituitur: hoc est, munus curatoris, nec sine eo quicquam adolescens vel prodigus rerum suarum administrare potest; et ideo alienare non potest sine auctoritate curatoris: ceterum poterit se obligare veluti ex stipulatione etiam sine auctoritate curatoris quem habet, ut *l. puberes, de verb. obligat.* Puberes obligantur sine curatoribus suis: ergo habent curatores. Ac præterea adolescentes hæreditatem adire possunt sine curatore suo jure. Si hujus auctoritas ei esset necessaria in adeunda hæreditate, non sufficeret auctoritas prætoris, *l. cum nulla*, §. *ult. de appellat.* Ergo potest etiam adolescens petere bonorum possessionem sine curatore: ipse autem curator non potest sine adolescente. Ergo merito dies, quibus curator scivit, non cedunt adolescenti: scientia curatoris non nocet adolescenti, tutoris et actoris nocet: quia tutor potuit petere bo-

mine pupilli, actor nomine Reipubl. qui potest alii petere, ejus scientia alii nocet. Neque tamen ex eo inferendum est, quicumque potest alii petere, ejus scientiam alii nocere. Sed constituere possis hoc recte: si quis non possit alii petere, ejus etiam scientiam non nocere. Illud non est perpetuo verum, si quis possit alii petere, et scientiam ejus alii nocere. Nam ut ostendit hæc l. 1. curator potest furioso petere, et scientia tamen ejus non nocet furioso, id est, non cedunt dies furioso. Item pater potest infanti petere, et scientia tamen patris non nocet infanti. Major est auctoritas tutoris, quam patris in hac re, ut et in aliis quibusdam: tutor igitur accedit propius ad personam pupilli, eumque repræsentat magis, quam pater filium, adeo ut passim loco domini habeatur, qui scilicet habeat imperium et potestatem in pupillum, *l. tutor qui tutelam, de adm. tut. l. qui Stichum*, §. *si tutori, pro empt.* Plus est esse dominum, quam patrem. Ergo tutoris (*) quidem scientia nocebit pupillo, sed non potest jure scientia patris infanti nocere. Et supposititia sunt hæc verba, *aut pater*, in *d. l.* 7. §. *ult.* et certe omnino pugnant cum hac *l.* 1. et cum *l.* 3. *quis ordo in bon. possess. serv.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB XVI. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XV. de cond. institut.

Filius, qui fuit in potestate sub conditione scriptus hæres, quam Senatus aut Princeps improbant, testamentum infirmat patris, ac si conditio non esset in ejus potestate: nam quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.

Filiusfam. non potest a patre institui sub qualibet conditione: potest institui sub conditione, quæ sit in ejus arbitrio vel potestate. Si filiusfam. a patre hæres institutus sit sub conditione, quæ non est in ejus potestate, nec sit exhæredatus sub contraria conditione, non valet institutio, et filius pro præterito habetur: ergo omnino testamentum inutile est, *l. Lucius, de condit. et demonstr. l.* 10. *l. ult. h. t. l.* 4. *l. jam dubitari, de her. instit.* ceteri liberi, puta filia vel nepos, neptis, et alii, possunt institui sub qualibet conditione.

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 13.

Primum ea conditio non est in potestate filii, quæ est impossibilis, veluti, si digito cœlum tetigerit, si mare ebiberit. Item ea, quæ est difficilis, veluti in *l. cum hær.* §. *ult. de statul.* si millies dederit, id est, millies centena millia, et ut ait, fere impossibilis. Ita etiam *l.* 55. *et l.* 56. *fam. ercisc.* Synesius in epist. et M. Tullius in partitionibus: perdifficilia sunt habenda perinde ac si effici non possint. Item conditio, quæ exspectatur ex casu, ut si navis ex Asia venerit, si Titius Consul factus fuerit. Item ea quæ pendet non tam a voluntate filii, quam etiam ex voluntate alterius, veluti si Titius filium adoptaverit: neque enim invitum adoptabit, *l.* 11. *h. t.* Ac postremo non est in potestate filii conditio, quæ improbata est legibus, vel SC. vel bonis moribus, veluti si uxorem non duxerit, si liberos non susceperit, ut est apud Paul. 3. *Sentent. tit. de testam.* has conditiones improbat lex Julia et Papia. Item hæc conditio, *si tutor pupillam uxorem duxerit*, hanc improbat SC. quod factum est D. Marci temporibus. Item hæc, *si sororis filiam duxerit*, hanc improbant constitutiones Principum, et hanc etiam novissimæ constitutiones, si consobrinam duxerit: nuptiæ inter consobrinam permissæ sunt, sive Digestorum jus spectes, sive Cod. sive Novell. sed prohibitæ per constitutiones posteriores, nec male possis adducere ex constit. Jstin. exemplum, quo utitur Accurs. *l.* 14. *h. t.* si etiam quam suscepit de sacro fonte in uxorem duxerit, *l. si quis alumnam, C. de nupt.* Et incestas esse has nuptias probant, quod sit loco filiæ, quæ cognatio spiritualis dicitur. Contra bonos mores sunt hæc conditiones, si barbaro habitu processerit, vel si muliebri: nam quum dicimus contra bonos mores, non tantum intelligimus contra naturales, sed etiam contra civiles: et si patrem ab hostibus non redemerit, *l.* 9. *h. t.* quod filius non potest facere pietate illæsa: vel si patrono aut patri alimenta non suppeditaverit, quæ res pietatem lædit, nec possis sine rubore negare alimenta patri: verecundiam igitur pulsat ea res, ut ait Pap. *l. pecuniæ, de alimen. leg.* Item si homicidium fecerit, si lenocinium, si adulterium, quæ res existimationem lædit. Filius si sub iis conditionibus instituatur, non valet institutio, quia hæ conditiones non intelliguntur esse in ejus potestate: non est in mea potestate, quod mihi facere non licet. Et eleganter ait Pap. in hac lege, *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam, etc.* vox est Christiano digna. Duas soleo referre opiniones nostrorum: altera est in *l.* 4. *de alien. judic. Prætor non improbat, etc. nam verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, laudanda potius quam vituperanda.* Obstat huic legi ea quæ præcedit l. 14.

quæ est de iisdem conditionibus, quæ sunt contrariæ legibus et constitutionibus. Et ait, sub his conditionibus scriptum pure, scriptum videri. Ergo conditio habetur pro non scripta, ergo filiusfam. in *hac l.* sub conditione scriptus, pure scriptus videtur, et proinde capiet hæreditatem ex testamento, atque si ea conditio adscripta non fuisset: non infirmabit ergo testamentum, quia pure fuit scriptus, vel intelligitur esse. Eam rem attigit Accursius in *l.* 1. *h. t.* sed nihil attulit. Distinguendum est inter filiumfa. hæredem institutum, et extraneum, ceterosque liberos. Lex hæc 15. est de filiofa. qui non potest institui sub omni conditione: nam non potest institui nisi sub potestativa: lex 14. est de extraneo hærede instituto, ceterisve liberis, qui possunt institui sub omni conditione, *l.* 4. *de her. inst. et l.* 6. §. 1. Unde ita constituamus: institutionc filiifa. facta a patre sub conditione inhonesta et turpi vitiari testamentum: institutionem alterius personæ non vitiari: sed explicanda est ratio diversitatis: lex 15. subjicitur l. 14. tacite a l. excepit filiumfa. hæredem institutum: ergo l. 15. satis demonstrat l. 14. esse accipiendam de ceteris personis omnibus: sed cedo rationem differentiæ. Si filiusfa. sit institutus sub conditione illicita a patre suo, in eo prima hæc occurrit ratio, quæ facit, ut non valeat institutio, quia conditio non est in ejus potestate, et ideo ab intestato hæreditatem vindicat, non ex testamento, quia pro derelicto habetur: hæc est proxima ratio: sequenti ratione utitur extraneus solus, ut efficiat, ne habeatur ratio illa adscriptæ conditionis illicitæ, vel turpis, quia impossibilis est conditio: ideo hæreditatem vindicat ex testamento: nam conditiones impossibiles scriptæ in testamentis, pro non scriptis habentur, vel pro mendis habentur, *l.* 1. *h. t.* dum ait, sub impossibili conditione, vel alio mendo factam institutionem non vitiari: et menda haberi pro non scriptis. Ergo excepto filiofam. ceteri hac ratione, quia impossibilis est conditio, relicta sub illa conditione illicita et turpi, ex testamento hæreditatem capiunt, perinde ac si pure instituti essent: nam non tantum impossibilis est conditio, cui rerum natura obstat, sed etiam cui impedimento sunt leges, Senatusc. constitutiones, edicta prætoria, et mores boni tam civiles quam naturales.

Ad L. LXXXIV. de Adquir. hæredit.

Ventre præterito, si filius, qui fuit emancipatus, aut exter, hæres institutus sit, quamdiu rumpi testamentum potest, non defertur ex testamento hæreditas: sed si vacua ventre mulier fuerit, et incerto eo, filius in familia retentus vita decessit, hæres fuisse intelligitur emancipatus, aut exter, non aliter possunt hæreditatem quærere, quam si non esse pregnantem sciant. Ergo si ventre pleno sit mulier, nonne iniquum erit, interea defunctum filium hæredi suo relinquere nihil? Et ideo decreto filio succurrendum est.; quia sive frater ei nascatur, sive non nascatur, patri hæres futurus est: eademque ratio facit, ut emancipato quoque subveniri debeat, qui alterutro casu rem omnimodo habiturus est.

Tractavimus ante hanc quæstionem in *l. scriptus, de Carbon. edict. l.* 15. §. *ult. de inoffic. testam. l.* 41. *de bon. libert.* Hic proponitur differentia una inter filium emancipatum hæredem institutum a patre posthumo præterito, et filium retentum in familia, qui et *suus* dicitur, *l. nepos, de legat. præst. l. adigere, de jure patron.* Et quod dicitur hic de filio emancipato, idem etiam obtinet in extero hærede instituto: qua de causa emancipato jungit extraneum. Sciendum autem est, agnatione posthumi præteriti testamentum rumpi: nam si nascatur, nec agnascatur (non omnis enim qui nascitur, agnascitur, sed qui nascitur agnatus) si inquam, nascatur et non agnascatur, testamentum valet, *l.* 3. §. *ex his, de inj. rupt.* ut si abortum factum sit, *l.* 2. *de post. her. inst.* Item sciendum est, quamdiu speratur posthumus frater præteritus testamento patris, filium emancipatum hæredem institutum non posse adire hæreditatem ex testamento, quia nondum delata est, non posse petere bonorum possessionem edictalem, secundum vel contra tabulas: filium autem suum hæredem institutum præterito posthumo, non posse interim hæredem existere patri ex testamento, etsi vel suus vel emancipatus interim moriatur, dum incertum est, an posthumus nasci possit, et in hæredem suum nihil posse tsansmittere, *l. cum quidam,* §. *quod dicitur, et* §. *sive igitur, de adquir. her. l.* 16. *de lib. et post. l.* 4. *in fin. de bon. poss. cont. tab.* Neuter igitur moriens interim quicquam transmittit ad hæredem suum, non ex causa intestati, quia nondum fuerat ei delata hæreditas ab intestato pendente causa testamenti, quod potest valere non nato postumo: non etiam delata ex testamento, quia in eo erat testamentum, ut rumperetur, si nasceretur posthumus. Et hoc ita procedit, si revera mulier fuerit prægnans. Hoc casu nihil distat suus ab emancipato, quia sive hic, sive ille moriatur, interim nihil transmittit. Sed si putetur mulier esse prægnans, quæ non est, filius emancipatus institutus, qui mulierem esse prægnantem putat, interim non potest adire, dum incertum est, an posthumus nasci possit. Et quia non adivit, nec potuit, nihil transmittit, et hæreditas non adita non transmittitur: et si forte

adivit, nihil egit, quia præfestinavit adire. Emancipatus, nisi sciens certusque uteri vacui, non acquirit hæreditatem, etiamsi adeat: suus acquirit hæreditatem, etiamsi adeat: suus adquirit etiam ignarus, et existimans mulierem esse prægnantem, quæ non erat. Suus acquirit hæreditatem ipso jure, etiam invitus et ignorans statim atque delata est, morte patris: emancipatus acquirit justa et tempestativa aditione. Suus hæres existit, emancipatus fit. Et ideo si mulier non fuerit prægnans, quamvis suus hoc ignoraverit, intelligitur patri hæres extitisse ipso jure; et si decesserit, antequam constaret mulierem non esse prægnantem, ad hæredem transmittit, *l. cum quidam*, §. *suum*, *hoc t. l. illud*, *si pars hæred. pet.* Et hæc est differentia inter suum et emancipatum circa causam transmissionis: cui ut dixi, locus est, si mulier fuerit ventre vacuo: nam si ventre fuerit pleno, et eo incerto moriatur filius suus, vel emancipatus, neuter quicquam transmittit ad hæredem suum, quia nec ex testamento hæres fuit, quod pendebat ex spe præteriti posthumi, nec potuit esse hæres vel hic, vel ille ab intestato, propter testamentum, quod nondum ruptum erat: nam quamdiu testamentum subsistit, cessat jus legitimæ successionis ab intestato, *l quamdiu*, *hoc tit.* Ergo si mulier sit utero plena, neuter intelligitur quidquam transmisisse in hæredem suum. Sed illud videtur esse iniquum, ut nihil suus vel emancipatus transmittat in hæredem, quia per eos factum non est, quo minus hæreditatem acquirerent? sed non quæsierunt, quia nec potuerunt propter spem posthumi. Iniquum ergo videtur, ut rem patris amittant morientes interim nec eam transferant ad hæredes suos ac propterea iniquum videtur, nihil eos transmittere: quia sive postumus nascatur, sive non, in omnem eventum ad bona patris perventuri sunt: si posthumus nascatur, concurrent ei in successione intestati: si vero non nascatur, ex testamento rem patris obtinebunt. Iniquum est repelli eos, si interim moriatur, qui si viverent, omnimodo erant perventuri ab bona patris. Tollenda est igitur hæc iniquitas remedio decreti. Jus civile iniquum est sæpe, asperum, et rigor juris dicitur. Verum subveniemus filio vel suo, vel emancipato ventre præterito, nec vacua muliere, data interim bonorum possess. decretali secundum vel contra tabulas; nam cessat edictalis secundum tabulas, quasi non nascituro posthumo: contra tabulas, quasi nascituro postumo, et commissuro edictum, ut scilicet, tam institutus frater, quam ipse posthumus veniant ad bonorum possessionem contra tabulas, ac si ambo præteriti essent et alius institutus: hoc est, *committere edictum.* Diximus emancipato comparari exterum: an ergo subveniemus etiam extero hæredi instituto ventre præterito, non vacua muliere? Sic videtur: subvenimus enim decreto extraneo hæredi instituto, et proderit decretum, si forte posthumus non nascatur, ut si ante mortuus sit, exter intelligatur transmisisse, *l. scriptus*, *de Carbo. edict. l.* 41. *l.* 42. §. *ult. de bon. libert.* Sed si posthumus nascatur, in hunc casum nihil subveniemus extero, id est, decretum non complectetur hunc casum, quia natus posthumus penitus exterum excludit, non fratrem. Et hæc omnia confirmantur, *l.* 4. §. *tutor*, *l. seq. de bonor. possess. cont. tab. l.* 1. §. 1. *ad Senatusc. Tertull.* Confirmatur a simili ab his, quæ diximus in *l.* 1. *de bon. possess. fur.* dari curatori decretalem bonorum possessionem furiosi nomine, quod deficiat edictum, vel hæreditas transmittatur ad hæredem furiosi. Quæ jure cessat transmissio, inducitur remedio decreti: et non tantum remedio decreti filio subvenitur, sed et hæredibus filii tam emancipati, quam sui. Finge cessasse filium, et non petiisse bonorum possessionem decretalem, an ea res fraudi erit hæredibus? Minime: nam prætor fingens quodammodo filium patri hæredem extitisse, dabit bonorum possessionem. Emancipatus sciens acquirit bonorum possessionem, suus ignorans. Bene alterutro, ut in *l. conditionum*, *de condit. et demonstr.* Obstat *l. si filius*, *de lib. et post.* quæ ponit, filium suum hæredem institutum, nullo dáto cohærede, vel substituto, quod etiam hic ponendum, et posthumum præteritum, et interim, dum incertum est, an posthumus nasci possit, possit filium decessisse, deinde natum posthumum rupisse testamentum. Quo casu lex ait, filium suum videri moriendo patri hæredem extitisse ab intestato, quia, quæ per mortem ejus secuta est agnatio posthumi, declaravit, fuisse locum causæ intestati. Quod si ita est, ergo transmisit, nec opus est decreto, quoniam illa lex ait, jure ita procedere. Diceret quis contra sententiam illius legis; imo filius neque ex testamento, neque ab intestato eo tempore, quo moritur, patri intelligitur hæres extitisse, quia nondum erat certum nasci posthumum, vel non nasci, id est, quia nondum erat certa causa successionis, et qui non est certus, non potest succedere. Sed potes dicere, fuisse causam certam successionis intestati, quia moriente filio, desertum est testamentum patris: deseritur autem mortuo hærede scripto, non acquisita hæreditate: hoc casu autem filius non habuit cohæredem vel substitutum, et ideo moriente filio in ipso articulo mortis, pater fit intestatus, non autem postea nato filio: posthumi agnatio non rumpit testamentum, quod jam nullum fecerat destitutio hæredis scripti, *l.* 5. *de inj. rup.* sed opus est filio decreto, quod tamen non exigit *lex si fi-*

lius, sed loquitur de filio suo, et de jure civili: suo non est necessarium decretum, quia jure civili hæres existit: jure prætorio est necessarium decretum, ad quod pertinet *l. ventre*. Igitur prætor non novit existentiam sui hæredis, sed mistionem: filium suum non habet pro hærede nisi miscuerit se bonis paternis. Emancipato autem filio, de quo non loquitur *lex si filius*, necessarium est omnino decretum ventre præterito. Restat quæstio, quid sit dicendum, si ventre pleno pater intestatus decesserit? Si pater intestatus decesserit filio uno relicto, vel uxore prægnante, inveniemus in plerisque idem jus esse sui et emancipati: rationem tantum esse diversam in acquirenda hæreditate, suum existere, emancipatum adire; suum ignorantem, emancipatum scientem: in quibusdam autem esse discrimen inter suum et emancipatum. Et primum ventre exhæredato, filio instituto vel suo, vel emancipato, post mortem patris ei statim deferetur hæreditas ex testamento, et suus hæres existet, et transmittet ad hæredem suum, etiamsi moriatur, antequam partus edatur. Emancipatus filius poterit adire hæreditatem, et transmittere non expectato posthumo, *l. cum quidam*, §. *sive igitur, de acq. hær.* Exhæredato autem posthumo datur querela inofficiosi adversus hæredem scriptum, qui ex testamento extitit, vel factus est hæres. Exhæredari potest posthumus, licet nihil male mereri possit de patre, quem nunquam vidit, quia scilicet, in perpendenda causa exhæredationis non tantum inspiciuntur merita exhæredati, sed etiam merita matris, et sæpe, qui est bene meritus, jure exhæredatus censetur, si mater fuerit male merita, ut si dicatur ex adulterio susceptus, quod tamen nondum probatum sit, *l.* 3. §. *si emancipatus, de bonor. possess. contra tab.* Quid autem fiet, si instituti sint posthumi, vel si institutus sit posthumus: nam in institutione, et in legato, et in tutela, appellatione posthumi, etiam plures continentur, et qui posthumum instituit, vel posthumo legat, vel tutelam dat, pluribus natis, omnes instituisse, omnibus tutores dedisse, legasse omnibus videtur, *l. qui filiabus*, §. 1. *de legat.* 1. *l.* 7. *de reb. dub. l. si quis ita*, §. 1. *ff. de test. tut.* Quod non ita obtinet in exhæredatione, quæ est damnosa: nam posthumo exhæredato, plurib. natis nemo exhæredatus intelligitur, *l.* 2. *de lib. et post.* Si igitur posthumus et simul filius jam natus instituti sint ex æquis partib. filius suus patri extitisse hæres intelligitur ex asse, nullo nato: et si medio tempore decesserit, intelligitur integram hæreditatem transmisse ad hæredem, quasi quæsitam jure ἀναφαίσεως, existentiæ. Et hoc constat inter omnes, *d. l. cum quidam*, §. *suum*, *l. illud*, *si pars. hæred. pet. in pr.* Et consequenter, si filius suus interim petierit a possessore totam hæreditatem, vel si ab hæreditario debitore peticrit totum id, quod patri debitum erat, nullo nato, recte egisse videtur, et si victus fuerit, videtur rem totam amisisse, *l. si pater*, *de solut. inf.* Et hoc, si posthumus non nascatur. Quid fiet, si unus, duo, vel plures nati sint? pro qua parte interim filius hæres extitisse intelligetur? Hac in re videtur fuisse controversia inter JC. et ita etiam Accurs. affirmat: nam aliud refertur ex Pomp. in *l. cum quidam*, §. *suum*, aliud ex Sabino et Cassio in *l.* 28. §. *ult. de judic.* cui est conjungenda *l.* 3. *si pars. hær. pet.* Et Pompon. hac de re argumentatur a toto ad partem, quod solet eadem esse ratio totius, et partis, hoc modo: si nemine nato filius intelligitur hæres extitisse ex asse, *ergo*, pari ratione servata, uno nato, intelligetur hæres fuisse ex semisse, duobus natis, ex triente, quia scripti sunt ex æquis partibus, tribus natis, ex quadrante, quatuor natis, ex 5. parte, itemque ex sexta parte; et si medio tempore decesserit partu nondum edito, pro numero eorum, qui nati sunt, intelligitur, vel semissem, vel aliam portionem transmisisse in hæredem suum, *d.* §. *suum*: et si interim petierit totam hæreditatem vel totum, quod patri debebatur, antequam certum esset, quot essent nascituri, nec obtinuerit, quidam auctores, ut est proditum in *l. si pater, de solut.* dicebant, nihil eum perdidisse, puto, quia etsi petierit totum, non videtur petiisse partem, cujus erat incertus, *d. l. si pater.* Sed horum opinionem improbat Jul. merito *d. l. si pater*, et ait: eum perdidisse petendo totum medio tempore eam partem, ex qua hæres fuit, antequam curtum esset, neminem nasci, aut tot nasci. Pro qua autem parte interim fuit hæres? Jul. non definit palam, sed ait interim: vel igitur fuit hæres ex semisse, ergo unus tantum nasci potuit: vel ex triente, ergo duo nasci potuerunt: vel ex quadrante, ergo tres: vel ex quinta parte, ergo quatuor. Et ita ponit Jul. sed nihil definit, id est, non definit, pro qua parte interim videatur fuisse hæres: hoc tantum statuit, interim pro parte tantum eum fuisse hæredem videri, et eum partem amisisse petendo totum, non obtinendo. Verum ex *d.* §. *suum*, intelligitur probasse Jul. opinionem, quæ tribuitur Sabino, et Cassio in *l.* 28. §. *ult.* a quibus etiam Jul. profectus est, ut scilicet interim filius intelligatur hæres fuisse uno nato, non ex semisse, ut Pompon. dicebat, sed ex quadrante, etiamsi unum tantum mulier paritura sit. Ergo tres nasci potuerunt. Et hoc accidit non raro, ut nascantur tres: ultra tres nasci rarum est, et portentosum, *l. utrum*, *de rebus dub.* Et JC. non spectant ea, quæ raro eveniunt, idcirco, non spectant quinque

nasci posse, vel quatuor, vel 7. vel 9. vel 11. Picus Mirandula in hymnis scribit, sua ætate Dorotheam quandam gemino partu genuisse 20. uno 9. altero undecim. Septenos tantum genuisse mulieres JC. prodiderunt in *l.* 3. *si pars hær. pet.* quod portentosum esse putant, et hæc, quæ portentosa sunt, non spectant, sed tres posse nasci spectant, et ideo interim filio superstiti designant quartam partem tantum, quæ tamen postea vel crescat pluribus natis, *d. l.* 3. *et* 4. *si pars hær. pet.* Et ideo, si filius superstes interim moriatur, videtur tantum transmisisse in hæredem suum quadrantem, qui tamen similiter postea crescere, vel decrescere poterit. Interim non poterit hæreditatem petere nisi pro quadrante, et si petierit assem, nec vicerit, quadrantem, videtur perdidisse. Atque ita, si et in suo hæc opinio vera est, non erit eadem ratio totius, et partis, non valebit argumentum Pom. a toto ad partem, quod etiam nonnunquam fallit in jure, ut in casu *l. ex mille, de evict.* Quid ergo? Dicesne hac in re pugnare inter se JC.? Dicesne *d.* §. *suum* pugnare cum *d. l.* 3. *si pars hær. pet. et l.* 28. §. *ult. de jud.?* Quod facile quivis crederet statim, sed valde probabo, si dixeris, §. *suum*, locum habere in suis, de quibus etiam loquitur nominatim, ergo ignorantes hæredes existunt: et ideo, si nullum est paritura mulier, tacito jure hæredes existunt ex asse: si unum est paritura, ex semisse: si tres, ex triente; quandoquidem cum posthumo pro parte hæres fuisset scriptus ex æquis partibus: lex 28. locum habet tantum in emancipatis, vel extraneis hæredibus, ut scilicet interim non possint adire hæreditatem nisi ex quadrante. Et hac distinctione adhibita non infirmabitur argumentum a toto ad partem, quod notandum. Et hæc, quæ diximus de filio, et posthumo hæredibus institutis ex æquis partibus, et de differentia, quæ eo casu intercedit inter suum, et emancipatum, locum etiam habent, si pater intestatus decesserit relicto uno filio, et uxore prægnante: namque ab intestato æquales partes fiunt, et ideo nullo nato filius suus intelligitur hæres extitisse ex asse, uno nato ex dimidia parte, pluribus natis pro numero natorum, *d.* §. *suum*, *et l. intestato*, §. *est autem*, *de suis*, *et legit.* Emancipatus autem, sive nascatur posthumus, sive non, interim adire poterit pro quadrante tantum, qui tamen crescere poterit, et decrescere, *d. l.* 3. *l. seq. ff. si pars hær. pet.* Erit in emancipato idem stylus indistincte, sive hæres institutus fuerit cum posthumo ex æquis partibus, et hæreditatem adierit: namque adibit pro quadrante tantum, sive pater intestatus decesserit relicta uxore prægnante, et filius emancipatus item petierit bonorum possessionem unde legitimi: namque adire potest ex testamento, vel bonorum possessionem petere pro quadrante, etiamsi incertum sit, quot sint nascituri, id est, etiam si plane nesciat suam partem, modo certus sit de eo, quod agit, modo cetera sciat, quæ eum scire oportet, veluti delatam sibi hæreditatem morte patris, *l. illud*, §. 1. *si pars hær. pet.* Et ita hæc differentia quam ostendi, valet inter suum et emancipatum etiam ab intestato. Verum nulla est differentia inter suum et emancipatum, si filius sit institutus ex certa portione, veluti ex triente: nam uno vel pluribus natis nihil refert; ex ea tantum portione filius suus extitisse intelligitur. Emancipatus, si adierit hæreditatem, quæsiisse intelligitur, residuum servatur posthumis; nullo autem nato, ex asse hæreditatem acquisiisse intelligitur, *l. illud*, §. 1. quasi ab initio asse relicto, *l. utrum*, *de rebus dub. l. hær. de acq. hær.* causa testati trahente ad se causam intestati, vel hæredi scripto ex certa portione accrescente residua portione, quæ deficit nullo posthumo nato. Et idem, quod diximus in filio emancipato, obtinet in extero hærede scripto: nam ab intestato exter non venit.

Ad L. XXVI. Si quis omis. caus. test. ?menti.

Julianus scribit, patrem qui filiam sibi substitutam jussit adire hæreditatem, legata, quæ ab ipso data sunt ex sententia edicti, præstiturum: quoniam filia patri substituitur in casu, ut non arbitrium eligendi relinquatur, sed si varia legata supra dodrantem data sint, eorum prius rationem habendam, quæ a filia relicta sunt: non enim caret dolo pater, qui honore proprio omisso, propter compendium alienam institutionem maluit. Denique si filiæ pater substitutus adiit hæreditatem, nihil eum dolo facere Julianus existimat: quia nemo filiæ patrem contra votum parentum substituere videtur, sed ut arbitrium eligendi relinquat.

Hæredes sæpe instituimus eos, qui et ab intestato hæredes nobis erunt ex æquis partibus. Quid ergo? frustra igitur eos hæredes instituimus? imo vero non frustra, quia ideo instituimus, primum ut judicio nostro honoremus; est enim institutio honor; deinde, ut oneremus legatis, vel libertatis relictis, quibus onerari non possent codicillis factis ab intestato, §. *præt. Inst. de fideicom. hær.* nihil in codicillis directe factum valet, si fiant ab intestato, vel si facto testamento non confirmentur. Et hinc ex iis plerique hæredes instituti, qui et lege nobis essent hæredes sine testamento, ut ea onera vitent, omittunt causam testamenti, spernunt testamentum, et amplectuntur hæreditatem ab intestato, ne scilicet præstent legata tastamento

relicta, quæ scilicet ab intestato debentur. In quo Pap. indicat esse compendium, quoniam integram hæreditatem capiunt ab intestato sine delibatione ulla, et ita fraudem faciunt legatariis, et voluntati defuncti. Quamobrem huic fraudi, doloque malo occurrit prætor hoc edicto, *si quis omissa causa.* Quomodo occurrit? data in eos utili actione legatorum, causa cognita, perinde atque si ex testamento essent hæredes: legata non debentur nisi ex testamento: testamentum nullum est, quia omissum est, defertum, destitutum: ergo non debentur. Sed hoc edicto dolus vindicatur ejus, qui omisit testamentum in necem legatariorum, ita scilicet ut perinde obligetur legatariis, atque si ex testamento hæreditatem quæsiisset. Est etiam edicto locus in substitutis, qui prætermissa substitutione ab intestato hæreditatem capiunt, ut loquitur *l. si ab intest. h. t.* nam et substituti instituti sunt. Quid est substitutio? Institutio, quæ fit in locum alterius institutionis, vel latius, institutio hæredis quam quis facit sibi, vel liberis suis, non habentibus jus testamentum faciendi, et hæredis instituendi sibi, in hunc casum, si anterior institutus defecerit: liberis suis, in hunc casum, si ante moriantur; quam jus habuerint hæredis instituendi. Est etiam huic edicto locus in patre, qui potuit quærere hæreditatem defuncti per filium institutum: et in domino similiter, qui defuncti hæreditatem quærere potuit per servum hæredem institutum, et non jussit adire hæreditatem: jussum exigitur patris vel domini: non jussit autem adire ex institutione filium vel servum dolo malo, ut vel ipso jure ab intestato succederet defuncto, vel filius omisso testamento, *l. 1. §. 1. l. si filius meus, h. t.* Et hujus rei inspectio proprie pertinet ad *h. l. Jul.* quæ merito subjicitur legi præcedenti: lex, quæ præcedit, est de domino, lex sequens est de patre: proximitas sive confinium utriusque demonstrat hac in re nullum esse discrimen inter dominum et patrem. Exponamus primum speciem in domino. Dominus hæres est institutus, et servus ejus substitutus est ei, et ab utroque sunt legata relicta: dominus noluit adire ex institutione dolo malo ne præstaret legata a se relicta gradu institutionis, quasi destituta institutione destituatur et id omne, quod ei adhæret: nihil egit: nam ea legata præstabit ex sententia ejus edicti, salva tamen Falc. nec enim amittit Fal. quamvis id egerit, ut intercidereut legata, et quantum in eo est, interciderunt, *l. duo, §. ult. hoc t.* Nunc ponamus speciem in patre eodem modo. Pater institutus est hæres, filius ei substitutus est, ab utroque relicta sunt legata: pater noluit adire ex institutione, jussit filium adire ex substitutione: præstabit legata non tantum relicta a substituto, sed et legata relicta ab instituto, quia filius vel filia substituitur patri: non ut arbitrium eligendi eis relinquatur, utrum ex institutione suo nomine hæreditatem acquirat, an per filium ex substitutione; non, inquam, ut ei relinquatur arbitrium quærendæ hæreditatis ex institutione, vel ex substitutione, utrum maluerit, sed filius vel filia substituitur patri in casum, puta, si acciderit, ut pater non possit adire, vel si pater ante aditam hæreditatem mortem obierit. Et ita dixit in casu *l. 1. §. 1. ut leg. nom. cau. l. filium, §. 1. de fideic. lib.* aliter in eventu, *l. sed etsi dim. in fin. de acq. hær.* Ergo pater, qui omisit institutionem, et filium substitutum sibi jussit adire ex substitutione, legata a se relicta etiam præstat ex sententia hujus edicti. Ergo non caret dolo pater, qui honore suo omisso, id est, neglecta institutione, mavult alienam institutionem, id est, substitutionem filii, cujus emolumentum ad eum redit, qui affectat compendium illud, hoc est, integram hæreditatem sine delibatione legatorum. Et potest hæc sententia aptari multis casibus, et aptari audivi in Senatu contra aliquem, qui quod compendiosior esset cathedra juris civilis, optabat deponere cathedram juris canonici. Si non caret dolo malo pater, ergo incidit in hoc periculum, et perinde obstringitur legatis a se relictis, atque si institutionem suam non omisisset, hoc est, si honorem suum non sprevisset. Dices. Pap. scripsit esse ex sententia edicti: imo est ex mero jure, hoc est, constitutione Severi, qui vult, ut legata relicta ab instituto, debeantur a substituto, *l. licet, de leg. 1. l. si Titio, §. Jul. de leg. 2. l. non justam, C. ad Treb.* Legata sunt relicta a patre instituto, ergo debentur a filio substituto, vel ab eodem patre instituto, ad quem redit commodum omne substitutionis. Hoc igitur ex constitutione Severi: nam plura sententiam edicti, ultra edictum ita jus se habet, cui objectioni ut respondeam, sunt distinguenda tempora. Quod est scriptum in *l. præc.* est ex Celso: quod in hac *l.* ex Juliano quorum ætate, legata relicta ab instituto non debebat substitutus, *d. §. Jul.* sed post constitutionem Severi, aliter, *l. Celsus. §. ult. eod.* nondum exierat constitutio Severi. Celsus et Julianus non habuerunt notitiam constitutionis Severi, cui fraudi obviam it prætor. Verum adjicitur etiam in hac priori parte hujus l. si legata sint relicta tam a patre instituto quam a filio substituto, et pater omissa institutione jusserit filium adire ex substitutione, et utraque legata simul juncta excedant dodrantem, ita ut interveniat Falcidia, Pap. ait, prius haberi rationem legatorum relictorum a filio vel filia substituta patri, hoc est, solvi prius ea legata, si sola non excedant dodrantem, sepa-

rata a legatis relictis a patre, et deinde ex legatis relictis a patre instituto detrahetur Fal. quia per se sola, quæ vel sunt relicta ab instituto, vel a substituto, non excedebant modum legis Falcidiæ: juncta excedebant, sed non commiscebantur. Prius enim habebitur ratio legatorum relictorum a filio, et persolventur non detracta Fal. si non excedant dodrantem, deinde ex legatis patris detrahetur Falc. Sed huic sententiæ obstat *l. Nesen.* §. *pen. ad l. Fal.* quæ lex loquitur quidem non de patre, sed de domino, quod idem est. Verum ait d. lex, prius solvi debere legata relicta a patre, vel domino hærede instituto, et tunc eorum legatorum rationem haberi, quæ relicta sunt a filio vel servo: nihil est, quod magis adversari possit Pap. Ratio concordiæ sumenda est ex ea distinctione temporis, quam exposui ante. Ea *l. Nesen.* est Pauli, cui non erat incognita constitutio Severi, erat ignota Juliano et Celso. Nunc dicam, in *h. l.* prius habetur ratio legatorum relictorum a filio substituto, quæ ipso jure debentur, cum ex substitutione adita sit hæreditas: legata autem relicta a patre instituto, ipso jure non debentur ante constitutionem Severi, sed debentur ex mente hujus edicti: et rursus ex mente, non ex verbis. In *l. Nesennius*, legata relicta a patre instituto vel domino, ipso jure debentur ex constitutione Severi, et priora sunt, quæ relinquis ab instituto: posteriora, quæ relinquis a substituto. Ergo merito priorum prior habetur ratio, cum utraque ipso jure debentur: nihil est evidentius. Posuimus casum in patre hærede instituto, et filio ei substituto, patrem omisisse institutionem, filium adiisse ex substitutione jussu patris, nec de eo casu quicquam amplius restat. Sed quæritur, *quid sit dicendum e contrario, si filio hæredi instituto, substituatur pater, et pater non jubeat filium adire ex institut. sed adeat ipse suo nomine ex substitutione, an præstabit legata a filio relicta?* Et ait prudentissime Pap. non præstiturum legata patrem a filio relicta ex sententia hujus edicti: quia hoc edicto dolus tantum vindicatur, et hoc casu dolo caret pater, qui mavult adire ex substitutione, quam filium ex institutione. Sed ostendo dolo carere patrem, et priore casu dolo factum videri. Ratio est elegans: est quidem pater substitutus filio, sed non est proprie substitutus. Nam substitutio est, quæ confertur in casum, *si telle chose advient*, veluti, *si filius prior decesserit superstite patre*: quomodo accipies hanc patris substitutionem? erit præpostera substitutio patris, erit contra naturam, contra commune votum parentum: nam illi volunt, ut superstites sint filii illis. Nec videtur hoc cogitasse, rem non naturalem, nec optabilem parenti, qui cum substituit filio. Ergo non videtur substituisse patrem filio, ut plane ita haberetur, sed ut ei relinqueretur arbitrium eligendi: nihil gestum contra voluntatem eligendo substitutionem. Ergo hoc maxime voluisse videtur testator, *l.* 1. §. *si propcni*, *hoc t.* Idem institutus est, et sibi ipsi substitutus, quod quandoque fit recte, *l. sed etsi plures*, §. *ult. de vulg. sub.* Ab institutione relicta sunt legata, a substitutione forte nulla: substitutio est compendiosior, omittit institutionem, et amplectitur substitutionem, an incidit in hoc edictum? minime, quia ei potestatem eligendi testator reliquisse videtur: dolo caret, qui sequitur voluntatem defuncti.

Ad L. Peculium LXV. de Leg. II.

Peculium legatum augeri, et minui potest, si res peculii postea esse incipiant, aut desinant. Idem in familia erit, sive universam familiam suam, sive certam veluti urbanam, aut rusticam legaverit, ac postea servorum officia, vel ministeria mutaverit. Eadem sunt lecticariis aut pedissequis legatis.

§. 1. *Quadrigæ legatum, equo postea mortuo, perire quidam ita credunt, si equus ille decessit, qui demonstrabat quadrigam: sed si medio tempore deminuta suppleatur, ad legatarium pertinebit.*

§. 2. *Titio Stichus legatus, post mortem Titii libertatem accepit, et legatum adita hæreditate, et libertas post mortem Titii competit. Idemque est, etsi moriente Titio liber esse jussus est.*

§. 3. *Si tamen Titio ex parte hærede instituto, servus legatus sit, et post mortem ejus liber esse jussus sit, sive adierit hæreditatem Titius, sive non adierit, post cujus mortem libertas ei data est, defuncto eo libertas competit.*

Multum interest, quæ res cuique legetur, quove nomine, communi an proprio. Aut res una legatur, aut plures: si plures, aut sigillatim propriis nominibus, aut generatim et universe: si sigillatim res legentur, quot sunt res, tot legata sunt, ut in stipulationibus, *l. scire*, *de verb. obligat.* Si uno nomine res plures legentur, ut si grex legetur, aut peculium, unum est legatum, *l.* 9. *hoc tit.* Enumeratio singularum rerum scindit legatum. Verbum generis contrahit legatum. Unum autem legatum pro parte agnosci, pro parte repudiari non potest. Plura si sint legata, unum agnoscere, alterum repudiare nihil vetat. Ac rursus res singulæ, aut ejusmodi sunt ut minui vel augeri non possint, ut si legetur homo: aut sunt ejusmodi, ut minui vel augeri possint, ut si legetur fundus, augetur alluvione, minuitur eluvione, *l.* 21. *h. t.* Idem erit, si grex legetur, legatum augetur aucto

grege, minuitur minuto grege, *l.* 22. *de leg.* 1. Idem est etiam, ut hic ostenditur, si legetur peculium: nam peculium etiam accessionem et decessionem recipit, §. *si peculium Inst. de leg.* Atque ita sicut res singulæ aliæ augeri et minui non possunt, ut homo, aliæ possunt, veluti fundus; ita res uno et generali nomine comprehensæ, aliæ minui vel augeri possunt, ut grex, ut peculium, addamus etiam familiam ex hac lege. Nam legatum familiæ minuitur, si legata familia urbana, quidam ex servis urbanis ad opus rusticum transferantur, et augetur si ex rure quidam in urbem transferantur. Familia est universitas servorum, quo nomine utimur etiam hodie, demonstrando eos, qui apparent judicibus, apparitores, quod essent olim servi publici. Hoc autem loco Pap. ait, familiam dividi in officia et ministeria, prætermittit artificia. Igitur textor, fullo, faber, non videntur esse ex familia, et non sunt in ministerio et in officio: nam familia dividitur tantum in ministeria et officia. Ostiarius est in officio, ut dispensator, vel atriensis: in ministerio est is, qui est ab argento, a scyphis, a poculis: ministrat, qui honoratior existimatur ceteris, sicut actor etiam, qui administrandarum rerum domini officio incumbit, ceteris honoratior est, *l.* 51. *de man. test.* Subjicitur autem in hac lege, legatis quoque servis lecticariis, aut pedissequis, etiam legatum minui posse, si quidam ex his ad aliud ministerium transferantur vivo testatore. Plerumque autem legabantur octo lecticarii, *l.* 4. *et* 8. §. 1. *de leg.* 1. Mart. *Octo Syris suffulta datur lectica puellæ.* Vel sex, qui dicuntur ἑξαφόροι. Pedissequi autem, qui comites dicuntur, et pedagogi, plerumque legabantur 10. et inde optio legata 10. servorum, *l. pen. de opt. leg.* Sed quod attinet ad optionem servorum ad lecticam: si decem ad comitatum, nullus est labor: sed quid si legetur optio servorum simpliciter, quot eligi poterunt? Et definitur *l.* 1 *eod. tit.* tres tantum eligi posse, quod congruit maxime frugalitati veterum. Athenæus lib. 6. ait Cæsarem in Britannica expeditione habuisse tantum tres servos. Valer. 4. Catonem superiorem ait, Hispaniam rexisse comitatum tribus servis: nec ergo, cui servorum optio legata est, plures quam tres optare potest. Aliæ igitur res sunt uno et generali nomine comprehensæ, quæ quandoque augmentum, et decrementum non recipiunt, et sumito exemplum ex §. *quadrigæ.* Quadriga legata est, unus equus periit: videndum est, qualis ille equus fuerit: nam si fuerit eminentior equus, ut est in Basilicis, omnium præstantissimus, qui demonstraret quadrigam, hoc est, ex quo potissimum quadriga clarescat, si equus perierit, extinctum potius, quam minutum legatum videbitur: ergo ceteri equi non debebuntur: si suppleatur autem ille equus vivo testatore, redintegrabitur legatum. Ceterum superstite illo equo, qui demonstrabat quadrigam, et altero perempto, legatum deminutum intelligitur, non extinctum: maxima igitur ejus pars superest. Scio de quadriga quæri inter alios professores, an quadriga intelligatur sine rheda? Id vero nemo melius expedire possit, quam Jurecousultus. Quadriga intelligitur sine curru. Fateor quadrigam haberi, ut jungatur ad currum, sed nego ita quadrigam accipi, quasi junctam currui, alioqui quadriga legata deberetur currus, quod est falsum: nam neque legatus est, cum quadrigæ nomine contineantur equi quatuor, *l. si id quod, pro soc. l.* 10. §. *ult. quib. mod. ususfr. amitt.* Et non cedit legato quadrigæ currus, ut pars vel accessio: ergo per se intelligitur, quoniam per se currus alia res est, sine qua quadriga intelligitur, licet ad currum jungi soleat, sicut argento legato non cedit arca, *l. argen. de legat.* 3. *l.* 3. §. *ult. de pen. leg.* Denique quadriga est nomen numeri, idque intelligitur perspicue translato eo nomine quadrigæ ad alias res, non ad equos, ut cum Varro ait, *esse quadrigam initiorum, corpus, locum, tempus, actiones*, et Vopiscus, *quadrigam tyrannorum vocat*, et Hieron. ad Jovin. *quadrigam virginum, quatuor filias Philippi*, de quibus in act. Apostol. ad Paulinam, *quatuor easdem quadrigam domini, et quadrigam sanctitatis.*

Quod in ultima parte hujus legis Papinianus tractat, pertinet ad hanc speciem. Servum legavi Titio, et ei servo post mortem legatarii dedi libertatem directam, hoc modo, *cum morietur Titius, liber esto:* quæritur, *an valeat legatum servi, cui est legata directa libertas?* Namque videtur non valere secundum id, quod dicitur, efficaciorem esse libertatem legato, puta si idem servus legetur, et liber esse jubeatur: sive prius sit legatum, sive posterius, dicimus, prius adscriptam libertatem esse priorem, nisi fuerit evidens voluntas testatoris, qui legato posteriore voluerit adimere priorem libertatem, quoniam hodie potest adimi libertas, olim non potuit, *l.* 14. *et l. legatarius hoc tit.* videlicet, si idem servus sit legatus, et liber esse jussus simpliciter: sed si jussus sit liber esse post mortem legatarii, vel cum morietur legatarius, utrumque valet: legatum valet adita hæreditate, libertas valet mortuo legatario, atque ita tacite legatum videtur relictum ad tempus. Et idem esse ait Papin. si quis sit hæres institutus ex parte, et ei sit legatus servus a cohærede, et post mortem ejus eidem servo sit relicta directa libertas: nam etiamsi hic hæres, idemque legatarius non adierit hæreditatem, capiet legatum

servi, sed evanescet legatum eo mortuo: interim valebit, etiamsi ipse non adierit hæreditatem, ut confirmat *l. si servus, et seq. de vulg. substit. et l. qui filio, in princ. de hær. instit.* ubi ponitur servo legato non tantum data libertas directa, sed etiam hæreditas filii impuberis, hoc est, ponitur servus legatus substitutus pupillo a patre post mortem legatarii, vel etiam post mortem impuberis; evanescit legatum existente conditione substitutionis; consistit interim, non est igitur prorsus inutile tale legatum. Et hoc voluit Pap. non consumpsit omnino legatum libertatis datio. Obstat *l. si post. mortem*, §. *pen. de leg.* 1. Lex idem omnino ponit, servum legatum Titio, et post mortem Titii servo adscriptam directam libertatem, et ait, inutile esse legatum, quia certum est inquit, Titium moriturum; ergo competituram libertatem, si modo servus supervixerit Titio. Igitur certum est, Titium moriturum, sed non est omnino certum competituram libertatem. Quid enim si præmoriatur servus? Ergo, ut ait, legatum est inutile, et tamen hic Pap. ait competere, hoc est, deferri adita hæreditate, valere statim atque adita est hæreditas. Res non est difficilis, si quod ait *l. post, mortem*, §. *pen.* et in hoc §. conferatur modo hic casus cum casu, qui præcedit: nam habita ratione ad casum qui præcedit, hoc casu legatum est inutile. Duo sunt casus in illo §. *ult.* Prior est, quem ita demonstrat: legavi Titio servum pure, et ei dedi libertatem sub conditione: hoc casu ait, legatum non valere adita hæreditate, si pendeat conditio, sed esse in suspenso, legatum pendere: non possumus dicere id esse utile abscise, vel esse inutile, quia pendet: videtur enim legatum relictum sub contraria conditione. Ideoque si existat conditio libertatis, perimitur legatum: si deficiat, pertinet ad legatarium. Ergo legatum est conditionale, ac proinde, si medio tempore moriatur legatarius, non transmittit legatum ad hæredem suum. Posterior casus hic est: legavi servum Titio pure, et post mortem Titii servo dedi libertatem, quærebatur in *d. l. si post. mortem*, §. *pen.* an etiam hoc legatum esset conditionale propter transmissionis causam? Et lex ait, esse inutile, non esse conditionale, sed statim pronuntiari inutile, non quod eo interim non fruatur legatarius, sed quod futurum sit, ut evanescat præmortuo legatario.

Ad L. V. de Servit. leg.

Etsi maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est, ea tamen, quæ servis relinquuntur, ita valent, si liberis relicta possent valere: sic ad fundum domini via servo frustra legatur.

Proponuntur in hac lege duæ regulæ. Una est vetus regula juris antiqui, cum servis alienis esse testamenti factionem ex persona dominorum, *l.* 12. §. *res de leg.* 1. Altera regula est nova, introducta a Juliano Jureconsulto, quæ præceptum dicitur in *l. debetur*. §. *pen. de leg.* 2. Regulæ juris sunt præcepta juris. Hæc tria illa præcepta, *honeste vivere, alterum non lædere, jus suum cuique tribuere*, sunt summæ regulæ juris. Primo prohibemur ab injuria, quam inferimus nobis ipsis, ne mortem nobis consciscamus, ne dissolute vitam agamus, ne ullo nos contaminemus stupro, ne ullam nobis infamiam contrahamus. Secundo et tertio præcepto prohibemur ab injuria, quam inferre possumus alteri. Secundo, ne quid adimamus alteri, ne vitam ac honorem injecta contumelia. Tertio prohibemur, ne quid retineamus ex alienis, ne depositum non reddamus, ne debitum non solvamus, ne legatum a nobis relictum non præstemus. Verum ad rem. Servus non habet jus stipulandi, nisi sit servus ejus, qui stipulari possit, *init. t. de stip. ser.* Et similiter servus hæres institui non potest, nisi et cum domino ejus nobis sit testamenti factio, *d. reg.* Et quod dicitur in *l. filiusf. qui test. fac. pos.* servum alienum habere testamenti factionem, sic accipiendum est, si et dominus ejus habuerit: nam ex persona domini servus vel capax esse intelligitur, vel incapax: imo nec videtur esse servus, nec ulla essse persona servi, nisi per personam domini: servo enim dominus personam imponit suam, alioqui pro nullo habetur: potest servus esse sine domino, et is plane pro nullo habetur: nam non est, ex cujus persona ipse personam suscipiat, nec vero suscipere ex alio potest quam ex domino, cujus in potestate est. Et hæc est vetus regula juris civilis. quæ proponitur initio h. leg. Ait cum *servis alienis.* Cum servis propriis autem non est testamenti factio, quia nec cum nobis ipsis: cum servo meo non est mihi testamenti factio. At cum libertate, id est, si servo meo adscripsero libertatem, est testamenti factio: et similiter adscripta libertate fideicom. mihi cum servo ejus cum quo mihi testamenti factio non est, testamenti factio est. Huic veteri regulæ subjicitur in hac lege nova regula, Juliani esse colligo ex *l. deb.* 82. §. *servo alieno, de leg.* 2. Regula hæc est: in legatis, servi persona inspicitur: abutimur nomine personæ. Vel sic: ex persona servi legatum, quod ei relinquitur, ita vires accipit, id est, id demum servo recte legatur, quod et ei libero possit legari; et contra, servo non legatur recte, quod ei libero non possit legari. Ex causa igitur civili æstimatur, servo recte legetur necne, si-

cut dicitur in *l. non sol.* §. *ult. de pec.* ex causa civili æstimari, an servus domino obligetur. Causa civilis est ex qua cives Romani, vel liberi homines alii secundum jus suæ civitatis obligantur. Mutuum facit debitores liberos homines: ergo et servum: nuda ratio non facit debitorem liberum hominem, puta si quis rationibus suis præscribat, se aliquid debere Titio, cum omnino, nec mutuum acceperit a Titio, nec ulla causa debendi præcesserit: nuda illa ratio non facit debitorem, *l. nuda*, *de don.* quod et comprehendit *d. l. non solum*, nuda ratio non facit donationem, ut scilicet videatur donasse, cum scripsit se debere, quia donatio traditione perficitur, et nuda illa scriptura non habetur pro traditione: sunt fictæ traditiones quædam, ut retentio ususfr. pro traditione habetur. Si donavero, et retinuero usumfructum, *l. quisquis*, *C. de donat.* Precarii conventio, quæ fit hodie frequenter, pro traditione habetur, ut si constituam me precario possidere, me impetratam possidere ab s te rem, quam tibi donatam volo; sed nuda scriptura pro traditione non habetur: denique nuda ratio donatorem non facit liberum hominem; nuda ratio liberum hominem non facit debitorem; ergo nec servum, quæ est sententia *d. l. non solum*, §. *ult.* Ac rursus libero homini non potest legari via ad fundum alienum: ergo nec servo ad fundum domini: certe non ad fundum extraneum, imo nec ad fundum domini: quia fundo alieno per non dominum non potest acquiri servitus, imo nec communi fundo per unum socium, *l. proprium*, *com. præd.* Unde notandum est valde, testamenti factionem esse separandam a rebus singulis, quæ servo alieno leguntur: sunt duæ regulæ separatæ: una est de testamenti factione, altera de rebus singulis servo alieno legatis. Separatio hæc est: testamenti factio est cum servo alieno ex persona domini, si et cum domino sit testamenti factio: legatum autem rerum singularum in servo alieno consistit ex persona servi, non ex persona domini, non consistit ex persona domini; nam etsi domino, ea quæ leguntur non possint legari, servo tamen ejus leguntur utiliter, si modo liber factus ea capere possit: ut res propria domini certe domino legatur inutiliter, servo ejus legatur utiliter, et effectum habet legatum, si manumissus fuerit ante diem legati cedentem. Item quod domino pure debetur frustra legatur: quod debetur sub conditione, recte legatur: quia legato inest commodum repræsentationis, quia ex eo legato capiet statim, quod non caperet antequam existeret conditio, *d. l. debitur, in princ.* sed quod pure debetur, domino fru tra legatur, servo tamen ejus frustra non legatur, et valet legatum, si die legati cedente liber inveniatur. Ergo legatum servo alieno relictum consistit, si hic liber factus capere possit, licet dominus ejus capere non potuerit, ut contra legatum relictum servo alieno non valet, si liber factus id capere non potuerit: ut si legetur ei via ad fundum domini, quamvis dominus id capere potuerit. Denique ut legem servo alieno, desidero quidem, ut ejus dominus sit capax, id est, ut sit cum eo testamenti factio: non desidero, ut rem, quæ legatur, dominus ejus jure legati capere possit: satis est, si in universum censeatur esse capax. Diximus servo alieno frustra legari viam ad fundum domini, et legatum relictum servo alieno valere ex persona servi, non domini. Obstat *l. si unus ex dominis, de serv. rust. præd. l.* 7. §. *ult. et l.* 17. *de stip. serv.* quibus locis ostenditur, servum alienum recte stipulari viam ad fundum domini. Cur non legatur recte servo alieno via ad fundum domini? Et est profecto verum, quod ait Acc. hanc esse differentiam inter stipulationem et legatum: sed enarranda est differentiæ ratio. In stipulationibus sive puræ, sive conditionales sint, et generaliter in contractibus, quos omnes stipulatio circumambit, spectari tempus contractus. Valere igitur eas ex persona domini, qui servum stipulantem eo tempore habuit in potestate: nam stipulatio, etiamsi sit conditionalis, ex eo tempore censetur: et conditio post existens retrotrahitur ad tempus contractus, et hoc commodum omne stipulationis pertinet ad dominum, etiamsi servus postea manumissus sit: in legatis autem non spectatur tempus, quo legatur, sed spectatur tempus, quo dies legati cedit. Fieri autem potest, ut qui tempore testamenti erat servus, cuique adscriptum est legatum, die legati cedente inveniatur liber, et ob id persona servi inspicitur, nec valet legatum ei relictum nisi et is liber id capere potuit die legati cedente. Ex quo principio juris, videlicet, ut in stipulationibus spectetur tempus contractus, in legatis tempus cessionis, sequuntur multæ conclusiones: primum, ut stipulatio conditionalis conferatur, id est, ut frater fratribus suis conferat, quod ei debetur sub conditione, quoties agitur de paterna successione: ergo statim dies cedit, licet petitio suspendatur ex conditione, *l.* 2. §. *id quoque, de collat. bon.* Item si filiusfamil. sit stipulatus sub conditione, et pendente conditione emancipatus sit, deinde extiterit conditio, competit actio ex stipulatu patri *l. si filiusfam. de verb. obligat.* legati petitio competeret filiofam. non patri existente conditione post emancipationem: et eadem ratione filiusfamil. de eo, quod stipulatus est sub conditione, pacisci non potest, *l. et hæredi*, §. *filiusfam. de pact.* de legato pacisci potest. Præterea stipulatio conditionalis transmittitur in hæredem, quia statim valet, et ex præsenti tempore censetur, §. *ex conditio. In-*

stit. de verb. obligat. legatum conditionale non transmittitur mortuo legatario medio tempore. Et hoc est, quod dicitur, stipulatorem conditionalem esse creditorem: legatarium conditionalem non esse creditorem, *l. is cui sub conditione, de oblig. et act.* conditionales stipulationes retrotrahi ad tempus contractus, quod observari semper volumus, *l. potior, §. videamus, qui pot. in pign.* Conditio legati non retrotrahitur ad tempus testamenti vel mortis. Item servus hæreditatis (is autem est servus hæreditatis, quæ jacet, id est, quæ nondum adita est) usumfructum inutiliter stipulatur et pure, et sub conditione: cur? quia ususfructus non consistit sine persona, et hic servus personam non habet, nec etiam est, cujus personam sibi adroget, quia jacet hæreditas. Legatur tamen servo hæreditario recte, *l. usumf. de stip. serv.* Quæ omnia manant ex illo principio, quod in stipulatione spectetur tempus contractus, in legatis tempus quo dies cedit. Ac postremo, si unus ex sociis leget communi servo sine libertate, solidum legatum pertinet ad alterum socium, nec cogitur id communicare cum hærede socii: cur? quia die legati cedente (quod hodie, et ante leges caducarias cedit statim a morte) illum solum dominum habuit, ei soli solidum acquiretur legatum: sed si unus socius servo communi stipulanti promiserit aliquid, pars ex qua promissor dominus fuit, non acquiretur alteri, id est, pro ea parte nulla est stipulatio, reliqua pars acquiritur alteri: ergo non solidum acquiritur alteri, quia scilicet tempore stipulationis non hunc promissorem dominum tantum habuit, sed et alterum, aut contra, *l. 9. §. si servus, ff. de stip. serv.* Diximus id demum servo posse legari, quod ei libero legari posset, quæ est regula Juliani. Obstat huic regulæ, quod objicit Marcellus Juliano in notis. Servo alieno ita legatur recte, *quoad serviat Titio domino suo, l. servo alieno* 113. *de leg.* 1. Et tamen is servus liber factus ad hujusmodi legatum non admitteretur propter illa verba, *quandiu serviet.* Ergo servus alienus capit legatum, quod liber factus non caperet: sunt quidam servi, qui manumitti non possunt, ut qui testamento vel pacto sunt prohibiti manumitti, nunquam ad libertatem pervenire possunt, *tit. qui ad libert. per. non.* his tamen recte legatur et capiunt legatum: non valet igitur legatum ex persona servi. Verum hæc argumenta sunt captiosa. Nam et priore casu servus liber factus caperet legatum, nisi esset apposita illa conditio (*quandiu serviet*) hæc enim oratio, *quandiu serviet*, conditionem facit, *l. 4. de servit.* Et posteriore casu si liber fieret, utique caperet legatum. Est igitur, ut est in *d. l. debitor, §. servo alieno,* calumniosa argumentatio, seu nota Marcelli: est enim ille locus de Marcello intelligendus, ut constat ex *d. §. servo alieno.* Et verum est quod Joannes ait, esse captionem, secundum quid et qualiter, id est, captionem in accidenti et attributo: nam ita Marcellus captionem formavit: id demum servo legari potest, quod ei libero posset legari. Libero non posset legari *quandiu serviet*, cum liber sit, non servus: ergo nec servo ita poterit legari: hoc autem est falsum, ergo et illud. Vis brevius? si id demum servo potest legari, quod posset libero, non poterit igitur ei legari hoc modo: *Quandiu serviet domino suo.* Hoc autem est falsum, ergo et illud. Est captio ex accidente. Nam quod in propositione sumitur simpliciter, ei in assumptione adjungitur conditio: non igitur similis assumptio propositioni, quæ res creat fallaciam, et hic est sensus *d. §. servo alieno, in l. debitor,* ubi refutatur sophisma Marcelli.

Ad L. XII. de His quæ ut indign.

Cum quidam scripsisset hæredes, quos instituere non potuerat; quamvis institutio non valeret neque superius testamentum ruptum esset, hæredibus tamen, ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem abstulit jampridem senatus hæreditatem. Quod D. Marcus in ejus persona judicavit, cujus nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad præfectos ærarii misit. Verum ab eo legata relicta salva manserunt, de præceptionibus eidem datis voluntatis erit quæstio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse apparet.

Duo proponuntur casus, quibus hæredi instituto ut indigno, fiscus hæreditatem aufert. Indignus hæres est, quem testator vel lex judicavit male meritum esse de defuncto, ingratum esse, immerentem, vel quem hæredem instituit, non illicitum quidem eum, sed quem instituere nefas atque pudendum, ut nefas est instituere eam, quam nos in matrimonium jure non capimus, *l. 2. hoc tit.* His duobus casibus testator ipse, quem hæredem fecerat, indignum esse honore isto demonstrat: nam indignis hæredibus vel legatariis plerumque fiscus adimit bona, quæ et ereptitia dicuntur ab Ulpiano *in fragm.* Et fiscus ea eripere dicitur, *l. pen. de jure fisci, l. 26. ad leg. Cornel. de fals.* Et ereptitia etiam communi nomine dicuntur caduca, *d. l. 2. in fine, si quis aliq. test. prob. l. pen. de his, quæ in testam. delent:* nam generali nomine quæcumque obveniunt fisco ex alieno caduca sunt. Strictiori nomine caduca tantum sunt ea, quæ deficiunt mortuo testatore, ut si post testatorem hæres moriatur ante aditam hæreditatem, atque ita caduci nomen modo generaliter accipitur, modo specialiter: et generaliter acceptum comprehendit

etiam ereptitia, id est, ea quæ ut indignis eripiuntur. Male autem Accursius in hac l. confundit incapacem cum indigno; et non in hac l. tantum sed et alibi, et ait, idem jus statuendum esse incapacis et indigni: et petenti exemplum incapacis, dant facile exemplum indigni doctores perperam, et inde fit, ut etiam male Accursius hoc loco scribat, incapacem mero jure hæredem esse, quia obstat lex, quæ incapacem facit: ac præterea aditione hæreditatis confundi actiones, quæ inter eum et defunctum fuerunt, et incapaci fiscum auferre hæreditatem, legata, fideicommissa, quod scriptum tantum est de indigno: confundit titulum præcedentem de his, quæ pro non scriptis habentur, cum hoc tit. nam quæ relinquuntur indignis, indigni possunt capere, sed non retinere, *l.* 2. *hoc tit.* relictum incapaci remanet apud hæredem, vel transmittitur ad hæredem legitimum sine onere, quia si est pro non scripto, et onus ei adscriptum, pro non scripto est necessario. Indigno autem relictum fiscus aufert cum onere: ne igitur unquam confundamus indignos cum incapacibus. Verum videamus, qui sint hi duo casus, qui proponuntur in hac l. Primus casus est. Quidam priore testamento instituit hæredes capaces, quos instituere per leges poterat, posteriore scripsit incapaces, an posteriore testamento ruptum est prius? Rumperetur si posterius valeret, id est, si ex eo hæres existere posset: non rumpitur, quia ex posteriori nemo hæres existere potest: namque proponuntur ex eo esse incapaces hæredes, qui neque fieri, neque existere possunt. Quæritur, *an hæredes scripti prioris testamento hæreditatem obtinebunt?* Quod videtur, quia prius valet, nec ruptum est, et quandiu testamento locus est, repelluntur legitimi venientes ab intestato. Et sane verum est, hæredem fore eum, qui priore testamento scriptus est hæres, sed fiscus eripiet hæreditatem quasi indigno. Indignus est bonis, quem defunctus judicavit esse indignum, et alio testamento confecto, in quo instituit incapacem, prætulit eum incapacem capaci, neque enim ignorabat leges de incapacibus, nec enim poterat ignorare, nec ergo alio fine testatus esse videtur, quam ut notaret, eum esse indignum hæreditate sua, quem priore testamento hæredem scripserat, non ignorans non valiturum posterius, nec mero jure ruptum iri superius judicium defuncti: posterius enim si sit inutile, indignum esse coarguit eum, qui utili testamento scriptus est, id est, priori. Et ita est proponenda species ad priorem partem h. l. nam ponendum est necessario movisse Senatum ut ita pronuntiaret, voluntatem testatoris: fuisse certa argumenta; quæ probarent testatorem priore testamento hæredem scriptum indignum esse censuisse, alioqui injustum esset Senatusconsultum. Nam potest fieri, ut qui posterius testamentum scripsit, ita demum a priore testamento recedere voluerit, si posterius valiturum esset, *l.* 18. *de legat.* 3. Finge: posteriori testamento eosdem hæredes scripsit, et alia quædam mutavit, quædam non mutavit: non valet posterius testamentum, quia omisit solemnia quædam: hæredes primo testamento scripti non sunt indigni, qui et priore et posteriore judicio defuncti probati sunt, et honorati. Vel finge: posteriore testamento scripsit capaces, nec valet testamentum propter omissam solemnitatem quandam, an statim existimaveris priori testamento scriptos esse indignos? Sane non temere, nec enim mutamus testamentum semper odio priorum hæredum, sed majore affectu posteriorum. Vel etiam finge, quod verius est: posteriore testamento scripsit incapaces, ignorans eorum conditionem, errans in facto, veluti cœlibem hæredem scripsit, qui lege Julia et Papia est ex incapacium numero, vel orbum, quem putabat esse patrem: non valet posterius testamentum, quia vitiosa est institutio et illicita. An ideo primo testamento hæredes scripti judicabuntur esse indigni? minime: videntur quidem non habere supremam voluntatem defuncti, cum alios hæredes scripserit postea, quamvis inutiliter: sed non est usquequaque verum, quod ait Papin. hoc loco, indignum esse eum, qui non habet supremam voluntatem defuncti, in cujus institutione non perseveravit defunctus. Nam finge, eum hæredem scripsisse, et prius quam moreretur dixisse, nolle eum sibi hæredem esse, non fecisse quidem aliud testamentum sed hoc tantum pronuntiasse, intestatum se mori malle, an hæres judicatur indignus, qui non habet supremam voluntatem? minime, *l. militis*, §. *veter. de milit. testam.* neque enim justo testamento data hæreditas nuda voluntate adimi potest, *l. pen. quib. mod. testam. infirm.* Vel finge: qui prius testamentum fecerat, cœpit aliud facere, et alios quosdam hæredes scribere, nec perfecit testamentum, sed obmutuit forte in medio, morte præventus. Priore scripti non videntur habere supremam voluntatem, nec tamen sunt indigni, id est, fisco locus non est, *l. ex parte, de adim. leg.* Hoc modo igitur interpretor, indignus est is, cujus odio testator recessit a priore voluntate, quod liquido constet oportet: et constat liquido, si sciens prudensque instituerit incapacem odio alterius, quasi subindicans, si fieri possit, malle esse incapacem, quam capacem: quod etiam fortiter defendi potest idem procedere, si instituerit capacem, si modo id fecerit odio alterius, et omiserit solemnia quædam in posteriori testamento: nam ponendum est semper posterius non

valere. Hoc enim casu, si modo probetur testatorem fecisse odio prioris, licet fuerit capax, pro indigno habetur, et aufertur ei hæreditas. Non lex tantum, sed etiam voluntas testatoris indignum hæredem facit: odium testatoris indignum facit: sed ponendum est, ut dixi, omissa fuisse solemnia quædam juris in posteriore testamento. Solemnia enim juris ignorare quilibet potest præter Jurisconsultos: leges vero, Senatusconsulta, plebiscita ignorare non licet. Qua de causa in testamentis conficiendis adhibebantur semper Jurisconsulti propter formulas, *l. pen.* §. *ult. de leg.* 2. et dictabant testamenta JC. *l. dict.* *C. de test.* *l. moris, de pœnis:* dictabant etiam stipulationes Ovid. in Epist. Acontii.

Dictatis ab eo feci sponsalia verbis;
Consultoque fui juris amore vafer.

Et in amoribus.

— Atque eadem consulti ante atria mittis.
Unius ut verbi grandia damna ferat.

Ad hæc Accurs. non male, ad Senatusconsultum, quod refertur a Papiniano in priori parte hujus l. opponit aliud Senatusconsultum quod refertur in §. *pen. Instit. quibus modis test. infirm.* quod indiget explicatione. Diversi sunt casus hujus Senatusconsulti, et illius, sed in utroque casu videtur eadem ratio valere, et affirmatur in uno valere, negatur tamen in altero valere. In casu §. *pen.* testator aliud testamentum facere cœpit, nec peregit, veluti quosdam hæredes instituit, non omnes, quos instituere decreverat, *l. si quis, cum seq. qui test. fac. poss.* In casu hujus legis testamentum peregit, scriptis hæredibus incapacibus, quos scribere non poterat: hoc tamen casu aufertur hæreditas priori hæredi, ut indigno, quia non habet supremam voluntatem: ergo eadem ratione in casu §. *pen.* videtur ei esse auferenda hæreditas ut indigno, quia testator id testamentum mutare voluit, et mutasset, nisi mors eum prævenisset. Et similiter, si testator non cœperit aliud facere, sed cum vellet incipere, prohibitus sit ab hærede scripto, ei ut indigno auferetur hæreditas, *l. si scripto, hoc tit.* et *l.* 1. *si quis alium test.* Et similiter ait, quod plus est, si neque fecerit aliud testamentum, neque cœperit facere, neque facere prohibitus fuerit, sed induxerit, et cancellaverit nomen hæredis, ei ut indigno aufertur hæreditas, ut non habenti supremam voluntatem. Qui est posterior casus hujus l. Cur ergo in *d.* §. *pen.* si aliud testamentum facere cœperit, nec perfecerit, non adimitur hæreditas priori hæredi, ut non habenti supremam voluntatem, ut indigno ex tacita voluntate defuncti? Posset dici, quod Accurs. tentat, non negari in eo paragrapho, quin ei sit auferenda hæreditas, ut indigno, si testator posterius facere cœperit, nec morte præventus id perfecerit: sed hoc tantum proponi, prius testamentum non rumpi, quod et procedit in casu hujus l. Ceterum fisco locum esse, hoc ego nego, non admitto: nam considerandum in *d.* §. *ult.* esse scriptum, prius testamentum in eo casu non rumpi, et hoc cautum esse oratione D. Pertinacis: ergo et Senatusconsulto: nam omnem orationem Principis sequebatur Senatusconsultum: habebatur enim oratio in Senatu a Principe, vel a quæstore nomine Principis. Quamobrem in jure sæpe idem modo dicitur factum oratione Principis, vel libello, vel epistola, modo Senatusconsulto. Supervacuum autem fuit Senatusconsultum, et oratio illa, si hoc tantum cavit, posteriore testamento imperfecto non rumpi prius perfectum, quoniam hoc erat certissimum et vetustissimum exceptis casibus quibusdam. Itaque non hoc tantum voluit Senatus, prius testamentum non rumpi, sed fisco locum non esse, quasi hærede scripto in priori testamento indigno, aut non habente supremam voluntatem. Idque omnino demonstrat Jul. Capitol. in *Pertinace. Legem tulit, ut priora testamenta non prius irrita essent, quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Et sane cum in eo §. *pen.* similia faciat hæc duo, si mortalitate præventus non perfecerit testamentum, et si ob id non perfecerit, quod eum hujus rei pœnituerit, et constet hoc casu posteriore si pœnituerit fiscum excludi, quia hæres priore scriptus habet supremam voluntatem consequens est, et priore casu fiscum excludi, si posterius testamentum non perfecerit morte præventus, licet prior hæres non habeat supremam voluntatem: sed melius est, ut eum habere dicas supremam voluntatem, cum alia non sit perfecta *l. ex parte, de adim. leg.* At in casu hujus l. posterius testamentum fuit perfectum, id est, peractum, nec defuere ulla solemnia juris. Incapacitate tantum hæredis instituti rumpitur testamentum, et perit perfecta voluntas suprema, quamvis effectu careat: tacite priorem hæredem indignum esse pronuntiat, modo conjecturæ voluntatis suffragentur, et in alio casu quem attigimus, *l. si scripto, hoc tit.* hæres, qui volentem mutare testamentum prohibuit, quamvis videatur habere supremam voluntatem, cum alia non sit subsequuta voluntas, id est aliud testamentum; tamen ut indignus repellitur propter dolum malum. Et similiter in casu *l. hæreditas, de his quæ ut indign.* hæres testamento scriptus pro indigno habetur, si testator dixerit palam, eum esse indignum et de se male meritum, nec tamen

fecerit aliud testamentum: nam quid est evidentius? Ergo invitatur fiscus. Et idem etiam statuentus, si non facto testamento alio, hæredis scripti nomen induxerit, deleverit; et ideo ex decreto D. Marci, quod enarratur plenius in *l. pen. de his, quæ in testam. del.* hic hæres habetur pro indigno, nec videtur habere supremam voluntatem defuncti: et ideo fiscus ad hæreditatem vocatur. Alter casus, si consulto testator nomen hæredis induxerit, indignus erit hæres: plus est inducere nomen hæredis, quam dicere, nolle sibi hæredem esse: nam si aliquanto post factum testamentum dixerit, nolle sibi hæredem esse, hæres pro indigno non habetur, nisi addiderit elogium, *§. pen. qui mod. test. inf. l. 1. C. quib. ut indig.* sed si induxerit nomen hæredis, pro indigno habetur; plus est facere, quam dicere, et voluntate factum est evidentius. Et ita refertur in hac *l. 12. et l. 6. eod. tit. et l. pen. de his, quæ in testam. del.* Ita judicasse D. Marcum, ad hæredem, cujus nomen testator consulto induxit hæreditatem pertinere non videri, *d. l. pen.* ut veteres pronuntiare solebant ita, *esse videri*, aut ita, *non esse videri*, et Imperator etiam modeste pronuntiavit in *d. l. pen.* existimans testatorem ea sola irrita esse voluisse, quæ induxit. Et testes olim in testimonio dicebant, arbitrari se scire. Est autem valde notanda *d. l. pen.* quia in ea referuntur acta hac de re habita apud D. Anton. Marcum. Ex quo intelligitur acta confici solita breviter, simpliciter, monendi causa, non ut fit hodie longa et supervacua oratione. Referuntur in actis paucissimis verbis, quæ advocati litigatorum dixerunt apud Imperatorem: et his omnibus auditis removisse eos Imperatores omnes, et ea de re deliberasse cum assessoribus, id est, Jurisconsultis, ac rursus eos admitti jussisse, ac apud eos hanc sententiam tulisse. Et cum Imperator ita pronuntiasset, hæreditatem ad hæredem scriptum pervenire non videri, cujus nomen testator induxerat, advocatus fisci remisit ad præfectos ærarii, ut hic proponitur, ut scilicet advocati fisci apud eos hæreditatem persequerentur, et peterent, quasi addictam fisco sententia Imperatoris, qui hæredem bonis indignum pronuntiavit secutus judicium defuncti. Præfecti ærarii erant judices rerum fiscalium, *l. ait D. Adrianus, ff. de jure fisci.* In provinciis procuratores Cæsaris, *l. cum hi, §. trans. de transact.* Duos ergo ex hac *l. 12.* habemus casus, quibus fiscus hæredi scripto hæreditatem aufert quasi indigno. Primus hic est, quem exposuimus supra: si post factum prius testamentum posterius fecerit, in quo capacem instituerit: quo casu superius testamentum non rumpitur. Alter est, si nomina hæredum induxerit et cancellaverit, et hi jam casus satis sunt expositi.

Sed superest hæc quæstio: an fisco eripiente hæreditatem hæredi scripto, debeantur legata, an debeantur fideicommissa, an libertates? an his casibus caduca sit hæreditas cum onere? an præstabit fiscus legata relicta ab hærede indigno, cui hæreditatem abstulit? Et posteriore casu idem Imper. decrevit fiscum debere legata, ergo et fideicommissa, et libertates multo magis. Quod confirmat Lex 16. *§. ult. hoc tit. et l. 2. et 3. de his, quæ in testam. del. et l. cetera, C. de his quib. ut ind.* Hoc igitur posteriore casu ex decreto Marci, legata, quæ non induxit testator, et alia manent, et fiscus a legatariis conveniri potest. Idem statuemus in priore casu, si aliud testamentum fecerit, in quo scripserit hæredem incapacem, nam illo priore casu mutavit testamentum odio hæredis. Plectuntur igitur soli hæredes, non legatarii. Nam si ei tantum legatarii odio fuissent, id facile potuisset explere, non mutato testamento, ut puta adempto legato in codicil. vel etiam quacumque nuda voluntate, *l. 3. §. ult. de adim. leg. et l. militis, §. pen. de milit. testam.* Ergo utroque casu hujus legis caduca fit hæreditas, id est, eripitur indigno cum onere legatorum, aut fideicommissariorum, aut libertatum. Et generaliter advertendum est, hodie quacumque ex causa caduca fieri cum onere, *l. 3. §. cum ex causa, et l. dicitur, de jure fisci, l. Imper. §. pen. de fideicom. l. libert. l. in factum, §. pen. de condit. et demonst.* Restat adhuc ea quæstio, an etiam fiscus debeat præstare prælegata, sive præceptiones relictas hæredi indigno? Præceptiones sunt, quæ hæredi præter portionem hæreditatis præcipuo titulo dantur, *l. 2. de instr. vel inst. leg.* Ideoque non relinquitur prælegatum, sive præceptio hæredi ex asse, sed hæredi ex parte scripto, ut scilicet legatum illud præcipiat in primis deinde reliquum dividat cum cohærede. Finge igitur: hæredi indigno, cui hæreditatem fiscus abstulit, idem testator prælegatum reliquerat; ceteris fiscus præstat legata sua, an et hæredi indigno prælegatum? dices igitur, etiam prælegatum cadere in fiscum sicut hæreditas. Quin quæro an prælegatum præstet fiscus? Cui quæstioni ut respondeatur, sciendum prius est, quæ sit natura prælegati: Finge: duo sunt hæredes, uni prælegavit fundum, an valet legatum? non valet nisi pro parte cohæredis: nam pro altera parte, quam ille habet et legatarius habet in fundo, inutile est legatum. Igitur pro sua parte capit fundum jure hæreditario, quia est hæres, non jure legati: nam hæredi a semetipso non potest legari. Ergo pro sua parte fundum capiet jure hæreditario, pro parte cohæredis, jure legati. Jure ergo duplici, et partem quam capit jure hæreditario imputabit in quartam, si intervenerit Falcidia partem, quam habait

jure legati a cohærede, non imputabit, *l. in quart. ad l. Falcid. et l. filium quem*, *C. fam. ercisc.* In summa prælegati pars capitur jure hæreditario, pars jure legati; videtur ergo pars ea quam capit jure hæreditario esse caduca: illa autem altera, quæ capitur jure legati, non videtur esse caduca, quia hæreditatis tantum indignus est, non legati, sed tamen etiam integrum fundum fiscus capiet, sicut hæres caperet, si non esset indignus, quia fiscus omnino obtinet locum hæredis scripti, ut inferius dilucidius demonstrabitur. Ergo fisco ut hæredi scriptum est præstandus integer fundus. Sed quæro, an fiscus hunc fundum debeat hæredi indigno restituere, an ut ceteris præstat legata, præstet etiam prælegatum hæredi indigno? Et Papinianus ait, esse voluntatis quæstionem, totam facere voluntatem defuncti, *cela gist en preuve*: videndum est, quid voluerit, quid senserit, sed in dubio etiam prælegatum præstabit hæredi indigno quamquam pars hæreditaria videatur esse caduca tantum, et hanc partem, et alteram præstabit, id est, integrum legatum, nisi aliud probetur testatorem voluisse. Confertur ergo integrum prælegatum hæredi indigno, et præstabitur a fisco omissa hæreditate ab hærede, cui quid prælegatum est, tunc capit prælegatum integrum, et jus legati omne, quia jam non est hæres, sed est ex integro fundo legatarius, quod ostenditur in *l. qui filium*, §. *ult. et seq. l. quæsitum*, §. *domini de leg.* 1. *l. cum resp. C. de leg.* Idem etiam dicemus erepta hæreditate hæredi quasi indigno, cui quid prælegatum erat: nam capiet integrum legatum *l. eum qui* §. *ult. hoc tit.* Non sane omne jure legati, quia hæres manet ipso jure, cui hæreditas aufertur ipso jure, ut indigno, *l. ex facto*, §. *ult. de vulg. substit.* Sed interpretatione coercetur, et constringitur jus fiscale, ut scilicet fiscus præstet integrum prælegatum, ac si is cui præripuit hæreditatem, hæres esse desiisset. Adnotandum alias indigno etiam eripi prælegatum, in hac causa non eripi: quia præsumitur testator prælegatum præstari voluisse, quod non induxit: At in casu *l. si sequens*, §. *ult. de Senatus Syllan.* si hæredi auferatur hæreditas ut indigno, quod ultus non sit necem defuncti, an præstabitur prælegatum? minime. Et ita extra eam causam hæredum indignorum evenit sæpe; ut qui summovetur ab hæreditate submoveatur etiam a prælegato, ut videtur commodissime ob hoc posse huic legi 12. conjungi *l.* 70. *de cond. et demonstr.* quæ est ex eodem libro Papin. in qua ponitur casus, quo qui submovetur ab hæreditate, etiam a prælegato submovetur.

Ad L. LXX. de condit. et demonst.

Duos mater filios sub conditione emancipationis ex partibus hæredes instituit, eisque plurium rerum præceptiones pure dedit: hæreditatem adierunt: patrem a legatorum commodo illa quoque ratio debet summovere, quod emancipando filios obsecutus voluntati, supremum judicium uxoris suæ custodiri voluit.

Casus hic est: mater duos filios hæredes scripsit ex partibus sub conditione, *si emanciparentur a patre*: hæredes igitur scripsit sub conditione, et eis prælegavit res plures pure: pater filios emancipavit, et ita existente conditione hæreditatem adierunt, et eam sibi acquisierunt non patri. Quæritur, *an sibi acquirant prælegatum non patri?* Dubitatur, quia die prælegati cedente erant in potestate patris: ergo legatum pertinet ad patrem quia in legatis tempus cessionis observatur, et dies legati cessit statim a morte matris: filiis nondum emancipatis hæreditas non cedit, antequam adeatur, *l. miles* §. *ult. de leg.* 2. Verum placet patrem submoveri etiam a prælegato relicto filiis, quia ut ait Papinianus emancipando filios, ut voluerat mater, obsecutus voluntati matris supremum ejus judicium custodire voluit, et qua ratione submovetur ab hæreditate, eadem submovendus est etiam a prælegato, ne emancipando filios partim videretur probasse judicium matris, partim improbasse. Et observandum est, male Accursium scribere, patrem submoveri a prælegato, quod in prælegato videatur repetita conditio emancipationis. Hoc enim est falsum: nam pure prælegavit, et non pure videretur prælegasse, si repetiisset conditionem emancipationis, et abutitur *l. avia hoc tit.* in cujus specie conditio adscripta in institutione, videtur repetita in prælegato: sed hoc ideo, quia ita prælegavit mater: *hoc amplius, quod eum hæredem scripsi, ei, do, lego*: quæ verba, *hoc amplius*, continet manifestam repetitionem, et ob id repetita conditio intelligitur: sed in specie hujus l. ejus nulla est nota repetitionis in prælegato. Cur igitur a prælegato submovetur pater? quia supremum judicium matris omnino constitisse intelligitur. Et male objicit etiam *l. hæres statuliberum*, *hoc tit.* nam est diversa species: servum liberum esse jussi, et ei legavi sub eadem conditione, *si navis ex Asia venerit tibi do, lego*: hæres servum ultro manumisit antequam existeret conditio, an ei præstabit statim legatum non expectata conditione? minime. In illa specie non extitit conditio libertatis, neque legati: in specie legis 70. extitit conditio institutionis.

Unum restat: ad *l.* 12. diximus inducto nomine hæredis fisco locum esse. Obstat valde *l.* 2. §. *pen. si tab. test. et l. ult. de his, quæ in testam.* quibus locis proponitur apertissime, inducto nomine hæredis, ad hæreditatem venire legitimos ab

intestato: non venire igitur fiscum. Videtur quidem prima specie res esse difficilis, sed expedietur adhibita distinctione. Aut testator induxit omnem scripturam testamenti, et confregit tabulas, qui est casus superiorum legum, quo casu sane videtur intestatus decedere voluisse: ergo venient legitimi sine onere ullo. Aut induxit tantum nomen hæredum, vel unius tantum. Et hoc casu in locum illius cujus nomen testator induxit, fiscus vocatur cum onere, quia testator videtur odio hæredis nomen ejus induxisse. Atque ita in locum hæredis illius fiscus veniet, et perinde habebitur, atque si ipse fiscus hæres esset scriptus, adeo ut scripto prælegata relicta, et fisco sint præstanda. Denique fiscus est loco hæredis scripti, ut videatur defunctus, etiamsi omnium nomina induxerit, testatus esse, fiscum habere pro scripto, alioquin intercciderent legata quæ omnia fiscus præstat. Ad summam si totum testamentum deleverit, intestatus est, si nomina sola hæredum induxerit, testatus est. Etiam illud est notatu dignum, legatarios admitti, et a fisco legatum petere actione ex testamento, substitutos vel cohæredes non admitti. Finge: induxit nomen unius hæredis, cui dederat substitutum: vel cui adjecerat cohæredes: non induxit nomen substituti, neque cohæredum. Quæritur, *an summoto eo, cujus nomen induxit, substitutus veniat?* Et placet non venire, nec cohæredem jure accrescendi; jus fisci est potius hoc casu jure substitutionis, et jure accrescendi: eripitur enim hæredibus pœnæ causa. Pœna autem unius non debet esse præmium alterius: pœna igitur indigni, id est, exceptio hæreditatis, non proderit substituto, *l. si sequens, de SC. Syllan.* Et verba substitutionis, si hæres non erit, sic intelliguntur, si omiserit hæreditatem, neque ei eripiatur, *l. 2. de his, quæ in test. del.* ait: *si instituti nomen induxerit, substituti non induxit, institutus emolumentum hæreditatis non consequitur:* oportet pro *institutus*, reponere, *substitutus.* Ea etiam lex vult separari legatarium a substituto, et ex ea causa erepta hæreditate hæredi, ostendere, legatarium admitti, substitutum vero non admitti. Addendum est aliquid ad *l. duos, de condit. et demonst.* non enim mihi videor satis eam enodasse, et rationem ejus quod est maximi momenti explicasse. Mater duos filios hæredes instituit sub conditione, *si emanciparentur, a patre*, et eis prælegata dedit, non sub conditione, sed pure: prælegatorum jus hoc est, ut hæres prælegatum pro sua parte capiat jure hæreditario, pro parte cohæredis jure legati, (*ce n' est qu' un demylegat*) pars prælegati est hæreditaria, alia pars legati jure obvenit. Et inde hæc differentia, quod pars hæreditaria imputatur in Falcidiam, pars altera, quæ capitur jure legati, non imputabitur. Et inde est alia differentia, quod pars hæreditaria venit in restitutionem fideicommissi, si hæres rogatus sit portionem suam restituere, pars altera non venit, ut si coactus adierit hæreditatem, vel si militis testamentum fuerit, *l. in fid. §. ult. ad Treb. l. cum virum, C. de fideicomm.* Duplex igitur est in prælegato jus, hoc meminisse oportet. Redeamus ad speciem. Mater duos filios hæredes instituit sub conditione emancipationis, et eis quædam pure prælegavit: post mortem matris pater filios emancipavit, atque ita filii adierunt hæreditatem injussu patris, eam igitur sibi acquisierunt, quia jam exierant potestate patris. Et hoc est certissimum, sed legata, an adquirentur patri? Videtur prælegatum pertinere ad patrem, quia dies prælegati cessit ante emancipationem, cum erant in potestate patris, hoc est, statim a morte matris, *l. miles, §. ult. de leg. 2.* et in legatis spectamus tempus cessionis. Verum Papinianus ait patrem repelli non tantum hæreditate, sed etiam a prælegatis, una eademque ratione, quia emancipando supremum judicium uxoris sequi voluit. Quomodo? nam dies prælegati dicitur statim cedere, ex *d. l. miles*: sed non cedit ante aditionem hæreditatis, nisi pro parte cohæredis, id est, fratris, et ex parte cohæredis, qui et ipse est filius, pater nihil capere potest: ergo ut ab hæreditate, ita et a prælegato summovetur pater: nam non potest capere ex legato unius filii, quin capiat ex hæreditate alterius. Nihil autem ex hæreditate capere potest, qui emancipavit, et obsequutus est voluntati uxoris: ergo nec ullum prælegatum capere potest, et ipsos emancipando exclusit se ab utroque. Qua ergo ratione repellitur ab hæreditate, eadem repellitur a legato. Nec est quærenda alia ratio: nihil autem opus est adminiculo Accursii, quod addit: in *l. avia*, qua utitur Accursius, adscripsit notam repetitionis: nam hærede scripto sub conditione adjiecit, *hoc amplius, quod hæredem scripsi eum, do, lego*, quæ nota repetitionis non est in hac lege. Sed quærere quis posset, cur conditio emancipationis non intelligatur repetita in prælegato, cum ex *l. cum proponebatur, de legat. 2.* mutuam substitutionem factam didicerimus inter plures hæredes videri repetitam in fideicommisso. Et rursus in *l. quoties, ad Treb.* partes adscriptas in institutione videri repetitas in fideicommisso. Quod obtinet etiam in directa institutione. Argumentum quod ex his locis ducitur, laborat vitio reciproci: nam ita respondere licet: in prælegato non videtur repetita conditio: igitur relictum est pure, ut ponit, hoc est, præsenti die, et similiter substitutio mutuo facta in institutione, non intelligetur repetita, si ostendat se nolle in eo fidei-

commisso, ut invicem substituti essent. Denique partes adscriptæ in institutione, non videntur repetitæ in fideicommisso, nisi in fideicommisso sint adscriptæ aliæ partes. Par ergo jus est in omnibus his casibus, si pares eos feceris: nam impares nunquam coæquaveris. Et hoc est, quod addere volui.

Ad L. IV. ad L. Falcid.

Fundo legato mihi sub conditione, pendente legati conditione, hæres me hæredem instituit, ac postea legati conditio exstitit: in Falcidiæ ratione fundus non jure hæreditario, sed legati, meus esse intelligitur.

Sciendum est, in quartam Falcidiam, quæ detrahitur ex legatis vel fideicommissis singularum rerum, imputari tantum ea, quæ capiuntur jure hæreditario, non ea, quæ capiuntur jure legati, vel fideicommissi, vel mortis causa capionis, vel quo alio jure, *l. in quartam, hoc tit.* Quod obtinet etiam in ea Falcidia, quæ detrahitur ex fideicommissaria hæreditate ex Senatusc. Pegasiano vel Trebell. *l. filium, C. fam. ercisc. l. in ratione* 30. §. *tametsi, hoc tit.* Species legis hæc est: testator fundum mihi legavit sub conditione: pendente conditione fundus est hæredis, sicut statuliber, hoc est, cui sub conditione est data libertas, interim est servus hæredis, *l.* 12. *famil. ercisc.* Ideoque si pendente conditione is hæres me instituerit hæredem, fundus ad me pertinet jure hæreditario, quia tum hæredis fuit. At finge: postea extitit conditio legati, nunc videtur esse meus jure legati; quia etsi ad me pervenerit primum jure hæreditario, tamen ea causa non perseveravit, et antiquior causa fuit legati. Denique nunc est meus ex causa legati, ergo non imputabo eum in Falcidiam: quia ei imputantur tantum, quæ jure hæreditario capiuntur: non potest fundus esse meus ex utraque causa, sed ex una tantum esse potest, et potius ex jure legati; atque ita quodammodo mutatur causa possessionis et dominii: non possum mihi causam dominii mutare: res ipsa mihi potest mutare, *l. non solum*, §. *quod vulgo, de usucap.* Et similis ratio refertur ex eodem libro Papin. ab Ulpiano in *l.* 1. § *sed si mater, ad Tertull.* Species est: filii succedunt matri ab intestato, et præferuntur agnatis matris ex Senatusconsul. Orfit. Ex testamento autem, id est si mater fecerit testamentum, præteriti filii agunt querela. Finge: mater duos habet filios, unum prætermittit, alterum instituit: prætermissus queretur se inofficioso. Nunc rursus finge: mater, quæ habebat plures filios, unum tantum hæredem instituit sub conditione, filios ceteros prætermisit: institutus petiit bonorum possessionem secundum tabulas: nam datur pendente conditione, *l.* 2. *de bon. posses. secun. tab.* postea defecit conditio: mutabitur causa possessionis, et qui erat institutus cum ceteris fratribus præteritis, succedet matri, et bonorum possessio secundum tabulas convertetur in bonorum possessionem contra tabulas. Restat quod objicit Accursius, *l. cui re, de act. empt.* Res mihi legata est sub conditione, ego interim illam emi ab hærede imprudens et accepi, et pretium solvi: colligit Accurs. eam rem esse meam ex causa emptionis, non legati. Verum non hoc vult *l. cui res*, rem meam esse ex causa emptionis, si postea extiterit conditio legati, sed hoc tantum ait, me actione ex empto, ut pretium, quod solvi, recipiam, agere adversus hæredem posse, quia quandiu mihi pretium abest, non habeo ex causa legati, quæ est lucrativa, et ex qua legati causa ea res ad me pertinet. Nam et rem meam non traditam possum petere ex testamento, *l. hujusmodi*, §. *qui servum, de legat.* 1. Et quæ tradita mihi est res ex causa emptionis, videtur mihi evinci existente conditione legati, ac proinde sicut re evicta ago ex empto, ita existente conditione legati ago ex empto, ad pretium recipiendum, ut res apud me resideat jure legati.

Ad L. Divus Adrianus XIII. de Castr. peculio.

D. Adrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor hæredem instituerat, filium extitisse hæredem, et ab eo servos hæreditarios manumissos, proprios ejus libertos fieri.

Quæstio legis est de quibusdam rebus, an sint hæ adnumerandæ castrensi peculio. In eo numeratur, quod filio agenti in militia datur, *l.* 11. *hoc tit.* quod a commilitonibus quoque datum est, vel ab his, quos filius cognovit propter militiam, *l.* 5. *hoc tit.* quod inquam, ei attulit militia. Quæro, *an in castrensi peculio computetur, quod uxor donavit filiofamilias in castris, vel legati, vel institutionis jure.* Et in hac *l. et in l. dote, eod.* proponitur rescriptum, quo Adrianus ait filiumfamilias militantem hæredem institutum ab uxore, hæreditatem imputaturum in castrense peculium, et servos hæreditarios manumissos, castrenses libertos fore, pleno jure: quod pugnat cum *l.* 6. *et* 8. *hoc tit.* quibus ostenditur, servum, quem uxor filiofamilias marito suo militanti donavit, ut eum manumitteret, si manumittatur, non fieri libertum filiifamilias: ergo non computari in castrensi peculio, et *l.* 8. id quod donatur vel legatur ab uxore, vel cognatis filiofamilias militanti, non est in peculio castrensi, etiamsi id adjectum sit nominatim, ut esset in peculio: non potest quis facere

ut sit quid in peculio castrensi, quod esse alioqui non potest. Agenti in militia, aut eunti in militiam, quodcunque donatur a quocunque, id omne est in peculio castrensi, ut arma, equi, mancipia, *l.* 6. §. *ult. hoc tit. l.* 1. *C. de castr. pecul. milit. Paulus* 3. *sent. tit. de testam.* Castrense peculium est, quod in militia acquiritur, vel proficiscenti ad militiam datur, sed si jam agenti in militia donet parens, vel uxor, vel cognatus, sine dubio non est in peculio castrensi, quia id extorsit ratio sanguinis potius, quam militiæ, *l. dotem*, §. *ult. hoc tit.* Donasset etiam pagano: sed si donavit aliquid, ut eo se tueatur in militia, ut aptior esset ad militiam, vel ornatior, alioqui non donaturus, sane imputatur in peculium, et ita accipienda est lex. Dos data filiof. militanti nunquam imputatur in peculium, quia dos nunquam datur ratione militiæ, sed propter onera matrimonii, et communes liberos. Itaque dos ab uxore data filiof. militanti, nunquam est in castrensi peculio: hæreditas ei data esse potest in peculio, quam non erat datura pagano.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XVII. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXIII. De Usufr.

Si Titio fructus, Mævio proprietas legata, sit, et vivo testatore Titius decedat, nihil apud scriptum hæredem relinquetur. Et id Neratius quoque respondit.

Ex lib. 17. quæstionum Papiniani prima quæstio, quæ datur, aut potius duæ, quæ dantur, sunt in *l. si Titio* 33. *de usufr.* Et ad primam quæstionem fac speciem hoc modo: testator ab hærede scripto, Titio usumf. fundi legavit, Mævio proprietatem ejusdem fundi, ita ut plane declararet, nihil velle se ex eo fundo quicquam apud hæredem residere, quandoquidem uni usumfructum alteri proprietatem legavit. Titius, cui legaverat usumfructum, mortuus est vivo testatore, antequam inciperet fructuarius esse; post mortuus est testator; videtur legatum ususfructus esse in causa caduci: nam in causa caduci sunt legata, quæ deficiunt vivo testatore, puta præmortuo legatario, l. *un.* §. *et cum triplici*, *C. de cad. toll.* Denique legatum ususfruct. Titio relicti, videtur esse in causa caduci, quia præmortuus est Titius, et proinde videtur pervenire ad fiscum ex *l.* Julia et Papia, sed eo nos absolvemus confestim. Hæ leges caducariæ non habent locum in usufructu legato, quod demonstrat hæc lex nostra, et lex 9. *de usuf. leg.* Cur non habent locum leges caducariæ, leges fisci in legato usufructu? quia scilicet si ex causa caduci ususfructus caderet in fiscum, nunquam rediret ad proprietatem, nunquam consolidaretur, inanis esset proprietas. quia fiscus nunquam moritur, nunquam capite minuitur, quibus potissimum modis ususfr. finitur, et ut habent Institutiones juris, ne in universum proprietas inutilis esset semper abscedente usufructu, placuit certis modis usumfructum extingui, et ad proprietatem reverti. Præcipui modi hi sunt, mors et capitis diminutio. Et hac ratione leges caducariæ fisco vindicabant bona, hoc est, proprietatem, non usumfructum, alioqui cum usufr. seusim sibi fiscus bona vindicaret quasi vacantia, quæ nemo vellet. Quid enim est proprietas sine fructu, vel spe fructus? Ergo in specie proposita sicut constat fisco locum non esse, quamvis is casus extiterit, quo legata fiunt in causa caduci, puta, quia legatarius decesserit vivo testatore, et sic etiam non quæritur hoc loco, an ususfr. pertineat ad fiscum, sed lis est inter Mævium, cui ejusdem fundi legata est proprietas, et hæredem scriptum, uterque sibi vindicat usumfructum. Sed hac ratione, quia legata, quæ deficiunt, vel vivo testatore, vel post mortem testatoris, si non cadant in fiscum, vel si non adcrescant legatario, vel si non obveniant substituto, ea sola debent remanere apud hæredem, *l. id autem*, *infr. ad. l. Falcid.* Legatum hic ususfructus vacat, aut vacare videtur: nam deest fiscus vel collegatarius, vel substitutus, qui in id succedat. Mævius, cui legata est proprietas, non est collegatarius, non est substitutus in usufr. Ergo ususfructus apud hæredem remanere debet. Contra Mævius ait, ad se pertinere, quia ususfructus deficiens solet ad proprietatem reverti, suam autem esse proprietatem sibi legatam. Et sane, si usuf. cœpisset in persona Titii, post mortuo Titio recurreret ad proprietarium, id est, pertineret ad Mævium, et hoc est certissimum: sed in hac lege est jus singulare, quod in hac specie, etiamsi ususfructus non cœperit in persona Titii, qui mortuus est vivo testatore, tamen pertineat ad proprietarium, hoc est, Mævium. Et hæc est ratio, quia evidens est, testatorem noluisse usumfructum venire ad hæredem scriptum, quæ ratio proponitur in *l.* 4. *infr. si ususfr. pet.* Nam hoc judicio, ut initio dixi, quid egit aliud, quam ut ex eo fundo nihil quicquam perveniret ad hæredem scriptum? et voluntati defuncti consequens est, ut ususfructus is qui deficit vivo testatore, ut legatum ususfr. pertineat ad Mævium, cui proprietas legata est, non ad hæredem scriptum.

Ad §. Usumfructum.

Usumfructum in quibusdam casibus non partis effectum obtinere convenit. Unde si fundi vel fructus portio petatur, et absolutione secuta, postea pars altera, quæ accrevit, vindicetur, in lite quidem proprietatis judicatæ rei exceptionem obstare, in fructus vero non obstare scribit Julianus: quoniam portio secundi, velut alluvio portioni, personæ fructus accresceret.

Secunda quæstio *l. si Titio*, *de usufr.* non est principalis quæstio, sed ut mihi quidem videtur, appendicula ejus quæstionis, quæ ex eodem Papin. libro exponitur in *l. Mævius*, §. *fundo de legat.* 2. Quod apparebit, si constituamus primum id, quod est in *l. 4. h. t.* usumfructum multis casibus partem dominii esse; deinde id, quod est hoc loco, usumfr. in quibusdam casibus partem dominii non esse. In his duobus explicandis consumemus omnem operam. Mirum est quod ait *l.* 4. usumfr. in multis casibus partem dominii esse. Nihil refert dixeris, partem dominii esse, an partem fundi, partem hominis, partem rei cujuscunque. Nam et fundi vel hominis, vel rei cujuslibet nomine dominium significatur, ut qui exempli gratia, fundum legat, aut promittit Quis vero non videt, usumfructum non esse partem hominis, non partem rei, non partem fundi? Est enim potius pars vel species servitutis, ut ait *l. recte*, *de verb. signif.* est servitus potius, quam fundus, vel quælibet alia res, per quam fundus servit homini, ut ex ea omne emolumentum capere possit. Servitus est qualitas; qualitas autem non est pars rei, ergo ususfr. non est pars rei. Pars fundi est locus, *l. locus*, *de verb. signif.* ususfr. non est locus fundi, ergo non est pars fundi. Dominium perficit sola proprietas, *l. si procurator*, *de acq. rer. dom.* Ususfr. igitur non est pars dominii vel fundi. Et hoc est, quod ait Pap. *d. l. Mævius*, §. *fundo*, usumfr. in jure consistere, non in parte, id est, usumfr. esse jus, quod homo habet in fundo, non partem fundi. Et hoc nihil est certius. Ergo quod ait *l.* 4. ususfr. in multis casibus pars dominii est: usumfr. partem dominii esse, id est, similem esse parti dominii, et *l. qui usumfr. de verb. obl.* instar habere partis, ut ait *l. cum suis*, §. *dominus*, *de leg.* 2. effectum habere partis dominii, ut e contra hoc loco Papin. ait, in quibusdam casibus, eum non habere effectum partis, idem est instar et effectus. Instar enim ex solo effectu dignoscitur: denique usumfr. partem esse dominii seu fundi, non pro servitute in multis casibus, quamquam revera sit servitus, non pars rei: in multis casibus, inquit, ex his casibus aliquos enumeremus. Primus casus: reo in fundum obligato recte accipitur fidejussor in usumfr. *l. si reo*, *de fidejuss. inf.* quia fidejussor recte accipitur in partem, *l. 10. eod. tit.* et ususfr. obtinet instar partis, et ususfr. pro parte habetur: ergo recte in usumfructum fidejussor accipitur, nec videtur accipi in aliam rem, sed in partem, quam debet reus. Cur vero ususfr. habetur pro parte? quia ut est in *d.* §. jus est fundi: ea verba non ita sunt accipienda: ergo est servitus fundi: quia revera ususfr. non est servitus fundi, sed hominis vel personæ, *l.* 1. *l. quoties*, *de servit.* est jus in fundo, non servitus fundi. Ac præterea reo obligato in fundum, non recte acciperetur fidejussor in servitutem fundi, puta in iter, vel actum, quia in aliam rem acciperetur, quam in eam, quæ in principalem obligationem deducta est. Non potest autem in aliam rem accipi utiliter, et est servitus fundi, nec est fundus, id est, neque est totum, neque pars fundi: alia res igitur. Quid est ergo, quod ait, *quia ususfr. est jus fundi?* Id nimirum, quod ait Papin. in *d.* §. quia omne emolumentum fundi continet, *omne jus*, id est, omne emolumentum: non immerito igitur pro parte habetur fundi, id cui inest emolumentum fundi totum. Idemque de eo non immerito censetur, quod de parte fundi. Jus fundi est bonitas, salubritas, amplitudo, *l. quid aliud*, *de verb. sign.* Et multo magis emolumentum fundi, quod est fructus, quem fert: et ita sæpe in jure emolumentum accipitur pro fructibus, fragibus, annonis, *l. dominus*, *h. tit. et d.* §. *ejus*, *l. cum filius*, §. *dominus*, *de legat.* 2. *l. cum Imperator*, *in fi. ad Trebell. l. ult. in fin. si cui plus quam per l. Falc.* Sequitur alius casus, quo etiam ususfruct. pars rei est, hoc est, partis instar obtinet: si stipuler totum, deinde partem non novandi causa, posteriori stipulatione nihil ago, quia sufficit prior, ut si stipuler decem, deinde quinque, vel si stipuler actum, qui non potest esse sine itinere, *l. in fine*, *de adim. leg.* deinde stipuler iter, frustra stipulor; vel si stipuler usumfructum, deinde usum, nihil ago, nihil proficio; sed contra si stipuler partem, deinde totum, posterior stipulatio utilis est, quia et pinguior est, et plenior, ut si stipuler quinque, deinde decem: si iter, deinde actum: si usum, deinde usumf. *l. qui usumf. de verb. obl. l. si pupillus*, §. *ult. de novat.* Secundum hæc, si prius stipuler fundum, deinde usumfr. posterior stipulatio inutilis est, quia ususfr. pars est fundi, quæ est in toto, quod primum stipulatus sum. Et e contrario propter eandem rationem, si stipuler usumfr. deinde fundum, utilis stipulatio est, quæ est sententia *d. l. qui usumfr.* Nec servitutis prædii eadem ratio est, quia etsi stipuler fundum: deinde iter ad eum fundum, utilis stipulatio est, quia aliud

quiddam proprium stipulor, non partem fundi: nunquam iter, via, actus, vel quæ alia servitus fundi, habetur pro parte fundi. Itemque utilis esset stipulatio, si stipularer iter ad fundum, qui nondum erat meus, deinde fundum: nam et fundo meo futuro servitus constitui potest, *l. Labeo*, *de servit. rust. præd.* Sed transeamus ad alium casum, quo etiam ususfr. habeatur pro portione dominii, si petiero fundum, et non obtinuero, deinde non possum petere partem, quia in toto pars est: qui toto cecidit, et parte cecidit, aut mihi petenti partem, obstabit exceptio rei judicatæ, *l. 7. in pr. de except. rei jud.* Ergo non possum petere deinde usumfr. quia ususfr. pro parte est *l. si cum argentum*, §. *si fundum*, *eod.* Et similiter si pactus sum de non petendo fundo, qui mihi debebatur, me non petiturum fundum, si cavero, nec usumfr. petere possum, aut petenti obstabit mihi exceptio pacti conventi, *l. si unus*, §. *item si*, *de pact.* Sed etsi petiero fundum, nec obtinuero, deinde fundo pars accreverit quædam, nec partem adcrescentem petere possum, quæ adcrevit post rem judicatam, quia ejus eum non esse fundum judicatum est, et partem adcrescentem ejus non esse, judicatum est. Ergo nec ususf. ei acquiretur, qui proprietati accrescit mortuo usufructuario, aut capite minuto. Sed addamus alium casum: fundo legato, si is fundus debuerit servitutem hæredi scripto, hæres eum ea servitute liberum præstare non debet, præstabit fundum, et sibi retinebit servitutem: sed si ejus fundi ususfr. sit hæredis scripti, usumfr. sibi retinere non potest, quia partis instar obtinet, cum continet omne emolumentum rei, *l. 26. l. cum filius*, §. *dominus*, *de leg.* 2. Idemque erit, si fundus legatus alii debuerit servitutem, non hæredi scripto: nam hæres fundum præstabit, qualis est, nec cogetur liberare servitute: sed si fundi ususf. alienus sit, debet eum liberare usufr. atque ita usumfr. præstare, non proprietatem nudam. Et hoc ita Papin. hoc ipso libro docuit, *d. l. nullus* §. 2. *et l.* 2. Atque ita ostendit, hoc casu esse partem fundi usumf. et non præstare fundum totum eum, qui detrahit usumfructum. Et hoc cum docuisset in *d.* §. *fundo*, puto eum subjecisse, quod est hoc loco, non tamen in omnibus casib. usumfructum partis effectum obtinere, in quibusdam non obtinere, ut hoc loco ait, partis sc. fundi, vel partis dominii, quod idem est, hoc loco et *d.* §. dum ait simpliciter *partis*, Basil. habent, *partis dominii*, ὃν ἔοικεν ἡ χρῆσις μέρει τῆς δεσποτείας, *non est similis ususfructus parti dominii.* Unum vero hoc loco Papin. casum affert, quo ususf. non imitatur partem dominii, seu fundi, seu rei, de qua agitur. Sententia hæc est: si petiero partem fundi, nec obtinuero, deinde repudiatione conjuncti vel collegatarii pars altera accrevit fundo, an eam partem repetere possum, quæ adcrevit? minime: amittenti partem suam pars altera, quæ post vacat, non adcrescit. Aliud est dicendum, si petiero partem ususfr. nec obtinuero: nam si post repudiationem collegatarii defecerit pars altera ususfr. ego eam petere possum: atque ita non habenti partem suam pars ususf. accrescit, quia hoc casu ususfr. non habetur pro parte rei. Nam si haberetur pro parte rei, rem sequeretur, non personam, quæ eam amisit, quæ ejus partem nullam habet. Et ut eleganter docet, ratio diversitatis hæc est, quia fundi portio accrescit fundo, non personæ, sicut alluvio: et utitur comparatione alluvionis, quia et jus alluvionis est jus accrescendi. Et hoc tamen interest, quod jus accrescendi competens ratione conjunctionis, est a jure civili, alluvio a jure gentium. Ceterum ut alluvio adcrescit fundo, non personæ, ita et portio, quam fundus habuit, adcrescit fundo, non personæ, usuf. accrescit personæ, non fundo, quia ei personæ, quæ amisit partem suam, nihilominus pars altera ususf. adcrescit, quod confirmat *l. et an eadem*, §. *qui cum partem*, *de excep. rei jud. et l. interdum*, *de usufr. adcresc.* Denique quamvis judicatum sit, partem ususfr. meam non esse, quia tamen judicatum non est me fructuarium non esse, pars altera ususfructus mihi non habenti partem meam, sed amittenti, accrescit. Et ita apparet hoc casu usumfructum non esse pro parte rei: nam si esset pro parte rei, sequeretur rem seu fundum, non personam: quia ita licet argumentari recte: partem rei meam amisi, ergo et eam quæ postea accrevit, quia pars parti accrescit, quia habenti partem accrescit, non amittenti: at non ita licet argumentari: partem ususf. meam amisi, ergo et eam quæ postea accrescit, quia non parti pars ususf. adcrescit, sed personæ: ususf. est jus personale, quod cohæret personæ, *l. pen. C. de usuf.* usumfr. exspirare cum anima, id est, cum vita. Et hic est casus, quem voluit proponere in hoc loco Papinianus, quo aliud statuimus de parte rei, aliud de ususf. seu parte ususf. Sed propositio est talis hoc loco: usumf. in quibusdam casibus non esse partem rei, et unum tantum adfert casum, cedo alterum. Addam *ex l. et per jusjurandum*, §. *illud*, *de accept.* si is, cui debetur fundus, creditor sc. acceptum ferat usumf. an valet acceptilatio? minime: quia vel totum est accepto ferendum, vel pars ejus quod debetur. Pars obligationis accepto ferri potest *l. pars*, *et seq. eod. tit.* Ususf. autem non est pars fundi, ergo acceptilatio in usufructu non valet, et perinde est, ac si is, cui debetur domus, accepto ferat fenestras vel lapides ejus quæ non sunt partes

domus: duæ sunt partes domus, solum, et superficies tantum. Si mihi debes domum, et tibi accepto feram fenestras, nihil consequeris: et ita etiam ususfr: non est pars fundi vel rei. Sed cur non habetur pro parte in hac specie, ut et in multis aliis casibus? nam invenio, fundo legato recte adimi usumf. quasi partem, *l. 2. de adim. leg.* Cur et fundo debito non recte accepto feram usumfr. ut proprietas sola maneat in obligatione? Puto etiam fundo in obligationem deducto, nec recte pacisci de usuf. non petendo. Cur ergo fundo debito ususfructus non recte accepto fertur? Ratio est, quia ut stipulatio, ita et acceptilatio sunt ex jure solemni, quod nihil aliud est quam stipulationis corruptio: uterque est actus legitimus; hoc est solemnis, *l. actus, de reg. jur.* utraque fit verbis solemnibus, non quibuscunque verbis, et consentire altera cum altero debet, et congruere in verbis: si stipulatio sit de fundo, etiam acceptilatio debet esse de fundo, vel parte fundi: nisi consentiat, et congruat acceptilatio cum stipulatione, imperfecta est stipulatio, *l. nisi ff. de acceptilat.* At ademptio legati fit nuda voluntate, fit conjectura, *l. 3. §. ult. de adim. leg.* Pactum quoque fit nudo tacitoque consensu, *l. 2. de pactis.* Hi actus non sunt solemnes, nec exigunt verborum ullam scrupulositatem.

Ad L. II. Quib mod. ususfr. amit.

Si duobus separatim alternis annis ususfructus relinquatur, continuis annis proprietas nuda est, cum si legatarium unum substituas, cui alternis annis legatus sit ususfructus, plena sit apud hæredem proprietas, eo tempore quo jus fruendi legatario non est: quod si ex duobus illis alter decedat, per vices temporum plena proprietas erit. Neque enim accrescere alteri quicquam potest, quon am propria quisque tempora non concurrente altero, fructus integri habet.

Quæstio *l. 2. quib. mod. usufr. amit.* de qua tractatur *in princ. l. et in §. ult.* est de usuf. uni vel pluribus legato alternis annis, et de jure accrescendi, qua de re est lex *quoties duob. de usufr.* quæ sequitur legem *si Titio*, et in eam necessario videndum est prius, inter quos sit jus accrescendi. Vulgo dicitur jus adcrescendi esse *inter conjunctos, vel inter eos, qui pro conjunctis habentur*; quæ definitio in plerisque falsa est, et certior est definitio Celsi, quam paulo post tradit: sed interim, quæ sint genera conjunctorum perstringamus. Alii sunt conjuncti re et verbis, qui scil. coniuncta scriptura in eandem rem vocantur, puta hoc modo: *Primo, et Secundo illum fundum lego, l. triplici, de verb. signific.* Alii sunt conjuncti re tantum, quibus separata scriptura eadem res legatur, hoc modo: *Primo illum fundum lego; Secundo eundem lego l. re conjuncti de leg. 1.* quia separata scriptura eis eadem res legatur, non conjuncta. Ideo in jure dicuntur separati et disjuncti, in §. *conjuncti, de leg. Instit.* Conjunctio scripturæ conjunctos facit: disjunctio disjunctos. His vero, qui re et verbis conjuncti sunt, vel re tantum, relinquitur solidum ab initio singulis, maxime si per vindicationem legatum datum sit, concursu autem partes faciunt. Alii sunt conjuncti verbis tantum, quibus conjuncta scriptura ejusdem rei diversæ partes legantur, hoc modo: *Primo et Secundo illum fundum æquis partibus lego*: aut *Primo et Secundo fundum lego ita ut unus habeat bessem, alter trientem*, si ab initio partes habent, non concursum facient, *d. l. re conjuncti.* An inter hos omnes sit jus accrescendi, vel inter quos sit jus accrescendi quæritur. Hac de re certior est definitio Celsi in *l. 3. de us. accresc.* quæ non tantum pertinet ad usumfr. sed etiam ad proprietatem Quoties dicitur inter aliquos jus esse accrescendi, toties singuli solidum habebunt ab initio: concursu autem partes facient, id est, quoties hoc egit testator, ut concurrant, et non concurrente uno, ut alter totum haberet. Jus accrescendi nihil aliud est, *quam jus retinendæ partis ejus, qui non concurrit, vel jus legati integrum, nec imminutum concursu socii.* Denique jus accrescendi non dicitur, nisi inter eos, qui per concursum partes habent, faciuntque. Et notandum aliquando jus accrescendi esse inter non collegatarios, veluti inter legatarium et alium non legatarium, si modo sint conjuncti, et concursu partes faciant, ut *l. si mulieri, de usufr. accresc.* Testator legavit usumfr. mulieri cum liberis suis: sunt conjuncti re et verbis, et concursu faciunt partes: ideoque non concurrentibus liberis, puta amissis, mater habet usumfr. integrum jure accrescendi, vel liberi mortua matre. Et in hac sane specie mater et liberi collegatarii fuerunt. Sed idem etiam statuendum est de jure accrescendi, quod inter eos versatur, si liberi legatarii non fuerint, quod procedit in hac specie. Finge: solos liberos hæredes scripsi, et legavi matri. Cum matre liberi non sunt legatarii, quia hæredibus a semetipsis inutiliter legatur *l. plane §. si duobus. de leg. 1.* Et sane videtur etiam nominasse liberos testator, non ut legatarios, sed ut ostenderet se malle ita frui matrem, ut liberos secum haberet fruentes. Ergo legataria est mater, sed liberi non sunt legatarii, et tamen inter eos erit jus accrescendi: mortuis liberis eorum pars accrescet matri, et contra, *d. l. si mulieri.* Et ad hæc est notandum, jus quoque accrescendi non semper esse inter collegatarios, vel coniunctos: non est inter collega-

tarios qui partes habent ab initio adscriptas, vel habere intelliguntur, non concursum faciunt, licet sint conjuncti verbis, ut si ita legavi: Primo et Secundo illum fundum æquis partibus lego: inter Primum et Secundum non est jus accrescendi, *l. peu. de usufr. accresc.* Item inter conjunctos re et verbis, vel inter conjunctos re tantum, in legato damnationis non est jus accrescendi, quia ab initio hæres singulas partes dare damnatus intelligitur, et hoc secundum jus antiquum: nam ex constitutione Justin. *de caduc. toll.* inter eos est jus accrescendi. Non est etiam jus accrescendi inter collegatarios, qui prorsus separati sunt, qui neque conjuncti sunt re neque verbis: ut si uni sit legatus fundus, alteri domus, uni fructus unius anni, alteri fructus alterius anni. Ergo hi sane nihil habent inter se commune. Credo vos jam intelligere definitionem illam generalem Celsi de jure accrescendi. Alia, ut puto, fuit definitio Sabini, quam existimo proponi in *princ. l. 1. de usufr. accresc.* Lex est Ulp. ad Sabinum, quæ leges solent semper incipere a propositione Sabini aliqua. Initio ergo d. legis ita de jure accrescendi definit Sabinus: si conjunctim relictus sit ususfr. inter fructuarios esse jus accrescendi: si separatim unicuique partis rei; sine dubio inter eos cessare jus accrescendi. Videamus, quæ sit sententia hujus definitionis. Sicut scripta est, eadem videtur esse hæc definitio Sabini, quæ est Celsi: nam hoc statuitur, inter conjunctos re et verbis, vel re tantum, esse jus accrescendi: inter conjunctos verbis tantum, aut sane nec conjunctos ullo modo, cessare jus accrescendi: nam his solis dici potest ususfr. legari separatim, unicuique partis suæ, ut ait, qui sunt conjuncti verbis tantum, vel qui nullo modo conjuncti sunt. Ergo inter eos statuit Sabinus cessare jus accrescendi, quod congruit cum definitione Celsi. Sed ut ego jamdiu ostendi, verba illa *l. 1. unicuique partis suæ*, sunt subdititia, et spuria erunt quæ ex ora transierunt in textum, verba ejus, qui separatim voluit interpretari, et vero etiam interpretatus pessime est. Nam Sabinus hoc tantum definire voluit simpliciter; inter conjunctos esse jus accrescendi, inter separatos non esse jus accrescendi. Quod aperte demonstrat Ulpian. in *l. 1. §. idem*, dum definitionem Sabini interpretatur, et temperat convenienter definitionem Celsi, ut interdum etiam inter separatos sit jus accrescendi, si modo sint re conjuncti. Et similiter dices contra Sabinum, interdum inter conjunctos non esse jus accrescendi, nisi et re conjuncti sint, aut esse intelligantur, quæ interpretatio necessario addenda est ad sententiam Sabini, si ut in jure semper conjunctim significat, conjunctum scriptura, et separatum, separatum scriptura. Atque ita si tollas illa verba, *unicuique partis suæ*, opus est illa interpretatione. Alioqui si non tollas, nihil opus est ista interpretatione, nihil illo §. *idem.* Et ita etiam in Basil. non sunt illa verba: *unicuique partis suæ*: verba eorum hæc sunt: ὅτε ἡνωμένοις ληγατευθῇ ἡ χρῆσις τῶν κάρπων, οὐ μὴν ὅτε διηρημένως, ἁρμόζει τὸ δίκαιον τῆς προσαυξήσεως: *quotiens conjunctim legatus est ususf. non quoties separatim, competit jus accrescendi.* Quæ definitio simpliciter accepta falsa est, ut post indicat Ulpian. §. *idem nunc videamus*, qua de re tractatur in principio *l. 2. et. 8. §. ult.* Finge, uni tantum legatus est ususf. alternis annis, quid fiet? alternis fruetur ipse, et hæres scriptus, et singulis annis intermittetur aut vacabit ususfr. et plena proprietas erit apud hæredem scriptum, singulis annis ususfruct. erit apud legatarium et nuda proprietas apud hæredem scriptum, atque ita vicissim, modo fruetur legatarius, modo hæres scriptus per vices annuas. Et hoc loco alternis annis Græci interpretantur rectissime ἐνιαυτὸν παρ᾽ ἐνιαυτόν. Et quidem res est expeditissima, si ususf. uni tantum legetur alternis annis. Sed quid si legetur duobus separatim alternis annis, Primo et Secundo? Respondetur, quandiu hi duo vivent, aut integri status erunt, continuis annis apud hæredem erit nuda proprietas, sine usuf. Et eleganter, alternis annis opponit continuos. Altero autem ex eis mortuo, quæro, an accrescat alteri, ita ut continuis annis uti et frui possit, et semper sit nuda proprietas apud hæredem scriptum? Et placet non accrescere, non esse inter eos jus accrescendi. Ergo testator inter eos divisit usumf. ab initio per vices annorum, nec voluit alterum cum altero concurrere eodem tempore, vel eos inter se partes facere concursu, sed ipsorum partes fecit per intervalla temporis. Ergo deficiente jure accrescendi, locum habebit jus consolidationis, hoc est, quæ apud hæredem continuis annis erat nuda proprietas, nunc erit nuda alternis tantum annis, plena alternis annis: nam si simul duobus legaverit usumf. alternis annis, ut sc. in eum annum concurrent ambo, hi duo pro uno habentur, et alternis annis apud hæredem scriptum est plena proprietas: quod ostenditur §. *ult.* et consequenter inter eos est jus accrescendi, puta uno mortuo pars ejus accrescit alteri. Nam quod observandum est, et in quo notissimum est distare proprietatem ab usufructu, ususfructus pars accrescit alteri, non tantum, quæ numquam acquisita est, sed repudiata, verum et quæ acquisita est, post vero amissa, puta morte aut capitis diminutione. At pars rei acquisita semel non accrescit alteri, omissa accrescit, amissa non, *l. 1. §. peu. de usuf. accresc.* Quæro, quoties ususf. separatim duobus relinqui-

tur alternis annis, quis fruetur prior, vult quisque frui prior, nec ea in re inter se consentiunt? Primum quidem lis derimitur ex ordine scripturæ: nam si ita dixerit, *Titio et Mævio lego usumfr. alternis annis*, Titius prior fruitur, qui prior nuncupatus est, *l. quotiens duob. de usuris*, qui ordo scripturæ in simili causa servatur in l. Fusia Canin. et l. Ælia Sentia. L. Fusia testatori non licebat manumittere, nisi certum numerum hominum. Finge: manumissi sunt plures, qui ex his pervenient ad libertatem? quibus prioribus erit adscripta intra numerum legitimum: ceteri non consequentur libertatem, L. Ælia Sentia in fraudem creditorum non licet, nisi unum servum manumittere, et hæredem scribere. Finge, eum scripsisse duos vel tres, quis erit liber et hæres? et sequemur ordinem scripturæ. Is igitur erit liber, qui priore loco fuerit scriptus, *l. qui solvendo 2. et l. si non lex*, §. 1. *de hæred. inst.* Verum quid fiet, si is ordo scripturæ non appareat? Finge, in proposita specie, eum legasse usumfruct. duobus, qui erant ejusdem nominis separatim, ea scilicet mente, ut alternis annis fruerentur, non simul uterque, et dicitur scripsisse hoc modo: *Titiis usumfr. de lego alternis annis.* Vel finge, eum legatariorum nomina scripsisse in orbe tereti. Et hoc sane casu, quia non apparet, quis sit prior, quid juris? Necesse est, ut inter se conveniant ea de re, vel si nolint convenire, se invicem impedient, sibi invicem obstabunt; quia sane occurrere non possunt in idem tempus contra voluntatem defuncti. Et ita etiam ad *l. Æliam Sent.* in superiore casu respondet *l. qui solvendo*, 1. *et seq. de hæred. instit.* Item etiam Cajus 1. Institut. respondit ad *l. Fusiam Caniniam.* Ergo neuter perveniet ad legatum, quia sunt refractarii nimis. Verum placet, quod annotat Accurs. in *l. quoties duobus*, eos posse cogi, ut conveniant inter se interventu prætoris, vel etiam rem hanc posse forte dijudicari, ut in duplicibus judiciis quotiens quæritur, quis prior causam dicere debeat, forte dirimitur, *l. sed cum ambo, de judic.* Quintil. 7. *Scio sæpe quæsitum, quis prior diceret causam, quod atrocitate formularum, vel novissime sorte dijudicatur: nam vult præferri atrociorem actionem, et eum cujus numerus est amplior, in qua de majori quantitate vel auro agitur, vel si pares sint actiones necesse rem dirimi sorte.* At quid rursus fiet, si uni tantum legatus fit ususfr. alternis annis, quis prior fruetur, ipse an hæres? Hoc vero facile expediri potest, et sine sorte: nam jus est certissimum, fruiturum priorem eum, qui fructus legatus est, quando quidem legatum est purum. Cedet ergo statim ab adita hæreditate. Et hoc etiam significat Papin. §. *ult.* his verbis, *quod sane ultra primum fac.* Sed et de legato usuf. alternis annis, notandum est in *l.* 28. *h. t.* si usuf. legetur alternis annis, non posse eum non utendo amitti, regulariter autem amittetur non utendo ususfruct. anno rei mobilis secundum jus antiquum, hodie triennio: vel rei immobilis non utendo biennio olim, hodie decennio: sed si relictus sit ususf. alternis annis, non potest perire uno anno, quia plura legata sunt: quot sunt alterni anni, tot sunt legata ususf. *l. cum ususf. de usufr. leg.* Quo loco addit, aliud tamen esse in via, itinere, aquæductu, vel aquæ haustu, val actu, aliud esse in servitute rustici prædii: nam etiamsi via sit relicta alternis annis, vel aqua alternis annis, una est via, unum legatum, quod etiam ostendit *l. si sic, quemad. servit. amit.* Cur plura sunt legata ususfr. si sit relictus alternis annis, et una est via, si sit relicta alternis annis? Difficile est reddere rationem: redditur ratio, sed obscure in *d. l. cum usufr.* his verbis: *quia via vel aqua sui natura habet intermissionem*, quia non semper possum ire, non semper aquam haurire, id est, semper hæc servitus habet intermissionem. Ergo si intermissio spectaretur, ratione intermissionis nunquam haberetur pro una, sed habenda pro pluribus: non una esset via, sed plures, quod est absurdum. At ususf. sui natura non habet intermissionem, sed facto nostro, puta judicio defuncti: atque ideo hanc intermissionem, quam finivit defunctus annis alternis, non accipimus in annum, sed existimamus tot legata testatorem facere voluisse, quot fecit annos. Igitur si usufr. mihi relicto alternis annis, non utar hoc anno vel sequenti, annis alternis, an ideo amitto usumfructum vel reliquorum annorum? minime. Sed via mihi relicta alternis annis, si non utar hoc anno, non utar sequenti, alternatim, et reliquorum annorum servitutem amitto, quia una est servitus: *substituas*, id est, supponas posse, *singulorum annorum fructus vacabit*, id est, eorum annorum qui non concurrent.

Ad §. Si non mors.

Si non mors, sed capitis diminutio intercesserit, quia plura legata sunt illius anni tantum, si modo jus fruendi habuit, fructus amissus erit, quod et in uno legatario, qui fructum in singulos annos accepit, defendendum est, ut commemoratio temporum, repetitionis potestatem habeat.

§. 2. *Cum singulis fructus alternis annis legatur, si consentiant in eundem annum, impediuntur: quod non id actum videtur, ut concurrerent: multum enim refert, duobus simul alternis annis legetur, quod sane ultra primum*

annum procedere non potest, non magis quam si uni legatus ita fuisset: an singulis alternis annis: nam si concurrere volent, aut se impediente invicem propter voluntatem, aut si ea non refragabitur, singulorum annorum fructus vacabit.

Quæ proponuntur in §. *si non mors*, valde sunt conjuncta, et proxima iis, quæ diximus: usumfr. legatum alternis annis diximus non posse non utendo amitti, anno vel biennio, vel triennio, aut longiore tempore, quia plura sunt legata, quandoquidem testator plura legata facere voluit. quia usumf. sui natura intermissionem non habentem, intermitti voluit: at si legetur via, vel iter, vel actus, vel aqua alternis annis, unum est legatum, una servitus, quamvis intermissionem habeat ex judicio testatoris. Nam si intermissio faceret plures ex eo genere servitutes, quia nunquam esset una, nunquam una aqua, vel quæ alia servitus, sed esset omnis servitus rustica multiplex, quia omnis servitus rustica sui natura intermissionem habet: non possum uti via semper, vel itinere, vel aqua: nam non semper fundus meus indiget aqua, et fundi tamen gratia servitus aquæ constituitur. Et hoc distant potissimum rusticæ servitutes ab urbanis: nam urbanæ habent continuum usum, *l. servitutes quæ, infra de serv. rust. præd.* Exempli gratia, ædes altius elatas, aut suppressas continuo habeo. Igitur habeo continuo in ædes vicini servitutem, nec habet ullam intermissionem. Ususf. quoque sui natura non habet intermissionem, quia etsi non fructus capio semper, tamen utor semper dum habito semper in fundo, vel in ædibus, vel in villa. Nam fructuario habitare licet, et morari perpetuo in re fructuaria; sed quod est notandum, proprietario licet in prædio, cujus ususf. est alienus, habere custodem prædii invito fructuario habere saltuarium vel insularium, quia interest proprietarii fines prædii tueri, *l. si ita legatus, §. 1. de usufruct. et hab.* Ergo ususfr. non habet intermissionem sui natura; consequenter, si aliud voluerit testator, id est, si intermitti voluerit, ut si eum legaverit alternis annis, plura legata constituere voluisse videtur, plures ususfr. Et ita, per vices temporis renovabitur ususfr. nec erit idem singulis annis, sed alius. Notandum eadem ratione usumf. legatum alternis annis uni vel duobus separatim, non amitti capitis diminutione, quia plura tempora sunt. Regulariter ususfruct. amittitur morte naturali, quod est certissimum, sed et capitis diminutione fructuarii amittitur; qualicunque secundum jus vetus, id est, maxima, media, minima. Maxima facit te servum: media facit te peregrinum: minima facit te extorrem domo, penatibus, familia tua, salva civitate. Hodie amittitur ususfr. maxima et media, non minima: non amittitur emancipatione fructuarii, non adrogatione, quibus familia commutatur. Sed notandum est etiam, usumf. amitti morte ejus, in quo est ususfr. ut si sit legatus ususfr. servi. Adjicio etiam capitis diminutione servi usumfr. amitti: quasi vero servus possit capite minui. Certe non potest, quia caput non habet, id est, neque civitatem ullam habet, neque libertatem, nec familiam, §. *servus, de capit. minut.* Sed si manumittitur servus, etiam capite non minuitur, quandoquidem manumissio aliud facit, quam capitis minutio. Capitis minutio servum facit, et peregrinum, manumissio facit liberum, et civem et patremf. Ergo manumissio non est capitis diminutio, sed in usufr. amittendo manumissio habetur pro capitis diminutione: nam ususfr. amittitur manumissione servi, in quo erat, quia nec potest in libero homine ususf. esse alteri, *l. ult. C. de ususfr.* Sed relinquamus eum hominem, in quo est ususf. Redeamus ad eum hominem, qui habet usumfr. Regulariter, morte ejus et capitis minutione amittitur ususf. excepta minima capitis minutione ex Constit. Justin. *l. pen. C. de ususfr.* Verum est hoc, si ususfr. sit legatus singulis: sed si alternis annis, non amittitur capitis diminutione, hoc est, illius tantum anni ususfr. amittitur, quo legatarius capite minuitur, non sequentium annorum: illius, inquam, tantum anni ususfr. amittitur, et perit, si non sit ei collegatarius conjunctus, cui accrescat. Ideo posuit, si animadvertistis supra, speciem in usufr. alternis annis duob. legato separatim, non conjunctim. Cur vero illius tantum anni ususf. perimitur, quo fructuarius capite minuitur? Quia plura sunt legata, et ut Papin. ait in hoc §. *commemoratio temporis vim repetitionis habet.* Repetitio est relegatum: ait repetitio legati, ergo repetitio plura constituit legata: unum legatum, si amitto capitis diminutione, sequens non amittam, nisi accedat nova capitis diminutio. Qui ergo legat usumfr. alternis annis, plura ususfr. legata constituit, et interveniente capitis diminutione, ille tantum ususfr. perimitur, qui eam præcessit, *l. 1. §. usque, hoc tit.* non qui subsequitur. Idem omnino erit dicendum, si ususf. legetur in annos singulos, vel in menses, vel in dies: namque quot sunt menses, quot dies, anni, tot etiam legata, et commemoratio temporum facit plura legata: qui ita legat, non legat tantum, sed et relegat, iterum ac iterum *d. l. 1. §. ult. hoc tit. et l. 1. de servit. præd.* Idem etiam erit, si quis legaverit usumfr. ad certum tempus, puta ad decennium: nam perinde est, ac si legasset in annos singulos usque ad decennium: hæc definitio temporis pro repetitione

habetur, et plura sunt legata, quæ non amittuntur simul omnia contingente una capitis minutione. Idem erit omnino, etiamsi quis legaverit usumfr. quamdiu vixerit legatarius, quod tacite intelligatur id quod voluit exprimere, et dixit, *lego tibi usumfr. quandiu vives.* Hoc non videtur quod tacite inerat, expressisse frustra: hæc finitio vitæ pro repetitione habebitur, *l.* 3. *hoc tit. et l. si quem rem,* §. *ult. de evict.* Ac ita hoc casu non eadem est vis taciti, quæ expressi: nam si exprimat quamdiu vives, plura sunt legata, si id retineat, unum est legatum ususfr. quod evenit sæpe in jure: expressa pupillaris excludit vulgarem, tacita quæ inest vulgari, non excludit vulgarem, *l. precibus, C. de impub. et aliis subst.* Idem est, si non legetur ususf. adscripto tempore certo, sed legetur aliud certum quid in annos singulos, vel in menses singulos, et usque ad certum tempus, veluti certa pensio, certa quantitas alimentorum nomine: nam plura intelliguntur esse legata, quæ omnia mors una exstinguet, sed non capitis minutio una, *l.* 4. *l. cum in annos singulos, de ann. leg. l. si duas, l. si cum præfinitione, quand. dies leg. ced. l. rem, de usufr. leg.* Idem est, quod est notandum, si legetur perpetuus rei eventus ad certum tempus, vel in annos singulos, quod ipso jure non valet. Eventus non potest finiri tempore solo, eventus non potest acquiri ad tempus, *l. nemo potest, de leg.* 1. *l. obligationum fere,* §. *placet, de oblig. et act.* Sed si ita constituatur dominium ad tempus, ratum erit legatum. Rata conventio remedio cautionis: nam legatario cavebit de restituenda re post tempus, vel etiam remedio exceptionis: nam si eam nanciscatur hæres, hæres retinebit rem ope exceptionis doli mali, quæ est sententia *l. ult. C. de leg.*

Ususfr. repetitus et relegatus esse videtur, qui legatus est alternis annis, mensibus, diebus, quo genere perspicuum est, testatorem intermitti usumf. voluisse. Et hæc voluntas satis idoneum argumentum præbet repetitionis. Sed etsi testator noluerit usumfr. intermitti, verum legaverit in annos singulos, vel si ad certum tempus, puta usque ad decennium, vel ad tempus vitæ, quamdiu vivat legatarius: his quoque modis non videtur repetitus ususfr. Et his quidem omnibus modis repetitur palam, sed repetitus intelligitur. Igitur commemoratio illa sine definitione temporis vicem repetitionis habet, ut hic ait Papin. Videamus an nunc repeti nominatim ususfruct. possit, ut proponetur in *l.* 3. *in princ. hoc tit.* Titio lego usumfr. illius fundi, quotiensque Titius capite minutus fuerit, alii eundem usumfr. do, lego, vel quotiens amissus erit ususfr. ei eundem do lego, et recte Florentiæ scriptum, *quotiensque*, pro *quotiescunque.* Et ita est scribendum in *l. in singulos, de ann. leg. et l.* 2. §. *merito, ne quid in loco publico, quotiensque in publico aliquid fieri permittitur, oportet promitti, ut sine injuria cujusque fiat.* Ergo ex principio *l.* 3. intelligimus, non tantum tacite, sed etiam expressim usumf. in eum casum, quo amittatur, repeti et iterari, id est, relegari posse atque restitui. Repetitio ususfr. est relegatum vel relegatio, quæ fit in casum capitis minutione, ut sc. et post capitis diminutionem, alius ejusdem personæ, quæ capite minuta est, ejusdem rei ususf. competat et debeatur, et non tantum post capitis diminutionem, sed postquam amissus erit qualicumque ratione, dummodo non morte, *l.* 5. *hoc tit.* nam post mortem frustra repetitur, nisi hæredibus legatarii legetur quasi novæ personæ, quo tantum casu hæredum appellatio pertinebit tantum ad proximos, non ad quoscunque in infinitum, argumento *l. antiquitas, C. de usufr.* Alioquin si ususf. pertineret ad omnes hæredes in infinitum, inutilis fieret proprietas, semper abscendente usufruct. Qui legat igitur usumfr. hæredibus. primis tantum hæredibus legat. Sed notandum valde quod ait *d. l.* 5. repeti posse usumfr. amissum qualicunque ratione, dummodo non morte: qui excipit amissum morte, qualicunque alia ratione amissum concedit repeti posse. Et ob id in *l.* 7. *h. t.* non hæc tantum datur formula repetendi ususf. quæ est specialis, *quotiescunque capite minutus fuerit.* Septem sunt rationes amittendi ususfr., morte, capitis minutione, tempore, si ad certum tempus fit legatum, non utendo legitimo tempore, et rei mutatione sive peremptione, itemque cessione in jure, id est, si fructuarius ad prætoris sellam usumfr. cedat proprietario, ac postremo dominii seu proprietatis acquisitione, quod est confusione, sive consolidatione. Excepta morte, his omnibus modis, postquam amissus est, ususfr. repeti potest. Post capitis minutionem certum est: postquam intermisit uti, *l. si ususfr. alternis, h. t.* Post tempus, cur non etiam repeteretur? Item restituta re, quæ debuit usumfr. puta restituta domo, cujus ususfr. fuerat legatus, et quæ post fuit exusta: cur etiam non repetetetur ususfr. hoc modo, *quotiens res perimetur, eidem usumfr. do, lego*, si restituatur? Item posteaquam fructuarius cessit proprietario, cur in hunc casum etiam non repetetur? Ac postremo proprietate acquisita fructuario, et ea reversa ad hæredem, cur etiam in hunc casum non repetetur? ergo verum est, quod ait *d. l.* 5. qualicunque ratione amissum repeti posse usumfr. Videamus, an etiam qualicunque capitis minutione amissus ususfr. repeti possit. Accurs. existimat, non posse repeti nisi amissum minima capitis di-

minutione, quandoquidem existimat, non posse his legari, qui passi sunt maximam et mediam capitis diminutionem, quod falsum est: nam *l.* 3. ait *qualicunque ratione*: ergo et qualicunque minutione: aut si hoc restringatur ad minimam, inutile est quidquid scriptum est in *l.* 3. *h. t.* et in *l. in singulos*, *de annu. leg.* Nam hodie ex Const. Justin. ususfr. non amittitur minima capitis minutione, *l. pen. C. de ususfr.* Quod non amittitur, inutiliter repetitur. Tribonian. ex Constit. Justin. *l.* 1. *de ususfr. leg.* dum ibi dicitur, usumfr. amitti, si legatarius minutus fuerit, adjecit ex magna causa, hoc est, si subierit maximam et mediam capitis minutionem, quia sc. hodie non amittitur minima diminutione: et fortiter defendi potest hodie nullam esse minimam capitis diminutionem. Emancipatio et adoptio est minima capitis diminutio, redigitur enim his modis quis in imaginariam servitutis formam, antequam adoptetur, vel emancipetur, *l. ult. de capitis minut. l. ult. C. de adopt.* Hodie eæ imaginariæ venditiones non sunt in usu: qui emancipatur, apud acta emancipatur. Ergo qui adoptatur, fit alieni juris sine capitis minutione. Et qui emancipatur, fit sui juris sine capitis diminutione. Sicut qui morte patris, vel adoptione fit sui juris sine capitis diminutione; nec quod ex filiof. patref. fio, ideo capite minuor, *l.* 3. §. *ult. ad Maced. l.* 1. §. *sed etsi morte*, *quando de pecul. act. annalis est.* Et similiter dignitatib. quibusdam certis mei juris fio sine capitis minutione, *Nov.* 81. et jure veteri Sacerdotio et Flaminio Diali mei juris efficior. Ac similiter hodie mei juris fio sine capitis minutione per emancipationem. Merito igitur hodie emancipatione non amittitur ususfr. Tribonian. igitur, qui ex Constit. Justin. in *d. l.* 3. adjecit hæc verba, *ex magna causa*, non reliquisset tot locos de usuf. relicto post capitis minutionem, si non possent accomodari ad maximam et mediam capitis diminutionem. Ergo profliganda hæc opinio Accurs. quin potius affirmandum nobis est, aptari posse ad quamlibet capitis diminutionem. Non est præterea omnino verum, non posse legari his, qui passi sunt maximam et mediam minutionem: maxima facit servos pœnæ, media facit peregrinos. Constat autem primum servis alienis posse legari ex persona dominorum, *l. non minus*, *de hæred. instit.* Ergo et relegari. Et consequenter, legatum libero relictum, post servitutem repeti constat etiam damnatis in metallum quamvis nullius sunt servi: ex cujus persona possint designari, et habere testamenti factionem: non servis Cæsaris, non fisci: sed servis pœnæ metallicis, quamvis nullius sint servi quam pœnæ, cui obnoxii sunt, tamen eis recte legatur ex causa alimentorum, *l. is cujus*, *de alim. leg. l.* 1. *de his*, *quæ pro non script. hab.* Et similiter deportatis, id est, peregrinis recte legatur ex causa alimentorum, *l.* 16. *de interd. et releg.* Et ususfr. nonnunquam legatur alimentorum causa, *l. cum hi*, §. *si annos*, *de transact.* Ergo ususfr. relegatur recte maximam et mediam passis capitis diminutionem. Obstat *l. licet*, *de usufr. leg.* quæ ut scripta est, videtur velle, uno tantum casu repeti usumfr. legatum: videlicet si relegatur in annos singulos, quod pugnat cum his, quæ diximus: nam et repeti diximus, si legetur ad certum tempus, vel alternis annis ad certum tempus, vel si legetur, quamdiu vivat legatarius, et etiam nominatim recte repeti. Videamus quæ sint verba legis: *licet*, inquit, *testatori repetere legatum ususfructus*, *ut et post capitis diminutionem debeatur.* Quod autem licet, lege licet aut constitutione aliqua: et ideo quia dixit, licet, subjicit, *et hoc nuper Imperator Antoninus ad libellum rescripsit.* Ergo ex ea Constitutione licet testatori repetere legatum ususfr. et subjicit, *tunc tantum huic Constit. locum esse*, *cum in annos singulos relegaretur*: male Accurs. legit, *res legaretur*, melius *relegaretur*, ut in *l.* 3. *h. t.* Etiam male Accurs. legem intellexit de tacita repetitione: nam major erat quæstio, an posset repeti expressim: facilius quid fit tacite, quam expresse, *l. nonnunquam*, *de condit. et demonstr. l. si quis Sempronium*, *de hæred. instit.* Est varia lectio illius loci: alii habent, *tunc tantum*, alii, *tunc tamen*: utraque falsa est: legendum est; *nec tantum*. Lex enim ait, *licet testatori repetere legatum ususfr.* Et hoc jus ait esse ex rescripto Antonini, *nec tantum huic Const. locum esse*, *cum in annos singulos relegaretur*: sed cum relegaretur nominatim: nam ita omnino scriptum est in princ. *l.* 3. *hoc tit.* id est, non tantum legari posse in annos singulos, atque ita tacite repeti, sed etiam palam posse repeti. Et de eo dubitabatur magis, quod repetito usufr. post capitis diminutionem, videtur fieri fraus juri publico, quo cautum est, ut ususfr. finiatur capitis minutione. Verum fraus non fit in totum, aut naturali ratione: nam is ususfr. amittitur capitis minutione, qui jam præcessit, non qui insequitur: et qui insequitur secundum jus publicum extinguetur contingente alia capitis minutione. Ergo ex Const. Antonini, non tantum tacite, sed et palam repetitur ususfr.

Ad §. *Hæc autem repetitio L. III. quibus mod. ususfruct. amitt.*

Hæc autem repetitio, *quæ fit post amissum capitis minutione usumfructum*, *quæritur*, *an et jus accrescendi salvum secum habeat*; *ut puta Titio*

et Mævio ususfructus legatus est; et si Titius capite minutus esset, eidem usumfructum legavit: quæsitum est, si Titius ex repetitione usumfructum haberet, an inter eos jus accrescendi salvum esset? Et Papin. lib. 17. quæst. scribit, salvum esse, perinde ac si alius esset Titio in usufructu substitutus. Hos enim tametsi non verbis, re tamen conjunctos videri.

His quæ retulimus ex *l.* 2. *hoc tit.* necessario addendæ sunt quæstiones duæ, quæ referuntur ab Ulpiano in *l.* 3. *h. t.* Prior hæc est, *an repetitio ususfr. quæ fit post amissum usumfr. capitis diminutione, etiam jus accrescendi salvum secum habeat*, quæ proponitur in §. *hæc autem repetitio.* Eadem est quæstio posterior proposita in §. *idem Pap.* ejusdem legis. Et hoc tantum interest, quod una est de usuf. toto, altera de parte, et hæc subtilior illa. Ad priorem quæstionem fac speciem hoc modo: legatus est fundi ususfr. Titio et Mævio iisdem verbis: *lego usumfr. Titio et Mævio:* sunt conjuncti re et verbis, et inter eos locum habet jus accrescendi, id est, repudiante, vel moriente, vel capite minuto alter retinet totum usumf. Quid est jus accrescendi? est retentio totius legati. Quid est jus accrescendi? nullius in legato concursus. Sed rursus finge: idem ususfr. separatim repetitus est in persona Titii, hoc modo: *quotiensque Titius capite minutus erit, ei usumfr. lego.* Quæritur, *Titio capite minuto, et nunc habente usumfr. ex repetitione, an Titius et Mævius conjuncti sint? atque ita, an sit inter eos jus adcrescendi? An Titio mortuo vel capite minuto adcrescet Mævio, vel contra, Mævio mortuo, aut capite minuto an adcrescat Titio?* Et certissimum est, quod Papin. ait, inter eos salvum esse jus accrescendi: nam initio quidem fuerunt Titius et Mævius re et verbis conjuncti, post capitis minutionem Titii, Titio habente usumfr. ex relegato, non sunt conjuncti quidem verbis, quia separatim, id est, separata, oratione in persona Titii repetitus est ususfr. sed sunt re conjuncti, quia unicuique in solidum legatus aut relegatus est ususfr. Ergo inter eos est jus accrescendi: locum habet non tantum inter re et verbis conjunctos, sed etiam inter re tantum conjunctos, secundum regulam Celsi, quæ est in *l.* 3. *de usufr. accresc.* quia singulis ab initio solidum relinquitur, nec nisi concursu partes faciunt. Inter verbis tantum conjunctos, quibus ab initio adscribunt partes, atque ita qui quasi in diversas res vocantur, puta hoc modo: *Titio et Mævio usumfr. ex æquis partibus.* Inter hos non est jus accrescendi, quia concursu non faciunt partes, sed eas habent ab initio factas testamento. Et inter verbis tantum conjunctos non esse jus accrescendi, quod et ex veteribus animadverti, ostendit aperte lex *pen. de usufr. accresc.* et *l.* 66. *de hær. inst.* Conjunctio orationis nihil facit, quia plerumque affectatur celeritatis et brevitatis studio. Conjunctio rei hæc est, quæ momentum habet, et pondus, quæque gignit jus accrescendi. Et idem etiam ostendit §. *si eadem, Instit. de leg.* qui statuit jus accrescendi inter re et verbis conjunctos et inter re tantum conjunctos, et nihil adjicit de verbis tantum conjunctis, quia inter verbis tantum conjunctos non est jus accrescendi: nisi testator adscripsit partes ab initio ea mente, non ut eos separaret, et in diversas res vocaret, sed ut fieri adsolet, ut ostenderet, quas partes facturi essent concursu: quo casu verbis sunt conjuncti palam, non re, sed etiam re intelliguntur esse conjuncti ex mente defuncti. Et ita est casus ad *l. re conjuncti, de leg.* 3. dum ea lex non tantum re et verbis conjunctum præfert re conjuncto, sed etiam verbis tantum conjunctum, qui ex mente defuncti et re conjunctus est. Alioqui frustra quæris, an verbis conjunctus tantum præferatur ceteris, qui detracta voluntate defuncti, nullum jus accrescendi habet. In hac specie, quia et Titio habente usumfr. ex repetitione, Titius et Mævius judicantur esse re conjuncti, licet non sint conjuncti verbis, inter eos versatur jus accrescendi: et idem eveniet usufr. legato Titio et Mævio, si non repetierit usumf. post capitis minutionem Titii, sed in eum casum Titio Sempronium substituerit: nam substitutio fit etiam recte in legatis, *l. ut in hæredib. de leg.* 1. Ergo non ita dixit, *si capite minutus erit, tibi usumfr. lego*, sed ita: *si capite minutus eris, Sempronius tibi substitutus esto.* Hoc casu inter Mævium et Sempronium erit jus acrescendi, quia sunt re conjuncti, quamvis non eodem gradu. Gradus non mutat conjunctionem rei inter me et te: si sit jus accrescendi, erit inter me et substitutum tuum. Et similiter in causa proprietatis, quæ potest transmitti ad hæredem, erit jus accresc. inter me et hæredem tuum, *l. hæc scriptura*, §. *ult. de cond. et demonst. l. cum ex filio*, §. *ult. de vulg. subst.* Et hæc sufficiant de priori quæstione.

Ad §. Idem, eodem.

Idem Papin. quærit, si Titio et Mævio usufructu legato, in repetitione ususfructus non totum, sed partem Titio relegasset, an viderentur conjuncti? Et ait, si quidem Titius amiserit, totum socio adcrescere. Quod si Mævius amisisset, non totum accrescere, sed partem ad eum, partem ad proprietatem redire. Quæ sententia habet rationem: neque enim potest dici, eo momento, quo quis amittit usumf. et resumit, etiam ipsi quic-

quam ex usufr. accrescere: placet enim nobis, ei qui amittit usumf. ex eo, quod amittit, nihil accrescere.

Sequitur posterior quæstio. Finge: legavi usumfr. Titio et Mævio: sunt conjuncti re et verbis: et si Titius capite minueretur, eidem relegavi non totum usumf. sicut in priori specie, sed partem ususfr. tantum. Sed hoc casu, an etiam Titius post capitis minutionem, quam subjecit, et Mævius conjuncti sint? Et dicam esse etiam conjunctos re, non verbis: nam cum uni legatur totum, alteri pars, sunt invicem conjuncti re, quia pars est in toto: et cui legatur totum, ei etiam legatur pars, quæ legatur alteri, *l. Mævio, de leg. 2. l. 3. §. non solum, de usuf. accresc.* Mævio legatus est totus ususfr. Titio pars. Ergo inter Mævium et Titium habentem partem usufr. ex repetitione erit jus accrescendi mutuum. Omne enim jus accrescendi est mutuum, et reciprocum. Sed tantum hæc est differentia hujus casus posterioris a priore, quia Titio amittente usumf. quæ habet ex relegato, totus accrescit socio, §. *idem Papin.* id est, Mævio, collegatarium vocat socium, ut *l. 8. usufr. quemadm. cau.* Nam et collegatarios omnes conjungit ad societatem, *l. hæredes, §. non tantum, famil. erc isc.* Et omnes re conjuncti, socii sunt. Hoc ergo dicas, Titio amittente partem ususf. quam habet ex relegato, quum ex legato habebat totum, totum illud parti accrescere Mævio: contra, Mævio amittente usumf. qui totus ei fuerat legatus, totus is, quem habuit Mævius, non accrescit Titio ex repetitioue habenti partem ususfr. sed pars tantum: pars altera redit ad hæredem scriptum, id est, ad proprietatem, atque ita ususfruct. fiunt tres partes: unam habebit Titius jure repetitionis, alteram jure accrescendi, tertiam autem habebit proprietarius, sicut hæres scriptus jure consolidationis. Et ratio hæc est valde elegans et subtilis Papiniani nostri, quia Titius initio totum amisit capitis minutione, et mox partem tantum resumpsit, sive recepit ex repetitione. Ac consequenter partem alteram omnino amisit, nec resumpsit: quia acrescere ea pars ei nullo modo potest: quæ non resumitur, nec accrescit: ne fiat contra voluntatem testatoris, si legatarius plus habeat parte legati prioris, quæ si non accrescit, ergo recurrit ad proprietarium, id est, hæredem scriptum. Pars ususf. quem amittit collegatarius, mihi accrescit sane, etiamsi amiserim meam partem, lite cum alio contestata, *l. idem, de usufr. accresc. l. si Titio fructus, §. usus. de usuf.* Pars autem mea, quam amisi, mihi nunquam accrescit: igitur ex repetitione partem tantum ususf. resumo: pars altera, quam non resumo, mihi non accrescit contra voluntatem defuncti, arg. legis *cum tale; in fin. de cond. et dem.* sed accrescit collegatario, veluti Mævio, in hac specie, ac deinde, deficiente collegatario, etiam pars illa, quam amisi semel, nec resumpsi, mihi non accrescit, sed recurrit ad proprietarium, pars altera mihi accrescit. Itaque peritissime dixit in specie proposita Papin. usumf. quem habuit Mævius, qui defecit capitis minutione, partim ad Titium redire, partim ad proprietarium: nec totum posse redire ad Titium collegatarium: quæ in usuf. Mævii fuit pars, quam amiserat ante Titius, nec receperat jure repetitionis, nec recipiet etiam jure accresceudi. Hic est certissimus sensus, in quo multum laborat Accurs. Notandum ex eo præterea, hanc esse vim repetitionis, si intermissionem non habeat, ut si non legetur ususfr. alternis annis, vel non singulis, quo genere repetitur quidem, sed cum intervallo temporis. Si igitur repetitio intermissionem non habeat, ut si legetur in annos singulos, vel dies, vel si legetur ad certum tempus, vel ad tempus vitæ, vel manifesta repetitione, quotiens capite minutus erit, vel amissus erit, vis ejus repetitionis hæc est, ut eodem prorsus momento legatarius amittat usumfr. et resumat, ut eodem momento amittat et resumat legatum, vel partem, si pars tantum relegata fuerit. Partem autem amissam, nec resumptam, nec possis dicere accrescere parti resumptæ eodem ipso momento, et nec postea ex intervallo, puta collegatari amittente usumf. Et omnino ita se res habet: ei, qui amittit usumfr. ex eo, quod amittit, neque mox, neque postea quicquam accrescere posse, etiamsi ex eo, quod amisit portionem aliqam resumpserit potestate repetitionis.

Ad L. VIII. de Usufr. ear. rer. quæ usu consum.

Tribus hæredibus institutis, usumf. quindecim millium Titio legavit, et duos ex hæredibus jussit pro legatario satisdare. Placebat, utile esse cautionis quoque legatum, nec refragari Senatusconsultum, quia cautio non impediretur, et esse alterum legatum velut certi, alterum incerti. Ususfructus itaque nomine partem pecuniæ petendam ab eo, qui satis accepit a cohærede, incertique cum eodem agendum, si satis non dedisset. Eum vero, qui satis præstitit, ac propter moram cohæredis satis non accepit, neque fructus nomine interim teneri, propter SCtum: neque actione certi, quia cohæredi satisdedit. Illud etiam nobis placet, legatarium cogendum promittere. Finito autem usufr. si cohæredes ex causa fidejussoria convenirentur, eos mandati non acturos: non enim suscepisse mandatum, sed voluntati paruisse: denique cautionis legato liberatos. De illo nec diu tractandum fuit, secun-

dum legatum, *id est*, *cautionis*, *non hæredum videri*, *sed ejus*, *cui pecuniæ ususfr. relictus est*, *cuique testator prospicere voluit*, *et cujus interesse credidit*, *fidejussores non suo periculo quærere.*

Totus hic tit. Senatusc. est quo cautum fuit, ut earum rerum, quæ in bonis essent, legari usus et fructus possent, *l.* 1. *h. t. l.* 1. *de usufr. leg. l. usufr. ad l. Falcid.* Igitur ante SC. omnium rerum usus, ut fructus legari non potuit, quoniam nec omnium rerum est usus, id est, non omnes res in usu consistunt: sunt quas perdis, si incipias uti: perdis oleum, frumentum, esculenta, si utaris; sed senatus decrevit, ut et harum rerum, et generaliter omnium, quæ in bonis nostris essent, usus et fructus legari possent, ad quod SC. totus hic titulus pertinet. Pecunia numerata, id est, nummi, vinum, oleum, frumentum, lana, odores, aromata, vestimenta sunt in bonis nostris: ergo earum rerum usum, vel usumf. legare possumus. Quod tamen cum dixeris, cum natura ipsa pugnare videbere, quia vi et natura harum rerum non est usus, sed abusus est, ut est in *l.* 5. §. 1. *h. t.* hæ res non sunt in usu sed in abuso uno loco, et alio loco ait, in absumptione. Abusus est absumptio rei, privatio vel peremptio usu: abuti, quod et deuti dixit Æm. Probus, est absumere, et ut legendum videtur in *l.* 7. *h. t. supr. hæ res abusu continentur*, vulgo legitur, *usu consumuntur.* Sed et Pandectæ Flor. habent, *continentur*, et Bas. ἐν ἀποχρήσει, *id est*, in abusu, *et ususfr. est jus utendi*, *fruendi salva rerum substantia*, *l.* 1. *de usufr.* ea verba, *salva rerum substantia*, cur maxime in definitione adjicit? An, ut vulgo existimant omnes, quia exempli gratia domo exusta, aut fundo perempto terræ fragore sive chasmate, vel ut ait *l. penul. C. de usufr.* perempta rei substantia finitur usuf. ejus rei? An ob id igitur adjecit, *salva rerum substantia?* quod vix crediderim: nam cur hanc rationem amittendi usuf. comprehenderet in definitione potius quam alias? Aut quid attineret in definitione exprimi rationem ex septem unam amittendi ususfructus? Dixit ergo, *salva rerum substantia*, quia si utendo pereat statim rei substantia, non est usus, sed abusus: si utendo rem perdas et consumas, si interimas rei substantiam, si vino aut pane abutaris, non utaris. Quid est igitur usus? quo scilicet utimur re salva, alioqui est abusus: usus non perimit rem, abusus perimit. Eadem est ratio pecuniæ vel nummorum: nam pecunia qua utimur, quodammodo disperit. Et ut ait §. *constituitur*, *Instit. de usuf.* pecunia ipso usu assidua permutatione, complurium manuum attrectatione, quodammodo extinguitur. Eadem est etiam ratio vestimentorum: nam et hæc usu deteruntur: nec igitur eis utimur, quin aliquatenus abitamur. Supra dixi, nec feci gradus harum rerum: nam usus sum exemplo vini, pecuniæ, et vestis, tollis et absumis vinum quo uteris, nummos, quibus uteris, non tollis; manent, sed quodammodo tollis cum permutas, et in alias manus pervenire sinis: vestimenta, quibus uteris, minuis, dum usu atteris, ut in *l.* 1. *hoc tit. tollantur aut minuuntur*: contra agrum, qui proprie in usu consistit, quo uteris, neque minuis, neque tollis: possis defrugare, veluti ligno, segete aut satione continua, non tollere aut minuere: quemque etiam nec ita defrugare possis, ut non possit ad fruges, ad vires redire nova cultura. Igitur nullo SC. fieri potest, ut earum rerum, quæ sunt in abusu, sit usus vel ususfruct. natura rerum mutari non potest jure civili. Verum Senatusconsultum, de quo agit in hoc tit. efficit, ut etiam earum rerum, quæ sunt in abusu, quasi usufr. esset, introducto remedio cautionis: nam ita res procedit. Si legatus sit ususfr. pecuniæ, sive nummorum, legatarius numeratione ejus pecuniæ dominus fit pleno jure, sed cavet hæredi de reddenda tanta pecunia, si morietur aut capite minuetur. Hi duo tantum casus excipiuntur: nec enim non utendo, nec aliis modis pecuniæ usus amitti potest, *l.* 9. *et* 10. *hoc tit. l.* 7. §. *ult. usufr. quemad. caveat.* Eodemque modo, si legatus sit ususfruct. vini aut cellæ vinariæ, legatarius traditione dominus fiet, sed cavebit hæredi de reddenda tanta pecunia, cum morietur aut capite minuetur, quanti vinum æstimatum fuerit: traditur enim illi æstimatum, vel etiam cavebit de reddenda eadem mensura, bonitate vini, *l. si vini* 7. *h. t.* Et ex his etiam apparebit horum trium generum differentia: is, cui legatus est ususfruct. vestis, cavet de reddenda eadem veste, in omnem casum amissi ususfr. nec tenetur, si usu attritam reddat, *l.* 9. §. *pen. usufru. quemad. cav. inf.* vel etiam, quod est melius, ut superioribus casibus vestis ei tradatur æstimata, et cavebit de reddenda æstimatione tempore mortis suæ, aut capitis minutione, *d.* §. *constituitur*, *Instit. de usuf.* Uidetur ita per cautionem hanc rei, cujus non est proprie usus, quodammodo usus constitui, et in accipientem legatarium transferri sane dominium, sed propter cautionem, hoc dominium effectum tantum habere usus, namque finitur morte, aut capitis minutione. Remedio cautionis multa fiunt, quæ alias fieri non possent. Remedio cautionis dominium constituitur ad tempus nominatim, ut, *lego tibi rem ad decennium.* Et remedio cautionis ita dominium finitur tempore quodammodo, quod alias non finiretur tempore, *l. ult. C. de leg.* Remedio cautionis quasi ususf. constituitur earum

rerum, quarum sua natura non est usus, sed abusus, ut sane hodie locus non sit argumento *Cic. in Top.* eam, cui maritus legavit fructus omnium bonorum, cellis vinariis et oleariis plenis relictis non posse uti, quia usus sit legatus, non abusus: nam id quidem ita est detracto remedio cautionis: verum adhibito remedio cautionis, longe aliud est: ac proinde oblata cautione, mulier etiam utetur cellis vinariis et oleariis, cum legatus est ususfructus omnium bonorum: nam ex SCto nihil est, quod non cedat in ususfr. legatum, *l. usufr. ad l. Falcid.* Quin et cautio forte omissa tacite intelligitur, *l.* 5. §. *pen. hoc tit.* Plus efficit remedium cautionis, ut scilicet constituatur quasi ususf. vel usus itineris, viæ, actus, aquæductus, vel aquæ haustus, quod neque etiam natura fit, neque ex SC. videtur fieri: nam natura non fert ut sit usus, vel ususf. itineris, id est, servitus servitutis: servitus est qualitas: qualitatis qualitas non est: ergo est valde absurdum, si dixeris, usus usum esse: itineris est usus, sed hujus usus non potest esse abusus: neque enim utile est legatum propter Senatusconsultum, quod loquitur tantum de his, quæ sunt in bonis nostris: servitutes non sunt in bonis nostris, ob id quia nec sunt, sed intelliguntur: sunt enim res intellectuales, quæ sensibus non percipiuntur, sed intellectu solo separantur et abstrahuntur: non potest esse in bonis nostris, quod non est, sed neque etiam eæ sunt extra bona: nam latissima est bonorum significatio: etiam jura, actiones, obligationes, servitutes, et quælibet res omnes incorporales patrimonio nostro accensentur. Ergo videbatur esse inutile legatum, si quis legaret usumfructum itineris, id est, servitutis illius: sustinetur tamen legatum remedio cautionis: nam hæres persolvit legatum, si legatarius ei caveat de restituenda ea servitute, quoties mortuus, aut capite minutus erit, *l.* 1. *ff. de usu et usuf. leg.* Et eadem ratione dubitabatur etiam post SC. an posset legari ususf. nominum: nomina sunt jura, obligationes, etc. Dubitabatur propterea, quod non sunt proprie, quæ corpore prædita non sunt, quæ juris tantum intellectum habent, juris fundamentum: sed placuit etiam usumf. nominis recte legari, et usuras videri legatas, *l.* 3. *h. t.* Usura est quasi ususf. nominis: et ita quod notandum maxime, in hoc proposito remedio cautionis: nam usura nominis non debetur nisi ex cautione, id est, stipulatione, *l.* 3. *C. de usur. l. Titius, sup. de præscript. verb.* Remedium, inquam, cautionis seu stipulationis efficit, ut pecunia quodammodo pariat pecuniam: nec mirum, si pariat, quod sæpe abortum facit. Hæc autem cautio SC. ut indicat hæc l. 8. est satisdatio fidejussoris, id est, cavere hanc cautionem legatarius debet datis fidejussoribus, nec satis est, si ipse promittat solus, promissore ipso opus est, et adpromissore: denique hæc cautio est satisdatio, nec potest remitti a testatore, *l.* 1. *C. de usufr.* alioquin nullus esset effectus legati, et secum ipse testator pugnaret, si legaret usumfruct. nummorum, et detraheret istam cautionem: non potest impediri hæc cautio a testatore: nam et SC. nominatim injungitur *l. pen. hoc tit.* et cautio legib. usitata non posset etiam remitti a testatore, nisi id D. Marcus permisisset, *l.* 2. *ut in poss. leg.* Nam testator non potest facere, ne leges locum habeant in suo testamento, nisi alia lex hanc ei potestatem dederit, *l. nemo potest, de legat.* 1. Et verum est, non posse testatorem auferre satisdationem, et si velit ea exonerare legatarios, potest, id est, si nolit eos fidejussores quærere, suo periculo posse onus fidejussoris transferre in hæredes suos, ut scilicet ipsi fidejubeant pro legatario sibi invicem, et aliis cohæredibus, ut in specie hujus l. quæ est talis. Quidam tres hæredes scripsit, et legavit ab omnibus Titio usumfr. quindecim millium, et duos hæredes jussit pro Titio fidejubere de reddenda ea pecunia mortuo, aut capite minuto legatario. Duplex est legatum relictum Titio: unum est legatum ususfr. quod quidem petet actione certi ex testamento, quæ est certa summa, cujus traditione fiet dominus, et petet ab omnibus hæredibus pro portione hæreditaria: alterum legatum est legatum cautionis sive fidejussionis, quod petet a duobus illis hæredibus actione incerti ex testamento: nam cautio, obligatio, liberatio jura omnia incorporalia sunt: res incertæ petuntur actione incerti, cautio petitur actione incerti. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* eas cautiones petet actione incerti, id est, ut fidejubeant pro eo de reddendo usufr. pecuniæ tempore mortis suæ, aut capitis minutionis, et ut de ea re caveant invicem sibi et tertio cohæredi. Igitur Titius ea de re promittet prius, post pro eo fidejubebunt illi duo hæredes invicem sibi, et tertio cohæredi. Et quod notandum, quod est subtilius, in hac l. poterit conveniri ex illis duobus hæredibus actione certi, ut præstet partem pecuniæ hæreditariæ is, cui cohæres satisdederit: poterit etiam conveniri actione incerti, ut satisdet, si nondum satisdederit. Is autem, cui cohæres non satisdederit, non poterit conveniri actione certi, ut petat partem summæ, nec actione incerti, si jam satisdederit. Et notanda ad hæc sunt duo singularia, usumfr. quindecim millium peti actione certi, cum tamen dicatur in *l. ubi autem, ff. de verb. obl.* usumf. peti actione incerti. Nam et ususfruct. jus est, ergo incertum est; quam legem Accurs. opposuit huic nostræ. Sed breviter respondendum: hic non

tam videri legatum usumfruct. quam dominium et pecuniam certam, cujus sane fit dominus adnumeratione. Petit igitur certum, quia petit sibi dari oportere, id est, se dominum fieri oportere oblata cautione, quæ dominum perducet ad effectum quasi ususfr. Ultimo notandum, hæredes, qui fidejusserunt, si solverint, non habituros regressum actione mandati adversus reum principalem, hoc est, legatarium vel hæredem ejus, quia scilicet non mandavit is, non mandatu ejus fidejusserunt, sed jussu testatoris; et non propter alienam obligationem, sed propter suam, ut se liberarent legato cautionis sibi a testatore injuncto, propter quam fidejussores non habent regressum: ut si donandi animo, vel in rem suam. Et hoc casu agnoscimus summa ratione hos fidejussores non habere regressum adversus legatarium.

Ad L. LXXVII. de Hæred. instit.

Asse toto non distributo, ita scriptum est: quem hæredem codicillis fecero, hæres esto: *Titium codicillis hæredem instituit: ejus quidem institutio valet ideo, quod licet codicillis dari hæreditas non possit, tamen hæc ex testamento data videtur. Sed hoc tantum ex hæreditate habebit, quantum ex asse residuum mansit.*

Est perbrevis et facilis quæstio hujus l. Sciendum est hæreditatem verbis civilibus testamento dari: codicillis dari non posse, quod per manus esse traditum, id est, veterem regulam juris esse dicimus supra *lib.* 15. *Pap. et l. quod per manus, de jure codicill.* lex 10. *de cond. inst.* ait, interdictum esse hæreditatem verbis directis codicillis dari vel adimi. Inde quæritur hoc loco, an valeat institutio hæredis testamento facta, hoc modo, *quem codicillis hæredem fecero, ille hæres esto,* si postea codicillis hæredem fecerit Titium? Et ait, quod erat non admodum difficile, institutionem valere: quia non videtur data hæreditas codicillis, sed testamento potius: codicilli declarant testamentum, non hæredem faciunt, et vero codicilli possunt declarare testamentum, non idem etiam efficere, quod testamentum: et eo quoque modo codicilli declarant testamentum, non testamentum condunt, hoc est, non institutionem hæredis faciunt. Et idem etiam erit multo magis, si in testamento scripserit hoc modo: *cujus nomen codicillis scripsero, ille hæres esto,* et postea codicillis scripserit nomen Titii, quia palam hoc modo, nomen tantum hæredis refertur in codicillos, institutio scribitur testamento, *d. l.* 10. *de condit. inst.* Et ita superiore casu, cum dixit, *quem codicillis hæredem fecero, hæres esto,* videtur tantum contulisse nomen hæredis instituti in codicillos, et quem hæredem codicillis fecero, hoc est, quem nominavero codicillis, ille hæres esto. Codicillis ergo recte scribitur nomen hæredis, sed non recte instituitur hæres. Et similiter codicillis quoque recte adscribitur pars hæredis instituti, hoc est, partis hæreditariæ definitio recte confertur in codicillos, hoc modo: *ex qua parte codicillis Titium hæredem scripsero, hæres esto.* Qua oratione videtur tantum conferre partem in codicillum, non institutionem ipsam. Et cum ita dixit, ut proponit, si postea forte codicillis nullam adscribat Titio partem, an nihilominus Titius erit hæres, sic sane, ut aperte demonstratur in *l.* 56. *hoc tit.* quæ est conjungenda cum *d. l.* 10. nam ut valeat hæredis institutio, non est necesse adscribi partem, etiamsi adjiciatur cohæres: recte quis hæres instituitur sine parte, quandoquidem satis potest intelligi, quam partem eum habere voluerit. Erit igitur Titius hæres, etiamsi postea codicillis nullam ei partem adscripserit, quasi sine parte institutus, et erit hæres ex eo, quod assi deerit, hoc est, ex residuo assis, si testator totum assem non distribuerit, ut in specie *h. l. et l. item quod, h. t. in pr. et §. sed etsi asse.* Vel erit hæres in alterum assem, id est, in dimidiam hæreditatis partem, si testator totum assem expleverit, distribuerit, *d. l. item quod, §. sed etsi ex asse, h. t.* His consequens est, ut etiam valeat hæc institutio: *si Titium codicillis hæredem fecero, hæres esto.* Nam et hoc casu Titio codicillis scripto, non codicillis, sed testamento dari videtur hæreditas. Denique idem erit, si ita dixerit: *ille Titius, quem codicillis hæredem scripsi, hæres esto, d. l.* 10. Et usus sum nuper his omnibus legibus in hac specie. Quidam instrumento donationis donaverat inter vivos primo et secundo, et ejus liberis masculis bona quædam, et si hi omnes decederent sine liberis masculis, dixerat, se in ea bona substituere, quos postea substitueret in testamento, quod facere meditabatur: postea facto testamento substituit in ea bona, in hunc casum: *si primus et secundus morerentur sine liberis masculis,* neque adjecit quicquam, *de liberis masculis primi et secundi,* id est, non dixit plene, ut dixerat in donatione, *si primus et secundus et eorum liberi masculi moriantur sine liberis masculis, illi substituti sunto,* sed mentionem tantum fecit primi et secundi, quæritur, *quæ scriptura, quis casus substitutionis spectandus potius sit, an qui scriptus est in donatione, aut qui scriptus est testamento?* Dixeram, donationem potius spectandam esse, quoniam substitutio ea non videtur facta testamento, sed instrumento donationis.

Ad L. Mævius LXVI. de Leg. 2.

Mævius fundum mihi ac Titio sub conditione legavit, hæres autem ejus eundem sub eadem conditione mihi legavit: verendum esse, Julianus ait, ne extante conditione pars eadem ex utroque testamento mihi debeatur. Voluntatis tantum quæstio erit: nam incredibile videtur id egisse hæredem, ut eadem portio bis eidem debeatur. Sed verisimile est de altera parte eum cogitasse. Sane constitutio principis, qua placuit eidem sæpe legatum corpus non onerare hæredem, ad unum testamentum pertinet. Debitor autem non semper, quod debet, jure legat, sed ita si plus sit in specie legati. Si enim idem sub eadem conditione relinquitur, quod emolumentum legati futurum est?

Hic versatur mentio Constitut. D. Pii, aut sane pendet omnis ea quæstio ex constit. principis, quem sic vocat, hoc est, D. Pii, ut apparet ex *l. plane*, §. 1. *et* 2. *de leg.* 1. id est, ex ea constitutione sic statuo, *si eadem res eidem ab eodem hærede, eodem testamento bis, aut sæpius legetur, semel tantum debetur, et re soluta, vel æstimatione rei, hæres omnino liberatur.* Hæc est constitutio D. Pii, quæ locum obtinuit generaliter sine ulla distinctione legatorum. Nam in ea re nulla est differentia inter genera legatorum, id est, nullum est genus legati, sive sit per damnationem, seu per vindicationem, quod mutet regulam, aut vitiet. Et idem etiam juris est in stipulatione, *l.* 18. *de verb. oblig.* qui bis promittit eandem rem, semel tantum eam debet, quod observant etiam hodie negotiatores Nam millies promittent eandem rem, scientes semel tantum debitam iri. Dixi in superiore conclusione, *eidem.* Quæro, quid si diversis separatim ea res legetur Primo et Secundo; Primo lego fundum et Secundo? Et hac in re erat olim differentia inter genera legatorum: nec enim eodem jure erat legatum damnationis, quo legatum vindicationis. Sed hodie sublata differentia legatorum ex Constitut. Justin. semel tantum eis præstabitur ea res, concursu partes facient, nisi appareat, testatorem evidenter voluisse utrique eam dari solidam, uni rem scilicet, alteri æstimationem, *l. un. C. de cad. toll. l. si pluribus, de leg.* 2. Item dixi, *ab eodem:* quid si a diversis hæredibus? ut a primo hærede mihi legavit fundum, et idem quoque fundum a secundo hærede scripto mihi legavit: et erat etiam differentia hac in re olim, quæ hodie sublata est Constit. Justiniani, et res simpliciter procedit, ut scilicet hæredes semel tantum præstent eam rem collatis partibus, *par moitié*, quod demonstratur plenius §. *eum h. l.* Præterea dixi, *eadem res*, id est, idem corpus, ut ait hoc loco constitutio principis, ad differentiam quantitatis, si idem corpus legetur, semel tantum debetur. Quid si eadem quantitas sæpe legetur? Legavi Titio 100. prima parte testamenti, eidem ima parte legavi etiam 100. an debentur 200. quantitas facile duplicari potest, aut multiplicari. Et sane volente testatore quantitas sæpius debebitur eadem, et quidem legatarius id probare debet, alioqui videtur testator repetiisse legatum, inculcasse idem legatum hæredibus, vel id fecisse videbitur oblivione prioris legati, ut est in *l. quingenta, de probat.* Quod in multis negotiis observari nonnunquam oportet, oblivione quid factum sit, nec ne, *l. Aristo, quæ res pig. l. ult.* §. 1. *de lib. leg.* Uno tantum casu præsumptio facit pro legatario: et ideo non tenetur probare testatorem voluisse duplicare legatum quantitatis, quia a quo præsumptio stat, ei non incumbit facile probare. Igitur hoc casu onus probationis incumbit hæredi, ut probet testatorem noluisse duplicare summam, ut casus est *d. l. quingenta*, si testamento 100. legavi eidem, et codicillis æque centum eidem: nam cum diversæ sint scripturæ, testamentum et codicillus, facilius præsumitur multiplicatio, et hæres probare debet posteriorem scripturam esse inanem et supervacuam ex mente defuncti, alioqui præstabit legatario ducenta. Et ut ostenditur in *d. l. plane*, §. 1. *et* 2. *et* 3. *de leg.* 1. ratio differentiæ inter rem et quantitatem est evidens, quæ notanda est plurimum, quia res sæpius dari non potest, ne volente quidem testatore, hoc est res eadem sæpius mea fieri non potest, *l. si servus* 108. §. *Stichum, de leg.* 1. at eadem quantitas sæpius præstari potest volente testatore, quia etsi sit eadem quantitas, non est tamen eadem res: est idem genus, sed non eadem species. Ergo res sæpius dari non potest. Dices, legavi rem eandem sæpius, puta fundum legavi bis eidem, cur non erit prestatio duplex: puta una rei, altera æstimationis? Fateor rem ipsam bis non posse dari, sed æstimatio potest. Hoc enim jus non patitur, quia non legavit æstimationem, nec legare voluit, sed rem eandem bis legavit: et ideo nec æstimatio peti potest ex secundo legato, quia obstat hæc regula juris, duas causas lucrativas in eandem rem, et eandem personam concurrere non posse, *l. omnes*, §. 1. *de obl. et act.* §. *si res aliena, Inst. de leg.* Ergo si rem suam consecutus ex causa legati semel, quæ est lucrativa, non possum ejus rei nomine nec æstimationem petere, nisi hoc voluerit testator. Et summa hæc sit: nec volente testatore eadem res bis dari potest: quia hoc nec naturalis, nec civilis ratio patitur, ut ejusdem rei fiat dominus sæpe. At volente testatore potest mihi dari

res, atque etiam æstimatio ejusdem rei, *l. si alii de usufr. l. nutu*, §. 1. *de leg.* 3. Postremo dixi *eodem testam.* id est, testamento unius hominis, vel testamento et codicillis ejusdem hominis: nam codicilli sunt pars testamenti. Quid ergo, si duorum testamentis eadem res mihi legetur? Et placet hoc casu eam rem bis deberi, ex uno testamento deberi rem, ex altero æstimationem. Sed multum interest, quid legatarius primum consecutus fuerit, ut explicatur *d. l. plane* §. *si res al.* Nam si ex uno testamento sit consecutus æstimationem, ex altero petet rem, atque ita consequetur bis. Sed si uno ex testamento prius sit consecutus rem, postea non petet ex alio æstimationem, propter illam regulam, ne concurrant duæ causæ lucrativæ. Sed quid rursus, si eadem res mihi legetur testamento Titii et testamento hæredis Titii? testator mihi legavit rem, eandem mihi legavit hæres, an bis debebitur? non hoc casu, quamvis sint duo testamenta, quia hæres legavit rem, quam debuit jam ex testamento. Inutile autem est legatum, si debitor leget quod debet, nisi plus sit in legato, quam in debito, *l. si debitor*, *l. legavi*, *de lib. leg.* Et huc pertinet species hujus l. proprie, quæ talis est: Mævius legat mihi et Titio fundum sub conditione, quo casu singulis partes debentur, aut concursu partes facturi sumus: deinde pendente conditione hæres Mævii eundem fundum, vel partem fundi, nil refert, ut probat §. *duobus in h. l.* mihi legavit sub eadem conditione ita, ut non sit amplius in legato hæredis, quam in legato Mævii: extitit conditio uniuscujusque testamenti, an bis mihi eadem pars debeatur ex utroque testamento quæritur? Et placet mihi eandem partem deberi ex testamento Mævii tantum. Inutiliter esse legatam eandem partem testamento hæredis Mævii, quia fuit debitor ejus partis, et incredibile est, hæredem duplicare legatum voluisse, ut sc. haberem partem ex testamento Mævii, et æstimationem ex testamento hæredis, et potius est credibile, eum de alia parte cogitasse, id est, de æstimatione alterius partis debitæ Titio, hoc est, non legasse hæredem mihi meam partem, sed partem adscriptam Titio collegatario meo, hoc est, æstimationem hujus. Hac ratione ergo consequar partem ex testamento Mævii, et alterius partis æstimationem ex testamento hæredis: non eadem pars mihi debebitur ex utroque testamento, sed una ex uno testamento, altera ex altero, id est, æstimatio alterius. Pars autem ipsa altera debetur collegatario ex testamento Mævii. Et in summa ita ratiocinatur Papin. in specie proposita: Videtur eadem pars bis legari mihi, et deberi pars ex testamento Mævii, et ejusdem partis æstimatio ex testamento hæredis. Sed incredibile est, inquit, nisi aliud probetur, hæredem duplicare legatum voluisse ejusdem partis; quod si voluisset, utique valeret, et ex uno deberetur pars, ex altero æstimatio ejusdem partis: nam nihil obstaret D. Pii constitutio, quæ vult semel tantum deberi eandem rem sæpius legatam, quia loquitur de eodem testamento. Hic sunt duo testamenta, id est, duorum: ergo si hoc voluit hæres, sane valebit utrumque legatum, quamvis utrumque sit ejusdem partis. Sed incredibile est, voluisse hæredem duplicare, id est, minus verisimile. Incredibile est, quod credi non potest: sed et non verisimile: incredibile non est ἀσύστατον, sed κακοσύστατον, *qui malaisément peut estre, qui ne peut estre.* Ergo an dices inutile esse legatum relictum testamento hæredis, quasi a debitore relictum? quia hæres legavit id quod debuit, hoc est, eandem partem. Hoc cavere maxime debemus semper, ne inutilia faciamus legata vel inania: eam debemus semper accipere interpretationem quæ non faciat inutile legatum, *l. Titia*, §. 1. *de leg.* 2. *l. quotiens* 2. *de reb. dub.* quoniam nemo intelligitur legare frustra et inutiliter. Ideoque ne legatum relictum ab hærede sit inutile, melius erit, et est verisimilius, hæredem sensisse de altera parte, Mævium puta legasse mihi partem fundi, et hæredem ejus alterius partis adscriptæ Titio æstimationem. Ac ita concludit eleganter Papinian. verisimilius esse, nisi aliud probetur, hæredem legasse alteram partem, hoc est, æstimationem, ne videatur frustra legasse, aut partem alteram ipsam, si collegatarius sit contentus æstimatione.

Ad §. 1. 2. 3. 4. *eod.*

Duorum testamentis pars fundi, quæ Mævii est, Titio legata est: non ineleganter probatum est, ab uno hærede soluta parte fundi, quæ Mævii fuit, ex alio testamento liberationem obtingere: neque postea parte alienata revocari actionem semel extinctam.

§. 2. *Sed si pars fundi simpliciter, non quæ Mævii fuit, legetur, solutio prior non perimit alteram actionem, atque etiam hanc eandem partem aliquo modo suam factam poterit alter hæres solvere, (neque) plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinent.*

§. 3. *Non idem respondetur, cum duobus testamentis generatim homo legetur: nam qui solvente altero legatarii factus est, quamvis postea sit alienatus ab altero hærede, idem solvi non poterit: eademque ratio stipulationis est: hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet, atque ab initio non consistit in his qui legatarii fuerunt: ita frustra solvitur, cu-*

jus dominium postea legatarius adeptus est, tametsi dominus esse desinit.

Gravior fuit transitus legis facilis, ad legem difficilem hanc de leg. 2. Et licet, quod ad eam pertineat, nihil omiserim, tamen quo res levior, et facilior, quod cognitu dignissimum est, et quod valde pertinet ad §. seq. hodie interpretari debeo. Ex his, quæ dixi paulo ante, repetam duo vel tria, et si possim ratione faciliore quadam. Et hæc duo vel tria comprehenduntur uno verbo. Sane subtilis adeo est quæstio prima hujus legis, et secunda, quæ est §. seq. ut opus sit ista repetitione. Ceteræ quæstiones erunt facillimæ. Primum repetam differentiam inter corpus et quantitatem. Constitutio Divi Pii hæc est: *si eadem res eidem ab eodem hærede uno testamento eodemque legetur, semel tantum debetur*: *si eadem res,* dixit, quia si diversæ res sint legatæ, quis nescit omnes deberi? et *res*, id est, corpus: nam quantitas eadem sæpius legata, sæpius debetur volente testatatore, quod eum voluisse legatarius probare debet, alioquin testator præsumitur potius repetiisse legatum ejus pecuniæ, quam duplicasse, vel id fecisse forte una parte testamenti oblivione prioris legati. Et ratio differentiæ inter corpus et quantitatem, est evidens: res eadem, nec volente quidem testatore, sæpe dari aut præstari potest, quia res, quæ semel facta est mea, amplius non potest fieri mea; res, quæ mihi data est semel, iterum mihi dari non potest. At nec æstimatio quidem debetur ex repetitione, quia res legata est, non æstimatio, et secundum regulam juris, duæ causæ lucrativæ in eadem re concurrere non possunt, nisi appareat hoc voluisse testatorem, ut et res, et æstimatio præstaretur, quod legatarium probare convenit, *l. si alii* §. *rerum, sup. de ususf. l. nutu*, §. 1. *de leg.* 3. At quantitas eadem volente testatore sæpius præstari potest, quia etsi sit quantitas eadem, non est tamen eadem species, non sunt eadem corpora: denique quantitas eadem facile multiplicatur: quingentis addam quingenta, quidni? Corpus quidem non recipit multiplicationem, ac proinde duæ causæ lucrativæ in eandem rem, id est, in idem corpus concurrere non possunt. Duæ causæ lucrativæ in eandem quantitatem concurrere possunt. Hæc est species, et summa brevis totius quæstionis propositæ initio hujus legis. Mævius mihi et Titio legavit fundum sub conditione: hæres Mævii eundem mihi legavit sub eadem conditione. Existente conditione videtur ejusdem fundi pars mihi deberi, id est, ex utroque testamento, ex testamento Mævii, et hæredis ejus. Nec enim obstat quicquam constitutio Divi Pii, quæ vult semel tantum deberi eandem rem sæpius legatam, quia de re loquitur unius testamento sæpius legata. Hoc casu, duorum testamentis proponitur eadem res mihi fuisse legata. Et sane si voluit hæres eandem partem mihi deberi bis, bis debebitur, et ex uno testamento consequar rem, ex altero æstimationem *l. plane* §. 1. *de leg.* 1. Sed vix credibile est, ut ait, hæredem eandem partem bis deberi voluisse, nisi hoc eum voluisse legatarius probet evidentissimis probationibus. In dubio hoc non præsumemus. Quid ergo? an in dubio dicemus, inutile esse legatum relictum testamento hæredis, quasi a debitore relictum? Præsertim, si non plus sit in legato, quam in debito, ut hic non fuit plus in legato relicto testamento hæredis Mævii, quam Mævii. Fuit namque portio eadem in utroque testamento: nam relicta duplicandi animo ab hærede Mævii, nec pure relicta: alioquin plus esset in posteriore legato, et valeret, sed sub eadem conditione: si, inquit Papinian. hæres Mævii non animo duplicandi legatum idem sub eadem conditione legavit, quod emolumentum legati futurum est? Ex qua disputatione sequitur, ejusdem rei, seu partis legatum mihi relictum testamento hæredis Mævii esse inutile, quia in eo non plus est quam in legato relicto testamento Mævii: cum et testamento hæredis ejus sit relictum sub eadem conditione. Sed tandem concludamus post illam disputationem, verisimilius esse, hæredem noluisse legare inutiliter, ac proinde, ut legatum magis valeat, quam pereat, hæredem legasse videri, non eandem partem fundi, quæ mihi erat relicta testamento Mævii sub conditione alioquin inutile esset legatum, sed alteram partem sub eadem conditione, non mihi relictam testamento Mævii. Et secundum hanc conclusionem, existente conditione petam partem fundi ex testamento Mævii ab hærede ejus, et alteram partem ex testamento hæredis, ab hærede ejus, hæredis scil. Et nihil præterea continet initium hujus legis, sed difficile erat rem ita digerere. Et tamen illud iterum repetam. Si res eadem eidem legetur duorum testamentis, bis eam deberi, *l. plane,* §. 1. Et addamus nihil referre, res propria legata sit, an aliena: nam utraque potest venire in speciem legati. Sed id sane refert, quia si rem consecutus fuero ex uno testamento, perimitur altera actio, quia duæ causæ lucrativæ in eandem rem concurrere non possunt, ut nec ex altero testamento æstimationem petere possim. Contra vero, si prius æstimationem abstulerim, superest mihi rei repetitio, et hoc solum modo bis petere possum. Denique si bis idem consequi velim ex utroque testamento, prius debeo ex uno nancisci æstimationem, ut ex altero nanciscar rem, quia si prius rem nactus sim, jam rei, quæ mea est, non possum æstimationem petere: sed si æstimationem prius nactus sim, non prohibebor postea rem petere,

quamvis ea res tanti sit, quanti summa, quam percepi, §. *si res aliena*, *Inst. de leg.* His cognitis finge, quæ est species. §. *duorum.*

Duo testatores ejusdem fundi, qui alienus erat, partem mihi legaverunt: fundus ille alienus non erat unius proprius, sed erat duorum communis pro indiviso Mævii partem aut Titii: testatores in eo fundo nihil habuerunt juris, et legaverunt mihi, ut dixi, non totum eum fundum: nam si totum legassent, nullus esset labor, sed legaverunt mihi hujus fundi partem. Videndum est, qua forma eam partem legaverint mihi. Ita enim distinguit Papinianus: aut eam partem mihi legaverunt cum finitione certa, *une portion certaine,* hoc modo *partem, quæ Mævii est,* aut mihi legaverunt partem simpliciter, ut ait, *lego tibi partem illius fundi.* Ita ergo distinguit: aut sic legaverunt partem hujus fundi, *partem quæ Mævii est,* cum illa finitione, aut partem simpliciter. Priore casu, si mihi legaverunt partem, quæ Mævii est, et ex unius testamento eam partem percepero per hæredem redemptam a Mævio, nihil petam ex altero testamento, quia duæ causæ lucrativæ in eandem rem, et in eandem personam concurrere non possunt, atque ita ex unius legati causa, perimitur actio alterius legati, *l. non quæcumque*, *de leg.* 1. Sed obiter quæram, an perempta actio alterius legati restituatur, si forte rem acceptam ex causa unius legati postea alteri alienavero, an alii re alienata, nunc mihi liceat agere ex altero testamento? minime: actio semel extincta non restituitur, *l.* 10. §. *pen. de in rem verso, l. qui res*, §. *arca, de solut.* A privatione ad habitum non est regressus, alioquin subinde renascerentur lites, nec ullus esset litium finis. Et ut si res mea mihi legetur, quæ testamenti tempore fuit mea, inutile est legatum, licet postea alienaverim, *l. cetera,* §. 1. *de leg.* 1. Ita si mihi legetur res non mea, quæ post fiat mea, inutile redditur legatum, nec restituitur eadem re abalienata. Ergo in hoc casu priore, si partem quæ Mævii fuit, nactus fuero ex uno testamento, omnimodo amitto actionem ex altero testamento. Quid autem altero casu, si duo illi testatores partem illius fundi mihi legaverint simpliciter? Priore casu singuli videntur mihi legasse eandem rem, quia uterque mihi legavit partem, quæ Mævii fuit. Ergo non possum eam rem consequi ex utroque testamento. Sed hoc casu posteriore singuli mihi non legaverunt eandem rem, quia partem simpliciter, et quam quisque partem legaverit, incerta est. Fundus enim erat communis pro indiviso: legaverunt igitur partem pro indiviso, quæ incerta est: qui partem pro indiviso dicit, partem incertam dicit: quia pars pro indiviso non est, sed intelligitur, id est, intellectu solo concipitur: pars pro diviso sensu corporis percipitur, et digito demonstratur: pars pro indiviso, nec oculis concipitur, nec cerni potest, intelligi tantum potest. Et facere quidem possis partem pro indiviso certam, si dixeris, partem quæ Mævii est, partem quæ Titii est, quæ finitio certam eam quodammodo efficit, *l. unus*, *infra*, *de acq. poss.* Ceterum eam demonstrare, eam cernere, aut tangere, aut per omnia certam efficere non possis sine divisione. Et hoc est, quod ait Papin. hoc §. plures in uno fundo communi pro indiviso habere dominium juris intellectu, non divisione corporis. Et legendum omnino in hoc §. *namque plures in uno fundo dominium juris intellectu, non divisione corporis obtinet*, id est, in fundo communi pro indiviso dominii partes intelliguntur secundum jus quod cuique competit, nondum autem sunt ante divisionem, nondum sub sensum cadunt propter incertum, *l.* 5. *de stip. serv.* Ex quo efficitur, ut si duo testatores fundi alieni, qui erat communis pro indiviso inter Mævium et Titium, partem mihi legaverint simpliciter, et ex unius testamento partem consecutus fuero, liceat mihi etiam partem persequi ex alterius testamento, quasi non eadem re legata útroque testamento. Et hoc etiam, ut si partem acceptam ab unius hærede forte aliquo casu alter hæres acquisierit, mihi ab eo petenti partem possit eandem solvere, quam ego acceperam, et ipse postea acquisivit aliquo casu, ut possit illius partis solutione defungi, quia certa non est pars eadem: eadem est intellectu, non eadem sensu, eadem non est corpore. Denique aut legaverunt testatores in proposita specie mihi partem cum finitione personæ domini, puta partem, quæ Mævii est, et utroque testamento mihi videtur legari eadem res, nec possum eam ex utroque petere: aut mihi legaverunt simpliciter partem, et non videntur legare eandem rem singuli. Itaque ex utroque testamento mihi portio partis competit efficax: et proposita ista distinctione Papinian. ostendit deinde, quod dixit de parte fundi legata indistincte, simpliciter, idem non obtinere in homine indistincte et generaliter legato duobus testamentis: qua in parte Papinian. ostendit magis ingenii sui acumen: habuimus in priore parte §. *duorum*, de parte fundi pro indiviso legata simpliciter, ut etiamsi partem ex uno testamento ceperim, supersit actio ex altero testamento qua conventus hæres altero testamento, scriptus, etiam illam eandem partem, quam prius ex alio testamento cepi, ac post alienavi, aliquo modo suam factam mihi solvere possit, et liberari, quod non sit omnino idem, neque eadem pars, etiamsi dicatur eadem. Nunc ex posteriori parte intelligimus, aliud servari, si duorum testamentis homo mihi legatus sit generaliter, id est simpliciter.

Idem enim omnino est, *l. si domus de leg.* 1. Ostendamus, aliud esse, si homo legetur simpliciter duorum testamentis, ac primum, si Stichum consecutus fuero ex uno testamento, superest mihi quidem actio ex altero. Verum hæres ex altero testamento, eundem Stichum mihi solvendo non liberatur: eadem pars, quæ ex uno testamento soluta est, solvitur recte ex altero. Idem Stichus, qui solutus est ex uno, non recte solvitur ex altero. Qui homo meus factus est solvente uno hærede, quamvis postea sit alienatus a me, non potest idem solvi altero hærede. Et ut legato hominis non continetur homo, qui ab initio meus fuit; ita etiam non continetur Stichus, puta, qui postea factus est meus, licet dominus esse desierim. In quo non consistit legatum, vel obligatio legati, nec in eo solutio, nec liberatio consistit, *l. qui decem* §. *Stichus, de solut.* Et notat Pap. idem juris esse in stipulationibus: nam si a duobus stipuler homines separatim generaliter, et ab uno accepero Stichum, ab altero promissore is Stichus aliquo casu ejus factus, mihi solvitur frustra, quemadmodum etsi ab initio is Stichus fuisset meus, frustra solveretur, licet postea desiisset esse meus. Et ut dixi, in quo non consistit obligatio, nec solutio: nec refert ab initio Stichus fuerit meus, an postea factus sit: non refert inutile quid sit, an postea deveniat in eam causam, a qua incipere non potuisset, §. *item contra, inst. de inutil. stipul.* nihil refert, an quid sit initio vitiosum, an postea in vitium prolabatur. Ergo legato hominis relicto generaliter, neque continetur Stichus, qui tunc meus fuit, nec is, qui postea factus est meus, licet desierit esse meus. Et ratio differentiæ inter partem simpliciter legatam, et hominem simpliciter legatum redditur a Papiniano hoc in loco perquam obscure: *hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet : hominis legatum orationis compendio*, id est, sub illo nomine generis, *continet singulos homines*, unius quidem præstatione hæres liberatur, sed tamen quodammodo, ut ait *l. 3. qui et a quib. man.* singuli videntur legati sub conditione, *si legatarius elegerit :* singuli, qui in familia fuerunt testatoris, etiamsi quinque millia fuerint, vel in aliena, si ex ea præstari servum voluit, adeo ut interim hæres testatoris servum nullum manumittere possit, *d. l.* 3. Denique legatum hominis singulos homines continet, quia hominis propietates eædem sunt in singulis, et hominis est finitio et notio certa. Ergo legatum hominis continet Stichum, qui defuncti erat vel alterius: non continet Stichum, qui tunc meus erat, ergo nec eum, qui postea factus est meus solvente uno hærede, quia obligatio perimitur re deducta in eam causam, qua incipere non potuisset. Et in quo non consistit obligatio, nec solutio, non poterit igitur idem Stichus ab altero hærede solvi. Ac partis legatum non continet singulas partes, quia nec partium proprietates sunt eædem, nec partis pro indiviso est notio certa: ergo legatum partis non continet partem, quæ defuncti fuit, vel alterius fuit, nec eam, quæ socii, nec eam, quæ mea fuit, aut quæ post mea facta est, desinit nunc esse mea, quia eadem ipsi pars non videtur legata, sed incerta, et opponitur pars pro indiviso parti certæ, *l. placuit, quib. mod. usufr. amit. l.* 1. §. *hoc interdicto, uti poss.* Quod voluit significare Papinian. sed breviter adstringit, ut solent Jurisconsulti persæpe dicere rationes suas, propositiones et conclusiones omittentes. Habuimus etiam ita concisam rationem differentiæ inter iter et viam in *l. eum usumfr. de usufr. leg.* Conclusio igitur hæc sit: parte simpliciter legata duorum testamentis, si ex uno cepero partem, ac post alienavero, et pervenerit in dominium alterius hæredis, hic hæres eandem partem solvendo se liberare potest: quia nec plane eandem solvere videtur, et ut legato non intelligitur contineri; ita quæ nunc posterius solvitur, non intelligitur contineri posse priori solutione, vel quæ posterius solvitur; non eadem esse intelligitur, quæ est soluta prius. At homine generaliter legato duorum testamentis, si Stichum ex uno testamento accepero, et alienavero, ex altero testamento eum non accipiam, quia idem est, et res eadem sæpius dari non potest. Duo (*) concludamus in hoc §. Primum est, stipulatione hominis concepta generaliter, non contineri hominem, qui tunc fuit stipulatoris. Obstat huic sententiæ *l. qui decem* §. *Stichum, de solut.* In illo §. tres ponuntur species, et in omnibus idem jus est. Prima est. Stipulatus sum Stichum et Pamphilum, et tamen meus erat Pamphilus: si is desierit esse meus, promissor solvendo Pamphilum, non liberabitur, quia in Pamphilo nec obligatio, nec solutio consistit. Idemque erit, si Pamphilus postea fiat meus, *l. 16. de verb. oblig.* quia res recidit in eam causam, a qua incipere non potuit. Secunda species hæc est: Stipulatus sum hominem generaliter, eadem est ratio stipulationis et legati. Ergo stipulatione non continetur is homo, qui tunc meus fuit. Et ita tamen est scriptum in *d.* §. *Stichum :* unum ex his, qui tunc stipulatoris servi erant dando promissor liberabitur, quod rationem nullam habet: nam hac stipulatione non continetur is homo, qui tunc fuit stipulatoris, sed de alio, non de suo sensit. Et ut legato homine relicto generaliter non continetur, qui fuit legatarii; ita nec is, qui fuit stipulatoris. Et eadem est

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 8.

ratio stipulatoris et legatarii. Et legendum in illo §. *unum ex his*, *qui stipulatori tunc serviebant*, *promissor dando liberabitur ?* ut et in specie tertia ejusdem §. *num. mortuis duobus*, *qui alterius erant*, *etc.* Si igitur quis hominem stipulatus sit generaliter, num ex his, qui tunc stipulatoris erant, postea servi esse desierant, postea dando liberabitur ? Et respondet, *vi quidem ipsa*, *et hic et his dari stipulatus est*, *qui ejus non erant :* ac si diceret, non tantum prior ille, qui stipulatus est Stichum et Pamphilum, intelligitur stipulatus eos, qui ejus non erant, sed etiam hic, qui homines est stipulatus generaliter, intelligitur vi ipsa stipulatus ex his, qui tunc non erant ejus, et *vi ipsa*, id est tacite, etiamsi non expresserit. Atque ita nihil obstat. Tertia species hæc est : stipulatus sum homines ex his, quos Sempronius reliquerit: moriens tres servos reliquerat Sempronius : unus erat stipulatoris, post esse desiit, mortui sunt duo, qui alterius erant, non stipulatoris : quæritur, *an debeatur*, *an solvatur recte reliquus servus*, *qui erat stipulatoris*, *et post esse desierat ?* Et ait, eum nec deberi, nec solvi posse. Sed addit exceptionem, nisi ante mortem duorum reliquus servus desierit esse stipulatoris. Et ita distinguit : aut ille superstes servus post mortem duorum desiit esse tipulatoris : et hoc casu morte duorum omnino extinguitur stipulatio : in mortuis extinguitur : in superstite etiam nulla est, quia eo tempore, quo alii sunt mortui, is erat in dominio stipulatoris. Aut ille superstes servus alienatus est ante mortem duorum : et hoc casu morte duorum non omnino tollitur obligatio, quia in obligatione superest servus superstes, quia non omnino intelligitur stipulatoris esse is, qui ejus non erat tunc: quandoquidem aliam adjecit finitionem, alium modum scil. ex his quos Sempronius reliquit. Si stipulatus esset hominem simpliciter, subintelligeretur is modus, ex eis : qui mei non sunt, sed alio adjuncto, puta, ex his, quos Sempronius reliquit, non subintelligendo, hic modus, et ante mortem duorum, si superstes desierit esse stipulatoris, debebitur, nec solvetur frustra, quia eum solvendo liberabitur promissor. Notandum postremo stipulatione hominis generaliter concepta ; sicut legato hominis, non contineri eum, qui post factus est stipulatoris. Obstat huic sententiæ *l. si quis duos*, *de solut.* cuidam promisit duos homines generaliter ; et Stichum solvit, et ita factus est stipulatoris post stipulationem : antequam solveretur alter homo, iterum is Stichus, qui solutus fuit, casu aliquo rediit in dominium promissoris, an liberabitur obligatione omni, solvendo rursus eundem Stichum, dicendo se homines duos dedisse ? Ait esse omnino liberatum. Ergo homine generaliter promisso, servus, qui post factus est stipulatoris, et alienatus, recte solvitur. Sed respondendum nos loqui de servo, quem stipulator post stipulationem ab extraneo acquisivit. Promissor hujus solutione fungi non potest, obligatione per acquisitionem dominii in ipso servo extincta. Et res recidit in eam causam, a qua non potest incipere At *d. l. qui duos*, loquitur de servo, quem post stipulationem stipulator ab ipso promissore acquisierit, id est, facto et solutione promissoris: hic facilius ab eodem ad eundem recurrit. Et ut in §. *item contra*, *de inutil. stipul.* inutitis est stipulatio, si in eam causam devenerit, in eum casum, a quo incipere non possit ; modo devenerit, sine facto promissoris : nam si ejus facto non prohibebitur promissor ejusdem hominis solutione fungi, eodem homine ad se reverso : et id magis apparere in nummis : nam si quis velit (*) paucos nummos accipere, et liberare debitorem in solidum, poterit accipere certos nummos, et retrodare, ac rursus accipere : puta, est debitor centum : nolo eum liberare acceptilatione, sed solutione, nec totum volo mihi solvi, sed decem tantum, quid faciam ? accipiam decem, et retro ei reddam, quæ mox mihi referet, et ultima tantum retinebo, eum pluries, hoc est, decies mihi solverit, videbitur debitor solvisse centum : qua de re dubitari tamen poterat, quia, qui accepit, et retrodat, et deinde accipit, *non potest videri solvisse potius quam decessisse*, ut scriptum est Floren. sed legendum, ut est rectius in aliis libris, videri accepisse potius, quam *dedisse*, *l. qui solvit*, *eod. tit.*

Ad §. In fundo, *eod.*

In fundo legato, *si hæres sepelierit*, *æstimatio referenda erit ad totum pretium fundi*, *quo potuit ante sepulturam æstimari : quare si fuerit solutus*, *actionem adhuc ex testamento propter locum alienatum durare rationis est.*

Explicabo quæstionem §. *in fundo*, quæ non est difficilis. Sed prius debeo rationem differentiæ, quam supra tractavi inter partem et hominem, inter partem fundi simpliciter legati, et hominem æque simpliciter legatum, facilius et melius explicare. Hesterna explicatio non satisfacit vobis, nec certe mihi, et intempestiva hora mihi fuit impedimento, in cogitando et dicendo. Cur parte fundi pro indiviso mihi legata duorum testamentis simpliciter, et generatim pars, quæ solvente uno hærede mea facta est, quamvis postea sit alienata ab altero hærede, idem mihi solvi non possit ? Cedo rationem differentiæ inter partem simpliciter legatam, et ho-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 7.

minem simpliciter legatum: nulla est fere ratio, quæ me torserit unquam magis. Eam Papinian. breviter præcidit his verbis: *hominis enim legato compendio orationis singulos homines contineri.* Aperit rationem, tamen non patefacit, non absolvit, cetera nobis cogitanda relinquit: vix ulla ratio alia in jure invenietur explicatu difficilior, id est, quæ ita possit explicari, ut illa ratio plane intelligatur ab omnibus: *legato*, ait, *hominis contineri singulos homines*, hoc est verissimum: nam homo, ut Seneca loquitur, est genus speciale, quod in se continet singulos, puta Stichum, Pamphilum, Damam, et alios. Singulos dicimus, quos vulgo vocant individua: species vel genus speciale continet singula individua, et genus generale continet singulas species. Ergo nihil est verius, quam quod proponit, hominis legato contineri singulos homines, et aliud est contineri, aliud consistere: nam Papinian. *in* §. *duorum*, his verbis contineri, et consistere etiam distincte utitur. Continetur legato, quod legatum est, quod in legato esse intelligitur, hoc est clarum. Consistit autem legatum in ea re, quæ solvi potest recte, et qua soluta se hæres liberare potest. Qua autem in re consistit legatum, non continuo, et ea res continetur legato. Ex quo apparet differentia inter consistere et contineri: et retro etiam, quæ res continetur legato, non continuo etiam in ea consistit legatum. Hoc si planum facio exemplis, teneo rationem Papiniani. Exempla sunt rationis obsides seu sponsores, ut ait Plato. Exempla hæc sint: Si res mea mihi legetur, res mea continetur legato, in ea tamen non consistit legatum: item legato decem nummorum mihi relicto, sane non continentur legato decem, qui sunt in arca mea, in eis tamen consistit legatum: nam si ii decem, qui in arca mea erant, fortasse ad hæredem pervenerint, eos mihi solvendo non liberatur hæres: nam in eis consistit legatum recte, id est, eorum solutione legato liberatur hæres, licet legato non continerentur primitus. Et ita legato partis fundi mihi relicto, non continentur partes singulæ fundi. Ergo nec continetur ea pars, quæ tunc mea fuit in eo fundo, nec quæ post facta est mea. Quod si contineretur, sane in ea non consisteret legatum, sed quia non continetur, etiam in ea consistit legatum, ut possit hæres eandem partem aliquo modo suam factam mihi solvere et liberari. Contra, homine mihi generaliter et simpliciter legato, continentur singuli homines, singuli scil. homines servi. Ergo et is continetur, qui fuit meus, vel qui postea factus est meus, ac consequenter in eo non consistit legatum, et eundem hominem mihi dando hæres non liberatur, quia fuit meus tempore testamenti, vel post cœpit esse meus. Restat, ut breviter ostendam, cur legatum hominis continet singulos homines, legatum partis non contineat singulas partes. Ratio est naturalis, et in promptu. Quis nescit differentiam esse inter totum et genus, et similiter inter partem et speciem? Homo est species, vel quod ante dixi genus speciale, quod habet in se singulos: pars non est genus vel generale, vel speciale, nec continet singulas partes ejus rei, cujus est pars, ut pars fundi non continet ceteras partes fundi, pars hominis non continet omnes partes hominis, in nomine partis nullum est compendium orationis. In nomine hominis est compendium orationis: compendium est veluti genus, quod multa continet, homo multos continet, pars multas non continet. Compendio fit substitutio, sic est legendum in *l. quamvis*, *C. de imp. et aliis*, id est, compendio orationis, quod plura tempora pluresve continet ætates, hoc modo: *si hæres erit, et post vita decesserit, non expressa ætate, ille hæres esto*, quæ substitutio facta impuberi, ne jure quidem fideicommissi consistit post pubertatem, nisi ex privilegio militiæ: moriente hærede instituto intra pubertatem, consistit jure directo, *l. centurio*, *de vulg. substitut.*

Brevis erit quæstio §. *in fundo.* Hæres in fundo legato forte sub conditione, interim sepelivit: is locus, quo sepelivit, factus est religiosus mortui illatione. Eum ergo locum alienavit, quem tamen testator legaverat ante cum fundo toto: qui locum sacrum fecit, alienat, *l. ab agnato*, *ff. de curat. fur.* Ergo et qui locum religiosum facit, alienat: nam uterque locus fit divini juris, ex humano jure transit in divinum jus: non potuit hæres minuere jus legati. Ergo etiamsi eum fundum solverit legatario, post solutionem poterit a legatario conveniri actione ex testamento, ut præstet æstimationem loci facti religiosi per hæredem, pro rata videlicet habita ratione totius fundi quanti fuit, antequam, illum locum religio occuparet, quia legatum fuit fundi puri, non mixti religione: ergo aut fundum purum ex integro præstare debet, aut supplere ejus loci, quem fecit religiosum, æstimationem. Ex quo colligitur generalis definitio: etiam post solutionem legatæ rei, post solutam rem legatam durare actionem ex testamento, quandiu aliquid interest, aliquid deest rei legatæ: quæ definitio etiam comprobatur *l. hujusmodi*, §. *ædes*, *de leg.* 1. *l. etiam*, *de solut. l. dolum*, *ad Trebel. et in l. si imaginem*, *de auro et arg. leg.* Quæ lex est ex eodem lib. Papin. et omnino est conjungenda cum hoc §. Verba autem legis hæc sunt.

Ad L. Si imaginem, de aur. et arg. legato.

Si imaginem legatam hæres derasit, et tabu-

lam solvit, potest dici actionem ex testamento durare: quia legatum imaginis non tabulæ fuit.

Species est talis. Legavit testator imaginem, quæ erat depicta in tabula quadam: hæres derasit imaginem, et tabulam solvit derasa imagine. Durat, inquit, actio ex testamento etiam post præstitam tabulam, videlicet ut ait hoc loco, *æstimatione relata ad totum pretium tabulæ, quo potuit æstimari, antequam deraderetur.* Ergo durat actio ex testamento, etiamsi soluta sit res legata, si non sit soluta integra: denique solutione tali non tollitur obligatio legati, id est, actio ex testamento. Et ita notandum *d. l.* omnino esse conjungendam cum hoc §. Sed adversus hunc §. opponitur, quod legitur aliis locis: hæredem in fundo legato non posse locum religiosum facere, inferendo mortuum, *l. si locus, de relig. l. si fundum, de cond. et demonstr.* ut servum legatum aut servos, qui legato continentur, hæres non potest ad libertatem perducere, *l. 3. qui et a quib. l. si erit, de opt. leg.* Et tamen res ita tractatur in hoc §. quasi hæres fecerit locum religiosum, in quo sepelivit mortuum, ejus scilicet fundi, qui legatus erat alteri. Et vero ita est, fecit locum religiosum: videamus quomodo leges hæ sint adducendæ in concordiam. Hæres in fundo legato non potest locum religiosum facere: hoc est verum generaliter, specialiter est falsum. Valde est elegans quod ait *l. meris est, §. sunt autem, inf. de pœn.* pleraque esse generaliter vera, quæ sumpta specialiter falsa sunt: et contra pleraque specialiter, etc. In hoc §. ait, in fundo legato si hæres sepelierit, non dicit, si quemcumque sepelierit generaliter: nam cujusque sepultura non faceret locum religiosum. Et hoc tantum est intelligendum de hærede, qui in fundo legato testatorem sepelivit, quem alio loco opportune sepelire non potuit, quo casu fit sane locus religiosus, *l. 4. de religios.* et tamen tenetur legatario, ut eum indemnem præstet, quia testator, qui eum fundum legavit, vel alio voluit inferri, vel loci æstimationem legatario offerri: maxime si ipse eum locum sepulturæ suæ destinavit. Nam si jussu suo in eo fundo sepeliatur, hæres nullo modo tenetur, *l. quid ergo, §. sed si, de leg.* 1. Sed si suo arbitrio, non testatoris jussu testatorem sepelierit in fundo legato, quem alio opportune sepelire non poterat, locus fit religiosus, et nihilominus tenetur legatario de indemnitate. Et quod ait hoc loco, *in fundo legato si hæres sepelierit testatorem*, scilicet suo arbitrio, non ex testatoris jussu. Objicitur etiam adversus hanc *l. ab Accurs. l. si hæres rem leg. hoc tit.* In hoc §. Papin. ait, hæredem teneri actione ex testamento, si in fundo legato testatorem sepelierit, atque ita eum locum religiosum effecerit. *L. si hæres*, loquitur de hærede, qui rem legatam, puta vestem dedicavit in funus testatoris, et ait, teneri non actione ex testamento, sed actione in factum, ut indemnitatem præstet legatario. Hic §. dat actionem ex testamento: illa in casu simili, actionem in factum. Hæc vero non sunt pugnantia: nam in *d. l.* actio utilis appellatur in factum: actio in factum est actio ex testamento utilis. Omnis actio utilis appellatur in factum, et in hoc actio ex testamento, est actio ex testamento utilis, sive in factum, non directa. Directa datur ad rem ipsam, utilis ad æstimationem. Igitur nulla est repugnantia.

Ad §. Eum qui ab uno.

Eum qui ab uno ex hæredibus, qui solus oneratus fuerat, litis æstimationem legatæ rei abstulit: postea codicillis apertis, ab omnibus hæredibus ejusdem rei relictæ, dixi dominium non quærere. Eum enim, qui pluribus speciebus juris uteretur, non sæpius eamdem rem eidem legare, sed loqui sæpius.

Restant in *l. Mævius* quæstiones tres. Prima quæstio, quæ est in §. *eum qui*, vertitur circa speciem hujusmodi. Testator eidem bis, puta testamento et codicillis legavit eandem rem, non eandem quantitatem, alioqui cum hoc §. pugnaret lex *quingenta, de probat.* Ei dum respondit Accurs. hoc loco, rectissime separavit quantitatem a re: ergo non quantitatem eandem, sed rem eandem, corpus idem testator eidem legavit tam testamento, quam codicillis, et non ab eodem hærede, sed testamento eum legavit ab uno ex hæredibus, codicillis ab omnibus hæredibus. Quæritur, an bis debeatur, ita ut si ex testamento acciperet æstimationem, possit ex codicillis consequi rem? Et ita ponit Papinian. legatarium accepisse prius æstimationem ex testamento ab uno ex hæredibus, qui in testamento solus oneratus fuerat: neque abs re ita ponit speciem, quoniam etsi bis deberetur legatum, et legatarius prius accepisset rem ex testamento, postea non posset æstimationem consequi ex codicillis, quia duæ causæ lucrativæ, etc. nisi apparuerit perquam evidenter, et rem, et æstimationem rei testatorem legatario præstari voluisse, *l. si alii, in fin. de usufr.* Sed si ut ponit, prius æstimationem legatarius acceperit ex testamento priusquam codicilli aperirentur, an postea codicillis apertis poterit ex codicillis rem petere et consequi? Et breviter ita se res habet: legavit idem corpus testamento et codicillis: testamento ab uno ex hæredibus, codicillis ab omnibus: testamento oneravit unum hæredem, codicillis omnes, et legatarius ex testamento consecutus est æstimationem,

an postea ex codicillis petet rem? Et ait ex codicillis nullam petitionem competere, quia rem semel legatam ad eum pervenire voluit: nec enim sæpius legando testator ampliat legatum ejusdem corporis, *d. l. si alii*, §. *ult.* repetit potius, quam ampliat, ut eleganter ait Papinian. hoc loco, *qui pluribus speciebus juris utitur*, id est, qui et testamento et codicillis eandem rem legat, ut legatarius habeat duplici jure, ex testamento, et ex codicillis, id non tam sæpius legat, quam sæpius loquitur. Et hoc tantum ponit in arbitrio legatarii, ut vel ab uno hærede petat legatum, vel ab omnibus, vel jure testamenti, vel jure codicillorum, sicut qui idem eidem legat jure legati, et jure fideicommiss. Hoc ponit in arbitrio legatarii, ut vel legatum persequatur jure directo, vel fideicommissi, quo genere plerumque ita legatur, *do*, *lego*, *darique volo*. Nam *do*, *lego*, sunt verba legati proprie: *dari volo*: sunt verba precaria, et fideicommissi: et ita eidem et per legatum, et per fideicommissum relinquitur, *l. Publius*, *l. non ad ea*, *de cond. et demonstr. l. quisquis*, *de leg.* 3. *l. si quis servo*, *de manum. testam. l. Aurelius*, §. *testamento, de lib. leg.* Et simili modo, ut dixi, cum quis idem corpus eidem legat testamento et codicillis duplex tantum jus confert in legatarium persequendi legati, vel ex testamento ab uno ex hæredibus, vel ex codicillis ab omnibus, non etiam ampliat legatum, id est, non vult ex testamento æstimationem præstari, ex codicillis rem. Et hoc est, quod ait eleganter in hoc §. Et omnino, quod hic scribit Papin. est etiam relatum ex Jul. in *l. si tibi homo*, *de legat.* 1. nec posset dari locus quisquam alteri similior, neque aqua aquæ usquam magis similis est, quam ille huic locus: miror dumtaxat Accurs. qui hos locos inter se pugnantes facit, qui huic §. opponit §. 1. *d. l.* et laborat etiam in his conciliandis. Et ex *d. l. si tibi homo*, §. 1. etiam in hoc §. est notanda ταυτολογία quædam: nam ait in *d. l. si tibi homo*, §. 1. legatum ex testamento litis æstimationem abstulisse: hic ait, cum ex testamento abstulisse litis æstimationem legatæ rei. Sane illa verba abundant, *legatæ rei*: nam litis nomen satis significat rem legatam. Quid est abstulisse litis æstimationem? legatæ rei æstimationem: non possit alia lex alii esse magis similis per omnia, tantum abest, ut sit vel minima inter eas pugnantia. Sed quia usus sum jam sæpius testimonio legis *si alii*, §. *ult. de usufr.* ad quam Accurs. male ponit speciem, præstat, ut eam apponamus: ait §. *ult. d. l.* multum interesse, rerum tibi an æstimationis ususf. legetur: nam si rerum ususf. legetur tibi, deducto eo, quod tibi præterea legatum est ex reliquis bonis, usumf. feres. Finge: legavit tibi fundum Titianum, deinde legavit tibi usumf. ejusdem fundi Titiani: et aliorum fundorum: posteriore legato non continetur ususf. fundi Titiani, qui satis continetur priori. Qui prius legat totum, deinde partem, partem inutiliter legat, *l. qui usumf. de verb. oblig.* nec ampliat legatum: qui idem corpus sæpius legat, non ampliat legatum, quia nihil agit: deducto igitur fundo Titiano ex reliquis bonis, feret usumf. nam quod ad fundum Titianum attinet, qui jam ante legatus erat, nihil consequitur amplius: sed si legarit usumf. æstimationis fundi Titiani, et aliorum fundorum, non deducetur fundus Titianus, qui ante ei legatus est, et præstanda ei erit non tantum reliquorum fundorum, sed etiam fundi Titiani æstimatio: nam legata re etiam legando æstimationem ejus rei, legatum ampliare possis manifesto, sed legando eandem sæpius, ampliare legatum non possis, quia eadem res non potest mea fieri sæpius. Intellexistis responsum Papin. quod in pauca comprehendit hanc sententiam: semel tantum deberi rem eidem legatam testamento ab uno hærede, codicillis ab omnibus. Obstat huic sententiæ lex *si pluribus hæredibus*, §. *ult. h. t.* Hoc lex breviter ait, si testator legavit quinque ab uno hærede, et totidem ab altero hærede, bis deberi legatum, id est, quina ab utroque hærede deberi, ut abeat decem. Quod ne quis dixerit in quantitatis legato facile procedere: idem enim in re legata separatim a duobus hæredibus est proditum in *l. quid ergo*, §. 1. *de leg.* 1. quæ eadem ratione objici potest responso Papiniani: nam ait, bis deberi rem, quæ mihi legata est ab uno hærede, ac deinde, eadem ab altero separatim: utrumque legatum mihi solidum deberi: unum rem, alterum æstimationem debere, perinde atque si eadem res esset legata duorum testamentis. Nescivit hæc explicare Accurs. Sed observandum est nominatim *d. l. si plurib.* §. *ult. et d. l. quid ergo*, §. 1. loqui de legato damnationis, quando testator ita dixit: *damnas esto Titio dare quinque, vel fundum illum*: et idem etiam dixit alteri hæredi, *damnas et tu esto illi dare quinque, vel fundum illum*: uterque locus est de legato damnationis, quo casu uterque debet solidum. Sed quod scribit Papin. in *hoc.* §. pertinet ad legatum vindicationis, quod ita relinquitur, *illam rem tibi do, lego*: et hunc §. pertinere ad legatum vindicationis, illa verba demonstrant, *dominium non quærere*: nam de dominio quærendo rei legatæ, ipso jure scilicet et recta via non tractatur, nisi in legato vindicationis, quod acquiritur ipso jure: legatum damnationis acquiritur traditione hæredis, non ipso jure, *l. a Titio*, *de solut. l. servo legato*, *de leg.* 1. *l. legatum*, *de leg.* 2. *l.* 3. §. *si rem. de*

leg. 3. Et ita Papin. quia legatum dixit relictum per vindicationem, scribit hoc loco: *legatarium, qui consecutus est restitutionem rei ex testamento, non posse ex codicillis dominium quærere ipso jure secundum conditionem legati*, quorum verborum loco, lex *si tibi*, §. 1. *de leg.* 1. quam dixi huic esse persimilem, ait, *eum non posse ipso jure vindicare rem ex codicillis, qui jam ex testamento tulit æstimationem.* Erat igitur hac in re differentia inter legatum damnationis et vindicationis, ut et re legata duobus separatim erat differentia inter legatum damnationis et vindicationis, ut Ulp. scribit in fragm. Paulus in Sentent. Cajus in Inst. nam si erat legata per damnationem, singulis debebatur solidum: si per vindicationem, singulis partes: quæ tamen differentia sublata est a Justiniano: et quod jus erat in legato vindicationis, ex Const. Just. idem est in legato damnationis, *l. un. C. de cad. toll.* Verum ad hæc notandum est, in specie hujus §. legatarium ex testamento accepisse æstimationem rei solidam ab uno hærede, qui non solus tenebatur. Proponitur in specie hujus §. legatarium ex testamento accepisse æstimationem rei solidam ab uno ex hæredib. qui solus ex testamento oneratus erat legato. Recte: nam solus tenebatur legati nomine in solidum. Et falsum est, quod Accurs. tentavit: si quis unum ex hæredib. oneravit legato, eum tantum teneri pro parte sua, cohæredes in reliquum: alioquin nihil interesset, ab uno res legetur, an ab omnibus. Et verissimum est, eum, qui solus oneratus est legato, teneri in solidum, ut præstet legatum pro parte sua, et pro parte cohæredum, id est, vel rem integram solvat redemptis partib. cohæredum, vel æstimationem integram, *l. legatorum*, §. 1. *h. t.* Neque obstat, quod imposuit Accurs. lex *si fundum*, §. *si libertat. de leg.* 1. cujus species hæc est: libertus patronum hæredem scripsit ex septunce, alium vero ex quincunce. Deinde ita legavit: *quisquis mihi alius* (quam patronus scilicet) *ex supra scriptis cum patrono meo erit hæres, ab eo Titio illos servos do, lego.* Videtur legatum reliquisse a cohæredib. patroni, non a patrono. Et Titius non poterit vindicare nisi quincuncem in servis, ex quo sunt scripti hæredes, a quib. Titio legatum est. Sed ut hoc paucis exponam, Accurs. rectissime hanc affert rationem, non esse mirum, si cohæredes patroni, qui soli sunt onerati legato, teneantur tantum pro parte hæredis, id est, pro quincunce, quia testator consulere voluit patrono, ut et in eis retineat portionem suam, id est, septuncem: alii igitur etiam suas partes præstabunt: hoc fit ex voluntate defuncti, quam suggerunt illa verba, *quisquis mihi alius*, *etc.* alioqui præsumetur voluisse testator semper solidum præstari ab eo, quem solum oneravit: cetera erunt faciliora.

Ad §. Fundo pen. h. t.

Fundo legato, si ususfr. alienus sit, nihilominus petendus est ab hærede: ususf. enim, etsi in jure, non in parte consistit, emolumentum tamen rei continet. Enimvero fundo relicto, ob reliquas præstationes quæ legatum sequentur, agetur: verbi gratia, si fundus pignori datus, vel aliena possessio sit. Non idem placuit de ceteris servitutibus: sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.

Ait, fundo legato, si ejus fundi ususf. sit hæredis vel alterius etiam, usumfr. hæredem debere præstare legatario, quia fundus legatus est, plenus scilicet. Ergo usumfr. hæres debet redimere ab altero, vel suum cedere legatario, *l.* 26. *l. cum filius*, §. *dominus*, *de leg.* 2. Et subjicit rationem Papinian. elegantissimam, quia quamvis ususfr. in jure, non in parte consistat, quod exposui in *l. si Titio*, *de usufr.* quæ fuit prima ex hoc libro Papin. Ususf. igitur, quamvis in jure consistat, quamvis sit jus et servitus, quam homo in fundo alieno habet, non pars fundi, tamen partis instar obtinet, quia omne emolumentum rei continet. Quid enim mihi profuerit res sine usufr. vel species ejus? Ergo hæres, a quo fundus legatus est, non præstat fundum integrum legatario, si etiam usumfr. non præstat, quia habetur pro parte rei, licet revera non sit pars rei, sed servitus. Et ita etiam fundo legato, si aliena sit possessio jure emphyteutico, vel alieno jure, et hæc possessio legatario prestanda est, quasi portio fundi et emolumentum. Eadem ratione fundo legato, si is sit pignori obligatus, hæres eum luere debet, et liberum præstare hypotheca, quia jure pignoris possessio avocari posset, *l. si cum venditor*, *de eviction.* et possessio, ut dixi, instar partis obtinet. In summa fundo legato hæres debet præstare usumfr. et possessionem vacuam et fundum liberum. Hæ præstationes legatarium sequuntur necessario. Hæres liberatur, si plenum dominium præstet: non liberatur, si præstet dominium sine possessione vel sine luitione, si forte hypothecæ obligatus sit. Et ita ususf. multum distat a possessione, a servitute prædii, veluti a via et itinere, et similibus. Nam fundo legato hæres et usumfructum debet præstare, si sit alienatus: sed non debet eum liberare a servitute viæ, vel itineris, vel similibus, *d. l. cum fundus*, §. *dominus*, *l. servo legato*, §. *si fundus*, *de leg.* 1. sed tantum præstabit qualis est: nam servitutes prædiales non

sunt partes fundi, sed qualitates, sicut ususfr. et possessio, quæ habentur pro portione: nam etiam per has servitutes fundo impositas nihil ex emolumento fundi deperit, aut adeo parum, ut non sit id parti adnumerandum. Et postremo subjicitur, *sin autem res mea,* in quo versu explicando quis non laboravit? Sed omnem rem expedivit laborando qui *præter* legit, non *propter*. Primum: si res mea mihi legetur, est inutile legatum, sed aliquando est utile. Excipiendæ enim sunt testamentariæ causæ: nam si rei meæ ususfr. sit alienus, vel si rei meæ possessio sit aliena, vel si res mea pignori sit obligata, utile est legatum rei meæ, quia videtur mihi legari hoc, ut hæres rem meam liberet usuf. ut liberet pignore, et me possessorem faciat. Igitur propter istas causas valebit legatum rei meæ mihi datæ, et præter istas causas non valebit.

Ad §. ult. Eod.

A municipibus hæredibus scriptis, detracto usufructu legari proprietas potest: quia non utendo possunt usumfruct. amittere.

Municipes possunt hæredes institui, quamvis sit corpus incertum. Finge, illis hæredibus institutis testator legat fundum detracto usufr. volens usumfr. remanere apud municipes hæredes scriptos. Non valet legatum ususfr. non valet detracto usuf. seu retento, nisi aliquando ususf. sit rediturus ad proprietatem: et retro non valet legatum fundi detracto usuf. nisi aliquando ususfr. rediturus sit ad proprietatem: esset enim inutile. Hunc autem usumfr. eum apud municipes residere voluit, nunquam videtur finem accepturus, non capitis minutione, neque enim municipium capite minuitur, et ut Tull. pro Cecinna, non morte: nam non etiam moritur. Quia igitur municipes semper sunt, ususfructus, quem testator eos retinere voluit nunquam videtur reversurus ad proprietatem. Sed respondet Papin. posse reverti, et posse amitti non utendo. Et addit recte Accurs. etiam posse amitti quasi morte, veluti si deleatur urbs, *l. si ususfruct. quib. mod. ususfruct. amit.* Imo et amittitur ususf. relictus civitati tempore centum annorum, ut et ususfruct. relictus Ecclesiæ, ut finiatur quasi morte hominis, quoniam hæc est vita longissima hominis. Qua ratione et hodie utimur in usufructu relicto ecclesiæ, ut finiatur quasi morte hominis spatio centum annorum, ac si ecclesia fingatur esse velut homo, et in feudis quæ morte clientis redeunt ad dominum, nisi solvantur ἐσδεχτικά: si feudum obtineat ecclesia, quæ nunquam moritur, in feudo renovando observandum spatium centum annorum: vel ecclesia debet dare domino suo aliquem hominem, cujus mors expectetur, cujusque morte ecclesia compellatur renovare feudum, aut renovationem feudi a domino postulare. Valde notandum, quod ostendit §. *ult.* Municipium est capax ususfruct. *l. mortuo de fidejuss.* Municipii dicitur esse velut persona quædam, ut hæreditatis jacentis, sed magis est municipii persona quædam, quia ex personis constat: et ob id recte ei legatur ususfr. hæreditati inutiliter: nam ususf. non consistit nisi in persona vera, non fictitia, *l. ususfr. de stip. serv. l. 2. de usu et usufr. leg.*

Quod dixi ad §. *sin autem, l. Mævius, de leg.* 1. nonnunquam valere legatum si res mea mihi legetur, puta, si ejus rei ususf. sit alienus: namque oneratus hæres intelligitur esse, ut cum usumfr. rei meæ, qui meus non est, mihi præstet. Et eadem ratione valet legatum illud, si aliena sit possessio: nam non proprietas mihi videtur legari, quæ mea est, sed possessio, quæ mea non est, et onerari hæres videtur, ut eam redimat, et mihi præstet. Idem erit, si mea res sit alteri pignori obligata: nam ea mihi legata, oneratus in hoc tantum videtur hæres, ut eam rem luat: atque ita legatum rei meæ mihi datum, propter istas causas valet, ut Papin. dixit in §. *pen.* secundum Noricam scripturam, *propter istas causas non valet*, id est, inutile est, quod per oblivionem factum est, ut non probarim in *l. si tibi homo, in prin. l. si domus §. ult. de leg.* 1. *l.* 1. §. 1. *de lib. leg.* Hi loci multum valent ad confirmandum id quod ante dixi: sed addamus etiam istud, non esse mirum, si propter istas causas res mea mihi legetur utiliter, cum et propter similem, sive eandem causam ego mihimet, quamvis sim liber, leger recte, *l. senatus, §. ult. de leg* 1. ut in hac specie: captum me ab hostibus, me servum hostium, tamen tua pecunia redemisti: redemptura ista facit me liberum quasi postliminio, non servum redemptoris, sed redemptoris tantum sum vinculo veluti pignoris obligatus, quoad pretium redemptionis ei persolverim. Et hoc casu, si testator me mihi ipsi legarit, utile est legatum, quia mihi videtur remisisse pretium redemptionis, seu pignus naturale, quo me vinctum tenebat: videtur mihi donasse pecuniam, quam expendit pro redemptura, sive ut vocant λύτρον, quasi lustrum. Latini veteres dicebant a luendo: ut tranquillitatem aquæ maris, auctore Festo, Latini appellarunt lustrum. Ergo illo casu recte ego mihimet legabor, nec erit veluti pignoris retentio hæredi, a quo redemptor me mihimet legavit. Nunc transeamus ad *l. 2. de u ufr. leg.*

Ad L. II. de Usufr. leg.

Hominis operæ legatæ capitis diminutione vel non utendo non amittuntur: et quoniam ex operis mercedem percipere legatarius potest, etiam operas ejus ipse locare poterit, quas si prohibeat hæres capi, tenebitur. Idem est, et si servus se locaverit. Et quia legatarius fructuarius non est, ad hæredem suum operarum legatum transmittit, sed servo usucapto legatum perit.

Quæ tractavit Papin. in hoc libro, fere omnia sunt de *usu et usufr.* Quare et in hoc libro tractavit de operis servi legatis, quia ut est in *l.* 5. *de op. serv. operis servi legatis usus datus intelligitur:* sic habent omnes libri, non *ususfructus*, nec quicquam mutari volo. Et *l.* 3. *et* 4. *eod.* ait, in fructu servi esse operas, et retrorsum fructum esse in operis. Igitur operæ servi quodammodo imitantur usum, vel usumfructum. Sed multum tamen interest ususfru. servi legetur, an operæ. Et quicquid scriptum est *h. l.* de operis servi legatis, id est scriptum comparatione usus vel ususfructus, in quo aliud juris est. Ac primum quidem scribitur, operas servi legatas, non amitti capitis minutione, vel non utendo, quod et in usu et usufructu longe secus est: deinde scribitur ei, cui legatæ sunt servi operæ debere servum acquirere ex iis operis quicquid parat: quod non ita procedit in usuario: nam in usufructuario idem est sane, sed non in usuario. Idem subjicitur, operas servi legatas non amitti morte legatarii, quod quis nescit secus esse in usufructu? Ac postremo legatum operarum perire cum servo usucapto, quod etiam inferius demonstratur. Longe secus est in usu et usufr. Ergo quicquid in hac lege scribitur, eo fine duntaxat scribitur, ut intelligatur, quam longe lateque distent operæ ab usu et usufr. Usus et ususfr. amittitur capitis minutione, et non utendo legitimo tempore: et operæ his modis non amittuntur, *l.* 2. *de op. serv.* Nec obstat §. 1. *Inst. de acquis. per arrogat.* quoniam ut Accurs. animadvertit, quod ait illo loco, operarum obligationem amitti capitis minutione, id non est de operis servi legatis, sed de operis a liberto officii causa patrono debitis ex stipulatione, vel ex jurejurando, quæ perimuntur arrogatione patroni, hoc est, capitis diminutione, quia si debentur patrono arrogato, et arroganti debebuntur statim, qui non est patronus. Nam jus patronatus in arrogatorem non transit, et operæ officiales non debentur nisi patrono, id est, ei cui officium debetur: item usus et ususfr. amittitur morte legatarii, quod est notissimum: is, cui operæ servi sunt legatæ moriens legatum istud transmittit ad hæredem suum. Idcirco recte in *l. huic stipulat. usufr. quem. cau.* legatum operarum ait, non per omnia imitari usumfr. Et aperte Papin. *h. l.* 2. eum, cui legatæ sunt operæ servi, non esse fructuarium, et *l.* 1. §. *sed operis, ad l. Falc.* in eo legato, nec usum, nec usumfr. esse videri. Quod videtur pugnare cum *l.* 3. *et* 4. *et* 5. *de op. serv.* nisi ita exponatur: in legato operarum servi, nec usus, nec ususf. esse videtur, sed quasi proprium aliquod jus, ut de habitatione dicitur in §. *pen. Inst. de usu et hab.* habitationem nec usum plane esse, nec usumfr. sed jus quasi proprium aliquod. Servo usucapto, ususfr. non perit, *l. locum*, §. *pen. de usufr.* legatum operarum perit, ut hoc loco: item ususf. divisionem recipit, operæ sunt individuæ, *d. l.* 1. §. *si usuf. et seq. ad l. Falc.* qua de causa in *l.* 5. *de op. serv.* ait, operis legatis usum datum intelligi, qui et ipse scilicet est individuus, ususfr. est dividuus, usus individuus. Operæ igitur magis usum imitantur hac in re. Item ususf. vel usus legatum cedit ex die aditæ hæreditatis, *l.* 1. *quan dies leg. ced.* Operæ cedunt ex die petitionis, id est, ex die, quo legatarius petiit eas operas sibi præstari, quia ex commodo legatarii cedendæ sunt, *l.* 7. *h. t. l.* 1. *de op. serv.* Non est omittendum id, quod ait Papin. *h. tit.* in quo operæ distant ab usu, non ab usufru. videlicet eum cui legatæ sunt operæ servi, ex operis servi mercedem percipere posse, quod fit, si servus se locarit mercede certa, vel etiam legatarius ille poterit locare operas servi: qui ex operis servi, cum se ipse servus locavit, potest capere mercedem, et locare potest: et contra, qui illud non potest, neque hoc potest, *l.* 13. *in princ. de usu et hab.* Et ex operis mercedem capere, non est imponere servo mercedem, sed est capere mercedem, de qua convenit inter conductorem et servum, qui se locavit ipse. Et Papin. ita ratiocinatur hoc loco: si legatarius potest capere mercedem ex operis servi, ergo et locare potest operas servi: si ex contractu servi mercedem capere potest, ergo et ex suo contractu: et si hæres, a quo operæ sunt legatæ, qui est dominus servi, prohibeat eum capere mercedem, hoc vel illo modo, sive servus se locaverit, seu illum ego locavero, alii scilicet non ipsimet servo, quod esset inutile. *l.* 25. §. *idem Jul. de usufruct.* si, inquam, hæres legatarium prohibeat capere mercedes operarum, sive ipse servus contraxerit, sive alius, tenebitur ex testamento. Et hoc cum dixisset Papin. subjicit, *idem est, etsi servus se locaverit*, quod est supervacuum, cum id jam intulerit ante, et est error, qui a me notatus est sæpius. Nam legendum est, *id est*, quo casu videbatur hæredi esse jus prohibendi quasi domino servi qui contraxit locationem: sed et cum servus contraxit locationem, si hæres prohibeat legatarium capere mercedem, tenebitur ex testamen-

to: sed non idem habet usuarius: nam usuarius quidem potest operis servi in re sua uti, vel potest pro operis mercedem ei imponere, ita ut vel operas exhibeat vel sinat imponi, *l. 15. de usu et hab.* Et ita est accipiendum, quod est in *Instit. per quas pers. nob. acq.* per servum, in quo habemus usum, nobis acquiri ex suis operis, non quomodocumque, sed quia in re nostra possumus ab eo operas exigere, ab ancilla, ut nobis lanam faciat, a servo, ut tabernæ vel officinæ præsit, vel etiam possumus pro operis mercedem imponere, id est, operas taxare: sed non possis locare operas alii, vel si ipse locarit, non possis mercedem capere, *l. 12. §. ult. l. 15. l. 14. in pr. l. servus cujus, de usu et hab.* Notanda est subtilis differentia inter hæc duo, *pro operis*, et *ex operis*: usuarius ex operis mercedem capere non potest, pro operis potest: is autem, cui legatæ sunt operæ, et ex operis, et pro operis potest. Et ratio differentiæ est, quia plenius est operarum legatum, quam usus: nec mirum, cum et plenius sit quodammodo operarum legatum, quam ususfr. si plus est in legato operarum, quam in legato ususfr. et plus in legato ususfruct. quam usus, §. 1. *de usu et hab.* ergo et plus est in legato operarum, quam usus: denique plus juris tribuit operarum legatum, quam vel usus, vel ususfruct. Et hic sigillatim explicabuntur rationes ceterarum differentiarum facillime: operæ non utendo amittuntur, usus et ususfr. amittuntur, quia scilicet et ususfr. consistit in persona legatarii, quo nec utente vel fruente, consequens est amitti usum vel usumfructum constituto tempore: operæ non consistunt in persona legatarii, sed in facto vel actu servi, quo non faciente, non recte dixeris, operas amitti, sicut fundo fructum non ferente, non recte dixeris usumfruct. amitti, quia per fructuarium non stat, quo minus utatur fruatur: ususf. consistit in fructu vel facto legatarii, *l. 1. quan. dies leg.* Item amittitur morte usufructuarii, quia interiit persona, in qua consistebat usus. Operæ non amittuntur, quandiu manet is, qui eas operas exhibere potest, tametsi mortuus sit is, cui operæ legatæ sunt. Ac præterea ususfr. est potius juris, quam facti, quia alio jure civili facile tollitur, tollitur capitis minutione. Operæ sunt potius facti, *d. l. 1. §. sed operæ:* quod est facti, naturale est: ergo jure civili perimi non potest, veluti capitis minutione, qua ratione etiam habitatio, si sit legata, capitis minutione non perimitur, *l. legatum, de cap. minut.* morte finitur habitatio, quia videtur tantum relinqui donec vivat legatarius, *l. 10. §. ult. de usu. et hab.* Operæ videntur legari, quandiu vivat servus, quare transmittuntur ad hæredem. Præterea servo usucapto ususf. non perit, legatum operarum perit. Ratio est, quia usumfruct. debet fundus, non hæres. Est enim jus in re. Operas non debet servus in quem non cadit obligatio, sed hæres tantum legato obligatur, ut scilicet patiatur legatarium uti operis servi, et ex operis mercedem capere, quia non est obligatus is, qui eum servum usucepit: non est etiam obligatus hæres, nisi quia is servus in dominio ejus est. Et notandum est, usumfr. esse dividuum, quia subjectum ejus est dividuum: nam fructus qui percipiuntur, possunt dividi: operæ sunt individuæ, quia in usu consistunt: partim non potes uti re aliqua, partim non uti, pro parte frui potes et pro parte non frui. Operæ pars intelligi non potest: nam aut non præstatur opera, aut solida præstatur: fructus pars intelligi potest, *d. §. sed operis.* Ac postremo ususfr. cedit a die aditæ hæreditatis, ex quo die cedunt omnia legata, quæ non transmittuntur ad hæredes, cetera, quæ transmittuntur, cedunt a morte. Operæ cedunt ex die petitionis tantum, quia non sunt in rerum natura operæ, antequam petantur, *l. 1. de op. serv.* quæ lex utitur similitudine eleganti. Finge: legavit mihi testator quod nasceretur ex ancilla: dies legati non cedit, antequam partum ediderit ancilla: ut edi dicitur partus, ita edi dicuntur operæ: igitur hæ operæ etiam non cedunt antequam edantur, vel antequam edi petierit legatarius: atque ita exposuimus omnes rationes superiorum differentiarum, et nihil est præterea in hac l.

Ad L. LXXI. de Condit. et demonst.

Titio centum, ita ut fundum emat, legata sunt: non esse cogendum Titium cavere Sextus Cæcilius existimat, quoniam, ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse hæredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, et postea non alienaretur.

§. 1. *Titio centum relicta sunt, ita ut Mæviam, uxorem quæ vidua est ducat, conditio non remittetur: et ideo nec cautio remittenda est. Huic sententiæ non refragatur, quod si quis pecuniam promittat, si Mæviam uxorem non ducat, prætor actionem denegat: aliud est cum eligendi matrimonii pœnæ metu libertatem aufert, aliud ad testamentum certa lege invitari.*

§. 2. *Titio centum relicta sunt, ita ut a monumento meo non recedat, vel ut in illa civitate domicilium habeat: potest dici non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur, sed in defuncti libertis alio jure utimur.*

Hæc l. fere tota est de modo adjecto legatis, et continet quæstiones quatuor, ex quibus tres hodie explicabuntur. Primæ propositio hæc est, *Titio*

centum lego, ita ut fundum emat. Secundæ hæc est: *Titio centum lego, ita ut Mæviam, quæ vidua erat, uxorem ducat.* Tertiæ, *Titio centum do, lego, ita ut a monumento meo non recedat*, vel, *ut in illa civitate domicilium suum constituat.* Et in omnibus his propositionibus hæc verba: *ita ut*, modum faciunt, non conditionem, ut etiam est definitum in *libertas*, §. *hæc scriptura*, *de manum. testam.* Figuram verborum si spectas, modus est, non est conditio injecta legato, si quis ita legaverit, *lego Titio ita ut faciat illud*, vel, *ut detur illi illud:* ita fere semper concipitur modus, sed ex voluntate defuncti, hæc verba quandoque conditionem faciunt, *l. 2. C. de his quæ sub modo*, conditionem non faciunt verba, sed voluntas defuncti, *l. in cond.* §. 1. *de cond. et demonst. l. 2. de his, quæ pœn. nom. infr.* Et ita modum quoque non tam verba faciunt, quam voluntas defuncti. Sed conditio plerumque ita concipitur, *lego illi, si illam uxorem duxerit.* Modus autem hoc modo, *lego illi, ita ut illam uxorem ducat.* Qui hoc modo loquitur vel scribit, plerumque modum facit: qui autem illo modo, conditionem, nisi probetur aliam fuisse ejus voluntatem. Nam voluntas certe est, quæ facit conditionem vel modum, potius quam sermo. Multum autem interest scire conditio sit, an modus: nam magna est differentia inter conditionem et modum. Conditio impleri debet antequam capiatur legatum, vel donatio, si solo consensu contracta sit, ut jure veteri contrahitur solo consensu, etiamsi non intervenerit traditio, vel mancipatio inter conjunctas personas, ut inter parentes et liberos ex Constitut. D. Pii, *l. ult. C. de don. quæ sub modo, l. 4. C. Theod. de donat.* Et jure novo ex Constit. Justin. inter omnes donatio perficitur solo consensu, sicut emptio venditio: ex qua tamen, si sit incerta conditio, non ante agi potest, vel impetrari quicquam, quam impleta conditio fuerit. Modus autem etiam impletur post perceptionem legati: nam satis est, si in percipiendo legato, legatarius caveat hæredi de implendo modo. Cavere debet hæredi, etiamsi hæredis nihil intersit, an futurum sit, quod defunctus voluit, *l. 19. de leg. 3.* alioquin petenti legatum relictum sub modo, nec offerenti cautionem hæredi, obstat exceptio doli mali, *l. eas, h. t. l. cum in testamento. de fideicommiss. libert.* vel præstito legato omissa cautione, officio judicis, non alio remedio, omnino compellitur implere modum, *d. l. libertas*, §. *hæc scriptura. et l. Mævia, in fi. ff. de man. test.* Ne dicas præstito legato, et omissa cautione posse legatum repeti ab hærede: nam hoc est falsum, cum purum fuerit legatum, sed vel officio judicis, ut dixi, compellitur obtemperare voluntati defuncti, vel hæres etiam condicet cautionem, quam omisit per errorem, *argum. l. 5.* §. 1. *de usufruct. ear. rer. quæ usu cons.* Item, quod nemo ignorat, conditionale legatum non transmittitur ad hæredem, si legatarius moriatur pendente conditione: legatum relictum sub modo transmittitur ad hæredem: est enim purum, *d.* §. *hæc scriptura.* Modus in arbitrio ponitur legatarii, ut scilicet quid det vel faciat: conditio etiam in casum confert, puta, *si fulserit cras, si tonuerit, si navis ex Asia venerit.* Quæso quid est conditio? quid modus? An conditio est eventus futurus, qui in dubio est, sit, an non sit? Quæ definitio prima specie videtur elegans, sed non placet. Nam eventus est qui casu contingit, *l. cum pupillis*, §. *ult. l. in facto, h. t.* Omnis autem conditio non ponitur in eventum, in casum: quædam confertur in voluntatem, arbitrium, potestatem personæ, non fortunæ, *d. l. in facto.* Denique alia proponitur et collocatur in personam, alia in fortunam. Ergo conditio plus est, quam eventus. Ac præterea quodcumque futurum est, etiamsi non sit positum in conditione, sane est eventus futurus, qui in dubio est, sit, an non sit. Et eadem ratione non placet definitio Bartoli: conditio est, *quæ habet se ad esse vel non esse.* Nam eventus tantum significatur his verbis: vel etiam si vis, me concedente facile, his verbis contineri etiam quod confertur in voluntatem personæ, eadem est definitio modi. Cur non recte sic definias modum, *qui habet se ad esse et non esse?* et eodem quoque modo definies, quodcumque futurum est, licet non sit in modo, vel in conditionem positum: an igitur rectius conditionem sic definies: conditio est, adjectio, quæ suspendit legatum, vel aliud quodcumque, de quo agitur? Hæc etiam non placet: nam et mora suspendit legatum, nec tamen est conditio, ut si quid leges ex die certo, puta ex Calend. Mart. mora injicitur legato, non conditio: vel etiamsi legato tacite insit tempus, ut si legetur quod ex ancilla natum erit, mora injicitur legato, non conditio: vel etiamsi legetur extraneo res dotalis mulieris alia re pro dote relicta, ut declarat latius lex *quod pure*, *quan. dies leg. ced.* et pertinet etiam ad hæc comprobanda lex *hæres meus*, *hoc tit.* mora ita injecta legato, transmissioni impedimento non est, quia non est conditio, quia effectum condictionis non habet, et ita semper mora separatur a conditione, *l. 1. de legat. 2. l. 5. quan. dies leg. ced.* Conditioni quidem inest mora et dilatio, maxime collatæ in futurum tempus: potest enim conferri in præteritum et præsens: cum tamen, quæ alia est differentia; modus conferatur tantum in futurum: sed conditioni, ut dixi, collatæ in futurum sane inest mora et dilatio, *l. 29. de legat. 1.* quæ

eleganter ait, obligationem differri quatuor modis, modo, tempore, conditione, loco. Conditioni igitur inest dilatio, ergo mora: moræ omni non inest conditio. Mora autem omnis suspendit legatum, seu obligationem quamlibet. Ergo non conditio sola. Et notandus est χιασμὸς, qui scilicet est in *d. l.* 29. debitum differri modo, tempore, conditione, loco: nam modus respondet conditioni. Est enim modus quasi conditio: tempus respondet loco, quia loci additio est quasi temporis adjectio, *l.* 6. §. *ult. ad Trebell.* Et ita positis quatuor terminis, primus terminus respondet tertio, et secundus quarto, quod ita in decussim, si collocaveris facies χιασμόν. ut 3. Catilinaria secundum tenorem scripturæ urbem et cives integram, incolumesque servavi. Sed quod nondum puto fuisse animadversum, formatur etiam

urbem	cives
|	|
integram	incolumes

χιασμὸς, alio modo, puta positis quatuor terminis, si primus respondeat quarto, et secundus tertio. Et in princ. Inst. est χιασμὸς, majestatem, Imperatoriam, non solum armis decoratam, sed legib. armatam esse oportet. primo respondet quartus, secundo tertius.

armis	decoratam
|	|
legib.	armatam

Et illo loco Virgilii:

— *Eborisve talenta,*
Et sellam.

Et illo Horat.

Mulæ nautæque caput limbosque.

Verum ad rem. Quid est conditio? Est causa, qua existente nascitur obligatio: deficiente nulla constituitur: suspensa suspenditur: causa est commune genus modi et conditionis, *l. eas*, *h. t.* atque etiam rationis legandi, quæ testatorem impulit ad legandum, ut cum ita scribit, *lego illi, quia mea negotia curavit;* vel etiam conditio est lex vel pactio, quæ inseritur in constituenda obligatione: vel possis addere, atque ita efficit, ne ante nascatur obligatio, vel constituatur, quam ea lex impleta fuerit. Modus autem est lex certa, quæ imponitur dationi rei: alias modus est ratio legandi, ut *l. ult. de hæred. inst. sup.* Alias est alternatio, ut cum stipulatus fueris decem, mox addes, aut Stichum, *l. obligationum*, §. *modus, de obl. et act.* Et Dialecticis modus aliud est, veluti impossibile, impossibile necessarium, contingens. Categorica propositio hæc est: non potest pupillo facere testamentum, nisi et qui fecerit sibi. Modalis vero hæc est, necesse est, ut faciat testamentum sibi, qui et pupillo volet facere. In hoc proposito, ut diximus, modus est lex certa, ut ait in hac *l.* §. 1. sub qua quid relinquitur: conditio ut idem demonstremus et finiamus varie, est causa, quæ præcedere præstationem debet: modus est causa vel conditio, quæ et sequi præstationem potest: nam et modus sæpe appellatur conditio, non contra, ut in hac *l.* §. 1. *et l. libert. eod. tit. et l.* 2. §. *ult. et l.* 3. *de donat. l. libert.* §. *Lucius, de annuis legat. l. Mævia, de man. test. l.* 8. §. *pen. de cond. inst.* Et inde etiam in *l.* 1. *C. de his, quæ sub modo:* modum pro conditione haberi, primum scilicet quia implendus est omnino: sed conditio priusquam præstetur legatum: modus etiam post præstationem legati: et conditio, si non sit impleta, vel si defecerit, protinus repellit agentem, modus admittit oblata cautione, *d. l. eas, h. t.* quia non quominus quis habeat legatum, sed quominus retineat, efficit, quandoquidem cavere debet de implendo modo, aut reddendo legato. Ac præterea modus fideicommissum facit hodie. *l.* 2. *C. de his quæ sub modo*, ut si ita legaverim: Titio *lego fundum, ita ut Cajo det decem.* Cajo est fideicommissi petitio aversus Titium, quia qui modum adjicit, indicat se valde velle, ut in his impleatur modus, quandoquidem sic scribit, *lego, ita ut det illi decem.* At conditio non facit fideicommissum, ut *lego illi fundum, si Titio decem dederit.* Titius non est fideicommissarius: conditio igitur non facit fideicommissum, nisi ut declarat *d. l.* 2. cujus vera hæc interpretatio est, conditio sit concepta verbis modalibus, videlicet, *ita ut, etc.* nisi oratio fuerit modalis: voluntas testatoris conditionalis conditionem faciet, voluntas, non oratio: fac illis verbis voluisse conditionem facere, non modum: conditio sic concepta enixæ voluntatis argumentum præbet: aliter ac si dixisset, *si illi dederit decem.* Ad hæc notandum, etiam legatum sit relictum cum modo, aliquando legatarium admitti non oblata cautione de implendo modo, et ita modum remitti, id est, perinde rem æstimari, ac si non esset illius legato impositus modus. Hoc ostenditur in hac l. duobus exemplis. Unum est in §. 2. quæ est tertia propositio initio a me exposita. Finge: ita legavi: *Titio lego centum, ita ut a monumento meo non recedat; vel ut in hac tantum civitate moretur.* Legatarius perveniet ad legatum, et exonerabitur cautione, quia modus ille remittitur: et conditio et modus quicunque impugnat publicam utilitatem, veluti libertatem, quæ publica res est, cujus vindicta omnes respicit, remittitur semper, *l. imperat.* §. *ult. de pollicit. et l.* 2. §. *tractari, ad SC. Tertyll.* Hic autem modus, *ita ut a monumento, etc.* jus libertatis infringit, quia ut ait *l.* 2. *de libero homine exhib.* non multum differt a specie servorum is, cui non est libera recedendi facultas: si modus remittitur, et cautio igitur supervacua est. At remittitur mo-

dus, quia impuguat libertatem, vel imminuit, et tamen hic modus usu receptus est, ut Papin. ait hoc loco, ut legato relicto libertis adjiciatur utiliter: si adjectus sit legato relicto ingenuis, remittitur, sed si libertis nostris, non remittitur, ut si liberto ita legato, *tibi lego centum, ita ut a monumento etc.* Monumenta illa, quibus apponebantur custodes, non erant qualia sunt hodie nostra sepulchra, sed veluti ædiculæ quædam, in quibus et habitatiunculæ erant constructæ custodum gratia, quam in rem sane utebantur opera servorum, ut *l. servus, de alim. leg.* Et Lucianus in Nigrino deride testatores sui temporis, quod juberent servos assidere perpetuo ad sepulchra: hoc jure utebantur, ut et eundem modum iniicerent libertis legando, qui ingenuis indicitur inutiliter. Ergo illo casu modus remittitur et cautio. Alius casus hic est: *Titio lego centum, ut fundum emat:* non igitur implebit hunc modum, si volet, nec cavebit hæredi de implendo modo, quia ad eum dumtaxat emolumentum legati pertinet, et est potius consilium vel causa legandi, ut habeat unde fundum emat, si velit emere, quam modus, ut *l. 2. §. ult. de don. l. pen. §. ult. ff. de alimen. leg.* Sed finge, quod est valde subtile ut Papiniani: legavit Testator Titio centum, qui erat suus filius, vel frater, vel alumnus, minus industrio atque provido illi legavit 100. *ita ut fundum sibi emeret*, summa providentia, ut scilicet ei consuleret: denique his affectibus suis legavit, sub modo *ut sibi fundum emeret*, dum ei prospectum vult: an interest hæredis modum impleri? Minime: quia etiam modo non impleto ad eum legatum non redit, sed non ideo minus exiget cautionem hæres, *l. 19. de leg. 3.* quia scilicet ut ait prudenter Papin. *hæredis interesse creditum est:* non interest quidem, sed interesse videtur, ut satisfiat providentiæ defuncti. Et pertinet hic modus etiam ad manes defuncti, non ad filium solum, ac proinde quodammodo hæredis interest, ne fiat contra providentiam defuncti, et consequenter, nec emptum semel fundum legatarius alienet. Ergo hæres curabit sibi caveri de emendo fundo, atque de empto fundo retinendo nec abalienando. Videbatur etiam esse tertius casus, quo non esset præstanda cautio implendi modi, qui proponitur in §. 1. *hujus l.* Testator ita dixit: *Titio centum lego, ita ut Mæviam quæ vidua est, ducat.* Multum faciunt ad rem illa verba, *quæ vidua est:* an remittitur hic modus, vel, ut loquitur, hæc conditio: utrum cautio? neutrum. Ergo non admittetur legatarius ad legatum, nisi caverit hæredi de ducenda Mævia, quia etsi nihil hoc videatur expedire hæredi, expedit tamen quodammodo, ut satisfiat voluntati defuncti, qui viduæ consultum voluit, quæ miseratione digna est. Sed objiciebatur in contrarium: non valere stipulationem, si quis promiserit pœnam, *si Mæviam uxorem non duxerit.* Videtur ergo et illius legati vel modus esse nullus, aut debere remitti: argumentatur a stipulatione ad legatum, quod argumentum est frequens: argumentatur a conditione mera ad modum: hoc modo hæc conditio, *si Mæviam uxorem non duxerit,* non me obligat pœna, quam promitto: ergo hic etiam modus adjectus legato, ut Mæviam uxorem ducam, si eam non duxero, vel si ea de re non cavero, mihi non aufert commodum legati. Sed prudentissime respondet Papin. Aliud est pœnæ metu auferri libertatem eligendi matrimonii, quod est contra bonos mores, *l. 2. C. de inutil. stip.* nam libera matrimonia esse oportet, et eam ob rem stipulatio illa non valet. Aliud est ad lucrum invitari, puta ad legatum sub certo modo, ut *si admittatur ad legatum, si Mæviam uxorem duxerit*, non admittetur, si non duxerit, vel nisi de ea re caverit. Denique aliud est pœnam de suo inferre, aliud pœnam de alieno inferre: nec vero quod est in objectione congruit cum eo, quod est in propositione *d. §. 1.*

Ad §. Titio genero.

Titio genero meo hæres meus dotis Sejæ filiæ meæ nomine 100. dato. Legati quidem emolumentum ad Sejam, quæ dotem habere incipit, pertinebit: sed quia non tantum mulieri, sed Titio quoque, cui pecuniam legavit, consultum videtur, prope est, ut ipse legatarius intelligatur, et legatum petere debeat. Si post divortium genero pecuniam hæres solverit, æque liberabitur: quoniam in dotem solutio convertitur. Constante autem matrimonio, etiam prohibente muliere, Titio recte solvetur. Hoc enim et mulieris interest ut incipiat esse dotata: nam et si quis ipsam quoque petitionem habere responderit, ea que pecuniam petat, neque dotis fieri velit, non dubie doli submovebitur exceptione. Ante nuptias vero Titio, vel muliere defunctis, legatum apud hæredem manet, quod si nolit eam uxorem ducere, causa legati quod ad mulieris personam attinet, satisfactum intelligetur, sed Titio legatum petenti, nocebit exceptio doli. Sabinus autem existimabat nupta muliere Titio sine cautione legatum deberi, quoniam pecunia dotis efficeretur. Sed cum ante nuptias, quia purum legatum est, peti potest cautio, mulieri pecuniam reddi, necessaria erit. Quod si maritus vitio suo causa ceciderit, neque solvendo sit, nunquid adversus hæredem mulieri, quæ nihil deliquit, succurri debeat ob eam pecuniam, quæ doti

fuerat distinata? sed quoniam ambo legati petionem habuerunt, salvam habebit, non soluta pecunia viro, mulier actionem.

Lex hæc nostra est de legato relicto sub modo, et de cautione implendi modi, quam legatarius hæredi cavere debet, et continet quæstiones quatuor, de quibus jam exposui tres, et in his duos casus, quibus cautioni locus non est id est, quibus legatum relictum sub modo præstatur sine cautione. Quarta quæstio, quæ tractatur in §. ult. hujus l. dabit alium casum, quo legatum etiam relictum sub modo præstatur sine cautione: namque observandum est in hujus specie, non ut in superioribus, his verbis, *ita ut*, sed his *dotis nomine*, concipi et significari modum, non eadem semper est formula conditionis, neque modi eadem: nam mens est, quæ modum facit, non oratio, non lingua. Ergo in hoc §. ult. hæc verba *dotis nomine*, modum faciunt. Et propositio seu species hæc est: *Titio genero meo dotis filiæ meæ nomine, hæres meus centum dato*, et gener hoc loco dicitur non tantum maritus filiæ, sed etiam sponsus: nam et generi nomen acquiritur ex sponsalibus, *l. Labeo*, *l. servus*, *de grad. et aff.* et gener dicitur non tantum γαμβρὸς, sed μελλόγαμβρος, sed improprie. Quare in *l. servo legato, de leg.* 1. maluit JC. dicere *gener, vel sponsus*, hoc loco satis habuit dicere, gener. Nunc ad §. nostri explicationem revertamur. Et primum necesse est, ut videamus, legato relicto, *Titio genero filiæ meæ nomine centum*, quis sit legatarius? quis legati petitionem habet? gener an filia? an uterque? Et initio Papin. significare videtur solum generum esse legatarium, et legatum petere posse actione ex testamento: legati quidem emolumentum ad filiam pertinere, sed generum esse legatarium, ut similiter Ulp. in *l. fideicomm.* §. *interdum, de leg.* 3. Si testator jusserit hæredem solvere publicano publicum, id est, vectigal pro Titio, quod Titius scilicet publicano debet, aut debiturus est, ait, Titium esse legatarium, non publicanum, tametsi legati emolumentum ei quæratur et obveniat. Et sic igitur, dum ait Papin. initio hujus quæstionis quartæ generum esse legatarium, emolumentum autem legati redire ad filiam, sane significat generum esse legatarium, non filiam: nec enim omnis ad quem emolumentum legati redit, legatarius est. Ideo autem hujus legati emolumentum pertinet ad filiam, quia incipit dotem habere, quia incipit esse dotata, et soluto matrimonio repetit eam pecuniam actione de dote quasi dotalem, quia legato hic modus est injectus, *dotis nomine*, id est, dotis contemplatione, dotis loco, id est, ita ut gener eam pecuniam habeat dotis loco. Et hoc quidem initio scripturæ suæ Pap. indicat. Sed postea duobus locis in hoc §. demonstrat aperte, utrunque pro legatario haberi, et generum et filiam, licet soli genero adscriptum sit legatum, quia testator utrique consulere voluit, et utriusque contemplatione legavit: igitur utrique legati petitionem esse, quod etiam probat, *l. tale*, §. *ult. de jure dot.* Sed qui agere et exigere occupaverit, sane hæredi debet cavere de defendendo eo adversus alterum: namque æquum non est utrique hæredem præstare eandem quantitatem, quia nec voluit testator eam summam duplicare, et ejus rei argumentum dictat *l. fideicom.* §. *plerunque. de leg.* 3. *l.* 4. *de lib. leg.* Et ita, ut afferam similes casus, si quis legaverit Titio, quod ei Cajus debet, non tantum Cajo, sed etiam Titio legati petitio est, et uterque pro legatario habetur, quia testator utrique consultum voluit: debitori, ut liberaretur: creditori, ut haberet plures reos, id est, plures debitores ejusdem pecuniæ: et quidem si prius agere cœperit debitor, id est, Cajus, satis erit, si hæres ei caveat defensum iri eum adversus creditorem, id est, si promittat se curaturum, ne quid ab eo creditor exigat, vel si creditor ipse cœperit agere ex testamento, legati nomine feret pecuniam, quam ei Cajus debet, si modo caveat hæredi, defensum iri hæredem adversus debitorem, *l.* 5. §. *ult. et l.* 4. *de lib. leg.* Qua in re maxime notandum est, fuisse controversiam inter Julianum et Marcellum, et *d.* §. *ult.* inter hos fuisse discordiam ostendit planissime. Nam Julianus in specie proposita creditori denegabat actionem legati nomine, quod nihil ejus interesse videretur, sicut si debitor quod debet, creditori leget, nihil creditoris interest, et inutile est legatum. Sed merito reprehenditur a Marcello, quoniam in casu proposito creditoris interest etiam habere se plures reos ejusdem pecuniæ, quamvis prius debitor sit solvendo: potest enim fieri non solvendo. Atque ita secundum Marcellum concludendum, utriusque interesse, utrumque esse legatarium, debitorem et creditorem, utrique esse actionem. Et hæc nota Marcelli addenda est ad speciem *l. si cui legetur* §. *si Titio, de leg.* 1. Species hæc est: legavi tibi aliquid, et rogavi te, ut quod debeo, creditori meo solveres: legatum consistit in persona hæredis, cujus maxime interest creditori solvi ne conveniatur quasi hæres debitoris, et ut ait, consistit legatum in persona hæredis, non in persona creditoris: quia nihil ejus interest, et nihil præterea additur in *d.* §. ea de re. Sed nos supplere oportet, quod deest ex jure, et adnotare primum, quod Ulp. refert in *d.* §. *si Titio*, esse ex Juliani libris, cujus rei conjecturam facit §. *Julianus*, qui sequitur. Ergo secundum Julianum verum est, quod

ait §. *si Titio*, sed addenda est nota Marcelli: imo etiam creditoris interesse, ut habeat plures debitores, quod non observavit Julianus, atque ob id in hac specie merito reprehendi Julianum a Marcello, *d. l. fideicom.* §. *plerumque*, *de l.* 3. Cujus species hæc est, aut esse debet, atque ideo in ea lege, ut scriptum est, *quamvis unius legatum sit*, legendum est, *quamvis uni legatum sit* : et similiter paulo post, dum ait, *legatum hæredem vel fideicommissarium*, *ut eis solveret*, scribendum, ut *ei solveret*. Et species hæc est: Titius debet eandem summam, aut rem pluribus reis stipulandi, id est, singulis debet solidam, non sæpius eandem rem vel quantitatem, sed uni solvendo liberatur. Ego meo testamento, quod ei debet Titius, legavi uni eorum: legati petitio datur, non non tantum ei, cui legatum adscripsi, sed etiam ceteris correis stipulandi, quorum etiam contemplatione legavi, sed qui agere occupaverit, sane cavere debet, hæredem defensum iri adversus ceteros, *d.* §. *plerumque*. Ac ita legatum non tantum debetur ei, cui adscribitur, sed etiam ei, vel eis, quibus non adscribitur, modo si eorum contemplatione relinquatur, et eorum etiam intersit legatum exsolvi, quod omnino congruit cum eo, quod Papinianus in hoc §. *Titio genero* concludit. Et genero et filiæ legati petitionem esse; genero. cui est adscriptum legatum propalam, et filiæ etiam, cui non est adscriptum legatum propalam, sed quasi adscriptum esse intelligitur, quia filiæ interest dotem habere, et contemplatione etiam ejus reliquit legatum genero vel sponso. Huic definitioni duo obstant vehementer, a quibus non se expedivit Accursius. Et delendum est, quicquid in ea hoc loco adnotavit. Obstat primum *l. servo legato* §. *si testator*, *de leg.* 1. Duo proponuntur casus in eo §. in quibus idem juris est. Prior hic est: testator unum ex pluribus hæredibus jussit creditoribus omne æs alienum solvere: an creditoribus competit actio adversus illum solum in solidum? Minime: quia nihil eorum interest: legatum illud nihil adjicit obligationi, et nullum est: et nil eorum interest, quia jam satis reum obligatum habent et hæredem ejus: cohæredibus autem competit fideicommissi petitio, quorum causa testator id fecit, et quorum maxime interest, ut exonerentur ære alieno pro suis portionibus. Alter casus est persimilis. Testator filiæ nomine jussit hæredem genero dotem dare: non competit genero, quia nihil interest ejus, sed competit filiæ, cujus maxime interest. Hoc est in jure perpetuum, ejus, cujus magis aut maxime interest, et principaliter interesse, *l.* 19. *de lib. caus.* Ergo et ei principaliter est danda actio. Denique illo casu, quia filiæ maxime interest, ut scilicet sit dotata, ei soli dabitur actio ex testamento, genero non dabitur, quia nec generi maxime, sed minimum interest, quod omnino evertit, quæ ante posuimus pro certis atque confessis: sed necesse est, ut illi duo casus, in quibus idem jus constituit, conveniant in omnibus. Priore casu jussit unum hæredem solvere creditoribus, et hoc posteriore necesse est ponamus, testatorem jussisse genero solvere dotem, quæ ei debebatur, quam ei jam promiserat testator; ex quo contractu obligatio acquiritur soli genero, non filiæ, *l.* 5. *C. de dot. prom.* quia genero debebam dotem ex stipulatu, filiæ non debebam Quamobrem in persona generi non consistit legatum, quia nihil ejus interest, cui ego vel hæres meus satis obligatus est ex stipulatu, sed in persona filiæ consistit, et quidem solius, *l. cum pater*, *de jure dot.* Sed in specie §. *ult.* ad quem refertur superior conclusio, socer genero non debuit dotem, et ut ait in fin. §. ea pecunia quam legavit dotis nomine, doti fuit destinata, non promissa. Igitur neque filiæ tantum eo casu, sed etiam generi interest dotem præstari, quæ neutri debebatur ex alia causa. Obstat etiam superiori definitioni *l. fideicomm.* §. *interim*, *de leg.* 3. Ego legavi publicano publicum quod ei Titius debet, an uterque est legatarius, publicanus et privatus? Lex ait, solum Titium esse legatarium, non publicanum, licet legati emolumentum publicanum respiciat. Et videretur tamen secundum ea, quæ antea dicta sunt, utrumque esse legatarium, quia utriusque intersit, et quod non Titio tantum voluerit testator providere, sed etiam publicano ut utrumque liberaret. Sumenda est responsio valde probabilis ex conjectura voluntatis defuncti. Cur Titius solus est legatarius in hac specie, non publicanus, ut in superioribus, non uterque? quia scilicet testator videtur tantum legasse contemplatione privati, id est, Titii, quia non solemus esse liberales erga publicanos: quis unquam est liberalis erga publicanum, aut quis præsumitur esse? est enim hoc genus hominum omnibus invisum. Ideoque præsumitur testator contemplatione Titii tantum, non contemplatione publicani legatum reliquisse. Fuit tamen ei animus liberandi Titii, et in dubio ita præsumitur, nisi aliud probaverit publicanus. Non ero multus in tradendis iis quæ restant ex quæstione quam heri proposui de legato ita relicto: *Titio genero meo hæres meus Sejæ filiæ meæ nomine centum dato.* Quæstio vertitur circa hoc genus legati, et quæ ad eam spectant, licebit paucis explicare. Ergo pergamus: quod attinet ad quæstionem motam *h.* §. ejus legati, quod proposuimus, quis est effectus? Ejus legati effectus hic est, quia tam mulieri, quam Titio consulere voluit testator, erga utrumque ductus af-

fectione pari, ut ambo sint legatarii, ambo legati habeant petitionem, sed occupantis melior est conditio: nam hæredem utique condemnari iniquum est, et consequenter constante matrimonio ea pecunia genero solvitur recte, etiam invita muliere, ut ait, quia ea solutio, et viro et mulieri proficit: quandoquidem id quod solvitur convertitur in causam dotis statim, et dos cedet commodo utriusque, mariti et uxoris, et jure civili constitutum est generaliter, ut etiam inviti liceat meliorem conditionem facere, ut *l. solvere, de solut.* mulier invita dotatur, quia et viri interest eam esse dotatam. Ergo viro dotis nomine recte solvetur legatum etiam invita muliere, etiamsi velit esse indotata. Notandum quod dixi, hoc esse generale, ut possit etiam inviti melior conditio fieri, quod ad nos attinet, scilicet, quia eam facere meliorem satagimus, ut ait *l. si debitor tuus, de solut.* nam quod ad illum attinet, cujus melior conditio fit, licet ei eam aspernari postea: et ut eleganter quodam loco dixit Æmilius Ferretus, duo sunt extrema in acquirendo, unum ex persona ejus, a quo acquiritur: alterum ex persona ejus, cui acquiritur. Et invito quidem acquiritur, quod ad prius extremum attinet, non etiam quod attinet ad posterius, licet enim acquisitioni abrenunciare, lucro oblato non uti. Ergo non mirum, si dicat Papin. hoc loco, *etiam invita muliere, marito constante matrimonio recte solvi legatum, quod ei socer reliquit dotis filiæ suæ nomine.* Et eadem ratione, ut idem Papin. ostendit, etiam post divortium, quod plus est, ea pecunia genero solvitur recte, et hæres solvendo ei perinde liberatur, atque si solvisset constante matrimonio, quia et solutio, quæ fit post divortium, in dotem convertitur: nec etiam tantum dotem habet, quæ nupta est, sed et quæ nupta fuit, dotem habere potest, quamvis dos ea non constante matrimonio soluta sit, sed post divortium: quæ nupta nunquam fuit, dotem non habet antequam nupserit; denique dos non est sine matrimonio præsenti vel præterito, *l. 5. de jure dot.* futuri matrimonii vel sponsalium dos nunquam est. Pergamus: ut invita muliere viro ea pecunia, quæ legata est dotis nomine solvitur recte, et quod solvitur, convertitur in causam dotis; ita mulieri recte solvitur, cum hæres sit utrique obligatus, et præterea recte quoque mulier petit, sed si nolit dotis fieri pecuniam quæ solvitur in dotem, in causam dotis, cum dotis nomine sit relicta, et dotis tantum nomine peti possit, petenti mulieri obstat exceptio doli mali, *l. apud Celsum, §. præterea, de doli except.* Noluit enim defunctus filiam generumve alio nomine legatum percipere, quam dotis, cum utrique consultum voluerit, et genero et filiæ: quæ non dotis nomine accipit, sibi soli consultum vult, quod est contra judicium defuncti, et semper in jure, qui agit contra judicium defuncti, repellitur exceptione doli mali. Hæc igitur verba, *dotis nomine*, efficiunt, ut a testatore submoveatur vir aut mulier, qui eam pecuniam dotis fieri non vult, id est, qui suo nomine proprio accipere vult non matrimonii nomine. Item ea verba id efficiunt, ut ante matrimonium muliere vel viro defuncto, quia matrimonium atque adeo dos fieri jam inter eos non potest, pecunia legata remaneat apud hæredem scriptum: non potest peti a superstite, quem certum est jam modum legati implere non posse: non potest etiam transire ad hæredem defuncti vel defunctæ, quamvis sit purum legatum: nam legatum, quod relinquitur sub modo, sane est purum, *l. libertas, §. hæc scriptura, de manum. testam.* Et Papinianus hoc loco apertissime (quia purum legatum est) qua ratione statim peti potest legatum, antequam impletus sit modus, modo post impleri possit, et subsit spes implendi ejus. Hoc ergo casu, quod summe notandum, quamvis sit purum legatum quod est relictum sub modo, modus transmissioni impedimento est, quia expleri ab hærede legatarii jam non potest, sublato altero conjugum vel sponsorum. Nam si modus possit expleri ab hærede legatarii, sane legatum transmittitur ad hæredem: ut si quis ita legaverit, Titio lego centum, ita ut mihi monumentum faciat, et mox post mortem testatoris moriatur etiam Titius, legatum transmittitur in hæredem Titii, quod purum est, quia monumentum facere potest hæres ejus, et modum legati adimplere. Et simili modo, si uterque sponsus dirimant sponsalia, et omnem spem nuptiarum, dicimus etiam hoc casu pecuniam remanere apud hæredem, et neutri esse legati petitionem, quia neuter vult implere modum. Et hoc constat, antequam petatur legatum, quia sibi repudium miserunt, quia sibi ipsi legati petitionem ademerunt, profitentes se nolle modum implere. Quid si Titius nolit, mulier velit? Et hoc casu certum est, mulieri esse petitionem legati, quia per eam non stat, *l. 5. §. pen. quan. dies leg. ced.* Titius autem si petat, qui illam non vult uxorem ducere, repelletur exceptione doli mali: et idem est e converso, quia sponso dabitur legati petitio, non mulieri. Quæro, quid sit dicendum, si uterque velit, non tamen contraxerint nuptias, et petat ille vel illa legatum illud ante nuptias, quas sperat futuras? Sane legatum petere poterit sponsus oblata cautione tamen, mulieri dotem reddi, si per eum steterit, quo minus contrahantur nuptiæ, si ipse postea mutaverit voluntatem. Et ita etiam mulier, si in petendo legato possit prævenire virum et occupare, ipsa petet

legatum oblata eadem cautione, viro pecuniam reddi, si ipsa mutaverit voluntatem, et repudiaverit sponsum. Hoc ergo casu præstatur cautio de implendo modo, ut solet plerumque præstari ab eo, qui petit, sed in sequenti casu non præstatur cautio. Finge, jam esse contractas nuptias, et peti legatum ab illo vel illa: nulla cautio præstanda est de implendo modo, quia ipsa numeratione pecuniæ, pecunia statim efficitur dotalis, quæ numeratur post nuptias, et ita reipsa modus invenitur adimpletus, nec necessaria est cautio de eo adimplendo, cum suapte sponte impleatur, vel impletus jam sit, aut certe potius impleatur numerata pecunia post nuptias. Quod et ita docet Papinianus in hoc §. *ult.* Ad hæc unum tantum notandum est, id quod diximus jam sæpe, utrique competere petitionem legati, sed eum præferri; qui agere occupaverit, et excludere alterum, qui festinaverit agere: hoc ita procedere, si ei, qui agere occupaverit, soluta sit pecunia: nam non est satis agere, sed oportet exigere, agere, et peragere: nam si ei non sit soluta pecunia, qui eam petere occupavit, sed vitio suo causa eeciderit: quo genere etiam idem Papin. loquendi usus est in quasi specie simili, *l. Stichum*, §. *pen. de solut.* nec possit adferre concinnius exemplum, quam quod ex jure veteri de periculo plus petitionis: qui plus petit summa, causa cadit. Finge igitur in hac specie: is, cui legata erant centum dotis nomine, petiit centum quinquaginta, et amisit litem vitio suo. Ac rursus etiam finge, mulierem ab eo suum servare non posse vi cautionis quam hæredi obtulit, litis initio forte, atque præstitit, non posse, inquam, mulierem ab eo suum servare, quoniam solvendo non est, potest uti potestate cautionis, an excludetur mulier, quia vir occupavit? minime. Æquum est mulieri succurri, quæ nihil deliquit, data actione adversus hæredem scriptum, maxime etsi vir ei caverit, si non possit mulier ab illo solidum consequi propter inopiam ejus. Et notandum, hanc cautionem de implendo modo esse nudam repromissionem, non satisdationem, *l.* 96. §. *ult. h. t.* in quo fit mentio hujus quæstionis. Satisdare non est dare fidejussores, sed cavere nuda cautione, sed repromittere: satisfacere, ut in jure sæpe satisdare, satisfacere significat quocumque modo, vel nuda cautione, *l. pen.* §. *ult. de constit. pec. l.* 2. *de hæred. vend. l. satisdare, de verb. signif.* Satisdatio igitur est genus, et alia satisdatio fideicommissariorum, alia satisdatio solius rei principalis, id est, nuda repromissio. Si genero legavero certam summam dotis filiæ meæ nomine, uterque est legatarius, gener et filia, et occupantis potior est causa, sed, ut dixi, si vir, puta, agere occupaverit, hæredi cavere debet, defensum iri eum adversus mulierem collegatariam. Solet enim hæredi caveri de implendo modo, *l.* 19. *de leg.* 3. videlicet futurum, quod defunctus voluit, et versam in dotem pecuniam iri, quam legavit, quia modum legandi demonstravit. Sed hoc casu, quia mulier est collegataria, si vir ante nuptias petat legatum dotis nomine, hæredi potius cavere debet mulieri pecuniam reddi, nisi per eam factum erit, quo minus nuptiæ sequantur: cum si stipularetur hæres, inutilis esset stipulatio, quasi alteri facta, §. *alteri*, *Inst. de inutil. stip.* Ac proinde isto casu hæredi tantum cavetur de indemnitate mulieris: mulieri autem cavetur de implendo modo legato injecto, quia ipsa est legataria. Sed addamus tamen aliquid. Hæ duæ cautiones, quarum una hæredi præstatur, altera mulieri, agente viro præstandæ sunt, antequam ad sententiam veniat. Ac post sententiam, sive secundum eum judicatum sit, sive contra eum, puta, quod vitio suo causa ceciderit plus petendo, nuptiis non secutis, mulieri in eum ex cautione est actio, quæ tamen si inanis sit propter inopiam viri, qui non est solvendo, eum scilicet causa ceciderit vir, et hæres ei pecuniam legatam non solvit, tunc æquum est, eam pecuniam mulieri ab hærede solvi, quia delictum seu vitium mariti mulieri, quæ nihil deliquit, nocere non debet. Delictum socii socio, collegatarii collegatario, cohæredis cohæredi non nocet, *l. si hæredis*, §. 1. *de legat.* 1. Et ita omnino explicandum est, quod est in extremo *d. l. Titio centum.* Et illud repetendum atque inculcandum rursus, hanc vel illam cautionem esse nudam repromissionem, non satisdationem, aut satisdationem simplicem, non satisdationem fidejussorum, ut loquitur lex, *nec non, ex quibus caus. major. supra.*

Lex LI. ad Senatusc. Treb.

Cum hæres deductis legatis, hæreditatem per fideicommissum restituere rogatur, non placet ea legata deduci, quæ peti non poterant. Sed cum uxori pro parte hæredi scriptæ dos legetur, eaque deductis legatis hæreditatem restituere rogatur, etiamsi quarta, quam per legem Falcidiam retinet, tantum efficiat, quantum in dote est, tamen pro sua portione dotis prælegatæ partem deducit. Cum enim utrumque consequitur, nihil interest inter hanc mulierem, et quamvis alium creditorem hæredem institutum, et hæreditatem restituere rogatum. Idem probatur, etsi non deductis legatis fideicommissum ab ea relictum sit.

Quæstio hujus legis est elegantissima: dicit eum, cui restituitur fideicommissaria hæreditas, susti-

nere onera omnium legatorum, non hæredem. Restituitur ei hæreditas solida, sine deductione Falcidiæ, si hæres coactus adierit, vel si sponte adierit, restituitur ei dodrans tantum. Nam hæres deducit Falcidiam, hoc est, quadrantem quem debet habere illibatum et immunem: ergo pro quadrante non obligatur legatarius, et consequenter solus fideicommissarius legatariis respondere cogitur, qui loco est hæredis, a quo legata relicta sunt: nam cum hæres adversus legatarios debeat habere salvam Falcidiam, non ideo minus debet eam habere, quoad dodrantem hæreditatis restituat alteri, et retinuerit ipse sibi tantum quadrantem Falc. Ergo æquissimum est, ut onera legatorum agnoscat solus fideicommissarius, quoniam quadrans debet remanere apud hæredem sine ullo onere, quoties est locus Falcidiæ. Et hoc quidam ita procedit: si hæres rogatus sit restituere hæreditatem totam *l.* 12. *C. ad Treb.* Nam si hæres ex asse scriptus rogetur tantum restituere partem hæreditatis, ita ut apud eum remaneat plus quam quadrans, ut si rogetur restituere semissem vel trientem, sane hoc casu onera legatorum inter eos dividuntur pro rata, *l.* 1. §. *si is, qui quad. et* §. *pen. et ult. hoc tit. l.* 2. *C. eod. tit. l. etiam*, §. 1. *ut leg. nom. cav.* Rata est portio competens cuique in ea hæreditate, portio contingens, portio virilis, item id, quod proposui initio fideicomiss. Trebell. subire onera legatorum, non hæredem scriptum, ita procedit, nisi hæres deductis legatis rogatus sit restituere hæreditatem. Nam hoc casu sane hæres deducit legata, quæ utilia sunt, id est, quæ debentur et peti possunt, eorumque legatorum solvendorum onus ad eum pertinet, et fideicommissario cavere debet, defensum iri eum adversus legatarios, ut testator voluit, qui idem jussit deducere legata, et residuum restituere fideicomm. sine onere legatorum, *l. seq.* §. *inde quæritur*, *hoc tit.* Inutilia autem legata, quæ peti non possunt, hæres non detrahit, sed ea restituit fideicommissario, quasi hæreditatis bona salva Falcidia, si sua sponte adierit hæreditatem: et hoc quidem quasi utile principium quoddam juris proposuit Pap. initio legis: deducentur utilia legata, inquit, non inutilia. Hoc cum proposuisset, excipit unum casum tantum, quo hæres cogetur restituere hæreditatem deductis legatis. Deducet igitur legatum quamvis sit inutile, et sibi habebit: nam quod peti non potest a legatario fideicomm. id non restituet: illo, inquam, casu legatum inutile deducitur ab hærede, et non venit in restitutionem fideicommissi: neque mirum hoc videri debet: nam eodem ipso casu, etiamsi hæres non deductis legatis rogatus sit restituere hæreditatem simpliciter, deducet illud legatum, quamvis sit inutile, et sibi habebit. Quam in rem ita ratiocinatur quodammodo Pap. Si quod legatum possum deducere, etiamsi non deductis legatis a me fideicomm. relictum sit, ergo multo magis id deducam, si deductis legatis a me fideicommissum relictum sit. Finge: maritus uxorem hæredem scripsit ex parte adjectis aliis cohæredibus, et eam rogavit, ut deductis legatis portionem hæreditatis restitueret Titio. Ac præterea eidem uxori dotem prælegavit, quod legatum est utile, etiamsi sit relictum quasi creditori a debitore, quia in eo plus est, quam in debito. Legatum enim dotis est præsens, debitum autem dotis est in diem: nam soluto matrimonio dos solvitur tribus pensionibus, annua, bima, trima die, *à trois payes*, sed non est per omnia utile prælegatum dotis. Nam relictum est prælegatum dotis ab omnibus hæredibus. Ita ergo et ab uxore ipsa, quæ est hæres ex parte, eidem ipsi uxori: et pro parte quidem cohæredum est utile, pro parte uxoris non potest esse utile, quia hæredi a semetipso inutiliter legatur: nulla est sententia in jure frequentior, *l. legatum*, §. 1. *de leg.* 1. nam nemo potest sibi ipsi debere: denique pro parte cohæredum utile est legatum dotis, pro parte uxoris inutile: et tamen in ponenda ratione legis Falcid. in computatione legatorum, et bonorum prius deduci oportet æs alienum, etiam quod defunctus hæredi debuit, licet aditione sit confusum. Deinde ex reliquo deducitur Falcidia, et præstantur legata aut fideic. qualiacunque. Et sane etiamsi uxor jussa esset restituere partem hæreditatis sibi relictam non deductis legatis, deduceret legatum dotis pro sua parte jure proprio, non jure legati: nam pro ea parte inutile est legatum, residuam autem dotem consequetur a cohæredibus præsenti die jure legati pro portione cohæredum, pro qua tantum legatum illud consistit. Ergo mulier hoc casu sive deductis, sive non deductis legatis jussa sit restituere partem certam sibi relictam, deducit legatum, quod est inutile, quasi æs alienum scilicet, id est, quasi debitum sibi. Deinde deducit etiam Falcidiam, et reliqua bona restituit fideicomm. Ergo, quod notandum, duplici deductione utitur: deductione dotis pro parte sua jure suo sibi debitæ, et deductione quartæ, hoc est, Falcidiæ, etiamsi tantum sit in Falcidia, quantum in dote, atque ita utrunque consequitur et dotem et Falcidiam, id est, quadrantem portionis suæ hæreditariæ, etiamsi is quadrans sufficiat doti, sicut et quilibet creditor extraneus hæres institutus a debitore, et rogatus restituere hæreditatem, deducit primum quod sibi debuit defunctus, deinde Falc. integram, etiamsi Falcidia tantum efficiat quantum est in debito, *l. in ponenda, C. ad l. Falc. l. pater filiam, ad l. Falc.*

Nihil igitur in hoc proposito distat uxor a creditore, uxor cui debetur dos, a creditore, cui quid aliud debetur: uterque deducit sibi debitum, ac præterea Falcid. integram, uterque utrumque consequitur, et hæreditatem seu Falcid. et quod sibi defunctus debuit. Hæc est sententia Papin. quæ ponitur in hac l. et nihil addit præterea. Sed objicitur: imo contenta esse deberet mulier alterutro, vel dote, vel hæreditate. aut Falc. quæ jure hæreditario capitur, si modo in Falcid. tantum sit, quantum in dote, et fuit ea de re olim edictum, quod dicebatur *de alterutro*, cujus fit mentio in *l. un.* §. *sciendum, C. de rei uxor. act. l. un. C. Theod. de testam.* quo jubetur mulier contenta esse alterutro. Ex edicto igitur non potest utrumque consequi, quod quidem locum habet dote debita judicio rei uxoriæ, non si debeatur ex stipulatu: nam si debita sit ex stipulatu, mulier utrumque consequetur, dotem et Falc. si debita sit judicio rei uxoriæ, alterutrum ex illo edicto. Et hic quia non ponitur dos debita ex stipulatu a Papin. pono eam debitam, nec male, judicio rei uxoriæ. Ergo in casu hujus l. nec est locus edicto *de alterutro*, nec uxor utrumque consequetur. Sciendum est, edictum hoc esse sublatum hodie a Justin. simul et actionem rei uxoriæ. Igitur hodie soluto matrimonio mulier repetit dotem actione ex stipulatu, etiamsi non sit stipulata dotem sibi reddi. Sunt tacita pignora quædam, et tacitæ stipulationes quædam: sunt igitur quasi ex tacita stipulatione: mulier hic repetit dotem, vel morte vel divortio soluto matrimonio. Et si is casus evenerit, qui proponitur in h. l. ut ea mulier hæres instituatur a marito, ipsa utrumque percipiet, et hæreditatem et dotem, sicut et quilibet alius creditor hæres institutus, nec ut ait Papin. erit ulla differentia inter mulierem et quemvis alium creditorem, *l. un.* §. *igitur, C. de rei uxor. act.* Sed et cum obtinuit edictum illud *de alterutro*, et nec dum esset sublatum a Justin. nec dum sublata actio rei uxoriæ, vitiabatur edictum illud, si maritus utrumque mulierem habere voluisset, hæreditatem et dotem, ut in hac specie, cum hæredem scripsit uxorem ex parte, et dotem etiam ei prælegavit. Ponamus debitam judicio rei uxoriæ, quod non sit stipulata dotem sibi reddi secundum jus vetus: etiam hoc posito, non erit locus edicto de alterutro: quia testator utrumque uxorem habere voluit, et similiter etiam hodie, quo jure receptum est ut mulier utrumque percipiat, si testator voluerit eam esse contentam Falcidia pro dote, si voluit eam compensare Falcidiam cum dote, in quo modo tantum sit, quantum in dote, hæreditate electa, non deducet dotem contra voluntatem defuncti, non consequetur utrumque, *l. si filia*, §. *pen. famil. ercisc. l. 6. quan. dies leg. ced. l. cum ab uno, de leg. 2. l. Titius*, §. *maritus, hoc tit. l. 2.* §. *1. de dote præleg.* Et in §. maritus ostenditur, ex voluntate defuncti hoc ita procedere, ut non utrumque ferat uxor, quamvis etiam eam hæredem scripserit, et ei dotem prælegarit, videlicet si probetur hoc eum sensisse, ut alterutro contenta esset, utque Falc. electa dotem restitueret fideicommissario. Quod procedit etiam in quolibet creditore hærede instituto: nam si sit locus Falcidiæ, non deducet: quod sibi defunctus debuit, si crediti compensandi animo eum hæredem fecerit. Denique non poterit, quod sibi defunctus debuit reputare legatariis, sed id debebit contribuere bonis, si modo Falcidia adimpleat debitum, *l. 12. ad l. Falcid. l. non potest Titio, de leg. 2.* Ex hoc libro citatur Papin. ab Ulp. *l. 3. quib. mod. ususfr. amitt.* Restat *l. 3.* §. *pen. de adim. leg.*

Ad §. *pen. L. III. de adim. legat.*

Conditio legati an adimi possit, vel hæreditatis vel statuliberi, videndum. Et Julianus scribit in statulibero detractam conditionem non repræsentare libertatem. Papin. quoque libr. 17. quæstion. scribit generaliter, conditionem adimi non posse: nec enim datur, inquit, conditio, sed adscribitur. Quod autem adscribitur, non potest adimi, sed quod datur. Sed melius est sensum magis, quam verba amplecti, et conditiones, sicut adscribi, ita et adimi posse.

Legatum quod testator dedit, adimere potest codicillis, vel eodem testamento. Finge: legatum dedit sub conditione, an conditionem adimere potest, quando non legatur? Et refert Ulp. generaliter Papin. scripsisse, conditionem non adimi recte. Ideoque adempta conditione non ideo legatum fieri purum; sed manere conditionale, hac ratione, quia id tantum adimitur, quod datum est, conditio non datur, sed adjicitur, apponitur legato, quod datur. Ergo non potest adimi: nihil nisi quod datur, adimitur. Sed concludit, melius esse, ut etiam quod adscribitur adimi possit: ut igitur conditio adimi possit, et ut hæc adempta legatum purum efficiat, quia verba sunt consideranda pro voluntate, ut ait eleganter *l. 1. in princip. et* §. *conditionem, de condit. et demonstrat.* Ac præterea sæpissime conditio dari dicitur, quæ adscribitur et apponitur legato, *l. un. de leg. hoc tit. l. in plurium, de acq. hæred. l. 5. de cond. inst. l. Sticho, de usufr. leg. et l. qui vulgo, de manum. test. et l. inter illam, de verb. signif.* Explicitus est 3. Decemb. 1572.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XVIII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXXXVII. de leg. 1. et L. XC. eod. et L. pen. de his quæ ut indign.

Lex LXXXVII. Filio pater, quem in potestate retinuit, hæredi pro parte instituto, legatum quoque reliquit. Durissima sententia est existimantium denegandam ei legati petitionem, si patris abstinuerit hæreditate. Non enim impugnatur judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hæreditariis implicari.

Lex XC. Quid ergo, si ita legaverit? hoc amplius filio meo: non dubie voluntatis quidem quæstio erit: sed non absimilis est prioris casus circa filii providentiam, nisi evidens voluntas contraria patris probetur. Plane si pluribus filiis institutis, ratione legatorum actio denegabitur ei, qui non agnoverit hæreditatem.

L. penult. Si testamentum patris jure factum filius negaverit, quoniam de jure disputavit, non judicium impugnavit aut accusavit, retinet defuncti voluntatem.

Quæstio hæc et explicatio tres leges complectitur, *l.* 87. *l.* 90. *d. l.* 1. *et pen. de his, quæ ut ind.* Quæstis hæc est, *an filius, qui sprevit et omisit hæreditatem patris indignus sit legato, quod ei præter hæreditatem pater legaverat eodem testamento? An qui omittit hæreditatem paternam, omittere etiam debeat legatum?* Filius aut est emancipatus, aut in potestate patris, et qui in potestate est, dicitur filiusf. et dicitur nonnunquam in jure filius suus, qui emancipato opponitur, *l.* 6. *de jure patron. l. nepos, de leg. præs.* Verum est differentia inter emancipatum et suum multa. Sed quod ad propositionem nostram attinet, hanc differentiam annotare satis erit. Filius emancipatus a patre institutus, est extraneus et voluntarius hæres. Nam liberum arbitrium habet adeundæ vel repudiandæ hæreditatis paternæ: filius autem suus a patre hæres institutus, patri est hæres suus et necessarius, nec in eo est necessaria aditio, quia statim ipso jure hæres existit, *l. in suis, de suis et leg.* Emancipatus aditione hæres fit, suus hæres non fit, sed existit, hoc est, apparet protinus hæres, vel ut Græci dicunt, ἀναφαίνεται et est proprium suorum: suus, inquam, ipso jure hæres existit etiam invitus et ignorans, nec in eo repudiatio locum habere potest. Denique neque aditio in eo locum habet, neque repudiatio. Adire et repudiare sunt verba juris civilis, suus jure civili invitus hæres existit: at jure prætorio in ejus arbitrio est, ut vel immisceat se bonis paternis, vel abstineat. Immiscere et abstinere sunt verba juris prætorii. Est igitur filius suus quodammodo voluntarius hæres jure prætorio, quia liberum arbitrium habet immiscendi vel abstinendi se bonis, et eum, qui miscuit se bonis prætor habet hæredis loco, eum qui abstinuit, prætor non habet hæredis loco, *l. si filius, de interr. in jur. fac.* tantum vero valet in suo institutio, quantum in emancipato aditio hæreditatis, et similiter in suo tantum valet abstentio, quantum in emancipato repudiatio, *l. pro hærede*, §. *pen. de acq. hæred.* Ergo sicut filius emancipatus hæres institutus a patre, et legato honoratus repudiata hæreditate non prohibetur legatum capere, *d. l.* 89. *h. t.* ita filius suus institutus, et legato honoratus, si abstinuerit se hæreditate, non repellitur a legati petitione. Et ita definit Papin. in *h. l.* 89. et reprehendit sententiam eorum, qui repellebant filium a legato, qui repudiarat hæreditatem paternam, per abstentionem scil. prætoriam quasi durissimam sententiam, id est iniquissimam. Et idem etiam alias Papin. respondisse refert Imp. in *l. cum responso*, *C. de leg.* quod responsum non extat alio loco. Et in summa, vult filium, qui omittit hæreditatem patris, non prohiberi legatum accipere et petere, quod ei idem pater reliquit. Ratio dubitandi erat, quia impugnare videtur judicium patris, qui abstinuit se hæreditate patris, quandoquidem quantum in se est, intestatum patrem facit destituto testamento et neglecto: uam intestatus est etiam, qui testamentum fecit, si ex testamento nemo fiat vel existat hæres, ergo videtur indignus esse filius ullum lucrum ferre ex judicio patris, quod per eum non stetit, quin destitueretur testamentum patris secundum regulam juris in *l. Papin.* §. *meminisse, de inoffic. test.* Ac rectissime Papin. ut respondeat huic objectioni, negat impugnari ab eo judicium patris, qui se abstinet bonis paternis, quia non ut impugnet testamentum hoc facit; non est ei hic animus, sed hoc facit, ut non obligetur æri alieno testatoris, nec impliciter negotiis hæreditariis, justis rationibus adductus, quod existimet hæreditatem non esse solvendo, esse litium hæreditatem, non bonorum, esse honorem, non fructum: providentia hæc est filii, ut ait eleganter *l.* 90. *ex eod. lib.* non etiam studium impugnandi testamenti paterni. Non est igitur æquum, eum repelli a legato, quod non potest esse detrimentosum; hæreditas sæpe est damnosa, *l. si hæreditas mand.* Et ita concludit Papin. *l.* 89. his verbis, *filio pater, quem in potestate, etc.* Puto Papinian. adjecisse statim quod

est in *l. pen. de his, quæ ut indign. auf.* eum quoque filium non repelli a voluntate, beneficio, honore, quem ei habuit pater: nam et hæreditas et legatum honor est, eum, inquam, non repelli a voluntate patris, sed eam retinere, et secundum eam hæreditatem vel legatum persequi, qui testamentum patris dixit non esse jure factum, non esse justum, id est, non solemne, deesse in illo solemnia juris, veluti signa, testium subscriptiones, legitimum numerum testium, non factum uno contextu, non in conspectu omnium testium. Quæ omnia plane jus requirit. Qui, inquam, dixit, testamentum patris non esse solemne nec obtinuit, non repellitur ab hæreditate: si forte in eodem testamento hæres institutus sit, non repellitur a prælegato, quia ut ait lex nostra, *de jure disputatur*, id est, an solemnia jura decssent nec ne: non impugnavit judicium patris, nec justam voluntatem: ut si dixisset, falsum esse testamentum vel inofficiosum: quod non obtinuisset, sed quam existimabat non esse solemnem voluntatem, cam locum obtinere noluit: hic ducitur studio juris tuendi: ille qui falsum dicit, vel inofficiosum temere, ducitur studio juris impugnandi. Et hoc ita esse probat *l. post legatum* §. 1. *de his, quæ ut indign.* Et videtur quidem huic rei obstare *l. pen. in princ. de except. rei jud.* Sed ubi posuero speciem, statim indicabo, nihil omnino eam obstare. Species hæc est: erant duo agnati testatoris proximi, Titius et Cajus, qui etiam ab intestato ei hæredes futuri erant, erant namque ambo ejusdem gradus: at ille testator Cajum hæredem scripsit ex sextante, Titium ex reliquo, ab intestato singuli habuissent semissem, id est dimidium, ex testamento habet Cajus sextantem, Titius dextantem. Cajus dixit, testamentum non recte, non jure factum esse, atque ita vindicavit semissem hæreditatis, quasi ab intestato, et non obtinuit, an repellitur a sextante sibi adscripto in testamento? Considerandum in primis, eum vindicasse semissem totius assis. Ergo vindicasse etiam semissem sextantis, id est, dimidiam partem sextantis, nec obtinuisse. Ergo si dimidiam partem sextantis petat, repelletur exceptione rei judicatæ, quia eam amisit re contra eum judicata, quandoquidem eam temere in judicium adduxerat, sed non amittit alteram unciam, imo eam vindicat recte ex testamento, quia non est indignus testamento, qui dixit, illud non esse solemne, etiamsi non obtinuerit, quia tueri voluit solum jus, non impugnare justum testamentum: ergo retinebit partem sextantis, id est, unciam ex testamento: alteram partem amisit sua culpa, quia eam temere in judicium deduxit, et lapsus est. Et ita congruit ea lex etiam cum iis, quæ dicta sunt. Concludamus ergo. In *d. l.* 14. *de his, quæ ut ind.* datur casus, quo filius hæres institutus testamento patris retinet voluntatem patris, etiamsi id impugnasse videtur, dicendo testamentum non esse solemne, quia hæc dictio non est impugnatio proprie testamenti, et videtur huic casui iste fuisse applicatus, qui est in *l. filio pater*, vel etiam ille huic: nam in proposito etiam filius hæres institutus a patre, qui abstinuit se hæreditate, non proprie accusavit, vel etiam impugnavit testamentum patris, quia hæreditatem quidem amittit sua culpa, quia ea se abstinuit; ceterum legatum retinebit, non repelletur quasi indignus, et quidem percipiet totum legatum, quanquam videtur ab initio non valuisse pro ejus parte, sed pro parte cohæredum tantum, *l. quæsitum*, §. *duobus*, *et l. qui filiabus*, §. *ult. cum l. seq. de leg.* 1. Ab hac definitione excipiendus est unus casus, qui proponitur in *l.* 88. *et* 90. *de leg.* 1. si appareat, testatorem noluisse filium admitti ad legatum, nisi etiam hæreditatem retineret. Nam satis est, si apparet: non enim exigitur expressa voluntas: sufficit tacita, modo sit evidens, ut nihil interest in jure fere semper expresserit quid testator, an intellexerit, *l.* 6. *de assig. lib. l. Lucius*, § *Martius*, *ad Trebell.* Demus aliquod exemplum hujus tacitæ voluntatis. Finge: pater plures hæredes habet, cosque hæredes instituit, et genere legandi, id est, dicendo *lego tibi illum fundum, et tibi illam domum, etc.* ita inter eos omne patrimonium, omnemque hæreditatem distribuit, ita ut nihil prætermiserit, reliquerit in hæreditate indivisum: dixit quidem se legare ita singulis, sed hoc legatum aliud nihil est, quam hæreditatis distributio, legatum mixtum est hæreditati, et contra hæreditas mixta est legato, *l. Marcell.* §. *pen. ad Treb.* Ergo evidens est, eum velle, ut qui amittit hæreditatem, perdat etiam legatum, quia etsi sit usus verbo legati, tamen hæreditatem distribuere voluit: verba sunt legatorum: mens est hæreditatis dandæ, et distribuendæ inter filios, quod etiam ita definivit Papin. in *l.* 90. Sed quærebatur, an eadem esset voluntas patris, ut non haberet legatum, qui amitteret hæreditatem, si filio instituto ex parte, adjecit, *hoc amplius, tibi fundum, do lego*: nam dicendo, *hoc amplius*, videtur convertere hæreditatem in legatum, ita ut debeat utrumque amplecti: an statim dicam probe, hanc fuisse mentem defuncti? minime: nam possit quidem esse eadem, sed in dubio, quia dicendo, *hoc amplius*, repetiit institutionem tantum, non etiam immiscuit hæreditatem legato. Et ita etiam respondet Papin. in *l.* 90. Exposui sententiam trium illarum legum, sed non, quæ objici possunt: male a Florentinis hæc verba absunt, *inter eos verbis legatorum bona diviserit.* Hæc enim ad legis explicationem omnino ne-

cessaria sunt. Diximus, filium in potestate patris hæredem institutum ex parte: et honoratum prælegato, si omiserit hæreditatem paternam, totum legatum capere, quod et in extraneo hærede procedit. Videamus huic sententiæ, quæ objiciantur: sunt sane multa, ex quibus quidam efficiunt, non totum legatum eum capere ex legato, et omissione hæreditatis, sed pro parte cohæredum tantum. Quidam autem, nihil prorsus eum capere ex legato et omissione hæreditatis, esse amissionem integri legati. Ac primum quidem sic argumentantur: legatum relictum hæredi ex parte instituto, non valet in totum. Nam pro parte ejus hæredis, cui relictum est legatum, sane non valet quasi ei a semetipso relictum, pro parte cohæredum valet *l. legatum.* §. 1. *h. t.* Ergo in totum non valet. Consequenter totum non debetur hæredi, cui relictum est, etiamsi postea omiserit hæreditatem propter regulam Catonianam, quia legatum, quod ab initio non consistit, vel quatenus ab initio non consistit, ex post facto non convalescit. At respondebo statim, legatum hæredi ex parte instituto relictum non valet nisi pro parte cohæredum, si ipse hæres cui relictum est, hæreditatem adierit, et miscuerit se bonis, quia non potest idem et in eadem parte hæres esse et legatarius, debitor sc. et creditor: sed si omiserit hæreditatem, puta si eam repudiaverit, vel si ea se abstinuerit, totam capit jure legati a cohæredibus quibus portio ejus accrescit. Et hoc ita est proditum in *l. quesitum*, §. *duob. et l. qui filiab.* § *ult. et l. seq. h. t. de leg.* 1. Nec locus est regulæ Caton. hoc casu, quia legatum ab initio constitisse intelligitur in totum, cum non idem inveniatur esse hæres et legatarius, sed legatarius tantum omissa hæreditate: nec enim omnis, qui scribitur, vel nuncupatur hæres, et hæres est statim: non extraneus, antequam adierit: non suus, jure prætorio sc. antequam miscuerit se. Hic igitur, qui omisit hæreditatem, nunquam hæres fuit, sed quæ pars ejus esset, si non omisisset hæreditatem, ea accrevit cohæredibus: merito igitur cohæredes legati nomine tenentur in solidum. Et idem etiam obtinet, si hæredi ex parte instituto, cui prælegatum etiam datum erat, aliqua ex causa sit ablata pars hæreditatis quasi indigno per fiscum: nam et hoc casu integrum legatum petet a cohæredibus: erepta ei est hæreditas, non legatum, igitur a cohæredibus petet in solidum, etiamsi pars hæreditaria, ex qua sit scriptus, fisco obvenerit, non cohæredibus, *l. eum qui*, §. *ult. de hic, quæ ut indig.* Dices forte, mirum hoc esse, quod is, cui eripitur hæreditas quasi indigno, non ideo desinat esse hæres, quod ipse non amiserit hæreditatem, imo agnoverit, sed erepta fuerit, juxta illud, quod dicitur, qui semel hæres factus est, hæres esse non desinit. Et sane is, cui eripitur hæræditas, hæres manet, *l. ex facto*, §. *ult. de vulg. substit.* Sed respondeas, manere quidem hæredem jure ipso, sed non haberi hæredis loco, id est, uudum nomen hæredis habere, non rem: nam et is, qui abstinet se hæreditate, jure civili hæres menet, *l. cum quasi* §. *sed etsi, de fideicomm. libert. l.* 6. §. *si suus, de bon. libert.* sed non habetur apud prætorem hæredis loco, hæres est nomine, non re: uterque igitur est hæres sine re, et is, cui eripitur hæreditas, et is qui se abstinet hæreditate, sed prætor non nomen spectat, sed rem. Igitur non prohibetur legatum integrum capere sicut extraneus quilibet, qui non sit hæres scriptus. Objicitur etiam *l miles*, §. 1. *de legat.* 2. Species hæc est: unum hæredem scripsit ex parte datis cohæredibus, et ei aliquid prælegavit: is post diem legati cedentem, id est, post mortem testatoris, vel ex lege Julia, post apertas tabulas, nam ex eo tempore cedit dies legatorum, lege Julia ex apertis tabulis, jure antiquo, quo utimur, ex morte testatoris, quæ cessio profuit ad transmissionem legati? quid est *cedere diem legati?* transmitti posse legatum ad hæredem legatarii. Is igitur hæres post diem legati cedentem ante aditam hæreditatem mortuus est, interim scil. dum deliberaret de adeunda, vel repudianda hæreditate, non transmittit hæreditatem ad hæredem suum, quia hæreditas non adita non transmittitur, sed et pars hæreditatis pertinet ad cohæredes substitutos, ut ait, vel jure antiquo, si cohæredes non sint substituti, ad fideicommissarium. Denique pars ea hæreditatis non transmittitur ad hæredem, sed legatum, cujus dies jam cesserit: verum non totum, sed pro parte cohæredum tantum, pro qua constitit. Ergo totum legatum ei non debebatur, alioqui deberetur etiam hæredi ejus Sed verissimum est, quod in *l. filio* statim adnotavit Accurs. observandum esse, nos loqui de eo, qui omisit hæreditatem repudiatione vel abstentione: huic totum legatum debetur, et proinde totum transmittitur in hæredem ejus: illa *l. miles* § 1. non loquitur de eo, qui amisit hæreditatem, sed qui inter deliberandum de admittenda vel omittenda hæreditate, vita decessit: huic non debebatur totum legatum, qui nondum omiserat hæreditatem, nondum in eo res erat, ut ad eum totum legatum pertineret. Ergo totum etiam non transmittitur ad hæredem suum, sed pro parte cohæredum tantum, reliqua pars hæreditati accrescit et commiscetur: quandoquidem, ut dixit, pertinet ad cohæredes substitutos: nihil est certius. Pergamus ad reliqua, quibus efficere tentamus eum, qui omisit hæreditatem, nil omnino ex legato sperare posse. Et ducitur primum argumentum ex *l. apud Celsum* §. *si quis ex uncia, de dol. et metus exc.* Duæ

sunt partes ejus §. prior consentit cum sententia Papin. posterior pugnare videtur. Et ita quidem prioris ponitur species: hæres scriptus est quidam ex uncia, ex qua potuit consequi ducenta, ac præterea ei legatum relictum est, in quo erant centum: ipse prætulit legatum 100. hæreditati: prætulit centum ducentis: hæreditatem omisit, legatum agnovit, et hæreditatem omisit prudenti consilio, ne implicaretur molestiis hæreditariis, cum videretur hæreditas ei non esse solvendo: in electione ejus fuit, vel hæreditatem capere, vel legatum, vel etiam utrumque: nam suo marte tantum fingit Accurs. legatum ei ita fuisse relictum, ut caperet alterum tantum, hæræditatem vel legatum, non utrumque: quod lex non ponit, sed generaliter ita ponit speciem, ut intelligatur in arbitrio fuisse hæredis, vel hæritatem capere, vel legatum, vel utrumque: hæreditatem noluit, legatum agnovit, et petit legatum a cohæredibus, an repelletur exceptione doli mali? non: nec enim petit contra voluntatem defuncti, quod congruit omnino cum *l. filio pater.* Verum quod sequitur, pugnare videtur: nam ait, si ille hæres omiserit hæreditatem accepto pretio a substituto, quia fingendum ei datum fuisse substitutum, et ut eam omitteret, et ita pars ejus ad substitutum reverteretur, substitutum ei dedisse pretium, vel pretii loco aliquid, *d. l. apud* §. *auctores, l.* 1. §. *ult. et l.* 2. *de calumniat.* quia omisit quidem hæreditatem in gratiam substituti, sed ab eo tulit pretium: nunc si petat legatum a cohæredibus dolo fecisse intelligetur, et per hoc repelletur exceptione doli mali. Ecce casus, quo qui omisit hæreditatem, repellitur a legato: hujus rei ratio erit pro responsione. Cur repellitur a legato? aut quatenus repellitur ab hæreditate, an in totum repellitur? minime. Ratio hæc est: simulavit se omittere hæreditatem quæ simulatio doli mali est: reipsa non omisit, quia pretium accepit: qui pretium habet, rem habere videtur. Sic igitur statuo: re ipsa non omisit hæreditatem, qui pretium tulit. Ergo si petat legatum nunc, repellitur exceptione doli mali, quandoquidem pro parte sua hæreditaria inutile est, et ita accipiendus est ille locus: nam si petat legatum pro parte cohæredum tantum, cur repelletur? cum etsi palam adiisset hæreditatem non repelleretur. Objiciunt præterea *l. ult.* §. *ult. de dol. except.* Finge: mulier maritum et filium hæredes scripsit ex semisse, et alteram filiam ex priore matrimonio ex semisse sub conditione, si remitteret actionem tutelæ suis cohæredibus, quandoquidem mater ei tenebatur, quia pater ejus, avus hujus puellæ tutelam gesserat: denique illam filiam scripsit sub conditione, si remitteret actionem tutelæ cohæredibus, si parem rationem faceret, *si elle les en tenoit quittes*, si apocam faceret. Nam ita Græci interpretantur *l. qui Titium, de manum. test.* illa noluit remittere debitum tutelæ, prætulit actionem tutelæ hæreditati. Namque hæreditatem omisit, ut actionem tutelæ salvam haberet. Quæritur, *an posset petere prælegatum?* Et ait, petentem legatum posse repelli exceptione doli mali. Ergo illo casu, qui omisit hæreditatem, repellitur a prælegato? Respondeo, hoc ideo fieri, quia legatum filiæ videtur relictum sub eadem conditione, si actionem remiserit cohæredibus, id est, conditio adscripta in institutione videtur repetita in prælegato, quæ conditio si deficiat, si non impleatur, si agat tutelæ, nec liberet cohæredes eo nomine, consequens est, eam repelli et ab hæreditate, et a legato: utrumque enim fuit datum sub eadem conditione. Et notandum in prælegatis semper videri repetitam conditionem adscriptam in institutione. Et ratio hæc est: si quis post institutionem ita loquatur: *Titius hæres esto, si navis ex Asia venerit, et eo amplius ei do, lego centum.* Ea verba, *eo amplius*, repetunt conditionem, *l. avia, l. libertis, de cond. et demon.* Eandem vim habet dictio præterea, si dixerit hoc modo, *hæres esto si navis ex Asia venerit, et præterea sumito centum ex hæreditate:* videtur in prælegato repetita eadem conditio, *l. Sejo*, §. *pen. de an. leg.* Ergo et in omni prælegato: nam prælegare est præter hæreditatem dare. Sic ergo verissime possis constituere, in prælegato omni, nisi aliud voluerit defunctus, repetitam videri conditionem adscriptam in institutione, et non esse mirum, si eum, qui defecit conditione et institutione, repellamus tam a legato, quam hæreditate. Objicitur *l. si non solus*, §. 1. *si quis omissa causa test.* Species est: si is sit institutus hæres, si testatori potuit succedere ab intestato, velut proximus agnatus, et ab eo relicta sint legata, fideicommissa, libertates, quæ sane non debentur, imo ad irritum constituuntur omnia, si non adeatur hæreditas ex testamento. Is, inquam, dolo malo, ne præstet fideicommissa et legata, si repudiet hæreditatem ex testamento, et adeat ab intestato, ut potest, est enim hæres voluntarius, nihilominus obligatur legatariis ex illo edicto, si quis omissa causa testamenti, perinde atque si ex testamento adiisset hæreditatem. Hoc cognito, finge: duo erant defuncto proximi agnati ejusdem gradus, qui simul ei succederent ab intestato. Erat Cajus et Titius. Cajum hæredem instituit, et ab eo legavit multis, atque etiam Titio, *si Cajus hæres esset, et si Cajus hæres non esset, ei substituit Titium.* Quid accidit? uterque et institutus, et substitutus, et Cajus, et Titius, omisit hæreditatem ex testamento, et eam possidere cœpit ab intestato: institutus ex illo edi-

cto tenetur legatariis, perinde ac si adiisset ex testamento. An tenetur etiam substituto? minime. Solvet quidem aliis legatariis legata, sed non substituto. Probe, inquit, recusabit solvere legatum substituto, qui et ipse omisit hæreditatem ex substitutione: noluit universa bona obtinere, et nunc petit legatum, repellitur: atque ita, qui omisit hæreditatem, repellitur a legato. Nos loquimur de eo, qui omnino omisit hæreditatem, nihil sperans ab intestato, cohæredibus testamentum sustinentibus, quæ est, species *l. filio pater.* Illa *l. si non solus*, §. 2. loquitur de eo qui non omnino omisit hæreditatem, sed ex testamento tantùm, ut eam haberet ab intestato, qui non omisit simpliciter, sed dolo malo in fraudem defuncti et legatariorum, et libertatum: qui non providentia quadam, sed malitia et calliditate, atque ita impugnavit plane testamentum defuncti. Fraudem fecit, quam alii intentavit: fraudabitur legato, qui alios voluit fraudare: et improbe ab instituto petet legatum, et in eo coarguit vitium, in quo et ipse deprehenditur, ac ita non fert legatum is, qui causam intestati affectavit, ut etiam indicat *l. bonorum, de leg. præst. et l. quidam, si quis omis. caus. testam.* Falcidiam etiam fert is, qui omisso testamento ab intestato possidet hæreditatem, *l. duo hæredes, in fine, eod. l.* 1. §. *ad eos, ad l. Falcid.* Quia Falcidia non tantum capitur jure testati, ut *l. qui duos, de vulg. subst.* sed etiam jure intestati ex Const. D. Pii, *l. filiusfam. ad l. Falcid.* Postremo objicitur *l. si patroni*, §. *quid ergo, ad Trebell.* Hæres institutus dicitur et rogatus hæreditatem restituere Titio: recusat eam adire, sed coactus adiit postulante fideicommissario: amittit Falcidiam, et solidam hæreditatem restituit: amittit etiam fideicommissum et legatum: nam indignus est, qui aliquid ferat ex voluntate defuncti, qui ejus supremam voluntatem destituit. Cur enim is, qui destituit testamentum omissa hæreditate, quantum ad se attinet, non amittit omne lucrum, quod ei ex testamento obveniebat? Sic respondeo. Illic recusavit adire, et coactus id fecit, qui potuit adire, quique adivit periculo fideicommissarii oblata cautione indemnitatis, *l. namque*, §. *ult. ad Treb.* vel etiam tutus est ipso jure et extra periculum omne est, extra onera hæreditaria, si postulante fideicommissario ejus periculo adeat, quo casu et adire cogitur. Nos autem loquimur de eo, qui recusavit adire, cum non posset adire sine suo periculo, nemine offerente cautionem indemnitatis: hunc non est æquum repelli a petitione legati aut fideicommissi.

Ad L. VII. de Dot. præl.

Pater dotem a nuru acceptam filio exhæredato legavit: hæres patris opposita doli exceptione, non ante solvere legatum cogendus est, quam ei cautum fuerit de indemnitate soluto matrimonio.

§. 1. *Sed si prius, quam legatum filio solveretur, mulier dotem suam recuperavit, frustra filius de legato aget.*

§. 2. *Sed si lex Falcidia locum in legato dotis adversus filium exhæredatum habuerit, et mulier solutionem ratam fecerit, propter eam quantitatem, quam heres retinuerit, utilis actio dotis dabitur: quod si ratum non habeat, defendi quidem debebit hæres a viro, qui se defensurum promisit: sed si totam litem vir solus subierit, actio judicati, si cautum non erit pro ea quantitate, qua jure Falcidiæ petenda est, adversus hæredem dabitur.*

§. 3. *Sed si prius quam legatum filio solveretur, mulier divertit, quamquam ipsa nondum præcipere dotem possit, non ideo tamen actio filii differtur: quia tunc iisdem diebus filio solvi dotem responsum est, cum patri pro parte hæres extitit, et ad præceptionem dotis soluto matrimonio postquam hæres extitit, admissus est.*

§. 4. *Si forte per errorem cautio defensionis omissa sit, et ex causa fideicommissi filius dotem acceperit, ut indebitum fideicommissum non repetetur; cautionis enim præstandæ necessitas solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum: sed non erit iniquum hæredi subveniri.*

§. 5. *Quid ergo, si patris hæres solvendo non sit, non ne juste mulieri dabitur adversus virum utilis actio dotis? cui dos perire non debet, quia non interposuit per errorem hæres cautionem.*

Lex est difficillima et molestissima. Thesis seu propositio legis hæc est: *pater dotem a nuru acceptam filio exhæredato legavit.* Parit hæc propositio quæstiones, et dubitationes innumeras. Solet nurus dotem dare, non marito, sed socero, in cujus potestate maritus est, quia socer et filii et nurus onera sustinet, et est solus in ea familia princeps. *l.* 20. §. *hoc amplius, famil. ercisc.* Dos datur pro oneribus matrimonii: ei igitur danda est, qui sustinet onera matrimonii, *l. si is qui Stichum*, §. 1. *de jur. dot.* onera matrimonii sunt uxor, nurus, liberi, et homines eorum, quos omnes alere, tueri, curare, vestiri oportet, *d. l. si is qui Stich.* §. 2. *l.* 4. *in fin. de pact. dot. l. si maritus, famil. ercisc.* Mortuo socero qui quamdiu vixit sustinuit onera matrimonii, onera nurus et filii, hæc omnia tacito jure filium sequuntur, etiamsi hæres patri non extiterit: sicut tutela quoque legitima, puta agnatorum vel eorum, quos

manumisimus, aut emancipavimus, filium sequitur, quam scil. gessit pater, nec peregit, si modo filius sit justæ ætatis: ut onus matrimonii, quod sustinebat pater quasi socer, filium sequitur, ita onus tutelæ legitimæ, licet patri hæres non extiterit, *d. l. si maritus*, *l.* 5. §. *ult. et l.* 4. *de l.* 1. *l. tutor. l. tutela*, *de tut.* Hæc sunt certissima. Ex quib. efficiuntur multa: atque istud in primis: post mortem soceri, qui a nuru dotem acceperat, quia onera matrimonii transferuntur in maritum, consequenter marito competit persequutio dotis adversus cohæredes, judicio fam. ercisc. si patri hæres extiterit, vel si nondum patri hæres extiterit, aut exhæredatus sit, utili judicio fam. ercisc. nam directum quidem judicium datur tantum inter cohæredes, sed utile judicium famil. ercisc. datur etiam inter hæredem scriptum, et filium adoptivum, impuberem exhæredatum, obtinendæ quartæ gratia, quæ ei debetur ex constitutione D. Pii, *l.* 2. *fam. ercisc.* Et ita dabitur etiam utilis actio famil. ercisc. inter hæredem scriptum, et filium exhæredatum dotis præcipiendæ causa, quia quem onus matrimonii sequitur, eum et dos sequi debet, licet exhæredatus sit; sed repellet eum exceptione doli mali hæres scriptus, nisi caveat hæredi de indemnitate et defensione, id est, indemnem hæredem futurum, et defensum iri eum adversus mulierem agentem postea facto divortio, de dote repetenda, alioqui duplici præstatione dotis oneraretur hæres; non igitur eam præstabit filio, nisi ei caveat filius de indemnitate. Et hæc omnia ita probantur *d. l.* 20. §. *hoc amplius*, *d. l. si maritus*, *et l. fundus qui*, *famil. ercisc. l.* 2. *C. eod. tit. l.* 1. §. *Celsus*, *et* §. *sed et marito*, *hoc tit. l. un.* §. *cautionis*, *C. de rei uxor. act.* Ex quibus legibus obscurior est *l. si maritus*, *fam. ercisc.* quam res præsens omnino postulat, ut latius exponamus: nam in toto hoc tractatu duæ tantum sunt leges difficiles, hæc quam sumpsimus, et illa. Præstemus operam, ut prius intelligamus *l. si maritus.* Pater a nuru dotem accepit, et mortuus est constante matrimonio inter filium et nurum filio sub conditione hærede instituto, adjectis aliis cohæredibus: pendet conditio institutionis, fuit institutus sub conditione, ergo exhæredatus sub contraria conditione: pendet conditio institutionis, an potest filius dotem præcipere, quia jam sustinet onera matrimonii? Et placet, quamvis pendeat conditio institutionis filii, interim filium dotem præcipere posse, quia sustinet onera matrimonii, *d. l. si maritus*: nec dicit, qua actione dotem præcipiat qui nondum factus est hæres propter suspensionem conditionis, sed necesse est, ut dicamus, illum dotem præcipere utili judicio fam. ercisc. alioqui illa *l. si maritus* nihil pertinet ad tit. *fam. ercisc.* Imo et si deficiat conditio institutionis filii, eadem utilis actio indulgetur filio, *l.* 1. §. *Celsus*, *de dote præl.* Nam quod notandum, pendens conditio non impedit præceptionem dotis, nec deficiens igitur, *l. cum tale*, §. *si arbitratu*, *de condit. et demonst.* Sed præcipiendo dotem, sane semper compelletur cavere cohæredibus, indemnes eos fore adversus mulierem, postea divortio facto agentem de dote repetenda, ut ipse solus subeat onus reddendæ dotis, et exoneret cohæredes, a quibus dotem abstulit. Et hæc de præceptione dotis, quæ competit marito constante matrimonio, sive patri hæres extiterit, sive non, sive pependerit institutionis conditio, sive non. Dicamus nunc de repetitione dotis, quæ competit mulieri soluto matrimonio. Præceptio dotis pendente conditione institutionis filii non pendet, ut diximus, sed præcipitur statim dos integra: an vero pendet repetitio dotis pendente conditione institutionis filii? Et *d. l. si maritus, in princ.* ait, pendere repetitionem dotis ex conditione illa, quia nondum certum est, integram dotem mulier petere debeat a cohæredibus filii, an pro portionibus hæreditariis. Si deficeret conditio, integram repeteret a cohæredibus filii: si extiteret, ab omnibus hæredibus eam repeteret pro partibus hæreditariis: interim, id est, pendente conditione, non potest repetere a marito ulla ex parte, sed neque a cohæredibus, nisi pro portionibus hæreditariis, *l. si marito*, §. *cum patri*, *sol. matrim.* et postea si extiterit conditio, residuum repetit a marito pro parte mariti hæreditaria, quæ est residua: si defuerit residuum, repetet a cohæredibus. Igitur videtur hæc ejus *l. si maritus*, brevis sententia: pendente conditione institutionis filii pendere repetitionem dotis, quæ mulieri competit, non pendere præceptionem dotis, quæ marito competit manente matrimonio. Nec distinguo, ut Accurs. utrum divortium factum sit ante mortem soceri, an post mortem soceri. Nam etiamsi post mortem divortium factum sit inter filium et nurum, quandiu pendet conditio institutionis filii et uxoris, actio de dote pendet, quia incerta est cum quo aut quatenus experiri debeat, dum spes est, et maritum patri hæredem existere posse, videlicet, si evenerit conditio. Male enim colligunt ex *d. l. si maritus*, post divortium filio dotis præceptionem esse, quod est falsissimum; quia nulla jam sustinet onera matrimonii: et unus tantum casus excipiendus est, nisi dos filio sit prælegata, qui patri hæres non extiterit, quæ dos scil. mulieri post divortium sit reddenda annua, bima, trima die, quæ forte consistit pondere, numero, mensura, secundum jus vetus. Nam hoc casu filius dotem præcipiet etiam post divortium, ut per ea intervalla temporis interim ipse fruatur com-

modo legati potius, quam hæres scriptus. Et ita ostenditur in hac *l.* 7. §. *pen.* nam est lucrum quoddam legatarii in tribus illis pensionibus: nam exempli gratia, si trecenta sint in dotem, tantum centum redduntur, non initio primi anni, sed fine, alia centum fine secundi anni, alia centum fine tertii. Interusurium, id est, commodum medii temporis erit filii quasi legatarii, potius quam hæredis scripti, alioqui filio post divortium non est præceptio dotis. Et hic casus non ponitur in *l. maritus*: nec enim in specie ejus legis dos filio fuit prælegata, et interpunctiones sunt etiam eversæ, *d. l. si maritus*: vulgo ita disjuncta sunt: *plane, inquit, si post mortem soceri divortium factum sit.* Et hic additur comma, ac sequitur deinde, *quamvis pendente conditione institutionis.* Hic additur punctum geminatum, et mox sequitur, *dicendum est præceptioni dotis locum esse.* Quo modo si pungas, efficies, filio, cui dos non est prælegata, post divortium dotis præceptionem esse. Sed pungamus aliter, ut fecerunt etiam Græci, *plane si post mortem soceri divortium factum sit*, et hic affigas punctum geminatum, et cetera legas una consequentia, *quamvis etc.* quod et translatio Græca comprobat, quam proferemus Latine: *si repudium miserit mulier post mortem soceri, etiam pendente conditione sub qua vir ejus hæres factus est, datur filio præcipua dos uxoris ejus, non ut hæredi, sed ut marito.* Nunc quoniam illam legem intelligimus, attingamus etiam aliquid ex l. nostra, quam inveniemus etiam valde esse vitiatam in fine, et §. *pen.* ab interpunctionibus, quod tamen vitium non est secutus Vivianus, non est secutus interpunctiones: ipse videtur intellexisse, quomodo essent pungenda verba hujus l. et inveniemus etiam esse vitiatam. Propositio hæc est: pater dotem a nuru acceptam filio exhæredato legavit, alium hæredem scripsit: filius egit ex testamento legati nomine: non audietur, id est, nihil exiget, nisi caverit hæredi, indemnem eum fore adversus mulierem quandoque facto divortio dotem repetentem; neque enim facto divortio mulier potest experiri cum marito, qui dotem non accepit, et qui non extitit hæres patri, qui dotem non accepit, quamvis scil. dos ad eum pervenerit ex legati causa, *l. si cum dotem*, §. *pen. sol. matr. l.* 1. §. *per contrarium, de dote præleg.* non potest etiam mulier cum eo experiri ex cautione illa indemnitatis, quia filius eam non cavet uxori, sed hæredi: igitur facto divortio dotem repetet ab hærede soceri, licet dos penes eum non sit jam soluta filio soceri, sed filius hæredem ex cautione defendere debet, quod faciet dotem præstando mulieri, licet ei non sit obligatus, vel quam ei solvit hæres, hæredi refundendo. Denique cogetur refundere dotem mulieri effectu ipso, quam consecutus est ex legati causa: quid si mulier aget prius de dote, antequam filius dotem reciperet, puta facto divortio per arbitrum recuperandæ dotis, an postea filius poterit agere adversus eundem hæredem ex legati causa? minime; *frustra agere* inquit, id est, legati nomine nulla ei competit actio ipso jure adversus hæredem scriptum, quia nihil est jam, quod marito præstare possit, cum solutum sit matrimonium, et soluta dos mulieri, *l.* 1. §. *idem Jul. quærit, hoc tit. l. si marito*, §. *cum patri, sol. matr.* Quæ tamen dos, si nondum sit soluta mulieri, ut si annua, bima, trima die solvi debuerit, tamen interim jure legati filius exhæredatus dotem prosequetur sine dilatione ulla, statim post divortium, ut inferius demonstrabitur. Sed interim notandum est quod retuli ante, quodque his verbis significavit Papin. prima parte in verbo, *dotem recuperavit*, hæres recte aget soluto matrimonio, quia mulier non potest agere de dote recipienda antequam solutum sit matrimonium, vel uno casu constante matrimonio, videlicet propter inopiam ejus, qui dotem accepit: Est verissima annotatio: male autem Accurs. mulierem dotem reciperasse constante matrimonio, non quidem jure, sed facto ipso: male item Joannes, et quidem audacius statuit, dotis reciperandæ actionem mulieri nasci etiam constante matrimonio, quocunque casu, sive inops sit, sive locuples is, qui dotem accepit hæresve ejus: nam præterquam uno illo casu, id est, propter inopiam ejus, qui dotem accepit, vel hæredis ejus, actio de dote non nascitur constante matrimonio, et suæ sententiæ confirmandæ gratia Joannes abutitur, *l. si constante*, §. 1. *sol. matr. et l.* 5. *inf. de bon. dam.* Primum hodie constat, *legem*, *si constante*, §. 1. pertinere ad unum duntaxat illum casum, quo solo dos repetitur constante matrimonio: quod apparebit statim evidenter: nam cum lex dixisset initio, ex eo die dotis exactionem mulieri competere constante matrimonio, quo evidens fuerit inopia mariti, subjicit exemplum in §. de filio, qui dotem accepit ab uxore et exhæredatus est a patre, cum nihil haberet in bonis, nisi forte peculium profectitium, quod tamen extinguitur morte patris: ab eo filio exhæredato etiam constante matrimonio mulier dotem repetet, quam ei dedit, e die aditæ hæredatis patris, quia ex eo die vires habet exhæredatio, et evidens est inopia mariti. Igitur ille §. non quocunque casu probat constante matrimonio nasci repetitionem dotis, sed uno illo tantum casu sive unico. Abutitur etiam *l.* 5. *in fi. de bon. damn.* hoc modo, cogitans in casu illius legis in fi. humanitatis gratia non nasci repetitionem dotis,

nisi soluto matrimonio: ergo inquit, alias constante matrimonio nascitur repetitio dotis quocunque casu, ubi cessat eadem humanitatis ratio circumscribit nos, nisi animadverterimus. Lex illa loquitur de uxore deportata, quam pœna sequitur bonorum publicatio semper, *l. ult. §. ult. C. de sentent. pass.* Ergo ut cetera bona mulieris, ita dos publicata videtur: sed lex ait tantum manente matrimonio, neque etiam soluto deportatione sola, si affectionem conjugalem deportata retineat, candemque præstet vicissim maritus, qui mansit in civitate, manente, inquam, matrimonio lex ait, dotem manere apud maritum, non confiscari, et soluto matrimonio dotem reddi mulieri quasi humanitatis intuitu, hodie nata dotis actione; hodie, hoc est, post deportationem. Ergo jura vel bona, quæ post deportationem acquiruntur, deportatus vel deportata retinet, nec eunt in fiscum, *l. 15. de interd. et releg.* Hodie nascitur actio dotis, cum solvitur matrimonium, sed habuit vetustiorem causam, quæ fuit ante deportationem, qua ratione sequi dos videtur debere cetera bona, hoc est, fiscum: et humanitas non est in eo, quod non nascitur actio dotis ante solutum matrimonium, quod est generaliter verum omnibus casibus, sed in eo est, quod nascatur et competat deportato soluto matrimonio actio de dote, quam deportationis pœna publicasse videbatur. Sed in actione de dote pleraque benigne recipiuntur: magnus est favor dotis, *l. eas obligationes, de cap. min.* atque ita illis duabus legibus Joannes abusus est: ne discedas ergo ab annotatione Rogerii. In secunda parte legis intelligimus dotem, quam a nuru pater accepit, et filio exhæredato legavit, si lex Falc. intervenerit Falcidiam pati, quasi rei alienæ legatum. Est enim dos mulieris, non filii: dos legata uxori Falcid. non patitur, quia res sua reddi ei potius, quam dari videtur, non res propria mariti, non res aliena, *l. sed ususfr. §. 1. ad l. Falcid.* Et idem dicit, si legata sit dos mulieri, nurui, *l. 1. §. et sed marito, h. t.* cujus species inferius declarabitur. Idem erit, si quid aliud pro dote sit legatum uxori vel nurui: nam et hoc quoque legatum non subjicietur Falcidiæ, *l. 1. hoc tit.* Idem erit, si dos alii extraneo sit legata, ut uxori vel nurui restituatur, *l. cum dotem, ad l. Falc.* Quod omne ita procedit si nullum sit in legato commodum repræsentationis sive antecessionis, *si le legat n' avance la paye*, si legetur dos, quæ in fundo consistebat, quæ sicut legatur præsenti die, ita citra legatum præsenti die redderetur: nullum quidem in illo legato est commodum repræsentationis, *l' on n' avance point la paye*, sed non est inutile legatum, maxime relictum per vindicationem, vel præceptionem, cum pro actione personali, qua dos repeteretur, legatum adferat rei vindicationem quæ utilior est actio, *l. 5. §. si rem, de leget. 5.* neque tamen ob id lex Falcid. minuit legatum illud dotis: quod non repræsentat dotem, *l. si cred. in fin. de legat. 1.* Quia commodum illud melioris actionis et facilioris, nihil minuit bona testatoris, vel hæredis: commodum repræsentationis minuit. Igitur si legato insit commodum representationis, ut si dos, quæ redderetur annua, bima, trima die, legetur presenti die, constat in eo commodo legem Falcid. locum habere, *l. 1. §. idem quærit. hoc tit.* Observandum est ad hæc in superiore casu, quo dos extraneo legatur, ut mulieri restituatur, et nullum est commodum repræsentationis dissidium quoddam fuisse inter Julianum et Marcellum, ut semper Juliano Marcellus obloqui solet. Julianus volebat illo casu legatarium, cui non sua res, sed aliena legatur, Falcidiam pati, et quod Falcid. resciderit seu detraxerit, mulierem ab hærede consequi actione de dote, *d. §. idem quærit.* Marcellus autem sublato illo circuitu volebat legatarium Falc. non pati, *d. l. cum dotem*, quæ est Marcelli. Julianus spectabat personam interpositi, hoc est, legatarii, qui interpositus est, ut dotem restitueret mulieri. Marcellus spectabat personam capientis, hoc est; ipsius mulieris, ad quam omne emolumentum redit, et rectissime: nam, ut et ipse Marcellus ait, in aliis plerisque casibus persona accipientis spectatur, non interposita persona, per quam capit, ut *l. cogit, §. hi qui solidum, ad Trebell.* Et similiter etiam alia in specie idem Marcellus circuitum tollit, *l. videamus, si cui plusquam per l. Falcid.* Observandum item est, quod diximus initio, dotem nurui prælegatam Falcid. non pati, nisi legato insit commodum repræsentationis. Ad id pertinet *l. 1. §. sed et marito, hoc tit.* Species hæc est: socer a nuru dotem accepit, filium hæredem instituit ex parte, et dotem nurui prælegavit, ut Vivianus posuit recte: Accurs. male, eum legasse dotem filio: mortis soceri tempore constabat matrimonium inter filium et nurum: legatum non valet, si jus actionis de dote, id est, si quod debetur actione de dote, socer nurui legare voluit, quia nondum quicquam debetur constante matrimonio, *l. 1. §. Celsus hoc tit. l. 10. §. 1. de leg. præst.* nisi uno casu, de quo diximus supra; propter inopiam soceri, vel hæredis ejus: sed si pecuniam dotalem nurui legare voluit, valet legatum et præstabitur nurui oblata cautione indemnitatis adversum filium. Commodum legati est magnum, quia mulier recipit dotem constante matrimonio, cui jure suo reddi non debet ante solutum matrimonium. Quapropter in eo commodo Falcidia locum habebit, sed quod Falcidia resciderit, mox

filius hæres institutus ex parte præcipiet judicio famil. ercisc. vel quod addi velim ad illum. §. *sed et marito*, si non sit hæres institutus, id præcipiet utili judicio ex *d.* §. *Celsus*, quia et totam dotem filius præciperet, si a socero nurui non fuisset prælegata: imo si a socero nurui fuerit prælegata, filius petet ab hærede dodrantem, quem hæres mulieri præstitit, sed indemnis a muliere servabitur hæres, atque ita mulier tandem manente matrimonio compelletur marito dodrantem refundere, ut integram dotem habeat maritus, quandiu manserit matrimonium. Et hoc quidem dote legata uxori vel nurui: nunc dicamus, quo de agitur in secunda parte hujus legis, de dote legata filio exhæredato, vel instituto a patre, qui a nuru eam acceperat, quod legatum initio jam dixi Falcidiam pati. Et finge: pater dotem acceptam a nuru filio exhæredato legavit: filius prior egit legati nomine constante matrimonio, hæres ex legato detraxit Falcid. et dodrantem filio solvit, et mulier ratam solutionem dodrantis fecit. Igitur dirempto matrimonio mulier id tantum repetet ab hærede utili actione de dote, id est, efficaciter, quod Falcidia reciderit, quia residuo hæredem liberavit ratihabitio, *l. solutam*, *de solut.* Filius quoque exhæredatus de residuo mulieri non tenetur actione de dote, sed vix solutionem ei factam mulier sana unquam ratam habitura est, quin ei prius ab eo satis cautum eo nomine fuerit. Quod si mulier solutionem illam dodrantis marito factam per hæredem scriptum a socero ratam non fecerit, integram dotem repetet ab hærede soceri dirempto matrimonio, sed defendi hæres debebit a filio secundum fidem cautionis ei præstitæ de indemnitate, et defensione, hoc est defendere eum debebit adversus mulierem agentem de dote repetenda: defendere, est pro hærede litem subire, et si quidem filius totam litem subierit solus, puta de dote repetenda, et condemnatus sit dotem mulieri reddere, actio judicati in quem dabitur? in hæredem quem defendit, an in maritum defensorem? Sane ut prudenter Papinian. animadvertit in hac secunda parte, in maritum actio judicati dabitur pro dodrante, quam accepit ab hærede, qui pro dodrante in rem suam intervenisse videtur juxta *l. Plautius*, *de procur. l. ult. de re jud.* In hæredem autem actio judicati debitur pro modo Falcidiæ, hoc est, pro quadrante, quia pro ea parte maritus rem alienam defendisse videtur: quia non ipsa, sed dominus rei judicatæ tenetur, *arg. l.* 1. §. *in proprium*, *quand. app. sit.* Et hoc quidem ita est, si cautum non sit mulieri judicatum solvi: nam si maritus caverit judicatum solvi, in solidum ex stipulatione convenitur, sed pro modo Falcidiæ regressum habebit adversus hæredem, cujus voluntate totam litem subiit, vel si hæres præsens caverit judicatum solvi, non maritus juxta *l. si ad defendendum*, *inf. judic. sol.* ipse hæres in solidum tenebitur, sed indemnis servabitur a marito secundum fidem cautionis interpositæ inter eum et maritum. Et hoc est quod Papinian. voluit in secunda parte his verbis, *sed si lex Falcid. etc.* et mendum in illo loco, *quæ jure Falcidiæ petenda est*, nam mulier eam quantitatem non petit jure Falcidiæ sed jure dotis, judicio dotis: et rursus eam quantitatem hæres jure Falcidiæ non petit, sed retinet. Est enim Falcidia in retentione, non in petitione, *l.* 14. *et* 15. §. 1. *et* 53. *ad l. Falcid.* Igitur scribendum, *quæ jure Falcidiæ retenta est*, ut supra dixit, propter eam quantitatem, quam hæres retinuerit. Et sequitur in ea lege quam facio tertiam partem, *sed si prius quam legatum filio solveretur.* Quæ ante dicta sunt, eo casu procedunt, quo filius exhæredatus prior egit ex testamento, et legatum consecutus est, deinde factum est divortium: nunc ponit mulierem divertisse antequam filius exhæredatus legatum consequeretur, quo casu mulier ipsa quidem non potest statim dotem præcipere, quæ scil. continetur pondere, numero, vel mensura, sed statis temporibus, puta annua, bima, trima die: verum filius exhæredatus, cui dos legata est, statim dotem præcipiet, etiam post divortium, et per ea intervalla temporis fruetur legato, sed indemnem servabit hæredem ex cautione indemnitatis, quam interposuit, ubi scilicet mulier petet primam vel secundam, vel tertiam pensionem. Ergo non iisdem diebus filio dos solvitur, quibus muliere filio solvitur statim, mulieri annua, bima, trima die: videlicet, si sit prælegata filio exhæredato: nam aliud erit, si sit prælegata filio hæredi instituto ex parte, nec abstinente se: filio ex asse instituto, omnino legaretur frustra: ex parte instituto, utiliter legatur pro parte cohæredum. Et hoc casu cohæredes filio solvunt dotem iisdem diebus, quibus mulieri solvi debet, hoc est, annua, bima, trima die. Et hanc differentiam inter filium exhæredatum, et hæredem institutum. Papinian. evidenter exponit in hac tertia parte, si modo ejus verba punctis distinguantur recte, nempe hoc modo, *responsum est*, hic pone virgulam, *cum patri*, *etc. admissus est*, punctum, ut §. *ult.* incipias ab his verbis *et forte per errorem.* Omnes libri habent hoc vitium, non habuit Vivianus, nec Bartolus. Sed videamus, quæ sit ratio differentiæ inter filium exhæredatum, et hæredem institutum. Filio exhæredato post divortium dos, quæ ei legata est, solvitur statim: filio instituto, annua, bima, trima die. Redde rationem: locus

hic est singularis in Papiniano. Ratio est aliquantulum obscura: filium exhæredatum, cui nihil præter dotem reliquit pater, videtur voluisse pater fructum aliquem ferre ex legato, quem nullum ferret, si post divortium iisdem diebus ei dos solveretur, quibus et mulieri solvi dos debet. Ergo ne sine fructu sit legatum, per intervalla eorum dierum, filius exhæredatus, qui nihil habet aliud, fruetur commodo legati potius, quam hæres scriptus: ei filio vero, quem hæredem scripsit ex parte, non videtur dotem præterea legasse, ut ex ea fructum caperet solus sine concursu cohæredum post divortium, sed magis ut ipse solus, si quidem non abstineret se hæreditate Paterna, munere fungeretur reddendæ dotis quasi hæres et maritus. Qua de causa post divortium, non statim præcipit dotem, sed annua, bima, trima die, et indemnes cohæredes suos servat, mox pensiones quasque mulieri reddendo, vel alias defendendo cohæredes suos adversus mulierem pensiones repetentem. Quod est in §. *ult.* est apertissimum. Si filius exhæredatus, ut intelleximus ex initio legis, dotem petat ex legati causa, hæres non ante cogitur solvere, quam filius ei caverit de indemnitate soluto matrimonio, quo tempore repetitio mulieri competit adversus hæredem: quæritur, quid fiat, si in solvendo legato per errorem hæres omiserit illam cautionem, et postea soluto matrimonio coactus sit mulieri solvere dotem, an poterit condicere legatum, quod solvit filio sine cautione, quasi indebitum? minime, quia sane non fuit indebitum, *quia*, inquit *cautionis præstandæ necessitas solutionem moratur, non indebitum facit, quod fuit debitum.* Quid igitur faciet hæres? Æquum erit subveniri hæredi, ne duplici præstatione dotis oneretur contra voluntatem defuncti, et subvenietur illi non condictione sine causa vel condictione cautionis incerti, quæ est fera, jam dote mulieri soluta, sed subvenietur ei utili condictione quasi ex tacita cautione, perinde ac si intervenisset cautio, ut *l.* 5. §. *pen. de usufr. ear. rer. quæ usu. et l. his verb. de adopt.* Quid ergo in eodem casu, si hæres per errorem omiserit cautionem, cum solvit legatum filio, et soluto matrimonio doti solvendæ non sit idoneus? an dos perierit mulieri, cui hæres nec dotem potest solvere, nec cedere actionem ex cautione, quam omisit, nec rursus cedere actionem quasi ex tacita cautione, quæ non competit, nisi dote mulieri soluta? an ergo mulieri soluta? an ergo mulier erit indotata? Minime: erit æquum hoc casu similiter mulieri subveniri datam utili actione dotis adversus maritum: regulariter, si pater accepit dotem, non filius, filius exhæredatus non tenetur mulieri de dote, *l.* 1. §. *pen. hoc tit.* quamvis dotem sit consecutus ex causa legati, *l. si cum dotem,* §. *pen. solut. matrim.* Sed in proposito casu æquum erit, dari utilem actionem de dote adversus maritum, qui dotem habet ex causa legati, tametsi non ipse, sed pater eam ab initio acceperit, cui ipse non successit, ne dos pereat mulieri. Occurrunt utiles actiones iniquitati.

Ad L. Cum tale LXXII. de Cond. et demonstr.

Cum tale legatum esset relictum Titiæ, si a libe is non discesserit: negaverunt eam recte cavere, quia vel mortuis liberis legati conditio possit existere: sed displicuit sententia, non enim voto matris opponi tam ominosa non interponendæ cautionis interpretatio debuit.

Quod est initio *l. cum ta'e et* §. 1. est de cautione Muciana. Sciendum est, conditiones, quæ legatis adscribuntur alias in faciendo consistere, alias in non faciendo. Conditiones, quæ in faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem differunt: neque enim antequam impletæ sint, peti legatum potest. Conditiones, quæ in non faciendo consistunt, legati obligationem, actionem, solutionem non differunt: nam si cui ita legetur, *si Capitolium non ascenderit*, vel, *si Alexandriam non iverit*, ei hæres statim legatum solvere debet, si modo caverit se non facturum (quod ne faceret in conditione testatori posuit) aut si secus fecerit: nam certe id addi cautioni oportet, rem legatam, vel, quanti res ea erit, cum fructibus et usuris medii temporis redditurum, *l. hæres*, §. *qui post*, *l. cum sub. hac*, *hoc tit. l. cum filius*, §. *qui Mucianæ*, *de leg.* 2. *et Novel.* 22. *de secund. nupt.* Cavere autem debet is, cui legatum est sub conditione non faciendi aliquid: quibus? his quorum interest, inquit, *l. servo*, §. *si testator*, *ad Trebell.* iis, ad quos deficiente conditione legatum pertinere potest, inquit *l.* 18. *h. t.* quod est obscurum: quibus igitur cavere debet? dic apertius, hæredi scil. et sustitutio: nam et in legatis fit substitutio, vel conjuncto vel legatario, a quo fideicommissum relictum est sub conditione non faciendi aliquid: nam ad hoc redit legatum quod deficit, *d. Novell.* 22. Cavere autem in hoc proposito, est satisdare fidejussoribus, vel jurato repromittere, cum hypotheca bonorum suorum, ut constat ex eadem Novella. Et hæc cautio appellatur cautio Muciana, ab inventore. Q. Mucio Scevola Jurisconsulto. Proprium munus Jurisconsultorum est cavere aliis, multo magis sibi ipsis, ut ait. M. Tull. ad Trebat. cautiones invenire, cavere formulas. Jurisconsultus est cautor formularum, et remediorum, quibus quisque ad jus suum perveniat. Et hæc

cautio Muciana, etiam remedium dicitur duobus locis, *l. 7. hoc tit.* et alio quodam loco ejusdem tit. qui post affertur. Cautiones omnes sunt remedia juris sui obtinendi, et locum habet hæc cautio Muciana non tantum in legatis et fideicommissis relictis sub conditione non faciendi, sed etiam in hæreditatibus relictis sub eadem conditione, *d. l. 7. et. 18. hoc tit.* Et locum habet etiam in mortis causa donationibus, ut constat ex *d. Nov.* 22. Comparantur legatis semper fere donationes causa mortis. Et hoc vero cum ait Justinianus in *sup. d. Nov.* 22 cautioni Mucianæ locum esse in donationibus mortis causa, satis constat in donationibus inter vivos semper strictius accipi. Sunt juris auctores in illis approbandis et recipiendis restricti: nam neque est optimi patrisfamilias donare, et frequentius peccavero, si pro donatario, quam si contra donatarium judicavero. Donationes non valent sine insinuatione: non valebant, ut constat ex C. Theod. donationes omnium bonorum factæ inter vivos, nisi in donando donator recensuisset singula bonorum suorum, quod habuit summam rationem. Tu donas omnia tua bona stulte et insipienter, insipide, nescis, fortasse, quæ bona habeas, recense singula; quo jure tamen non utimur: posset multis aliis exemplis demonstrari, donationes quodammodo improbari factas inter vivos: nam quod restrictius accipio, ægre probo, et ingratis probo. Unde si tibi donavi sub conditione, *si Capitolium non ascenderis*, perinde est, ac si tibi donassem *cum morieris*, quoniam antequam moriaris, non est certum te Capitolium non ascendisse: non ergo donato frueris statim, nec nunquam frueris ipse, sed hæres tuus: expectabitur mors tua, antequam perficiatur donatio, nec ullo remedio capere potes donationem tu, nec hæres tuus, antequam moriaris. Ergo hoc sit primum, cautioni Mucianæ locum non esse in donationibus inter vivos. Secundum sit: cautioni Mucianæ non esse locum etiam in stipulationibus, quæ et restrictius accipiuntur, *l. stipulatus est de fidejussoribus, l. quicquid, de verb. obl.* Declaremus exemplis: si stipuler sub conditione, *si Capitolium non ascendero, centum mihi dari spondes?* et tu spondeas mihi centum sub eadem conditione, et etiamsi de non ascendendo offeram cautionem ad exemplum Mucianæ, non agam ex stipulatu, ac perinde erit, ac si stipulatus essem nominatim, cum moriar mihi dari: denique expectabitur mors mea, antequam sit actio ex stipulatu, §. *si ita quis, Instit. de verb. oblig.* Et similiter, si stipuler hoc modo, *si Capitolium non ascenderis, centum spondes et spondeas*, perinde erit, atque si stipulatus essem cum morieris, quia nec antequam morieris, statim potest extitisse conditio, *l. ita stipulatus, inf. de verb. obl.* Item, quod congruit etiam cum superioribus, licet positurus sim in legatis vel hæreditatibus, si legavero vel hæredem te instituero sub hac conditione, *si Capitolium non ascendero*, perinde est, atque si legassem, *cum moriar, tibi dari*, *l. Stichus, de manum. testam.* et expectabitur mors, quæ etsi pure legassem, expectaretur. Sed quod non congruit cum his, quæ diximus de stipulationibus, si ita legavero, *si Capitolium non ascenderis*, interposita cautione Muciana, remedio cautionis Mucianæ, capies legatum statim, nec expectabitur mors tua, nec perinde erit atque si legassem, *cum morieris tibi dari*, quanquam hic sensus superiori conditioni tacite insit. Sed aliud est, quid exprimere palam, aliud intelligere tacite, *l. hæres*, §. *quamvis*, *hoc tit.* Lego tibi usumfruct. cum morieris: legatum est inutile, quia confertur in tempus, quo solet finiri ususfruct. *l. Titio, de usufr.* lego tibi usumfruct. *si Capitolium non ascenderis:* valet legatum, et remedio cautionis Muc. statim id consequi potes. *d. §. quamvis.* Ergo in stipulationibus nihil refert, de te stipuler *cum morieris*, an si *Capitolium non ascendero:* sed in legatis multum interest, legem tibi *cum morieris*, an *si Capitolium non ascenderis, si Romam ieris.* Et ratio differentiæ plenior inter legata et stipulationes hæc est: nam hæc non explet animum non legata plenius accipi stipulationes strictius: hæc, inquam, sola ratio non satisfacit ad plenum, nisi dilatetur hoc modo: legatum ex sola defuncti voluntate valet, qui cum legatum nominatim non contulerit in ultimum momentum vitæ legatarii his verbis, *cum morieris, cum morietur Titius Titio lego:* sed si ita scripsit: *si Titius Capitolium non ascenderit ei lego*, modum potius, quam conditionem fecisse videtur, nisi aliam fuisse ejus mentem hæres probaverit. Ergo oblata cautione de non faciendo, aut de reddendo legato præstabitur legatum, quasi sub modo relictum: stipulatio ex duorum consensu valet, stipulatoris et promissoris, *l. inter*, §. *si Stichum, de verb. obl.* Neque igitur tantum spectamus quid senserit unus, sed etiam quid senserit alter: et in obscuro vel ambiguo secundum promissorem interpretationem facimus, et imputamus stipulatori, cur apertius stipulationem non conceperit, *l. quicquid, de verb. obl.* Et hanc conditionem, *si capitolium non ascendero*, quæ est ambigua, nam vel pro modo, vel conditione accipi potest, pro conditione potius accipiemus, ne statim promissor conveniatur ex stipulatione: quia commodius est promissori, tardius quam ocyus conveniri. Idemque erit omnino, si stipuler de te, *si Capitolium non ascenderis, mihi dari.* Et ita explicanda est ratio differentiæ. Sed adjiciendi

etiam his sunt alii casus, quibus non est locus cautioni Mucianæ. Addo, non esse locum Mucianæ cautioni in libertatibus, ut puta, *liber esto, si Capitolium non ascenderis:* etiamsi caveas denon ascendendo, non pervenies ad libertatem propter solum illud remedium cautionis: denique remedio cautionis non pervenies ad libertatem, non est in hac specie locus cautioni Mucianæ, quod apparebit ex *l. libertas*, *l.* 1. §. *ult. de man. testam.* Videamus, quæ fit ratio, cur in libertatibus non est locus cautioni Mucianæ. Qui ita libertatem adscripsit, *liber esto si Capitolium non ascenderis*, aut voluit libertatem conferre in ultimum vitæ tempus servi, aut non. Si voluit libertatem conferre in ultimum vitæ tempus, non est locus Mucianæ cautioni, quia non fuit ei animus dandæ libertati, ac proinde inutilis est libertatis datio, sicut si nominatim dixisset, *cum morieris liber esto, d. l. ult.* Si noluit, quod fit plerumque, libertatem conferre in ultimum vitæ tempus, si serio libertatem conferre in ultimum vitæ tempus, si serio libertatem adscripsit, non ludibundus, videtur servus pervenire ad libertatem posse, præstita veluti Muciana cautione: *si secus fecerit pretium sui reddi*, *quanti fuit antequam liber fieret*, *ut l. Papin.* §. *ult. l. seq. de inoffic. testam.* Nam et cautio Muciana, ut superius diximus, ita concipitur, *quanti ea res erit,* quæ verba pretium rei verum demonstrant, *l. cum sub hac*, *hoc t.* Sed virtus est, hoc etiam casu non esse locum Mucianæ cautioni: nam Muciana cautio interponitur de re ipsa restituenda, quæ præstatur, vel de ejus pretio, *d. l. cum sub hac.* Libertas autem, quæ semel competit, restitui non potest, ac ne pretium libertatis quidem, quia res est inæstimabilis. Ergo de libertate cautio Muciana caveri non potest. Sed ne impediatur libertas, quam, ut posuimus, testator impediri noluit, melius erit verba illa, *liber esto si Capitolium non ascenderis*, interpretari, si cum primum potueris Capitolium ascendere, non ascenderis: namque ita cum primum potuerit servus Capitolium ascendere consequetur libertatem. Recipienda est hæc interpretatio, quia testator non habuit ludibrio servum, id est, noluit libertatem conferre in tempus mortis: non potest fieri liber remedio cautionis Mucianæ, fiet liber remedio interpretationis voluntatis defuncti. Quæ ratio est valde notanda. Et addendum, non esse etiam cautioni Mucianæ locum, si legatum relictum sub conditione non faciendi, per aliam conditionem differtur, quod est evidentissimum, et a Papiniano scriptum *l. in avia*, §. 1. *hoc. tit.* Finge: ita legavi, *si Capitolium non ascenderis*, *et si navis ex Asia venerit*, *centum do*, *lego*, an oblata cautione Muciana legatarius consequetur legatum? minime, quia alia conditio differtur in casum, in eventum collata. Item, non est locus cautioni Mucianæ, si testator eam remiserit in testamento, id est, si significavit eum, cui legavit sub conditione non faciendi, se velle consequi legatum etiam non præstita cautione, se velle fidem ei haberi: quod et ita proponitur *in sup. d. Nov.* 22. Ac postremum non est cautioni Mucianæ locus in his conditionibus, quæ vivo legatario alterius morte, vel alio modo expleri possunt. Quod uti intelligatur, sciendum est conditiones, quæ in non faciendo concipiuntur, de quibus tractavimus, alias esse, quæ non nisi morte legatarii expleri possunt, ut illa conditio, *si Capitolium non ascenderit*, quia etiam quamdiu vivit legatarius, Capitolium potest ascendere: non ante potest dici non ascendisse, quam mors eum prævenerit, et in his conditionibus locum habet cautio Muciana, ut ostenditur *in l. seq. et l. servo*, §. *ult. ad Trebel.* Alias autem esse, quæ vivo legatario alterius morte, vel alio modo expleri possunt et finiri, et in his non habet locum cautio Muciana, sed expectatur omnino, quoad expletæ sint: ut in hoc casu, lego mulieri nuptæ alii sub conditione, *si a marito non diverterit*, an capiet legatum statim oblata cautione Muciana? minime, quia conditio viva ea expleri potest præmortuo marito, vel divortio facto culpa mariti, *l. pater*, §. *socrus*, *hoc tit.* Addamus aliud exemplum: lego mulieri sub conditione, *si Titio non nupserit:* an statim capiet legatum oblata cautione Muciana: minime, quia conditio expleri potest ea viva mortuo Titio, *l. hoc. genus*, *hoc tit.* Etiam aliud addamus exemplum: lego Titio sub conditione, *si mulieri non nupserit*, an capiet statim legatum oblata cautione Muciana? minime, quia conditio hujusmodi non expletur morte Titii legatarii, sed expleri potest eo vivo, mortua muliere, *l. avia,* §. *Titio, hoc tit.*

Ad §. *I.*

Et cum patronus liberto certam pecuniam legasset, si a liberis ejus non decessisset, permisit Imper. velut Mucianam cautionem offerri: fuit enim periculosum ac triste libertum conjunctum patroni liberis, eorundem mortem expectare.

§. 1. *Titius hæredem institutum rogavit, post mortem suam hæreditatem restituere, si fideicommissi cautio non fuisset petita: Mucianæ cautionis exemplum ante constitutionem remissæ cautionis, locum habere non potuit, quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri conditio potuit.*

Diximus cautionem Mucianam locum habere in conditionibus, quæ in non faciendo consistunt, si

non possint expleri, nisi morte legatarii, si non possint expleri vivo legatario, ut scilicet interposita cautione non infringendæ conditionis, legatarius statim legatum accipere possit, eoque uti frui: cautionem Mucianam non habere locum in his conditionibus, quæ vivo legatario expleri possunt, etiamsi conceptæ sint in non faciendo, et harum tria proposuimus exempla, unum ex *l. pater*, §. *socrus*, *hoc tit.* alterum ex *l. hoc genus*, *eod.* tertium ex *l. avia*, §. *Titio*, *eod.* nunc addamus quartum ex §. *Titius*, *legis nostræ*. Sciendum est, legato relicto aut fideicommisso in diem vel conditionem, quoniam iterum posset dilapidari ab hærede, non legatum illud tantum, sed et res omnes hæreditarias, ex edicto prætoris desiderante legatario cavere hæredem debere de servando legato vel fideicommisso, et restituendo suis diebus. Quod si nolit cavere, mittitur legatarius in possessionem bonorum ex his titulis, ut legati nomine caveat, et ut in possessionem legati. Hæc cautio præstatur ex edicto prætoris, nec potuit testator eam remittere, juxta *legem nec pater*, *de legat.* 1. quia non potest testator facere, ne leges in suo testamento locum habeant: sed hodie ex Constit. D. Marci testator potest remittere eam cautionem, puta prohibere, ne legatarius exigat a suo hærede cautionem ejusmodi: non posset prohibere istam cautionem, nisi constitutio D. Marci permitteret, quæ est in *l.* 2. *C. ut in possess. leg.* ut non posset etiam prohibere Falcidiam, nisi Costitut. Justinian. permitteret. Ergo cui permissum non est nominatim, non potest facere, ne leges habeant locum in suo testamento. Hodie igitur constat, vulgarem illam cautionem, quæ interponitur legatorum servandorum causa, a testatore remitti posse ex Constitut. Marci. Nunc finge, quæ est species. §. *Titius*, quidam hæredem instituit, et eum rogavit, ut post mortem suam restitueret hæreditatem Cajo sub conditione, *si Cajus non peteret cautionem fideicommissi servandi causa:* quo plane indicavit, sibi non placere ea cautione hæredem onerari. Quæritur, *an possit legatarius admitti ad legatum statim oblata cautione Muc. de non exigenda cautione fideicommissi servandi causa, ut in conditione est expressum seu præscriptum?* Et respondetur, non posse, sed expectari debere, quoad impleta sit ea conditio, quia, inquit Papinian. ea conditio impleri potest vivo fideicommissario cui sub ea conditione fideicommissum relictum est post mortem hæredis, et mori hæres potest vivo fideicommissario: et impleta dicitur conditio, si quandiu vixit hæres, ab eo fideicommissi cautionem fideicommissarius non petierit: quæ ratio Papiniano sufficit: quia, *inquit*, ut eam declaremus apertius, morte hæredis vivo fideicommissario conditio impleri potest, nec scilicet, quod est subintelligendum, morte fideicommissarii vivo hærede impletur utiliter, cum sit conditionale fideicommissum, collatum in mortem hæredis, quod in hæredem fideicommissarii non transmittitur, *l. hæres*, §. 1. *hoc tit.* Frustra igitur caveret fideicommissarius, se non petiturum cautionem fideicommissi servandi causa, cujus morte, si contingat vivo hærede, legatum extinguitur, id est, fideicommissum. Et prudenter Papinian. ostendit in hoc §. *Titius*, huic disputationi locum fuisse ante constitutionem D. Marci; ex qua hodie a testatore potest remitti cautio servandi legati vel fideicommissi, ut ante diximus. Nam post Constitut. D. Marci superflua est hæc disputatio. Ergo post eam Constitut. testator declaravit sibi non placere cautionem legatorum interponi. Adscripta legato conditione non interponendæ cautionis, ea conditio non intelligitur esse conditio, nec etiam potest deficere, cum invito hæredi extorqueri non possit, *l. licet, ut leg. nom. caveat. l. avia*, §. *ult. hoc tit.* Jurisconsulti nostri in his libris disputant sæpe multa de jure etiam abolito Constitutionibus, et separant jus a Constitutionibus, atque ideo missis Constitution. sæpe de solo jure tractant. Ut cum tractant de obligatione naturali pupilli, qui contraxit sine tutoris auctoritate, et obligatur tantum naturaliter, etiamsi factus sit locupletior, et tractant, ac si ita jus sit certissimum de ea re, ut in *l. si pupillus. de verb. oblig.* Cum tamen constet, hodie pupillum civiliter obligari Ex Constit. Divi Pii si factus sit locupletior, *l.* 3. *de neg. gest. l. pupillus, de auct. tut.* et ita in *tit. de precario* tractant de interdicto de precario ac si non esset civilis actio de precario, cum tamen constet, hodie ex precario etiam esse civilem actionem. Puto igitur ex Constit. ut ex eo tit. de precario intelligi potest, et ita quoque in hoc §. de re jam ante a nobis exposita: ut ipse ait, nominatim Pap. tractat, ac si Constit. D. Mar. non permisisset eam cautionem legatorum servandorum causa remitti voluntate testatoris. Et verba Pap. hæc sunt, *Titius hæredem, etc.* Quod sequitur, quid ergo? Est alia quæstio, quæ nihil pertinet ad superiora. Nunc tentare possumus contra ea, quæ ante posuimus quasi certa et confessa, etiam, in his conditionibus, quæ vivo legatario expleri possunt, cautioni Mucianæ locum esse ex *l.* 7 *et l. cum sub hac, h. t. l.* 4. §. *ult. C. de cond. inst.* ut in his conditionibus, si servum non manumisit, si servum non alienaverit, quæ expleri possunt morte servi vivo legatario. In his conditionibus locus est Mucianæ cautioni, ut supra dictæ leges ostendunt. Item in hac conditione, *si uxorem non duxerit, lego illi centum*, constat ex N. 22. locum esse Mucianæ cautioni, tametsi ante mor-

tem legatarii explere possit, puta sacerdotio ei obveniente, quod filiolam imponit viro. Sed respondeo, quod diligenter advertendum est: hoc modo testator, qui præscripsit conditiones hujusmodi, *si servum non manumiserit*, *si servum non alienaverit*, non mortem servi, sed mortem legatarii spectavit, id est, non hunc casum cogitavit si servus moriatur in servitute et potestate legatarii vel hæredis, et adscripta sit ea conditio: sed hunc tantum casum cogitavit, si legatarius usque in diem ultimum vitæ suæ obtinuerit manumissione, vel alienatione servi, quia quasi hoc solo inspecto casu legato relicto, sane statim legatarium admittemus oblata cautione Muciana de non manumittendo vel alienando servo aut si secus fecerit de reddendo legato cum fructibus. Eadem est ratio istius conditionis, si iterum nuptias non contraxerit, quia non sacerdotium, quod incertum erat an obveniret legatario, sed mortem tantum legatarii spectavit testator, si usque in eam, permaneret cœlebs. Ergo merito hoc casu cautioni Mucianæ locus est quasi legato relicto in casum tantum mortis legatarii, quamvis et sacerdotio obveniente legatario, atque adeo vivo legatario, sane adimpleatur conditio. Eadem etiam est ratio earum conditionum, quæ proponuntur vel suggeruntur initio istius legis, quod sane indiget explicatione tametsi videatur esse facillimum prima fronte. Finge: vir legavit uxori sub conditione, *si a liberis non discesserit*, non dixit, *si a liberis non nupserit*, quæ conditio remittitur, *l. Julia*, quæ indicit viduitatem, *l. sed si hoc*, §. *ult. hoc tit.* sed dixit, *si a liberis non discesserit*, quæ conditio non remittitur, et morte liberorum impleri potest viva matre: et tamen in ea locus erit cautioni Mucianæ, quia scilicet in ea conditione præscribenda patri, non venit in mentem mors liberorum, contra votum parentum sperabat certo liberos morti superstites: non igitur de hoc casu cogitavit tristi et miserabili, sed de morte tantum uxoris, cui supervivorent liberi communes. Quid ergo si extraneus non vir mulieri habenti liberos sub eadem conditione legaverit, *si a liberis non discesserit*? puto hoc etiam casu mulieri petenti legatum oblata cautione Muciana non posse obj'ci rem ominosam, detestabilem et tristem, minime modestam, quæ sane liberos sibi etiam superstites cupit non posse, inquam, huic voto natura'i matris objici, morte liberorum expleri conditionem posse: et ideo non esse legati petitionem antequam mortui sint liberi, cessare remedium cautionis Mucianæ. Quia quod notandum, sicut nemo intelligitur filio patrem substituere contra votum parentum, *l. Julianus*, *si quis omis. causa test.* ita nemo creditur patri vel matri male ominari, et in tempus mortis liberorum legatum relinquere. Et hæc, ut opinor, est sententia hujus *l. in princ.* Hic, inquam, est casus, qui ponitur in principio legis, cum extraneus mulieri habenti liberos ita legavit, in quo casu plus erat dubitationis, quam in priore casu, cum vir uxori eodem modo legavit. Nam quod observandum est, Papinian. non ponit virum uxori legasse, sed mulieri habenti liberos relictum fuisse legatum sub conditione, *si a liberis non discesserit.* Et sequitur in eodem initio legis, idem servari, si liberto patronus ita legaverit, *si a liberis non discesserit*, si ut ait, conjunctus erit, fuerit conjunctus scilicet hospitio, familiaritate, convictu, si adhæserit liberis patroni, eisque prorsus fuerit affixus; conjuncto significatur hospitii atque consuetudinis seu convictus, non alia conjunctio; qua enim alia est libertus patroni liberis conjunctus? Si igitur liberto legaverit sub conditione, *si a liberis suis non discesserit*, hæc conditio morte liberorum expleri potest vivo liberto, et tantum in ea erit locus cautioni Mucianæ, quia testator nihil videtur quicquam cogitasse de morte liberorum suorum, sed spectasse tantum mortem liberti, et hoc sensisse, si quandiu vixeris, cum liberis meis remanseris. Et sane si oportet libertum expectare mortem liberorum, nec posset statim pervenire ad legatum, oblata satisdatione Muciana periculum esset, ne insidiaretur vitæ liberorum, cum quibus habitat, cum quibus conjunctus est hospitii jure quod eadem omnino ratione statuendum est, non tantum de liberto, sed et de quocunque extraneo, cui ego ita legavero, *si a liberis meis non discesseris.* Nam et ei præstatur legatum statim oblata cautione Muciana, nec expectatur mors liberorum. Quid est evidentius? Ergo maxime notandum, quod hic dicitur de liberto, trahendum etiam esse ad quemlibet extraneum, ut in vexata illa *l. si unquam C. de rev. don.* quæ est scripta de donatione facta liberto, ut revocetur supervenientibus liberis donatori. Quod tamen aliqui restringere volunt ad donationem factam tantum liberto, sed licet porrigere ad donationem factam extraneo cuilibet, ut revocetur donatio supervenientibus liberis. Quo jure etiam utimur, quia si cogitasset habiturum liberos, sane non donasset immense, ut fecit. Verba Papin. hæc sunt in princ. *l. cum tale*, ait hoc loco, *veluti Mucianam cautionem*, quia interponitur ad exemplum cautionis Mucianæ ut loquitur §. 1. *h. l. et l. avia*, §. *Titio hoc tit.* quæ vivo legatario impleri non possunt. Veluti Muciana seu quasi Muciana locum quandoque etiam habet ex mente testatoris in iis conditionibus quæ vivo legatario expleri possunt, ut in casibus quos exposui. Addendum aliam esse rationem conditionum, quæ ponuntur in *l. pater*,

§. *socrus*, *l. hoc genus*, *l. avia*, §. *Tit. h. t. et in* §. *Titius l. nostræ. In l. pater* §. *socrus* hæc est conditio, *si cum marito in matrimonio perseveraverit*, quod perinde est, atque si dixisset, *si a marito non diverterit*, id est, hæc conditio vi ipsa in non faciendo concipitur. Hæc vero conditio sane confertur in mortem mariti hoc sensu, *si usque ad mortem mariti in matrimonio perseveraverit*, ut etiam confertur in divortium factum culpa mariti. Ergo expectandus est hic casus, nec antequam extiterit, legatarius, remedio cautionis ad legatum pervenire potest. *In l. hoc genus* est hæc conditio, *si Tit. non nupserit*, quod nominatim lex ait perinde esse, ac si post mortem Titii: testatorem igitur intuitum mortem Titii: ergo expectanda est mors Titii, nec remedio cautionis ante capi legatum potest. Et hoc idem evidentissime in ea conditione est, quæ proponitur in *l. avia* §. *Titio*. Legavi tibi sub conditione, *si Terentia non nupserit:* non potest in hac specie ullo modo esse locus cautioni Mucianæ, quia conditio non expletur post mortem legatarii, et quia post mortem jus Terentia nubere possit, sed ex morte mulieris tantum ergo necessarium est expectare mortem mulieris, hoc est, ventum conditionis. Idem est evidentissime in ea conditione, quam proposui in §. *Titius*, quoniam in eo §. palam testator fideicommissum contulit in mortem hæredis scripti, id est, fideicommissum reliquit post mortem hæredis sui. Ergo mors hæredis expectanda est, nec potest cautioni Mucianæ locus esse. Et hæc sufficiant de Muciana cautione, quæ sunt notatu dignissima.

Ad §. *Quid ergo.*

Quid ergo si ita scriptum sit? peto post mortem tuam restituas hæreditatem, ita ne satis fideicommissi petatur, neve ratio exigatur: sine dubio per hujusmodi verba non interponendæ quidem cautionis conditio videbitur adscripta, rationi vero non exigendæ modus adhibitus, scilicet ut culpa non etiam dolus remissus intelligatur: idque in ejus persona, qui negotia gessit, cuique rationis reddendæ necessitas fuerit testamento remissa, rescriptum est.

Omne quod diximus fuit de stipulatione Muciana cujus remedio legata relicta sub conditione statim recipiuntur, sub conditione, inquam, non faciendi aliquid: nam in eis conditionibus, quas jus remittit, hoc est, quas impleri necesse non est, frustra disputatur de interponenda stipulatione Muciana. Ejusmodi est conditio non petendæ cautionis legati, aut fideicommissi servandi causa, ut si hæredem meum rogavero, ut hæreditatem restitueret post mortem suam sub hac conditione, *si cautionem fideicommissi servandi causa ab eo non petiisset*, vel ita, *ne fideicommissi cautionem ab eo peteret*, quæ cautio est prætoria, proficiscitur enim ex edicto prætoris, uti legati nomine caveat. Finge igitur, fideicommissum adscribi tibi sub conditione *eam cautionem ut non peteres ab hærede meo*, vel sub modo, *ita ut eam cautionem non exigeres ab hærede meo.* Hæc conditio, hic modus satis declarat, mihi illam cautionem displicere, id est, non placere mihi, ut ea cautione oneretur hæres meus. Igitur remissa ea cautio videtur: namque hodie constat ex Constitutione D. Marci quocunque indicio voluntatis hanc cautionem remitti posse, non opus esse expresse conditione, vel prohibitione, vel modo, sufficit quælibet conjectura voluntatis, *l. avia*, § *ult. hoc tit. l.* 2. *C. ut in poss. l.* Potest igitur hæc conditio remitti testamento, sine conjectura voluntatis testatoris: potest et remitti pacto, *l. pactum de pactis.* quod fit testamento, et fit pacto recte. Hodie Falcidia recte prohibetur testamento, ergo et pacto convento. Et vicissim, quod fieri potest pacto, et testamento potest, *d. l. pactum.* Cum igitur testator voluit remitti illam cautionem fideicommissi servandi causa, et remissa intelligitur illa conditio, adeo ut possit fideicommissarius pervenire ad fideicommissum, etiam non præstita cautione Muciana, nisi dies moretur petitionem fideicommissi. Nam et post præstationem fideicommissi exigeretur ea cautio frustra. Qua de causa et in hac specie fideicommissi esset locus cautioni Mucianæ: tamem disputari potest ante Constitutionem D. Marci. Eaque est sententia, §. *Titius, hujus legis*, quem ego jam ante exposui. Sed ut hæc, que sequuntur, cum his coaptemus, quemadmodum, quæ ante diximus, cohæreant cum his, quæ dicturi sumus, necesse fuit ea repeti. Quæritur in §. *quod ergo hujus legis*, an conditio vel modus non reddendæ rationis eidem fideicommisso adscriptus, omnino videatur remittere rationum redditionem. Finge: hæredem meum rogavi, ut tibi restitueret hæreditatem post mortem suam ita, ne exigeres ab eo cautionem fideicommissi, et ne ab eo exigeres rationem administratorum bonorum hæreditariorum, remissa videtur cautio omnino, an etiam omnino videtur remissa redditio rationum? Et docebit, non etiam omnino videri remissam redditionem rationum: dolum enim malum remissum non videri, sive intermissionem rationis fraudulentam. Quod ut intelligatur, sciendum est, hæredem rogatum restituere hæreditatem alteri post mortem suam, vel in aliam diem, vel conditionem, fideicommissario rationem reddere debere eorum, quæ ex bonis deperierunt dolo malo ejus, vel lata cul-

pa, ut si culpa ejus magna ædes hæreditariæ exustæ sint, hujus rei damnum hæres præstabit fideicommissario, *l. mulier*, §. *sed enim*, *ad Treb. l. dom. et seq. de leg.* 1. Non reddit hæres rationem levis culpæ, aut levissimæ, doli rationem tantum reddit, vel magnæ culpæ, magnæ negligentiæ. Contra vero videtur hæredem teneri levis culpæ nomine atque levissimæ, *l. cum res*, §. *culpa, de leg.* 1. Si culpa hæredis res legata perierit hæres tenebitur legatario ad æstimationem. Ceterum culpa quemadmodum accipienda est, utrum quæ dolo proxima est, idest, lata, an et quæ levis est? Et adjicit quod plus est, an et diligentiam hæres præstare debet? id est, exactissimam custodiam rei legatæ, ita ut et culpæ levissimæ nomine teneatur? Hoc ait, esse verius: debuit esse diligentissimus in servanda re legata. Casum tamen fortuitum non præstat hæres, cetera præstat, id est, omnem culpam præstat. Qui quem dicit præstare diligentiam vel custodiam, hic dicit ex opposito præstare omnem culpam, omnem negligentiam. Et tamen §. *sed enim* ait hæredem non præstare levem culpam. Et sane nulla est concordiæ ratio idonea ex his, quæ vulgo afferuntur, nec potest inveniri ulla, nisi repetatur ex jure veteri. Et interim adnotandum est cum *d.* §. *culpa*: qui ab hærede exigit etiam levissimam culpam, diligentiam, custodiam congruere *l. si vendidero*, §. *si ad exhibendum*, *ff. de furtis*. Sed hi libri Digestorum sunt plenissimi earum differentiarum, quæ fuerunt olim inter legata et fideicommissa, et quæ fuerunt inter genera legatorum, nempe damnationis et vindicationis: possim innumera exempla adferre, et monstrare harum differentiarum innumera vestigia, sed non est necesse: in proposito videamus, quæ sit differentia §. *culpa*, *et* §. *si ad exhibendum*, qui est de legato, et de legato vindicationis: igitur, ut apparebit ex §. *sed enim*, *et l. donationis cum seq.* est de fideicommisso. Eodem autem jure fuit legatum damnationis, quo fideicommissum, quod etiam varie posset ostendi. Ergo quod est in fideicommisso, idem est in legato damnationis, et consequenter, si quid scribitur hic de legato, id est accipiendum de legato vindicationis, non damnationis. Fideicommissum est in petitione, non in vindicatione, *il le faut prendre de la main de l'heritier*, fideicommissi dominum me facit hæres traditione. Idem procedit in legato damnationis, dum ita dixit, *damnas esto hæres dare tot Titio.* Legatum autem vindicationis est in vindicatione, id est, statim acquiritur legatario ipso jure, id est, ex 12. tab. De hoc enim genere legati intellexit Ulpianus *in fragm.* cum dixit, per legatum acquiri dominium ex 12. tab. Et ita hujus legati dominium aut rei hoc modo legatæ statim acquiri est proditum *in l.* 3. §. *si rem*, *de leg.* 3. *l. servo legato*, *in pr. de leg.* 1. dominium acquiri recta via, *l. actio*, *de jur. l. legatum*, *de legat.* 2. recta, id est, sine facto hæredis, id est, sine traditione, quia ne momento quidem dominium rei ita legatæ residet apud hæredem, *l.* 9. §. *sed et eam*, *de pecul.* Denique legatum vindicationis in vindicatione est, et potest vindicare quasi dominus sit legatarius, fideicommissum est in petitione. Nunc ita constituo: ego, qui pleraque alia sum consequutus ex judicio defuncti, debeo esse diligentissimus in ea re custodienda, cujus alterum fieri statim dominum testator voluit, ejus dominium, ne momento obtineo ullo: at in custodienda ea re, quæ sine facto meo acquiri alteri non potest, licet ei relicta proponatur testamento vel codicillis, licet mihi versari negligenter quasi in re mea. Est enim sane mea, et potest quisque in re sua esse negligens absque reprehensione, et ob id non tanta ab hærede diligentia exigitur in servando fideicommisso, vel ei adsimili legato damnationis, quanta in servando legato vindicationis: satis est, si dolum præstet et culpam dolo proximam, hoc est, latam culpam, et, quæ dicitur doli faciem habere. Sed ut nos accedamus ad rem propositam, si fideicommissum sit relictum post mortem hæredis *ita, ne fideicommissarium exiget cautionem ab hærede administrationis hæreditatis*, hoc casu, an reddet rationem hæres culpæ saltem magnæ, negligentiæ magnæ, culpæ latioris? minime: nam videtur judicio defuncti remissa culpa magna: culpam omnem levem aut levissimam remitti non fuit necesse, quia nec ejus rationem reddere hæres fideicommissario tenetur: igitur remisisse videtur culpam magnam, cujus nomine teneretur hæres, si non esset remissa. Remisisse videtur negligentiam magnam et scrupulosam inquisitionem, *l. si servus vetitus de leg.* 1. Dolum non videtur remisisse, si in fraudem fideicommissarii hæres bona dispntaverit: non videtur tantum indulsisse hæredi defunctus: noluit anxie requiri rationem ab hærede, patefacere viam fraudandi fideicommissarii noluit. Et hoc obtinet generaliter in quolibet administratore, in tutore, curatore, procuratore, negotiorum gestore, actore civitatis, ut si sit ei remissa redditio rationum, videatur remissa culpa omnis, non etiam fraus et dolus. Et Papinianus in hoc §. *quid ergo*, ita ait fuisse rescriptum ab Imperatore. Et similiter Ulpianus ita sæpissime fuisse rescriptum ait, *l. si quis rationes, de lib. leg.* ut plane abierit in regulam juris: nam ex iis, quæ sæpissime constituuntur, tandem fiunt regulæ juris. Quod dicturus sum de leg. Julia, erit perbreve, §. *si arbit. et* §. *Mævia*, uterque pertinet ad l. *Juliam*, quæ dicitur Miscella, hoc est, ad caput illud legis Juliæ Miscellæ, quod erat commune ma-

rium et fœminarum. Alia capita legis Juliæ erant tantum de maribus, alia de fœminis tantum, istud caput de utroque sexu. Et sententia hæc fuit: si testator legaverit mulieri sub conditione, *si non nupserit*, statim capiet legatum, etiamsi nubat, quia hæc conditio remittitur lege Julia: repugnet enim publicæ utilitati: legatum ergo capiet relictum sub conditione viduitatis, neque huic conditioni parendum, quæ publicæ utilitati adversatur, *l. 2. §. tractari, ad Tertull.* De hac lege Julia est in hoc tit. *l. sed si hoc, §. ult. l. cum ita legatum, et l. sequens, l. mulieri, l. hæres, §. ult. et l. servo, §. si testator, ad Trebell. et tit. C. de indicta viduitate tollenda, et Novel. 22. et l. ult. de statulib.* quæ nunc essent explicandæ. Est aliud quod addam ad §. *Titius.* Erat adhuc obscurum in *eodem* §. quod non apparuit, sed mox reddam clarissimum. Legatum est tale: testator ita cavit, *hæres meus fidei tuæ committo, ut post mortem tuam hæreditatem Cajo restituas si fideicommissi cautionem a te non petierit*: his verbis, *si fideicommissi a te cautionem non petierit*: testator videtur omisisse cautionem fideicommissi, et rata est voluntas testatoris hodie ex constitutione Divi Marci, quæ ante eam constitutionem rata non fuit contra edictum prætoris, quo jubetur ea cautio interponi, in *l. pactum, de pactis,* dicitur ea constitutio fuisse relata in Semestribus ejusdem Marci Imperator., cognomento Philosophi. Marcus Philosoph. Imperator vacabat quotannis juri reddendo mensibus sex, exemplo Augusti et Tiberii, et aliorum Imperatorum, et inde Semestria dicti sunt libri, in quibus collecta sunt hæc, quæ de jure constituit. Semestria sunt veluti codex Marcianus: et hoc de Semestribus memini me attingere in tit. *de excusat. tut.* Ergo Constitutio Marci, cui etiam adjungitur Commodus, *l. penult. C. ut in poss. leg.* concessit testatori, ut inhibeat cautionem pretoriam legati aut fideicommissi servandi, quam ante non potuit inhibere contra jus prætorium, contra jus publicum: nam nisi lex permiserit, nihil testatori licet statuere in suo testamento contra jus civile vel prætorium, contra jus publicum. In proposito igitur themate testator, qui fideicommissum reliquit sub conditione non petendæ cautionis fideicommissi, videtur eam cautionem remisisse. Et rata est voluntas testatoris hodie ex ea constitutione, quæ ante non fuit rata. Hoc est certissimum. Nunc sic constituo: in ea conditione, *si fideicommissi cautionem ab hærede non poterit*, neque olim, neque hodie stipulationi Mucianæ locum esse posse: hoc cum probaro, rem omnem, quæ possit movere scrupulum in §. *Titius*, expediero. Hodie non potest in ea conditione stipulationi Mucianæ locus esse, quia remissa videtur hæc conditio: remittitur recte judicio testatoris, ac rursus ea conditio argumentum remissæ cautionis facit, conditionem non facit. Proinde ea conditio non est conditio: nec spectamus igitur extiterit, an defecerit, *l. licet, ut legat. nom. cau. et l. avia, §. ult. hoc tit.* Olim autem ante constitutionem Divi Marci ea conditio conditionem fecit, conditionis potestatem habuit. Excludebat enim fideicommisso eum, qui cautionem exegisset. Est verum, nec tamen tunc in ea conditione consistere potest utilitas Mucianæ cautionis in §. *Titius*, hac ratione, quia in iis tantum conditionibus consistit utilitas Mucianæ cautionis, quæ vivo legatario et fideicommissario expleri non possunt, quæ non nisi fine vitæ fideicommissarii expleri possunt, *l. Titio fund. hoc tit. l. servo, §. si testator ad Trebell.* Illa autem conditio in casu proposito; *si fideicommiss. cautionem ab hærede non petierit fideicommissarius*, expleri potest vivo fideicommissario: puta præmoriente hærede, nulla ab eo petita cautione fideicommissi. Et hoc ita evidenter proponitur in §. *Titius* cum scilicet hæres rogatus est restituere hæreditatem post mortem suam sub ea conditione non petendæ cautionis. Sed tamen idem erit dicendum, si non post mortem suam fideicommissum relictum sit ab eo; sed in alium diem certum vel incertum. Proponitur species in §. *Titius* ut contigerat, non quod et in alia specie idem non possit, non debeat responderi. Quare dicimus, non tantum ut proposui §. *hoc Titius*, si post mortem hæredis fideicommissum sit relictum, sed etiam si in alium diem certum vel incertum relictum sit fideicommissum, idem esse: quia eadem ratio est, quia vivo fideicommissario intra eum diem mori hæres potest, a quo non fuit petita cautio fideicommissi. Plus dico, idem esse in puro fideicommisso: puro, id est, relicto præsenti die sine dilatione ulla temporis aut mora. Nam et de puro fideicommisso possit peti cautio fideicommissi servandi et reddendi. Hoc est certissimum, puta hærede litigante et renuente fideicommissum præstare, quia nonnullas moras exercitio litis habet, inter quas posset hæres bona fideicommisso subdita dilapidare. Et hoc ostenditur in *l. hæc stipul. et seq. ut leg. nom. cau. l. uxorem, §. ult. de leg. 3.* Et inter eas moras judicii sive litis, nondum petita cautione mori hæres potest vivo fideicommissario, atque ita morte hæredis impletur ea conditio non petendæ cautionis ab hærede superstite fideicommissario. Nihil igitur refert fideicommissum illud relictum sit post mortem hæredis, an in alium diem certum vel incertum, an pure sub ea conditione non petendæ cautionis: quoniam quocumque casu, vel quocumque modo relictum sit fideicommissum sub ea con-

ditione, non potest in ea conditione usus esse stipulationis Mucianæ. Denique quod notandum maxime, nullus casus inveniri potest, in quo in conditione non petendæ cautionis fideicommissi servandi, possit esse locus stipulationi Mucianæ, quia et post præstitum fideicommissum frustra caveret fideicommissarius, se non petiturum cautionem, quia utique jam constat frustra peti : frustra enim peto mihi caveri de servando et præstando eo, quod mihi jam præstitum est, quodque ipse jam mihi servare debeo, non alius : ergo nihil nos moveat, qui opponitur §. *Titius :* nam etsi pure fideicommissum relictum sit sub ea conditione, sane non potest in ea conditione intervenire stipulatio Muciana. Et hæc pauca solvent omnem dubitationem, quæ fuit, omnibus perspicuis modo, etiam plane absoluta sententia §. *Titius.* Quod sequitur in §. *quid ergo, de conditione non reddendæ rationis*, eam jam satis exposui : quæ autem sequentur in §. *si arbitratu*, et §. *Mæviæ*, sunt explicanda.

Ad §. *Si arbitratu, et* §. *seq.*

Si arbitratu Titii Seja nupserit, hæres meus, ei fundum dato ; vivo Titio etiam sine arbitrio Titii eam nubentem legatum accipere respondendum est, eamque legis sententiam videri, ne quod omnino impedimentum nuptiis inferatur. Sed si Titius vivo testatore decedat, licet conditio deficiat, quia tamen suspensa quoque pro nihilo foret, mulieri succurretur.

§. 5. *Mæviæ si non nupserit, fundum cum morietur lego : potest dici, etsi nupserit, eam confestim ad legatum admitti. Non idem probatur si certus dies incertusve alius legato fuerit adscriptus.*

Jam cœpi dicere, ea pertinere ad caput legis Juliæ Miscellæ, quæ ad mares pertinet, atque etiam fœminas de indicta viduitate. Caput illud legis Juliæ eam improbabat : improbatur ergo indicta viduitas viro aut mulieri testamento vel codicillis: ut puta, si quis legatum reliquisset mulieri sub conditione, si non nupserit, lex Julia mulierem admittebat ad legatum, etiamsi nupsisset, perinde atque si conditioni paruisset, *si vidua permansisset:* conditio repugnabat publicæ utilitati : merito igitur habita est pro non scripta. Et supra adduxi multos locos, qui pertinent ad illud caput leg. Juliæ. Omisi addere ex hoc eodem tit. *l. avia*, §. *Titio, et l. Titiæ.* Species *l. Titiæ* est cognitu dignissima : legavi Titiæ ducenta, *si non nupserit*, et eidem Titiæ, *si nupserit*, legavi centum duntaxat : nupsit : quia nupsit petit centum : quia conditio, si non nupserit, remittitur, et non servatur ex l. Julia, petit ducenta : denique petit trecenta, an audienda est? minime : nam ducenta, quæ ei relicta sunt sub conditione, *si non nupserit*, accipit perinde atque si non nupsisset, hoc est, accipit ea, ut vidua, *l. mulieri eod. tit.* Ridiculum autem est, eam admitti ut viduam et ut nuptam : non potest ut vidua ducenta capere, et ut nupta centum, sed vel ut nupta hoc capiet, vel ut vidua. Lege Julia habetur pro vidua, quæ nupta est, quod attinet ad commodum legati relicti sub conditione viduitatis. Etiam valde notanda est species *l. ult. de statul.* quæ ad eam l. pertinet. Species hæc est : legavi mulieri servum, et adjeci, ut liber esset is servus cum nupsisset mulieri : nubente muliere servus merito liber fiet, atque ita quodammodo prohibeo nuptias : pleræque fortasse non nuberent metu amittendi servi. Illa nupsit ex l. Julia, (et ut Græci addunt recte in Basil. ex l. Julia Miscella, quanquam est in translatione Herveti male translatum *ex Miscella*) puta intra constituta tempora, ut est in Apologetico Tertulliani. Denique illa paruit legi Juliæ, et nupsit intra constituta tempora, an servus fiet liber ? sic videtur : is homo fiet liber, carebit eo homine mulier per nuptias, nec addit rationem *d. l. ult.* Sed est ratio in *l. Titio ususfr.* §. *pen. h. t.* quam omisit Accurs. in qua etiam omisit *d. l. ult.* non potest lex legi magis esse similis : quia potior est legato libertas. Præstat fraudari legato mulierem, quam libertate servum : sed iterum *d. l. ult.* dum ait, *ex lege*, de hac lege Julia Miscella intelligit. Ergo certissimum hoc est, mulierem, cui relictum est legatum sub conditione viduitatis, hoc est, si non nupserit : capere legatum, etiamsi nupserit: huic conditioni non esse parendum. Finge aliter : ego non relinquam legatum mulieri sub conditione, *si non nupserit*, sed sub alia conditione, quæ tamen idem efficiet, ne nubat, nisi volet cadere legato : non dicam palam, si non nupserit, sed recte hoc modo, *lego centum, si arbitratu Titii nupserit*, non palam prohibeo nuptias, sed volo, ut si nubat, arbitratu Titii nubat. Sane hoc perinde est, atque si dixissem, *si non nupserit*, cum nuptias ejus voluerit pendere ex arbitrio alterius : nam quid si Titius arbitrari nolit ? quid si nullam conditionem nuptiarum comprobet ? Igitur non tam oportet spectare verba, quam sententiam legis Juliæ, quæ talis est, ut ne minimum quidem impedimentum inferatur nuptiis. Igitur ex sententia legis Juliæ, mulier etiamsi nubat sine arbitratu Titii, puta vivo Titio post mortem testatoris capiet legatum, etiamsi nubat inconsulto Titio post mortem testatoris : alioqui nunquam nuberet, forte nunquam nuptiis arbitrium accomodante Titio. Idemque erit, si Titius moriatur vivo testatore, ut ostenditur in hoc §. *si arbitratu*,

et l. filiæ, in pr. h. t. et l. turpis §. 1. *de leg.* 1. quo quidem casu deficit conditio illa, *si arbitratu Titii nupserit* : sane deficit Titio moriente vivo testatore, aut Titio moriente, antequam illa velit nubere, vel sit nubilis. Igitur etiamsi defecerit conditio admittitur ad legatum, quia æque admittitur ad legatum, si sit suspensa conditio, ut puta, *si Titius vivat post mortem testatoris.* Et ut ait eleganter Papin. quæ conditio suspensa pro nihilo est, et deficiens igitur habetur etiam pro non adjecta: non observo conditionem suspensam: deficiens igitur nihil officiet, non me excludet legato aut fideicommisso, quam suspensam contemno, insuper habeo: percepto legato ea deficiens, aut juri meo nocere non potest: quæ est sententia §. *si arbitratu.* Pertinet etiam ad caput illud *l. Juliæ* §. *Mæviæ,* Testator ita dixit: Mæviæ, *si non nupserit*, deinde adjecit diem incertum, *cum morietur. Mæviæ si non nupserit, lego fundum cum morietur* ; duo dixit, *si non nupserit*, deinde adjecit diem incertum, *cum morietur*, nupsit, capiet legatum. Si dixisset tantum, *si non nupserit*, sed quia adjecit, *cum morietur,* an expectanda est mors illius? minime: imo statim capiet legatum, etiamsi nubat, nec expectanda mors ejus, licet testator conditioni adjecerit nominatim *cum morietur*, quia scilicet his verbis omnibus, *si non nupserit fundum lego ei cum morietur*, videtur dicere testator: si usque ad ultimum vitæ diem vidua permanserit, quæ conditio remittitur: verba illa, *cum morietur,* serviunt latiori interpretationi conditionis, id est, *si usque ad mortem vidua permanserit* : nam merito adjicias aliud esse dicendum, si huic conditioni, *si non nupserit,* testator adjecerit alium diem certum vel incertum, qui nihil pertineat ad latiorem interpretationem conditionis impositæ, injunctæ mulieri: ut si dixerit, *si non nupserit post quinquennium, centum dato.* Hoc casu conditio quidem remittitur: nam etiamsi nupserit, non ideo minus perveniet ad legatum, sed oportet expectare quinquennium. Quod congruit cum *l.* 8. §. *si qui sub cond. de cond. instit.*

Ad 3. §§§. *sequentes.*

Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohæret, sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias lagaturus non fuisse.

§. 7. *Falsam conditionem Cassius et Cœlius Sabinus impossibilem esse dixerunt, veluti Pamphilus si quod Titio debet, solverit, liber esto. Si modo nihil Titio fuit debitum, quod post testamentum factum testator pecuniam exsolvit, defecisse conditionem intelligi.*

§. *ult. Falsam legati demonstrationem non facere legatum. Sabinus respondit, veluti si quis cum Titio nihil legasset, ita scriptum reliquit: ex centum, quæ Titio legavi, quinquaginta hæres Sejo dato: idque sumpsit ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed diminuendi legatum, quod falso datum existimaret, ita scriberet: propter falsam tamen demonstrationem legati non plus Sejus adsequetur, quam si vere demonstratum fuisset.*

Est de falsa causa, vel demonstratione adjecta legato, vel fideicommisso, aut libertati, aut institutioni hæredis. Ac primum igitur de falsa causa legati. Causa est ratio legandi in præteritum tempus collata, ut si ita legavero: *lego Titio centum, quia negotia mea curavit : lego Titio centum, quia mihi patrocinatus est in causa capitali, vel existimationis.* Causa igitur est, propter quam lego, quæ jam est præterita. Et hæc causa, etiamsi falsa sit, non vitiat legatum. Legavi tibi, quia *negotia mea curasti, neque tamen ea curasti, unquam,* an nullum est legatum? minime: falsa causa non vitiat legatum, *quia ratio legandi*, inquit Papin, *non cohæret legato*, id est, legatum constat etiam sine ratione, sicut donatio quælibet: supervacua est igitur rationis adjectio: et supervacanea nunquam nocent, *l. testam. C. de testam.* Et hoc ita procedit, nisi probetur testatorem alias legaturum non fuisse. §. *falsam causam, infra*, cujus rei exemplum est in *l. ult. de hæred. inst.* Addenda est etiam alia exceptio, nisi causa conditionaliter enuntietur, puta hoc modo, *lego Titio centum, si negotia mea curavit, si frater ejus ex arca mea tot aureos sumpsit.* Sic est Flor. recte *l. demonstratio,* §. *quod autem, de cond. et dem.* non *si curaverit, si sumpserit :* sic etiam scribendum in §. *longe, Inst. de leg.* Ergo cum ita legavit, lego Titio centum, *si negotia mea curaverit*, sane non debetur legatum, nisi olim curaverit negotia testatoris. Multum interest, dixeris, *si*, an *quia. Si,* est dubitantis, *quia,* confirmantis: *si*, non confirmat, etiamsi præterito jungatur: cum tamen *si*, quandoque pro *quia* ponatur, et confirmare quandoque eum articulum interpretes volunt, ut illo loco, *si qua pios spectant numina*, et, *vestro si munere tellus, etc.* ubi interpretes dicunt *si* accipi pro *si quidem* seu pro *quia*, ut vulgo dicimus. Sed manifestum ex *d. l. demonstratio*, multum interesse dixeris, *quia negotia mea curavit*, an vero, *si negotia.* Hoc postremum, quod ita est conceptum, extitisse necesse est, ut legato sit locus illud extitisse non est necesse, quia illo sermone ratio demonstratur, hoc vero conditio. Et hæc quidem de causa, de ratione legandi præterita. Alia est causa legandi futura, quæ pro-

prie dicitur modus vel res, ut *ob rem dari* dicitur, quod datur ob causam futuram proprie, et *ob causam dari,* quod datur ob causam præteritam. Alia igitur est ratio legandi præterita, quæ non habet aliud nomen, quam causæ. Alia est ratio legandi futura, quæ dicitur modus aut res, ut *lego tibi, ut monumentum facias mihi meisque.* Et hæc ratio sive causa futura, si sit falsa, puta *si impossibilis sit:* nam quodcumque est impossibile et falsum est, *Aristot.* 5. *Metaphys. ad fin.* ut si ita dixero, *lego tibi fundum, ut in cœlum ascendas.* Hæc enim causa non vitiat legatum, quæ est falsa et impossibilis, non vitiat fideicommissum, vel libertatem, vel institutionem, *l.* 1. *de cond. instit. si sub impossibili conditione, vel alio modo*, sic habent Flor. non *modo*, ut vulgo, factam institutionem placet non vitiari, placet valere. Quæ sententia pertinet ad legata, et alia quæ in testamentis relinquuntur. Impossibilis conditio adscripta in testamento habetur pro mendo, et ideo habetur pro non scripta. Est vitium et mendum, *l. hæreditas de hæred. instit.* Vitium non vitiat scripturam testamenti sub impossibili conditione, id est, sub falsa causa, sub falsa demonstratione, sub falso modo, sive impossibili. Falsa conditio vel impossibilis, item demonstratio falsa, causa falsa, hæc vitia non vitiant institutionem vel legatum. Non est omittendum, causæ nomen in jure accipi latissime. Causæ nomine significatur modus, hoc est, ratio legandi futura. Causæ nomine et ratio legandi præterita significatur et demonstratur, atque etiam jus ipsum legati, causa legati, hoc est, legatum, ut causa peculii, hoc est peculium, causa dotis, id est, dos. Sed hoc loco specialiter causa est ratio legandi præterita, quæ tamen etiam dicitur modus in *l. ult. de hæred. inst.* cum frequentius modus dicatur pro causa legandi futura. Sequitur in §. *pen. hujus l.* falsam conditionem etiam non vitiare legatum, cujus rei exemplum extat: *Pamphilus liber esto, si quod Titio debeo solverit: vel Cajo lego centum, si quod Titio debeo solverit:* vera est conditio, *si quod Titio debeo*: nec legatarius capiet legatum, nisi Titio solverit quod debui. Item non capiet legatum ita relictum, si ego post testamentum factum Titio solvero, quia conditio legati defecisse intelligitur: neque enim jam potest impleri a legatario, et conditio semel defecta non resumitur. At falsa est hæc conditio, si nihil Titio debui, *lego tibi fundum, si quod Titio debeo, solveris*: nihil Titio debeo, an perveniet ad legatum? Sic sane, quia ea conditio falsa est et impossibilis. Ea, inquam, conditio est impossibilis, ergo falsa: quod eleganter demonstrat Papin. his verbis, *falsam conditionem.* Notandum est falsam conditionem non vitiare legatum præteritum, *l. demonstratio, l. falsa, l. nominatim, hoc tit. l. Quintus, de auro et arg. leg.* Proponamus exempla, *lego Titio fundum Cornelianum, quem de Cajo emi*: non de Cajo emi, sed alia ratione illum fundum acquisivi: non ideo minus debetur fundus, qui demonstratus est proprio nomine satis: et adjectio illa, quem de Titio emi, est supervacua. Supervacuus sermo non vitiat id, quod agitur, atque ita non spectatur unquam, verus sit an falsus. Quod ex abundanti adjicitur, pro nihilo est. Vel finge: ita cavi testamento; *lego Titio decem, quæ ei debeo, Titio nihil debeo, an debentur decem?* Debentur, quia falsa demonstratio nihil nocet, *l.* 2. *C. de falsa causa adi. leg. l. si sic*, §. 1. *de legat.* 1. vel etiam legavi hoc modo uxori: *uxori lego fundum Cornel.* vel, *uxori lego decem, quæ mihi in dotem dedit*, cum fundum vero mulier, eave decem in dotem non dedit: an perveniet ad legatum? Sic sane, *l. quib.* §. *quæ dot. h. t. l.* 1. §. *si quis uxori, de dote præleg. l. si divortio, de verb. obl. et l.* 3. *et ult. C. de falsa causa ad. leg.* §. *sed si uxori, Inst. de leg.* Neque adversus hanc facit *l. is qui* §. *ei qui dotem, de leg. præst. inf.* ad quam Accurs. ex Azone illo loco, et plenius in *l.* 3. *C. de fals. cau.* respondit. Et breviter responsio est talis: ex testamento justo, non injusto, debetur legatum dotis nomine relictum, etiamsi nunquam res legata dotis fuerit, quia falsa demonstratio non vitiat legatum rei certæ vel summæ certæ: alioqui si legaverit dotem simpliciter, nec ulla esset dos, inutile esset legatum. Sed si legavero certam rem vel summam dotis nomine, nihil nocet adjectio dotis, etiamsi falsa sit. Hoc in testamento justo nec rescisso. Aliud est juris in testamento rescisso per bonorum possess. contra tabulas, quo remedio rescinditur totum testamentum rescinditur institutio, rescinduntur legata. Excipiuntur tamen edicto prætoris *de leg. præst.* legata relicta parentibus et liberis. Excipiuntur etiam relicta uxori vel nurui dotis nomine, ut si legaverit uxori certam summam, quam ab ea acceperat in dotem, necesse est, ut revera acceperit in dotem, ut consistat legatum: nam si non acceperit dotem, ei non conservabitur legatum certæ rei vel summæ, quamvis sit relictum prætextu dotis: nam ea legata, quæ non rescinduntur, non temere non servamus, aut non temere statuimus, non esse rescissa. Ergo concludamus ex superioribus, falsam causam, sive ea sit præterita, sive futura, id est, rationem legandi præteritam vel futuram, falsam conditionem vel demonstrationem, non perimere legatum. Huic conclusioni obstat *l. si sic*, §. 1. *de leg.* 1. quæ lex differentiam facit inter falsam demonstrationem, et falsam conditionem sive causam. Falsam demonstrationem ait, non vitiare legatum: falsam conditionem

sive causam aperte ait vitiare legatum. Sed ne sim longus, illo loco conditio et causa; alio sensu accipitur. Conditio illo loco non est adjectio, quæ suspendit legatum, causa non est ratio legandi, sed utroque nomine significatur jus ipsum legati, substantia legati, status legati, et id ipsum quod legatur, et ut ante dixi, sicut dotis causa, id est, dos, et ita legati causa, id est, legatum, quomodo et alii auctores frequentissime utuntur, causa possessionis, hoc est, possessio, causa venditionis, hoc est, venditio, et similiter conditio legati, id est, status legati, et res ipsa, quæ est in legato. Quod etiam *d. lex si sic*, §. 1. demonstrat hoc exemplo: *legavi primo decem, quæ mihi secundus debet*: secundus nihil debet, nullum est legatum, quia scilicet legavi nomen, hoc est, debitum, non quantitatem. Idque evidenter apparet ex eo, quod si debuerit ea decem hæres legatario non cogitur præstare decem, sed liberatur præstando actionem adversus secundum, quia non quantitas est in legato, sed obligatio. Igitur si obligatio nulla sit, id est, si secundus nihil debeat, consequens est, nullum esse legatum: sicut si lego tibi rem, quæ non sit in rerum natura, nullum est legatum, deficit substantia legati, causa et status, quod confirmat *l. cum illud*, §. 1. *quan. dies leg. ced.* Eadem erunt omnino, si dixerit, *decem, quæ mihi Titius debet, hæres meus damnas esto illi dare*, id est, ei condonare et remittere, nihil mihi Titius debet: inutile est legatum, quia liberationem legavi, non quantitatem, et non obligato homini liberatio inutiliter legatur, *l. legatum, et l.* 62. §. *penul. de lib. leg. l. si servus*, §. *qui quinque de leg.* 1. At priore casu, si legavi Titio decem, quæ ei debeo, si nihil debeo, ei nihilominus debentur decem jure legati; quia quantitatem legavi, non obligationem quantitatis. Ergo nemo legat obligationem passivam, qua ipse est obstrictus, sed activam, qua alium obstrictum habet, et essem ridiculus, si ego legarem tibi obligationem, qua tibi sum obstrictus. Legantur activa nomina, non passiva. Denique his verbis quantitatem legari, non obligationem. Quantitas est certa, quæ debebatur. Hæc verba, *quæ Titio debeo*, pro demonstratione sunt, illa autem verba, *quæ mihi Titius debet*, sunt pro jure legati ipso, et substantia, sicut si dixerit, *decem quæ, sunt in arca mea*, si nihil sit in arca, nihil debetur, quia deficit substantia legati. Neque enim simpliciter decem legavit, sed illa decem, quæ sunt in arca, si nulla sint in arca, et nullum erit legatum, *d. l. si servus legatus*, §. *quinque*, *l.* 1. §. *sed etsi*, *de dote præleg.* Illis verbis, *decem, quæ sunt in arca*, demonstratur, me legare certa corpora nummorum; illis *decem, quæ Titius debet*, demonstro me legare nomen Titii et actionem, qua Titius mihi tenetur. Duplex est demonstratio: alia necessaria, quæ rem ipsam, quæ legatum ostendit: hæc si falsa sit, si nulla, nullum est legatum, quia est status et causa legati principalis potius, quam demonstratio. Est enim proprie demonstratio accessio; alia est, quæ est abundans accessio, et supervacua, quæ rei certæ adjicitur, etsi non demonstratæ: hæc si falsa sit, non vitiat legatum. Falsa demonstratio igitur, quæ scilicet abundat, nec necessario adjicitur rei, de qua satis constat, non vitiat legatum. Addamus, non facit etiam legatum, quod ostenditur in §. *ult. hoc tit.* ut in hoc casu, testator ita dixit, *ex centum quæ Titio legavi, Cajo lego quinquaginta*: falsa est demonstratio, quia Titio nihil legavi, non vitiat legatum relictum Cajo, *ex centum quæ Titio legavi quinquaginta hæres Sejo dato.* Sejo debentur quinquaginta, non vitiatur legatum, etiamsi Titio nihil sit legatum, sed Titio nihil debetur, quia non fuit ei mens legandi Titio, sed diminuendi legati, quod falso sibi præsumpserat, et persuaserat se Titio reliquisse. Summa igitur hæc sit: falsam demonstrationem non extinguere legatum, sed non etiam facere. Ad hæc pertinet, *l. cum illud*, *quand. dies leg. ced.*

Ad L. XXV. Quand. dies leg. ced.

Cum illud aut illud legatur, enumeratio plurium rerum disjunctivo modo comprehensa, plura legata non facit. Nec aliud probari poterit, si pure fundum alterum, vel alterum sub conditione legaverit. Nam pendente conditione non erit electio, nec si moriatur ad hæredem transisse legatum videbitur.

Initio legis; *cum illud*, hoc proponitur, si legetur *illud vel illud*, si legetur *servus et fundus*, hæc enumeratio singularum rerum posita conjunctim, plura legata facit. Nam quot sunt res, tot sunt legata, *l.* 2. *de leg.* 2. nomine generis, si legentur plures res, atque ita nec enumerentur, ut si legetur grex, si legetur peculium, si instrumentum fundi, si argentum, id est, vasa argentea, si vestes omnes, scilicet si suppellex, si pecus, unum est legatum, et singulare nomen generis contrahit legatum. Enumeratio autem singularum rerum dispergit legatum; id est, pura legata efficit, hoc est, quod Dialectici dicunt, *τὸ μέρος εἶναι συστηματικὸν καὶ περὶ τῶν δὲ καθ' ἕκαστα εἶναι διαιρετικόν.* Ergo enumeratio, singularum rerum enumeratio *τῶν καθ' ἕκαστα*, plura legata facit, scilicet si factum sit conjunctivo modo. Nam si factum sit disjunctivo modo, ut si legetur, *illud, aut illud, fundus, aut pecunia*, unum tantum est legatum;

et res ea tantum erit in legato, quam elegerit legatarius, vel quam elegerit hæres, si electio hæredis fuerit. Est autem regulariter electio legatarii, cum legatur *illud aut illud*, si legetur per vindicationem, *l.* 19. *et* 23. *de leg.* 2. *l. plane*, §. *pen de leg.* 1. si per damnationem, electio est hæredis, *damnas esto dare illud*, *aut illud*, dabit quod volet, nisi testator nominatim legatario electionem reservaverit hoc modo, *damnas esto dare illud*, *aut illud*, utrum volet, *l. si ita relictum*, §. *ult. de leg.* 2. Ergo si eidem legetur illud aut illud, unum est legatum, nec quicquam interest ab uno hærede ei legetur, an duobus vel pluribus, veluti ab uno illud, ab altero illud: nihil denique interest illud aut illud, eidem ab uno, an a diversis legetur: nihil etiam interest utrum pure legetur, an sub contrariis conditionibus hoc modo, *Titio lego fundum Cornelianum si navis ex Asia venerit, aut si non venerit, fundum Tusculanum*: nam etiamsi diversis legetur illud aut illud, illud Titio, aut illud Sejo, nihil refert pure leget, an sub conditionibus contrariis, quoniam utrobique unum legatum est, *l. si dos*, *de leg.* 2. 2. Et ita quoque, quod pertinet proprie ad hanc legem, nihil interest eidem an diversis pure legetur, aut illud, sub conditione hoc modo, *lego Titio fundum Cornelianum, aut si navis ex Asia venerit fundum Tusculanum*: nam et hoc casu unum legatum est, et non plura, neque enim inanis est inquisitio. Sequuntur effectus inde innumeri, ex quibus patefaciam modo nonnullos; si fundus alter legetur pure, aut alter fundus sub conditione, *si navis ex Asia venerit*, vel sub alia simili, unum est legatum. Hoc Papinianus comprobat hoc loco subtilissimo argumento: si duo essent legata non unum, sua cuique legato esset dies, qua cederet, duobus diebus cederent, legatum purum cederet statim a morte testatoris, legatum conditionale a die existentis conditionis: atqui nulla fuit dierum divisio, sed totius hujus legati dies unus, licet unum purum sit, alterum conditionale, quod utrumque unum tantum efficit, duo quodammodo efficiunt unum: totius, inquam, ejus legati dies cedit a tempore existentis conditionis, quia nec antequam extiterit conditio, electioni locus esse potest, hoc est, legatarius non potest eligere, hoc an illud legatum amplecti malit, quoniam nondum est delatum utrumque. Et hoc genere legati electio tantum datur illius, aut illius fundi, non legatur fundus conjunctim uterque. Quæ quidem electio, ut manifestum est, si non competit antequam extiterit conditio, consequens est, nec ulla ex parte cedere diem, antequam extiterit conditio. Ergo unum est legatum. Ex quo efficitur, moriente legatario ante diem legati cedentem, id est, antequam extiterit conditio, ut nec fundi pure relicti petitio transmittatur in hæredem ejus, quia non transmitto in hæredem nisi id legatum, cujus causa a me cœpit, id est, cujus dies me vivo aut moriente cessit. Denique hoc casu neque transmitto fundum sub conditione relictum, quia mortuus sum pendente conditione, cum nondum cessisset dies, neque transmitto etiam fundum pure relictum, quia nec ejus dum cesserat dies, nec enim cedit dies antequam possim eligere fundum illum, si nominatim pure mihi relictum est, atque eligere non possum, nisi et alterum eligere possim, et alterum eligere non possum ante conditionem, neutrum igitur. Denique neutius dies cedit ante conditionem, et consequenter, si interim moriar, nihil transfero in hæredem meum ex eo legato: quæ est sententia Papiniani in hoc loco. Quid vocat legatum? non illud, neque illud, sed illud, aut illud. Et idem procedit in specie legis, *cum ita in pr. hoc. tit.* Ita legavi: *Titio lego Stichum, aut quod ex Pamphila nascetur*: non ante cedet dies legati, quam Pamphila pepererit, purum est legatum, et unius istius legati dies nulla ex parte cedit, antequam Pamphila peperit, et si legatarius moriatur viva Pamphila, antequam pepererit, nihil omnino transfert in hæredem suum. Eadem est ratio hujus casus. Sed obstat valde huic definitioni nostræ *l. si ususfr. hoc tit.* non lex *si penum*, ut Accurs. notavit. Ad quam quemadmodum respondendum sit Accurs. intellexit, sed tradidit satis obscure, et indiget illius responsio tibicine. Principia juris hæc sunt, regulariter diem legati cedere a morte testatoris, quæ cessio ad transmissionem proficit: nam si post mortem testatoris moriatur legatarius, transmittit legatum ad hæredem, etiamsi nondum acceperit aut vindicaverit; sed si decesserit vivo testatore nihil transmittit, quia mortuus est legatarius antequam dies legati cessisset. Regulariter, quando dies cedit a morte testatoris, si legetur mihi pecunia certa, dies legati cedit a morte testatoris: excipitur usumfr. et alia quædam. Sed res exigit, ut agamus de usufructu, qui cedit, non a morte, sed ab aditione hæreditatis, *l.* 5. *hoc tit.* Ergo legatum pecuniæ cedit a morte, legatum ususfr. tardius cedit, nempe ab aditione. Nunc finge: legavi Titio usumfructum, aut decem: unum est legatum, in quo etiamsi contineatur pecunia, tamen non cedit a morte testatoris, sed cedit ab aditione hæreditatis: sed si pendente conditione moriatur Titius, sane non transmittit legatum ususfructus, quod finitur morte: an transmittit legatum pecuniæ? et lex ait, legatarium morientem pendente aditione hæreditatis transmittere legatum pecuniæ in hæredem suum. Quod

pugnat omnino cum his, quæ dixi, sed ratio, quæ redditur per obscure etiam in *d. l. si ususfr.* pro responsione sufficit: quia, inquit, mortuo legatario dies legati cedit, vivo legatario dies legati non cedit, antequam adierit hæres, ut diximus ante, mortuo legatario, id est in ipso momento, quo mortuus est legatarius, quo scilicet momento certum esse cœpit usumfr. in ejus persona non posse consistere, etiamsi eo ipso momento adiretur hæreditas, quia et in tempus mortis legatari ususfr. conferretur inutiliter. *l. Titio, de usufr.* Hoc, inquam, casu propter eam rationem dies pecuniæ legatæ retro cessisse videtur a morte testatoris. Ergo transmittitur legatum in hæredem legatarii. Quod demonstratur etiam alio exemplo in *d. l. si ususfr.* legavi mulieri decem pure, aut si pepererit, fundum: dies legati non cedit, antequam pepererit: sed si morietur antequam pepererit, legatum pecuniæ transmittit in hæredem suum, quia moriente ea dies legati cessit: viva ea non cederet dies legati, antequam pepererit, ante conditionem: id est, ante editionem partus: moriente ea, quia in ipso articulo legatum fundi extinguitur, quoniam certum esse cœpit jam parte eam non posse, dies legatæ pecuniæ retro cessisse videtur a morte testatoris: ergo transmittitur. Quæ est sententia *d. l. si ususfr.* Sed alia est ratio legati relicti ita, ut proponitur in hac *l. cum illud*, et *l. cum ita.* Finge: lego Titio fundum Cornelianum; aut si navis ex Asia venerit fundum Tusculanum; vel aliter: lego Titio centum, aut si Cajo dederit decem, fundum Cornelianum, si moriatur Titius ante impletam conditionem, nihil transmittit in hæredem suum, quia hæ conditiones, aut similes impleri poterunt moriente eo priore ultimo vitæ momento ejus, quia magis vitæ deputatur, quam morti. Hæ conditiones impleri poterunt moriente eo, puta ultimo vitæ momento ejus, quod vitæ deputatur potius, quam morti: potuit navis ex Asia venire, potuere Cajo dari decem per alium ejus nomine, *l. ult. de cond. inst.* Hæ igitur conditiones moriente eo impleri potuerunt. Quæ res efficit, ut vivo eo, si non fuerint impletæ, vel moriente, quod tempus magis vitæ, quam morti deputetur, non videatur cessisse dies legati fundi Corneliani, vel decem: quod si non cessit, nec transmissio est ulla legati. Hæc valde aperiunt ingenium. Unum tantum proponam, si illud aut illud legetur, unum est legatum. Obstant tria huic definitioni: primum si illud aut illud legetur, utrumque est in obligatione, *l. si duo rei, de verb. oblig.* Hoc est certissimum, si utrumque est in obligatione, et in legato igitur: nam legatum est causa obligationis, et si utrumque est in legato, duo sunt legata. Neganda est consequentia: non enim ideo, quod utrumque sit in obligatione, vel in legato, duo sunt legata: nam utrumque est in legato, non ut petatur utrumque, sed ut eligatur alterutrum: ante electionem utrumque est in obligatione disjunctivo modo, non conjunctivo: post electionem ea res sola est in obligatione, quæ electa est, ut ait eleganter lex 112. *de verbor. obligat.* Ergo nec ante electionem proprie utrum que debetur. Quid debetur proprie? quod peti potest, utrumque peti non potest, aut qui petat utrumque, plus petat causa. Ergo utrumque non debetur proprie: hæc duo verba commeant semper, debetur et petitur, *l. ita stipul. de verb. obl.* Sed si quid ita sit in legato, ut utrumque peti possit: tunc sane duo sunt legata: utrumque vel conjunctim accipitur, vel disjunctim, utrumque, id est, illud et illud, et Latini sæpe utrumque, id est, alterutrum. Fallacia est non uno modo accipis utrumque, si ego accipiam altero, ut si conjunctim tu, ego disjunctim accipiam. Obstat huic regulæ lex 8. §. 2. *de leg.* 2. quæ ait, duo esse legata, si ita legaverim: *Titio decem, aut si noluerit ea decem, Stichum do, lego*, sed unico Titium contentum esse debere. Sed respondeo ex eo §. confirmari potius regulam superiorem: namque ait, hoc casu duo esse legata. Cum dicat, hoc casu duo esse legata, significat aliis casibus duo non esse legata, et regulariter igitur unum legatum esse. Cur vero hoc casu duo sunt legata videamus. Et ratio sumitur ex illis verbis, *si noluerit*, quia ita dixit, *Titio decem, aut si noluerit decem, Stichum lego*, quæ verba efficiunt, ut Stichus peti non possit, vel exigi antequam pecunia repudiata sit. Cedit ergo dies pecuniæ primum, et ea repudiata, tum cedit dies Stichi legati. Duo sunt dies, ergo duo sunt legata, et aliud alii quasi vicarium et succedaneum; unius legati dies, quibus cedat, duo esse non possunt, quæ ratio est manifesta, cujus tamen odorem Baldus nullum sensit, Accurs. subolui: ut si ita legavit, *decem aut Stichum do, lego*, non interendo illa verba, *si noluerit decem*, proculdubio unus dies est legati, ut intelleximus ex initio *l. cum illud.* Unum est igitur legatum alterutrius rei, unum legatum in alterutra causa, ut ait *l. 8. §. ult. de legat.* 1. Hoc apertissimum. Sed obstat etiam superiori regulæ *l. plane, §. pen. de legat.* 1. quæ si legetur fundus, aut ususf. disjunctivo modo, ait, duo esse legata, et in arbitrio esse legatarii, an velit fundum vindicare, an velit esse contentus usufr. Plerumque contenti sumus leviori legato, et pinguia spernimus, quidni? Cum et legatum omne sint sæpe qui spernant, et repudient, potest quis certa ratione duci, ut malit usumfruct. quam fundum plenum, vel ut gratificetur hæredi, vel fastidio quodam honoris sibi

delati, aut dum quis non vult videri avarus in exigendo legato, hoc non debet mirum videri. Hoc igitur mittamus, et interea retineamus, quod lex ait, *si legetur fundus, aut ususfr. duo esse legata*, quod mirum in modum adversatur superiori regulæ. Quid respondeamus? Sciendum est, primum fundi appellatione significari plenum dominium, ut appellatione cujuslibet rei, id est, proprietatem, et usumfr. Ergo qui fundum legat, usumfr. etiam legat: ususf. est pars fundi, vel potius; non est certe pars fundi: neque enim est corpus, ut fundus, sed jus incorporale: sed in jure habetur pro parte fundi, ita ut licet Jureconsulto dicere, ususfr. est pars fundi, quod non liceret philosopho, *d. l. si Titio*, *de usufr.* ubi id latius exposui. Item sciendum est, unum legatum non posse scindi a legatario: scinditur, si legatarius partem legati amplectatur, partem respuat: legatum est honor: honorem neque decet, neque licet fastidire insipide et inconstanter: aut suscipi omnis debet ex integro, aut nullus: hæreditatem non possum adire pro parte, et repudiare pro parte: hanc superbiam, hanc inconstantiam, hoc fastidium non recipimus. Exemplum hæreditatis sequimur in legato, si duo sunt legata, ut si legetur fundus, vel pecunia conjunctivo modo, sane possum fundum amplecti, pecuniam spernere, ut contra pecuniam amplecti, fundum spernere, quia non discindo legatum, non illud discindo, et non etiam illud, neutrum discindo, sed illud amplector, illud non amplector. Duo sunt legata, illud volo, illud nolo, *l. 4. 5. et 6. de leg.* 1. Et ut posui, legato mihi fundo; et pecunia certa, non possum partem fundi petere, et partem pecuniæ, ceteras partes negligere, quia scindo legatum, scindo et dissipo judicium defuncti. Idemque erit omnino, si disjunctivo modo legetur fundus, aut pecunia certa, quamvis eo casu unum sit legatum, non duo, non possum eligere fundum integrum, vel fundum integrum, vel summam integram: quicquam non dissipo, quia non scindo quicquam hoc modo: verum non possum petere partem fundi, et partem pecuniæ, quia scindo legatum, *l. 8. §. ult. de leg.* 2. Quid igitur, si legatur fundus, aut ususfruct. ejusdem fundi, quæ est species *d. l. plane §. pen.* an possum eligere usumfructum? quod non videtur, quia eligendo usumfr. scindo legatum fundi, cujus pars ususfs. est. Atqui hoc est contra voluntatem defuncti, ut non possim eligere. Ergo quod ad hanc regulam attinet, ne quid fiat contra voluntatem, melius est, ut dicamus, duo esse legata, et omisso fundo usumfr. solum eligi posse, sicut si legasset fundum aut partem fundi. Si totum quiddam aut partem, si familiam aut unum ex familia, si gregem aut aliquot capita ex grege, possum totum seu universum mittere: et amplecti partem, quasi duobus legatis relictis secundum voluntatem defuncti, qui voluit hoc modo, ut possim fundum scindere admisso usufr. solo, vel parte fundi tantum: ususf. electio scissio est fundi: quod admittitur ex voluntate defuncti, quasi relictis duobus legatis. Cum autem legatur fundus aut pecunia certa, pecuniæ electio non est scissio fundi, quia ea pecunia non non est pars fundi. Igitur ut pecuniam eligere eligere liceat, non est necesse ut legatum quod est unum, constituamus esse duplex: quod est necesse legato fundo aut usufr. ut exitum habeat voluntas defuncti, qui vel usumf. solum, quamvis sit pars fundi, voluit eligi posse, id est, qui fundum scindi posse, si hoc malit legatarius. Et ita explicanda est ratio *d. §. pen. ad quod facit l. Titio, de lég.* 2. *si Titio, de usufr. leg.* Nunc transeamus ad alteram partem hujus legis.

Ad §. hæres.

Hæres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet: si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, (nec) locupletior factus esset, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit: quod si verbo debiti naturalem obligationem, et futuram solutionem cogitavit, interim nihil Titius petet, quasi tacite conditio inserta sit: non secus, ac si ita dixisset, Titio dato, quod pupillus solverit: vel si legasset, quod ex Arethusa natum erit, vel fructus, qui in illo fundo nascentur. Contrarium non est, quod si medio tempore legatarius moriatur, et postea partus edatur, fructus perveniant, pecuniam pupillus exsolvat: hæres legatarii petitionem habet: namque dies legati, cui conditio non adscribitur, quamvis exstrinsecus expectanda sit, cedit.

Propositio hæc est: testator ita legavit, *hæres dato Titio, quod mihi Sejus debet*, quibus verbis videtur legasse Titio obligationem Seii, ita ut in hoc tantum teneatur hæres legatario, ut ei cedat actionem adversus Sejum. His igitur verbis legavit nomen Seji, quod legari non potuit alio genere, nisi eo, *hæres dato*, hoc est, per damnationem: nomen nunquam legatur per vindicationem. Igitur si nihil debeat Sejus, nullum est legatum, quia id, quod legato continetur, non est, quia deficit substantia legati, ut diximus in *l. cum tale, sup.* Nunc finge: Sejus defuncto debuit aliquid naturaliter, non civiliter, et ut dixi, testator damnavit hæredem dare quod Sejus debet, sed naturaliter tantum, non civiliter, puta, Sejus est

pupillus, qui accepit mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, ex qua factus est locupletior, quæ species ponitur in *l. h.* Certissimum est, pupillum accipientem pecuniam sine tutoris auctoritate, non obligari civiliter. Idemque erit, si promiserit pecuniam stipulanti sine tutoris auctoritate: nam et in minore idem juris est, ut si stipulanti promittat, non obligetur: quia lex Lætoria vetat minorem 25. annis stipulari, id est, promittere. Ergo, hoc est certissimum, pupillum mutuam pecuniam accipientem, et promittentem sine tutoris auctoritate, non obligari civiliter: quæritur, an obligetur naturaliter? Sunt hac in re multæ leges, quæ pugnant invicem, et est summus omnium labor in eis adducendis in concordiam: fuit mihi olim maximus, et diu in disperatione fui, sed hodie liquido constat quod posuimus in *l. pupillus, de verb. obligat.* pupillum mutuam pecuniam accipientem sine tutore, obligari naturaliter, si ex ea fuerit factus locupletior. Et ita est accipienda *l. si pupilli, ad leg. Falcid. l. si ejus pupilli, ad Trebell. l. 1. de novat.* ut constat ex *l. naturaliter in fine, et seq. de condict. indeb.* Et notandum est, hac lege nostra, quæ ponit, pupillum obligari naturaliter ex pecunia mutua, pupillum factum locupletiorem: nam pessime vulgo legebatur, *nec locupletior factus esset:* qui articulus *nec* abest a Florentinis, non deest. Est igitur illo loco ἀσύνδετον hoc est, oratio soluta sine conjunctione, *si pupillus nummos accepisset, si locupletior factus esset*, hoc est, et locupletior, et naturaliter obligatur, *l. pupillus, de obligat. et action. l. quod pupillus, de condict. indeb.* Et hoc quidem casu, si non esset factus locupletior, non valeret legatum, quod initio proposuimus, hærede damnato præstare, quod pupillus deberet: quia nihil deberet, nec civiliter, nec naturaliter: at pupillo obligato naturaliter, puta facto locupletiore ex pecunia credita, nonnullas vires habebit legatum, si, ut verisimile est, testator verbo debendi, id est, his verbis significare voluit naturalem obligationem, *l. quibus, §. dominus, de condit. et demonstrat.* ut sæpe testatores improprie loqui solent, ut ait lex *non aliter, §. pen. de legat.* 3. Proprie enim id tantum debetur, quod peti potest, hoc est, quod civiliter debetur: naturale debitum peti non potest, *l. si is, qui nummos §. fundus, de solut. et l. Stichum, §. a Titio, eodem tit.* siquidem adhibeatur interpretatio ea, quam tradidimus in *d. l. si pupillus, de verborum obligat.* satis perspicue. Idem ostenditur in *l. fidejussor, l. qui eum, l. hæres, §. servo, de fidejussor, l. 1. §. id quod natura, ad legem Falcid.* Denique, quod natura tantum debetur, peti non potest: et hunc tamen habet effectum, quod si sit solutum, non possit etiam repeti quasi indebitum, ut superiores tituli ostendunt, et ut soleo dicere, in eo, quod natura debetur, neque verbo, *peto*, neque verbo *repeto*, est locus: igitur neque est debitum prorsus, neque indebitum, quia nec quasi debitum petitur, nec quasi indebitum repetitur: et consequenter, si in specie proposita pupillus hæredi solverit, quod naturaliter defuncto debuit, id hæres legatario præstare cogitur: non potest ei cedere actionem, sive petitionem debiti, quæ nulla est: sed si pecuniam solverit, prius debet eam legatario præstare, atque ita hoc legatum nonnullas vires habet, quasi scilicet tacita condictione injecta legato; *si pupillus hæredi solverit hæres dato: quod pupillus mihi debet, si id pupillus tibi solverit:* sicut si ita legasset palam, *hæres dato, quod pupillus tibi solverit:* nam his verbis etiam inest tacita conditio, si solverit: sicut si legavero hominem, qui ex illa ancilla nascetur, inest tempus, ita et in hoc legato inest conditio, *si quis nascetur.* Et similiter, si legentur fructus, qui ex fundo nascentur, inest tacita conditio. Quibus omnibus exemplis Papinianus utitur hoc loco. Ergo in proposito casu, si hæres damnetur Titio dare, quod pupillus debuit naturaliter, inest tacita conditio, si pupillus solverit hæredi, quod naturaliter debuit defuncto, quæ tamen conditio tacita non impediet transmissionem: nam si interim decesserit legatarius, antequam pupillus solverit hæredi, non ideo minus transmittit legatum ad hæredem suum, quia tacita conditio non efficit legatum conditionale, quæ venit extrinsecus, ut ait Papinianus in fine hujus legis, hoc est, extra scripturam testamenti, quæ non est scripta in testamento, *l. 6. hoc tit. l. in his, l. cond. de cond. et demonstr.* Quæ lex *conditionis* est ex eodem libro, et statim est applicanda ad finem hujus legis. Ait enim conditiones, quæ extrinsecus veniunt, ut cum hac lege in fine ait, *quæ extrinsecus veniunt, non ex ipso testamento*, hoc est, quæ tacite insunt, non faciunt legata conditionalia, hoc est, non impediunt transmissionem ad hæredes legatariorum. Hæc est sententia hujus §. Unum est notandum, quod omisi: dixi ex naturali obligatione, qua tenetur pupillus, non nasci actionem; est ita secundum jus antiquum, sed hodie ex Constitutione Divi Pii, nascitur utilis actio, si ex pecunia credita factus est locupletior, *l. pupillus, de auctorit. tutor. l. 3. commod. l. 3. §. pupillus, de negot. gestis.* Ergo post Constitutionem Divi Pii, nempe hodie, major esset effectus istius legati. Namque hæres tenetur hodie legatario cedere utilem actionem. Sed quod tractat Papinianus in hoc §. ita tractat, ac si non esset Constitutio Divi Pii. Denique tractat de eo, quod obtinuit ante Constitutionem Divi Pii,

sicut etiam Scævola in *l. si pupillus*, *de verb. obl.* Et sane idem Papinianus in *l. cum tale*, §. 1. *de cond. et demonstr.* de jure tractat, quod fuit ante Constitutionem Divi Marci. Et ita etiam in *tit. de precario*, sane tractatur de interdicto de precario, respicit tamen jus antiquum: nam hodie non est necesse ire ad interdictum de precario, cum suppetat actio civilis ex precario, id est, præscriptis verbis, *l.* 2. *l. interdictum*, *l. duo*, §. *ult.* De precario multa scribunt juris auctores, de jure antiquo, tanquam de jure recenti, non quod ignorent, antiquum esse, sed quia libeat illis se exercere, quod non est absque fructu: alioquin non recte disputaretur eo modo de quæstione proposita hac *l. cum illud*: nam hodie non esset expectanda solutio, quandoquidem statim hæredes tenerentur legatario cedere actionem.

Ad princip. L. X. de Usu et habitat.

Si habitatio legetur, an perinde sit, atque si usus, quæritur? Et effectu quidem idem pene esse legatum usus et habitationis, et Papin. consensit lib. 18. quæst. Denique donare non poterit, sed eas personas recipiet, quas et usuarius: ad hæredem tamen nec ipsa transit, nec non utendo amittitur, nec capitis diminutione.

Papinianus citatus ab Ulpiano in *l.* 10. *in princip. de usu et habit.* in hanc sententiam: effectus idem pene est legati habitationis, et legati usus ædium; effectum pene utriusque legati eundem esse. Et ita Pomponius in *l. si quis unus ædes, de usufr.* legata habitatione, vel excepta habitatione. usum ædium exceptum videri. Idem igitur pene est habitatio, et usus ædium. Quid est *habitatio?* usus ædium. Quid *usus?* habitatio ædium. Effectus utriusque legati idem est: nam utriusque jus perimitur morte legatarii, nec transit ad hæredem. Et inde feudum habitationis dicitur finiri morte accipientis, *lib.* 4. *feud.* secundum distributionem naturalem *tit. de feud. habitat.* Et utriusque legati dies cedit ab adita hæreditate, non a morte testatoris, *l.* 2. *l. si habitatio*, *quando dies leg. ced.* Ac præterea is, cui legata est habitatio, non solus ipse habitare potest, sed eas personas, si velit, recipiet, quas et usuarius recipere potest, puta familiam suam, uxorem, liberos, servos, libertos, mercenarios, hospitem, inquilinum, cui forte locaverit cœnaculum ædium, dum ipse quoque inhabitet, et alias quasdam personas, quæ enumerantur in illo *tit. de usu et habit.* Item sicut usuarius usum alii donare, aut gratis concedere seorsim sine se non potest, *l.* 8. *cod.* ita etiam is, cui legata est habitatio, non potest seorsim sine se aliis concedere, sive donare habitationem totam, ut est scriptum in *d. l.* 10. Quod Constitutio Justiniani etiam non permisit, *l. cum antiquitas*, *C. de usufr.* quæ loquitur de locatione tantum, ut is, cui habitatio competit, possit etiam alii locare: non permittit etiam donare: plus est donare, quam locare: nam qui locat, fruitur habitatione percipiendo mercedem. Qua ratione, et quod Constitutio ait de locatione, possis trahere ad venditionem, quæ duo negotia simillima sunt, locatio et venditio. Nam et qui vendit, quodammodo fruitur habitatione, dum pretio fruitur: qui donat, omne jus illud a se alienat. Ergo dicam, hodie etiam non licere donare alii habitationem: nam hoc est jus omne a se abdicare. Constitutio Justiniani loquitur de locatione, non de donatione. Ex ea Constitutione inducitur una differentia inter usum et habitationem, habitationem posse alii locari, usum non posse alii locari. Plus inesse videri habitationi, quam usui nudo. Et in aliis causis etiam differentia est inter usum et habitationem. At recte Papinianus, ut refertur in *l.* 10. dixit, pene idem esse. Primum enim usus capitis diminutione amittitur: habitatio non item. Et ratio redditur in *l. legatum*, *de capit. minut.* quia legatum habitationis in facto magis, inquit, quam in jure consistit. Difficilis est ratio (ut solent sæpe juris auctores suas astringere rationes) sed dilatanda est. Usus juris est potius, quam facti, hoc est, jus utendi potius significat jus aliquod, quam actionem seu factum ipsum utendi, atque ideo facile jure civili tollitur, maxime jus tale, quod personæ cohæret, quandoquidem persona capitis diminutione immutatur. Habitatio autem facti est potius quam juris: quod facti est, quod autem naturale est, jure civili non perimitur. Ergo habitatio jure civili, hoc est, capitis minutione non perimitur; usus nomen est juris, habitatio facti nomen est. Item usus amittitur non utendo, habitatio non amittitur non utendo, quandiu domus manet, quia scilicet usus nomen refertur ad personam ejus, qui utitur; eo igitur non utente, usus disperit; habitatio autem refertur ad rem ipsam, quæ inhabitatur, adeo ut sæpe accipiatur pro domo. Et ut constat ex *d. l. cum antiquitas*, fecit dubitationem, an habitatione legata, videatur domus legata, hoc est proprietas. Verbum enim habitationis est ambiguum, nam et rem ipsam, quæ inhabitatur, significat, seu proprietatem. Sed in dubio videbitur legasse tantum inhabitationem, habitatione legata, non ædes ipsas, nisi eam fuisse mentem defuncti legatarius probaverit. Potuit enim (*nec mirum*) habitationem accipere pro domo ipsa: usus nudus numquam accipietur pro domo ipsa. Igitur non est eadem vis

utriusque vocabuli : nec mirum igitur, si non sit per omnia idem effectus utriusque legati.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XIX. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI

Ad L. VII. de Jur. et fact. ign.

Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.

Regula est de errore juris vel potius ignorantia: nam juris ignorantia stultitia est potius, quam error. Nostri auctores stultitiam vocant juris ignorantiam, stultum juris ignarum. Error proprie est ignorantia facti, de qua non est regula in *d. l.* sed de ignorantia juris tantum. Et est regula, *juris ignorantiam non prodesse in acquirendo*, id est, si quis aliquid velit acquirere, nihil ei proficiet ad acquirendum ignorantia juris, juris item ignorationem non obesse in conservanda aut persequenda re sua, et ut est in *l. 8. hoc tit.* juris ignorantiam non prodessse in compendiis, in lucris, si quod captes lucrum: non obesse etiam in damnis amittendæ rei suæ; juris ignorationem premio non affici, sed neque damno mulctari. Denique ob juris ignorationem, neque nos expensum captare, nec acceptum metuere. Hæc est regula, quæ ita varie concipi potest, sed nihil ago, nisi declaro, quid sit juris ignorantia, et quæ sit ratio hujus regulæ, et quid juris ignorantia efficiat, vel non efficiat, et nisi omnia exemplis facio dilucida. Juris ignorantia, non est ignorantia artis nostræ sed juris ignorantia est ignorantia ejus juris, quod sciunt omnes, etiam plebeii et idiotæ, plerumque rustici. Omnes sciunt jus naturale, id omnes ex natura ipsa hausimus, et ad id non eruditi, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus. Et hoc de jure naturali est certissimum, adeo ut nec ad id pertineat regula, sed ad jus civile. Porro omnes scirent jus civile, id est, leges publice propositas, et in æs incisas, aut ut hodie fit, scripturæ expressione frequenti, multiplici divulgatas passim, et frequentatas. Hæ leges finitæ sunt, sane possunt esse, aut esse debent, ut eleganter ait *l. 2. eodem tit.* infinitas leges perdere remp. Solebant olim publice perscribi leges in foro, vel incidi planis literis, unde de plano recte legi possent. Et iniquissima mens fuit Caligulæ Imperatoris, qui, ut Svet. refert, leges quidem, ut irretiret populum, proponebat minutissimis literis, et angustissimo loco, ut ne cui leges legere et describere liceret nec tamen ideo minus his legibus teneretur, quod erat iniqissimum, et justa est earum legum ignorantia. Quod palam publicatum est claris literis, ut legendi sit potestas unicuique, jus ignorare non possum, aut si ignoro, ipse mihi ignorantiæ causa sum. Quamobrem eo jure teneor, perinde atque si hoc scirem. Lex omnis est publica, nemo ignorare videtur, quod est publicum, hoc est, quod patet omnibus, aut si quis ignorat, pro sciente habetur, alioqui nemo non depelleret publicam utilitatem. Quod si ex ipsis legibus oriatur aliqua dubitatio, est in urbe bene constituta copia juris interpretum, quos licet consulere, quam rationem spectavit *l. regula §. sed juris ignor. hoc tit.* Et ait recte, ita facile esse jus scire unicuique quo civitas utitur. Id ergo nescire esse latam culpam, magnam negligentiam, stultitiam, nescire quod sciunt omnes. Et ait Arist. 5. Eth. *puniri eos, qui quid eorum, quæ legibus continentur, ignoraverint, vel oportuit scire, et erat facile ea scire.* Et sane punitur, qui committit in legem, qui delinquit contra jus, etiamsi obtendat juris ignorantiam: neque enim causatio hæc recipitur, sive sit jus naturale sive jus civile: sane jus naturale neminem excusat crimine aut pœna, si sit atrocius crimen, quod natura prohibet, ut furtum, homicidium, adulterium: non excusat fœminam ignorantia juris naturalis, non minorem 25. annis, non rusticum, sed quandoque miseratio sexus vel rusticitatis, vel ætatis, judicem perducit ad mediocrem pœnam, *l. auxilium, de minor*, in milite pœna exasperatur, *l. quædam, de pœn.* At juris civilis ignoratio sane his pœnis excusabit fœminam, et rusticum, et minorem 25. annis, *l. divus. §. pen. l. 5. ad leg. Cornel. de fals. l. si quis in gravi §. si quis ignorans, l. si di quod §. doli, de jurisd. omn. jud. l. 1. §. ult. de edendo, l. 5. §. nostrum, ad l. Jul. de adult.* Punitur etiam dolus, non lata culpa. Citra delcta autem in aliis negotiis gerendis juris ignoratio nemini nocet, ut si indebitum solvero per juris ignorantiam, non ideo mihi est denegauda condictio, puta, si id nec naturaliter, nec civiliter debui: contra juris civilis ignoratio etiam non prodest, hoc est, lucrum non adfert, non prodest in lucro, non obest in damno: ut si per juris ignorantiam solvero indebitum, non ideo condicam, quod nec alias condicerem, non hoc lucro afficiar, quia jus ignoravi, quia res, quam solvi facta est aliena, nec vel remota ignorantia juris condici potest; ac consequenter ignorantia juris etiam condici non potest, *l. cum quis, Cod. de jur. et fact. ign. et l. regulariter, §. si quis hoc tit.* In usucapione quoque juris ignorantia non prodest, ut si emero a pupillo sine tutoris auctoritate, putans me posse id usucapere, non est idonea hæc causa ad usucapionem, *l. numquam, et l. si fur. de usurp. et usuc. l.*

4. *hoc tit.* Et similiter hæredi volenti acquirere hæreditatem non prodest ignorasse jus, quia in acquirenda hæreditate præstituta sunt quædam tempora, puta centum dies, non prodest, inquam, ut post ea tempora admittatur. Quod adeo verum est, ut nec fœminis jus ignorantibus subveniatur in lucris, *l.* 5. *l. quamvis, hoc tit.* nisi sint minores 25. annis, nam hoc ætati sine distinctione sexus sæpe dari solet, etiamsi jus ignoraverit, *l. reg.* §. 1. *hoc tit.* Mulieribus quoque solet subveniri jus ignorantibus, sed non in lucris, *d. l. reg.* §. *si quis.* Aliquando etiam rusticis non habentibus copiam Jurisconsulti, quem consulant, sed raro parcitur rusticitati ob ignorantiam juris aliquando excusabit rusticum judex, sylvicolam puta, qui plerumque juris est ignarissimus, imo juris percipiendi incapacissimus. Et recte *d. l. regul.* §. *sed juris,* si non fuerit rustico copia Jurisconsulti: aliquando subveniri etiam iis in compendiis: sed raro, non temere. Regula hæc difficillimos explicatus habet: et cujus periti ita sunt vulgo interpretes nostri, ut ad primam quidem partem sciant multa exempla, ad secundam nullum: juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, in negotiis scilicet civilibus gerendis: neque enim hanc regulam aptari velim ad pœnales causas, de quibus tamen postea, sed ad contractus, et alias causas non pœnales. Ergo in gerendis civilibus negotiis juris ignorantia non prodest acquirere volentibus. Acquisitio est lucrum, quod scilicet obvenit sine diminutione rei suæ: et retro, lucrum est acquisitio rei alienæ ex causa lucrativa, non onerosa: quod acquirimus ex venditione emptione, non est lucrum, si emero vero pretio, quod acquiro ex legato, ex donatione, est lucrum. Lucrum est, quod ex alieno mihi obvenit sine ullo onere meo. Quæ sententia hujus partis est, juris ignorantiam in lucris non prodesse, in acquisitionibus lucrativis, ut quemadmodum in *l.* 45. juris ignorantia non prodest in usucapione: usucapio est acquisitio lucrativa, est lucrum conjunctum cum alieno detrimento, *l.* 18. *et* 19. *ex quib. cau. major.* Ergo in usucapione nunquam prodest juris ignorantia, hoc est, ignoranti jus non procedit usucapio. Exempli gratia, non possum usucapere rem, quam a pupillo emi sine tutoris auctoritate, etiamsi putem, me eam rem jure emisse: neque enim existimatio mea est ignoratio juris, *l. nunquam, in princ. de usuc.* *l.* 2. §. *si a pup. pro empt.* non possum etiam usucapere, quod licet mihi usucapere, si ignarus juris putem, id me usucapere non posse, *l. si fur.* §. 1. *de usuc.* Quod notandum. Neque huic exemplo obstat *l. justo* §. *filius, de usuc.* in cujus specie possidet quis, quod potest possidere, licet putet se id non posse possidere. Cur ergo etiam non usucapit quis, quod potest usucapere, licet putet se id non posse usucapere? Et est species §. *filiusfamil.* hujusmodi. Sciendum est filiumfam. peculium non possidere, aut rem peculiarem sibi, sed patri; filium igitur tenere quidem rem peculiarem corporaliter, sed non possidere, quia jus peculii ad patrem pertinet: non possidet rem ex causa peculiari quæsitam, quia et hæc res est peculiaris. Hoc est certissimum. Finge nunc: filiusfam. emit rem alienam, ignorans esse alienam, a non domino, atque etiam ignorans se patremfam. factum morte patris: putabat se esse filiumfam. et erat paterfam. ac in ea cum esset opinione, rem quam emerat sibi traditam, cœpit possidere, existimans se esse filiumfam. atque ita ignorans, se eam posse possidere, non ignorans filiumfam. qualem se esse putabat non posse possidere rem peculiarem, an possidet et usucapit? sic videtur, quia plus est in re, quam in opinione, et est paterfam. revera, et possidere eam rem potest, ac vere nihilominus possidet et usucapit. Respondendum, omnem eum errorem, de quo agitur in §. *filiusfamil.* consistere in facto, quia talem se existimat esse, ut non possit possidere ignarus conditionis suæ, qui error est facti, non juris, ignorans scilicet mortem patris, qua factus est paterf. ipse. Unde magis spectatur quod in veritate est, quam quod est in existimatione mentis, ut si quis putet se emisse rem a non domino, qui tamen erat dominus et accepisset errans in qualitate venditoris, non in jure civili, non ideo minus videtur traditione dominium acquisiisse, *l. pen.* §. *qui ignorans, hoc tit.* At secus est, si putet se usucapere non posse rem, quam potest usucapere, errans in jure, non in rei qualitate, sive natura, non in facto. Hic est merus error juris, idcirco non procedit usucapio, et ita accipienda *d. l. si fur.* §. 1. Unde relinquitur verum esse, in usucapione non prodesse ignorantiam juris esse enim usucapionem speciem lucri. Error juris non prodest in acquirenda hæreditate aliena, puta non prodest jus ignorasse, quo agnoscendæ bon. possessionis præscripta sunt certa tempora ut postea admittatur, quod imperitia juris peccaverit, ac nec fœminis quidem prodest, *l.* 5. *l. quamvis*, *C. de jur. et fac. ign. l. juris*, *qui admit. ad bon. poss.* Minoribus 25. annis prodest etiam in lucris, et militibus, et rusticis aliquando, *l. pen. hoc. tit.* Ergo nec fœminis, nec masculis majoribus 25. annis, juris ignorantia prodest: in lucris, et rusticis etiam raro. Et ita quoque in damno amittendæ rei suæ, non tantum fœminis succurritur, *l. ult. C. de jur. et fac.* Idque Justinianus ait in *l. ult. C. qui pot. in pign. hab.* non sc. pro lucro fovere mulieres, sed ne damnum patiantur, suisque rebus defraudentur, in damno, inquam, amittendæ rei suæ, non

tantum fœminis subveniatur, sed etiam maribus, *l.* 8 *hoc tit.* Cujus rei exemplum est in *l.* 8. *fideicommissa, de leg.* 2. Est species elegans: vir ab uxore hærede instituta, certorum prædiorum fideicommissum reliquit suis libertis post mortem uxoris: ipsa moriens ea prædia per fideicommissum reliquit, non libertis mariti, quibus erant relicta priore fideicommisso, sed etiam libertis propriis, et libertis mariti, qui petere poterant ea prædia ex testamento mariti, cujus non erant ignari, in solidum sc. repulsis libertis mulieris: lapsi ignorantia juris, longo tempore usi fideicommisso sunt promiscue cum libertis mulieris, an amiserunt petitionem prioris fideicommissi? Minime. Igorantia juris fecit longo tempore, ut non peterent liberti mariti fideicommissum sibi debitum: longo tempore non tollitur actio fideicommissi, quia perpetua est actio, quæ si tempore sublata esset, puta triginta annis prætextu juris ignorantiæ non restitueretur, *l. sicut inf. C. de præscrip.* 30. *ann.* At ea actione nondum perempta tempore, juris ignorantia suum petentibus nihil obest. Suum enim est, non tam quod suum proprietate, sed etiam, quod suum est obligatione, id est, sibi debitum. Et ita sæpissime accipitur in jure, et ita sane accipere oportet in *h. l.* 7. suum sc. vel proprietate, vel obligatione, et rem suam in *l.* 8. Et ita quoque, ut utar alio exemplo, mulieri in petenda dote nihil obest ignorantia juris; quia rem suam petit, quæ sc. domino suo nunquam abscessit, neque enim dotis datio plane alienatio est: sed ea ignorantia obest mulieri, hoc est, non prodest persequenti lucra nuptialia ex donatione propter nuptias. Cujus rei exemplum, sed satis difficile explicatu est apud Harmenop. 1. *Epitom. l.* 3. *ad fin.* Ex eo jure, quod ea ætate obtinebat, quodque obtinuit olim, ut refert Leo philosophus in *Nov.* 110. et quod jus esset hodie perquam utile. Quæso. quid non hodie mulieres post mortem viri artibus omnibus deripiunt? et convasant mobilia omnia, quæ maritus relinquit etiam in fraudem propriorum filiorum: huic rapacitati quemadmodum occurremus? exemplo Leonis Philosophi in *d. Nov.* restituto jure veteri, ut sc. mulier, quæ post mortem viri insidens bonis defuncti, non fecisset inventarium omnium rerum, quæ in bonis, aut ex bonis fuisseut, submoveatur a petitione rerum dotalium non extantium, quod sc. ipsa eas suppressisse præsumeretur potius, quam maritus ipse consumpsisse veluti ὑποβόλου aut donationis propter nuptias. Qua constitutione placebat etiam eam mulierem filio, vel filii teneri ceterarum nomine, quas filii jurassent in bonis patris fuisse mortis tempore. Est præclarissima Constitutio et poterit quandoque in usum revocari. Placebat etiam, ut quæ noluisset facere inventarium, non esset potior in hyp. ob causas dotis aliis creditoribus defuncti. Nam non potest non duci malo consilio, quæ inventarium facere detrectat. Id vero inventarium Leo vult fieri intra menses tres. Hoc interpretes ita accipiunt ut fiet intra tres menses in urbe, in provinciis vero intra annum, ut ait Harmenopul. exemplo inventarii, quod fit ab hærede, *l. ult. C. de jure delib.* et inventarii, quod fit a tutore vel curatore, ut idem Harmen. refert. 5. *Epit. tit.* 11. Dices, tu vis remedio inventarii occurrere fraudibus, et dilapidationibus mulieris: nec occurris tamen. Nam dum jubes inventarium fieri intra tres menses, satis das eis spatii ad dilapidanda bona defuncti, vel unus dies quandoque suffecerit ad evertenda vasa pretiosa, et pecunias omnes: satius itaque esse ita constituere, ut statim a morte mariti coram publico scriba faceret inventarium rerum, quæ in pecunia sunt, quæ faciliores investigatu sunt, et quæ facilius averti possunt, et subduci; ceterarum autem rerum, quæ sunt in longinquo intra dies, quibus ad ea loca, in quibus sunt, perveniri potest, alioqui, ut dixi, spatium ei dabimus satis, ad evertendam rem defuncti. Sed respondeo, tempus illud non præstituit incohando, sed absolvendo inventario; inchoari scilicet voluit inventarium, et perfici saltem intra tempora, et pretiosa quæque conscribi primum primo die sine mora ulla, deinde cetera prædia prout exigit familiæ, vel prædiorum, vel opulentiæ ratio. Quod obtinet etiam in inventario conficiendo a tutore. Et valde pertinet etiam, quod iidem interpretes multis locis volunt, et est quod proprie pertinet ad quæstionem, ut ignoscatur mulieri dotem suam persequenti, si ignoratione juris inventarium non fecerit, non etiam persequenti lucra nuptialia, juxta id, quod diximus, mulieri subveniri ne damnum patiatur rei suæ, non etiam, ut lucrum faciat. Hoc tamen necesse est, ut mulieri, si dotem suam persequatur, quæ lapsa ignorantia juris non fecit inventarium, præstet jusjurandum: jus ἀποχριβῆς est error in una litera, oportet scribere ἀποχρυβῆς per υ, ut se purget jurejurando, nihil se subtraxisse, aut subduxisse ex bonis defuncti, et ita quoque Græcis actio ad exhibendum quæ est de exhibendis rebus, quæ supprimuntur, celantur, appellatur περὶ ἀποχρυβῆ πραγμάτων ἀγωγὴ *l'action du recelement des choses.* Nec vero mirum videri debet eo casu, si fiat distinctio rei dotalis, et lucri nuptialis, damni et lucri secundum regulam nostram; cum etiam, si, quod notandum est mulier ignorans jus, ignara juris, puta nesciens se in causa dotis præferri omnibus creditoribus, etiam anterioribus, quod est privilegium dotis comprehensum jure communi; si ignorans, inquam, hoc

jus, alios creditores defuncti prætulerit sibi, nihilominus habebit integram petitionem dotis, *si elle ne s' est payée la premiere,* nec propter imperitiam juris damnum dotis suæ faciet: sed non habebit persecutionem lucrorum nuptialium, puta, si in eis persequendis existimarit, potiorem esse causam posteriorum creditorum defuncti, quæ non est potior, si sint posteriores, *l. ult. sup. qui pot. in pign. hab.* Ergo in lucro captando nuptiali, vel quo alio, nec masculo, nec fœminæ juris error quicquam prodest. Ex hac regula juris oritur quæstio indebito soluto, *an sc. indebitum solutum per ignorantiam juris possit repeti condictione indebiti?* Si sit solutum per ignorantiam facti, constat posse repeti. Sed quæritur, *an etiam indebitum solutum per ignorationem juris possit repeti?* Res non caret dubitatione. Nam in damno versari videtur, qui indebitum solvit per imperitiam juris: ergo ne imperitia juris ei noceat, subveniri ei debet, data condictione indebiti. Contra, lucrum cogitare videtur qui indebitum quod solvit repetit. Nam quid est lucrum? Acquisitio rei alienæ ex causa lucrativa, vel ex causa non onerosa. Is autem, qui rem indebitam solvit, ac post condicit rem alienam sibi dari oportere, intendit in rem, quæ sua fuit quidem, et nunc est aliena, acquirere vult rem alienam sine impendio ullo, et ut dictum supra, juris error non prodest. Ergo non parit ei condictionem indebiti: oblitus sum dicere deesse negationem circa finem *tit.* 13. *lib.* 1. Harmenopuli, illo loco, ὑπόβολον ἡττώμενον et legendum esse, ὑπόβολον μὴ ἡττώμενον. Nunc tractemus de quæst. supra proposita tantum, non decisa, an ei, qui indebitum solvit per ignorantiam juris, competat condictio indebiti? Ostendi rem non carere dubitatione. Sane opus fuit eam definiri Constitutionibus principum, ut sc. indebiti soluti per ignorantiam juris, non esset repetitio: ut soluti per ignorantiam facti tantum, esset repetitio, quod constat ex *lege pen.* §. *ult. hoc tit. l. cum quis: C. eod. l. error, C. ad l. Falc.* Ergo Constitutionibus definitum est, indebiti soluti per ignorantiam juris, non esse condictionem; imo et consequenter, non esse actionem mandati, puta si fuisset inutiliter obligatus ignarus juris, inutilem stipulationem habens pro utili solverit, quod fide sua esse jussit: neque id quod solvit, repetit ab eo, cui solvit, condictione indebiti, neque ab eo, pro quo solvit, per actionem mandati, *l. si fidejussor,* §. *non male, mand.* Quo loco male Accursius eum habiturum alterutram actionem saltem, vel mandati, vel condictionem scribit: nam utriusque denegandæ eadem ratio est consequentiæ. Denique (quod statuo generaliter) in eo, quod amisi, recuperando, ac rursus acquirendo, ignorantia juris mihi non prodest, puta si quid amisi solutione, ut dixi, vel temporis præscriptione legitimi, *l. scire, inf. C. de præscr.* 30. *ann.* Juris ignorantia facit, ne quid meum amittam: non faciet, ut id, quod amisi, non amiserim, facta infecta non facit. Ea ratione *l.* 2. *inf. de confess.* is qui per errorem juris confitetur se debere, quod non debet, non ideo minus habetur pro confesso. Confessio similis est solutioni. Qui solvit errore juris, non ideo minus videtur solvisse, et alienasse rem suam, quam qui confessus est errore juris, qui habetur pro confesso, qui errore facti, non habetur pro confesso. Nam nihil est magis contrarium confessioni, quam error facti. Confiteor enim de facto, etiam si mihi factum non liquet: nihil igitur confiteor, sed cum de facto mihi liquet, si errans in jure confiteor, sane habebor pro confesso. Nec enim ignorantia juris potest efficere, ut qui est confessus, non sit confessus, ut qui sibi sua confessione damnum accersivit, non accersiverit qui damnum jam fecit, ut non fecerit, qui rem suam amisit præscriptione temporis vel solutione, ut non amiserit. Denique ignorantia juris non restituit quicquam rei amissæ. Sed hoc tantum præstat, ne rem amittat nondum amissam, ut in exemplis relatis de fideicommisso ex *l. qui fideicommissa, de leg.* 2. et de dote *ex Harmenop.* Et eadem ratione, si filiofam. pecuniam credidi contra SCtum Macedonianum, cum existimarem eum factum patremfam. errore juris, puta existimans eum factum militem excessisse potestate patris: quod est falsum, §. *filiusf. Instit. quibus mod, jus pat. pot. l.* 3. §. 1. *ad Maced.* Nec quod jus ignoravi, hoc colore consequar, ut quod perdidi non videar perdidisse, *d. l.* 3. Et similiter si uxorem duxi eam, quæ nondum virum eluxerit, infamis sum ex edicto prætoris: mulier quæ nubit antequam eluxerat virum, infamis est; is quoque qui eam duxit uxorem, antequam peregerit luctum prioris mariti, infamis est. Igitur si eam uxorem duxi, quæ nondum eluxerat priorem maritum, ipso jure infamis sum, nec possum me excusare ignorantia hujus juris, dicens me edictum prætoris ignorasse. Nam prætextus ignorantiæ juris non potest delere infamiam, in quam incidi, *l. liberorum,* §. *notatur, de his qui not. infa.* Statuamus igitur, in eo quod amisimus, recuperando seu recipiendo, juris ignorantiam nobis non prodesse. In hoc tantum prodesse, ut ne incidamus in damnum, quod veremur, quodve impendet nobis. Accursius contra Constit. principum, quas retuli initio de non repetendo indebito soluto per errorem juris, sæpissime scribit indebitum solutum per errorem juris repeti posse, hac ratione, quæ illum decepit, ne damnum faciat, qui solvit: inepta ratio: qui enim solvit inde-

bitum, versatur in damno, non damnum timet; damnum enim jam ipse sibi attulit, solvendo indebitum, ipse sibi defuit, ut et modo si vult resarcire damnum, quod sibi ipse fecit, et creavit: si vult sibi restitui solutum, lucrum captat non per cautionem futuri damni, quia non jam rem suam petit, sed alienam: solutio species alienationis est. Idem etiam Accursius male accepit indebitum, quod scilicet uno jure debetur, non altero, puta jure, naturali, non civili, vel contra. Nam in hac quæstione de condictione indebiti indebitum dicitur, quod nullo jure debetur, id est, in hoc tantum genere indebiti valet differentia inter errorem facti, et errorem juris: puta quod nullo jure debui, nec civili, nec naturali, si per errorem facti solvi, repetam: si per errorem juris, non repetam. In alio genere indebiti, puta quod uno tantum jure fuit indebitum, non utroque, sane nihil interest solverit quis errans in jure, an errans in facto, et neutri etiam repetitio competit: quia et debiti naturaliter tantum et debiti civiliter tantum retentio est. Sane debiti naturaliter, et multo magis debiti civiliter, fit retentio, cum et hujus sit petitio. Abutitur etiam Accursius sæpissime in hoc tractatu legibus ipsis: de errore juris accipit, *l. sicut dotem*, §. *si mulier*, *sol. matr. l. 5. C. de condict. indeb.* quæ sunt de errore facti. Item in lege *muliere ad SCtum Turpill.* quæ de neutro errore est, sed non opus, ut hæc faciam perspicua. Pergamus ad majora. Diximus, parem esse causam masculorum et fœminarum, in lucris nec masculis, nec fœminis, jus ignorantibus succurri, in damnis succurri. Addamus etiam in pœnalibus causis citra negotia civilia, ubi dolus coercetur tantum, non culpa, utrique sexui subveniri jus ignoranti, evidentissima ratione, quia dolo caret qui in jure errat, *l. sed etsi*, §. *scire*, *de pet. hæred. l. si quid* §. *doli*, *de jurisd. omn. jud. l. 1.* §. *ult. de edendo*, *l. si quis in gravi*, §. *si quis ignorans*, *de Senatusc. Syl. et Claud. et l. 12. si quis in jus.* Juris ignorantia non est dolus, sed lata culpa. Quod rectissime Accursius scripsit in *d. l. liberorum*, §. *ult.* ubi autem etiam culpa coercetur, mari jus ignoranti majori 25. annis non succurritur, ut si mas jure civili incestum contraxerit per illicitum matrimonium errore juris, per matrimonium scilicet, alioquin sciet se facere stuprum saltem, et contra legem Juliam, quæ est de omni stupro; sed si per illicitum matrimonium errore juris jure civili incestum contraxerit, ut si duxerit sororis filiam, putans matrimonium non esse illicitum, conjunctionem istam non esse illicitam, ei non subveniri quamvis careat dolo: quia et hoc casu culpa coercetur, quæ lata est et magna: non omnis juris ignorantia lata ignorantia est, et summa negligentia atque inexcusabilis. Mulieri tantum, jus civile ignoranti succurritur etiam si incestum contraxerit per illicitas nuptias, incestum jure civili, ut *l. si adulterium, et seq.* §. *stuprum. ad leg. Jul. de adulter.* et in casu etiam *d. l. liberorum*, §. *ult.* Nam ei parcitur, quæ ignorantia juris nupsit, antequam eluxisset virum. Si mulier jure gentium incestum contraxerit, puta cum parente, avo, aut proavo, nepote, pronepote, vel cum his, qui parentum aut liberorum loco sunt, cum quibus jure naturali incestum contrahitur, tum mulieri non parcitur, mulieri in jure naturali erranti non subvenitur; imo nec illi unquam: quia nemo sc. ignarus juris naturalis, aut possit esse, aut præsematur esse. At contra ea, quæ ante psoposuimus, videtur etiam in contractibus de causis non pœnalibus, quamvis lucrosæ sunt, hoc est, etiam in lucris mulieri jus ignoranti subveniri, ut in *specie l. de die*, §. *si servus*, *qui satisd. cog.* Proponam primum rudi-ter sententiam hujus §. Ait Papin. in *d.* §. reum actori cavere judicatum solvi ante litem contestatam, maxime judiciis in rem, et cavere dato fidejussore. Finge: dedit servum fidejussorem, ait Paul. *actori subveniri, ut ex integro caveatur*, id est, ut detur alius fidejussor idoneus: actori subvenitur, etiam majori 25. annis, sc. quoniam subjicit, *majori quoque subveniri:* et mox, *forsitan*, *et mulieri subveniri propter imperitiam*, juris igitur, nam regulariter ignorantia non dicitur imperitia. Valde quæritur, qui sit sensus eorum verborum, *minime subveniri*, *forsitan et mulieri etc.* An hic est sensus, minori et mulieri subveniri, qui quæve judicatum solvi fidejussorem accepit, ut ei sc. ex integro caveatur? An vero hic est sensus, minori, et mulieri subveniri, nec obligetur, qui quæve pro altero cavit judicatum solvi? Vel hic necesse est sit sensus, vel ille, utroque offendimur. Priore sensu offendimur, quia et majori 25. annis, innuit subveniri, si servum fidejussorem acceperit judicatum solvi, ut frustra sit adjectum etiam minori subveniri et mulieri. Posteriore etiam sensu offendimur, quia constat et in aliis omnibus, causis minori subveniri causa cognita, et mulieri ipso jure ex SCto Vell. non propter imperitiam juris, *ut ait* §. *si Servus*, sed propter infirmitatem sexus, aut facillitatem, quod facillime intercedant pro aliis, *l. 2. ad SCtum Vell.* Priori tamen sensui acquiescendum est non huic ultimo: magis enim hoc vult Paul. in *d.* §. si servus pro reo fidejusserit, judicatum solvi, quem constat, nec obligari naturaliter ex ista causa fidejussionis, nec etiam de peculio, *l. 2. de fidejussor.* Hoc casu actori ignoranti conditionem fidejussoris, hoc est, existimanti eum esse liberum hominem, erranti igitur in facto, non in jure subveniri, ut ex integro ei caveatur;

actori, inquam, majori 25. annis, actori autem minori 25. annis etiam ignoranti jus subveniri, ut existimet servum recte intercedere. Adjicitur *forsan et mulieri subveniri* propter imperitiam juris: forsitan, verecunde et timide ait; mulier jus ignoranti subveniri in lucro. Regulariter enim minori quidem subvenitur etiam in lucro, sive masculo, sive fœminæ, sed non fœminæ majori. Qui ergo regulariter fœminæ majori 25. annis in lucro non subvenitur, si jus ignoraverit, verecunde ait, hoc casu quo lucri causa agitur, forsitan mulieri subveniri: nam lucrum est satis acceptio, hoc est, fidejussoris acceptio, quia promissori jungitur adpromissor, et interest duos reos habere, *l.* 3. §. *ult. de lib. leg.* Sed non adeo magnum lucrum, ut respondeat statim, ut hoc invidere oporteat mulierculæ jus ignoranti. Nam et ejus emolumenti rationem non habent JCti in hoc genere legati, *hæres meus solvito Titio, quod ei Cajus debet:* nam ex eo legato JCti non dabant actionem Titio petitori, quasi non admodum illius interresset, duos reos habere, ut ex Jul. Ulp. retulit *l. si cui legetur*, §. *si Titio*, *de leg.* 1. In quo tamen est reprehensus Ulp. a Marcello, *d. l.* 3. §. *ult. de lib. leg.* Et alio quoque argumento ostendam, satis acceptionem non esse tanti: nam si per errorem juris solvero rem indebitam, ut ante dixi, et modo eam rursus acquirere velim, condicere non possum. Sed si satisdationem legatorum remissam testamento, putans non posse eam remitti ignorans juris, ignorans Constitutiones D. Marci, si eam præstitero, indebitam igitur, quod fuisset remissa a testatore, benigne, ut ait *l.* 1. *ut in poss. leg* mihi conceditur, ut liberationem condicere possim, quia non adeo magnum lucrum capto. Est igitur in *d.* §. *si servus*, unus casus quo mulieri jus ignoranti subvenitur: nec mirum, cum sit etiam alius casus, quo mulieri juris ignoranti in lucro subvenitur, *l. Divus*, *ad l. Corn. de falsis.* Tertius etiam casus est *in l.* 2. *de jure fisci.* Jus ex SCto Liboniano est ut qui sibi adscribit legatum dictante testatore, repellatur a legato quasi falsarius. Finge: filia jussa matris testatricis sibi adscripsit legatum ignara SCti, non repellitur a legato, a lucro non repellitur, sed ideo, quia illud fuit nominatim exceptum SCto, *l. Divus* §. *pen. ad l. Corn. de falsis.* Idem evenit in hoc casu. Finge mulieri legatum relictum est: illa putat ducta errore juris, se non posse capere solidum legatum, nec rem ipsam celet fiscum, se ipsam defert fisco dicens: mihi ille reliquit legatum, quod ego mihi videor solidum capere non posse: ipse præmii sc. quod promissum est se deferentibus, ut scil. se ipsum deferens corradat aliquid ex legatu, ne totum amittat. Seipsam igitur deferens fisco quasi incapacem solidi, quæ tamen erat capax, an sibi præjudicat? minime. Ergo ei jus ignoranti in lucro subvenitur facillime, quia ita Constit. cautum est in fraudem fisci, cui boni principes raro favent, *l.* 2. §. *ult. de jure fisc.* Hi sunt tres casus. Et ita verum esse reperio quod ait *l. pen.* §. 1. *hoc tit.* mulieri acquirere volenti in quibusdam subveniri propter imperitiam juris. Regulariter non subvenitur, nec abs re, *l. quamvis, C. eod. tit.* Non solet mulieri in lucro subveniri, quæ verba, *non solet*, significant plerunque juris ignorantiam mulieri non prodesse in lucro captando, nonnunquam prodesse ut in *l. non solet, loc.* Non solet locatio dominium mutare, ita est: sed ait, *non solet*, quia nonnunquam dominium mutatur, ut in specie *legis item si pretio* §. *pen. et l. in navem, eod. tit.*

Ad L. XXXV. de Milit. test.

Miles, si testamentum imperfectum relinquat, scriptura, quæ profertur, perfecti testamenti potestatem obtinet: nam militis testamentum sola perficitur voluntate. Quique plura per dies varios scribit, sæpe facere testamentum videtur.

Quod traditur in *l.* 35. est de imperfecto testamento militis, quæ cum regula præcedenti converti potest: militibus jus ignorare permissum est ex Constitutionibus principum, adeo, ut etiam in lucris eis subveniatur propter imperitiam juris, *l. pen.* §. *si filiusfam. de jur. et fact. ignor. l.* 1. *C. de juris et fact. ignor. l. ult. C. de jure delib.* Quia ut significatur in *d. l.* etiamsi ex militibus quidam possint esse periti juris, tamen omnes arma magis, quam jura scire præsumuntur, aut certe obliti esse legum, si quas sciverint olim, postquam ceperunt arma. Denique milites præsumptione sunt ignari juris. Et recte Jul. Frontin. de limitibus agrorum, *dum*, inquit, *magis armorum exercerer curis, totum hoc negotium* (literarum sc.) *veluti oblitus intermiseram, nec quicquam aliud, quam belli gloriam cogitabam*, et Tacit. *in Agric. credunt plerique militaribus ingeniis subtilitatem deesse, quia castrensis jurisdictio secura et obtusior ac plura manu agens calliditatem fori non exerceat.* Et privatio hæc subtilitatis et calliditatis forensis est, quæ dicitur simplicitas militaris, *l.* 1. *hoc tit. l.* 3. *C. eod. tit.* Denique omnes milites simplices esse existimantur, id est, incallidi rerum forensium, expertesque subtilitatum et apicum juris. His consequens est, quod iisdem Constitutionibus principum cavetur, ut si milites in faciendo testamento non observaverint diligentem observantiam et subtilitatem legum, nihilominus rata sit eorum voluntas,

nec eis imputetur, si JCtum non adhibuerint: nam sine Jurisconsulto quomodocunque fecerint testamentum, valet, ut in antiquo monumento, quidam ita præscripsit quasi testamento suo: *dolus malus abesto et Jurisconsultus.* In illo monumento sequitur: *jus aditus, libertis libertabusque meis danto:* huic voluntati, ne fraus fieret, præscripsit, ut abesset dolus malus, nec adesset Juriscons. qui cavillationum est callidissimus. Et similiter in *l. pen.* §. *Lucius, de legat.* 2. quidam contestatur se testamentum fecisse sine ullo JC. his verbis: *Lucius Titius hoc testamentum scripsi sine ullo Jurisperito rationem animi mei secutus potius, quam miseram et nimiam diligentiam, et si minus quid legitime minusve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis sani voluntas:* paganus fuit qui ita scripsit, et plectitur: nam hæc voluntas non habetur pro testamento, et sustinetur tantum jure codicillorum, quia his verbis satis declaravit, qualemcumque voluntatem se valere velle: non potest valere ut testamentum, valebit tantum ut codicillus. Voluntas pagani imperfecta, non est testamentum, ut quælibet voluntas militis, ut ait *l. proxima sup.* quæ est etiam Papin. ex lib. 14. testamentum est, et ut ait in hac l. *testamentum militis imperfectum perfecti potestatem obtinet, quia sola voluntate perficitur. Sola voluntate*, id est, nuda voluntate, nec exigit salemnia, nec testes probationis exigit: testes, id est, hanc speciem probationis non exigit, signa, subscriptiones non exigit, legum observationem nimiam non exigit. Denique testamentum militis nuda voluntate perficitur: imperfectum testamentum dicitur duobus modis, specialiter et generaliter. Specialiter et proprie dicitur, quod non est signatum septem testium signis: nec testes sufficiunt septem, sed signa requiruntur, non tantum jure civili, sed etiam prætorio. Hoc ergo testamentum, quod signatum non est, destituitur et jure civili et prætorio. Ergo plane imperfectum est, quia si laboret alio vitio, ut puta, si sit injustum, id est, si in eo filiusfam. sit præteritus, vel si sit ruptum agnatione sui hæredis, jure prætorio valet, id est, modo sint signa testium, prætor daturus est bonorum possessionem secundum tabulas, *l. postumus, de inj. rup. l. cum tab. de bon. poss. secun. tab.* Quæ tamen post constituetur sine re, ubi constabit aut injustum, aut ruptum esse testamentum. At si tabulæ non sint obsignatæ septem testium signis, prætor non est daturus bon. possess. sec. tabulas. Itaque omni jure imperfectum est testamentum, quod signatum non est. Ergo plane imperfectum est. Et hæc summa imperfectio testamenti, summum vitium. Et ita perfectum testamentum pro eo quod obsignatum est 7. testium signis accipitur in *l.* 6. *ad l. Corn. de fals. et imperfectum in l. hac consultissima* §. *non subscriptum, C. de testam.* ubi *pro imperfecto* legend. non, *pro infecto*, quod 7. test. signis obsignatum non est. Generaliter imperfectum dicitur, quod vitio quocunque laborat, sive non signatum sit, sive injustum, ob præteritionem sui hæredis, sive irritum ob cap. minutionem, sive ruptum ob agnationem posthumi. Falsum quoque quis non dicet esse imperfectum, quinimo potius nullum est prorsus: hæc omnia vitia imperfecti generali appellatione continentur, *l.* 1. §. *sive, de tabul. exhib. l.* 2. §. 1. *quemad. test. aper. l. si duobus* §. *si prius, de bon. possess. cont. tab.* Imperfectum etiam est, quod notis, *par chifres*, conscriptum est, non literis, si sit factum a pagano. Imperfectum est etiam, quod quis cœpit facere, nec perficere potuit morte præventus, aut verbis amissis, ut in specie *legis si is qui testam. fac. pos.* Imperfectum etiam est, quod quis fecit super portione bonorum tantum. Et quoquo modo imperfectum sit testamentum militis, si modo falsum non fuerit, perfecti testamenti potestatem obtinet. Nam etsi notis conscriptum sit, valet, *l. Lucius, hoc tit.* si signatum non sit valet, si sanguine proprio, ut *l. milites, C. de testam. mil.* scriptum sit in clypeo, aut vagina, aut thorace, aut gladio, si in pulvere in ipso articulo morienti. Heges. lib. 5. *Vere*, inquit, *bellicum testamentum est, quod non atramento scriptum, sed sanguine, non in charta, sed in mucrone.* Item testamentum militis irritum non fit cap. minutione, *l.* 6. §. *irritum, de inj. rup. l. miles filiusfamil. et seq. h. tit.* Et prætera nec injustum est testamentum militis, sive non jure factum, in quo sciens se habere filium, eum præteriit; nec rumpitur etiam agnatione posthumi, ubi scilicet scierit, uxorem esse gravidam, quia præteritio et silentium militis pro exhæredatione habetur, silentio exhæredat filium mater, non pater, nisi sit miles. Item non rumpitur testamentum adoptione filii, puta si post factum testamentum miles aliquem adoptaverit ad vicem filii naturalis et legitimi: non rumpitur successionem in locum sui, *l.* 7. *l.* 8. *h. t. si tui, C. eod. tit.* Ac postremo non rumpitur etiam testamentum militis post facto alio testamento, si quidem miles plura testamenta facere voluerit, *l. quærebatur, h. t.* Ut in hac specie. Finge, Miles de tertia portione bonorum primum testamentum fecit: potest enim de parte bonorum testari, de parte non, quod tamen paganus non potest. Deinde idem miles secundum testamentum fecit de alia tertia parte bonorum, post aliud de alia tertia. Tria testamenta sunt et omnia valent. Et hoc est quod ait Papin. in hac *l. quique plura per dies varios scribit,*

etc. Miles igitur pluribus testamentis decedere potest; paganus uno tantum. Nam si eandem speciem posueris in pagano, quam ego posui in milite, non dicam tria esse testamenta, et omnia valere, sed dicam ultimum testamentum tantum valere, etiamsi in eo sit hæres institutus ex tertia tantum partem bonorum, namque ne sit pro parte testatus, pro parte intestatus quod jus civile abhorret, dicimus tertiam partem adscriptam hæredi, assem ad se trahere, in *l.* 1. §. *si ex fundo*, *de hæred. instit.* nihil refert unicum hæredem scribas. Causa testati, ut dicitur, trahit ad se causam intestati, *l. pen. de inj. rupt.* Illud non est omittendum, vehementer hodie errare nonnullos, qui idem esse existimant, milites et nobiles, sive ut diximus gentiles, *gentil hommes*, qui quæ jura prodita sunt de militibus, putant pertinere ad nobiles: nec enim istas personarum conditiones confundere unquam oportet. Nam et plerumque plebeii et ignobiles milites sunt, nec militia desinimus esse plebeii, non desinimus esse plebeii, sicut nec filiusfam. militia desinit esse in potestate patris, quod ex definitione militum et nobilium constabit. Milites sunt qui in numeros relati, et in expeditione degunt, *enrolléz*: nobiles sunt, quorum non dico parentes, sed majores, (nam opus est ad comparandam nobilitatem longa avorum serie?) qui feudum a Principe acceperunt, vel ut constat ex lib. Feudorum a valvasore Principis, puta Duce, vel Comite, Marchione, etc. Sunt igitur nobiles, quorum majores feudum acceperunt a Principe, vel a valvasore Principis sive capitaneo adjuncto onere militiæ. Nobilitati adjunctum est onus militiæ, fateor, sed non sunt milites, nisi quandiu in expeditione occupantur et testamentum eorum citra expeditionem non pertinet ad privilegia militum. Etiam vehementer errant, qui id solum testamentum militis putant esse solutum legibus, quod miles facit in procinctu, in acie, in hostico, in ipso discrimine vitæ. Nam et testamentum, quod miles facit in expeditione, in castris, in stativis, jure militari valet, alioquin nihil distaret hac in re miles a pagano. Potest fieri ut in ipso procinctu interveniat paganus aliquis: hic in acie, in ipso procinctu, si fecerit testamentum minus solenne, si fecerit testamentum imperfectum, fecisse potius videbitur, et perfecisse, quia et pagano deprehenso in acie remittitur juris solemnitas, et id temporis testamentum a pagano factum licet imperfectum, vires habet, *l. ult. h. t. l. un. de bonor. poss. ex test. mil.* Et hac ratione patet, quia tunc temporis, hoc est, in procinctu apud quemlibet prope intermortua est memoria. Obliviscuntur disciplinæ, qui ad pugnam eunt, inquit Xenophon, par est eo tempore subtilitatem legum remitti tam pagano, quam militi: Alio tempore soli militi remittitur, ut si miles testamentum fecerit in expeditione, in castris, vel ut loquitur, *lex* 3. *is qui*, *de re milit.* in fossato, vel in stativis, in præsidiis, *en garnison*, jure militari valet. Et puto in §. 1. *de milit. test. Instit.* dum ait, in testamento faciendo non uti privilegio militum eos, qui citra expeditionis necessitatem in suis sedibus degunt, vel aliis locis: puto, inquam, male quosdam sedes interpretari stativa: jure possumus, et debemus interpretari ædes suas, ut nominatim *l. ult. C. de instit. milit.* Basil. pro *in suis sedibus*, habent *in suis ædibus*, nihil moror sive legere volueris sedibus, sive ædibus idem est: et male Theoph. sedes interpretatur *sedeta*: quia sedeta, ut Suidas interpretatur, sunt fossata, id est, castra, aut sane sedeta sunt, stativa. Et falsum est, militem testari non posse in stativis jure militari. Igitur non possis sedes, sedeta interpretari, sed ædes potius. Explicarem etiam *l.* 11. *et l.* 13. sed ne sim tædio, reservabo in diem crastinum.

Ad L. XI. XII. et XIII. de jure codic.

Qui gravi utero uxorem esse ignorabat, codicillis ad filium scriptis, libertates dedit: nata post mortem patris filia, cum de ea nihil patrem sensisse constitisset, placuit libertates a solo filio præstari posse.

L. XII. Redemptis a sorore partibus.

L. XIII. Illud enim sine dubio dici non potest, etiam filiam manumittere cogendam, cum ab ea nihil pater petierit, et jure suo hæres extiterit.

Explicabo duas quæstiones, quæ sunt in *l.* 11. 12. *et* 13. *de jure codic.* Et his, quæ diximus de militari testamento, non male coaptari poterunt ea, quæ dicentur hodie de posteriori quæstione: nam ex ea intelligitur, imperfectum testamentum esse etiam id, in quo institutio hæredis scribitur verbis precariis. Sed de prima quæstione prius dicamus, quæ pendet ex specie hujusmodi. Vir, qui putabat uxorem non esse gravidam, testamentum non fecit, codicillos fecit: nam et codicilli ab intestato fieri possunt, at eos codicillos scripsit ad filium, quem habebat, nihil cogitans de posthumo vel posthuma, existimans scil. uxorem vacuam esse utero, et in eis codicillis filium rogavit, *ut servum aliquem manumitteret*: non potest codicillis factis ab intestato, relinquere directam libertatem, relinquit fideicommissariam. Post mortem ejus nata est posthuma, de qua nihil sperabat: codicilli non sunt rupti agnatione posthumi, quia ab intestato facti esse proponuntur, qui si facti essent ad testamentum, sane rupto testamento agnatione posthumi vel posthumæ, et ipsi rumperentur, *l.* 3. *l ab in-*

testato, *l. pen. h. t. l.* 1. *Cod. de codic*, Sed, ut dixi, codicilli, qui facti sunt ab intestato, non rumpuntur agnatione posthumi vel posthumæ. Ergo in specie proposita uterque, filius scil. ad quem scripti sunt codicilli et posthuma patri hæredes extiterunt. Quæritur, *an uterque obligetur præstare fideicommissariam libertatem?* Hæc est prima quæstio hujus l. an et a filio et a filia peti possit fideicommissum libertatis scriptæ in codicillis scriptis duntaxat et missis ad filium? et videtur neuter obligari. Ac primum quidem sane non obligatur filia posthuma, quia nihil ab ea petiit pater, hoc est, eam non oneravit fideicommisso præstandæ libertatis. Ac præterea filia suo jure hæres existit patri, ut ait Papinian. initio l. 13. non ex judicio defuncti filius hæres extitit patri, ex judicio defuncti: quia scribendo ad eum codicillos, videtur sua sponte ei relinquere legitimam hæreditatem. *l.* 8. §. 1. *hoc tit.* Denique filius venit ad successionem ex tacito judicio patris, filia suo jure, non ex judicio patris, cum de ea pater nihil cogitaverit, qui gravi utero uxorem esse ignoravit. Hæc duo sunt opposita, jure suo, et judicio defuncti, *l. cum ab uno*, *de leg.* 2. Ab uno unave, qui quæve venit ex judicio defuncti, fideicommissum relinqui potest, ab eo autem cave, qui quæve non venit a judicio defuncti non potest, *l.* 3. *de leg.* 1. Et vero etiam a filia fideicommissum non relinqui potest, de qua nihil etiam sensit. Ergo constat filiam posthumam non obligari fideicommisso præstandæ libertatis. Dico etiam filium non obligari, licet rogatus sit servum manumittere in codicillis ab intestato, quia servus ille est communis inter illum et sororem. Unus autem ex dominis servum communem non potest manumittere, et libertas est individua, quia pro parte libertas non potest præstari. Ac prætera ea libertate fideicommissaria pater non onerasset filium solum, ut verisimile est, nisi solum putasset eum sibi hæredem futurum, quod est traditum *in l. pen. inf. hoc tit.* Ergo neuter obligatur onere præstandæ fideicommissariæ libertatis: filia non obligatur, filius non obligatur, quamvis rogatus sit et oneratus. Et ita quidem se res habet summo jure, sed ex æquitate, favore, scilicet libertatis, ne pereat libertas, ut Papin. docet hoc loco oblata æstimatione pretii filio, qua scilicet redimat partem servi a sorore ipse filius post redemptionem servi, libertatem præstabit, ut scilicet scribitur in specie *l. cum filius*, *de leg.* 2. *l. judicatæ*, *de except. rei judic. l. duobus*, *de lib. cau.* Et ita redempta parte sororis, servus fideicommissariam libertatem a solo filio petet, non a filia posthuma. Redimet autem partem sororis frater de pecunia oblata a servo, aut pro servo, non de pecunia sua, arg. *d. l. cum filius*, et soror compelletur vendere partem suam, *l.* 1. *C. de com. serv. man.* ne scilicet servus defraudetur libertate sibi relicta, et hoc est quod ait hæc l. 11. Obstat huic sententiæ quod est in fin. *l. pen. hoc t. t.* in eadem specie: quæ pro parte præstari non possunt, eorum nihil esse præstandum: libertas pro parte præstari non potest, ergo nullo modo est præstanda. Ergo nulla est præstanda, nec a filio, nec a filia, ergo nulla debetur. Sed, ut dixi, ita est accipienda lex *pen.* et adjiciendum, summo jure ita est, non deberi libertatem, sed ex æquitate et favore libertatis, redempta parte sororis a filio, hoc est, postquam redemerit filius partem sororis de pecunia oblata a servo, aut nomine servi, præstabit servo libertatem, arg. *d. l. cum filius.* Et ita oblata pecunia, et redempta parte servus petet libertatem fideicommissariam a solo filio, non a posthuma. Denique solus filius præstabit libertatem fideicommissariam. Obstat huic sententiæ rursus *lex alieno*, §. 1. *de fideicomm. libert.* ubi ponitur eadem species: moriens aliquis intestatus filium rogavit nominatim, ut servum manumitteret. Natus est posthumus vel posthuma. Ait ab utroque præstandam esse libertatem, quod mirum in modum videtur pugnare cum illis legibus: sed nihil est, quod tam facile expediri possit. Ita distinguendum est: aut filius redemit partem a sorore, et tunc ab eo solo præstatur libertas: aut filius a sorore partem non redemit, sed ipsemet servus se ab ea redemit, oblato vel soluto partis pretio. Et hoc sane casu libertas præstabitur ab utroque, arg. *d. l. cum filius*. In l. 11. dixit Papin. a solo filio præstari libertatem, sed adjicitur modus ex alio loco Papiniani, redempta parte sororis ab ipso filio scilicet. Quæ species addenda est sive modus etiam ad *l. aliud* §. 1. *et ad fi. l. pen. hoc tit.* nisi scilicet filius redemerit partem posthumi vel posthumæ de pecunia servili. Obstat etiam *l. cum pater*, §. *cum existimaret*, *de legat.* 2. species est pene eadem. Quidam fecit codicillos ab intestato, cosque scripsit ad consobrinam, nesciens se etiam habere consobrinum, qui simul ab intestato cum consobrina veniet ad successionem, quod eodem gradu sit, et ab eadem consobrina fideicommmissum reliquit: utroque hærede existente ab intestato lex ait, consobrinam pro parte dimidia fideicommisso relevari, quia pars bonorum ei aufertur concurrente consobrino, et pro alia parte dimidia consobrinum non teneri, qui rogatus non est: fideicommissum igitur infirmari pro parte, quandoquidem proponitur sola consobrina rogata nominatim, non consobrinus: ergo pro parte consobrini infirmatur fideicommissum. Et jure quidem ita est, sed post emendabitur. Interea illud observabis illum §. loqui de rebus dividuis per fideicommissum relictis, et

eas separari a libertatibus fideicommissariis, quæ dividi non possunt, et debentur omnino ac præstantur redempta parte consobrini. Et idem obtinet in servitutibus prædiorum, quæ et ipsæ sunt individuæ, *d. l. cum filius*: aliæ res dividi, et pro parte præstari possunt: et integræ præstabuntur indistincte, sive ad filium scripto codicillo, et ab eo relicto fideicommisso rei dividuæ, posthuma nata sit postea, de qua nihil cogitavit defunctus, et fideicommissum a filio relictum sit eis verbis, *quisquis mihi hæres erit*, vel nominatim a filio: primo casu, *quisquis mihi, etc.* certum est, filium teneri pro parte, et posthumam pro altera, quia omnem hæredem oneravit illis verbis, *quisquis mihi hæres erit*, *l. 3. et l. ab intestato, hoc tit.* Quid si nominatim fideicommissum reliquerit tantum a filio? Et hoc casu videtur solus filius teneri, vel in solidum, vel quod magis est, pro parte dimidia tantum, ut relevetur, sed interim videtur solus ipse teneri, *l. pen. hoc tit. l. post emancip. §. 1. de leg. 3.* Et in simili casu, *l. quidam §. ult. h. t.* Sed æquior est sententia Ulpiani, qui hac in re Marcellum notavit in *d. l. pen.* his verbis: *Imo duntaxat partem debet*, lex *pen.* est Marcelli; sed hæc verba sunt ex nota Ulpiani: *imo duntaxat partem debet.* Marcellus scripsit filium totum debere, qui rogatus est nominatim. Ulpian. notat, *imo duntaxat partem debet*, perinde ac si dixisset, *quisquis mihi hæres erit*, aut pro parte infirmatur fideicommissum, hoc est, pro altera parte non tenebitur posthuma, quod est verius. Cur tenetur filius pro parte tantum, ut voluit Ulpianus, quamvis ipse solus sit rogatus nominatim? quia hoc fit ex æquitate, quia filia ei facit partem et aufert partem. Æquum est igitur ut pro ea parte filius relevetur, quod res divisionem patiatur: et eadem nota est addenda ad Scævolam, sicut in simili casu eadem nota additur ad Scævolam, *d. l. quidam, §. ult. h. t.* ex Africano in *l.* quæ eam sequitur, *l. sed cum, de jure codicill.* Summa hæc est: libertatem fideicommissariam præstari omnino, quia dividi non potest, et præstari remedio redemptionis: eodemque remedio præstari servitutem prædii, quæ etiam est individua, rem dividuam, si relicta sit his verbis, *quisquis mihi hæres erit*, præstari a filio pro parte, a sorore pro altera parte: si relicta sit nominatim a filio, præstari tantum pro parte filii, pro parte intercidere fideicommissum.

Ad §. Tractari ejusd. L. XIII.

Tractari solet de eo, qui cum tabulas testamenti non fecisset, codicillos ita scripsit: Titium hæredem esse volo: sed multum interest, utrum fideicommissariam hæreditatem a legitimo per hanc scripturam, quam codicillorum instar habere voluit, reliquerit, an vero testamentum facere se existimaverit: nam hoc casu nihil a legitimo peti poterit. Voluntatis autem quæstio ex eo scripto plerumque declarabitur: nam si forte a Titio legata reliquit, substitutum adscripsit, hæres si non extitisset, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligitur.

Altera quæstio est perbrevis, quæ proponitur in §. 3. *l.* 13. Species est: *Titium hæredem esse volo.* Hæc verba sunt precaria, non directa: verbum volo est præcarium, sicut verbum, *rogo*, *mando*, *cupio*, *peto*: non est directum verbum, sicut si dixisset, *hæres esto.* Hæc igitur verba sunt precaria: *l. quidam testamento, de leg. 1. l. 11. §. si filio, et l. nomen, de leg. 3. §. ult. Instit. de sing. reb. per fid.* Hæc igitur scriptura, *Titium hæredem esse volo*, non est testamentum, etiam si quis ita dixit, *volo facere testamentum*, quia testamentum non fit verbis precariis. Quid est testamentum? institutio hæredis directa. Institutio non fit verbo precario, non fit verbo, *volo*, sicut nec verbo, *facio*, nec verbo, *instituo*: nam ut Ulp. scripsit in fragmentis, hanc institutionem plerique *improbant*, *Titium hæredem instituo*, et illam quoque, *Titium hæredem esse volo*, sed ita erat instituendus hæres: *Titius hæres esto*, vel, *Titius hæres sit*, quæ verba sunt directa et imperativa. Quæ tamen differentia verborum hodie est sublata a Justin. *in l. quoniam, C. de testam.* Nam hodie si ita testator hæredem scripserit, Titium hæredem esse volo, si voluerit facere testamentum, verbum precarium accipitur pro directo, et valet testamentum. Sed mittamus constitut. et tractemus, quod hic a Papiniano dicitur, ut debemus. Secundum jus vetus, quod obtinuit ante Const. hæc scriptura, *Titium hæredem esse volo*, non est testamentum, etiamsi voluit facere testamentum, quia id non fecit solemni verbo, et civili, quo facere debuit. At quemadmodum intelligemus, voluerit facere testamentum an codicillos? Est quæstio voluntatis: voluntas sola non facit testamentum, nisi militis. *Volo facere testamentum*, utor et verbis precariis ego, qui sum paganus, imperfectum est testamentum meum, quia non sola voluntate perficitur, sed et verbis solemnibus, et aliis quibusdam observationibus adhibitis. Ergo si volo facere testamentum, nullum est testamentum: si volo facere codicillos, valebunt codicilli, et proximus agnatus mihi hæres erit ab intestato, et deducta Falcidia restituet bona Titio, quia videor fideicommissariam hæredit. Titio reliquisse a legitimo hærede, quandoquidem codicillos facere volui,

non testamentum. Et hæc voluntatis quæstio declaratur ex scripto: *voluntatis quæstio*, inquit, *plerumque declaratur ex scripto*. Tullius *de invent. propius accedere ad voluntatem scriptoris illum, etc.* Et sane in hac specie, cum ita scriptus est hæres, *Titium hæredem esse volo*, illum voluisse facere testamentum ex scripto declarabitur, ut puta, *si a Titio legatum reliquerit*: nam legata ab intestato relinqui non possunt, §. *præterea*, *Inst. de fideic. hæredit.* Item, si in eadem scriptura Titio substituerit vulgari modo, si hæres non esset directo modo, quia nec codicillis scriptis factis ad testamentum substitutio scribi potest. Idem quoque erit, si in eadem scriptura filium exhæredaverit, eadem ratione, quia exhæredatio inutiliter scribitur codicillis, sive ad testamentum facti sint, sive ab intestato, §. *ult. Inst. de cod. l. non codicillum*, *C. de testam.* quæ ait, satis probari ex institutione et exhæredatione, defunctum noluisse facere codicillos, sed testamentum. Ex scripto igitur colligitur, voluisse eum facere testamentum: hoc est, si ita hæredem scripserit, Titium hæredem esse volo, ex scripto satis apparet, eum voluisse testamentum facere: testamentum est imperfectum propter verbum *volo*. Nam valet etiam jure codicillorum, quia noluit facere codicillos, sed testamentum, et non apposuit clausulam codicillorum, vel hanc clausulam, *ut et ab intestato valeret sua voluntas.* Denique ea voluntas nullo jure valet, propter id solum verbum, *volo*, etiam si nihil sit præterea in ea scriptura, quod reprehendas. Et confirmatur *l. ex testamento, C. de fideic.* quæ lex est conjungenda cum *d. l. non codicillum, C. de testam.* nam est eorumdem Imperatorum ad eundem, et substitutio eadem, quæ ita integritati est restituenda: sub *die* 8. *Id. Decemb. Cæsarib. Coss.* et res est eadem. Utriusque legis nexus evidentissimum *lex non codicillum*, ait, ex institutione, et exhæredatione defunctum testamentum facere voluisse, non codicillos. Additur *in l. ex testamento*, si id testamentum, quod voluit facere, jure factum non sit, si solemniter factum non sit, nec fideicommissa ex eo deberi, id est, nec jure codicillorum id testamentum valere, quia omissa est clausula codicillaris. Et ita in specie nostra, si voluit facere testamentum illis verbis, Titium hæredem esse volo, nullo jure testamentum sustinetur, etiamsi omni alio vitio careat, et Titius nihil poterit petere a legitimo hærede jure fideicommissi, quia non fideicommissum facere voluit, sed directam institutionem.

Ad L. unum ex familia LXVII. de leg. 2.

Unum ex familia, propter fideicommissum a se cum moreretur, relictum, hæres eligere debet: ei quem elegit frustra testamento suo legat, quod posteaquam electus est, ex alio testamento petere potest. Utrum ergo non constitit, quod datur, quasi creditori relictum? an quamdiu potest mutari voluntas, non recte creditori comparabitur? sive tamen durat electio, fuisse videtur creditor, sive mutetur, ex neutro testamento petitio competit.

Lex valde celebrata ab omnibus, nec immerito. Est enim plena rerum quotidiauarum copia. Ejus legis prima propositio hæc est: *unum ex familia, etc.* Finge: hæres rogatus uni ex familia defuncti dare fundum illum, cum moreretur, hoc modo: *rogo te hæres, ut uni ex familia mea fundum illum des sive restituas, cum morieris*: valet legatum seu fideicommissum, quia in arbitrio hæredis non ponitur, an det quod esset inutile, sed cui det, *l. utrum* §. *cum quidam de reb. dub.* Et hæres eligere debet unum, cui det. An possit eligere duos vel plures ex familia defuncti, post videbimus, modo consistamus in terminis superioris propositionis: unum ex familia hæres eligere debet, quia et uni proponitur relictum esse fideicommissum, non uni nominatim; quo casu non esset electioni locus, sed uni incerto, hoc est, uni ex duobus vel pluribus, quem elegerit hæres, cui constituerit se velle dare, vel si hæres nullum elegerit, omnibus debetur fideicommissum ab hærede hæredis, qui scilicet sunt in familia, et nomine testatoris, quod latius demonstrabitur inferius. Nunc adnotemus, multum interessse, utrum quis fideicommissum reliquerit simpliciter uni ex familia, cui voluerit hæres dare *cum morietur*: hoc adjecto pono duos casus, et inter eos esse discrimen: nam priori casu, si fideicommissum reliquerit simpliciter uni, cui vellet hæres dare, hæres semel tantum eligere potest, cui velit dare, nec tamen statim post mortem testatoris cogitur eligere et dare, sed datur ei modicum et justum spatium arbitrio boni viri ad liberandum et consultandum, cui det, in *l.* 24. *infr. hoc tit. l. cum quidam ita, de legat.* 2. Et obtinet semper: tota enim causa testamentorum constat voluntate defuncti, modo nuda, modo solemni et justa. Igitur, etiam si simpliciter testator fideicommissum reliquerit uni, cui vellet hæres dare ex voluntate defuncti, hæredi erit plena et perpetua eligendi libertas, ut in specie quam tractat Quintilianus declam. 318. amicus amicum hæredem instituit, et petiit ab eo, ut ex duobus libertis, quos reliquerat, utri vellet decem millia daret, hoc consilio, ut spe electionis adducti liberti vivo hæredi obsequerentur, tanquam patrono, cum prædivinaret, nullam apud eos fore reverentiam

amicitiæ, quæ inter eum et hæredem erat. Si probetur hoc fuisse consilium patroni, hoc propositum, hæc ratio testamenti, hæres non compelletur alterum eligere, quamdiu vivet, non ei præstituitur certum tempus arbitratu boni viri, intra quod hunc vel illum eligat, sed electionem trahet, si velit, usque ad extremum vitæ diem, perinde ac si patronus nominatim fideicommissum contulisset in tempus mortis hæredis ut in posteriore casu ante proposito, *rogo te hæres, ut uni ex familia mea, quem elegeris, fundum illum restituas, cum morietur*. Quo casu constat, hæredem posse subinde mutare voluntatem et electionem in §. 1. et §. *rogo hoc. tit.* hæredem posse variare, pœnitere, modo hoc velle, modo illud: modo velle, modo nolle, quia quicquid confertur in mortem, ejus arbitrium currit sursum deorsum tota vita, atque ideo omne spatium vitæ hæredi est liberum ad eligendum, et suprema electio servatur non prima: non sufficit hunc eligere, si non durat electio, et contra non officit hunc rejicere prælato altero, si qui rejectus fuit primum, nunc eligitur. Ergo certissimum est, hoc casu ambulatoriam esse voluntatem hæredis usque ad supremum vitæ exitum, sicut dicitur de voluntate testatoris, eam non esse firmam et stabilem, sed fluctuare et ambulare usque ad mortem: morte sola confirmari testamentum, morte item sola hæredis confirmari electionem. Et hoc diximus, si fideicommissum sit ita relictum cum morietur hæres. Hæc adjectio manifeste rem confert in mortem hæredis. Sed idem erit omnino, eadem erit vis verborum, si non dixerit, *cum morietur hæres*, sed *cum volet hæres*, hoc modo, *rogo te hæres, ut uni ex familia mea, cui volueris, et cum volueris fundum illum præstes et restituas*. Idem igitur est, si non dixerit, cum morietur hæres, sed cum volet, aut cum voluerit, sed quandocumque volet, aut voluerit, ut in *l. uxorem*, §. *Scævola tit. seq. l. cum pater*, §. *ult. hoc tit.* Et ita observandum, vehementer, multum interesse dixerit testator, *tantummodo cui volueris, rogo te uti des*, nullo alio adjecto: nam hoc casu hæres semel duntaxat eligere potest. Hæc enim verba, *cui volueris*, non habent tractum, nisi justi et modici temporis ad deliberandum, *ut dixi ante*. Verum si dixerit, *cum volueris*, vel *quandocumque volueris*, hæc verba tractum et extensionem habent usque ad mortem hæredis: interim si quem elegerit, variare potest, et ab electione recedere aliumque eligere. Notanda est hac in re alia verborum differentia, *rogo te, cui volueris dare*: nam semel tantum eligere potest, *l.* 17. §. *ult. hoc tit.* At si dixerit, *cui volueris relinquere* hoc modo, *rogo te, ut uni ex familia cui volueris fundum illum relinquas*: hoc casu hæres subinde sententiam, electionem mutare potest: hæredi est perpetua voluntas eligendi, quandiu vivit, §. *sed si fundum*, in *h. l.* quia verbum, *relinquendi*, rem trahit usque ad mortem, in *l.* 11. §. *si filio*, *l. seq. l.* 1. §. *ult. de tab. exhib.* Relinquere est morientium, non viventium: dare est viventium magis. Atque ita differentia est inter dare et relinquere hoc modo: *hæres rogo te, ut des*, *vel rogo te, ut relinquas*, quam differentiam etiam observant Grammatici quodam loco Hom. Il. 2. Qui locus etiam servit exemplo fideicommissi: scribit, Vulcanum sceptrum, quod fabricaverat, dedisse Jovi, Jovem Mercurio, Mercurium Pelopi: Pelopa Atreo, cum hi dederint ultro et sua sponte: at subjicit, Atreum reliquisse Thyesti, et Tyestem reliquisse Agamemnoni, quia scilicet uterque non rem libenter dedit, quam necessario reliquit. Atreo Thyestes fuit frater, cui quo gerebat justas inimicitias. Agamemnon autem Atreo fuit filius major natu, sed adhuc impubes: noluit pater lubrico ætatis sceptrum relinquere, et maluit vel fratri inimico relinquere, fide interposita restituendi Agamemnoni, quam fidem fratri Thyestes etiam exhibuit, et proprio Ægystho filium fratris prætulit Agamemnonem. Atque ita uterque Atreus Tyesti, et Thyestes Agamemnoni magis necessario reliquit, quam libenter dedit, ut testamentis certe non tam libenter damus, quam necessario relinquimus daturi si viveremus. Denique relinquimus, quod asportare nobiscum non possumus. Et hæc differentia satis colligitur ex supradictis locis, ex §. *sed si fundum hujus l. conjuncta leg.* 17. §. *ult. hoc tit. et ex supradictis aliis legibus*. Ex his intelligimus, *quod initio dixi* multum interesse, utrum quis legaverit simpliciter cui voluerit hæres dare, an cui voluerit hæres dare, cum morietur, vel cum voluerit, vel quandocumque voluerit, vel cum voluerit relinquere. Sed addendum in utroque casu hoc jus esse commune, ut priore casu, si legaverit simpliciter cui voluerit hæres dare, ut hærede non eligente, omnibus competat petitio fideicommissi, *d. l.* 17. §. *ult. l. labo* §. *ult. de statulib.* Sin vero fideicommissum reliquerit hoc modo, *cui voluerit dare cum morietur: nemine electo, omnes, qui sunt ex familia defuncti vocantur ad fideicommissum*, §. *sed si uno hoc. tit.* Ergo quodam modo videtur esse duplex fideicommissum, purum et conditionale, perinde ac si ita dixisset, *uni ex familia, quem moriens hæres elegerit, vel si non elegerit, omnibus.* Qua de causa in hac. *l.* §. *si fil.* uno electo ex familia ab hærede, lex ait, ceteros conditione defici, quasi scilicet, videatur in omnium persona

legatum fuisse conditionale, in electi persona purum. Eligit autem libere hæres, quem vult ex familia defuncti, vel proximiorem, vel ulteriorem, non servatis gradibus cognationis, et unius electio excludit ceteros. Et ita accipiendum est, quod ait initio hujus legis, *et unum eligere sufficiat*, cujus scilicet cumque gradus sit, ad excludendos ceteros, qui sunt ex eadem familia et nomine. Non eligente autem hærede et moriente nemine electo, ipso jure omnes, qui sunt ex eadem familia, invitantur ad fideicommissum. Sed si quamplurimi, aut pene innumeri, sane si diversis fideicommissum inter partes, in minutissimas diversis, atque ita inutile fideicommissum effeceris. Ideoque hoc casu cum nimis magnus est numerus eorum, qui sunt ex ea familia, æquius est ita rem temperare, ut proximiores admittantur, *l.* 32. §. *ult. de leg.* 2. *l. peto* §. *frater*, *de leg.* 2. *hoc tit.* Sicut si testator generaliter petierit ab hærede, ne fundum alienaret extra familiam: nam hoc casu hæres elegit, quem vult, §. *sed et si fund. hoc tit. et l. pater filium, ad l. Falc. et l. filiusf.* §. *cum pater, de leg.* 1. Nemine autem electo, omnes vocantur gradatim: quando et magnus numerus familiæ, proximiores admittuntur, ut ante dixi, *d. l. peto*, §. *si fideicom.* Inde subsequitur quæstio, quam post proponemus. Initio legis propositæ, subjicit Papinianus. Hæres rogatus est uni ex familia quem elegerit, fundum restituere, *cum morietur*, *vel post mortem suam*: unum elegit et ei testamento suo eundem fundum legavit: an valet legatum? Et respondet, statim inutile esse legatum, quia ei quem elegit, hæres fundum debere cœpit ex priori testamento. Debitor autem creditori non jure legat id quod debet, *l. Mævius*, §. 1. *hoc tit.* Et ita respondet Papinian. hoc loco. Sed objicies: non ita hæredem obligari ei quem elegit statim, ut non possit se absolvere, cum voluerit mutata voluntate, et alio electo. Sed respondeo: hæredem obligari ei, quem elegit, ex priore testamento, quamdiu non mutaverit voluntatem: et si forte mutaverit, desinet obligari, et ex hæredis testamento, quo ei quem elegerat, fundum legavit, non esse legati petitionem, quia mutata voluntate legatum illud extinguitur, quod etiam non fuit proprie legatum, sed electio, vel electionis repetitio supervacua, si prius elegerit, deinde legaverit electo eundem fundum; deinde, si hæres alium elegit incipit obligari ei quem novissime elegerit: ambulat obligatio ambulante voluntate hæredis: vel si neminem elegerit hæres hæredis obligatur omnibus, qui sunt ex ea familia. Denique vel non facta electione ab hærede, omnes, qui sunt ex ea familia, intelliguntur creditores: vel facta electione, is tantum intelligitur esse creditor, qui novissime electus est. Priore casu hæres hæredis omnibus frustra legaverit; posteriore hæres electo frustra legaverit, quia debitor creditori inutiliter legat id, quod debuit: nisi amplius aliud sit in legato, quam in debito. Didicimus, hærede rogato per fideicommissum restituere, vel dare cum morietur uni ex familia testatoris, quem ipse hæres elegerit, hoc est thema, quod versatur in hac leg. ei esse plenam et perpetuam libertatem eligendi cui velit fundum dare, et variandi quamdiu vivit et ultimam demum hujus electionem valere, non primam, ac nullo electo, omnes qui sunt ex familia testatoris, ad fideicommissum vocari, non servata gradus prærogativa, nisi ingens sit familiæ numerus et eligi ab hærede posse vel unum ex familia testatoris, cujuscunque gradus sit, et unius electione ceteros excludi, ceteros conditione deficere, ut in §. 1. *hoc. tit.* ait si forte tres sint ex familia ejus, qui fideicommissum reliquit eodem vel dispari gradu, nil refert, et satis unum esse eligere, et postquam paritum est voluntati, ceteros conditione deficere. Didicimus etiam, ei quem elegerit, hæredem frustra in suo testamento legare fundum, quem statim electio fecit, ut ei deberet hæres ex alio testamento: nam sive in ea electione perseveraverit hæres, videri creditori legasse, et debitor creditori jure non legat: sive electionem mutaverit, neque a primo testamento, neque ex testamento hæredis ei quicquam deberi quia neutro testamento hæredis quicquam ei legatum videtur, non priore testamento, quia legatum proponitur ei, quem elegerit hæres: nam istius personæ electio non duravit: non testamento hæredis, nam legatum illud hæredis mutatur. Porro mutatur electio non tantum alio electo sed etiam nullo alio post electo, nuda scilicet voluntate, si declaraverit hæres, se ei dare nolle, quem ante elegerit: nec est eadem ratio testamenti, et electionis testamentum non infirmatur nuda voluntate: electio infirmatur nuda voluntate, quod Accurs. servat recte in princ. hujus *l. ad verbum, mutetur.* Hæc est brevis comprehensio ante dictorum, cui illud adjecimus postremum, quod diximus de electione.

Ad §. Si Falcidia.

Si Falcidia quæratur, perinde omnia servabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est, primo testamento fideicommissum relictum fuisset: non enim facultas necessariæ electionis, propriæ libertatis beneficium est. Quid est enim, quod de suo videatur reliquisse, qui quod relinquit, omni modo reddere debuit?

§. 2. *Itaque si cum forte tres ex familia essent ejus, qui fideicommissum reliquit, eodem vel dispari gradu, satis erit uni reliquisse: nam postquam paritum est voluntati, ceteri condictione deficiunt.*

Sequitur alia quæstio, cui conjungitur explicatio §. 1. An hæres, qui rogatus est uni, cui voluerit fundum restituere, possit duos, vel plures eligere, vel omnibus relinquere fundum? Et dicam statim posse: nam in §. 1. hujus *l.* ait, satis esse uni relinquere. Sensus hic est: posse omnibus relinqui, sufficere uni relinqui. Et ideo, sicut in hoc genere legati conditionem subintelligimus, ut si hæres neminem elegerit, omnes vocentur ad fideicommissum, qui sunt ex familia defuncti: ita non male subintelligimus, ut fundum restituat uni, cui volet, vel pluribus, quibus volet: nam et istud genus legati ita extenditur in §. *sed etsi fundum, et* §. *rogo fundum*, *hoc tit.* Ac præterea, si non eligendo hæres efficere potest, ut omnes ad fideicommissum veniant, qui familiares defuncti fuerunt, cur non possit etiam idem eligendo, sive relinquendo omnibus? Ac rursus, si partem hujus fundi hæres potest assignare, et adscribere duobus, vel pluribus ex ea familia, §. *si duos h. t.* cur etiam non totum fundum poterit omnibus relinquere nulla habita electione, nullo habito discrimine personarum, quæ sunt ex familia? Nec quicquam mutat, quod fideicommissum uni relictum sit. Nam hæc verba sic accipiuntur, ut vel uni restituat ex familia. Idemque est sensus horum verborum, *peto ne fundus de familia mea exeat*: nam vel uni vel quibusdam, vel omnibus fundum hæres relinquere potest. Et similiter e contrario, si dixerit, quibus volet ex familia restituas, satis erit, si uni restituat, uni relinquat, unum eligat, *l. 24. h. t.* in testam. et in legibus et in sermonibus omnibus, plerumque multa subaudiuntur: nam non possumus omnia fari, quæ meditamur, et non ita fari, ut meditamur: vis mentis vim orationis nostræ superat longissime: in testamentis pleraque sunt προσυπακουόμενα, id est, quæ subintelliguntur et subaudiuntur, ut *Grammatici dicunt*, quæ quidem ut in narrationibus, quas breves esse oportet, rhetores omitti jubent, quod satis per se intelligantur: ita omissa in testamentis supplentur facile: nam et testamenta brevitatem habent, testamentum fit tribus verbis, *Petrus hæres esto*, *l. 1. l. cum in testamento*, *l. si itaque hæredes*, *de hæredib. instit.* Juvenal. *omnia soli forsan Pacuvio breviter dabit*, et alibi: *qui se cantum atque legatum exiguis tabulis et gemma fecerat una*, *l. 1. l. si ita quis hæres, de hæredib. instit.* Si igitur hæres omnes, qui erant ex familia defuncti elegerit, omnes creditores fuisse intelliguntur, et fundus eis in testamento hæredis frustra legabitur, res scilicet debita a debitore creditoribus frustra legabitur, vel si omnes hæredes scripserit in suo testamento interveniente Falcidia, in ære alieno fundum deducent, quasi sibi debitum, deinde Falcidiam ex legatis, seu deductionem Falcidiæ præcedit semper deductio æris alieni, in quo computabunt illum fundum, quasi sibi debitum: nam deducent non tantum æs alienum, sed et sibi debitum et id, quod cui ex eis defunctus debuit, *l. pater famil. ad l. Falcid.* Nec quicquam mutat, quod hæres unum vel quosdam eligere potuerit, et unum præferre alteri: nec enim ideo videtur beneficium dedisse ei, eisve quos elegerit, quia necessario, vel hunc, vel illum, vel quosdam eligere debuit, vel omnibus relinquere illum fundum. Et quod necessitate fit, non est beneficium, non est liberalitas. Et hoc est, quod ait in §. 1. facultatem necessariam electionis, non esse beneficium propriæ liberalitatis, cum idem pareat, *l. rem legatam, de adim. leg.* Qua tamen in eandem rem quidam abutuntur, dum ajunt, *neminem in necessitatibus, liberalem existere.* Nam ea lex hoc vult, multum interesse, utrum rem legatam testator vendiderit, an donaverit: nam si vendiderit, distinguimus: aut vendidit propter necessitatem rei familiaris, et debetur legatum, quia non habuit animum adimendi legati, sed coactus necessitate rem legatam vendidit: si vero mera voluntate vendiderit, videtur ademisse legatum. Eadem distinctione non utimur, si donaverit: nam quicunque donat mera voluntate, donat semper: nemo donat propter necessitatem rei familiaris, ut ea se absolvat dum premitur. Ergo nemo in necessitatibus liberalis existit, id est, nemo dum premit eum egestas donat: non enim hic est sensus, ut non sit donatio, quæ necessitate fit. Sed redeamus unde abiimus: consequens est, quod ante diximus, ut si hæres ei quem elegerit, fundum in suo testamento legaverit, aut prælegaverit, et interveniat Falcidia in testamento hæredis, ex eo legato non detrahatur, quia non est legatum, quod necessitate relinquitur. Legatum est in genere liberalitatis, *l. cum non facile, si cui plus quam per leg. Falcid. l. pen. de testam.* Necessaria electio non est liberalitas, et legatum illud nihil aliud est, quam electio necessaria: electio est, quia hæres est debitor fideicommissi. Necessitatis verbo significatur obligatio in *l. post certi temporis, C. de liber. cau.* Pactum nullam habere necessitatem, id est, ex pacto non nasci obligationem, quod et varie possit comprobari. Ergo quod ait Papinianus initio hujus l. unum ex familia hæres eligere debet, plane necessitatem significat: *debet*, id est cogitur eligere vel reddere. Et ut ait in §. 1. omnino debet eligere vel reddere ipse, aut

hæres ejus: nam si priusquam eligat, moriatur hæres, hæres ejus omnibus cogitur reddere fideicommissum, fundus quidem est in legato ex testamento priore, non ex testamento hæredis. Et ideo, si in testamento hæredis interveniat Falcidia, in primo non interveniat, fundus ab hærede legatus Falcidia non minuitur: contra, si in primo interveniat Falcidia, etiamsi non interveniat in testamento hæredis, fundus minuitur per legem Falcidiam: quia perinde est atque si is fundus in primo testamento fuisset legatus nominatim ei, quem elegit hæres, vel eis, quos elegit: non fuit legatum nominatim, quia incertum est legatum: hæc sunt opposita, incertum esse legatum, et nominatim esse relictum, ut in illa declamatione Quintiliani 318. Ac rursus non est plane incertum legatum, alioquin esset inutile, quia certæ sunt personæ, quibus incerto legavit, puta quem eligeret hæres, §. *sub. condit. Instit. de leg.* Ex his facillime intelligimus §. 1. Ex §. *si Falcidia*, inter cetera intelleximus, legata esse in genere liberalitatis, legatum sive fideicommissum in liberalitate, et beneficio consistere. Sane legatum definitur esse donatio quædam, *l.* 36. *hoc tit.* quo modo, et fideicommissi definitio inchoari potest. Et definitur recte esse donatio quædam: nam est proprii cujusdam generis donatio: non est donatio inter vivos, relinquitur enim potius, quam datur: legatum vel fideicommissum mortis causa dicitur capio, *l. mortis causa capitur, de mort. causa donat.* et non insinuatur: non est etiam donatio causa mortis, quia convalescentia non revocatur sicut donatio causa mortis. Est igitur proprii cujusdam generis donatio, hoc est, donatio quædam, ut in *l. rogasti*, *de præscr. verb.* si me rogaveris mutuam pecuniam, et ego cum pecuniam non haberem, tibi rem vendendam dedero, ut pretio utaris, lex ait esse genus quoddam proprii contractus, negotium gestum esse quoddam; id est, non esse mutuum, non esse commodum, sed proprii cujusdam generis contractum. Et ita Arist. 4. *Ethic.* verecundiam esse metum quemdam infamiæ: neque enim idem est prorsus, quod metus, verecundia ruborem, metus pallorem inducit. Ex eo autem quod diximus, legatum esse donationem quandam, et munificentiam, sive liberalitatem, scilicet cujusdam generis, in jure multa sequuntur ex eo verbo: ut non possis obligare rogando eum, cui nihil dederis, non possis ab eo legatum, aut fideicommissum relinquere, quia de suo, non de alieno quemque largiri oportet, *l.* 6. §. *ult. t. seq.* Largitio, quæ fit de alieno, non est liberalitas: ergo nec legatum: quin in multis casibus largiri de alieno, est species furti, *l. si pignore*, §. 1. *de furt.* Ex eo etiam sequitur, ut turpia legata non valeant, *l. turpia de leg.* 1. quibus convitio aliquo oneratur legatarius, ut si quis ita mulieri legaverit: *illi ut habeat, unde ingluviem suam exsaturet, sues omnes meas do, lego, scrophos, trojas meas omnes do, lego,* ut Messala in *lib. de orig. Augusti*, scribit sues vulgari sermone Latino appellari *trojas:* ut solemus nos Galli appellare *des truyes*, et inde vexillo Trojanorum insculptam fuisse suem. Ergo non sunt beneficii aut liberalitatis, quæ contumeliose relinquuntur: contraria sunt honori, ergo et legato, legatum enim est honos. Denique contra naturam legati est, alicui cum convitio contumeliose legare. Qua ratione etiam jure veteri non valebat legatum relictum pœnæ causa, §. *pœnæ, Inst. de legat.* quia contra naturam legati est, ut sit pœna, non liberalitas, non honos. Et similiter ex his sequitur, quæ proprie pertinent ad thema legis nostræ, ut id non intelligatur esse legatum, quod necessario relinquitur: nam quod necessario fit, non fit liberaliter, necessaria electio non est legatum. Parere voluntati defuncti, non est legare, quia cogimur parere voluntati, exequi voluntatem defuncti, vel nos, vel hæredes, si non ei obsecuti fuerimus.

Ad §. Sed si 3.

Sed si uno ex familia hærede instituto, ille fundus extraneo relictus est, perinde fideicommissum ex illo testamento petetur, ac si nemo de familia hæredi hæres exstitisset. Verum is, qui hæres scriptus est, ratione doli exceptionis, ceteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur: nam quæ ratio ceteros admittit, eadem tacitam inducit pensationem.

§. 4. *Si duos de familia non æquis portionibus hæredes scripserit, et partem forte quartam extero ejusdem fundi legaverit, pro his quidem portionibus quas jure hæreditario retinent, fideicommissum non petetur, non magis, suam si alteri fundum prælegassent, pro altera vero parte quæ in exterum collata est, virilem, qui sunt de familia petent, admissa propter hæredes virilium portionum pensatione.*

Nunc exponamus §. *sed si.* In hoc §. persequitur idem thema, quod proposui initio: est quæstio hæc laciniosa, et multis implicita interrogatiunculis, et quasi punctis. Hæres rogatus uni ex familia defuncti testatoris, cui vellet fundum restituere cum morietur. Hoc est thema hujus legis. Is hæres precibus defuncti non præbuit fidum obsequium: nam moriens hæredem scripsit unum quidem ex familia testatoris sui, sed fundum extraneo legavit per vindicationem: ita ut ne momento quidem resideret apud hæredem scriptum. Quid

fict? non paruit voluntati defuncti, qui fundum extraneo legavit, licet unum ex familia sibi hæredem fecerit. Quæritur, *an fideicommissi petitio competat his, qui sunt ex familia prioris testatoris*? Et sane ait Papinian. omnes, qui sunt ex familia, perinde fideicommissum petere posse, atque si neminem ex ea familia sibi hæredem fecisset hæres prioris testatoris fideicommisso oneratus. Finge: tres erant ex familia testatoris, et hæres ejus unum ex eis sibi hæredem fecit, fundum extero legavit, certe ceteri duo fideicommissum petent ab eo, id est, ab hærede hæredis, tametsi ipse etiam sit ex eadem familia, una cum ceteris duobus: non potest a seipso fideicommissum petere; ceteri ab eo poterunt rectissime, ipse a se non potest petere. Et præterea, quod ad ejus personam attinet, obligatio descendens ex primo testamento, aditione confusa est, quia creditor intelligitur debitori hæres extitisse. Quid ergo hæres hæredis licet sit ex eadem familia, nihil ex eo fundo feret? Ita jus est summum: sed æquitas est, ut retineat portionem virilem in eo fundo, quod fiet ratione, hoc est, beneficio exceptionis doli mali. Nam ceteri petentes solidum fundum ab eo, repellentur ratione, hoc est, exceptione doli mali, a petitione solidi fundi, et bessem tantum fundi consequentur, triens remanebit apud hæredem hæredis, et ita partem faciet ceteris hoc est, persona ejus numerabitur in partibus faciendis. Et sic fundus dividetur in tres partes, in tres trientes, et non tantum partem faciet ceteris, sed etiam partem virilem sibi deducet, et retinebit. Non omnis, qui partem facit, et partem fert, *l. 7. hoc tit.* Hic et partem faciet, et partem feret, sive retinebit. Idque est æquissimum: *nam*, ut ait Papinianus, *quæ ratio ceteros admittit, eadem*, inquit, *tacite inducit pensationem*. Est obscura ea ratio, *quæ ratio admittit ceteros*. Cur ceteri admittuntur? quia sunt ex familia prioris testatoris, et extitit conditio fideicommissi fundo ab hærede legato, non uni ex familia, sed extraneo. Eadem ratio vocat hæredem hæredis in partem virilem, cum ipse sit ex eadem familia. Ergo admittitur, partem facit ceteris, partemque retinet sibi, hoc est, trientem: admittitur autem, ut ait, *per tacitam pensationem*: nihil refert dicas *pensationem*, an *compensationem*, utrumque idem potest. Vocat autem pensationem non improprie, ut vult Accursius, sed proprie. Quid est compensatio? *reputatio partis debitæ pro rata*. Ceteris petentibus solidum, ipse compensat et reputat partem sibi contingentem, partem, quam ex primo testamento testator secundus sibi debuisse intelligitur. Denique ceteris petentibus solidum, compensat partem sibi debitam, atque ea minus præstat ceteris. Hoc sane est compensare, et quasi solvere solidum: nam compensatio vicem solutionis obtinet. Et ita in §. *seq.* ubi eadem æquitas compensationis servatur, ait, *admissa propter hæredes, virilium portionum pensatione*. Verum cur hanc pensationem vocat tacitam, nec enim fit tacite, ut videtur, quia ante dixit, eam induci ratione exceptionis doli mali. Opus est igitur facto, hoc est, oppositione exceptionis, ergo compensatio non fit tacite, non fit tacito iure, sed opposita exceptione doli mali. Ea autem omissa non fit pensatio. Sic posset quis argumentari summa ratione. Sed nihilominus dicendum est hoc casu, ut in omnibus aliis semper induci tacitam compensationem ab hærede hæredis adversus ceteros, quia fit ex eadem familia pro portione virili, hoc est, eam pensationem induci tacito jure, mero jure: etiamsi sit omissa exceptio doli mali, quæ inest omnibus judiciis tam bonæ fidei, quam strictis. Nam quod attinet ad causam compensationis, hodie exceptio doli mali inest omnibus judiciis, tam strictis, quam bonæ fidei, *l. 4. l. postquam, de compens. l. 4. et 5. C. eod. l. inter, de adm. tut.* ubi idem Papin. Æquitas merum jus compensationis inducit, id est, æquitas facit, ut fiat compensatio tacito jure: mero jure fiebat in strictis judiciis opposita exceptione doli mali. Hodie hæc exceptio inest omnibus judiciis, hoc est suppletur a judice, etiamsi sit omissa: et inducitur compensatio, minuiturque petitio actoris vel consumitur ratione compensationis tacitæ, ratione exceptionis doli mali tacitæ. Nam hæc non sunt contraria. In hoc §. induci tacitam exceptionem, et fieri pensationem ratione exceptionis doli mali: fit enim ratione ejus exceptionis, quæ inest, et quam exprimi necesse non est, aut peti a prætore, et adjici actioni. Hæc est sententia hujus §. Ex eo intelligitur, confusione, quam inducit aditio hæreditatis, tolli quidem obligationem, sed compensationem non tolli, quod est frequens in jure, *l. 14. C. ad l. Falcid. l. ultim. ad Trebell.* Observandum etiam hoc est, recte ita poni speciem in hoc §. hæredem scripsisse unum ex familia, sed fundum extero legasse: nam si hæredem scripserit unum ex familia, et fundum nemini legaverit, ceteri excluduntur, quasi defecti conditione, *l. filiusfam. §. cum pater, de leg. 1.* quia penes unum ex familia fundum remanere satis est, et remanebit penes hæredem scriptum, qui est ex familia, si non sit alii legatum. Rursus ad hæc posset quæri, *quid sit statuendum de legato relicto extraneo: an extraneo erit, legati petitio?* Fideicommissi petitio ratione ejus fundi competit omnibus, qui sunt ex familia, *an et legati petitio competit extero?* Distinguendum est: aut hæres, qui eo fideicommisso oneratus fuit, fundum legavit extero, sciens esse debitum ex testamento te-

statoris sui, *l.* 49. *mand.* aut ignorans. Si sciens fundum esse debitum, eum legavit extero, hæres ejus extero tenebitur ad æstimationem fundi solidam, familiæ autem ad fundum: extero tenebitur quasi legatario, familiæ quasi creditoribus. Priores potioresque sunt creditores legatariis, *l.* 1. *Cod. de bon. auct. jud. poss.* nam legata non debentur nisi deducto ære alieno, *l.* 1. §. *denique*, *ad Treb.* Ideoque rem ipsam primum hæres hæredis præstabit his, qui sunt ex familia: deinde æstimationem legatario. Sed si ignorans, hæres hæredis legatario tantum tenetur pro parte ceterorum, §. *si rem* in hac l. Intelleximus ex §. *sed si uno*, hærede rogato fundum uni ex familia testatoris, cui vellet relinquere, si is unum ex familia hæredem scripserit, fundum autem extraneo legaverit, ceteris qui sunt ex familia hæredem hæredis teneri fundum restituere, compensata et deducta portione virili sibi obtingente, et delata ex priore testamento: portionis virilis ei compensationem esse, petitionem esse confusam aditione hæreditatis, quia ut debitoris hæres extitit, testator suus debitor ei fuisse intelligitur ex causa fideicommissi priori testamento relicti: compensationem autem salvam manere, nec perimi confusione, imo fieri eam tacito jure ratione doli exceptionis, quæ hodie inest omnibus judiciis, ex causa compensationis, et ex omni alia causa judiciis tantum bonæ fidei. Hæc est sincera hujus §. interpretatio: eadem est ratio compensationis in specie §. *si duos.* Hæres rogatus est uni ex familia testatoris cui vellet certum fundum relinquere: et duos ex ea familia sibi hæredes scripsit, fundi partem quartam extraneo legavit: cum scripsisset autem duos hæredes ex disparibus partibus paruit voluntati defuncti pro dodrante, quia dodrantem reliquit duobus ex familia, quos sibi hæredes fecit, pro quadrante autem non paruit voluntati defuncti, quia quadrantem fundi extraneo legavit: quo fit, ut omnibus qui sunt ex familia, competat fideicommissi petitio pro quadrante, non etiam pro dodrante, quia dodrans duobus ex familia relictus est, dividendus pro hæreditariis portionibus, qui etsi alteri eorum prælegatus fuisset, ceteris quadrantis petitio non competeret. Unde si hæres fideicommisso oneratus, duos ex familia hæredes scripserit, et fundi quadrantem extero legaverit, ceteri omnes, qui sunt ex familia, quadrantem duntaxat fundi petere poterunt a duobus illis hæredibus, sed in partibus faciendis numerabunt duos hæredes scriptos: retinebunt ergo singuli hæredes scripti ex fundi parte quarta viriles portiones, jure pensationis tacitæ, et reliquum restituent ceteris, qui sunt ejusdem generis, nominis, familiæ, qui similiter id inter se divident pro virilibus portionibus, quia prior testator omnes videtur vocasse ad viriles portiones, *l. cum pater*, §. *hæredem*, *l. pen.* §. *Lucius*, *h. t.* Et hoc est, quod ait in hoc §. quæ verba indigent interpretatione, *pro altera vero parte, quæ in exterum collata est*, id est, *pro quarta parte, quæ extero legata est, virilem qui sunt de familia petent: *qui sunt de familia*, hoc est ceteri, qui non sunt hæredes scripti ab hærede onerato fideicommisso, et sunt ex eadem familia prioris testatoris, et quomodo petent? *admissa*, inquit, ut recte Florentiæ, *propter hæredes*, id est, propter illos duos hæredes, *virilium portionum pensatione.* Quæ verba ita fient perlucida, si sic exponantur: ceteri qui non sunt hæredes scripti, et sunt ex eadem familia, tantum petent fundi quadrantem legatum extero, verum tacito jure, mero jure, ipso jure: illi duo hæredes scripti eis partem facient in eo fundi quadrante, quem petent. Ac præterea, quoniam Azo et Hugolinus aliquantulum laborant in interpretatione horum verborum, *pro his quidem portionibus, etc.* optimum esse puto, ea facere clariora. Ea verba nescio qua mente sic accipi posse arbitrantur, ac si palam diceret Papinianus: illos duos hæredes dodrantem in eo fundo retinere jure hæreditario, quod est manifeste falsum: nam fundus ille non fuit in hæreditate hæredis primo testamento instituti. Ideoque jure fideicommissi illi duo hæredes retinent dodrantem fundi jure fideicommissi sibi relicti testamento primo, non jure hæreditario, quia hæredes extiterunt ei, a quo fuerat fideicommissum relictum: et consequenter, si lex Falcidia interveniat in posteriori testamento, eum dodrantem non imputabunt in Falcidiam, *l.* 4. *ad l. Falc.* Quia in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ jure hæreditario capiuntur, *l. in quartam, ad l. Falcid, l. filium quem, C. fam. ercisc.* Et ut debitor inutiliter creditori legat id, quod debet, titulo legati scilicet, ita et titulo hæreditatis. Denique eum dodrantem capient titulo fideicommissi ex primo testamento, non titulo hæreditatis ex posteriori testamento. Et alius est sensus horum verborum, nempe hic: eos duos hæredes, quasi electos ab hærede primo per institutionem, secundum modum institutionis dodrantem ejus fundi inter se dividere pro hæreditariis portionibus, non pro virilibus, quia ut proposuimus in princ. non fuerunt hæredes scripti ex æquis partibus, sed ex disparibus: non ergo divident fundi extraneo legati dodrantem inter se ex æquis partibus, sed ex disparibus, prout hæredes instituti sunt. Quadrantem autem fundi extraneo legati contra voluntatem defuncti, omnes, hoc est, hæredes et non hæredes, ejusdem familiæ et gentis inter se divident pro virilibus portionibus; quia, ut dixi, primo testamento prior testator intelligi-

tur omnes vocasse in viriles portiones, vel in capita. Ambiguitas orationis solvitur discrimine veri et falsi, quæ videbatur inesse illis verbis, *pro his quidem portionibus, quas jure hæreditario retinent.* Sensum ex quo efficitur falsum, rejiciamus: sensum ex quo efficitur verum, amplectamur, quæ est certa regula ambiguitatum perimendarum: ut si dicam hoc modo: *constat filium in potestate habere patrem*, utrum dicam explicare facillimum est. Nam vel hoc dico, patrem esse in potestate filii, quod est falsum, vel filium esse in potestate patris, quod est verum. Et hoc est, quod diximus, ambiguitatem solvi discrimine veri et falsi. Illud non est omittendum, ut et in specie *h.* §. *si duos*, et in specie §. *sed si uni*, ponendum esse necessario fundum vel partem fundi, de quo quæritur, extraneo fuisse legatum ab hæredibus, vel hærede hæredis primo testamento scripti, nec fuisse traditum extero: unde quæritur, *quid sit dicendum, si hæres hæredis fundum vel partem fundi extero legatum tradiderit antequam ceteri agerent ex causa fideicommissi?* Sane hoc casu ceteris, qui sunt ejusdem gentis et familiæ, non tantum in hæredem, sed etiam in extraneum possessorem, est fideicommissi persecutio, et in rem missio, aut in in rem actio, *l.* 1. *l. ult. C. comm. de leg. Nov.* 39. Et est fideicommissi persecutio ceteris solummodo, non etiam hæredi, qui tradidit, licet si ex eadem familia: quia fideicommissi tantum compensationem habet pro portione virili, non petitionem: non dabitur etiam hæredi condictio certi vel incerti adversus exterum, cui tradidit ratione omissa retensionis, ratione non retentæ partis virilis, quasi plus debito tradiderit: quia scilicet retentionem tantum habuit adversus ceteros, qui sunt ex eadem familia pro portione virili, non adversus extraneum legatarium. Hæc habent rationem suam: sed sequitur ex eo magnum incommodum: nam ita fit, ut deterior sit conditio legatari extraneis traditione ei facta, quam traditione nondum facta: nam si nondum tradiderit hæres hæredis fundum extero, vel partem fundi, ab eo consequetur æstimationem rei legatæ, si testator sciens legaverit: vel si ignorans, partem virilem, quam hæres sibi detraxit. Igitur ne hoc eveniat, æquissimum est, legatario subveniri adversus hæredem, a quo ei legatum relictum est, perinde atque si nihil accepisset, quandoquidem id, quod accepit, abstulere ceteri, qui erant ex eadem familia. Et æquissima videtur esse sententia Accurs. ut si ab extraneo possessore, cui jam traditus est fundus, ceteri vindicent fundum, ille se defendat adversus eos ex persona hæredis, a quo accepit: potest uti defensione ex persona hæredis, qui adversus hæredem regressum habet. Reputabit ergo ceteris, quod et reputasset ipse, a quo legatum accepit. Et hæc sufficient ad hunc §. Valde notandum, quod diximus in extremo ultimæ recitationis. Duobus ex familia prioris testatoris ab hærede hæredibus constitutis, vel uno ex familia instituto, fundo, de quo agitur, extraneo legato et tradito, si ab extraneo fundum vindicent, ceteri qui sunt ex eadem familia, eum possessorem extraneum posse compensare viriles portiones, aut virilem portionem, quam hæres hæredis, qui fundum tradidit, compensaret, si cum ipso ageretur, et eundem extraneum in residui æstimationem cum hærede hæredis experiri posse, si sciens prior hæres fundum familiæ deberi, eum extraneo legaverit: alioqui, quod est iniquum, deterior erit conditio legatarii post traditionem fundi, quam fuerit ante traditionem: nam ante traditionem vel agens consequeretur totius fundi æstimationem, si sciens prior hæres ei legasset, vel portionem obtingentem hæredi, si ignorans legasset prior hæres, *ut in* §. *si rem, in h. l.* Hæc sunt subtilia, magis, quam difficilia.

Ad §. *Sed etsi fundum* 5.

Sed etsi fundum hæres uni ex familia reliquerit, ejusque fidei commiserit, ut cum extero restituat, quæsitum est, an hoc fideicommissum peti possit? dixit, ita demum peti posse, si fundi pretium efficiat. Sed si quidem ille prior testator ita fideicommissum reliquisset, rogo fundum, cui voles, aut quibus voles ex familia relinquas, rem in expedito fore. Quod si talia verba fuissent, peto, ne fundus de familia exeat, hæredis hæredem propter sequens fideicommissum, quod in exterum collatum est, oneratum intelligi, petituris deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum, post mortem videlicet ejus, qui primo electus est.

§. 6. *Et ideo, si electo uno fideicommissum in exterum non conferatur, non alias ei, qui electus est fideicommissum præstandum erit, quam interpositis cautionibus, fundum cum morietur, si non ex familia cum effectu relinqueretur, restitui.*

Quæ hactenus dicta sunt de fideicommisso fundi uni ex familia relicto, omnia locum etiam habent in fideicommisso ita relicto, *peto ne fundus ille ex familia mea exeat.* Itaque quo ad ea, quæ hactenus diximus attinet, nihil interest, dixerit testator, *peto ut fundum uni ex familia relinquas, aut peto, ne fundus ille exeat de familia mea.* Sed ex hoc §. *sed etsi fundum*, intelligemus in aliis causis esse differentiam inter hoc et illud genus fideicommissi, et duæ sunt præcipuæ differentiæ.

Fundo relicto uni ex familia et tradito ab eo qui fundum accepit, fundus potest transferri in extraneum, nec perpetuo remanere debet in familia: fideicommisso autem relicto familiæ, vel hærede rogato, ne fundus exeat de familia, ab eo, qui prius accepit fundum ab hærede, non debet fundus in extraneum transferri, sed reservari debet, et relinqui aliis, qui sunt ex eadem familia. Qua de causa is, cui priore loco hæres fundum tradidit, cavere debet hæredi, *se eum fundum, cum morietur, familiæ relicturum, vel hæredi redditurum*, quandoquidem ceteris competit fideicommissi petitio adversus hæredem, fundo quandoque in extraneum collato, *l. peto*, §. *ult. supra*, et ob id hæredi caveat de indemnitate: denique hæres rogatus, ne fundus exeat de familia, eliget unum ex familia, cui fundum relinquat exacta cautione, *fundum extra familiam alienatum non iri, aut sibi restitui*, propterea quod fundo alienato extra familiam ipse hæres obligatur ceteris, qui sunt ex eadem familia, quamdiu ea permanebit. Est igitur sane, cur hæredi caveatur de indemnitate. Cautionis formulam totam Papinianus exposuit hoc loco, *fundum cum morietur, etc. fundum quem tibi trado, cum morieris, si non in familia cum effectu relinqueretur, mihi restitui, cum effectu*, id est, non verbo tenus, re non *verbo*. Hæc sunt opposita *l.* 1. §. *ult. quod quisque juris in al.* Posset spe relinquere in familia, relinquere in familia verbo, non effectu ipso. Quid enim si reliquerit uni ex familia, et jusserit eum extraneo solvere æstimationem fundi? Sane hoc casu verbo tantum tenus fundum reliquit in familia, non cum effectu. Igitur cautioni recte inserit ea verba Papinian. *cum effectu*. Est etiam alia differentia inter hoc et illud genus fideicommissi. Si hæres rogatus sit uni ex familia fundum restituere, et in suo testamento uni ex familia sua eundem fundum legaverit, inutile est legatum, ut didicimus *in princ. hujus l.* quia debitor id, quod debet ex primo testamento creditori legasse videtur. Et consequenter ab eo fideicommissum relinqui non potest; ab eo, cui legavi inutiliter, et fideicommissum relinquo inutiliter, *l.* 7. §. *ultim. ut. seq.* Frustra igitur eum rogabo, ut fundum extraneo restituat, quamquam ipse sua sponte eum possit alienare extraneo. Unus tantum casus est, quo ab eo fideicommissum relinquitur utiliter, puta, si præter fundum eidem testamento legaverit, quantum fundi pretium efficiat. Hoc casu jure rogabitur fundum extero restituere, non quod fundus ei sit legatus, sed quia præter fundum aliquid amplius, quam efficit verum pretium fundi. Ergo agnito legato compellitur subire onus fideicommissi, id est, fundum extero restituere. Neque ob eam causam hæres hæredis quicquam oneratur. Et hæc quidem ita, si hæres rogatus sit, uni ex familia fundum restituere. Quid fiet altero casu, si testator ab hærede petierit, ne fundus de familia exiret? Hoc casu res procedit longe aliter: nam si hæres elegerit unum ex familia, eumque ita rogaverit, fundum extraneo restituere, puta amplioribus legatis relictis, hoc casu hæres hæredis ab eo, qui electus est non exiget cautionem illam, de qua diximus supra, *fundum in familia relictum iri, vel sibi restitutum iri*, ne scil. faciat contra voluntatem sui testatoris, qui fundum in extraneum transire voluit: hæredis est tueri voluntatem defuncti, non infringere: atque ideo non exigit sibi caveri de ea non infringenda: et tantum eo, qui primus electus est, mortuo, adversus hæredem hæredis, cui cautum non est, sequentibus qui sunt ex eadem familia, dabitur persecutio fideicommissi: denique adversus hæredem hæredis, ceteris erit persecutio fideicommissi, neque tamen ei erit exactio cautionis adversus eum, qui primus electus est: illa cautio exigitur ab eo, qui fundum extraneo restituere rogatus non est, non ab eo qui rogatus est. Esset enim absurdum hæredem a legatario exigere cautionem de fide non exhibenda testatori suo, a quo hæres scriptus est. Itaque hoc casu valde oneratur hæres, propter sequens fideicommissum, quia remedio cautionis non potest sibi prospicere. Priore casu propter sequens fideicommissum nil oneratur hæres hæredis. Et ita posteriorem partem hujus legis interpretatur recte Azo in verbis hujus §. Accurs. male legit, *propterea* pro *præterea*. Item in Pandectis Florent. perperam deest versus in hoc §. Et sane est frequens hoc in Pand. Flor. Igitur sic legamus, *sed etsi fundum, etc.* Dixi ita demum peti posse, si præterea tantum eidem relictum esset, quod fundi pretium efficiat. Circa priorem partem dubitat Accurs. non abs re, cur hæres rogatus uni ex familia fundum restituere, si unum ex familia hæredem instituerit, ejusque fidei commiserit, fundum extraneo restituere, hæres hæredis familiæ teneatur? ut in §. *sed etsi uni*. Et tamen ut ostenditur *in hoc* §. *sed etsi fundum*, si hæres rogatus uni ex familia fundum restituere, eum fundum uni ex familia legaverit, et alia quædam, quæ fundi pretium efficiant, et ejus fidei commiserit extraneo fundum restituere, hæres hæredis familiæ non tenetur. Et ratio differentiæ breviter apertissima hæc est: hærede instituto uno ex familia, et fundo extraneo relicto a primo hærede, scil. ceteri, qui sunt ex familia, conditione non deficiuntur, quinimo extitisse videtur conditio fideicommissi, quia unus ex familia electus non est, quia nemini ex familia fundus relictus est: nec enim videtur relictus hæredi instituto, cum sit re-

lictus, in legatis, non in hæreditate: et relictus quod magis est, per vindicationem, aut etiam ita, ut paululum consisteret in persona hæredis instituti, et quasi nihilum temporis. Legata autem sunt separata ab hæreditate. At fundo ab hærede relicto uni ex familia, etiamsi eum jure rogaverit fundum extraneo restituere amplioribus legatis relictis: ceteri, qui sunt ex familia conditione deficiuntur: fideicommisso excluduntur penitus, quia verum est uni ex familia fundum fuisse relictum titulo legati, qui propter ampliora ea legata, non inutiliter fuit rogatus eundem fundum extraneo restituere: sequitur §. *rogo hic*. Sed antequam ulterius progrediamur, res ipsa postulat, ut diligentius exponamus id ipsum, quod ex §. *sed etsi fundum*, discrimen constituimus inter hoc genus fideicommissi, *peto uni ex familia, cui voles fundum relinquas cum morieris*, et illud, *peto ne fundus de familia mea exeat*. Communia quidem hæc sunt inter hæc duo genera fideicommissi. Primum quod hæredis est electio, cui velit fundum relinquere ex ea familia, et ea quidem ambulatoria usque ad supremum vitæ exitum. Deinde quod ei quidem, quem elegerit hæres, frustra testamento suo legat eundem fundum, tum etiam quod ab eo, quem elegerit, frustra alteri fideicommissum relinquit, præterquam uno casu, si ampliora legata ei legaverit. Ac postremo, quod non unum tantum hæres eligere possit, sed et duos, vel plures, vel omnibus relinquere eum fundum, et quod fundo nemini ex familia relicto, omnibus, qui sunt ejus familiæ fideicommissi petitio competit. Quæ omnia demonstrata sunt in superioribus §§. et sunt communia utriusque fideicommissi, sive dixerit, *peto ut uni ex familia reliuquas cui volueris cum morieris*, sive dixerit, *peto ne fundus de familia exeat*, hæc, inquam, sunt communia. Differentiæ autem hæ sunt, quæ ponuntur in § *sed etsi fundum*, satis obscuræ, ut rursus eas explanari sit operæ prætium: fideicommissum relictum uni ex familia incerto, si hæres unum ex familia elegerit, et in voluntate perseveraverit usque ad mortem, vel si uni ex familia fundum legaverit, quod legatum nihil aliud est, quam electio suprema, nec jure proprio legati censetur, vel si unum ex familia sibi hæredem instituerit fundo extraneo, non relicto: is quicumque ex familia fuerit, ad quem fundus pervenit, eum fundum alienare extra familiam, et extraneo dare vel relinquere potest, quia testator noluit, ut is fundus curreret per omnem familiam, seu per omnem agnationem: imo vero et uno illo casu, de quo ante dixi, hæres rogatus uni ex familia fundum restituere, ab eo quem elegerit eundem fundum extraneo per fideicommissum relinquere potest, puta, si ei, quem elegit, aliquid amplius legaverit, quam fundi pretium efficiat, neque ob istud fideicommissum quicquam onerabitur hæres hæredis. At fideicommisso relicto familiæ, vel hærede rogato, ne fundus de familia exeat, is, quem elegerit, non debet fundum in extraneum transferre, sed conservare eidem familiæ: imo ea de re cavere hæredi hæredis debet, se eum fundum non collaturum in extraneum. Alioquin hæres hæredis onerabitur, cui scil. cautum non est de indemnitate, si electo fundum præstiterit, et is eum in extraneum contulerit, propterea quod post mortem electi, cui fundum præstiterit, ceteris, qui sunt ex ea familia, hæres hæredis tenebitur ex causa fideicommissi primo testamento relicti. Atque ita duplici præstatione fundi, hoc est, fundi et æstimationis præstatione onerabitur, quod non est verisimile testatorem onerare priorem hæredem voluisse, *l. Titia*, §. *qui invita l. Mævius, hoc tit. de leg.* 2. *l. qui dotem, de dote præleg.* Ergo ne oneretur duplici præstatione hæres hæredis, juste desiderabit sibi caveri ab eo, qui electus est, cuique ipse fundum restituit, se eum fundum in familia relicturum. Et hoc ita sicut posui, si prior hæres ab eo, quem elegit fundum extraneo per fideicommissum non reliquerit, sed ipse, qui electus est, accepto fundo eum in extraneum contulerit, vel conferre velit: nam ne conferat in extraneum in onus, sive perniciem hæredis, obstringendus est cautione illa. At si prior hæres ab eo, quem elegit, fundum extraneo per fideicommissum reliquerit, quo scil. casu relinquere potest, puta amplioribus legatis eidem relictis, tunc sane hæres hæredis omnino onerabitur, nec ulla erit ratio expediendi se onere isto, videlicet, si is, qui electus est, cuique hæres hæredis fundum præstiterit, cum ex causa fideicommissi, ut debuit, extraneo restituerit. Nam de fundo non restituendo extraneo, ut jussit prior hæres, aut si restituatur, de reddenda æstimatione, hæredis hæres ab eo cautionem exigere non poterit contra voluntatem testatoris sui, *hoc est*, prioris hæredis, cui ipse hæres extitit, et qui fundum in extraneum transire voluit. Esset enim absurdum, si hæres impugnaret voluntatem defuncti, vel ut dicam explicatius, si hæres a legatario exigeret cautionem, de non exhibenda fide testatori suo, quam ipse debet, si præstaret quidem ipse fidem testatori suo, sed nollet præstari ab aliis, vel satis ageret, *id est*, satageret ne præstaretur, et hac ratione, non potuit exigere cautionem superiorem, atque ita sibi prospicere de indemnitate, et nihilominus ceteris, qui sunt ex familia, tenebitur ex causa fideicommissi primo testamento relicti, quia fundus non perman-

sit in familia. Atque ita hoc posteriore casu omnino oneratur hæres hæredis, propterea quod remedio cautionis indemnitati suæ consulere non potest atque ita videtur prior hæres omnino eum onerare voluisse, quando ab eo, quem elegit nominatim fideicommissum illud extero reliquit. Et hæc est sententia §. *sed etsi fundum*: verum opus est, ut huic rei clarissimum lumen adhibeatur: ait, *propter sequens fideicommissum*, quod sc. prior hæres reliquit extero ab eo, quem elegerat ex familia: ait *hæredis hæredem oneratum intelligi*. Ergo, ut subjicit ceteris tenetur ex causa posterioris fideicommissi is, qui electus est, a quo hæres hæredis cautione exacta sibi prospicere non potuit. Denique hæres heredis propter sequens fideicommissum, ita oneratus est ut nec exonerari possit, quia deficit remedium cautionis, nec suppetit aliud. Denique ait, *si electo uno fideicommissum in exterum non conferatur*. Sensus hic est: si prior hæres ab eo quem elegit ex familia fundum extero per fideicommissum non reliquerit, non oneratur hæres hæredis, si modo sibi prospexerit cautione, quoniam hoc casu si exigat ab eo, qui electus est, nihil contra voluntatem testatoris sui facit, qui extero ab electo fideicommissum non reliquit. Ergo hæres hæredis prospiciat sibi cautione, et non onerabitur, *hoc est*, indemnis servabitur, ab eo, qui electus est, cuique fundum præstitit, nec etiam alias ei, qui electus est, fundum præstabit, quam si caverit fundum in familia relictum iri, vel si non relinquatur, restitutum iri, aut æstimationem: sive quanti ea res est: hac cautione interposita, si is, qui electus est, fundum transtulit in extraneum, hæres tenebitur ceteris petentibus fideicommissum ex primo testamento, sed indemnis servabitur beneficio cautionis interpositæ, quæ ei parat actionem ex stipulatu adversus electum, cui fundum præstitit.

Ad §. *Rogo* 7.

Rogo fundum, cum morieris, restituas ex libertis cui voles, quod ad verba attinet, ipsius erit electio, nec petere quisquam poterit quamdiu præferri alius potest defuncto eo, prius quam eligat, petent omnes. Itaque eveniet, ut quod uni datum est, vivis pluribus unus petere non possit sed omnes petant, quod non omnibus datum est, et ita demum petere possit unus, si solus moriente eo superfuit.

Facilior est species §. *rogo*. In summa hoc vult, ut quæ dicta sunt de fideicommisso relicto uni ex familia, *cum morietur hæres*, eadem obtineant in fideicommisso relicto uni ex libertis, hoc modo: *rogo fundum, cum morieris, restituas uni ex libertis, cui voles*. Quid enim refert relinquere uni ex familia an uni ex libertis, vel ex cognatis, vel ex fratribus? Igitur his omnibus casibus hæredi est electio perpetua electio ambulatoria, atque adeo incerta usque ad supremum vitæ exitum. Hæc enim verba, *cum morieris*, hanc ei licentiam variandi dant. Ex sententia autem defuncti, quamvis uni figura verborum fideicommissum datum sit, hæres potest, non tantum unum eligere quod habuimus in superiore §. sed etiam duos, vel plures, vel omnibus relinquere potest fundum. Item nemine electo omnes liberti veniunt ad fideicommissum fundi, §. *sed si uni, et l.* 17. §. *ult. de legat.* 1. Atque ita, quod datum est uni, non omnibus figura verborum, sc. omnes liberti petent, si hæres omnibus reliquerit, vel si nemini reliquerit, et petent ab hærede hæredis. Nam hæc verba, *cum morieris*, etiam tempus, quod erit post mortem hæredis, complectuntur in fideicommissis, atque ita nihil refert dixero, cum morieris, an cum mortem objeris, *l. fideicommissi*, §. *si filio, de leg.* 3. Et consequenter, quod uni datum est, unus non petet, si hæres mortem obierit, vivis pluribus libertis, et nemine electo. Nam omnes admittuntur pro virilibus portionibus, et ita demum unus tantum admittetur, si solus superfuerit moriente hærede, priusquam eligeret. Denique si moriente hærede nemine electo plures liberti fuerint, facient inter se partes viriles, hoc est, fundum partientur in partes viriles, §. *si duo, sup. l. cum pater*, §. *hæreditatem, de leg.* 2. Si superfuerit unus tantum ex libertis, is solidum fundum capiet. Hæc est sententia §. *rogo*. Sed repetamus, quod diximus ultimo loco: si unus tantum ex libertis superfuerit, moriente hærede solidum fundum capiet, non concurrentibus aliis collibertis. Obstat vehementer huic dicto *l. pater* §. *filium de leg.* 3. Species hæc est: filiam hæredem scripsi, et ita dixi: *veto domum illam de nomine meo exire, sed ad vernas eos, quos testamento nominavi, pertinere volo*: legavi vernis domum per fideicommissum, hoc est, per verborum volo, ut in *l. specie*, *de auro et arg. leg.* non legavit servis vernis, quia inutile est legatum, sed libertis vernis: nam ut servorum alii sunt vernæ, hoc est domi nati, *ut Martiali Apri vernæ* in vivariis nostris nati: *lupi vernæ*, in piscinis nostris nati: alii sunt servi pecunia comparati, alii hæreditate relicti: ita liberti vernæ, qui servi vernæ fuerunt, et in antiqua inscriptione, *Libertus Acteus Tyrannus verna, scriba librarius Tyranni*, et in alia: *Cajus Julius Fortunatus Augusti libertus verna*. Vetat ergo testator fundum exire de nomine suo, sed ad libertos suos pertinere, quia scil. liberti sunt de nomine patroni. Lact. *de vera sap. Servus*, inquit, *liberatus patroni nomen accipit*: et Tertul. alibi, *manumissus*, inquit, *patroni no-*

mine ac tribu mensa honoratur. Voluit igitur is testator post mortem familiæ fundum pertinere ad libertos suos vernas, quos eodem testamento fecerat libertos, vel ut loquuntur nostri auctores, quos libertos perduxerat. Finge: familiæ supervixisse unum libertum tantum vernam. Quæritur; *an ad eum tota domus pertineat?* Scævola respondet in eo §. virilem tantum portionem ad eum pertinere, quod non parum pugnat cum hoc §. Accurs. adfert duas aut tres solutiones, novam excogitavit Alciatus in *l. virilis*, *de verb. sig.* Has omnes refellemus, et perspicuam vere afferemus. Intelleximus ex §. *rogo*, hærede rogato uni ex libertis, cui volet fundum restituere, *cum moreretur*, et moriente nemine electo, superstitibus pluribus libertis, omnes ad fideicommissum admitti, atque ita evenit, ut fundum uni datum, non omnibus, omnes percipiant, non unus, eumque inter se dividant pro virilibus portionibus. Et ita demum unus fundum petat et percipiat, si is solus hæredi supervixerit. Et hæc sunt verba ejus §. *rogo.* Itaque si unus tantum ex libertis hæredi superfuerit, aut supervixerit, ad eum totum fideicommissum pertinet. Et quin hoc Papin. sentiat in hoc §. nemo negat. Sed objicitur *l. pater* §. *filiam*, *tit. seq.* ubi ut constat ex specie, ad unum ex libertis, qui solus supervixit hæredi, Scævola respondet, virilem duntaxat partem fideicommissi pertinere, non ergo totum fideicommissum. Exspectas solutionem? dicam quam sentio veram, non eadem est species, §. *filiam, et hujus* §. *rogo.* In hoc §. proponitur testator prædium per fideicommissum legasse uni ex libertis, in §. *filiam* ponitur testator prædium sive ædificium, aut domum per fideicommissum legasse libertis, non uni ex libertis, sed libertis vernis: et adjecisse, quia hoc testamento nominavi, scil. dando libertatem, quia ex l. Fusia Caninia erat danda nominatim, hoc est, servorum propriis nominibus expressis, §. *libertas*, *Instit. de leg.* Quos ergo in hoc testamento nominavi, hoc est, quos in hoc testamento manumisi, *l. pen.* §. *Lucius, hoc t.* Nam et qui manumisit, necessario nominavit: denique, qui fideicommissum reliquit libertis, quos testamento nominavisset, plane retulit se ad nomina vernarum testamento expressa, atque ita videtur omnibus nominatim legasse, id est, omnibus propriis nominibus expressis, quandoque retulit se ad nominationem testamento factam. Proinde ædificium vernis legavit nominibus propriis expressis: nominum nuncupatio partes viriles facit ab initio, maxime in fideicommissis, ut inferius demonstrabitur: et ideo singulis ab initio quasi divisim partes adscriptæ fuisse videtur, et consequenter inter eos non est jus accrescendi. Nam hoc est ratum et certum, inter eos, qui partes habent ab initio, vel qui habere intelliguntur, nihil refert *l. si duobus:* §. 1. *de legat.* 1. inter eos, inquam, non est jus accrescendi, sed inter eos tantum, qui initio solidum habent singuli, et concursu partes faciunt, *l.* 1. *de usufr. accresc.* Proponitur in *d.* §. *filiam*, prædium fuisse relictum libertis vernis his verbis, *dari volo*: ergo peto fideicommmissum. Et appellatur etiam fideicommissum in eo §. Porro, quo jure est legatum per damnationem, eodem jure est fideicommissum: quæ per damnationem possunt legari, et per fideicommissum, ut definit Ulp. in *Inst. de fideicomm.* Res aliena per damnationem potest legari, non per vindicationem: ergo potest etiam legari per fideicommissum, quod demonstrabitur in §. *seq.* Si homo generaliter legetur per damnationem, vel illud aut illud, electio est hæredis. Ergo idem obtinet etiam in fideicommisso, *l. si ita relictum fuerit, hoc tit. l. qui concubinam* §. 1. *tit. seq.* Si per damnationem eadem res legetur disjunctim ac separatim duobus aut pluribus, singulis solidum debetur, uni res qui occupaverit agere, aliis pretium rei: et inter eos non est jus accrescendi, quia concursu partes non faciunt, sed unusquisque solidum percipit. Ergo idem obtinet etiam in fideicommisso, *l. un.* §. *sin autem disjunctim, C. de cad. toll.* illo loco, *in uno tantummodo genere legati*, id est, in legatis per damnationem, ut constat ex Inst. Ulp. Caii, *et Sentent. Pauli*, non ut Accurs. tentavit, in legatis per vindicationem. Et similiter, si conjunctim eadem res legetur duobus aut pluribus per damnationem, hoc jure, quod tractamus, quodque obtinuit ex Constitut. Justin. *de cad. toll.* singuli ab initio partes habere intelliguntur, *l.* 7. *hoc t.* Ergo idem obtinet in fideicommisso, *l. uxorem*, §. *agri*, *de leg.* 3. His consequens est, ut non sit inter eos jus accrescendi, quia ab initio partes habent, ut non concurrente uno nihil accrescat ceteris, sed deficientium portiones remaneant in hæreditate: atque ideo in specie §. *filiam*, inter libertos, quibus una oratione prædium reliquit per fideicommissum, quod intelligitur præterea reliquisse propriis eorum nominibus expressis, quando ad ea se retulit oratio patroni: inter eos, inquam, libertos non esse jus accrescendi, nisi (quod non adjecit) adjecisset, donec ad unum perveniat, hoc modo, prædium ad libertos meos vernas pervenire volo, donec ad unum perveniat, ut in *l. pen.* §. *Lucius, h. t.* Quo casu sane ex verbis testatoris, quæ sunt judicia certissimæ voluntatis, etiam in fideicommisso induceretur jus accrescendi, *l. codicill. de usu et usufr. leg.* Ceteroquin non adjecit eam clausulam testator in eo §. *filiam.* Unde sequitur, inter eos libertos fideicommissarios, non esse jus accrescendi, et eos, qui partes non ferunt, qui non

concurrunt, qui ante hæredem moriuntur, facere partem ei, qui hæredi supervivat, id est, nihil refert dicas, inter aliquos non esse jus accrescendi, aut partem non auferentem, partem facere alii, vel aliis: utriusque sermonis idem est sensus, idem effectus. Unde in ea specie, si moriente hærede unus tantum ex libertis supersit, prædii pars tantum virilis ei debebitur, quia inter fideicommissarios maxime nominibus propriis expressis, non est jus accrescendi: quia testator videtur singulis adscripsisse partes ab initio, et ideo noluisse, ut ultra portionem suam quisque quicquam amplius ferret: denique poterit hæres moriens, ceterorum, qui præmortui sunt, portiones transmittere in exteros, quia libertorum tantum gratia, in ea specie, quam heri exposui, voluerat testator prædium exire de suo nomine, non universæ familiæ suæ gratia: deficientibus ergo portionibus quorundam libertorum, quia non possunt accrescere superstiti, hæres eas jure transmittet in extraneum, sive conferet. Et ita ratio ejus §. explicanda est secundum jus antiquum, ut innumeri in hoc tractatu, aut nunquam intelligentur, aut sumere debent interpretationem ex jure antiquo. Hodie ex Constit. Just. in specie §. *filiam.* libertus superstes peteret totum fideicommissum, ut in specie §. *rogo* quia hodie inter collegatarios et fideicommissarios, quocumque genere legatum relictum sit, et non habita differentia inter legatum et fideicommissum, inter eos est jus accrescendi, et non concurrente uno, accrescit aliis, non concurrentibus aliis adcrescit uni: denique non ab initio partes habere videntur, sed facere concursum, ubi non est concursus, deficientium portiones adcrescere ceteris. Nunc videamus, quid respondeat, aut quemadmodum interpretatus fuerit Accursius, et Alciat. *d.* §. *filiam.* Accurs. primum, quo loco lex ait, *defuncta hærede et legatariis vernis*, mavult legere, *defuncta hærede ad legatarios vernas*, *an ad unum legatario*, *etc.* id est, fideicommissarios, ut legatum sepe significat fideicommissum, sed non contra: mavult autem ita legere, ut ponat hæredi supervixisse omnes libertos, et quod lex, ait, *ad unum*, *qui superest*, *virilem portionem pertinere.* Ipse sic interpretatur, ad omnes, qui supersunt viriles portiones pertinere, non totum ad unum libertum, id est, ad alium libertum, non vernam. Hæc est prima solutio Accurs. Sed neque illa scriptura, *ad legatarios vernas*, auctorem ullum habet, nec interpretatio illa *ad eum*, id est, *ad eos*, ullam usquam approbationem habitura est. Præterea quod urget omnino hac ratione fit, videlicet si sic interpretetur, ut quæratur in illo §. an fideicommissum, quod est relictum vernis, non pertineat ad vernas, sed ad unum non vernam: hac de re nemo nisi stultus, quæsiverit, esset stulta quæstio, et ipse etiam Accurs. transit ad aliam solutionem. Et aliter, *virilem portionem* interpretatur totum fideicommissum. Quid non audet? confundit ea, quæ Jurisconsultus facit adversa. Quærit enim, *an totum fideicommissum ad libertum superstitem pertineat*? Quod si totum pertinere putasset Scævola, statim suo more respondisset, pertinere. Cum vero non ita simpliciter scripserit, sed virilem pertinere, qui quæsierat, an totum pertineret, proculdubio significat, totum non pertinere. Et abutitur etiam Accurs. in ea re *l. virilis, de verb. signif.* quod dicat virilis partis appellatione, interdum totam hæreditatem contineri. Ergo fretus illa lege, licebit cuilibet deinceps exemplo Accursii partem interpretari totum: licebit passim illa lege uti pro arbitrio suo ac libito, quod exemplum est vitiosum. Et sane illa *l. virilis* pertinet tantum ad l. Papiam, ut inscriptio indicat. Et interdum ait, id accidere, interdum contineri assem ex sententia sc. legum, quoniam æquitas postulat incidente aliquo casu, augeri significationem verborum. Jurisconsulti est augere significationem verborum pro loco et tempore ac circumstantiis ceteris, ut in illa lege Papia si libertus filiis reliquerit, patrono debetur virilis portio, *l. postea de succ. lib.* An etiam si filii repudiaverint hæreditatem liberti, non habebit, nisi virilem portionem? imo totam hæreditatem, *l. intestato, de suis et legit.* Nam mens legis non fuit alia, quam ut virilem tantum partem haberet patronus, si liberto filii hæredes existerent cum effectu. Ergo eo casu virilis partis appellationem, in *l. Papia.* producemus etiam ad assem, sed ne abutamur passim: imo vero nunquam sine auctoritate veterum. Alciat. in *d. l.* virilis, aliter explicavit *d.* §. *filiam*: qui multa innovare visus est, sed pleraque incallide et infeliciter. Ponit filiæ supervixisse omnes libertos, quod primum etiam Accurs. posuerat, atque ita diem fideicommissi cessisse in persona omnium, quod ad transmissionem proficit: mox vero defunctos fuisse omnes libertos relictis hæredibus extraneis, excepto uno, qui supervixit ceteris? et quæri in §. *filiam*, portiones defunctorum, utrum pertineant ad hæredes eorum extraneos, ad superstitem collibertum? Scævolam respondere, pertinere ad hæredes extraneos quasi transmissione, scilicet post diem fideicommissi cedentem mortuis fideicommissariis, et libertum superstitem partem duntaxat suam retinere. Sane erat cuilibet facile ita posita specie respondere, quia certissimum est, ubi est transmissioni locus, jus accrescendi cessare, hæredem meum præferri socio meo, post diem legati cedentem,

perinde atque si legati dominium acquisivissem: nam etsi nondum dominium acquisivi, tamen actionem acquisivi. Hoc ergo transmitto in hæredem meum. Sed etiam quo minus eam ponam speciem, moveor eo, quod lex ait, *unum tantum liberum remansisse, unum tantum superesse*. Igitur sane verum est superesse, non tantum collibertis, sed etiam hæredi, nec recte ex ordine illorum verborum, *defuncta hærede et legatariis vernis*, colligit priorem decessisse hæredem: nam in conjunctionibus nullus est ordo, *l. quidam. de pecul. leg.* Ergo ut speciem posuimus initio, decesserunt fideicommissarii, id est ceteri liberti prius decesserunt, deinde hæres, atque ita decesserunt ante diem legati cedentem, excepto uno, qui superest omnibus et hæredi et collibertis, quique tamen totum fideicommissum non percipit, quia non fuit inter eos fideicommissarios jus accrescendi, et mortuorum libertorum portiones manserunt in hæreditate, non accreverunt superstiti.

Ad §. Si rem tuam, et seq.

Si rem, tuam quam existimabam meam, te hærede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiæ, nec constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum præstare legatum hæredem: nam succursum est hæredibus, ne cogeretur redimere, quod testator suum existimans reliquit. Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam alienis comparandis, et onerandis hæredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, cum dominium rei sit apud hæredem.

§. 7. *Si omissa fideicommissi verba sint: et cetera, quæ leguntur, cum his, quæ scribi debuerant, congruant: recte datum, et minus scriptum, exemplo institutionis, legatorumque intelligetur: quam sententiam optimus quoque Imperator noster Severus secutus est.*

Sequitur nova quæstio in §. *si rem tuam*, de legato rei alienæ, vel rei hæredis propriæ, an valeat? Et fuit in ea re jure civili constituta differentia inter genera legatorum, nam res aliena vel res hæredis per vindicationem legari non potuit hoc modo: *illam rem L. Titio do, lego*: non potuit etiam legati per præceptionem, hoc modo: *hæres meus L. Titius eam rem præcipito*: nam præceptio est id, quod uni ex hæredibus relinquitur præcipui titulo. His vero modis ea tantum res potuit legari, quæ fuisset testatoris ex jure Quiritium, utroque tempore, hoc est, tempore mortis et tempore faciendi testamenti, exceptis rebus quæ pondere, numero, et mensura continebantur. In his enim satis erat, vel mortis duntaxat tempore rem fuisse in bonis testatoris, quod *Ulp.* in *Instit.* docet, idque demonstrat *l. Stichus servus, de manumiss. testam.* dum in ea re libertatem comparat legato: libertas servo alieno inutiliter legatur: res quoque aliena inutiliter legatur, videlicet per vindicationem, sicut nec libertas vindicationis modo relinquitur directo. Comparat ergo libertatem legato per vindicationem non aliis legatis. Idem demonstrat *l. 88. de verb. signif.* quem locum nondum observavit quis in eam rem. Illa lex significat aperte, non valere legatum fundi alieni: non loquitur de fundo incerto, quod ad vilissimum quid redigi possit: nam glebula quælibet potest appellari fundus, quodcumque mitti potest funda est fundus, nisi exciderit, inquit Varro, qua cava funda patet; sed loquitur de fundo alieno, et eo quidem certo, cujus legatum aperte demonstrat non valere, quamvis is fundus possit emi pecunia hæreditaria, et satis sit pecuniæ in hæreditate: non valere igitur legatum fundi alieni relicti per vindicationem. Nam per damnationem valet res aliena, res hæredis, res quæ nullo tempore testatoris fuit, legari potest per damnationem: *damnas esto hæres illam rem L. Titia dare.* Item legari potest sinendi modo: *damnas esto hæres sinere L. Titium rem illam sumere, et sibi habere*: quo tamen modo res tantum hæredis legatur, non res aliena. Nam rem alienam hæres facile siverit L. Titium sumere si possit, et sinendi modus hæredi imponitur frustra, nisi prohibere possit legatarium rem sumere, et sibi habere. Ex quo efficitur liquido, sinendi modo non legari rem alienam, sed rem hæredis: *damno te hæres mi, sinere rem tuam illum sumere*: res aliena atque etiam res hæredis per damnationem legari potest, et per fideicommissum: nam quodcumque per damnationem relinqui potest, et per fideicommissum potest. Et hæc omnia Ulp. et Cajus plene demonstrant in *Instit. et Paul. 4. Sententiarum tit.* 1. Et hæc quidem in hac re distinctio legatorum introducta est jure civili. Post S. C. Neroniano, ut eædem Instit. Ulpiani docent, cautum est, ut quocumque genere legati possent legari res, quæ non utroque tempore testatoris fuissent ex jure Quiritium, sed quæ testatoris fuissent mortis tantum tempore: nam novissime primus Justinianus constituit; ut res quæ nullo tempore testatoris fuissent, quocumque genere legati legari possent. Et notandum etiam hodie, quoquomodo legata, sive relicta re aliena, aut hæredis, differentiam esse aliquam inter rem alienam, et rem hæredis. In re aliena ita distinguimus: aut testator rem alienam legavit sciens: quod legatarius probare debet, *l. verius de probat.* et hoc casu hæres debet eam rem a domino justo pretio redimere, et legatario præstare, *l. non dubium* 14. §. *ult. tit. seq.* Justum pretium est, quod judex

fecerit *l. is qui concubinam*, §. *ult*, *tit. seq.* vel si dominus ejus rei nolit eam vendere, aut si injusto, et immodico pretio velit eam vendere, hæres legatario debet præstare justum pretium, quod judicavit judex, §. *non solum*, *Inst. de leg.* et hoc si sciens legaverit. Si ignorans legaverit tanquam suam, cum putaret esse suam, non alienam, hoc est, si per errorem legaverit rem alienam, hæres neque redimere eam cogitur, neque æstimationem præstare. Igitur inutile est legatum, inutile fideicommissum: quia forsitan, si testator scivisset rem esse alienam, eam non legasset Facile legant res suas morituri: non ita facile legant res alienas, non ita facile emunt res alienas, vel emi volunt ab hærede suo. Ergo in dubio magis præsumitur testator non legaturus fuisse rem alienam, si scivisset esse alienam, nisi aliud suadeat conjectura voluntatis evidentissima: ut si rem alienam tanquam suam errans legaverit filio, *l. cum pater*, §. *evictis*, *h. t.* vel si propinquo, cognato, affini, *l. cum alienam*, *C, de leg.* vel si uxori, *l.* 11. *in fin. de auro*, *et arg. leg.* vel si alumnos: nam in alumnos omnes educatores sunt perinde affecti ac patres: et fere non minor affectio erga alumnum, quam erga filium: *l. in testamento*, *de fideic. lib. et* His personis præsumitur legaturus fuisse rem alienam, etiamsi scisset esse alienam. Ea propter his personis relictum legatum rei alienæ per errorem testatoris debebitur, et nihil officiet error legatario. Hoc casu excepto, error facit inutile legatum aut fideicommissum, quod Papin. in hoc §. ait esse ex Constit. nempe Constitutionem hoc casu subvenire hæredi, ne præstet quod testator errans legavit, errans scilicet in proprietate rei. Et intellige esse Constitut. Divi Pii ex §. *non solum*, *Inst. de leg.* Multa constituit D. Pius de legatis et fideicommissis: ut pœnæ causa relictum legatum non valeat ut Capitolinus scribit, ut lex Falcid. habeat locum in fideicommissis ab intestato, *l. filiusf. ad leg. Falc.* ut res eidem sæpius legata eodem testamento, semel tantum debeatur, *l. plane*, §. *sed si municip. de leg.* 1. *et l. Mævius*, *h. t.* et hoc quod tractamus modo, ut legatum relictum per errorem, puta, si rem alienam tanquam suam legaverit testator, non debeatur. Et Papin. hoc loco non tantum utitur auctoritate Constitutionis, quam dixi esse D. Pii, sed etiam ei præfert auctoritatem Neratii Prisci JCti, quod scilicet secundum sententiam Neratii ita constituisset D. Pius. Sicut in *l. 7. de cond. et dem.* narratur sententiam Neratii de cautione Muciana fuisse comprobatam Constitutione D. Pii, et aliam sententiam Neratii de vendendis bonis ejus, qui latitat, adversus actionem in rem, fuisse comprobatam Constit. Adriani, *l. Fulcinius*, §. *idem videtur*, *ex quibus causis in possess.* Florere cœpit Neratius temporibus Adriani, ut *l. ult. si a parente quis manumiss.* eumque Trajanus sibi successorem destinavit, sed Plotiæ suasu adoptavit Adrianum. Optimi principes nullam Constit. dabant in medium sine auctoritate et sententia Jurisconsultorum, *l. Divi*, *de jure patron.* Const. principum sunt sententiæ Jurisconsultorum, vel opiniones. Et ita in § *pen.* hujus l. Pap. sententiam suam ait, secutum fuisse Severum Imper. edita Constitutione. Quæ legimus igitur in Codice, ex iisdem auctor. prompta sunt, ex quibus ea, quæ habentur in D. Et sententia Pap. quam secutus est Severus, pertinebat ad hanc speciem: quidam fideicommissum reliquit oratione imperfecta, omisit quædam verba: nec cœptum sermonem absolvit, puta dixit, *Titio centum dari*, nec adjecit, *volo* Imperfecta est oratio, *an inutile fideicommissum?* minime: si modo, inquit, cetera, quæ leguntur, cum his, quæ scribi debuerant, congruant, in *l. cum pater*, §. *imperf. h. t.* si dicto scriptum congruat, hoc est, si nulla sit scribiligo: nam observanda est ratio recti sermonis, *l. Plotius*, *de auro et arg. leg.* Finge dixisse Titium, centum dari, inutile est legatum propter scribiliginem, vel dixisse, *Cajo dari centum volo*, *Titio decem;* Titio nihil debebitur, quia dicto scriptum non congruit, vel quia dictum scripto accommodari non potest congrue. Ergo, si salva sit ratio recti sermonis, sane propter omissionem quorumdam verborum non erit inutile fideicommissum, sed intelligetur plus dictum, minus scriptum, quod rem quæ agitur, non corrumpit. Superior enim est voluntas defuncti, quam et scriptura imperfecta indicat satis, et hoc se probasse Papin. ait, exemplo institutionis et legatorum: institutionis, ut in *l.* 1. §. *sin autem*, *l. quoties*, §. 1. *de hæred. inst. Titius hæres*, valet testamentum valet institutio, quasi plus dixerit, minus scripserit, et subintelligimus verbum esto: vel quod est majus, finge, dixisse eum, scribere se eum ex semisse hæredem, et scriptus sit ex quadrante tantum: nihilominus erit hæres ex semisse, quia scripto potior est dictio testatoris, ubi scilicet ostenditur plus eum dixisse, quam scripsisse, *d. l. quoties*, §. 1. Exemplo legatorum, ut in *l. si in testam. de leg.* 1. Si ita dixerit, *hæres meus damnas esto Titio centum*, debetur legatum. Res ita servatur in institutionibus et in legatis, quæ reguntur summo jure, et multo magis in fideicommissis. Et sic idem Papin. in *l. cum avus*, *de cond. et demonst.* quod est celebratissimum, vult in fideicommissariis hæreditatibus semper intelligi hanc conditionem, si sine liberis decesserit, quod magni ingenii vir primus excogitavit, et probarunt posteri usque in hunc

diem, et in hanc rem pro coronide observanda est definitio *l. cum pater* §. *cum imperf. h. t.* si sit imperfecta scriptura, puta, si quæ verba omissa sint legati aut fideicommissi, verbum quod præcedit, vel sequitur, ad communionem assumi. Ad communionem est, quod Grammatici vocant ἀπὸ κοινοῦ, ut si ita dixit: *Cajo dari centum volo, Sejo decem,* et nihil addiderit præterea repetitur, *dari volo.* Ad communionem assumuntur verba, quæ præcedunt, et dum ait, *verbum, quod præcedit, aut sequitur*, significat duplam repetitionem ἀπὸ κοινοῦ: nam vel sumitur ex verbo præcedenti, vel ex sequenti, duplex ζεῦγμα est. Et hanc sententiam tandem ait Papinian. optimus Imperator Severus secutus est, imo vix ullus, ut supra dixi, princeps ullam Constit. dedit in vulgus sine jurisperito. Jurisconsultorum sunt, vel sententiæ, vel opiniones, in §. *responsa, Inst. de jure nat.* sicut etiam judicum sunt sententiæ, sunt et opiniones, *l.* 6. §. 1. *de interd. et rel.* Non potest præses Provinciæ sententia sua aliquem deportare in insulam, sed potest ea de re opinionem suam scribere, et mittere ad principem, sibi eum hominem deportandum videri, hoc est, non potest ea de re sententiam ferre, non prohibetur tamen edere opinionem suam. Et ita ut philosophi docent, alii sunt ἐπιστημονικοὶ λόγοι, hoc est, certæ sententiæ et irreprehensibiles, alii sunt δοξαστικοὶ λόγοι, hoc est, opiniones verisimiles, quæ etiam dicuntur πιθανοὶ λόγοι. Et cum alii Jurisconsulti scripserunt libros opinionum, Labeo scripsit libros πιθανῶν, hoc est opinionum. Sicut etiam a Diogene refertur Chrysipp. scripsisse libros opinionum, non sententiarum. Verum ut redeam unde abii, intelligimus in re aliena distinguendum esse inter testatorem scientem et ignorantem, distinguendum esse, utrum testator sciens rem alienam, an ignorans legaverit: an eadem distinctione utemur in re hæredis propria, quam testator legaverit? minime. Et hæc est differentia inter rem alienam, et rem hæredis, quam perstrinxi ante: nam sive sciens, sive ignorans legaverit res hæredis, hoc est, si etiam rem hæredis legaverit errans, tanquam suam, legatum ab hærede omnino præstandum erit, et quidem præstanda erit non æstimatio, sed res ipsa, si eam malit legatarius præcise, ut *l.* 70. *si duobus* §. *qui confitetur, et seq. de leg.* 1. *l. Titium* §. 1. *de auro et arg. leg.* quia legata res est, non æstimatio, et rei præstatio est in facili, cum ejus hæres dominus sit. Quæ vero est differentia? cur si ignorans legaverit rem alienam tanquam suam non valet legatum? Cur error testatoris officit legato? quia falsa opinio fecit utique, ut legaret, quod non esset legaturus. Nam facilius legat quis rem suam, quam alienam emit ipse, vel emi vult ab hærede suo: *faciliores*, inquit, *sunt voluntates in rebus suis legandis quam alienis comparandis, et onerandis hæredibus ademptionem rei.* Onus est hæredi emere rem, quia curare debet, ut rem redimat, quia res legata est, non pretium. Cur autem, si rem hæredis legaverit tanquam suam, error non officit legato? quia facilius quisque legat rem hæredis, quam rem alienam, cum et facilior præstatio hæredi sit rei suæ, quam rei alienæ: denique facilius quis legat, quod jam habet ipse, vel hæres suus, quam quod e longinquo petendum est. Ergo sententia Neratii, et Constit. D. Pii, ut Papin. ait, quæ induxit illam distinctionem inter scientem et ignorantem, pertinet tantum ad rem alienam, non ad rem hæredis.

Ad §. *ult.*

Item Marcus Imperator rescripsit verba quibus testator ita caverat: non dubitare se quodcumque uxor ejus cœpisset, liberis suis redditurum, pro fideicommisso accipienda. Quod rescriptum summam habet utilitatem, ne scilicet honor bene transacti matrimonii, fides etiam communium liberorum decipiat patrem, qui melius de matre præsumpserat. Et ideo princeps providentissimus, et juris religiosissimus, cum fideicommissi verba cessare animadverteret, eum sermonem pro fideicommisso rescripsit accipiendum.

Diximus, non esse inutile fideicommissum rei alienæ, vel rei hæredis propriæ: fideicommissum rei alienæ, si sciens legaverit, non si ignorans: fideicommissum autem rei hæredis, etiamsi ignorans legaverit. Cui volumus addi etiam fideicommissariam libertatem: nam et hanc si quis reliquerit servo alieno, tanquam suo per errorem, hæres eum redimere debet, et manumittere: vel si dominus nolit eum vendere, si quando is servus ad hæredem pervenerit, eum debet manumittere, *l. Paulus, de fideicommiss. libert.* Ergo ut fideicommissum hæredis valet indistincte, sive sciens, sive ignorans eam rem reliquerit testator: ita et fideicommissaria libertas relicta servo alieno: nam et multa alia favorabiliter contra rigorem juris recepta sunt pro libertate. Intelligimus ex §. *pen.* non esse inutile fideicommissum, si omissa sunt verba fideicommissi: verba fideicommissi sunt multa, sed cujusque fideicommissi unum est verbum principalem, quod fideicommissum facit, veluti verborum, *rogo*, aut *volo*. Et hoc si omissum sit, non vitiari fideicommissum, ut si testator dixerit, *Titio centum dari*, nec adjecerit, *volo*, atque ita omiserit verbum fideicommissi, non ideo fideicommissum minus valet, *l. verbum, C. de fideicommiss.* Nunc intelligimus ex §. ult. non esse inutile fideicommissum, etiamsi testator, qui fideicommittere voluit, non sit usus verbo proprio fideicommissi: non est quidem scriptura imperfecta, sed est adstricta, et liga-

ta verbo suo, cæterum non proprio fideicommissi, an valet fideicommissum? Primum videamus, quæ sunt propria verba fideicommissorum, quæ precaria dicuntur, et inflexa, verba fideicommissaria, verba codicillaria, quibus adversa verba directa, civilia, imperativa, sunt verba testamentaria, id est, verba testamentorum propria, sine quibus non sunt testamenta. Verba fideicommiss. propria hæc sunt, *rogo, peto, volo, mando, fideicommitto* §. *ult. Inst. de sing. reb. per fid. l.* 2. *C. comm. de leg.* Mando etiam in tit. mandati idem est quod *rogo*, mandatum perficitur his verbis: *rogo te, ut id facias.* vel *mando tibi, ut id facias.* Denique nihil aliud est *mando* quam *volo*, *l. illud* §. 1. *de jure cod.* Hæc quoque verba fideicommissum faciunt, *deprecor, cupio, desidero, opto.* Optativa verba sunt precaria. Idemque *exigo credo te daturum, certus sum te daturum.* Et quod plus est, *injungo uti des*: injungo non est directum verbum, sed precarium, *l. etiam hoc modo, l. et eo modo, de legat.* 1. Et ut adjicit Paul. 4. *sent. tit.* 1. *impero*, quod fideicommissum facit, non legatum: *impero tibi des Titio centum.* Minus est imperare, quam jubere. Princeps imperat, et inde Imperatoris nomen. Dominus jubet: mitior est potestas principis, quam domini. Aliis forte auctoribus plus est impero, quam jubeo, sed nostri auctores sunt peritiores proprietatum verborum. An etiam verbum, *commendo*, est precarium? Commendo non facit fideicommissum, ut si ita caverit testator, hæres *L. Titium tibi commendo,* neque videtur rogatus hæres, ut ei restituat bona, neque si servus sit, videtur rogatus, ut eum manumittat. Verbum igitur, *commendo*, utile fideicommissum non facit, *l. ex verbo, C. de fideic. libert. l. quoties, C. famil. ercisc. l.* 1. §. *si ita quis, de leg.* 3. *l. Thais* §. *Titius, de fid. libert. l.* 63. *de hæred. instit. et l. Titia* §. *ult. hoc tit.* M. Tull. 3. de fin. *ex hac animorum affectione testamenta et commendationes morientium natæ sunt.* An illo loco commendationes sunt fideicommissa? minime: fideicommissa obligant, commendationes non obligant, quod obtinet etiam in contractibus. Neque enim mandatum contrahitur hoc modo: *illud tibi commendo*. Aliud est mando, aliud commendo, *l. si vero* §. *cum quidam mand.* Commendatitiæ epistolæ non obligant, *l. ult. C. quod cum eo, qui in aliena est pot.* Denique verbum, *commendo*, neque facit fideicommissum, neque legatum: neque ergo est directum, neque precarium. Verba aut sunt directa, aut precaria, aut neutra: communia nulla scio. Semper autem excipio ab eo, quod constituo de verbo *commendo*, nisi aliud senserit testator: nam non tam verba faciunt fideicommissum, quam voluntates defunctorum, etiam nuda voluntas et tacita fideicommissum facit, *l. cum proponebatur, hoc tit.* etiam nutus fideicommissum facit, ut si quis moriens interrogatus, an velit Titio dari eum fundum, si annuat, utile est fideic. *l. nutu tit. seq.* Ergo ex voluntate defuncti, etiam quodlibet verbum fideicom. facit; quia nec tam id verbum facit quam voluntas defuncti. Etiam illud vehementer observandum est, quod idem Paul. eodem lib. scribit, verbum *relinquo* non facere fideicommissum et multo minus legatum: *illi illum fundum relinquo*, neque est legatum, neque fideicommissum: hæc nomina omnia incognita fuere. Placet valde, ut *relinquo* neque sit directum, neque precarium, quod demonstratur etiam *l.* 2. *C. de his, quæ sub mod.* Sed semper excipio voluntatem defuncti, quæ poterit colligi ex sequentibus verbis, vel antecedentibus. Finge ut in *d. l.* 2. testatorem ita dixisse: *illi illum fundm relinquo*, et mox eum rogasse, ut eum fundum restitueret alteri: onus fideicommissi, quod ei injunxit, argumentum præbet fideicommissi ante relicti, etiam parum apto verbo *relinquo.* Et sic in *l. Lucius*, §. *filiam, ad Trebell. ibi*: *illum fundum relinquo*, legatum est, sive fideicommissum, quia mox subjecit, *quia legato contentus esse debet etc.* et ita plane declaravit, se legare velle, vel per fideicommissum, alioqui verbum *relinquo* solum fideicommissum non facit. Nam etiamsi dicatur, *relinquo legatum, relinquo fideicommissum, relinquo hæreditatem*, tamen hæc non recte relinquuntur: verbo *relinquo* non recte hæres scribitur hoc modo: *illum hæredem relinquo.* Nam licet hæres dicatur institui, vel substitui; tamen neque recte instituitur verbo, *instituo*, neque recte substituitur verbo *substituo*, ut Ulpian. *docet Instit. tit. quemad. hæres scribi debet.* Hæc verba, *relinquo*: *instituo*, *substituo*, neque sunt directa, neque precaria, et longe errant interpretes, qui *instituo*, *et substituo*, accipiunt pro directis verbis. Sunt enim neutra verba, et abutuntur *l. jam hoc jure, de vulg. subst.* illo loco, *hoc communi verbo*: *eosque invicem substituo.* Ex quo efficiunt verbum substituo esse commune, hoc est, modo directum, modo precarium, quod longe abest a sententia Jurisconsulti: nam commune verbum dicit in eo loco non verbum *substituo*, sed hanc orationem, *eosque invicem substituo*, qua perficitur substitutio reciproca, quæ est communis, si fiat impuberibus filiis, hoc est tam vulgaris est, quam pupillaris. Alias certe verbum substituto, vel instituo, neutrum est: sed interim ex eo intelligimus, etiamsi hæres institutus dicatur, non recte eum institui verbo *instituo*: vel etiamsi substitui dicatur, non

recte substitui verbo *substituo*: nec mirum igitur si licet fideicommissum relinqui dicatur, non tamen relinquatur verbo *relinquo*. Nam et similiter legatum dicitur relinqui verbis imperativis, id est, directis, nec tamen recte relinquitur verbo *impero*, quod magis est precarium: recte relinquitur verbo *jubeo* hoc modo per damnationem *hæredem meum dare jubeo*, sicut hæres scribitur recte hoc modo, *illum hæredem esse jubeo*, ut Ulpian. scribit *Reg. tit.* 21. Et quod in *l. Corn.* §. *ult. de lib.leg.* verbum *jubeo*, videtur constituere fideicomsum, hoc fit ex voluntate defuncti, qui adjecit verbum restitui, sive reddi, hoc modo, *reddi illi jubeo pecuniam quam ei debeo*: fideicommissum est magis propter verbum *reddi* quam *jubeo*, quod magis directum est. Nam hoc verbo rectissime hæreditas relinquitur, atque legatum simul hoc modo *hæres esto*, *vel hæres sit*, *vel hæres erit*, ut idem Ulpian. docet. Quæ verba etiam observantur in exhæredatione, quæ non valet, nisi concipiatur verbis directis, *veluti hæres esto*, *vel sit*, *aut erit*, *vel hæredem esse jubeo*, *l. filii etiam*, *de lib. et post.* Justinianus qui veterem differentiam horum verborum noluit tam accurate observari, dicit in *l.* 2. *C. comm. de leg.* dubitatum fuisse de verbo ἐνορκῶ. Non est ferendus illo loco Alciat. nec alii, qui cum in ea *l. Justin.* referat verba precaria, et verba directa, velut *jubeo*, quod numerat inter directa, verbum *rogo*, *peto*, *volo*, inter precaria, illi faciunt duo nomina, hoc modo ἐν ὅρκῳ, pro ἐνορκέω, ἐνορκῶ, ut ποιέω ποιῶ id est, *adjuro*, contestor et convenio te jurejurando, ut id facias sive des. Hoc verbum non dicebant esse commune: non habuere juris auctores verba communia, quæ directe accipi possint, et inflexe, sed alii dicebant, id esse directum, alii esse precarium, nec narrat Justin. quid definiat, quia nec necesse fuit, cum velit quocunque verbo perfici legatum et fideicommissum, sicut Imp. Constantinus in *l. quoniam C. de testam.* Hæresitatum enim fuit de his verbis, *non dubito te redditurum*, sed non multum fuit dubitatum: nam certum est, his verbis parum aperte scribi fideicommissum. Hæc verba non faciunt fideicommissum, hæc verba neque sunt legati, nec fideicommissi verba, nec ullam voluntatem certam exprimunt, nisi scilicet suffragetur voluntas defuncti, quæ exceptio est perpetua, ut in specie hujus §. *item*: quæ est talis. Vir uxorem hæredem instituit ex asse, sic proponenda est species, ut constat ex *l. seq.* et adjecit, *non dubito te bona mea liberis communibus redditurum*, qui scilicet liberi erant impuberes: eos igitur exhæredavit: alioquin inutilis esset institutio, inutile testamentum, et fuit summa providentia testatoris: nam eos non exhæredavit notæ causa, sive mala mente, sed bona mente, non ut eis obesset, sed ut eis consuleret. Exhæredatio non semper est nota, sive injuria, aut damnum, sed providentia, aut cura suorum, ut scilicet interim dum essent impuberes, donec pervenissent ad justam ætatem, mater fideicommissaria, hoc est, quæ præsumebatur fore fideicommissaria, et liberorum amantissima, ea bona tueretur, et administraret: quæ exhæredatio facta eo consilio consistit, et non parit quærelam inofficiosi testamenti, nec excludit exhæredatos bonis paternis omnino, non excludit etiam lucris nuptialibus obvenientibus liberis communibus. Nam *Novell.* 22. quæ est de his lucris, loquitur de exhæredatis mala mente. Et sunt hujus providentiæ testatorum multa exempla in jure *l. pen. de cur. fur. l. multi*, *de lib. et post. l. si prius*, §. *si qui non mala*, *et l. pen.* 2. *de bon. lib.* Recte igitur fuit instituta uxor ex asse. Sed quæritur, an ex illis verbis, *non dubito te liberis communibus bona redditurum*, possit induci fideicommissum? Sane quod ad verba attinet, non videtur uxori fideicommisisse, ut bona restitueret. Sed D. Marcus inspecta mente testatoris constituit, ea verba pro fideicommisso accipienda esse ex voluntate defuncti. D. Marcus *providentissimus*, *princeps*, inquit, quia philosophus, *et juris religiosissimus*, quia Jurisconsultus fuit, *l.* 5. *C. de repud.* Et eodem modo in Constit. Justin. quæ auspicium facit, Justinianus Princeps juris religiosissimus. Habet autem hæc Constitutio D. Marci utilitatem summam, ne honor transacti matrimonii cum uxore dulciter sine offensa, sine querela, et ne fides communium liberorum, quibus subnixum fuit matrimonium, ut *l.* 1. §. *ult. de lib. exhib.* ne bona spes, et fiducia, quam exinde accipit pater, decipiat patrem, qui melius de uxore præsumpserat. Ergo melius est dicere, matrem invitam cogi reddere bona liberis communibus cum morietur, quia enixa fuit voluntas patris, quam contulit in liberos. Enixa voluntas, id est, quoties testator valde vult, fideicommissum est. Hoc est, quod ait in §. *ult.* Et eadem est utilitas, *l. Pamphilo*, *tit. seq.* Legavi liberto centum, et adjeci: *scio*, *quæ tibi relinquo ad filios meos perventura*, id est, post mortem tuam, *cum sciam*, *eos tibi esse carissimos*: sane verba fideicommissi cessant, quia non videtur ei fideicommisisse, ut restituat centum filiis suis. Sed tamen, quia inhumanum est, decipi patrem a liberto, de quo melius sperabat, exigente etiam et impellente caritate filiorum, ut *l. liberorum*, *de verb. sign.* melius est, ut libertus invitus compellatur centum restituere, vel hæres ejus filiis patroni, veluti ex causa fideicommissi, quod confirmatur eo loco, arg. hujus Constit. D. Marci. Sunt igitur duo casus per-

similes. Nec obstat quicquam his, quæ proponuntur in §. *ult. et d. l. Pamphilo*, lex *generali, in princ. de usuf. leg.* Testator liberto legavit usumfruct. fundi, et adjecit: *puto si non contenderis cum hærede meo, sed potius concordaveris, etiam proprietatem fundi te consecuturum.* Et hoc etiam fecerit hæres et curaverit, ut cum liberto non contenderet. Quæritur, *an vivente hærede libertus possit petere proprietatem fundi ex causa fideicommissi?* Et respondet, non esse fideicommissum: verba illa non inducere fideicommissum. Respondeo, in hoc §. *ult.* dixit, *non dubito*, quod est scio: in *l. Pamphilo*, dixit, *scio* at in *d. l generali*, dixit *puto*, quod verbum est opinantis. Scientia testatoris fideicommissum facit, vel quasi fideicommissum ex interpretatione voluntatis. Opinio fideimissum non facit: cum dicimus: *puto*, non quasi certi dicimus ita ut sentientes, sed quasi existimantes, ut Plut. in Demonst. ait, Demosthenem dicere solitum, νομίζω οὐ πέπεισμαι: et *Augustinus* 1. *retractationum*, excusat se quod aliquid non confirmaverit, sed putare se dixerit, *scio et non dubito etc.* scientiam exprimit, ut *l. et eo modo de leg.* 2. quomodo Philostratus scripsit Apollonium semper locutum, et nimium verecunde usum his verbis, τό οἶδα, et το δοκεῖ μοὶ, et τὸ χρὴ εἰδέναι: et in vitis sophistarum eosdem sophistas his verbis arroganter semper usos, λέγω καὶ γινώσκω πάλαι, id est, *jampridem scio*, non verecunde, puto, quod nostri auctores nunquam faciunt. Nec obstat *l. testatores*, §. 1. *tit. seq.* sic dixit testator villicis suis: *curate agros attendere*, ut scilicet rustici agros colant, *et ita fiet ut filius meus filios vestros vobis condonet:* an filiis ejus videtur relicta libertas per fideicommissum? Minime: quia hæc verba consilium dant potius, quam fideicommissum indicunt: *ut agris attendant diligenter, ita fore, ut filii eorum eis condonentur.* Consilium est, non fideicommissum. Consilium non obligat, *l. cum pater*, §. *mando*, *hoc tit.* nisi aliud suadet conjectura voluntatis, ut in *l.* 11. §. *hæc verba*, *tit. seq.* ut in obligationibus quoque, quæ sunt ex contractu, consilii nulla est obligatio, *l.* 2. §. *ult. mand. l. consilii*, *de reg. jur.* non in obligationibus, quæ ex maleficiis nascuntur: nam consilium potest esse maleficium, non potest esse contractus, vel legatum, vel fideicomsum. Ac postremo obstat *l. pater*, §. *ult. tit. seq.* mater prædia legavit filiis, et adjecit, ut ea conservarent successioni suæ, non abalienarent, et ut ea de re invicem sibi caverent per stipulationem, et restipulationem. Quæritur, *an sit fideicommissum?* Resp. non esse, quod mirum, sed nihil est facilius: voluit testator eos obligari ex cautione, non ex fideicommisso, ut in *l. Balista, ad Trebell.* et ob id non est fideicommissum.

Ad L. Peto LXIX. de Leg. 2.

Peto Luci Titi, contentus sis centum aureis: fideicommissum valere placuit, idque rescriptum est. Quid ergo, si cum hæredem ex parte instituisset, ita locutus est? peto pro parte tua Luci Titi contentus sis centum aureis: petere poterunt cohæredes partem hæreditatis, retinente, sive præcipiente, quo contentum esse voluit defunctus. Sine dubio facilius est hoc probare, quam probare potuit illud: cum ibi fideicommissum petatur ab his quibus testator non est locutus. Idem dicemus, si cum ex asse scripsisset hæredem, ejus gratia, qui legitimus hæres futurus esset, ita loquatur: peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, quæ ad fratrem meum jure legitimo rediret, contentus sit centum aureis.

Fideicommissorum verba sunt preces in eum collatæ, a quo fideicommissum relinquitur. Fideicommissoris verba diriguntur ad eum, qui fideicommissis oneratur, sermo habetur cum eo, non cum alio, et ita jure civili fideicommissum relinqui oportet: sed ex constit. principum, utile est fideicommissum, etiamsi quis non loquatur cum eo, a quo fideicommissum præstari vult, sed cum eo, cui reliquit fideicommissum, veluti, *peto Cai Sei, ut contentus sis illa re.* Hic sermo non dirigitur ad hæredem, sed ad fideicommissarium solum, ut hoc loco, *et l. cum quis*, §. *nuptura, inf. t. seq.* vel etiam ita, *sufficiat tibi ea res*, *l.* 11. §. *si quis ita l. seq.* vel ita: *volo tibi illam rem dari.* apud Paul. 4. Sent. *tit.* 1. vel ita: *rogo te, ut acceptis centum servum tuum manumittas.* His verbis hæres etiam videtur esse rogatus, licet non sit rogatus, ut ei det centum, *l. si servus legatus*, §. *pen. de leg.* 1. *et d. l.* 11. §. *cum esset*, *tit. seq.* vel etiam hoc modo: *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos* ut in specie *l. miles*, *hoc tit.* in qua miles ita proponitur epistolam scripsisse ad sororem suam, *scire te volo, donare me tibi aureos octingentos.* Sed idem sequendum in epistola pagani: sive is eam epistolam scripserit miles, sive paganus, fideicommissum facit, et *si defunctus*, sic est legendum in *d. l. miles*, cum eo loquatur, qui precario remuneratur, non cum hærede, qui oneratur eo fideicommisso: verbum *dono* in ea specie habetur pro precario: est sane directum, sicut verbum do, *l. Aurelius*, *l. Titius Sejo, de lib. leg. l. quæsitum*, §. 1. *de leg.* 3. Sed ex voluntate defuncti verbum directum habetur pro precario, sicut sæpissime directa institutio et substitutio, et liber-

tas ex sententia defuncti, vel ex privilegio quodam veluti militari, habetur pro fideicommissaria *l. precibus*, *C. de impub. et al. substit. l. Scævola, ad Trebellian. inf. l. generaliter, l. si servo, de fideic. libert. inf.* Ideo autem in *d. l. miles*, verbum *dono* habetur pro precario, quia scriptum est in epistola fideicommissaria, in qua nihil directo scriptum valet: sic vocatur in *l. cum quis*, §. *pater tit. seq.* quæ est imitatio codicillorum, *l. un.* §. *sancimus, C. de lat. lib. toll.* vel est supplementum codicilli, *l. uxorem*, §. *codicillis, tit. seq.* Quid est epistola fideicommissaria? quam quis post mortem suam demum aperiri voluit, non se vivo. Non est igitur, ut quælibet alia epistola. Ergo verbum *dono*, quod est directum, scriptum in epistola fideicommissaria habetur precum loco, ne scilicet pereat voluntas defuncti, quam utique voluisse ei dari satis apparet ex verbo *dono*. Et differentia est inter *relinquo* et *dono*, quia *relinquo*, sive *derelinquo*, etiamsi relinquo certæ personæ, non continuo ejus dominium in eum transire volo, quod est evidentissimum. Quid si relinquo in causa depositi? Quid si *derelinquo* potius, quam *relinquo*, quod sperno? Quod autem dono testamento vel codicillis, ut epistola fideicommissaria, vel alio justo instrumento mortis causa, vel inter vivos sane in alium transferre volo. Relinquo plerumque invitus, puta moriens, intestatus maxime: *do sive dono mea sponte* et rectissime Eustat. ῥαψοδ. *Hom.* relinquere esse necessitatis, dare benevolentiæ, et munificentiæ: relinquo non est verbum liberalitatis: legatum est liberalitatis, fideicommissum est liberalitatis: ergo ex solo verbo relinquo, non ducitur idoneum argumentum legati vel fideicommissi. Ex verbo *dono* ducitur argumentum alterius, ex ipso verbo argumentum legati, quia directum est verbum: ex mente defuncti potius, quam verbo argumentum fideicommissi. Verum quod ad rem principalem attinet, constat jam satis ex supradictis locis, utile esse fideicommissum, etiamsi quis non cum eo loquatur, quem onerat, sed cum eo tantum, quem honorat fideicommisso. Plus dico, utile fideicommissum esse, etiamsi quis neque cum hoc, neque cum illo loquatur, sed cum extraneo quodam, ut in specie *l. cum pater*, §. *donationis, de legat.* 2. quæ talis est: mater epistolam ad filium scripsit, nec misit tamen: fuit enim epistola fideicommissaria, quæ non mittitur ad eum ad quem scripta est sicut quælibet alia epistola, nec ei traditur legenda, nisi post mortem scriptoris. Igitur scripsit quandam epistolam ad filium, sed eam non misit ad filium, sed nesciente filio eam sacro commendavit, et deposuit eam apud æditumm, vel pontificem. Ea vero epistola mater filio donabat prædia quædam, *donandi* verbum est directum, non precarium, sed ex voluntate defuncti trahi potest ad fideicommissum, etiamsi in epistola nullum sit aliud verbum precarium, ut in specie *d.* §. *donationis* postea mater ad æditumm scripserit literas tales, *Si instrumentum, quod apud te deposui post mortem meam filio tradi volo:* Donatio prædiorum habebitur pro fideicommisso, nec quicquam refert, quod mater precariam suam voluntatem declaraverit literis ad æditumm scriptis, cum de eo constet, in quem voluntatem suam contulit. Et eleganter in *d.* §. *donationis*, non oportere quæri cum quo quis loquatur de supremis suis, id est, de suprema sua voluntate, sed in quem voluntatis intentio dirigatur. Igitur eo casu filius fideicommissum petet ab hæredibus institutis testamento matris, licet neque cum eis, neque cum filio locuta sit, sed cum extraneo, hoc est, cum æditno. Et ait in illo §. *cum pluribus hæredibus intestato diem suum obiisset.* Certum est esse scribendum, *cum pluribus hæredibus institutis diem suum objisset.* Nam ab intestato filius ipse matri hæres extitisset ex Senatusconsulto Orfit. Eadem vero ratio est in specie *l. cum quis*, §. *Sejum, tit. seq.* Species hæc est: Sejum et Mævium libertos suos hæredes scripsit, et Mævio substituit Sempronium. Deinde codicillos scripsit ad Sejum, non ad Mævium cohæredem, et in eis ita cavit: *Mævium quem testamento pro parte dimidia hæredem institui eam partem accipere veto*, cujus in loco, *Sempronium hæredem esse volo:* et ei Mævio legavi (*ut ponit*) vini vetusti lagenas aliquot: hæc verba, *quibus vetuit Mævius accipere partem hæreditatis ei testamento adscriptæ, et in ejus locum Sempronium vocavit*, accipiuntur pro fideicommisso, et Sempronius fideicommissum petet a Mævio, non a Sejo: licet codicilli non sint scripti ad Mævium, neque ad Sempronium. Denique neque sunt scripti ad eum, qui fideicommissum debet, neque ad eum, cui debetur. Et placet tamen consistere fideicommissum: denique nihil refert, ad quem scribantur, satis esse intelligere quid voluerit, qui codicillos fecit, nihil referre ad quem, sed cujus gratia, sicut nihil refert, ut Senec. 5. *de benefic. ait.* cui des beneficium, sed cujus gratia: si filio dedisti alieno patris gratia et honore, sive affectione, non filius accepit beneficium, sed pater in cujus honorem id dedisti filio: mens enim semper spectanda est dantis. Summa igitur hæc sit conclusio, fideicommissum consistere et valere etiamsi quis non alloquatur eum, a quo præstari vult fideicommissum, sed cum eo, cui præstari vult: imo etsi cum neutro loquatur, sed cum extraneo quodam inde colligit Papin. eleganter hoc loco, multo magis valere fideicommissum, si quis cum

eo loquatur, a quo fideicommissum relinquitur, etiamsi palam non edicat, cui, vel quibus relinquat, ut si Titium ex parte hæredem instituit, et deinde cum eo ita locutus sit, *peto, ut pro parte tua contentus sit centum aureis*, non adscripta ea parte alii nominatim. Ex his verbis fideicommissi petitio est cohæredibus Titii, quia videtur rogatus partem suam restituere cohæredibus, retentis aureis centum, quos imputabit in Falcidiam, et si quid deest Falcidiæ, in supplementum deducet, retinebit sive præcipiet, quia contentum esse eum defunctus voluit. Differentia est inter *retinere* et *præcipere*, *l. in quartam*, *ad leg. Falcid.* Retentio est facti, præceptio fit beneficio actionis: sed sive retinere, sive præcipere jussus sit pecuniam solidam, imputat in Falcidiam, quia eam videtur sumere ex sua parte *l. cum pater*, *in princ. hoc tit.* Idem dicitur in specie *l. Paul.* 27. §. 1. *tit. seq.* ad quam facit etiam *l.* 2. *C. de cod.* Filium et filiam hæredes scripsit: deinde ita cavit: *filia pro omni hæreditate contenta est illo prædio:* videtur filia rogata restituere suam portionem fratri suo. Et idem omnino erit, si quis hæredem scripserit ex asse, ut Papinian. hoc loco, et deinde cum eo ita loquatur, *peto pro hæreditate, quam tibi reliqui, etc.* Nam his verbis hæres institutus ex asse, videtur rogatus, ut fratri legitimo hæredi testatoris hæreditatem restituat retentis centum aureis. Et recte ait, *quæ ad fratrem jure legitimo rediret:* nam proprie legitima hæreditas *redire* dicitur, quia ad eandem familiam recurrit. Et assentior Placentino, qui in *l. quoties* 73. *de reg. juris:* ita legendum putat, *quo hæreditas redit*, ab intestato scilicet *eo tutela pervenit*. Hæc sunt quæ continentur in 1. quæst. *hujus l.* quibus duo objicit Accurs. Primum, *l. filiumf.* §. *Divi*, *de legat.* 1. Ex quibus hoc eruimus, nudum præceptum nullius esse momenti: exempli gratia, vetuit, *ne fundus alienaretur*, et nihil præterea adjecit: nudum est præceptum, quod obligationem nullam parit, quando quidem non dixit, cujus gratia id præciperet: sicut si dixerit, *veto fundum alienari extra familiam*, non est nudum præceptum, quia fit familiæ suæ gratia: cui etiam eo nomine competit fideicommissi persecutio fundum alienato, et collato in exterum. Alias nudum præceptum nullius est momenti. In hac specie videtur esse nudum præceptum, *peto contentus sis:* nudum præceptum nullius est momenti, si non appareat, cujus gratia præceperit: sed in specie proposita apparet, eum præcepisse gratia alterius, cujus gratia preceperit, ut contentus esset tot aureis. Deinde objicitur *l. cum pater*, *hoc tit.* §. *pater*, *qui filio.* Filium pater hæredem scripsit ex semisse, filias duas ex quadrante: deinde ita cavit: *fili pro tuo semisse contentus esto ducentis aureis*, *et vos filiæ pro quadrantibus vestris contentæ estote centenis:* usus est hisce verbis, quæ proponuntur in hac *l.* Et tamen ait, non videri relinqui mutuum fideicommiss. inter fratres. Sed ratio est evidens: non posse induci fideicommissum, quia etsi induceretur, inutile esset: nam si esset mutuum fideicommissum, quantum daret filius sororibus, tantum acciperet a sororibus, mutuatim, et e converso. Igitur non voluit testator mutuum fideicommissum facere, sed magis, ut solent frugi patrisfamil. voluit æstimationem sui patrimoni facere, et æstimare semissem filii ducentis, quadrantem filiarum centenis, quæ tamen æstimatio nunquam propellet veritatem: hoc est, si quis ita æstimaverit portiones ascriptas, ea æstimatio nihil officit veritati, *l. is*, §. *ult. ad leg. Falcid. l. si fundus*, §. *si libertus*, *de leg.* 1. *et l.* 1. *C. arbit. tut.* Atque ita nihil omnino obstant illæ duæ leges.

Ad §. *Prædium I.*

Prædium, quod nomine familiæ relinquitur, si non voluntaria facta sit alienatio, sed bona hæredis veneant, tamdiu emptor retinere debet, quamdiu debitor haberet bonis non venditis post mortem ejus non habiturus, quod exter hæres præstare cogeretur.

Hujus §. species hæc est: quidam unum ex familia sua hæredem scripsit, et prædium nomine familiæ reliquit. Sic rectissime legit Haloander in §. 1. *hujus l. prædium quod nomine familiæ relinquitur*, hoc est, quod relinquitur his, qui sunt ex nomine, gente, et familia eadem. Sed quod ad juris effectum attinet, exponamus, quid sit prædium nomine familiæ relinquere. An relinquitur pure, ut adita hæreditate, mox præsenti die peti possit? minime: qui enim sibi hæredem instituit unum ex familia sua, et ab eo nomine familiæ predium reliquit, sane hoc vult, ut unus hæres, qui est ex familia, eo prædio fruatur, moriens id familiæ relinquat, ut interim prædium extraneo non alienet, sed familiæ conservet: hæc est vis et potestas hujus sive legati, sive fideicomm. Hoc casu si vivus hæres prædium extero vendiderit sua sponte, statim ceteris, qui sunt ex familia, competit fideicommissi petitio, perinde ac si moriens id reliquisset extero, *l. cum pater* §. *libertis*, *hoc tit.* Nam etsi familiæ fideicommissum, quod relictum est videatur collatum in tempus mortis hæredis, ut scilicet ab eo prædium transeat ad ceteros, qui sunt ejusdem nominis et familiæ, tamen si is vivus discesserit a præcepto defuncti, si maturaverit præ-

dium alienare, fideicommissarii, qui sunt ex eadem familia quodammodo, petent præmature fideicommissum. Denique, si is hæres vivus sua sponte alienaverit, statim competit ceteris petitio fideicommissi. Quæritur in hoc §. quid sit dicendum, *si alienatio sit necessaria, non voluntaria*, id est, si is hæres alienavit coactus. Finge, hæredis bona venierunt sub hasta ex edicto prætoris urgentibus creditoribus hæredis, et inter ea bona etiam prædium legatarii: *an familiæ competit fideicommissi persecutio, quod extero sit alienatus fundus?* Differentia est constituenda hac in re inter creditores testatoris, et creditores hæredis: prohibitio illa, ne prædium hæres extero alienet, non potest esse fraudi creditoribus testatoris, *l. filiusfamil.* §. *Divi*, *de legat.* 1. Nam et legata sive fideicommissa non debentur, nisi deducto ære alieno, *l.* 1. §. *denique ad Trebell.* Et ideo si propter creditores testatoris, hæredis bona venierunt, et inter illa bona illud prædium, de quo agitur secundum id, quod receptum est, hæredem, qui inventarium non fecit teneri creditoribus ultra vires, *l. quæ dotis*, *sol. matrim.* Et hoc est, quod dicitur, *quamlibet hæreditatem esse solvendo*, hoc est, modo habeat hæredem, qui sit solvendo: locupletem esse omnem hæreditatem, quæ habet locupletem hæredem, *l. libert. de bon. libert.* Si igitur propter creditores testatoris bona omnia hæredis venierunt, jure pignoris alienatio tenet, nec potest infringi ex causa fideicommissi, *l. qui solidum*, §. *ult. de leg.* 2. *et d.* §. *Divi.* Hoc enim casu familiæ nunquam competet fidejcommissi persecutio, et rata erit perpetuo jure alienatio prædii etiamsi sit collata in exterum, quia facta est propter testatorem ipsum, quem absolvi æquius est, quam fideicommissum præstari. Quid vero si hæres prædium illud ultro vendiderit, creditorum testatoris dimittendorum gratia videlicet, cum non esset aliud in hæreditate, unde debita commodius exsolvi posset? Rata alienatio est *l. pater in princ. tit. seq.* Et hæc de creditoribus testatoris. Quid si creditores hæredis bona hæredis vendiderunt, et in his etiam prædium illud, de quo agitur, quod est obnoxium fideicommisso relicto nomine familiæ? Sane interim vivo hærede alienatio tenet, quia et bonis non venditis, ipse quandiu vixisset, precium tenuisset solus: sed sicut bonis non venditis, mortuo eo hærede, extraneo hærede relicto, familiæ persecutio competit, ita bonis venditis mors ejus expectabitur, et post mortem ejus demum familiæ fideicommissi persecutio competet. Denique competet aliquando, quia alienatio prædii facta est, non propter testatorem, sed propter hæredem: si facta esset propter testatorem, nunquam familiæ fideicommissi persecutio esset. Et est. *h.* §. similis casus *l. Statius*, §. *Cornelio Felici*, *de jure fisc.* qui locus solet frequenter adduci in medium, tum in schola, tum in foro: hæres rogatus est post mortem suam hæreditatem restituere, post hæres exstitit, ac deinde ob delictum aliquod deportatus est, et bona ejus confiscata sunt: hæreditas, quam acceperat a testatore confiscata est, an fideicommissario competit statim fideicommissi persecutio? minime: quamdiu scilicet vivit hæres deportatus, interim fiscus tenebit hæreditatem, post mortem deportati, erit fideicommissi persecuttio: vel si fideicommissarius præmoriatur, hoc est, si ante deportatum moriatur, sane ea bona perpetuo jure manebunt apud fiscum. Et sic etiam in specie hujus §. apud emptorem perpetuo jure manebit predium, si ceteri, qui sunt ex familia, moriantur ante hæredem scriptum, quod notandum. Nam solet hic §. coaptari cum *d.* §. *Cornelio*, sed vix unus cum alio congruit magis. Notanda est differentia inter hæredem extraneum scriptum a priori hærede, onerato fideicommisso conservandi prædium familiæ prioris testatoris, et unum ex familia bonis quidem venditis propter creditores hæredis. Extraneo mortuo hærede familiæ fideicommissi persecutio competit, sive extraneum, sive sibi hæredem scripserit unum ex ea familia. Ergo si propter creditores hæredis bona venierunt, mortuo eo familiæ fideicommissi persecutio competit, sive extraneum hæredem scripserit, sive unum ex familia admissa compensatione virilis portionis, quæ uni competit, ut diximus in *l. unum ex familia*, §. *substit. sup.* Bonis non venditis est differentia: nam si hæres prior extraneum sibi hæredem scripserit, familiæ competit fideicommissi persecutio: si unum ex familia, cetera familia excluditur.

Ad §. *Mater III.*

Mater filio impubere hærede instituto, tutorem eidem adscripsit, ejusque fidei commisit, ut si filius suus intra 14. *annos decesserit, restitueret hæreditatem Sempronio: non ideo minus fideicommissum recte datum intelligi debet, quia tutorem dare mater non potuit: nam etsi pater non jure facto testamento tutoris fidei commiserit, æque præstabitur, quemadmodum si jure testamentum factum fuisset. Sufficit enim, ut ab impubere datum fideicommissum videatur, ab eo dari, quem is, qui dabat, tutorem dederat, vel etiam tutorem fore arbitrabatur. Idem in curatore impuberis, vel minoris annis debet probari. Nec interest tutor recte datus vivo patre moriatur, vel aliquo privilegio excusetur, vel tutor*

esse non possit propter ætatem, cui tutor fuerat datus, quibus certe casibus fideicommissum non intercidit, quod a pupillo datum videtur. Hac denique ratione placuit, a tutore, qui nihil accepit, fideicommissum pupillo relinqui non posse: quoniam quod ab eo relinquitur extero, non ipsius proprio, sed pupilli jure debeatur.

Quod attinet ad hunc §. sciendum est: matrem non posse filio impuberi testamento tutorem dare, quia non habet filium in potestate, qua ratione etiam pater filio emancipato tutorem non dat. Tutoris datio pars est patriæ potestatis, sicut pupillaris substitutio. Sed hac in re est differentia inter patrem et matrem. Tutor datus a matre, non est quidem jure datus, sed confirmatur decreto prætoris vel præsidis, et confirmatur ex inquisitione, causa cognita, habita inquisitione morum, vitæ et facultatum ejus. Ac rursus ita demum confirmatur, si datus sit a matre pupillo hæredi instituto, *l. pater, sup. de test. tut.* Nam si datur a matre præterito seu exhæredato, plane inutiliter datus est, quia is nunquam confirmabitur. Et ut jampridem ostendi in *l. 4. C. de test. tu.* lex ait initio, matrem filiis tutorem dare non posse, et subjicitur exceptio, nisi eos hæredes instituerit: unde sequi qui debet affirmare, non negare, quod si eos hæredes instituerit, solet ex voluntate defunctæ tutor eis datus confirmari: nec enim confirmatur tutor a matre datus, nisi sit datus hæredi instituto: datus autem a patre, etiamsi datus sit exhæredato, confirmatur, et quidem sine inquisitione, et non exacta satisdatione rem pupilli salvam fore, *l. 1. de confir. tu. inf.* a patre datur tutor personæ, a matre rei potius, quam personæ, id est, rei materuæ, quasi judicium personæ minus conveniat matri, quam patri: et judicium viri facilius confirmatur, quam judicium mulieris, judicium patris confirmatur sine inquisitione, judicium matris non nisi ex inquisitione, *l. ult. qui pet. tu.* Et hæc ratio differentiæ inter patrem et matrem. Item sciendum est, quod præcipue continetur in §. *matre hac l.* a tutore dato pupillo hæredi instituto fideicommissum relinqui posse etiamsi tutor nihil ex testamento capiat, *l. eum, C. de fideicomm.* quæ repetita est ex *l. 5. C. de reb. cred.* Hoc ideo, quia a pupillo videtur relinqui: cur fideicommissum relinquit alter qui nihil fert? quia videtur relinqui a pupillo, valet fideicommissum, non tutoris proprio nomine, sed pupilli. Pono pupillum fuisse hæredem institutum: nam ab exhæredato non posset fideicommissum relinqui: cui nihil damus, eum rogando obligare non possumus. Ergo ab exhæredato, nisi legatum aut fideicommissum ei reliquimus fideicommissum frustra relinquimus: et consequenter a tutore, vel substituto ejus: nam quod a tutore relinquitur, a pupillo relinqui videtur. Cur vis hoc statuamus relictum a tutore relinqui videri a pupillo? quia tutor pupilli loco habetur. Plerunque tutor est loco domini, *l. tutor qui tutelam, de admin. tutor. l. qui fundum, §. si tutor. pro empt.* Quid vero est hoc tutorem esse loco domini? an tutorem quasi dominum esse pupilli, sicut tutela dicitur esse vis et potestas in pupillum? minime. Tutor est loco domini, hoc est loco pupilli: tutor et pupillus unum est, et ambo quasi unus: et ideo tutor potest manumittere servum pupilli consentiente pupillo, nisi sit actor rerum omnium pupilli, ut constat ex sententia quadam Adriani Imp. relata inter ejus ἀποφάσεις. Item cautum est l. Attinia, ut res furtiva non possit usucapi, nisi redierit in potestatem domini: id ita accipimus, ut suffecerit eam rediisse in potestatem tutoris, quia est loco domini, *l. sequitur, §. si pupillo, de usucap.* Servus non torquetur in dominum, ita est: ergo nec in tutorem debet, *l. 2. C. de quæst.* Eademque ratione tutor non satisdat de rato, vel judicatum solvi, *§. tutoris, Institut. de satisdat. tutor.* quia nec dominus satisdaret, et loco possessoris dicitur esse tutor possidente pupillo, *l. penul. qui satisdar. cogant.* Denique tutor est loco domini, id est, pupilli sui: et consequenter, quod a tutore relinquitur, a pupillo relinqui videtur. Utile ergo fideicommissum est, etiamsi tutor nihil capiat ex testamento, modo pupillus capiat: et quod plus est, nihil refert, jure datus sit tutor, an non: nam etiamsi sit datus minus solemni testamento, fideicommissum ab eo relictum debetur, si modo, ut Rogerius supplet recte, testamento sit adscripta clausula codicillaris: alioqui non valeret fideicommissum a tutore relictum injusto testamento, hoc est minus solemni: non etiam refert eo testamento relictus tutor confirmatus sit, nec ne: nam etiamsi non sit confirmatus, fideicommissum ab eo relictum pupillus debet, ut etsi tutor non fuerit, id debeat pupillus, ut si mortuus sit vivo patre, quod osstenditur in hoc §. vel etiamsi datus sit, vel per errorem puberi. Idem quoque dicitur, si tutor se excusaverit, si tutor fuerit nomine, non re: nam fideicommissum ab eo relictum pupillus præstabit, quasi a se relictum. Eadem est ratio curatoris: nam et curator est loco domini. Finge curatorem datum testamento impuberi, vel minori 25. annis: inutilis est datio, quia curator testamento non datur, tutor datur testamento, sed non curator: neque alia est ratio differentiæ, quam quod tutoris datio est legis: et ejus cui lex dedit nominatim, et quemadmodum dedit. Lex, quæ dedit jus patri dandi tutoris, non dedit etiam jus dandi curatoris in testamento: lex loquitur tantum de tutela. Ergo cu-

ra non potest deferri testamento impuberis aut adolescentis. Eadem est ratio, cur ventri detur curator, non tutor, *l. ventri, de tut. et curat. dat.* Et quia de curatore dando edicto comprehensum est, non de tutore: ergo quamvis curator non jure detur testamento, non tamen ideo erit inutile fideicommissum a curatore relictum, quia ab eo relictum videtur, cujus curatio ei deferebatur. Et pari ratione, si a tutore, qui nihil capit ex testamento, fideicommissum relinquitur, pupillo non exstante, inutile est fideicommissum, quia hæredi a semetipso relictum videtur. Et hoc est quod continetur in §. *matre.* Sequitur §. *fratre*, *leg. peto.*

Ad §. Fratre.

Fratre hærede instituto, petit ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur: si non paruerit hæres voluntati, sed demum alienaverit, vel extero hærede instituto decesserit, omnes fideicommissum petent, qui in familia fuerunt. Quid ergo: si non sint ejusdem gradus? ita res temperari debet, ut proximus quisque primo loco videatur invitatus. Nec tamen ideo sequentium causa propter superiores in posterum lædi debet: sed ita proximus quisque admittendus est, si paratus sit cavere, se familiæ domum restituturum. Quod si cautio non fuerit ab eo, qui primo loco admissus est, desiderata, nulla quidem eo nomine nascitur condictio: sed si domus ad exterum quandoque pervenerit, fideicommissi petitio familiæ competit. Cautionem autem ratione doli mali exceptionis puto juste desiderari, quamvis nemo alius ulterior ex familia supersit.

Explicatio §. *fratre*, si prius admonuero in pr. hujus l. subjici statim debuisse §. matrem, quia ipso etiam ostenditur, utile fideicommissum esse, etiamsi cum eo tum loquatur, cui fideicommissum relinquitur, non cum hærede, qui fideicommisso oneratur. Et multo magis, si quis cum hærede loquatur, tametsi non dicat palam, cui fideicommissum præstari velit, modo intelligatur, cujus gratia eum habuerit cum hærede sermonem. Et quod his erat consequens, additur in §. *matre*, utile etiam esse fideicommissum, si quis non cum hærede loquatur, a quo fideicommissum præstari voluit, sed cum alio, puta cum tutore ejus, aut curatore. Denique continuata serie, conjuncta scriptura poni debuisse, §. *fratre* cum §. *prædium*, quoniam uterque est de fundo relicto familiæ per fideicommissum, et instituto hærede uno ex familia, hujus fideicommissi petitio est post mortem hæredis, si moriatur fundo extraneo relicto: imo et si unus fundum extraneo alienaverit sua sponte, et si vivus voluntariam fundi alienationem fecerit extraneo, fideicommissi petitio est statim, id quod est in §. *fratre*, apertissime: nec quicquam prodest ad impediendam petitionem fideicommissi, si fundum redemerit, aut quod fundum redimere possit, antequam moriatur, statim extitit fideicommissi conditio fundo vendito extero, et conditio, quæ semel extitit, non resumitur. Et hoc dixi, si voluntaria fuerit alienatio. Quod si necessaria fuerit, puta creditoribus ex edicto possidentibus bona, et distrahentibus, aut facta est propter creditores testatoris, aut propter creditores hæredis. Si propter creditores testatoris, extinguitur fideicommissum, quia testator, qui prohibuit fundi alienationem extra familiam, non videtur sensisse de hujusmodi causa alienationis, cujus ipse causa est ob magnitudinem æris alieni. Si propter creditores hæredis facta sit alienatio, intelleximus ex §. *prædium*, non statim fideicommissi petitionem esse, licet fundus sit venditus extero, sed post mortem hæredis demum, et tandiu scilicet apud emptorem manere, quandiu maneret apud hæredem, si creditores ejus non distraxissent bona, et inter ea bona etiam fundum illum. Quod idem fere de fideicomm. libertate scripsit Papin. eodem lib. *l. rogo inf. de fid. lib.* quæ conjungenda est cum *d.* §. *prædium* et cum §. *ult.* qui ei debuit esse proximus. Est lex *rogo* ex *eod. lib.* et idem fere ponit in fideicommissaria libertate quod §. *prædium* in fideicommisso pecuniario. Species est: testator ita dixit: *rogo te hæres mi*, *ne servus ille alterius servitutem experiatur*, id est ne alterius dominio subjiciatur, quam tuo, ne alienam servitutem patiatur: his verbis videtur servo data fideicommissaria libertas sub conditione, *si hæres eum alienaverit*: voluit enim servum hæredi quidem servire, quandiu is viveret, sed non alii: nihil est magis contrarium servituti, quam libertas. Qui ergo dicit, ne servitutem patiatur alterius, sane hoc dicit, ut liber fiat, vel post mortem hæredis: imo et si vivus hæres eum servum vendiderit, servus confestim petere potest libertatem, quasi existente conditione, nec prodest ad impediendam libertatis petitionem, si hæres eum redemerit, quia ut ante dixi semel extitit conditio libertatis, *l. quidam de fideicom. liber.* Et hoc si eum vendiderit sua sponte. Quod si necessaria fuerit venditio, similiter distinguamus: aut facta est propter creditores testatoris, aut propter creditores hæredis. Si propter creditores testatoris, libertas peti non potest: imo nunquam petitur, et *l. cum fidei hæredum cod. tit. de fid. lib.* dum ait, *nondum libertatem peti posse*, dum vacat, ut illo loco Virgil. *at Phœbi nondum patiens immanis in antro* id est Phœbi non patiens. Quid si propter credi-

tores hæredis servus ille venditus sit, atque ita subierit alienam servitutem? Et placet, hoc casu statim libertatem peti posse, non expectata morte hæredis, *d. l. rogo*, quæ ad differentiam *l. cum fidei*, est accipienda de venditione necessaria, facta propter creditores hæredis, non propter creditores testatoris. Et ut indicat Papin. in *d. l. rogo*, statim libertas peti potest, quia nihil refert, qua ratione impleatur conditio libertatis fideicommissariæ. Nam libertas fideicommissaria est quasi statulibertas: non est proprie statulibertas, quia relinquitur directo, non precario. Et hoc distat *titulus de fid. libert. a tit. de statulib.* Sed tamen fideicommissaria libertas dicitur esse quasi statulibertas, et is, qui per fideicommissum libertatem accepit, accepit quasi statuliber, *l. non tantum*, §. *cui fideicommissum, de fideicom. libert.* Nihil autem refert, qua ratione existat conditio statulibertatis: nam libertas competit quoquomodo existat, sive facto servi, sive facto alterius, sive alio modo: libertas competit: ergo idem sequimur et probamus in statulibertate. Est igitur hac in re differentia inter fideicommissariam libertatem, et fideicommissum pecuniarium. Nam ut rem explanemus apertius, si propter creditores hæredis bona hæredis venierunt, et in his fundus familiæ relictus, non potest fideicommissum peti, nisi post mortem hæredis, ut in §. *prædium*, mortuo hærede extraneus emptor cogitur reddere fundum, quem et extraneus hæres reddere cogeretur bonis non venditis a creditoribus hæredis: et uno tantum casu fundus apud emptorem extraneum perpetuo jure manebit, puta, si debitor, hoc est hæres, cujus creditores bona vendiderunt supervixerit ceteris omnibus, qui ex familia erant, *arg. l. Statius*, §. *ult. de jure fisci*. Quod si propter creditores hæredis bona venierunt, et in his servus ille, cui relicta est fideicommissaria libertas sub prædicta conditione, statim servus experiri, et petere libertatem potest, ut in *d. l. rogo*. Libertas quodammodo repræsentatur ante mortem hæredis: sane facilius et properantius præstatur, quam fideicommissum pecuniarium, quacunque ratione sufficit impleri conditionem libertatis, non etiam conditionem fideicommissi pecuniarii: nec enim intelligitur perfecte impleta, nisi alienatio fundi facta extero fuerit voluntaria. Hæc est sententia *d. l. rogo*, in §. *frater*, agitur de eodem fideicommisso. Sunt nonnulli errores in eo §. qui breviter a me perstringentur. Quidam fratrem hæredem instituit, unum igitur ex familia sua, et eum rogavit, ne *domum quandam alienaret extra familiam*, quæ prohibitiones hodie sæpissime scribuntur, testamentis præcipue nobilium, *sed ut eam conservaret in familia*, hæres non paruit voluntati, forte quia moriens reliquit hæredem extraneum, ad quem domus transiit cum bonorum universitate: filiæ competit fideicommissi petitio, hoc est petitio domus ex causa fideicommissi: nam prohibita alienatione, videtur prohibita hæredis institutio: nisi dixerit, ne alienetur extero, *quoad vives*, *ut l. cum pater*, §. *fundum, de leg.* 3. Sed si dixerit generaliter, *ne alienes*, neque vivus, neque moriens alienare extero domum potest: competit igitur etiam fideicommissi petitio, si vivus extero domum vendiderit: nam statim fideicommissi petitio familiæ competit. Quid est familiæ? hoc est, omnibus, qui sunt ex ea familia, gradatim tamen si plures sint, non ejusdem gradus, ne per minusculas partes fideicommissum inutile fiat, *l.* 32. §. *ult. de leg.* 2. Prima igitur erit causa proximorum, deinde sequentium: nec enim propter proximiores, qui priores admittuntur ad fideicommissum, causa sequentium in posterum læditur: imo qui priores admittuntur, cavere debent, se domum in familia relicturos, et cavere debent non servo publico, non filiis, ut Glossa ait, sed hæredi, vel hæredi hæredis ut in *l. unum ex familia*, §. *sed etsi fundus, sup.* quia et hæredis interest fundum servari in familia, propterea quod domo in extraneum collata, ceteri ab eo fideicommissum petere possunt et etiamsi non interesset, interesse credendum esset hæredis, ut satisfaceret voluntati defuncti, *l.* 19. *tit. seq. de leg.* 3. Exigitur autem cautio opposita exceptione doli mali adversus petitorem fideicommissi, ut et in aliis casibus, *l. eas causas, de condit. et demonstr. l. cum in testamento, de fideicom. libert.* Nam petenti fideicommissum, proximiori puta, hæres opponet exceptionem doli mali, hæc dicens: *dolo facis qui petis fideicommissum, non oblata cautione semper servandæ domus in familia*, atque etiam remedio exceptionis hujus, non aliter præstabit fideicommissum quam scilicet ei ea de re cautum fuerit. Et quod est notandum maxime, ea cautio exigitur, etiamsi is, qui fideicommissum petit solus ex familia supersit, quod prima fronte videtur deridiculum: nam cum solus ipse sit ex familia, frustra videtur cavere, se domum in familia relicturum, quando quidem ipse finis est familiæ: imo vero non est supervacua cautio, quoniam alii agnasci possunt, vel ex ipso, qui fideicommissum petit. Et ita etiam proponitur in hoc §. *ult.* Nam valde notandum hoc est, hoc fideicommissum familiæ relictum pertinere etiam ad eos, qui moriente testatore in rerum natura non fuerunt, nec enim idem est familia et cognatio: in hoc proposito, qui post mortem testatoris concepti sunt, ejus cognati non sunt, aut fuerunt *l. Titius, de suis et legit.* Familiæ tamen appellatione continentur, qui ex eadem stirpe prodeunt, et ita etiam,

quod tamen erat dubium magis, propter capitis deminutionem, fideicommissum pertinet ad eos, qui mortis testatoris tempore in familia fuerunt. Nam tempus mortis spectatur, non tempus testamenti, *d. l.* 52. §. *ult. hoc tit.* Et postea desierunt esse familiæ per emancipationem, quæ est capitis minutio. Nam et hi ad fideicommissum vocabuntur tanquam ex familia, *l. filiusfam.* §. *cum pater, de leg.* 1. In hoc igitur genere fideicommissi latius familiæ accipitur, quam agnationis, sive cognationis nomen. Postremo ad hæc quæritur in hoc §. *ult.* quid sit dicendum, si petenti proximiori fideicommissum, quod familiæ relictum est, puta existente conditione, hæres fideicommissum præstiterit, non exacta illa cautione, domum in familia relictum iri? quid si per errorem omiserit hæres illam cautionem? an competit condictio indebiti? Et Papinianus ait, nullam competere. Sed si domus quandoque ad exterum pervenerit, familiæ competere fideicommissi persecutionem in rem, hoc est, in quemlibet possessorem: nullam esse condictionem, incerti scilicet ut quidam interpretantur, id est, post solutionem fideicommissi, hæredem non posse condicere cautionem, quam omiserit per errorem. Cautio est res incerta, et obligatio. Condictio igitur, qua repetitur, est condictio incerti: vel etiam, non posse eum condicere possessionem, quæ est res incerta, quæ potuit retineri ratione exceptionis doli mali, quoad præstaretur illa cautio. Denique, ut illi volunt, non est condictio incerti, non est condictio possessionis. Hoc est iniquissimum, cum per errorem omiserit retentionem possessionis, exceptionem doli mali, cautionem, et videtur enim per errorem plus debito solvisse, qui cautionem non exegit, quia nulla cautione accipientem obligavit sibi in familiæ gratiam. Ergo sane competet condictio incerti, ut accidit sæpissime in aliis casibus, *l. qui exceptionem*, §. *si pars, de condict. indeb. l. hæres, ad Trebell. l.* 3. §. *ult. si cui plus, quam per leg. Falc. l.* 5. §. 1. *de usufr. earum rer.* Sed Papin. loquitur de condictione certi, dum ait, *nullam esse condictionem*, certi scilicet, id est non possum ipsam solutam condicere, quasi indebitam, quia cautionis præstandæ necessitas solutionem tantum moratur, non etiam indebitum facit, quod fuit debitum, ut idem Papinianus ait in *l. testamento, de dot. præl.* Ergo non condicet ipsum fideicommissum, seu ipsam domum quasi indebitam, et ita in jure sæpissime, quoties denegatur condictio, denegatur certi conditio, non incerti. Quid est pertritum magis, quam quod dicitur, neminem rem suam condicere, id est condictione certi non condictione incerti possessionem rei meæ possum condicere, *l.* 2. *de condict. tritic. et l.* 25. *de furt* Et similiter dicitur in *l. si in area, de condict. indeb.* eum qui in area aliena ædificavit, posse sibi servare impensas, non per actionem, sed per retentionem ædificii, et exceptionem doli mali: qua non usus, si ædificium restituerit per errorem, non potest condicere, id est, rem ipsam, ædificium ipsum, quæ est condictio certi: potest autem condicere possessionem. Et ita in *l. ex quib. eod. tit.* quæ denegatur condictio, generaliter est condictio certi, non condictio incerti. Et ita hic locus accipiendus est.

Ad L. XXII. de Lib. leg.

Quod mihi Sempronius debet, peti nolo: non tantum exceptionem habere debitorem, sed et fideicommissum, ut liberetur petere posse responsum est.

Ait Papinian. *peti nolo.* Ut verbum, *volo*, est precarium, adeo ut testamentum non recte fiat his verbis, *illum hæredem esse volo, l. illum*, §. 1. *de jure cod.* ita etiam verbum *nolo*, est precarium non directum. Utrumque verbum *volo*, et *nolo*, fideicommissum facit non legatum. Nolo peti a Sempronio, quod is mihi debet, non tantum petenti hæredi obstat exceptio doli mali, sed etiam ex causa fideicommissi, ut Papinianus ait, agere et petere liberationem potest, quasi liberatione relicta, ut scilicet solemni acceptilatione, vel pacto liberetur, secundum distinctionem *legis* 3. §. *nunc de effectu, hoc tit.* Opponit huic responso Accurs. *l.* 1. §. *si reus, de eo per quem fact.* nec respondet quicquam, et res tamen responsionem aliquam desiderat. Nam ex *d.* §. *si reus* efficitur, non dari actionem ei, qui exceptione contentus esse potest. In specie hujus l. debitor excep. doli mali contentus esse potest, ergo non est danda ei actio. Ut respondeam, certissimum est, ei cui datur actio multo magis dari exceptionem: cui datur petitio multo magis dari retentionem, *l.* 1. §. *plane de superfic.* Sed cui datur exceptio, non continuo etiam ei datur actio. Exemplo actionis datur exceptio, ut loquitur *lex nec non* §. *pen. ex quib. causis major*, non exemplo exceptionis actio: esset enim absurdum exemplo exceptionis actionem dari. Et ita debitori, qui pactus est de non petenda pecunia, datur exceptio pacti vel doli, non actio ut liberetur. Idque procedit in specie *d. l.* 1. §. *si reus.* Si quis promiserit judicio sisti cum pœna, et per aliquem extraneum factum sit, quo minus ad judicium veniret, hoc est, si reus, qui promiserat judicio sisti, fuerit impeditus ab aliquo ad judicium venire, atque ita commissa fuerit pœna, ei datur actio in factum in id, quod interest ex illo edicto, *de eo per quem factum erit;* adversus eum, qui impedimento fuit, qui coegit reum vadimonium

deserere, sive promissionem judicio sistendi causa factam: sed si actor ipse, qui stipulatus est, in judicio sisti cum pœna, dolo malo impedierit reum, ne veniret in judicium non datur adversus eum actio in factum ex illo edicto, quia edictum loquitur de extraneo, non de actore ipso, et stipulatore, et quia inquit, contentus esse potest exceptione, si ab actore conveniatur ex stipulatu de pœna, quod ad judicium non venerit. Atque ita in ea specie, cui datur exceptio, non datur etiam actio. Et ita quoque, si quis in alieno loco sua impensa ædificaverit, impensæ servandæ causa ei datur exceptio doli mali, et nomine ejus exceptionis retentio possessionis. Actio vero nulla ei datur impensarum nomine, *l. Paulus respondit*, *de doli except. l.* 14. *comm. divid.* Quod idem procedit et in aliis plerisque causis, justa id, quod Demost. ait in oratione quadam, *legibus dantur exceptiones seu* παραγραφαὶ *etiam earum rerum*, *quarum nullæ proditæ sunt actiones:* atque ita, quod non possum consequi actione, sæpe assequor exceptione: quod autem possum consequi actione, et exceptione possum consequi: et breviter cui datur actio, ei multo magis exceptio: cui autem datur exceptio, non continuo et actio datur. At ex voluntate defuncti, ut in specie proposita, cui datur exceptio, datur etiam actio, veluti ex causa legati aut fideicommissi, *l. dolo facit*, *de do. exc.* aut certe, quod notandum, quia ei datur actio ex testamento, veluti ex causa legati aut fideicommissi, et exceptio multo magis, ut in *l.* 3. *in pr. h. t.* dicitur, exceptionem dari debitori, cui moriens creditor chirographum reddiderit. Cui, inquit, chirographum dedit de manu in manum: quia inquit, ea datio instrumenti pro fideicommisso est, id est, quia ei etiam actio competit, ut liberetur, atque ita exceptio ei datur exemplo actionis, non actio exemplo exceptionis. Et sane formula exceptionis doli mali hæc est, dolo facis qui petis, quod redditurus es, *d. l. dolo*, redditurus scilicet jure actionis, id est, dolo facis, qui petis id, de quo mihi competit actio. Ex formula apparet, exceptionem referri ad actionem, non contra. At in specie *d.* §. *si reus*, fuit tantum exceptio, non actio in actorem, qui dolo fecit, ne reus obiret vadimonium, quia scilicet edictum loquitur de extraneo, non de ipso actore. Ubicumque igitur actio est, dicamus semper ad ejus exemplum exceptionem dari, et ita evenire in specie hujus legis: nunquam vero ad exemplum exceptionis actionem dari.

Ad L. LXXIII. de Cond. et demonst.

Titio fundus, si in Asiam non venerit: idem, si pervenerit, Sempronio legatus est: cum in omnibus conditionibus, quæ morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur, hæres cautionem a Titio accepit, et fundum ei dedit: si postea in Asiam pervenerit, Sempronio hæres quod ex stipulatu cautionis interpositæ consequi potest, utili actione præstare cogitur. Sed si cautio medio tempore defecerit, quæ sollicite fuerat exacta, non de suo præstabit hæres, sed quia nihil ei potest objici, satis erit, actiones præstari: si tamen Titius, cum in Asiam venisset, Sempron. prius quam legatum accipiat, decesserit, hæredi ejus debeatur, quod defunctus petere potuit.

Lex Titius fundus 73. *de cond. et demonstrat.* est de cautione Muciana, de quo non ita dudum sat multa diximus *lib.* 18. *sup. ad l. cum tale legatum*, et nihil prætermisimus, quod pertinet ad eum tractatum, præterquam interpretationem hujus leg. cujus species hæc est: Testator legavit Titio fundum sub conditione, *si in Asiam non venerit*, et si veniret, hunc fundum transtulit in Sempronium, Sempronio legavit. Conditio, quæ in non faciendo concipitur, veluti illa, *si in Asiam non venerit*, non differt legati petitionem, solutionem, præstationem, interveniente scilicet Muciana cautione: nam hæres cogitur Titio statim fundum præstare offerenti cautionem Mucianam, quæ, ut generaliter definit Papinianus hoc loco, locum habet in his conditionibus, quæ morte legatarii finiuntur, ut *l. servo*, §. *si testator*, *ad Treb.* qualis est illa conditio, *si in Asiam non venerit.* Nam quamdiu vivit legatarius, pendet conditio, nec ante finitur, quam legatarius vita decesserit. Igitur si legatarius hæredi caveat, quæ est cautio Muciana, se in Asiam non perventurum, vel si pervenerit, se fundum, vel quanti ea res erit, redditurum, hæres confestim cogitur eum fundum præstare. At quid fiet, si contra fidem cautionis, Titius postea in Asiam pervenerit? sane committetur stipulatio Muciana. Sed an hæres tenetur Sempronio, cui idem fundus legatus est sub contraria conditione, nempe, si Titius in Asiam pervenerit? Et sane, ut hoc loco ait Papin., ille hæres Sempronio tenetur ex causa legati, ut scilicet quodcumque a Titio consecutus fuerit ex stipulatione Muciana, id Sempronio præstet, sive fundum, sive quanti ea res erit: et tenetur, inquit, utili actione, hoc est, efficaci actione ex testamento, ut Accursius interpretatur, et laudo: nam et utilis actio ab eodem Papiniano eodem modo accipitur in *l. pater*, *de dote prælег.* Quid autem fiet, si hæres a Titio nihil consequi possit propter inopiam Titii et fidejussorum? Nam cautio Muciana est fidejussorum satisdatio, *l. hoc genus*, *hoc tit. et Nov.* 22. Fuerat quidem ab ini-

tio idonea cautio, fidejussores idonei, fuerat cautio sollicite exacta, ut ait, non quilibet fidejussor fuerat admissus, sed is cujus jam ante hæres vires exploraverat: denique fuerat idonea cautio initio, sed postea defecit, lapso facultatibus Titio, et fidejussoribus. An hoc casu hæres de suo cogitur Sempronio solvere legatum? Minime: quia nihil ei imputari potest, nihil objici, cum cautionem sollicite exegerit a Titio priore legatario. Igitur liberabitur hæres qualemcumque actionem ex ea cautione Muciana cedendo Sempronio: cessio sive delegatio pro justa præstatione erit: ut *l. quod debetur*, *de pecu.* nec omnino erit inutilis Sempronio, cum postea possint fidejussores pervenire ad pinguiorem fortunam. Accursius non intellexit hoc loco linguam Latinam, non intellexit, quid sit *exigere cautionem*, quam Papinianus ait, ab hærede fuisse exactam sollicite. Plus est exigere quam agere: nam exigere est rem, sive cautionem extorquere et exprimere, satis accipere. Et Accursius contra manifesta verba legis ponit quasi certissimum, Titium hæredi non cavisse cautionem Mucianam, qui error tolerari non potest, et delenda est Glossa ad verbum *actiones*. Et ad hæc in extremo hujus legis additur, mortuo quidem Sempronio posteriori legatario sub conditione, si Titius in Asiam veniret, mortuo, inquam, eo pendente ea conditione, hoc est antequam Titius venerit in Asiam legatum intercidit, et Sempron. nihil transmittit ad hæredem suum, quia in hæreditatibus, et in legatis spes non transmittitur in hæredem, quæ transmittitur in stipulationibus, et omnibus contractibus, §. *ex conditionali*, *Inst. de verb. oblig.* Quare dicitur stipulatorem conditionalem esse creditorem, etiamsi adhuc pendeat conditio: legatarius conditionalis non est creditor, quandiu pendet conditio, *l. is qui sub cond. de oblig. et act.* Et in jure frequentissime occurrit ista differentia inter legata et stipulationes conditionales. Sed mortuo Sempronio post existentem conditionem, hoc est, postquam Titius in Asiam venit, certissimum est, ad hæredem transmitti actionem legati, cujus dies jam cessit, et hæredi deberi, quod defunctus petere potuit: nam secundum regulam in *l. 1. C. ut actio, ab hæred. etc.* hæredi deberi, quod defunctus petere potuit, hæredi non deberi quod defunctus petere non potuit, hoc est, eam tantum actionem jure hæreditario hæredi competere, quæ cœpit a defuncto: et retro eam tantum actionem in hæredem competere, quæ cœpit in defunctum competere. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. IX. ad leg. Falcid.

In Falcidia placuit, ut fructus postea percepti, qui maturi mortis tempore fuerunt, augeant hæreditatis æstimationem fundi nomine, qui videtur illo in tempore fuisse pretiosior.

§. 1. *Circa ventrem ancillæ nulla temporis admissa distinctio est, nec immerito, quia partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur.*

Sequitur ut exponamus *l. 9. ad leg. Falcid.* est lex elegantissima, et cognitu dignissima. Lege Falcidia cautum est, ne quid plus testamento legetur, quam ut quarta pars hæreditatis illibata apud hæredem remaneat, ne legata excedant dodrantem. Quamobrem ubi locus esse dicitur l. Falcidiæ, solet iniri ratio quantitatis bonorum hæreditariorum et legatorum, ut ex ea appareat, legata exsuperent modum lege constitutum nec ne: et in exquirenda quidem quantitate hæreditatis mortis tempus spectatur, id est, id solum hæreditati computatur, quod fuit in patrimonio testatoris mortis tempore, *l. in quantitate 73. hoc tit.* Inde quæritur hoc loco, *an etiam fructus hæreditati computentur*; vel quod idem est, *an augeant hæreditatem, qui maturi erant mortis tempore, nondum percepti, puta vindemiæ pendentes, olivæ, frumenta pendentia?* Et Papinianus docet hoc loco, fructus ex fundo hæreditario perceptos ab hærede post mortem testatoris hæreditati imputari, augere quantitatem hæreditatis, augere æstimationem hæreditatis, si maturi fuerint mortis tempore, non si fuerint immaturi. Denique maturos fructus imputari hæreditati, *si fundi*, inquit, *nomine*, hoc est, quasi pars fundi qui videtur illo tempore fuisse pretiosior propter fructus, qui solo cohærebant. Et hoc est, quod dicitur fructus pendentes esse partem fundi, *l. fructus, de rei vindic. l. si servus. 2. §. locavit, de furt.* Fructus pendentes immobilibus rebus annumerantur, cum sint pars rei immobilis, *l. 12. de reg. jur.* Et quod notandum, hi tantum fructus fundi pretium augent, qui maturi sunt. Et in *l. ult. §. pen. quæ in fraud. cred.* significatur, fundum pluris esse sub messium, aut vindemiæ tempus, quam hiberno tempore post sationem, post sementem, quia nondum certum est, sati fructus an sint bene proventuri: omnes quidem fructus, sive maturi, sive immaturi sunt pars fundi, sed hi tantum augent pretium fundi, qui maturi sunt. Et eam ob rem dixit Papinianus, *qui maturi mortis tempore fuerunt.* Nec his, quæ diximus, obstat quicquam lex *in ratione 11. hoc tit.* quæ dicit fructus hæreditati non imputari in ponenda ratione *l. Falc.* sed hæredis lucro cedere, quoniam non est intelligenda ea lex de fructibus, qui maturi erant mortis tempore, hi enim proculdubio hæreditatem augent, sed de fructi-

bus, qui sati sunt post mortem testatoris vel qui maturuerunt post mortem testatoris, et post ab hærede lecti sunt, demessi sunt, cum scilicet pura essent legata: nam si fuerunt conditionalia, vel in diem, fructus, qui interim maturuerunt, et percepti sunt ab hærede, hæredi imputantur in Falcidiam, quasi jure hæreditario percepti: non tamen veniunt in restitutionem fideicommissariæ hæreditatis. Et ita accipienda lex *cum fideicomm. ad Trebell.* quandoque in fideicommissariæ hæreditatis restitutionem veniunt tantum fructus, qui maturi erant mortis tempore, mortis testatoris tempore, vel qui jam ab ipso horreis conditi erant, *l. postulante*, §. *ult. ad Trebell. l.* 14. *de usufr. leg. l.* 1. *C. de his quibus ut indign. l. centurio, de vulg. substitut.* Ostendit autem hoc loco Papinianus hac in re esse differentiam inter fructus prædiorum et partus ancillarum: nam fructus prædiorum, ut diximus, sive fœtus pecorum, qui etiam fructibus annumerantur, sed fructus prædiorum proprie, qui maturi erant mortis testatoris tempore, hæreditati imputantur: qui erant immaturi, non imputantur hæreditati. Partus autem ancillarum, sive gravidæ fuerint mortis tempore, sive postea factæ fuerint, indistincte dicimus, non imputari in hæreditatem, etiamsi mortis tempore partui proximæ fuerint. Fructus recte dicitur esse pars fundi post sementem statim. Partus nondum editus, non recte dicitur pars ancillæ, nunquam recte dicitur esse maturus, cum nec homo recte dicatur antequam editus sit, ut idem Papinianus ait hoc loco. Et consequenter ancilla, quod sit prægnans, non ideo videtur esse pretiosior. Fundus, cujus fructus sunt maturi, videtur esse pretiosior. Igitur in hoc proposito, qui est in utero, non habetur pro nato: nec mirum: nam si haberetur pro nato, prodesset legatariis, et qui est in utero, aliis non prodest, antequam nascatur, *l.* 7. *de statu hom. l. quod dicimus, de verb. sign. l.* 2. *de excusat. tut.* addo, ut non prosit patri, qui est in utero ad excusationem tutelæ vel curæ: et postquam natus est, jam non prodest legatariis, sed hæredi, cum ad lucrum ejus pertineat, nec hæreditati computetur, quia sicut fructus immaturus non auget hæreditatem, sed postea perceptus lucro hæredis cedit, ita ut non propter eum fructum videatur ad eum locupletior hæreditas pervenisse; ita partus nondum editus, sicut fructus immaturus, cum necdum homo recte dicatur, non auget, sed ad lucrum hæredis pertinet: fructus nondum perceptus recte dicitur, vel oleum, vel vinum, vel frumentum, maxime si sit maturus. Nec his, quæ diximus modo, obstat *l. intelligendus, de verb. signif.* quæ ait, eum, qui relictus est in utero, videri fuisse mortis tempore: nam ea vox non est generaliter accipienda, sed aptanda propriis casibus accommodatis et congruis. Pertinet ea lex ad leges caducarias Juliam et Papiam, quibus orbi, hoc est, qui non habent liberos, quasi incapaces aliquatenus repelluntur a commodis testamentorum, et quæ eis relicta sunt, in fiscum rediguntur. Finge: propter istas leges non habenti liberos quidam legavit in tempus liberorum (quandocunque habuerit liberos) is decessit uxore prægnante relicta: extitisse videtur conditio legati, et habuisse liberos, odio scilicet legum caducariarum, ut legatum transeat in posthumum, et ejus commodo cedat, ut solet plerumque posthumus haberi pro nato, quoties agitur de ejus commodo; ut scilicet legatum transeat ad posthumum potius, quam ad fiscum, *l.* 20. *ad Treb. l. is cui, quand. dies leg. ced.* Non obstat etiam, quod est in *l.* 1. §. *ex hoc rescripto, de ventre inspic.* partum antequam edatur, ait esse portionem mulieris. Nam ex eo potius efficies, quod Papin. ait, nondum esse hominem: nam portio hominis non est homo: qui dicit, partum esse portionem mulieris, negat esse hominem. Et licet quandoque natus dicatur esse pars viscerum matris, ut illo loco Quintil. declam. 338. *Filium matri eripere conaris, et partem viscerum avellis,* tamen ex eo non efficies, hominem eum esse, quamvis revera sit homo, qui jam natus est, et ita ut Galenus docet in libr. de hist. Philosophi Stoici, qui negabant enbryon esse animal, non tamen negabant esse portionem matris. Et quod dicitur, partum non esse partem ancillæ furtivæ in *l. partum de verb. signif.* quæ hodie non habet locum, sed novissima sententia jurisperitorum, ea lex est accipienda de partu jam edito, id est, secundum eos, qui existimabant, partum esse in fructu, fructus autem jam perceptus non est pars rei. Ergo secundum illorum sententiam, partus jam editus non est pars matris furtivæ. Sed illorum opinio non obtinuit, et verius est, partum esse partem matris furtivæ, et ob id nec ancillam furtivam posse usucapi, nec vindicari actione Publiciana, neque partum ancillæ furtivæ: *l. si ego,* §. *partus, de Publ. in rem. act. et l. qui vas, de furt. l. pen. de statu hom.* Denique verius est, hodie partum non esse in fructu, *l. vetus, de usufr.* Et ita etiam in hac lege sollicite distinguitur partus a fructu, *l. in pecudum, de usur.* Non obstat etiam his, quæ dicta sunt, *l.* 2. *de mortuo inf.* quæ ait mulierem prægnantem, si mortua sit, non debere humari aut sepeliri, antequam partus exscindatur: ne, inquit, cum gravida species animantis perimatur. Ille locus confirmat potius, quod ait Papinianus, eum, qui est in utero,

nondum esse hominem. Est enim species animalis, non animal. Igitur et in *l.* 1. §. *si quis prox. unde cogn.* quæ ait, nondum conceptum, nondum animatum esse, sic est scriptum recte Florentiæ, hoc est, tantum abest, ut sit animal, ut ne sit animatum quidem, sive animationis capax, eo significatur conceptum jam animatum quidem esse, sed non animal. Et rectissime in *l. vel vivo, de suis et leg.* conceptum quodammodo videri esse in rerum natura. Nam adhibito hoc articulo facile feram quemlibet dicere, conceptum partum quodammodo animal esse. Hæc autem fuit Stoicorum sententia, quam nostri auctores sequuntur, qui sunt omnes imbuti a Stoicis, embryon non esse animal, ac proinde nec hominem esse, antequam nascatur et exeat utero, nam non omnis, qui exit utero, nascitur. Qua de causa dubitabatur olim, an ea, quæ sibi partum abegisset damnanda foret. In altera parte erat ratio illa, quod embryon non sit animal: quam secutus Lysias in oratione de abacto partu, ut Theon Sophista refert in præexercitamentis. In altera parte est, quod quæ partum abegit, spem animantis peremit. Ergo damnanda est. Et hæc pars obtinuit, *l. Cicero, de pœnis, l.* 4. *de extraord. crim.* Idque etiam esse legibus Licurgi et Solonis Galenus scribit in eo libro, quem de hac sola re scripsit, atque inscripsit, *an embryon sit animal.* Et tentat duabus rationibus sumptis ex jure, esse animal. Una, qui est in utero potest institui hæres suus jure civili, alienus jure prætorio: ergo est animal. Sed dicimus hoc fieri fictione quadam, qua habetur pro nato, cum de commodis ejus quæritur. Altera ratio est, quia, quæ partum abigit, punitur quasi infanticida: sed hoc ideo, non quod animal, sive infantem peremerit, sed spem animalis, ut in *d. l.* 2. *de mort. inf.* Lege divina constituitur differentia inter aborsum et abortum, Exodi cap. 21. 21. Abortus mortem dat, morte punitur, aborsus mulcta pecuniaria. Et ex Nonio Marcel. intelligimus, aborsum fieri in exordio conceptionis, abortum prope tempus pariendi, aborsum esse, ut illo loco Exodi septuaginta interpretes vertunt, si partus non sit ἐξεικονισμένος, *formatus, s' il n' est point encore bien formé*, vel ut volunt in Psalmis, si sit ἀκατέργαστος. Abortum autem esse, si sit εἰκονισμένος, hoc est, *bene formatus.* Et sane Aristoteles non videtur improbare aborsum, dum ait, si quis velit abortionis poculum dare, aut efficere, ut mulier abortiat, ut effundat partum eum, id debere efficere antequam quid sentiat partus. Polit. 8. Tertull. in Apol. damnat etiam aborsum, qui et lege divina mulctatur, et ait, *etiam conceptum uteri, dum adhuc sanguis in hominem deliberatur, dissolvere non licet: homicidii festinatio est prohibere nasci, nec refert natum* *quis animam eripiat, an nascentem disturbet.* Igitur sive sit aborsus, sive abortus, quem quis paraverit, vel procuraverit, pœna dignus est, non tam quod partus nondum editus, sit animal, sed quod sit spes animalis. Et ne hanc quidem perimi oportet.

Ad L. LII. ad Senatuscons. Treb.

Si res aliena Titio legata fuerit, isque domino rei hærede instituto petierit, ut hæreditatem Mævio restituat, Mævius legatum inutiliter petet: non enim poterit consequi, quod ad institutum, id est, rei dominum pervenire non poterat.

In *l. si hæres aliena*, duæ tractantur quæstiones: in utriusque interpretatione est, quod desideres. Ad priorem quæstionem parum aperte ponitur species, quæ perspicue ita poni debuit. *Cajo hærede instituto rem alienam, puta Sempronii rem, Titio legavi sciens*, quod legatum utile esse hoc eod. lib. didicimus ad *l. unum ex famil. de leg.* 2. Et Titius eam rem alienam ab hærede meo, cum nondum consecutus esset ex legati causa, mortuus est, hærede instituto Sempronio domino ejus rei, eumque Sempronium rogavit, ut Mævio hæreditatem restitueret: in ea hæreditate, id est, in hæreditate Titii fuit actio, quæ ei competebat legati nomine adversus hæredem meum, a quo ei rem Sempronii legaveram, ea, inquam, actio est in hæreditate, ergo et in restitutionem sive fideicommissum ejus hæreditatis venit ea actio. An igitur restituta hæreditate Mævio, Mævius legati nomine poterit experiri cum hærede meo, quod ea actio fuit in hæreditate, quæ ei restituta est? Et rectissime Papinian. respondet, *Mævium inutiliter acturum cum hærede meo legati nomine*, quia restituta hæreditate, hæ tantum actiones fideicommissario dantur, quæ hæredi instituto competebant. At hæredi instituto competebat utilis petitio hujus rei, quæ sua erat: quæ res cujusque propria est, ejus fieri amplius non potest, §. *sed si rem, Inst. de leg.* §. *sic itaque, de act.* Ergo non competet etiam fideicommissario, puta Mævio. Denique sicut Sempronius ipse testamento Titii hæres institutus inutiliter peteret rem suam ab hærede meo: ita eam rem quoque petit inutiliter is, cui Sempronius rogatus est restituere hæreditatem: non potest fideicommissarius, quod nec hæres potuit, *l. cogi* §. *Mævius, hoc tit.* Eæ tantum actiones fideicommissario competunt ex Senatusconsulto Treb. quas habuit hæres eo tempore, quo fideicommissario restituit, *l. ita tamen* §. *qui ex Trebell. hoc tit.* nullas autem habuit hæres ejus legati nomine, id est rei suæ non habuit vindicationem, quam possidebat. Ergo non habebit etiam

fideicommissarius, et inutiliter petet legatum, hoc est, rem alienam. Inutititer petet ab hærede ejus, qui eam legavit, quod et hæres fideicommisso oneratus, quasi dominus et possessor hujus rei, ab eodem hærede peteret inutiliter. Et ita explicandum, quod est initio hujus legis.

Ad §. *servus.*

Servus ab altero ex hæredibus libertatem, et ab altero fideicommissum hæreditatis accepit: si neuter adire velit, nullæ prætoris partes erunt, quia neque propter solam libertatem compellitur adire, neque is, a quo libertas data non est, propter eum, qui nondum liber est, ut adeat compellitur. Et Senatusconsulto locus est, cum ab omnibus directa vel fideicommissaria libertas ab eo datur, a quo hæreditas quoque relinquitur. Sed si forte is, a quo libertas data est, portionem suam repudiavit, vel conditione exclusus est, cum portio ejus ad alterum pervenerit, defendi poterit, adire cogendum: quid enim interest, quo jure debitor libertatis, et hæreditatis idem esse cœperit?

Sequens quæstio est de servo testatoris: nam quæ de eo dicuntur, non habent locum in servo hæredis instituti, qui si ab eo sit relicta fideicommissaria libertas et hæreditas, non potest compelli a suo servo, ut adeat et restituat hæreditatem sibi manumisso prius, quia videtur facere contra servitutem debitam domino suo, si invito velit extorquere libertatem, *l. ergo*, §. *sed si servo*, *h. t.* Ergo quæstio non est de servo hæredi proprio, sed de servo testatoris proprio, cui ab uno ex hæredibus testator reliquit libertatem fideicommissariam, et ab altero hæreditatem fideicommissariam in portionem alterius hæreditatis. Finge, cum ita esset servo ab uno hærede fideicommissaria libertas ab altero fideicommissaria hæreditas relicta, utrumque recusare adire hæreditatem. Regulariter hæres rogatus restituere hæreditatem, si nolit adire, si suspectam hæreditatem dicat, et implicitam multis negotiis, molestiis, idcirco se nolle eam adire: ne fideicommissaria hæreditas intercidat, ex SCto Pegas. hodie Trebelliano, per prætorem cogitur adire periculo fideicommissarii, et restituere fideicommissariam hæreditatem: *an is hoc casu servus, vel hunc vel illum hæredem compellere potest, ut adeat?* Minime: non potest compellere eum, a quo libertatem fideicommissariam accepit, quia propter libertatem solam, vel proprer aliud quodlibet legatum aut fideicommissum singulare, nemo cogitur adire hæreditatem, atque ita se implicare negotiis hæreditariis, quod ostenditur in *l. seq. h. t.* Non potest etiam cogere adire eum, a quo fideicommissaria hæreditas ei relicta est, quia non potest res cogi, nisi ab eo, cui restitui potest hæreditas. Huic autem servo non potest restitui, quia nondum est liber. Ergo non potest postulare decretum prætoris quo cogatur hæres adire, *l. si cui pure* §. 1. *h. t.* Ergo neutrum cogere potest. Et ita initio definit Papinianus in hoc §. videlicet, si uterque recuset adire hæreditatem: nam si unus sua sponte adeat hæreditatem, puta is, a quo fideicommissaria libertas relicta est, sane alter, a quo relicta est fideicommissaria hæreditas, cogitur etiam adire et restituere, tametsi non sit ab eo data fideicommissaria libertas, sed hæreditas tantum, *l. cogi* §. *ult. h. tit.* Idemque probandum est omnino, atque ita erunt duæ exceptiones, si is a quo relicta est fideicommissaria libertas, repudiaverit portionem suam, vel conditione exclusus sit, cum esset hæres institutus sub conditione, atque ita amiserit suam portionem, quo casu portio ejus, quæ deficit, defertur alteri cohæredi, a quo servo relicta est fideicommissaria hæreditas, et defertur cum onere fideicommissariæ libertatis, *l. si Titio*, §. *ult. de leg.* 2. Et ita idem incipit esse debitor libertatis et hæreditatis. Ac propterea, ut idem Papinianus ostendit hoc loco, cogetur adire hæreditatem: cum portio alterius ad eum perveuerit, defendi potest adire cogendum. Portio deficiens, quo jure pervenit ad hæredem, num alio jure, quam jure accrescendi? Atqui non accrescit, nisi ei, qui adivit pro sua parte: non habenti partem suam, nihil accrescit, *l.* 35. *de usufr.* Ergo ponit portionem ad eum pervenisse jure accrescendi, et deinde eum adivisse coactum, aut cogi posse adire. Saue verbum *pervenire*, aliter accipitur, quam usurpatur vulgo, nempe pro deferri, non pro cedere diem, vel pro acquiri. Idem hæc duo verba possunt, *pertinere* et *pervenire*, *pertinere* est deferri, *l. si ita scriptum*, §. *si sub conditione: de leg.* 2. *l.* 14. *de lib. et post.* Et ita quoque *pervenire* hoc loco, id est, deferri jure accrescendi, quod postquam adierit accrescet demum, atque ita adeundo assem obtinebit, et restituendo etiam restituet assem: quamvis rogatus sit de sua portione tautum, etiam restituet, quod jure accrescendi ei obveuerit, id est, portionem cohæredis, qui repudiavit: nam qui compulsus est adire, nihil potest retinere ex testamento defuncti, id est, ex voluntate defuncti expressa vel tacita non retinere potest legatum, non fideicommissum, non Falcidiam, sed restituet assem integrum, non substitutionem pupillarem, quando quis eum, quem sibi hæredem fecit, jussit etiam filio suo impuberi hæredem esse: denique perdit omnia, et jus accrescendi, *l. nam qui* §. *qui compulsus*, *l. ita tamen* §. *qui suspectam*, *l. si patroni* §. *qui fideicommissum*, *in fine hoc tit.* Et hoc erat

præcipue notandum ad hunc §. Et hoc quidem de duobus hæredibus institutis, sicut initio pure posuimus speciem, quorum ab uno servo relicta sit libertas fideicommissaria, ab altero hæreditas per fideicommissum pure, vel sub eadem conditione, vel in eandem diem. Certum est hæredem posse compelli adire hæreditatem, etiam postulante servo: nam licet alias servus non possit jure consistere, vel causas defendere; tamen propter spem libertatis et hæreditatis, etiam per se aditum habet ad prætorem in *l. mulier*, *cui non est*, *et l. cogi*, §. *pen. hoc tit.* Et hoc quidem, nisi servus sit impubes: nam impuberes non habent aditum in jus sine tutoribus, et qui servus adhuc est, tutorem habere non potest: est enim tutela jus in capite libero: sed poterit idem postulari per alium, nomine servi impuberis. Et ita nos exposuimus latius *lib. 11. quæst. ad l. si impuberi, de tut. et curat. dat.* Ergo concludamus: si ab eodem hærede eidem libertas et hæreditas sit relicta per fideicommissum pure, vel sub conditione, aut in diem, is hæres cogetur adire et manumittere, restituere manumisso. Idem admittemus, si libertas sit relicta pure ab eodem hærede, et hæreditas sub conditione, quia etiam ante conditionem fideicommissi, suspectam hæreditatem dicit, et ob id adire recusat, compelli potest adire; et non adire tantum, sed et manumittere et restituere ante conditionem fideicommissum, et ante diem, *l. apud* §. *ult. l. si cui pure*, *in princ. hoc tit.* Si sua sponte velit adire, etiam non interveniente prætore, non jubente prætore, sane non restituet fideicommissum ante diem, ante conditionem, *l. sed etsi*, *hoc tit.* Sed si compulsus adeat, qui dicebat sibi suspectam esse, cogetur statim restituere, ut in superioribus. Sed non erit idem e contrario, si libertas sit relicta sub conditione, hæreditas pure: nam hoc casu non poterit cogi adire, antequam conditio libertatis extiterit: quia nondum facto libero, non potest restitui: frustra postulat adire hæreditatem, cui ea nondum potest restitui, *d. l. si cui pure*, §. 1. Idemque dicemus si libertas et hæreditas relinquantur sub diversis conditionibus: nam eadem ratione exspectanda erit conditio libertatis, antequam hæres, qui suspectam dicit, possit per prætorem compelli. Et hæc quidem de fideicommissaria libertate. Fideicommissaria libertas potest relinqui ab uno ex hæredibus. Directa autem libertas inutiliter relinquitur ab uno ex hæredibus: relinquenda est ab omnibus, puta post institutionem omnium hæredum. Nam quæ post institutionem omnium hæredum scribitur directa libertas, ab omnibus relinqui videtur? si relinquatur directa libertas ante institutionem hæredis, inutilis est, quia a nemine hæredum relicta videtur. Et similiter libertas, directa relicta inter medias hæredum institutiones, non valebat, quia videbatur relicta a primo hærede, non a sequenti: non poterat autem relinqui libertas directa ab uno, §. *ante hæredis*, *Institut. de leg.* nisi scil. scriptus hæres prior adiisset, ut ostendit Ulp. *Inst. tit.* 1. Relicta autem directa libertas ab omnibus, ut oportet, unum hæredem adire sufficit, ut competat libertas, sed is tantum potest compelli adire per prætorem, a quo etiam eidem servo relicta est fideicommissaria hæreditas, quia propter libertatem solam nemo compellitur adire, videlicet si libertas fuit relicta pure. Alioquin exspectanda est conditio, aut dies libertatis, quia nondum est persona, cui hæreditas restitui possit, *l. si patronus*, §. *Imperator*, *hoc tit.*

Ad L. Titius LIV. ad SC. Trebell.

Titius rogatus est, quod ex hæreditate superfuisset Mævio restituere: quod medio tempore alienatum, vel deminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non interveniendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur: verbis enim fideicommissi bonam fidem inesse constat. Divus autem Marcus cum de fideicommissaria hæreditate cognosceret, his verbis, (quicquid ex hæreditate mea superfuerit, rogo restituas) et viri boni arbitrium inesse credidit. Judicavit enim erogationes, quæ hæreditatè facta dicebantur, non ad solam ffdeicommissi deminutionem pertinere, sed pro rata patrimonii, quod hæres proprium habuit, distribui oportere, quod mihi videtur non tantum æquitatis ratione, verum exemplo quoque motus fecisse. Cum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quæreretur, præcipuum autem, quod in castris fuerat acquisitum, militi relinqui placeret, consultus Imperator sumptus, quos miles fecerat, non ex eo tantummodo patrimonio, quod munus collationis, pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecunia decedere oportere constituit. Propter ejusmodi tractatus, Mævius fideicommissi nomine cautionem exigere debet: quod eo pertinet non ut ex stipulatione petatur, quod ex fideicommisso peti non poterit, sed ut habeat fidejussores ejus quantitatis quam ex fideicommisso petere potuit.

Hæc est quæstio: an hæres, qui in diem, vel sub conditione rogatus est reddere alteri, quod ex hæreditate superfuerit, cedente die fideicommissi, *interim medio tempore aliquid ex hæreditate alienare vel diminuere possit, et quatenus? et an si quid alienaverit interim, vel deminuerit, id ab eo fideicommissarius petere possit, cedente die fideicommissi?* Alienare est rei hæreditariæ domi-

nium in alium transferre: diminuere est, veluti rem hæreditariam pignori obligare, vel prædio hæreditario servitutem imponere, aut debitam remittere, aut non utendo amittere. His enim modis d·terius fit jus, deterior conditio prædii hæreditarii. Item diminuere est sumptus et erogationes facere victus sui ac suorum causa, puta penum hæreditarium ebibere vel absumere. Unde dicitur etiam diminutum, quod usucapione de hæreditate exit, ut si res ab hærede alicui data fuerit non alienandi animo, et ab eo, cui dedit vendita sit, et usucapta a bonæ fidei emptore, *l. deperditum, de petit. hæredit.* Ut autem quæstioni propositæ respondeamus, hæredi rogato *post mortem suam restituere, quod ex hæreditate superfuerit*, videtur permittenda alienatio: quia hoc voluisse testatorem palam est, cum dixerit: ut id tantum restitueret, quod ex hæreditate superesset. Et ita etiam *l. deducta*, §. *pen. et ult. hoc tit.* Sed quæso quis erit hujus diminutionis modus? An permittemus diminutionem in infinitum? minime. Sed si quid bona fide alienaverit hæres, si ex justa causa, veluti ex causa dotis, cum mulier hæres instituta non posset aliunde sibi dotem conficere, *l. mulier*, §. *cum prop. hoc t.* vel ex causa donationis propter nuptias, vel ut redimat parentes suos, aut fratres ab hostibus. Finge, hæredem ex hæreditate aliquid diminuere, ut redimat suos ab hostibus, quæ est causa justitissima et piissima, ut alat se et suos: nam sæpe prædia, quæ alere solent, ipsa ali oportet, tantum abest, ut sufficiant nostris alimoniis. Ita igitur hæres, si quid ex hæreditate alienaverit bona fide, et ex justa causa, id fideicommissarius ab eo petere non potest cedente die fideicommissi, ut si quid bona fide pignori obligaverit, non potest hæres cogi a fideicommissario, ut id luat et repigneret. Denique id tantum peti ab hærede potest, quod tantum relui et repignerari ab hærede debet, quod dolo malo fecit, hoc est, quod alienavit vel deminuit dolo malo interveniendi sive deminuendi fideicommissi causa, hoc est, in necem fideicommissarii, ut *d. l. deducta*, §. *ult. l. sed etsi lege* §. *quod autem*, *de petit. hæred.* in petitione fideicommissi, ut ait *d. l. mulier*, §. *cum proponebatur*, *h. t.* Id enim peti ab eo potest, quorum pretia convertit in rem suam, ut *d*, §. *quid autem*, quia nec proprie diminuisse videtur, nec absumpsisse, quod vertit in suum patrimonium hæres, *l. Imperator*, §. *ult.* additis duabus *legibus seqq. de leg.* 2. Ergo ex hujus fideicommissi causa hæres restituet tantum atque præstabit, quod dolo malo diminuerit in fraudem fideicommissi, vel quod convertit in suum patrimonium. Non igitur diminutio vel alienatio ei in infinitum permittitur, non passim, non dissolute, sed adhibita bona fide, fraudem non permittit, sive alienationem aut deminutionem fraudulentam et copiosam. Et subjicit Papinianus in hac ipsa specie, Imperatorem Marcum cognomento philosophum decrevisse, his etiam verbis fideicommissi inesse arbitrium boni viri: nam idem est bona fides, et arbitrium boni viri, et ob id, cum constaret verbis fideicommissi inesse bonam fidem, addit Marcus, etiam inesse arbitrium boni viri, scilicet ut id tantum hæres alienare, vel deminuere possit ex hœreditate, quod bonus vir, aut arbiter æqui et boni censeret, probaret, et arbitraretur: videlicet, non tantum pro modo hæreditatis fideicommissariæ, sed etiam pro modo ceterorum bonorum hæredis, ut est in *l.* 3. §. *nonnunquam*, *de usur.* Et hoc decretum D. Marci quod affert Papinianus hoc loco, adducitur etiam in *d. l. sed etsi lege* §. *quantum.* Ergo non est satis bona fide diminuere, sed etiam oportet diminutionem fieri boni viri arbitratu, ut si quid hæres erogaverit et impenderit, quod dicatur sumpsisse ex hæreditate, ex quo locupletior factus non sit, id reputet pro rata, non tantum hæredi, sed etiam proprio patrimonio. Exempli gratia, si in patrimonio hæredis sunt ducenta, in hæreditate fideicommissaria centum, et erogaverit duodecim, patrimonio suo expensa feret octo, hæreditati quatuor, servata scilicet eadem proportione, nempe duplæ in distribuenda erogatione, quæ est in bonorum quantitate. Et hoc ita prudenter Papinianus ait, D. Marcum decrevisse, non tantum æquitatis ratione motum, sed etiam exemplo, quia scil. DD. Imperatores olim eandem secuti erant rationem in alia specie, quam exponit Pap. Sciendum est, filium emancipatum, qui admittitur ad bonorum possessionem ex edicto unde liberi, vel ex edicto de bonorum possessione contra tabulas, una cum fratribus, qui non fuerunt emancipati, hunc, inquam, filium emancipatum debere conferre, *rapporter*, et in commune contribuere bona pagana, quæ habuit a patre, vel aliis, hoc est, profectitia et adventitia bona, castrensia autem, vel quasi castrensia non communicat fratribus, sed retinet præcipua, *l.* 1. *nec cast. de coll. bon.* quod est ex Constitutionibus principum. Nunc finge: filius emancipatus, qui habebat bona pagana et castrensia multos sumptus in militia fecit, an eos omnes sumptus imputabit bonis paganis, ut eo minus conferat fratribus, et integram pecuniam castrensem retineat? Recte *pecuniam castrensem* dicit, non *peculium*, quia filius fuit emancipatus, et emancipati pecuniam vel patrimonium habent, non peculium, *l.* 1. *quand. de pec. act. annal. l. pen. de verb. sign. l. ult. C. de inoff. testam.* Ex quo etiam palam est, in hac lege olim male legisse quosdam *peculium*, pro *præcipuum*, quia

emancipatus non habet peculium, dum scilicet Papinianus ait, filium emancipatum, quod in castris acquisivit, retinere præcipuum, hoc est, non conferre fratribus. Respondeamus quæstioni propositæ: quibus bonis eos sumptus expensos faciet, paganis an castrensibus? Et ait ab Imperatore, forte D. Pio, constitutum fuisse, ut ex utroque patrimonio pagano et castrensi: sunt enim veluti duo patrimonia duorum hominum, eos pro rata decedere oportere. Exempli gratia, si in bonis paganis sint quadraginta, in castrensibus viginti, et in militia impenderit 24. paganis bonis imputabit sexdecim, castrensibus octo, ubique servata proportione dupla. Eadem etiam ratio servatur in specie *d. l. sed et si lege §. quod omnium*, quam nos attulimus hoc loco ut summe notandam. Quidam bona fide possidebat hæreditatem quasi hæres, cum non esset hæres, sed esset forte scriptus testamento injusto, quod tamen ipse justum esse arbitrabatur. Denique bona fide possidebat hæreditatem, ergo petitione hæreditatis non tenetur, nisi ut restituat quod restat ex ea hæreditate, et id ex quo ipse factus est locupletior, *d. l. sed et si lege §. constat.* Is vero, dum possidebat hæreditatem, bona fide diminuit quædam ex hæreditate, et consumpsit in suos usus aliquanto latius, quam fecisset, si non extimasset se hæredem esse, cum sumptum expensum ferret non tantum hæreditati, sed etiam bonis suis pro rata, et bonis quidem suis pro rata ejus, quod etiamsi hæres non fuisset, impendisset, suæ vitæ tuendæ causa frugaliter, ut ante delatam hæreditatem solebat ætatem vivere suam, hæreditati autem expensum ferret eum sumptum pro rata ejus, quod latius impendit contemplatione hæreditatis. Et legendum in illa lege, non ut Haloand. *latius*, quod Duar. probat, sed ut Florent. *lautius.* His exemplis moti concludamus, et in specie proposita erogationem factam ex hæreditate, sive impensas, secundum quod exigit arbitrium boni viri, decedere debere, non ex hæreditate tantum, sed ex bonis hæredis propriis pro rata. Illud non est omittendum, quod in extremo hujus legis ait Papinianus, *propter hujusmodi tractatus*, hoc est, propter ea omnia, quæ diximus ante de ea quæstione, eum, qui hæres rogatus est restituere quod ex hæreditate superfuerit, posse ab eo exigere satisdationem fideicommissi nomine, ne plus æquo diminuat hæres. Et eleganter ait, non exiget satisdationem, ut exigitur plerumque, et potest exigi, ut scilicet petat ex stipulatu, quod ex fideicommisso petere non potest, ut fit in *l. fideicommissum, de condict. indeb.* si sit locus legis Falcid. hæres, qui ex testamento non tenetur ultra dodrantem legatario vel fideicommissario, poterit se in solidum obligare, si velit ex stipulatione, fidei plenæ defuncto exhibendæ gratia: sed in hoc proposito exigit cautionem ab hærede, sed ut quod ex fideicommisso peti potest, petat etiam ex stipulatu, vel ab hærede, vel a fidejussoribus ejus quantitatis, quam ex fideicommisso petere potest. Idque exemplo edicti, *ut legatorum nomine caveatur.* Quod trahitur etiam ad hæreditatem, *l. Imperator, hoc tit. l. inter, qui satisd. cog. l. hæc stipulatio, ut leg. nom. cau. l. 4. C. ut in possess. leg. et Nov.* 108. Cavebit igitur hæres fideicommissario datis fidejussoribus de restituendo eo, quod bonum et æquum erit, de dolo malo, ut *l.* 11. *ut legat. nom. cav.* Puta de non diminuendo fideicommisso, ultra quam æquitas ferat, et arbitrium boni viri.

Intelleximus, hæredi rogato post mortem suam restituere quod ex hæreditate superfuerit, medio tempore eas tantum alienationes sive diminutiones permitti, quæ non fiunt fideicommissi intervertendi causa, et his fideicommissi verbis inesse bonam fidem, et arbitrium boni viri. Nunc videamus, cur hanc definitionem Papiniani Justinianus improbavit in *Nov.* 108. et quid tandem fixe de quæst. proposita novissime definierit Justin. Papinianum, quæ sensit de hac quæstione, quasi dedita opera scripsisse in ænigma, ut ait, quia scilicet his verbis, *bona fide*, *boni viri arbitratu*, *non intervertendi fideicommissi causa*, quibus in definienda hac quæstione Papin. utitur, non exprimit certam quantitatem; et sunt obscura admodum verba. Fateor veluti certam exprimere, *l.* 1. *de leg.* 2. maxime illa, *viri boni arbitratu*, sed nego exprimere certam: nam et bonæ fidei verbum non exprimit certam quantitatem, ut ob eam rem actiones bonæ fidei, dicantur actiones incertæ pecuniæ. *Cicer. in orat. pro Rosc.* Ac præterea modum illum, quem præscripsit Papinian. non esse modum finitum, illud non esse finitionem. Ac veluti ænigma potius quoddam esse, sive obscurissimam finitionem, quæ constat veluti quibusdam involucris verborum. Nam solemus omnia verborum involucra, imo omnia quæcunque fiunt ex obscuro appellare ænigmata, ut Theb. insidias hostium, quæ fiunt ex occulto, semper vocavernut ænigmata, ut refert Eustathius Odyss. 14. dum reddit rationem hujus appellationis. Volunt enim, inquit, qui sunt in insidiis latere et subsidere occultissimo loco, etiam media nocte. Captant enim tenebris ipsis tenebrosiorem locum, quare et ænigmata dicimus quæcunque superant obscuritatem omnem, et quæ non apparent. Et ita in *Novel.* 97. veluti in ænigmate idem Just. fecit, ut quotiens inæqualis est quantitas dotis et donationis propter nuptias, quam contulit vir uxori, cum in dote sint sex millia, in donatione propter nuptias duo mil-

lia, et in casum mortis, vel in alium cassum vir ex dote stipulatur quartam partem, et mulier ex donatione similiter quartam partem, ut æquales quidem videantur esse partes lucri, cum sint quartæ ultro citroque, nec tamen sunt æquales reapse sive quantitate propter inæqualitatem dotis et donationis propter nuptias. Inde fit veluti ænigma, ut quæ sunt æquales lucri partes, non sint æquales: sicut illud, ut vir, non sit vir, nempe spado: percussit non percussit, cum conjecit quidem lapidem, sed non attigit: avem et non avem puta vespertillionem, quod Athenæus explicat *lib.* 10. Et ita quoque non videre idem in ænigmate, id est, videre et non videre. Et similiter *l. un. C. de nudo jure Quirit. toll.* rem suam dicere ex jure Quiritium, ut *l.* 1. *de rei vind.* non multum, inquit, discrepare ab ænigmate, quia quod dicitur esse jus Quiritium, id non est in usu rerum, nec apparet uspiam hodie. Etenim jus habet sua ænigmata: Juvenal. *qui juris nodos, et legum ænigmata solvat.* Justinian. *d. Nov.* 108. sublato omni ænigmate in proposita quæstione novissime certum modum constituit, quem sequatur hæres, et servet in alienando, vel diminuendo aliquid ex hæreditate fideicommissaria, puta ne ex hæreditate hæres, qui rogatus est post mortem suam restituere quod ex hæreditate superfuerit, interim plus alienare, vel diminuere possit, ut quadrans fideicommissario conservetur illibatus. Dodrantem igitur ille hæres consumere potest quacumque ex causa prodigere, si velit, et dissipare, sive sit ex liberis, sive extraneis: quin etiam quadrantem residuum attingere potest ex justissima causa, veluti ex dotis causa, vel donationis propter nuptias, ut eam sibi conficiat, sive compleat, vel ex causa alimentorum, vel ex causa redemptionis captivorum. Si his causis non sufficiat dodrans, licebit etiam quod deest replere ex quadrante, qui alioqui integer servandus est fideicommissario. Ac propterea, ut idem Justin. constituit, quadrantis nomine fideicommissarius ab hærede cautionem exigere potest, qui rogatus est restituere superfluum hæreditatis: neque enim exigendo cautionem videtur agere de hæreditate viventis, quod quidam objiciunt, quia non vivo testatore, sed mortuo cautionem exigit, ut habeat fidejussores ejus quantitatis, quam ex fideicommisso quandoque petere poterit, quod congruit cum fine hujus leg. *Titius.* Ita intelligimus modo, quemamdmodum huic legi derogaverit Justin. certiore modo alienationi, sive diminutioni fideicommissariæ hæreditatis constituto atque præscripto. Nunc circa hanc quæstionem incurrunt quatuor aut quinque quæstiones. Prima est, si hæres nil consumpserit ex hæreditate fideicommissa, an hæres hæredis possit dodrantem deducere aut retinere, quam prior hæres consumere potuit? Et quod miror, Accurs. respondet, posse, *in authent. contra, si rogatus, C. ad Trebell.* Quæ opinio est falsissima. Quia palam est, testatorem qui rogat restitui quod ex hæreditate superesset hærede moriente ea mente fuisse, ut si aliquid comsumpsisset, residuum restitueret, si nihil consumpsisset, assem restitueret, nam et superflui nomine continetur as, nec ineleganter etiam as dicitur superesse, ex quo nihil abest, nihil absumpsit hæres. Et sane restituet assem, si fructus medio tempore percepti sufficiant quartæ Falcid. quæ in fructus imputatur, *l. in fideicommissarium, l. ita tamen* §. 1. *hoc tit.* nisi hæres institutus sit ex liberis, qui liberi onerati fideicommisso, quo jure utimur hodie, fructus medio tempore perceptos, non imputant in quartam, *l. jubemus, C. eod. tit.* Sed si fructus medio tempore percepti nulli sint, vel si non sufficiant quartæ, extraneo hærede instituto: nam ex liberorum corpore sive numero, ea repleta sive deducta, residuum hæres fideicommissario præstabit: hæredi igitur, qui nihil consumpsit ex hæreditate fideicommissa, vel etiam hæredi hæredis datur quartæ retentio sive deductio, *l.* 10. *C. ad leg. Falcid.* Qua tamen hac in re abutitur Accurs. Quare etiam hæredi hæredis datur interdictum quod legatorum, quod propositum est Falcidiæ retinendæ gratia, *l.* 1. §. 1. *quod legat.* Dodrantis deductio non datur hæredi hæredis, quia nec ipsi hæredi datur, sed consumptio tantum. Si daretur hæredi deductio dodrantis, daretur hæredi hæredis, sed nec hæredi priori datur, quadrans deducitur jure testamenti, hoc est, jure hæreditario, *l. qui duos de leg.* 2. Dodrans non deducitur: sed consumitur pendente conditione fideicommissi ex præmissa Novella Constit. Justin. Rursus quæritur, *an qui rogatus est restituere quod ex hæreditate superfuerit, etiam fructus superfluos restituere debeat?* Sed hanc quæstionem non debeo explicare hoc loco, sed lib. seq. ubi pluribus explicabitur *d. l.* 3. §. *nonnunquam, de usur.* Et ibi etiam explicabitur alia quæstio, an qui rogatus est restituere, non quod ex hæreditate superfuerit, sed quod ex hæreditate ad eum pervenerit, debeat etiam restituere fructus exstantes existente conditione fideicommissi. Has igitur duas quæstiones reservabimus. Sequitur quarta quæstio, *an is, cui superfluum hæreditatis restituitur ex causa fideicommissi, sit Trebellianus fideicommissarius,* id est, *an pro rata ejus, quod ei restituitur, in eum transeant actiones et obligationes activæ et passivæ.* Et videtur non transire ex *l. cogi* §. *inde quæritur h. t.* quia non hæreditas relicta est per fideicommissum, sed res sive quantitas ex eo, quod supererit. At sane ve-

rius est, in eum transire Trebellianas actiones, cui superfluum hæreditatis restituitur, atque ita fideicommissarium esse Trebel. fideicommissarium hæreditatis, non rei, aut quantitatis certæ, alioquin nihil hæc lex pertineret ad hunc tit. Et *d. l. cogi §. inde quæritur*, ut rectissime Bartolus animadvertit hoc loco, loquitur de eo, qui rogatus est restituere superfluum hæreditatis, deductis oneribus hæreditariis omnibus, deducto ære alieno, deductis legatis: hic debet fideicommissarium indemnem servare, aut debet hæreditatem restituere sine deductione æris alieni, vel legatorum. Ultima quæstio hæc est, quid sit dicendum de eo, qui simpliciter rogatus est hæreditatem restituere, non superfluum hæreditatis, sed hæreditatem, an potest aliquid ex hæreditate alienare vel diminuere? Et regulariter non potest. Et id quod alienavit, fideicommissarius persequi potest judicio in rem adversus quemlibet possessorem. Est enim ei actio personalis ex testamento adversus hæredem, *l. ult. §. sed quæritur, C. comm. de legat.* Illud tantum observandum est, libertatem, quam hæres dedit servo hæreditario ante restitutam hæreditatem, cum ipsius erat servus, nondum factus fideicommissarii, servo non posse eripi, sed fideicommissario esse persecutionem æstimationis servi adversus hæredem, *l. quidam §. pen. l. si hæres institutus §. 1. h. t.* Vix unquam eripitur servo libertas, cui semel competit, nihil est, quod ægrius revocetur. Et ut ait *d. l. quidam*, libertas servo conservatur. Nam et similiter idem obtinuit *in specie l. qui pure, in princ. h. t.* servo relicta est libertas pure, hæreditas fideicommissaria sub conditione: hæres institutus suspectam dicit hæreditatem antequam existat conditio fideicommissi. Ergo cogitur adire statim ante conditionem fideicommissi, et non tantum adire, sed etiam restituere. Aditio eripit servum in libertatem, et aditionem sequitur restitutio fideicommissi. Sed quid fiet, si postea deficiat conditio fideicommissi? Bona non debent remanere apud fideicommissarium: et ea hæreditas constituetur sine effectu: non est enim æquum hæredem, qui coactus adiit, alligari oneribus hæreditariis. Itaque quod ad onera attinet, hæreditas adita habebitur pro non adita, sed quod ad libertatem attinet, in quam raptus est servus ex ipsa aditione, non habebitur pro non adita, neque enim servo eripi poterit. Item illud notandum, hæredi scripto rogato hæreditatem restituere permitti alienationem quartæ Falcidianæ, quibus casibus quartæ locus est, et poterit alienare ad modum quartæ, ad finem quartæ, et res alienatæ imputabuntur in quartam, *l. 3. §. 2. h. t.* quod supra quartam alienabitur, vindicabitur. Item sciendum est si, liberis non extraneis hæredibus institutis, quarta non sufficiat doti, vel donationi propter nuptias constituendæ pro dignitate personarum et natalium, sicut constitui eam semper ad eum modum oportet, hoc casu licebit etiam liberis ex residuo sumere præter quartam, quantum satis est doti, vel donationi propter nuptias. Sed hoc liberis tantum permittitur, non extraneis, quando simpliciter sunt rogati restituere hæreditatem: nam si rogati sint tantum superfluum restituere, quod ad constituendam dotem attinet, idem est jus extraneorum et liberorum. Et hæc comprobantur ex *l. mulier §. cum propon. h. t. et Nov. 39.* Et observandum, quod in hoc proposito vult *d. §. cum propon.* ut hæres simpliciter rogatus restituere hæreditatem, si sit ex liberis, præter quartam detrahat et alienet interim quantum satis est, doti vel donationi propter nuptias, nisi scilicet fructus medio tempore percepti sufficiant doti. Neque mirum: nam ante *l. jubemus, C. ad Treb.* liberi imputabant fructus in quartam, et similiter in dotem vel donationem propter nuptias. Cum autem hodie fructus non imputent in quartam, ergo nec imputabunt in dotem, non sufficiente quarta, vel dote, et utentur liberi quasi duplici deductione, quartæ scilicet et repletione dotis, vel donationis propter nuptias.

Ad L. etiamsi IX. ut in possess. legat.

Etiamsi condemnatus hæres fuerit, nec pecuniam solverit, legatarius potest desiderare mitti in possessionem. Cum sub conditionibus contrariis eadem res duobus legetur, si non caveatur, uterque mittitur in possessionem.

In hac l. proponuntur duæ breves sententiæ Papiniani. Priorem vulgus interpretum non intelligit, et Accurs. male ad eum notat *l. 1. §. plane, et l. etiam, tit. sup.* quasi scilicet in ea idem, quod in illis contineatur, quod longe secus est. Ejus sententiæ verba hæc sunt: *etiamsi, etc.* Quæ ut perspicue intelligantur, est sane intellectu dignissima, quia singularis, sciendum est, ex edicto proposito *tit. sup. proximo*, ei, cui legatum relictum est in diem, vel sub conditione, si hoc desiderabit, hæredem satisdare debere, se iisdem diebus daturum facturumve, quibus testator dari fieri voluit, et dolum malum abfuturum, quod plerique legatarii et fideicommissarii exigere solent, ut habeant fidejussores legati aut fideicommissi, quod quandoque eis licebit petere, cum medio tempore posset hæres profligare et dissipare omnem hæreditatem. Verum non interponitur hæc satisdatio, si testator hæredi eam remiserit, si vetuerit ab hærede satis exigi, vel si quocunque alio judicio

appareat, noluisse testatorem ea satisdatione hæredem suum onerari. Nam hodie ex Constitutione Marci et Commodi, quocunque judicio voluntatis hæc cautio remitti potest, *l.* 2. *C. ut in possess. leg. l. cum tale* §. 1. *l. avia*, §. *ult. de cond. et demonst. l. pactum*, *de pact. et Nov.* 108. Alioquin si testator non remiserit istam cautionem, locum ea habet, et cavenda est postulantibus legatariis aut fideicommissariis. Et locum habet etiam in fideicommissaria hæreditate, ut diximus *ad l. Titius*, *ad Trebell.* Imo et in directa hæreditate, ut in substitutione vulgari, hærede primo scilicet instituto sub conditione, et pendente conditione, postulante bonorum possessionem secundum tabulas, quam prætor facile dat antequam extiterit conditio, licet jure civili bona non possint adimi antequam exstiterit conditio, *l. inter*, *qui satisd. cogant. l.* 8. *de prætor. stip.* Quid fiet, si hæres nolit satisdare? Incivile est quodammodo liberum hominem cogi quid facere invite. Qua de causa, si nolit satisdare, sane non cogetur satisdare. Verum vice satisdationis legatarius mittetur in possessionem omnium rerum, quæ ex causa hæreditaria sunt, ex edicto proposito in hoc tit. Quia quidem missione in possessionem legatario et fideicommissario, neque proprietas datur, neque possessio, sed jus pignoris, ut cui cautum non est satisdatione, sit cautum pignore; missio in possessionem constituit pignus, quod dicitur prætorium pignus: nam mittitur in possessionem per prætorem, vel præsidem ex edicto, *l. misso*, *pro empt.* et in tit. *C. de prætor. pign. l. jure legati*, *C. ut in possess. leg. l. filiusfam.* §. *Divi*, *in princ. de legat.* 1. id est misso in possessionem datur jus pignoris, et per hoc datur etiam ei custodia et observatio rerum hæreditariarum, ut vel tædio custodiæ hæredi extorqueat cautionem, quam initio desideravit, *l.* 3. §. *ult. et l.* 10. *de acqu. possess. l. cum legati, quibus ex causis in possess. l.* 5. *in princ. hoc tit.* Nec enim missus in possessionem potest hæredem expellere possessione, sed simul cum eo possidet res hæreditarias, vel in earum possessione est, Est enim proprius in possessione, quam possidet, *d. l.* 10. quandoque possessio dicitur vicaria, *l. postquam*, §. 1. *tit. sup. prox.* quia scilicet est vice cautionis, *l. si furtum* §. *si quis damni de dam. infec.* At quæso rursus, quid fiet, si hæres legatarium prohibeat, quem Prætor jussit ire in possessionem, ingredi possessionem? Sic tandem legatarius perniet ad jus suum ocissime, etiam ante diem, puta, vel ante conditionem: nam hæres, qui ingredientem prohibuit, ei tenebitur actione in factum, in id, quod interest, hoc est quanti ea res erit, quæ legata est, perinde atque si conditio legati extitisset, coercendæ hæredis contumaciæ gratia. Nec enim in hac specie, id quod interest egredietur pretium rei, sed propter contumaciam hæredis, æstimatio rei repræsentabitur, videlicet non exspectata die vel conditione, *l. pen. quib. ex causis in possess. eat. l.* 4. §. *condemnatio*, *de tab. exhib.* Hic est ordo juris, quem in hac re servari convenit, ut satisdationi, si deficit, succedat missio in possessionem, et missioni, si impedimentum afferat hæres, succedat repræsentatio legati, ac si purum esset legatum et præsens. Verum ad hæc notandum est, interdum etiam de puro et præsenti legato hanc cautionem interponi, puta, si hæres velit litigare, et legatum quod est purum et præsens, non debere: nam hoc casu post litis contestationem, nec enim ante litis contestationem liquido apparet velle hæredem litigare, postulante legatario, hæc cautio exigitur ab hærede, quia nonnullas moras exercitio judicii habet, et inter eas moras posset hæres rem legatam disperdere. Et hoc ostenditur in *l*, 1. §. *plane*, *l. hac stipulatione*, *in princ. l. etiam*, *tit. supr. prox. l. uxor.* §. *ultim. de legat.* 3. Sed addamus etiam post condemnationem, hoc est, hærede damnato legatum solvere, si appellaverit, eadem ratione cautionem, si omissa fuerit, interponi, quia appellatio trahet negotium, et interim pesset res legata perire dolo, aut culpa magna hæredis. Igitur, si sit purum legatum, hæc cautio interponitur, non tantum post litis contestationem, sed etiam post condemnationem, si adhuc hæres velit litigare, et provocet ad majorem judicem. Sed hoc postremo casu notandum est, hoc interesse, quod hærede condemnato appellante, legatarius non mittitur in possessionem omnium rerum hæreditariarum, sicut fit ex edicto, dum recusat cavere hæres, sed mittitur tantum in possessionem rei legatæ, de qua judicatum est ex Constit. Marci. Ait, si modo is legatarius paratus sit cavere de ea re conservanda, et hæredi restituenda, si forte secundum eum pronuntiatum fuerit, *l. postquam* 9. *tit. sup. prox.* Hoc igitur casu cum hæres damnatus est solvere, nec solvit, sed appellat, cessat hoc edictum, et locum habet illa Constitutio Marci, inter quæ jura longa est differentia: nam ut dixi, ex edicto, non cavente hærede, legatarius mittitur in omnia bona, quæ ex hæreditate sunt: ex Constitutione Marci mittitur in eam rem tantum de qua judicatum est: item ex edicto legatarius, qui mittitur in possessionem, nihil omnino cavet hæredi: ex Constitut. cavet, ut dixi ante *d. l. postquam.* Et ob id, quia cavet, quia legatarius oneratur cautione propter exstinctam condemnationem per appellationem. (Nam verissimum est appellationem exstinguere judicium, nec confirmatam sententiam ab eo, ad quem appellatum est, retrotrahi, *l. furti*, §. 1. *de his qui not. in-*

fam.) Ob id igitur, quia oneratur cautione legatarius, ex ea constitutione etiam solus possidet, et expellit hæredem possessione. Ex edicto non possidet solus, sed ambo sunt in possessionem, hæres et legatarius. Et verius hæres possidet, legatarius custos et observator, quasi saltuarius, vel insularius. Quod et aliis multis exemplis confirmatur in *tit. de satisd. lib.* 1. *Sententiarum Pauli.* Nondum satis est. Quæro quid sit dicendum, si legatarius aut fideicommissarius omissa satisdatione et possessione, litem de legato contestatus sit, quasi puro et præsenti, et vicerit, id est, condemnaverit hæredem, et post condemnationem non appellet quidem hæres, sed non solvat legatum? Finge, esse difficile conventu, ut sunt plerunque, quid fiet, quemadmodum legatariis prospicietur? nam hoc casu, neque ex edicto, neque ex Constitutione Marci cautio exigi potest, cum præsens legatum aut fideicommissum debeatur, nec de eo jam hæres litiget amplius, sed cunctetur tantum, moretur, et trahat solutionem? Verum æquissimum est, etiam hoc casu legatario subveniri, non quidem exacta cautione: nam certe ei non est locus, sed non solvente hærede, legatario misso in possessionem bonorum, ut ita nanciscatur jus prætorii pignoris, quasi creditor quilibet judicati servandi causa. Et fuit sententia Papiniani hoc loco, dum ait, *etiamsi condemnatus hæres fuerit, nec solvat*, nihil de appellatione loquitur, legatarium posse desiderare mitti in possessionem, videlicet judicati servandi causa, quasi creditor quilibet, ac proinde hoc casu mittetur etiam in bona hæredis, ne dum in bona hæreditaria, *l.* 3. *C. qui pot. in pign.* Ex hoc edicto non mittuntur in bona hæredis, excepto casu *l.* 5. §. *Imperator*, *h. t.* sed in bona hæreditaria tantum, et ex Constitutione Marci mittitur tantum in rem legatam, de qua pronunciatum est. Hoc vero casu mittitur in omnia bona, quæcunque possidet hæres, undecumque ei obvenerint. Et præterea ex hoc edicto, et ex Constitutione Marci, missio fit vice cautionis non præstitæ: missio est vicaria: post condemnationem hæredis, qui non appellat, sed calumniatur, ut est in l. 12. tab. et legatum solvere detrectat, etiamsi nullus locus sit exactioni cautionis, legatarius non inducitur in possessionem vice cautionis, sed rei suæ servandæ causa: hoc est, debiti servandi causa: non datur hæc possessio, nec dicitur possessio vicaria. Et ita fit dilucida sententia Papiniani.

Posterior quæstio est facilis, *cum sub conditionibus, etc.* Duobus est legata eadem res sub contrariis conditionibus hoc modo: *Primo illum fundum do, lego, si navis ex Asia venerit, aut si non venerit, Secundo.* Idem est, si sub diversis conditionibus, hoc modo: Primo illam rem, *si navis ex Asia venerit.* Secundo eandem rem, *si consul factus fuerit, l.* 3. *t. supr. prox.* Utrique hæres debet satisdare legati nomine, quia uterque est legatarius conditionalis ejusdem rei, uterque separat legatum, nec debeo hujus rei declarationem facere longiorem, quam idem omnino jam expressi in *l.* 5. *et l.* 8. *de prætor. stipulat.*

Ex hoc libro citatur Papinian. duobus tantum locis *l.* 4. *de usu et habit.* Finge: mulieri est legatus usus domus: potest in ea habitare cum marito, cum liberis, libertis, et aliis plerisque personis, licet parum digne videatur maritus sequi domum mulieris, et in ea habitare, quandoquidem domus mariti debet esse domicilium matrimonii, *l. ceterum, de rit. nupt.* Finge rursus, viduæ legatum fuisse, et constitutum usum ædium, ac postea eam nupsisse, an novum quoque maritum excipere poterit? Et refertur in eo loco, ita sensisse Papinianum, ut mulier, cui vacanti constitutus est ususfr. ædium, possit in eis cum novo nupto habitare. Citatur Papin. ex eodem lib. in *l.* 14. *de leg.* 1.

Ad §. *I. L. XIV. de Legat.* 1.

Sed et Papinianus lib. 19. *Quæst. ait: et si post legata sæpius adscripta, idem hoc subjecit, semel præstari velle, et hoc ante impletum testamentum fecerit, ipso jure videri cetera legata adempta. Sed quo magis erit ademptum: non enim apparet, et ait, posse dici exiguius esse præstandum.*

Quidam Titio adscripsit plura legata eodem testamento, et ante consummatum testamentum subjecit, se velle, ut Titio semel tantum præstaretur, hoc est, ut unum tantum legatum ei præstaretur, nec quicquam præterea adjecit, ei autem Titio initio adscripserat plura legata per damnationem; qua de causa dicitur ei deberi exiguius legatum, quoniam potestas eligendi est penes legatarium quoties legata sunt relicta per damnationem, et utique hæres si non est stultus, electurus est exiguius, vel exiguiorem summam, ut *l. si ita relictum*, §. *ult. de legat.* 2. Cetera legata ipso jure adempta sunt, unum tantum præstatur, quod elegerit hæres, quia nec data videntur quandoque adempta sunt eodem testamento. Idemque dicitur, si adempta sint codicillis testamento confirmatis, hoc est, si in eis scripserit, semel se tantum Titio dare velle, *l. si quis eum, de vulg. substit.* Ademptio legati, vel fideicommissi, vel fit ipso jure, vel remedio exceptionis doli mali, puta, si ademptio facta sit per epistolam, vel codicillos testamento non confirmatos, vel nuda voluntate, *l.* 3. §. *pen. de adim. leg. l. quærebatur*, §. *pen.*

de test. mil. Posui legata fuisse relicta per damnationem: nam si plura legata ei relicta fuissent per vindicationem, unum quidem legatum deberetur, sed quod ipse legatarius eligeret, non quod hæres.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XX. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI

Ad L. Cum in rem LXIV. de Rei vindic. et §. ult. L. III. de Usur.

Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quæ usui, non fructui sunt, restitui fructus certum est.

§. ult. L. III. de Usur. *Si auro, vel argento facto per fideicommissum relicto mora intervenerit, an usurarum æstimatio facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta pecuniaque refecta, fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem impunitam esse, responderi oportet. Quod si forte ideo relinquit, ut his vasis uteretur, non sine rubore desiderabuntur usuræ: ideoque non exigentur.*

Dabit initium huic libro lex *cum in rem*, *de rei vindic.* ad quam conjungemus ex eodem libr. §. *ultim. l. 3. de usuris.* Et ait in hac leg. cum *in rem etc.* Quæ verba, ut existimo, non sunt facilia cuilibet. Hoc vero sentit his verbis Papinianus: etiam eorum, quæ usui non fructui sunt, fructus venire in rei vindicationem, et in eos possessorem condemnari debere, cui res evincitur, quia scil. omne legatum possessori auferendum est, *l. post. SCtum, de petit. hær.* Hoc ergo dicit, fructum esse ejus rei, quæ fructui non est, quod videtur absurdum, sed est figura πλοκή. Aliud enim supra, aliud infra significat fructus. Supra significat, qui naturaliter ex re ipsa gignuntur, ut ex arbore poma, qui ex re ipsa nascuntur, quæ optimi auctores vocant gignentia, et nascentia ut Græci γιγνόμενα. Infra autem fructus significat, non quod natura provenit, sed quod ex obligatione, vel officio judicis percipitur, ut ex stipulatione, usura, ex locatione, merces. Nam et hæc pro fructu cedunt, *l. si navis h. t. l. usuræ*, *l. prædiorum*, *de usur. l. postulante*, §. *sed et in hujusmodi*, *ad Treb.* Infra fructus est quasi fructus. Aliæ autem sunt res usui et fructui, ut fundus: aliæ nec usui nec fructui, sed abusui, ut pecunia, vinum, frumentum; aliæ sunt usui, non fructui, ut vasa, neque enim ullum fructum ferunt, aut gignunt. Et non dicuntur etiam esse fructui, nisi improprie, *l. ult. inf. usuf. quemadm. cau.* et de vasis ad hanc legem primum exemplum sumere licet ex eodem libro Papiniani, nempe ex *d. l. 3.* §. *ult. de usur.* cujus sententiam exponere volo.

Certi juris est, in fideicommissis usuras deberi ex mora. Finge: per fideicommissum relictum est aurum, vel argentum factum, hoc est, vasa aurea et argentea, an ex mora debentur usuræ quasi fructus? Et illo loco Papinianus distinguit hoc modo: aut vasa ea mente relicta sunt, ut pretium ex eorum venditione redactum hæres fideicommissario præstaret, et debentur usuræ ejus pecuniæ. Aut vasa ipsa relicta sunt, ut eis fideicommissarius uteretur, et non debentur quidem usuræ vasorum, sed quod vice fructus est, debetur, quanti ea vasa aurea, vel argentea fideicommissarius locare potuit, si in eis præstandis moram non fecisset hæres; non sunt quidem fructui vasa, quæ nullum edunt fructum, sed tamen in rei vindicatione eorum fructus æstimatur, id est, quasi fructus, quanti scilicet locari ab hærede potuerunt, *l. videamus*, §. *penult. de usur.* usuræ non debentur, nisi ex quantitatibus id est, ex iis, quæ numero, mensura, aut pondere constant, non ex iis, quæ certa specie certoque corpore continentur: vasa specie, forma, corpore valent, non quantitate, et ob id vasorum etiam usuræ, ut ait in *d. l. 3.* §. *ult.* non sine rubore desiderantur, hoc est inverecunde desiderantur, quoniam ex corporibus non percipitur usura, sed quasi fructus vasorum recte desideratur. Et ex his verbis, *non sine rubore*, Græci notant eleganter, judicem non debere admittere postulationes inverecundas. Potest etiam ad hanc legem ex *d. l. videamus* poni exemplum in vestimentis: nam et hæc usui sunt, non fructui. Et licet adnumerentur rebus, quæ sunt in abusu, §. *constituitur*, *Instit. de usufr.* non tamen plus sunt in abusu, quam usu, deteruntur tantum, non consumuntur, et abusus consumptio est. Quare etsi legetur ususfr. vestis de eadem veste reddenda, quandocumque finitus erit ususf. legatarius hæredi cavere solet et liberatur, si reddat etiam usu attritam, *l. 9.* §. *pen. usufr. quem cau.* Nec vestimentorum ususfr. legatur sicut pecuniæ, *l. sed si quid* §. *etsi vestiment. de usufr.* Pecunia abuti licet statim, si modo caverit de tantadem pecunia reddenda, legatarius scilicet: vestimentis abuti non licet. Quamvis autem vestimenta non sint fructui, hoc est, nullum fructum gignant, tamen vice fructuum æstimantur in actione in rem, quanti his locatis mercedis nomine capi potuerit, *d. l. videamus.* Ex qua etiam aliud exemplum poni potest in servitutibus prædiorum. Iter, actus via usui est, non fructui, res incorporalis non potest esse fructui, et tamen, si vindicetur servitus,

vice fructuum restituetur omne commodum, quod habiturus erat actor, si statim eo tempore, quo exigit, ire prohibitus non fuisset, *d. l. videamus, in fi.* Restituetur id, quod interest, se prohibitum non fuisse, *l.* 4. §. *in confessoria*, *si servit. vind.* Non dicitur quod valde notandum est, haberi rationem ejus mercedis, qua servitus locari potuit, sicut dictum est de vasis et vestimentis, quia scilicet servitus locari non potest, *l. locare servitutem nemo potest*, *inf. locati.* Cujus rei ratio inferius explicabitur. Sed poterit æstimare petita servitute, quanti eam pignori obligare actor potuit, et beneficio pignoris istius pecuniam, qua indigebat, efficere. Nam servitus pignori dari potest, puta iter, vel actus, vel via, vel aquæductus, *l.* 12. *de pignoribus*, et fructus est, id est, quasi fructus, vel pignori dare licere, *l. ult. de usur.* Etiam aliud est exemplum in *d. l. videamus*, de proprietate nuda. Nam ejus usus quidem est aliquis, ut proprietarius etiam invito fructuario potest fundum, vel ædes custodire per se, vel per saltuarium, *il pourra avoir un concierge en la maison*, vel per insularium, qui tueatur prædium, aut fines agri, *l. si ita legatus*, §. *ult. de usu et habit.* Et potest testatorem mortuum in fundum inferre, si non sit, ubi tam opportune sepeliri possit, *l. locum*, §. 1. *de usufr.* Et servum invito fructuario coercere, et noxæ dedere potest sine dolo malo, *d. l. cum*, §. *ex eo*, *et seq.* Ergo nudæ proprietatis est usus nonnullus, fructus autem nudæ proprietatis nullus est. Sed si petita sit nuda proprietas actione in rem, et inter moras judicii amissus fuerit ususf. ex eo tempore, quo ususfr. consolidatus est proprietati, quo nuda, quæ erat proprietas, facta est plena, fructuum ratio habetur. Idemque erit, si quid interim fundo per alluvionem accreverit, *d. l. videamus*, *l. fructus non modo*, *et l. seq. hoc tit. l. si ego*, §. *idem ait*, *de Public. in rem act.* Ultimo ex eadem *l. videamus*, ponamus ad hanc exemplum in usufructu. Nam certe ususfr. rursum fructui eleganter non computatur: jus utendi fruendi fructum non gignit, non progenerat. Eo tamen jure utimur, et petito usufr. actione confessoria damnabitur reus in fructus, quos actor percepturus erat, si ei possidere licuisset, *d. l. videamus*, non in fructuum fructus, qui vix ulli æstimari possunt: fructus non est fructus, sed quasi fructus, *l. neque*, *de usur. l. hæres* §. *ult. de peti. hæredit.*

L. XI. §. *ult. et L. XII. ff. de Pignor. explicata.*

Hæc sufficerent ad hanc legem, sed attigi in ea enarranda ante rem difficillimam, et male explicatam, cujus rationem reddam fortasse perspicuam. Dixi servitutes non posse locari, et posse pignori dari. Cur tam varie? Cur si pignorari possunt, non etiam locari? Et rursus, cur servitutes rusticorum prædiorum pignorari possunt, non servitutes urbanorum prædiorum? Nam hæc differentia perquam evidenter proponitur in *l.* 11. §. *ult. et l.* 12. *de pignorib.* Et perquam evidenti calumnia eam eludunt: qui quod in *l.* 11. §. *ult.* est scriptum de servitutibus urbanorum prædiorum, porrigunt etiam ad servitutes rusticorum. Et quod in *l.* 12. est scriptum de rusticis servitutibus, id porrigunt etiam ad urbanas. Est mira licentia. Cum *d. l.* 11. §. *pen.* nullam constituisset differentiam, usumfr. daret pignori dominus an fructuarius, ac proinde nec vellit hanc distinctionem fieri in ceteris servitutibus, illi d. l. acceperunt de servitutibus quibuscumque pignori obligatis, sive pignoris nomine impositis a domino in fundo proprio, quæ omnia vaticinantium imagines sunt. Et merito debemus illis omissis, sive neglectis adferre perspicuam differentiam, quæ ponitur in supradictis locis inter servitutes urbanas, ut hæ non possint pignorari, et servitutes rusticas, ut hæ possint pignorari. Et simul inquirere debemus rationem juris, rationemque differentiæ. Præterea adhuc in hac re dubitatur, cur sine distinctione ulla servitutes sint urbanæ, an rusticæ, tamen placet, quascunque servitutes precario concedi posse, *l.* 3. *l. et habet* §. *precario, de prec. l. si quis ser. de relig.* Cur etiam indistincte pignorari non possint? et cur etiam locari non possint? Sciendum igitur hac in re usumfr. separari a ceteris servitutibus: ususfructus vendi, locari, pignorari potest. *d. l.* 11. §. *pen.* quia scilicet fructus est, vel locare et pignorare licere, *d. l. videamus*, *et l. ult. de usur.* Et ususfructus nomen sive jus comprehendit omne commodum, omne emolumentum, omnem obventionem, omnem fructum, vel quasi fructum, et est jus plenissimum: qua ratione usus ab usuario vendi, locari, pignorari non potest, §. 1. *Instit. de usu et habitat.* Qui nudum usum habet sine fructu, non habet fructum: ergo nec locari aut pignorari potest, quia hæc pro fructu cedunt. Servitutes autem prædiorum urbanorum vel rusticorum a domino, vel ab eo, cui debentur, etsi vendi possunt, *l. pen.* §. 1. *de contr. empt. l.* 3. §. *si iter*, *l. illud*, §. *si ille, de act. empt.* locari tamen non possunt, quia omnis locatio fit ad tempus, et servitus non potest constitui ad tempus, *l.* 4. *de furt.* ubi hæsit fundo semel, vix avelli potest: et ideo petita servitute actione in rem in *d. l. videamus*, non dicitur in fructu computari, quod servitute locata mercedis nomine capi potuit, quod tamen dicitur de veste et vasc. Ergo servitus locari non potest, *l. locare locati*: est generaliter accipienda, ut

nemo, neque dominus, neque is, cui servitus debetur, eam locare possit. At contra, ut nunc tractemus de pignore, servitus tam a domino, quam ab eo, cui debetur servitus rustici prædii, veluti iter, via, actus, aquæductus, pignori opponi potest, *d. l.* 12. *de pignor.* et quod dicitur in *d. l. videamus*, petita servitute rustici prædii, in fructibus numerari omne commodum, quod habiturus erat petitor, si non fuisset prohibitus ire, agere, aquamve ducere, puto exempli gratia aptari posse ad pignorationem, quia fructus cujuslibet rei est: sive corporalis, sive incorporalis, vel pignori dare licere, *l. ult. de usur.* Nec potest objici omnino, quod locationi objicimus etiam pignoratione servitutem constitui ad tempus, cum lex semper insit pignori, ut vendi et distrahi possit in perpetuum, adeo ut conventio, ne possit, non sit efficax saltem debitore trina denuntiatione convento, *l.* 4. *de pign. act.* Et hæc de servitutibus rusticis. Servitutem autem urbanam veluti tigni aut stillicidii immittendi, vel protegendi, vel projiciendi dicimus ex *d. l.* 11. §. *ult.* neque a domino, neque ab eo, cui debetur ea servitus, pignorari posse. Et ratio differentiæ hæc est: ut valeat pignus servitutis, non tantum necesse est, creditorem habere vicinum prædium: hoc enim omnino necesse est, quod etiam exigit *d. l.* 12. sed etiam, ut hujusmodi pignus alii vicino distrahi possit, quia inutile est pignus, quod alii non potest vendi, *l.* 4. *de pign. act. l. mulier, de dist. pig.* Atquin creditori habenti ædes vicinas, cui concessum est pignori, jus tigni immittendi, non est vicinus, cui ea servitus usui esse possit, cui vendi possit. Nam quod ex ædibus suis tignum immittit creditor in ædes debitoris, non æque alii vicino ex suis, in eam partem immittendi ullus est usus, ullave utilitas, et consequenter id certe alter vicinus empturus non est, et alius non vicinus emerit etiam frustra. Ergo ejus servitutis inutile pignus est, quia non potest nisi vicino vendi, et vicino emere non expedit, quia si emerit, emerit frustra, et inutiliter. At vero jus prædii rustici, veluti iter, alii vicino vendi potest. Idque forsitan magno alius vicinus redempturus est, cum possit uno eodemque itinere pluribus patere aditus in suos fundos. Et hæc est ratio differentiæ quam satis notavit *d. l. videamus*, quæ de venditione servitutis rusticæ loquitur nominatim, sed veteres non animadverterunt. Quod autem dicitur indistincte, servitutes posse precario concedi, id habet summam rationem, quia possessio sola, vel quasi possessio precario conceditur. Et hujus possessionis utilitas non consistit in distractione, ut jus pignoris, neque enim licet unquam mihi vendere, quod precario accepi. Precarius denique usus non consistit in distractione, sed in usu nudo, et ad libitum domini, qui precario concessit usum itineris, vel immissi, vel projecti. Igitur non fuit, cur in precario constitueremus differentiam inter genera servitutum.

Ad L. Si superatus III. de pignor.

Si superatus sit debitor, qui rem suam vindicabat, quod suam non probaret, æque servanda erit creditori actio Serviana probanti rem in bonis illius eo tempore, quo pignus contrahebatur, fuisse. Sed etsi victus sit debitor vindicans hæreditatem, judex actionis Servianæ, neglecta de hæreditate dicta sententia, pignoris causam inspicere debebit. Atquin aliud in legatis et libertatibus dictum est, cum secundum eum, qui legitimam hæreditatem vindicabat, sententia dicta est. Sed creditor non bene legatariis per omnia comparatur, cum legata quidem aliter valere non possunt, quam si testamentum ratum esse constaret. Enimvero fieri potest, ut pignus recte sit acceptum, nec tamen ab eo lis bene instituta.

§. *Per injuriam victus apud judicium rem, quam petierat postea pignori obligavit: non plus habere creditor potest quam habet qui pignus dedit. Ergo summovebitur rei judicatæ exceptione, tametsi maxime nullam propriam, qui vicit, actionem exercere possit: non enim quid ille non habuit, sed quid in ea re, quæ pignori data est, debitor habuerit, considerandum est.*

Sequitur, ut exponamus quæst. *l.* 3. *de pignor.* Actio hypothecaria est persecutio pignoris, quæ creditori competit, actio in rem, non ut hodie plerique in foro certant in personam *l. pignoris hoc tit. et l. pignoris C. eod. l. ult. C. si unus ex plur. hæred.* Quæ actio hypothecaria etiam dicitur Serviana, simpliciter, ut in hac *l.* 3. quanquam non sit directa Serviana, sed utilis, vel quasi directa. Directa enim Serviana est de rebus coloni, pro mercede pignori obligatis, §. *item Ser. Instit. de act.* Sæpissime etiam in jure actio hypothecaria dicitur pigneratitia, et sane pigneratitia actio nomen est ambiguum. Nam alias actio pigneratitia, est actio in personam, quæ datur debitori de recuperando pignore soluta pecunia, in tit. *de pign. act.* Alias est actio hypothecaria, quæ datur creditori, actio in rem, non in personam. Si quem ex circumforaneis consulas, an actio hypothecaria sit in rem, an in personam, dicet statim, esse in personam: error est irreconciliabilis. Vindicatio enim est rei: vindico rem non tantum jure dominii, sed etiam jure pignoris. Et tantum abest, ut dici possit in personam, ut *d. l. ult.* nominatim dicat, esse in rem, et adjiciat statim non obligare personam. De hac autem actione hypothecaria jam ante dictum est in *l.* 1. §. *cum prædium h. tit.* Si per usucapionem

creditor dominium rei pignori datæ amiserit, creditorem tamen non amittere jus pignoris, creditori servari hypothecariam actionem: usucapione rei non perimi persecutionem pignoris, quæ nulla societate dominio conjungitur, ut ait *l. justo* §. *non mutata de usur. et usucap.* Usucapio dominium mutat, non pignus: usucapitur res cum sua causa libera, si sit libera; obligata, si sit obligata. Et hoc demonstratum est, ut dixi *sup. d.* §. *cum prædium.* Nunc dicitur in hac *l.* 3. æque habita relatione ad id, quod dictum est in *d. l.* 1. quod hoc ipso libro 20. forsitan scripserat Papinianus. æque, inquam, si debitor alio possidente rem, quam ipse pignori dederat, egerit de dominio hujus rei actione in rem, et victus fuerit. vel per injuriam judicis, sordes aut gratiam, vel defectu probationis, dum non probat, se ejus rei esse dominum, si, inquam, adversus debitorem judicatum sit, eam rem ejus non esse videri, creditori servari tamen actionem hypothecariam, modo probet creditor, tempore contracti pignoris eam rem in bonis debitoris fuisse. Satis enim est, si ab initio pignus recte contractum fuerit, nec spectatur quod post subsecutum est, non spectatur usucapio pignoris, non spectatur sententia de dominio pignoris data contra debitorem. Certissimum est, rei alienæ pignus non valere, quod multis locis confirmari potest. Duo sunt satis obscuri, quibus soleo uti, *l. servus quem,* §. *ult. de act. emp. et l. sed etsi lege,* §. *si quis re sua, de pet. hær.* In quo loco velim vos animadvertere, quod non observant, ejus loci rationem in eo consistere, quod rei alienæ pignus non valet. Finge: qui possidebat hæreditatem alienam bona fide, existimans se esse hæredem, res hæreditarias pignori obligavit suo creditori; an videtur aliquid attigisse ex hæreditate? minime: non attingit ex hæreditate, qui rem hæreditariam pignori dat: cur ita? *quia,* inquit, *ipse fuit obligatus,* id est, quia ipse fuit debitor, non hæreditas, et rei alienæ pignus non cousistit. Ac proinde nihil egit, nihil attigit ex hæreditate, rem hæreditariam pignorando: nec enim eam jure pignoravit, nec Græci omisere istam rationem, *ἐπειδὴ μὴ ὢν δεσπότης ὑπέθετο* hoc est, *quia cum non esset dominus, rem pignoravit.* Ex quo sequitur nihil eum egisse: rei alienæ pignus non valet nisi scil. contrahatur sub conditione *l. si fundus,* §. *alienæ, hoc tit. l. idemque,* §. *ult. qui pot. in pign.* vel nisi ea res debitori sit debita vel obligata, hoc est, pignorata: nam nomen et pignus pignorari potest, *l.* 1. *in princip. l. grege,* §. *cum pignori, hoc tit.* Et quæ est tertia exceptio nisi fuerit generalis conventio pignoris, quæ comprehendat etiam bona postea acquisita, *l.* 15. §. 1. *hoc tit.* Potest addi quarta exceptio ex *l. aliena res ff. de pign. act.* Aliena res voluntate domini potest pignori obligari, pignori dari: sed etsi ignorante eo data sit, et ratum habuerit, pignus valebit. Hanc quartam exceptionem adjeci ex meo more, ex *l. si fundus,* §. *si nesciente, hoc tit.* Rei debitoris proprie pignus valet etiamsi postea fiat, vel pronuncietur esse aliena: igitur, quod ab initio consistit, pignus, quod satis est. Quod autem diximus, victo creditore, qui egerat de proprietate pignoris judicio in rem, creditori servari hypothecariam, id ita procedit, ut recte annotavit Accurs. si debitor egerit de proprietate ignorante creditore: nam si eo sciente egerit, præsente, interveniente, et contrariam sententiam acceperit, ea res nocet creditori, et aufert hypothecariam actionem; nec locus est regulæ juris, rem inter alios judicatam aliis non nocere, quia sane non nocet aliis, quorum ex voluntate judicatum non est, sed nocet aliis, ex quorum voluntate judicatum est. Et hoc casu ex voluntate creditoris, qui sciebat debitorem agere de proprietate pignoris, et sciebat eum agere, qui poterat prohibere, et litem suscipere ratione pignoris, videtur judicatum de jure pignoris, quia ex persona agentis debitorem habuit, *l. sæpe, de re judic. l.* 4. §. *pen. de appellat.* Scienti igitur creditori obest sententia, quæ dicta est contra debitorem in judicio in rem. Hæc sic conclusio: cui subdantur exceptiones duæ, *l. præses C. de pignor.* Si debitor causam proprietatis lusorie egerit, hoc est, collusorie, perfunctorie, dicis causa, hoc est, si debitor colluserit cum adversario in necem creditoris, ut fit sæpe inter conjunctas personas: simulant enim litem, unus eorum patitur se vinci in fraudem tertiæ personæ, *ut apud Terent. in Phor. act.* 1. *scena* 2. Si ita debitor causam proprietatis collusorie egerit, perfunctorie egerit sciente creditore causam agi, nesciente collusionem, nihil ea res nocet creditori. Idemque dic, qui est alter casus, si debitor non sit victus causa cognita, id est, utraque parte præsente comminus, quod est in Codice cognitionaliter, sed ex præscriptione, vitio suo, quia scil. tardius judicio adfuit, si victus sit propter absentiam suam, vel contumaciam, quo casu potest agi causa una tantum parte præsente, id est, *μονομερῶς*: nihil enim ea res scienti creditori nocet, quoniam non videtur victus debitor, quod haberet malam causam sed quod abesset vitio suo, *l. Herennius, de evict. l. si expressit, de appellat* 1. §. *si quis, quan. appell. sit.* Et hæc quidem, si debitor egerit de dominio speciali actione in rem. Quæro quid sit dicendum, *si debitor egerit petitione hæreditatis, in qua scilicet erat ea res, quam creditori pignori dederat, et victus fuerit?* Et hoc etiam casu dicemus, creditori absenti vel ignoranti, servari actionem hypothecariam, secundum

superiorem definitionem. Et ut eleganter ait Papinianus, judicem actionis hypothecariæ, neglecta sententia dicta de hæreditate, pignoris causam solam inspecturum, et pronuntiaturum secundum creditorem, si modo probaverit tempore contracti pignoris, eam rem debitoris fuisse: sententiam creditori non nocere: nihil igitur referre, victus fuerit debitor, de proprietate rei pignoratæ agens specialiter actione in rem, an petitione hæreditatis. Obstat huic conclusioni quod sententia de hæreditate data contra hæredem scriptum, secundum hæredem legitimum, cum lis esset inter hæredem scriptum, et hæredem legitimum, etiamsi per injuriam judicis data sit, ea nocet legatariis, et testamento manumissis tam ignorantibus, quam scientibus. Exceptis tamen etiam in hac specie duobus illis casibus, si hæres scriptus collusorie causam egerit, aut si ex præscriptione, aut ex edicto peremptorio victus sit absens, quoniam his casibus, nec scientibus legatariis nocet sententia, quæ data est contra hæredem scriptum. Uno casu non fuit vera lis, collusoria lis non est lis, *c' est un jeu.* Posteriore casu, quia non videtur de jure testamenti pronuntiatum, id est, videtur hæres victus, non quod habuerit malam causam, sed quod abfuerit, et non egerit causam, *l. si ideo, de evict.* Et hæc omnia plenius comprobantur lege, *si perlusorio jud. de appellat. l. qui repudiantis*, §. *ult. et seq. et l. si suspecta, de inoff. test. et l. si servus plurium*, §. 1. *et* §. *pen. de leg.* 1. Sed in d. §. 1. non est legendum affirmate, *injuria facta hæredi scripto nocebit legatariis*, quod plenius docebit Obser. 2. *cap.* 27. quæ causam explicat. Nec a me repetetur hoc loco, quemadmodum sit respondendum leg. 1. *de except. rei jud. et l. statuliberi*, §. *Quintus, de statulib.* quæ huic obstare videbantur. Pergamus ergo et concludamus ita: his tantum duobus casibus exceptis, sententia dicta contra hæredem scriptum, etiam ignorantibus legatariis et manumissis nocet, quæ tamen non noceret creditori ignoranti in causa pignoris, ut diximus sup. Cedo rationem differentiæ? Eam reddit Papinian. hoc loco: legata et libertates testamento relictæ, non aliter possunt valere, quam si constet, ratum esse testamentum, quia ex testamento pendent: si corruit testamentum, corruunt et legata et libertates; si contra testamentum pronuntiatum sit, contra hæredem scriptum testamento, et contra ceteros omnes pronuntiatum est, quibus quid testamento adscriptum est. Denique contra omnem scripturam pronuntiatum. Pignus autem valet, consistit et perseverat, quod valuit initio, etiamsi res debitoris postea esse desierit usucapione, vel pronuntiatum sit, non esse eum dominum hujus rei, vel propter malam instantiam forte, vel propter litem male institutam, vel propter defectum probationum, vel propter injuriam judicis, nihil interest. Sæpe bonæ causæ est mala instantia, ex quo fit sæpe, ut pereat lis actori, *l. et post, de judic. Tertull. lib. de patientia. Quoties*, inquit, *instantia ejus deterior est causa sua.* Sæpe enim, licet rei persequendæ jus suum habet actor, fit ut rem amittat, vel quod non veniat instructus probationibus ad agendum, vel quod non utatur propria actione et congrua, ut si persequatur rem jure hæreditario, quæ non est hæreditaria, sed ejus propria, jure proprio, quo eam persequi debuit. Ergo quoque modo pronuntiatum sit contra debitorem, non videri eum esse dominum rei, nihil ea res præjudicat creditori ignoranti. Et hoc est, quod ait Papinianus in hac lege. Hæc autem, quæ hac lege diximus, ita procedunt, si pignoris conventio sententiam præcesserit, quæ dicta est contra agentem in rem, vel petitorem hæreditatis; sed si post sententiam dictam contra debitorem, res ab eo sit data pignori, creditor videtur in locum victi successisse: et ideo frustra aget hypotecaria, qui causam habet a victo, sive ex persona victi debitoris, quandoque, si agat hypothecaria, repelletur exceptione rei judicatæ, *l. si mater*, §. *ult. de except. rei judicatæ* §. *ult. rei judic.* Quod utrumque procedit, etiamsi debitor victus sit per injuriam judicis. Nam etsi eo casu iniqua sententia victori præbeat retentionem tantum rei, non actionem, sive persecutionem, tamen non spectamus, quid victor non habuerit, sed quid debitor habuerit, non quid victor, sed quid debitor habuerit in ea re, quam pignori dedit. Et non potest creditor plus habere, quam habuit debitor, in cujus locum successit. Utrique igitur erit inefficax vindicatio rei, victo et creditori ejus, qui postea quam victus est, rem pignoravit: uterque si agat, repelletur exceptione rei judicatæ, exceptione inquam: nam sententia dominium non mutat, quod habet debitor ipso jure, *l.* 28. *de except. rei judic.* Et hæc sunt ex §. *ult. hujus l.* Et sunt duo singularia, quæ ex hoc §. notantur. Primum est, rem judicatam nocere ei, qui a victo causam habet, sive sit emptor seu creditor, qui successit in rem singularem, etiamsi non in jus universum. Alterum est, iniquam sententiam, si manifesta sit judicis iniquitas, victori præbere quidem retentionem rei, si eam possideat, non persecutionem, non actionem.

Ad L. III. de Usuris.

In fideicommissi persecutione, cum post judicis sententiam moram fecisset hæres, jussit Imper. Marc. Antoninus intermisso legitimo tempo-

re. quod condemnatis præstatur, ut usque ad sententiam commoda fideicommissarius accipiat (*), *quod decretum ita accipi oportet si ante judicis sententiam mora non intervenerit, tametsi non facile evenire possit, ut mora non præcedente perveniatur ad judicem. Sed puta legis Falcidiæ rationem intervenisse. Ceterum si antequam ad judicem perveniretur, in mora hæres fuit, exinde fructuum præstandorum necessitate adstrictus, qua tandem ratione, quoniam et sententia victus est, legitimi temporis spatio fructibus liberabitur, cum ea temporis intercapedo judicato dilationem dare, non lucrum adferre debeat?*

§. 1. *In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitraria nec bonæ fidei, post litem contestatam actoris causa præstanda est in eum diem, quo sententia dicitur: certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est.*

In *l. 3. de usur.* quod tractatur initio, pertinet ad quæstionem de usuris et fructibus fideicommissorum, et est obscurum, et incognitum satis, et tamen perquam interest nobis id esse cognitum. Proponitur in eo decretum M. Antonini Imper. cujus sensus hic est. In persecutione fideicommissi, si hæres fideicommissario condemnatus judicio post sententiam judicis, et tempora judicati solvendi moram fecerit in solvendo fideicommisso, sicut est in *l. solidum*, §. *etiam*, *de leg. 2.* si post dictam sententiam solvere judicatum supersedit, decrevit Imperator, ut usuras et fructus, obventiones et commoda omnia fideicommissario præstet a tempore litis contestatæ usque ad sententiam, quæ sc. fideicommissarius percepturus erat, si statim eo tempore, quo egisset de fideicommisso, fideicommissum ei restitutum fuisset, nec enim quod perceperit hæres, considerandum est, sed quid fideicommissarius percipere potuit, *l. si navis*, §. *ult. de rei vindic.* Denique, si post sententiam moram fecerit hæres, præstat omnia commoda, quæ percepturus erat fideicommissarius ex fideicommisso, etiamsi ea non perceperit hæres, a tempore scilic. litis contestatæ usque ad sententiam. Quid fiet de fructibus, quos fideicommissarius percipere potuit post sententiam? Sciendum est, post sententiam dies aliquot dari condemnato ad judicatum solvendum, ad restituendum fideicommissum, qui dies justi appellantur in 12. tab. Hi dies immunes sunt a dependendis usuris et fructibus his, quos fideicommissarius percipere potuit, ex eodem decreto, cui congruit *lex*, *in bonæ fid. C. de usur. et l. ult.* §. *pen. C. de usur. rei jud.* Et ratio est optima, ut illud tempus sit immune ab usuris et fructibus percipiendis, quia tempus illud condemnatis datur humanitatis gratia, dies illi humanitatis gratia indulgentur, *l. cum militi* 14. §. *ult. de compensat.* Ergo expertes esse debent omnis inhumanitatis, nempe soluti et immunes a dependendis usuris vel fructibus percipiendis, hoc est, quos fideicommissarius percipere potuit. Quare post rem judicatam cessat ratio usurarum ac fructuum percipiendorum, intra tempus scil. illud legitimum, quod condemnatis præstatur. De præteriti temporis usuris et fructibus erat quæstio, an essent fideicommissario præstandi, et decrevit Imperator esse præstandos a tempore litis contestatæ, usque ad sententiam, cum hæres post sententiam et tempora judicati moram fecit in præstando fideicommisso. Cur vero erat questio de usuris et fructibus præteriti temporis ante condemnationem, ante sententiam? quia scilicet fructus et usuræ non erant in condemnationem deductæ, neque vero deduci poterant, quia ut poni necesse est in hac specie, quod notandum, hæredis fuit ratio litigandi justa, hæres juste ad judicium provocavit, quo modo moram facere non videtur, *l. sciendum*, *si qui*, *hoc tit. l. qui sine dolo*, *de reg. jur.* Et post condemnationem nullum est officium judicis *l. 1. hoc tit. l. judex*, *de re judic.* Quare opus fuit decreto Imperatoris, quo declararetur, etiam in executione judicati venire præteritam causam, id est, præteriti temporis usuras et fructus tempore litis contestatæ usque ad rem judicatam, cum post rem judicatam moram fecit hæres. Sententia (*) hoc loco non est admonitio, non interlocutio, ut Accursius vult, sed res judicata, finitio litis ultima ex eo intelligitur, quod si hæres moram non fecerit post sententiam, qui nec moram fecit ante sententiam, ab eo fructus et cetera commoda fideicommissario præstari non debere, quæ habiturus erat fideicommissarius, si initio litis statim ei fideicommissum restitui contigisset. Mora hæredis facit, quæ rem judicatam sequuta est, ut retro habeatur ratio usurarum et fructuum a lite contestata, usque ad sententiam, ut habeatur ratio præteritæ causæ, præteritorum commodorum. Atque ita erat quæstio de præteritis usuris et fructibus, post tempora judicati moram faciente hærede, de usuris et fructibus futuri temporis non erat quæstio, quia certissimum erat ipso jure usuras et fructus ex natura judicati deberi, a lapsu temporis judicati faciendi, et graviores quidem usuras, puta centesimas, *l. ult. C. de usur. rei judic.* olim duplices centesimæ, *l. 1. C. Theod. eod. tit.* Intelligimus sententiam tenoremque de-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 32.

(*) *Vid. Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 32.

creti simul, ac causam et rationem. Nunc tractandum est de interpretatione, quam ad illud decretum adhibuit Papinianus hoc loco perquam subtilissimam. Hoc decretum Imperatoris. ut intermittatur spatium legitimum, quod condemnatis datur, et sit immune a dependendis usuris et fructibus, Papinian. ita interpretatur: verum quidem hoc esse et æquum, si ante sententiam hæres moram non fecerit, sed post sententiam, ut etiam posuimus, puta ut si quis existimans legi Falcidiæ locum esse, non dederit integrum fideicommissum quod petebatur, et contendens summa ratione, prius esse ineundam rationem Falcidiæ, quam integrum fideicommissum præstandum, *l. qui solidum, in pr. de leg.* 2. *l.* 2. *Cod. de usur. et fruct. legat.* moram non facit, quia obtinente Falcid. litigat cum fideicommissario, et ei recusat statim restituere fideicommissum. Sed si ante sententiam moram fecerit hæres, ut sane plerumque lis contestatur cum eo, qui jam moram fecit, quem jam interpellavimus, ut Græci dicunt hoc loco, non facile dicitur esse lis ante moram. Et plerumque moram facit, qui mavult litigare, quam restituere, *l. nemo, inf. de ver. obligat.* Hoc casu ex tempore moræ hæres præstat fructus et omnia commoda, etiamsi mora fuerit antiquior contestatione litis, *l.* 39. §. *fructus, et l. quæsitum*, §. *ult. de leg.* 1. *l. si quid servo, de leg.* 2. præstat, inquam, omnia commoda a temporæ moræ, quoad solverit, nec legitimi temporis, quod datur condemnatis, fructibus liberatur, quia, ut ait Papinian. *Illa intercapedo temporis condemnato dilationem dare debet, non adferre lucrum*, cum ante sententia in mora fuerit, et deinde etiam sententia victus. Et inquit eleganter, *si ante litem contestatam in mora fuerit, exinde fructuum præstandorum necessitate adstrictus*, id est, ex eo tempore factus est obnoxius præstandis fructibus: *qua tandem ratione*, inquit? *quoniam et sententia victus est legitimi temporis spatio fructibus liberabitur: à quel jeu gagnera-t il cela*? Ergo intervallum illud non liberabit eum fructuum præstatione, quinimo ex mora refundet omnia commoda fideicommissario, usque in diem solutionis, *il faut bien noter cela.* Et ad rem subjicit Papinianus, quod est in §. *in his quoque, qui doit estre conjoint avec le premier*, non tantum in fideicommissi persecutione, *sed in his quoque judiciis, quæ nec arbitraria sunt, etc.* Et hoc vult: idem servari, quod dictum est, in persecutione fideicommissi, quæ est extraordinaria, *l. pecunia*, §. *persecutionem, de verb. signif.* et arbitraria, quæ obtinet instar actionis in rem, cum adversus quemcumque possessorem detur, *l. sic quoque* §. *ult. de leg.* 1. Omnes autem actiones in rem, aut quasi in rem, arbitrariæ sunt, *l. qui restituere, de rei vindicat.* de quarum natura alibi tractabimus. Actiones autem sunt bonæ fidei, aut strictæ. Non est perfecta divisio, *il faut adiouster*, aut arbitrariæ, *ou bien*, et strictæ, aut arbitrariæ, aut non. Quod dictum est in persecutione fideicommissi servari, servari idem Papinianus subjicit in omnibus judiciis strictis, quæ nec sunt arbitraria, nec bonæ fidei. Quod vero servari? Resumere oportet breviter, quæ ante dicta sunt. Et secundum ea accipite *d.* §. *in his quoque*, hoc modo: ut qui ante sententiam moram non fecit, sed post sententiam, aut tempora judicati, præstare debet actori usuras et fructus, et ceteras accessiones, hoc est, omnem causam a tempore litis contestatæ usque ad rem judicatam, non etiam post rem judicatam intra legitimum tempus, quod condemnatis datur humanitatis gratia: namque id tempus immune esse oportet ab usuris dependendis, ac fructibus. Quod si moram fecit ante litem judicatam, ut puta, quia non fuit ei ratio litigandi, etiamsi moram non fecerit ante litem contestatam, præstat commoda omnia a tempore litis contestatæ in strictis judiciis usque in diem solutionis, non intermisso legitimo spatio, quod judicatis datur. Et ita est accipiendum semper quod dicitur etiam in strictis judiciis venire omnem causam post litem contestatam, *l.* 2. *h. t. l.* 8. *de re jud. l. videamus* 2. §. *si actionem hoc tit.* Hoc in strictis judiciis. In arbitrariis usuræ et fructus veniunt a tempore moræ etiam ante litem contestatam, si ante litem contestatam in mora fuerit reus. Nam et in arbitrariis aute moram non veniunt fructus, quod latius exposui lib. 6. *ad l.* 2. *hoc tit.* In bonæ fidei judiciis fructus veniunt etiam ante moram plerumque, ut plurimum, *d. l. videamus* 2. §. *pen.* Et usuræ tamen non veniunt, nisi ex mora officio judicis, *l. mora*, §. *in bonæ fidei, hoc tit.* In *l. usuræ, hoc tit.* dicitur, usuras vicem fructuum obtinere, nec debere a fructibus separari. Hoc est verum plerumque, sive ἐπὶ τὸ πλεῖστον: nam separantur tribus casibus usuræ a fructibus. In bonæ fidei judiciis fructus veniunt etiam ante moram, usuræ post moram; tantum hæc una differentia. Altera est, usuras non præstari possessæ pecuniæ inventæ in hæreditate, quam non exercuit, non fœnori occupavit: fructus tamen præstat, puta nauta, et vecturas navis, quam non exercuit, *l. si navis, de rei vindicat.* Est et tertia separatio, si fundus venierit fructibus maturis, fructus sequuntur emptorem. Et pessime nobilis quidam Gallicus, qui vendiderat pratum fœno nondum cæso, calumniabatur se pratum vendidisse, non fœnum. Sed si fundus, qui fuerat locatus venierit, pensiones sequuntur venditorem,

l. Julianus, §. *si fructibus*, *de act. empt.* Atque ita his casibus usuræ separantur a fructibus. Sed interea in hac quæstione fructuum hanc inter judicia constituimus differentiam, ut in strictis judiciis, si moram non fecerit reus ante sententiam, sed post, ut veniant fructus a tempore litis contestatæ, usque ad sententiam, intermisso legitimo tempore, quod judicatis indulgetur. Si moram fecerit ante sententiam, ut veniant a tempore litis contestatæ, in diem solutionis sine intermissione. In arbitrariis autem, ut veniant etiam, qui percipi poterunt ante litem contestatam. Si reus in mora fuerit ante litem contestatam, non aliter, ex tempore moræ, scilicet in diem solutionis, in bonæ fidei autem judiciis, ut fructus veniant etiam ante moram.

Ad §. *Nonnumquam.*

Nonnunquam evenit, ut quanquam fructus hæreditatis aut pecuniæ usura nominatim relicta non sit, nihilominus debeatur: ut puta si quis rogetur, post mortem suam quidquid ex bonis supererit, Titio restituere: ut enim ea, quæ fide bona diminuta sunt, in causa fideicommissi non deprehenduntur, si pro modo ceterorum quoque bonorum diminuantur, ita quod ex fructibus supererit, jure voluntatis restitui oportebit.

§. 3. *Cum Pollidius a propinqua sua hæres institutus, rogatus fuisset, filiæ mulieris, quicquid ex bonis ejus ad se pervenisset, cum certam ætatem puella comp'esset, restituere, idque sibi mater ideo placuisse testamento comprendisset, ne filiæ tutoribus, sed potius necessitudini res committerentur, eundemque Pollidium fundum retinere jussisset, præfectis prætorii suasi, fructus, qui bona fide a Pollidio ex bonis defunctæ percepti essent, restitui debere, sive quod fundum ei tantum prælegaverat, sive quod lubrico tutelæ fideicommissi remedium mater prætulerat.*

§. 4. *Si auro et argento facto per fideicommissum relicto, mora intervenerit, an usurarum æstimatio facienda sit, tractari solet. Plane si materiam istam ideo relinquit, ut ea distracta, pecuniaque refecta fideicommissa solverentur, aut alimenta præstarentur, non oportere frustrationem impunitam esse respondi. Quod si forte ideo relinquit ut his vasis uterentur, non sine rubore desiderabuntur usuræ: ideoque non exigentur.*

(*) Pertinet hæc lex ad persecutionem fideicommissi. Et sciendum est, regulariter in fideicommissariam hæreditatis restitutionem fructus vel usuras non venire hac ratione, quia qui rogatur hæreditatem restituere, id tantum videtur rogatus reddere, quod hæreditatis fuit: fructus autem vel usuræ non hæreditati, sed rebus ipsis, vel nominibus accepto feruntur, *l. in fideicommissaria*, *ad Treb.* fideicommissum est de hæreditate: in hæreditate non sunt fructus vel usuræ. Ergo fideicommisso non continentur, ac proinde restituendi non sunt fideicommissario. Verum quamvis non sint restituendi, tamen hæredi imputantur in id, quod defunctus debuit, adeo ut eos non possit deducere in ponenda ratione legis Falcidiæ, veluti si fructus debitum æquaverit, *l. cum pater*, §. *Titio*, *de leg.* 2. *l.* 9. *quod de bonis*, §. *fructus*, *ad l. Falcid.* Hæredi enim imputantur in Falcidiam, hoc est, submovent Falcidiam, si tantum sit in fructibus, quantum quarta facit, et quartæ fructus, ut si ex hæreditate percepti sint fructus jure hæreditario, hoc est, ex judicio defuncti vel tacito, puta, ante diem fideicommissi cedentem: nam qui diem apposuit fideicommisso, sane voluit, ut ante eum diem fructus perceptos sibi haberet hæres: ut sibi igitur haberet jure hæreditario, et consequenter sibi eos imputaret in Falcidiam. Nam quodcunque jure hæreditario capitur, in Falcidiam imputatur, *l. quod autem* 74. *et l. in quartam*, *ad l. Falcid.* Ergo hæres fructus imputat in Falcidiam, quos cœpit jure hæreditario ex judicio defuncti, puta ante diem fideicommissi cedentem, non etiam, quos percepit negligentia fideicommissarii non petentis fideicommissum, puta ex puro fideicommisso, vel post diem fideicommissi cedentem ante moram. *l. mulier* §. *si hæres*, *ad Treb.* Non imputat etiam fructus hæres, quos jure dominii proprio percepit, veluti ex re sua propria, quam defunctus legavit, quoquo tempore eos perceperit, quia nunquam percipiuntur jure hæreditario, sed jure proprio quasi ex re sua, non veniunt a defuncto, *l.* 24. §. *ult. ad l. Falc.* Notandum etiam, filios hæredes institutos, nullos fructus imputare in Falcidiam, nec eos quidem, quos percipiunt ex judicio defuncti ante diem fideicommissi. Filiis hoc datum ex *l. jubemus*, *C. ad Treb.* Et quidem filiis solis, non sequentibus liberis, liberis primi gradus non sequentibus, ut indicat *d. l. jubemus*, §. *ult.* ante quam etiam filii fructus imputabant in Falcid. *l. Pap.* §. *unde*, *de inoff.* imputabant etiam in dotem, ut in specie *l. mulier* §. *cum proponeretur*, *ad Trebell.* Unde argumento *d. l. jubemus*, posset tentari hodie, filios nec in dotem fructus imputaturos, vel in donationem propter nuptias. Ceterum fructus fideicommissario non sunt restituendi. Et hæc est regula, quam proposui initio. Ha-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cuj. lib.* 3. *cap.* 32.

bet hæc regula multas præscriptiones. Prima hæc est, ut sint restituendi fructus fideicommissario supplendi fideicommissi gratia, ut in specie *l. scribit*, *et l. ita tamen* §. *hæres ex asse*, *ad Trebell.* quam speciem vobis excutiendam relinquo. Secunda præscriptio hæc est, ut locus sit regulæ in fructibus immaturis, vel qui sati et percepti sunt post aditam hæreditatem, et in usuris nominum ab hærede contractorum post aditam hæreditatem: hi vel hæ non restituuntur. Sed qui erant maturi fructus mortis tempore vel ab ipso testatore percepti jam, et in horrea reconditi quasi hæreditarii, ut similiter usuræ nominum in hæreditate relictorum, in fideicommissaria hæreditatis restitutione veniunt, *l.* 9. *ad l. Falcid. l.* 24. *de usuf. leg. et l. centurio*, *de vulg. subst.* Tertia præscriptio hæc est, ut restituendi sint fructus ex tempore moræ, si hæredis mora intercesserit, in *d. l. in fideicommissaria, et l. ita tamen* §. 1. *l. postulante* §. *pen. et ult. ad Trebel. et d. l.* 24. Nam constat fructus usuras, et commoda omnia ex mora venire in persecutionem fideicommissi, quod obtinere etiam diximus in omnibus actionibus arbitrariis, quarum instar obtinet persecutio fideicommissi, ut scil. ex mora veniant fructus, et ceteræ cessiones, vel ex lite contestata, si nulla ratio litigandi fuerit, nec hæres ante litem fecerit moram, vel etiamsi fuerit ratio litigandi, si fecerit moram post condemnationem, quia hæc mora retro agitur ad tempus litis contestatæ usque ad condemnationem. Et hac in re dicebam distare arbitrarias actiones ab actionibus strictis et bonæ fidei. Et breviter constituebam, hanc esse differentiam, ut in arbitrariis fructus veniant ex mora, vel ex lite contestata secundum superiorem distinctionem: in strictis, ut fructus veniant ex lite contestata, etiamsi mora litem præcesserit; in bonæ fidei, ut fructus veniant etiam ante moram, et ante litem contestatam. Atque ita non est perpetuo verum, quod plerique scribunt, actiones arbitrarias imitari actiones bonæ fidei. Quomodo? non imitantur actiones bonæ fidei, sed strictas potius, quod maxime notandum. Primum hæc sit differentia inter arbitrarias et bonæ fidei quam modo exposui circa fructus. Deinde quod actioni bonæ fidei insint exceptiones omnes, et quasi insint, intelliguntur semper et supplentur officio judicis, *l. hujusmodi*, §. *qui servum*, *de leg.* 1. *l.* 3. *de resc. vend. l.* 1. §. *si onerandæ*, *quar. rer. actio non det.* Actionibus arbitrariis nulla inest exceptio, nec omissa suppletur officio judicis, *l. Pap. de Pub. in rem act.* Item in actionibus arbitrariis non exigitur cautio ante diem, cum quid debetur in diem, et singularis est casus *l. grege* §. *pen. de pignorib.* quia præsens debitum erat: quod si esset in diem vel conditionem, nec cautio interponeretur. In bonæ fidei judiciis cautio exigitur ante diem, *l. in omnibus*, *de judic.* item in arbitrariis nunquam datur cautio, de qua in *l. etsi*, *de re judic.* sed in bonæ fidei tantum actionibus. Et imitatur sane actio arbitraria strictam magis actionem, quia et ipsa origine est stricta, nec media est inter strictam et bonæ fidei, sed strictæ proximior, vel strictæ species una. Quarta præscriptio hæc est, et notissima omnibus, ut fructus restituendi sint fideicommissario et usuræ, si nominatim a testatore relicti sint, et specialiter, vel si cum incremento jusserit fideicommissum præstari, cum omni causa incrementi, hoc est, cum commodis omnibus medii temporis, cum interusurio, *d. l. in fideic. et l. facta*, §. *si hæres, ad Trebell. l. si ita relictum*, §. *Pegasus*, *de legat.* 2. Quinta præscriptio hæc est, ut etiam si fructus nominatim relicti non sint, vel usuræ restituantur, tamen saltem superflui, ex tacita voluntate defuncti, ut *si rogaverit hæredem post mortem suam restituere*, *quod ex hæreditate superfuerit*, quia hæc verba, *quod ex æreditate superfuerit,* demonstrant, mentem hanc fuisse defuncti, ut restitueret etiam fructus superfluos, et usuras nondum exactas, hoc est, ut contentus esset diminutione medii temporis, quam illa verba permittunt, sed moderatur ita legibus, ut fiat ea diminutio bona fide, et arbitrio boni viri, id est, pro rata bonorum omnium testatoris et hæredis, ut hoc loco Papiniani, et nos exponemus in *l. Titius*, *ad Trebell.* Et hodie ex *Nov.* fieri potest quacunque ex causa, usque ad quadrantem. Dodrans demum consumi potest impune, et satis est, fideicommissario servari quadrantem. Voluit igitur testator, qui ita reliquit fideicommissum, ut esset contentus diminutione medii temporis, quod hæc verba ei permittunt: *et quicquid superesset, id omne ut plenissime restitueret.* Quare restituet etiam fructus superfluos. Et hoc est, quod ait §. *nonnunquam.*

Obstat vehementer *l. deducta* §. *pen. ad Trebell.* quæ est etiam ejusdem Papin. *si hæres rogatus sit restituere*, *quod ex hæreditate superfuerit*, *cum moreretur*, *non videtur rogatus*, inquit, *restituere fructus superfluos*: non restituet igitur fructus superfluos, lex *deducta* est ex *lib. resp.* ut Scævola, ita et Papin. quod scribit lib. Quæst. idem solet reponere lib. Resp. at in hac specie non idem, sed omnino contrarium reponit. Et sane Papinianus sublata negatione scripsisse videtur, *videtur rogatus fructus superfluos*, *etc.* Neque hoc vero est verius quicquam, et ratio, quam subjicit, hoc demonstrat, *quia*, inquit, *ea verba fideicommissi diminutionem admittunt*, *etc.* id

est, permittunt interim hæredi diminuere fideicommissum, *fructuum autem additamentum non recipere*, quid hoc est, nisi ea verba non pati, ut fructus sibi habeat hæres, qui supersunt, nec restituat fideicommissario? Ergo diminuere quidem potest, sed fructus superfluos retinere non potest; imo restituere debet fideicommissario simul cum hæreditate. Nam et eodem modo, inquit, in *hac l. Pap.* in causa fideicommissi non esse bona diminuta, sed fructus superfluos esse, id est, ea verba, fructus non adjicere hæredi superfluos: superflui igitur fructus restituendi sunt, quando hæres rogatus est restituere quod ex hæreditate superfuerit. Aliud dicitur, quod etiam valde notandum est, si rogatus sit restituere *quod ex hæreditate ad eum pevenerit*, nam hujusmodi fideicommisso, nec superflui fructus continentur optima ratione, quia ea verba non permittunt diminutionem fideicommissi: cui non licet diminuere, licet fructus retinere: ut contra, cui licet diminuere, non licet fructus retinere superfluos. Et hoc ostenditur in *l. hæredes*, *in princ. ad Trebell. l. quod his verbis*, *de leg.* 3.

Neque huic dicto quicquam refragatur *l. Ballista, ad Trebell.* Nam ut antea ostendi, missis innumeris solutionibus interpretum, testator quod ex hæreditate ad hæredem pervenerit, id voluit restitui, sed non ex fideicommisso, sed ex cautione conventionali, ex stipulatione, quandoquidem non rogavit hæredem ut quidquid ad se ex hæreditate pervenisset, restitueret, sed ut caveret illi, se restituturum, quæ stipulatio cæpit incrementum fructuum, quod id egisse contrahentes intelligantur, *l. pecunia*, §. 1. *de verbor. signif.* Pleuior est stipulatio, quæ geritur inter duos quam fideicommissum. Et eadem ratio *l. pater* §. *ult. de leg.* 3. ut expos. sup. lib. *ad l. unum ex fam.* § *ult. de leg.* 2. Sexta et ultima præscriptio hæc est, ut restituantur fructus ex tacita voluntate, licet eos non reliquerit nominatim, et non tantum superflui fructus, sed præteriti omnes, quos perceperit hæres, etiamsi rogatus sit, quod ex hæreditate ad eum pervenerit, ut puta, si testator distulerit præstationem fideicommissi fideicommissarii contemplatione et gratia, ut si filio suo impuberi fideicommissum hæreditatis reliquerit in tempus pubertatis, aut in tempus legitimæ ætatis, dum scilicet non vult tutori committere bona sua, et mavult ea committere propinquo aut amico, ut non tantum ea bona, sed fructus etiam omnes temporis intermedii servet filio suo, quoad pervenerit ad justam ætatem, et poterit ipsemet sua bona administrare. Hæc providentia testatoris facit, ut hæres nihil possit retinere præter Falcidiam, aut ne Falcidiam quidem hodie, si prohibeat eam testator, et hæc est sententia *d. l. si ita relictum* §. *Pegasus*, *de leg.* 2. Et multo magis §. *cum Pollidius*, *h. l.* mulier, quæ filium habebat, propinquum suum hæredem scripsit, et eum rogavit, ut quod ex hæreditate sua *ad eum pervenisset*, *cum certam ætatem complesset* (quia tempore testamenti erat impubes) et quod plus est, adjecit nominatim mater, hoc sibi placere, ne res filiæ committerentur tutoribus, quod est lubricum et periculosum, et ut committerentur potius necessitudini suæ, propinquitati, fidem habere magis propinquo, quam tutori. Ac præterea jussit, propinquum hæredem institutum sibi retinere fundum, quem imputabit in Falcidiam, si Falcidia interveniat. Ergo duplici ratione propinquus restituit filiæ fructus omnes, etiam anterioris temporis, quoniam scilicet voluit ut esset contentus fundo, et quia palam declaravit, se differre fideicommissum gratia filiæ ob lubricum tutelæ, quod tutelæ administratio sit facillima ad lapsum seu labem Duplex est ratio, sed altera sufficeret: meliori loco voluit mater rem filiæ esse, quam si tutoribus tradita esset: hi porro fructus servassent filiæ. Ergo et hæres eos debet servare filiæ. Et ita judicarunt præfecti prætorio, ad quos fuerat appellatum; illo tempore habebant Imperatores plures præfectos pro arbitrio eorum: his, inquam, præfectis prætorii cognoscentibus hac de re, Papinianus ait, se suasisse, hæredem debere restituere fructus omnes præteritos, quod belle etiam confirmat lex *liberto* §. *scrib. de adim. leg.* Et eadem est ratio *l.* 2. §. *ult. de dote præleg.* ubi voluit, mulierem esse contentam dote, quam ei legavit tantum pro dote. Qua de causa ex eo quod est supradictum, ea mulier onerata fideicommisso, ne fructus quidem retinere potest, quia voluit, ut esset contenta dote sua, ut hoc loco voluit, hæredem esse contentum fundo. Et hoc est, quod ait in §. *cum Pollidius.* Et notandum hoc loco retentionem esse prælegationem, §. *ult.* jam exposui ad *l. cum in rem*, *de re vind. hoc lib.*

Ad L. Procula XXVI. de Probat.

Procula magnæ quantitatis fideicommissum a fratre sibi debitum post mortem ejus in ratione cum hæredibus compensare vellet ex diverso autem allegaretur, nunquam id a fratre, quamdiu vixit desideratum, cum variis ex causis sæpe (in) rationem fratris pecunias ratio Proculæ solvisset. Divus Commodus cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum.

De persecutione fideicommissi est etiam lex Procula. Ex cujus verbis apparet, in ea proponi de-

cretum unum Commodi Imperatoris, sane quam æquissimum, et quod sæpe usuvenire potest. Plerumque quodcumque peti potest, etiam compensari potest, id est, servari jure compensationis, *l. in reb.* §. *ult. commod.* nisi petitum perimi possit per exceptionem peremptoriam, *l. quæcunque, de compensat.* Quia nec videtur peti posse, quod facile potest exceptio elidere vel eludere: nec mirum, si quæ peti possunt, etiam compensari possunt: nam aliquando, et quæ peti non possunt, saltem compensari possunt, veluti debita naturalia, *l.* 6. *de compensat.* Et ex diverso etiam quandoque quæ peti possunt, compensari non possunt, verbi gratia, mecum agente aliquo depositi non possum compensare, quod is mihi vicissim debet ex alia causa. Hic est favor depositi, ut ejus restitutionem nec compensatio retardare possit, vel impedire, et tamen id quod mihi vicissim debet, ab eo possum petere. Ergo quod possum petere, non possum compensare, *l. qui invicem, de cond. indeb. l.* 15. *C. de compensat.* Quia vero plerumque quod peti potest, et compensari potest, et fideicommissum peti potest, ergo et compensari potest. Hoc cognito fac ita esse: frater sorori debuit fideicommissum magnæ quantitatis, quod ad rem maxime facit: non fuit exiguum aut modicum, sed amplum et grande. Illa autem cum fratre sæpe rationem habuit ex variis contractibus, et nunquam reputavit, vel compensavit fideicommissum, quod ei debebat frater, nunquam habuit rationem fideicommissi, quantumvis licet ampli: sed quod apparebat ex ratione accepti, et expensi eam debere, solvit sæpius fratri interim et parem rationem fecit. Nunc mortuo fratre, cum ex rationibus et negotiis cum eo habitis aliquid resederit, agentibus cum ea hæredibus fratris, objicit compensationem fideicommissi sibi a fratre debiti, quam nunquam in retractandis rationibus objecerat fratri. Quæritur an sit audienda? Et refert Papinianus, Imperatorem Commodum decrevisse, non esse compensationi locum, quod fideicommissum soror fratri tacite videretur remisisse, fideicommissi petitioni obstare exceptionem tacitæ remissionis, taciti pacti de non petendo fideicommisso, et quæcunque exceptione elidi possunt, nec veniunt in compensationem. Placet valde decretum: ex quo possunt multæ quæstiones dirimi, ut quod fratri defuncto, vel alii conjunctæ personæ debitum magnæ quantitatis reputare neglexi sæpius, cum eo habens rationem ex variis causis, non possim etiam reputare hæredi ejus. Observare vos oportet necessario, has omnes cicunstantias, crebras solutiones, crebras variationes, crebro omissam compensationem fideicommissi, fideicommissum magnæ quantitatis, et rationes gestas inter fratres: extra has circunstantias non est huic decreto locus. Itaque nihil obstat *l. si cum dos, in princ. rer. amot.* Si divortio facto mulieri agente de dote vir solverit dotem, nec opposuerit compensationem ob res amotas divortii causa a muliere, nec protestatus sit se acturum rerum amotarum, non ideo habet maritus actionem rerum amotarum post solutam dotem integram, quia scilicet eam actionem remisisse non videtur; nec ideo minus compensationem opponere potest ob res amotas ex alia causa agente muliere. Et ratio hæc est: quia semel tantum muliere agente de dote compensationem omisit, quia etsi eam per errorem omiserit, eo nomine agere potest condictione quasi indebita dote soluta, *l.* 1. §. *pen. de emp. in res dot. l.* 10. §. 1. *de compensat.* In specie hujus legis, soror sæpius omisit compensationem fideicommissi, et ultro citroque habita inter eam, et fratrem sæpius ratione universa omnium negotiorum, quæ habuerant in vicem, in eam fideicommissum nunquam deduxit, quod utique cum esset magnæ quantitatis, deduxisset, si id fratri remittere noluisset. Ex eo sumitur perquam idonea conjectura, et certissima tacitæ remissionis: non minus valent tacitæ pactiones, quam expressæ, *l.* 2. *de pact.* remissio, pactio est. Solet etiam opponi huic decreto lex *libertis* §. 1. *de alim. leg.* Libertis relictum est fideicommissum: hi cessarunt in petitione fideicommissi, quia neque id petiverunt ab hærede, neque ab hærede hæredis: quæritur, an possint petere a novissimo hærede? Et ait posse, quod est verissimum, etiamsi decem annos inter præsentes cessaverint, quia persecutio fideicommissi est perpetua, nec perimitur nisi triginta annis, *l. quæ fideicommissa, de leg.* 2. habetur enim instar actionis in personam, actio autem in personam non finitur longo tempore. Unde, ut respondeam, ita distinguo: ex solo tempore, quo cessavit fideicommissarius, ex cessatione sola, ut tarda petitione non induci remissionem fideicommissi, ex ratione sæpe tractata cum hærede debitore fideicommissi, et in ea re nunquam deducto amplo fideicommisso, quod tamen erat dignum deducere, si id noluit remittere hæredi, nec facile sumere argumentum remissi fideicommissi. Opponitur lex *Titio, de obl. et act.* debes mihi pecuniam ex causa judicati, necdum solvisti, et ego certam pecuniam credo mutui nomine, de qua tu cautionem seu Chirographum emittis, in quo non facis commemorationem pecuniæ, quam mihi debes ex causa judicati, non dicis præter pecuniam debitam ex causa judicati, te debere tot nummos, an ex causa crediti, *an ommissa commemoratio prioris debiti mihi nocere potest? an vero integræ mihi sunt utræque petitiones?* Et ait, esse integras, commemorationem omissam nihil nocere, quod est æquissimum: nam et commemoratio facta prioris debiti nihil prodest,

id est, non habet vim obligationis, nisi probetur vere debitum fuisse, *l. ult. hoc* 1. *et Nov.* 119. Lex *Titio* igitur est de ommissa commemoratione antiquioris debiti, nos loquimur de omissa compensatione semel atque iterum, et compensatione magnæ pecuniæ, et de ratione habita cum propinquo: nam omnes has circunstantias concurrere oportet, ut sit decreto locus. Nec abs re dixit, fideicommissum fuisse magnæ quantitatis, quia non videtur in rationem omisisse magnam quantitatem, nisi qui eam remittere voluit. Observandum est, quod ait, ex eo decreto quasi tacite fideicommissum fratri remissum fuisse: quibus verbis hoc significatur, quia dicit, *quasi videri sororem, quæ sciens solvit, fratri, quod debebat donasse fideicommissum, quod ei debebat frater.* Quod et Græci expressius demonstrant, dum iniquiunt, videri sororem remisisse fratri κατὰ χάριν, *pour l'amour de luy.* præsumi igitur fideicommissum esse remissum: nam verbum *quasi* aut *videri*, præsumptionem significat *hoc tit.* qui tit. est *de probationibus et præsumptionibus:* hæc lex pertinet ad præsumptiones, non ad probationes, qua de causa probatio potest admitti in contrarium, puta sororem solvisse, solvisse fratri, quod debebat, non remittendi fideicommissi gratia, quod ei debebat frater, sed, *ut* Græci ajunt, plenæ fidei exhibendæ gratia, *elle l'a voulu payer entierement.* Nam in partem, a qua est præsumptio, licet alteri parti afferre probationem contrariam, *l. generaliter, §. si petitum, de fideicom. libert. l. ult. in pr. quod met. cau.* Et eadem ratio intervenit in specie *l. qui fundum, §. servus, pro empt.* Species hæc est: servus meus, qui peculium habebat, mandavit Titio, ut fundum emeret peculiari nomine. Titius fundum emit, et mox manumissus est servus adempto peculio, ita ut eum jam non possit sequi peculiaris obligatio. Titius tamen servo tradidit fundum, existimans ei fuisse concessum peculium, quæritur, an possit manumissus servus usucapere fundum? respondet non posse, quia scit aut scire debuit, sibi ademptum esse peculium, atque ita putavit, se esse creditorem, et adempto peculio desierit esse creditor, et in jure nihil refert scierit quis, an scire debuerit, *l.* 1. *§. pen. de ædil. edic. l. Jul. §. quod autem, de act. emp. l. si duo, de acq. hær. l. pen. ad Maced. et l.* 48. *de fideic. libert.* Quid autem erit, si Titius, qui manumisso fundum tradit, scierit manumisso ademptum esse peculium? Hoc casu intelligendus est, inquit, hoc est, videtur servo eum fundum donasse potius, quam indebitum solvisse: præsumitur esse donatio. Ergo contra hanc præsumptionem probatio recipi potest, si sit paratus probare, se ideo tradidisse fundum manumisso, quod etsi nullum jus ei competeret, nulla obligatio, tamen ipse esset auctor emptionis, quia mandaverat emi eum fundum, et ut de manu servi potius quam de sua dominus fundum acciperet: hoc nisi probetur, valebit præsumptio donationis. At contra in *l. cujus, de reg. jur.* quæ non omnino bene commiscetur cum specie *d. l. qui fundum, §. servus*, dicit donationem esse si quis sciens indebitum solverit, non dicit donationem esse videri, sed donationem esse absolute. Si quis sciens indebitum solverit, indebitum autem est, quod compensatio consumit, vel minuit: fit enim ipso jure in omnibus judiciis, *l. priusquam, C. de comp. l. iniquam, de adm. tu. l. unum ex fam. §. sed si uno, d. l. de leg.* 2. ubi dicimus, donationem esse, nec dicimus videri. Non admittitur probatio in contrarium, sed regula illa *l. cujus*, accipienda est de eo, qui solvit indebitum, nulla præcedente obligatione: hic sane donat: sed cui debetur ex obligationis causa, cui tamen poterat objicere compensationem, non plane donat, sed videtur donare, et admittitur contra præsumptionem istam probatio.

Ad L. Dolus III. quand. ex fact. tut.

Dolus tutorum puero neque nocere, neque prodesse debet. Quod autem vulgo dicitur tutoris dolum pupillo non nocere, tunc verum est, cum ex illius fraude pupillus locupletior factus non est. Quare merito Sabinus tributoria actione pupillum conveniendum ex dolo tutoris existimavit: scilicet, si per iniquam distributionem pupilli rationibus favit. Quod in depositi actione quoque dicendum est: item hæreditatis petitione, si modo quod tutoris dolo desiit, pupilli rationibus illatum probetur (*).

Hujus summa est hæc, nullo judicio teneri pupillum ex dolo tutoris. Et verba satis perspicua sunt. Proponitur initio regula juris, dolum tutoris pupillo, neque nocere, neque prodesse, quæ produci etiam potest ad curatorem, neque est omissa in tit. *de reg. jur. l. neque in interdicto.* In qua regula est concepta verbis generalibus hoc modo, *neque in interdicto, neque in ceteris causis*, hoc est, in nullis causis dolum tutoris pupillo nocere, quamvis tutor dicatur esse loco domini, hoc est, pupilli, in interdicto, puta, quod vi aut clam. Si quid a servo pupilli, tutoris jussu factum sit vi aut clam, non ipse pupillus tenetur, sed tutor utili interdicto, quod vi aut clam, vel utili actione in factum ex causa interdicti, *l.* 11. *§. si tutoris, quod vi aut clam,* et in interdicto de tabul. exhib. Si tabulæ, quæ apud pupillum erant, tutoris dolo desierint esse, in ip-

(*) *V. de Merill. Variant. ex Cujac. lib* 1. *Cap.* 34.

suum tutorem, non in pupillum competit interdictum de tab. exhib. *l. pen. inf. de tab. exhib.* In ceteris quoque causis locus est regulæ, veluti in actione ex empto, et in actione de dolo, si tutor rem pupillarem vendiderit, et emptorem deceperit, ipse tutor solus tenetur ex empto, vel si pupillus vendiderit tutore auctore, et tutor emptorem deceperit, ipse tutor solus tenetur actione de dolo, non ex empto: quia ipse non vendidit, sed pupillus *l. Julianus*, §. *sed etiam in factum, de act. emp. l. hæredib.* §. *ult. de dolo.* Idem licet ponere ac servari in persecutione fideicommissi. Et quoniam hic liber XX. totus fere est de fideicommissis, ideo videtur Papinianus, quæ sunt in hac l. scripsisse ad persecutionem fideicommissi, et potest poni exemplum commodissime. Heres rogatus restituere hæreditatem post mortem suam, vel in aliam diem tenetur fideicommissario, si quid dolo ejus, aut lata negligentia interim ex hæreditate deperierit, *l. mulier*, §. *sed eum, ad Treb l. domus*, *l. seq. de leg.* 1. sed pupillo rogato restituere hæreditatem, si quid dolo tutoris ex hæreditate deperierit, ea res nihil pupillo nocere debet. Idemque procedit in actione tributoria, si servus pupilli negotiatus sit in merce peculiari sciente tutore, et is servus debeat aliquid pupillo domino suo, et agentibus creditoribus mercium, tutor inter pupillum suum et creditores mercium, iniquam distributionem faciat mercium dolo malo, ea res nihil nocet pupillo, hoc est actione tributoria tenetur tutor, non pupillus, *l.* 30. §. *si servis, de trib. act.* Actio tributoria emendat iniquam distributionem, ut hæc lex indicat in illo loco, *per iniquam distrib.* propter quam datur actio distributoria, quæ est actio iniquæ distributionis. Quod etiam ostendit *l. 4. et 5. in pr. l. 7. l. 8. l. ult. eod. tit. et* §. *introduxit Inst. quod cum eo, qui, etc.* Et idem etiam hæc lex indicat procedere in actione depositi, si res deposita apud pupillum dolo tutoris interierit: id enim pupillo nihil nocere oportet; et in petitione hæreditatis, si quid ex hæreditate dolo tutoris pupillus desierit possidere, si quid ex hæreditate tutor dolo malo diminuerit, corruperit, perdiderit, quod etiam trahi debet ad actionem in rem specialem. Igitur plane cernis, in omnibus judiciis hanc regulam observari, ne dolus tutoris pupillo noceat. Et quod plus est, adjicitur in *d. l. neque interd. de reg. jur.* huic regulæ locum esse, ut dolus tutoris non lædat pupillum, sive solvendo est tutor, sive non. Nam etiamsi tutor sit solvendo, si sit idoneus et locuples, ita ut quod ex dolo ejus conventus pupillus præstiterit, possit ab eo consequi, et servare sibi, non ideo magis tenebitur ex dolo tutoris, quia scilicet quod solverit ex dolo tutoris, potest recipere a tutore, qui est solvendo, *l. minor. de minor.* Interest pecuniam retinere potius, quam solutam repetere, *l. quod debetur, de pecul.* vel maxime propter incertum eventum litis, *d. l. nunquam*. Sed huic definitioni objiciuntur multa, in quibus laborant interpretes, et vix quicquam possis haurire purum ex illis. Primum obstat huic sententiæ, *l.* 1. §. *hoc edicto, ff. ne vis fiat ei, qui in possess.* ubi si dolo tutoris factum sit, ut missus in possessionem bonorum pupilli ex decreto prætoris, arceretur possessione, dicitur pupillum teneri interdicto illo, ne vis fiat, etc. vel actione in factum ex causa interdicti, si modo tutor solvendo sit: ergo regulam cessare, si tutor solvendo sit, id est, si quod solverit propter dolum sui tutoris, pupillus id ab eo servare possit. Et ita *l.* 1. *hoc tit.* ex Pomponio, quod notandum dixi, ob dolum vel culpam tutoris pupillum teneri actione in rem, vel petitione hæreditatis, si tutor solvendo sit, hoc est, si rem a tutore servare possit, non quidem, quanti actor in litem juraverit, sed quanti res est, hoc est, in æstimationem litis. Et ita ex eodem Pompon. Ulpianus refert in *l. summa*, §. *si de dolo de pecul.* si dolo tutoris factum sit, quo minus quid in peculio esset, pupillum teneri de peculio, si tutor solvendo sit. Quod et similiter ex eodem Pompon. proditum est in actione tributoria in *l.* 3. §. *si servus*, *de tribut. act.* Utroque loco in utramque rem Ulpian. utitur etiam auctoritate Pompon. *ex lib.* 8. *epist.* Et frustra adjicit Ulpian. in *d. l. summa* §. *si dolo:* maxime, si quid ad eum pupillum pervenerit. Nam etiamsi ex dolo tutoris nihil ad pupillum pervenerit, locus est sententiæ Pomponii, ut teneatur pupillus, si tutor sit solvendo. Sed Ulpianus in *d. l.* 3. §. *si servus* sententiam Pomponii ita moderatur sive interpretatur, ut ex dolo tutoris, qui solvendo est, pupillus in hoc tantum teneatur, ut cedat actionem, quam adversus tutorem habet, non etiam, ut damnum actori præstet, sive litis æstimationem, quæ tamen mens non fuit Pomponii. Nam Pomponius existimavit tutore existente solvendo, ex dolo ejus pupillum conveniri posse in litis æstimationem, ut in petitione hæreditatis idem Pomponius palam definit in *l. ult. de admi. tu.* In quam actionem constat venire non tantum, quod possessor dolo desiit possidere, sed quod culpa, *l. sed etsi*, §. *quod ait, de peti. hæredit.* et in *d. l. ult. de admin. tut.* sive dolo, sive culpa tutoris pupillus ex hæreditate aliquid desierit possidere. Pomponius verum esse ait quod Aristo dicebat, pupillum teneri in æstimatione litis, quod tutor est solvendo; quod si tutor non sit solvendo, tunc ait pupillum liberari cedendo qualemcunque actionem, quam habet adversus tutorem licet inanis sit actio eo tempore propter inopiam tutoris, sed ditescet forsitan quan-

doque. Qualiscunque cessio etiamsi sit inanis, in præsentia pro satisfactione est, quod maxime notandum ex *l. Titio fundus*, *de condit. et demonstrat.* Ergo mittamus complexiones, et ambages omnes, et ita concludamus, (*) verissimum esse Aristonem et Pomponium distinxisse, solvendo esset tutor, an non, et ex dolo tutoris, qui est solvendo, actionem dedisse in pupillum. Sed hæc sententia Pomponii non obtinuit, et eam quasi velamento quodam excusavit aperte Ulpian. in *d. l.* 3. §. *si servus.* Nam verius est, ex dolo tutoris pupillum non teneri, sive tutor solvendo est sive non. Unus tantum casus excipitur, qui explicatur in *hac l.* 3. si ex dolo tutoris pupillus locupletior factus sit: nam tunc pupillus tenetur in id, quod ad eum pervenit, in id, quo locupletior factus est, et tenetur indistincte ex ea causa, sive tutor sit solvendo, sive non sit, *l. Julianus*, §. *sed cum in factum*, *de actio. emp. l. sed et ex dolo*, *de dolo, l. apud Gelsum*, §. *illa quæstio, de doli except.* Tenetur, ut ait hoc loco Papin. in id, in quo tutor pupilli rationibus favit. Sane per tutorem favetur pupillo, *d.* §. *in illo*, *inf.* In hoc instituitur tutor, ut faveat pupillo. Verum exigitur, ut ei faveat sine detrimento, sine fraude, bona fide: tutoris est favere pupillo, dum tamen, ne cui alii noceat dolo malo: nam non licet tutori, quod nec pupillo liceret doli capaci. Et aliter ait Papin. in hac l. ex dolo tutoris pupillum teneri in id, quod rationibus pupilli illatum probatur, *l.* 4. *de evict.* in id, quod pupilli rationibus acceptolatum est, *jusqu' a la concurrence de ce qu' il aura receu par la reddition de compte.* Extra hanc causam dolus tutoris nunquam nocet pupillo, sive tutor solvendo est, sive non est. Et hoc est, quod subjicit *l.* 4. *hoc t.* extrinsecus, hoc est, extra istam causam videlicet, si factus sit pupillus locupletior ex fraude tutoris, si quid tutor admiserit dolo malo, id nihil nocere pupillo. Istius igitur regulæ una tantum est exceptio: nam altera, quam adjiciebat Pomponius non obtinuit. Non est illud omittendum, ubi non intervenit dolus tutoris, sed bona fide res gesta est nomine pupili, teneri pupillum non tantum in id, quo locupletior factus sit, sed etiam in solidum, etiamsi nihil ad eum pervenerit ex negotio bona fide contracto, *l.* 4. *ff.* §. 1. *de eviction. l. cum plures*, §. 1. *de admin. tut.* Et hoc, ut ita servetur, ipsius pupilli magnopere interest: nemo enim vellet cum tutore negotiari, si contractus habiti a tutoribus bona fide non obligarent pupillum in solidum: sed de his quæ gessit bona fide, non est lex: quæstio tantum est de gestis dolo malo.

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 34.

Ad L. LXX. de Leg. II.

Imperator Antoninus rescripsit, legatarium, si nihil ex legato accepit, ei cui debet fideicommissum, actionibus suis posse cedere: nec id cogendum solvere. Quid ergo, si non totum, sed partem legati relicti restituere rogatus, abstinuit eo? utrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an vero non nisi ad eam quantitatem, quæ fideicommisso continetur? quod ratio suadet. Sed etsi legatum perceperit, non amplius ex causa fideicommissi cogendus erit solvere, quam recepit.

Prima quæstio hæc est, quatenus legatarius, a quo fideicommissum relictum est, fideicommissario teneatur? Hæres qui adiit, legatariis aut fideicommissariis, omnimodo tenetur salva Falcidia. Legatarius autem fideicommissario omnimodo non tenetur, etiamsi legatum agnoverit et acceperit. Porro a legatario legatum relinqui non potest: fideicommissum potest, ut in *Instit. de singul. reb. per fideicom. rel.* Ideoque ita quæstionem instituimus: quatenus legatarius fideicommissario teneatur, cui scilicet a legatario alteri fideicommissum relictum est? Et distinguitur hoc modo: aut legatarius accepit legatum, aut non accepit. Et rursus, si non accepit, aut eo se abstinuit, neque id repudiavit, sed cum id petiisset per judicem, superatus est sententia judicis, absoluto hærede: si abstinuit se legato, casus proponitur in hac lege ex rescripto Jmp. Antonini, nec dum ex eo quicquam accepit, aut accipere voluit, sane fideicommissarius fideicommissum, quod ab eo relictum est, solvere non cogitur, nec debet, quia, ut ait *l. fideicommissum*, *ff. de leg.* 1. fideicommissum, quod a legatario relinquitur, ita demum ab eo debetur, si ad eum pervenerit legatum. Si igitur non pervenerit, non debet. Verum enimvero tenebitur in hoc, ut cedat actionem legati sibi competentem, actionem ex testamento adversus hæredem scriptum, ut eam, inquam, cedat fideicommissario, vel ei, cui fideicommissarius voluerit, ut est in *l. filius*, §. *ult. de fideicommis. libert.* Jure actionis cessæ fideicommissarius persequetur legatum, et sibi retinebit jure fideicommissi, quando scilicet id legatum hæres sperniit et respuit. Ergo qui abstinet se legato, qui legatum accipere non vult, non amittit actionem legati. Argumentum certissimum non amissæ actionis, est cessio: ita est omnino, nisi a petitione sua hæredem liberavit, *l. Titius*, *de action. emp.* per acceptilationem, vel ut olim fiebat, per æs et libram. Et consequenter hoc casu hæres, cum tenetur legatario, a quo non est liberatus, licet legatarius se abstineat legato, non est æquum, ut

etiam teneatur fideicommissario directa actione, quod scilicet legatum apud eum remaneat, nisi scilicet legatarius cesserit suam actionem: tunc etiam hæres, apud quem legatum remanet, conveniri potest a fideicommissario, ac si ei legatum esset ab hærede relictum: forsitan et non interveniente cessione legatarii, potest hæres a fideicommissario conveniri utili actione, ut Bartolus sensit in *l.* 8. §. *cœptum hoc tit.* rectissime, ut opinor: nam hoc bellissime comprobari potest, ex *d. l. Titius, de act. emp.* Ex qua efficitur, legatum, quo se abstinuit legatarius, remanere apud hæredem cum onere fideicommissi, cum onera fideicommissariæ libertatis, quia scilicet vel utili actione tenetur fideicommissario. Idemque erit omnino, si legatarius legatum petierit per judicem, et non exegerit superatus sententia judicis: nam et hoc casu non cogetur solvere fideicommissario, qui de legato litem amisit, quia litis periculum non pertinet ad legatarium, nisi dolo ejus aut culpa lis perierit. Dolo, ut si cum hærede egerit lusorie, culpa, ut si imprudens plus petierit, et causa ceciderit: si absit dolus et culpa, periculum litis non pertinet ad legatarium, sed ad fideicommissarium: et ideo non cogitur ei solvere fideicommissum, sed liberatur cedendo actionem legati, *l.* 8. *tit. seq.* Nam sententia judicis non perimitur actio, sed actioni objicitur exceptio rei judicatæ, quæ tamen non objicitur fideicommissario facto procuratori in rem suam: quia et sine cessione habiturus erat adversus hæredem scriptum actionem utilem, quia alia res est, vel alia res facta videtur, aliaque lis interveniente procuratore in rem suam, qui priori liti non interfuit. Alia est conditio personæ, quæ nunc agit, *l. an eadem*, *l. is qui de except. rei judic.* Nunc de legatario dicamus, qui repudiavit legatum. Si legatarius repudiaverit legatum, videtur repudiatione amisisse actiones suas ipso jure, ut jam nec possit eas cedere fideicommissario. Et sane ita est: differentia est inter repudiationem, et abstentionem: repudiatio fit in jure apud prætorem solemniter *l.* 3. *et* 4. *C. de repud.* hæreditatis abstentio fit quoquo modo, non verbis tantum sed re, et quocumque indicio voluntatis, sicut recusatio, *l. recusari, de acq. hæred. l. recusare, ad Treb.* Ei, qui se abstinuit hæreditate, integrum est intra tempora constituta hæreditatem adire, ei qui repudiavit, non est integrum hæreditatem adire citra beneficium restitutionis in integrum, *l. quod si minor* § *Scævola*, *de minorib. l. si quis suus de jure delib. l. nam quod.* §. 1. *ad Treb. l. ult. C. de rep. vel abst. hæred.* Et similiter ei, qui se abstinuit legato, integrum est petere legatum, nisi petitione sua hæredem liberaverit, ut *d. l. Titius.* Et legatario abstinente se hæres ei, cui legatarius erat rogatus restituere, tenetur utili actione, vel directa, si suam ei cesserit legatarius, qui non liberavit hæredem, ei autem, qui repudiavit legatum, non est integrum petere legatum. Et eo casu fideicommissario, cui relictum est fideicommissum integrum, heres tenetur directa actione, hæres, inquam, apud quem legatum manet, quod repudiavit legatarius, *l.* 9. *de usufr. leg.* Ex quo generaliter constituendum est, quod ad effectum attinet rei, sive abstentione, sive repudiatione deficiat legatum, id apud hæredem remanere cum onere, sicut et caduca hodie, hoc est, quæ erant olim caduca, vel in causa caduci, atque etiam jure veteri certis casibus, apud hæredem remanere cum onere, et ea tantum legata dicuntur apud hæredem remanere sine onere, quæ pro non scriptis habentur, ut quod relictum est ei, qui non est in rerum natura, *l. un.* §. 2. *vers. ea etenim, C. de caduc. toll.* Exceptis duobus casibus id, quod pro non scripto est, id est, quod deficit ipso initio, remanet apud hæredem cum onere, *l. cum vero*, §. *si non pro scripto, de fideicom. liber. et l. ult. de his, quæ pro non scriptis.* Verum ad id, quod diximus initio, quodque proponitur principio hujus leg. ex rescripto Antonini legatarium, qui se abstinuit legato, cogi cedere actionibus suis fideicommissario, non cogi fideicommissum præstare: quæritur hoc loco a Papiniano, si legatarius rogatus sit restituere partem legati, non totum, et abstineat se legato, utrum cogatur fideicommissario cedere actionibus suis in totum? an in partem tantum, quæ fideicommisso continetur? Videbatur in totum: quod non soleat scindi actio legati: non scindi legatum, ergo nec actione legati. Sed tamen rectissime Papin. ait, æquius esse, ut non cogatur cedere actionibus suis, nisi ad eum quantitatem, quæ fideicommisso continetur, ne scilicet plus capiat fideicommissarius, quam testator eam habere voluit. Residua igitur pars remanebit apud hæredem, residua pars hæredis potius lucro cedet, quam fideicommissarii. Atque ita propter fideicommissum scindit legatarius actionem legati, sicut et alias propter fideicommissarium capacem legatarius incapax admittitur ad legatum, vel hæres ad hæreditatem, *l. cogi*, §. *hi qui solidum*, *ad Trebell.* Et in multis aliis casibus juris, quod quis per suam personam non habet, habet propter personam alterius *l. cum hæreditate*, *de acquir. hæred.* Et hæc quidem omnia pertinent ad legatarium, qui legatum non accepit. Quid si legatarius acceperit legatum, quatenus tenetur fideicommissario? Et constat, eum teneri fideicommissario solvere pro modo legati, quod accepit, nisi quid amplius acceperit ex testamento: neque enim fideicommissi nomine tenetur

ultra quam accesserit ex testamento. Et ideo centum legatis, si rogatus sit restituere ducenta, nec quicquam amplius ex sestamento ceperit legatarius, quam centum, ad summam legati, videbitur fideicommissum constituisse, id est, constitisse, in centum tantum. Et ita sæpissime Florentiæ vetere more scriptum est in libris nostris, *constituere* pro *consistere*, *l.* 8. §. *ult. rem. rat. hab. et l. Titium*, §. 1. *ad l. Jul. de adult. l. non dubium*, §. 3. *de custod. reor.* Sallust. in Jugurt. *agmen constituit*, *le camp s' arreste*, *et ne bouge*: *in Bœotia copias exercitus constitisse.* Et e contrario etiam eonstiterc est eonstituere, ut illo Lueretii versu, *et quæ possem vitam consistere tutam.* Ergo legatarius oneratus fideicommisso, si velit accipere legatum, et accipiat, computare debet quantum sit in legato, quantum in fideicommisso: hæres tenetur fideicommissariis ultra vires hæreditatis, modo salvam Faleidiam habeat, id est, quartam partem bonorum, quia videtur adeundo se obligasse in solidum: sane ereditoribus tenetur in solidum. Legatariis magis est ut non teneatur in solidum, id est, supra vires hæreditatis, sicut etiam diximus, legatarium non obligari fideicommisso supra modum legati: imo dicimus, legatarium amplius obligari, quam hæredem. Nam legatarius non habet deductionem Faleidiæ: absumi potest legatum omne fideicommisso, non hæreditas omnis. Ergo legatarius eatenus duntaxat tenetur, quatenus ad eum pervenit. Non dico, quatenus ei legatum est, sed quatenus ex legato ad eum pervenit. Quid enim, si non omne legatum pervenerit propter legem Falcidiam? Igitur legatarius oneratus fideieommisso conferre debet quantitatem legati: supra quantitatem fideicommissi, conferre etiam et computare alia quædam debet, quæ explicabo seq. recitatione.

Ad §. *Si centum.*

Si centum legatis duplum restituere rogatus sit, ad summam legati videbitur constituisse: si autem post tempus fideicommissum relictum sit, usurarum duntaxat additamentum admittet. Nec mutanda sententia erit, quod forte legato percepto magnum emolumentum ex aliquo negotio consecutus est, aut pœnam stipulationis imminentem evasit. Hæc ita, si quantitas cum quantitate conferatur. Enimvero, si pecunia accepta, rogatus sit rem propriam, quamquam majoris pretii est, restituere, non est audiendus legatarius, legato percepto, si velit computare. Non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius, offerat.

Hæri diximus quid esset differentiæ inter abstentionem, et repudiationem legati, et quatenus teneretur legatarius fideicommisso oneratus, qui legatum non accepit, et quatenus hæres, apud quem legatum remansit, quod legatarius non accepit: et item quatenus teneretur fideicommissario legatarius, qui legatum accepit: ubi quod initio prælectionis non explicavi bene, hanc constituo differentiam inter hæredem et legatarium. Legatarius non tenetur ultra vires legati, quod accepit, pro viribus tenetur: in solidum hæres, nec pro viribus hæreditariis tenetur in solidum, quia deductionem Faleidiæ habet, quam legatarius non habet, præterquam uno casu, quo Falcidiam hæres non habet, ac præterea hæres legatariis et fideicommissariis tenetur ultra vires ex Constit. Justin. si bonorum inventarium non fecit: alioquin, si inventarium fecit, legatariis et fideicommissariis hæres non tenetur ultra vires hæreditatis, *l.* 1. §. *denique*, *ad Trebell.* ne ex testamento quidem militis, in quo tamen Faleidia cessat. Creditoribus autem hæreditariis eerte hæres, qui adiit tenetur, ultra vires hæreditatis. Nullum hac in re, quod seiam, aliud est discrimen inter hæredem et legatarium: nam quod attinet ad fructus et usuras medii temporis, idem in utroque jus valet: nam si hæres, vel si legatarius post tempus aliquod rogetur restituere fideicommissum aliquod majoris quantitatis, quam esset legatum, vel hæreditas, ex incremento medii temporis suppletur fideicommissum, *l. ita tamen*, §. *hæres ex asse*, *l. scribit*, *ad Treb.* Et ita hæres, qui rogatus est restituere aliquid, quod est majoris pretii, quam hæreditas: post tempus scilicet eertum, ex fructibus medii temporis Falcidiam sibi reficit, et si fructuum quantitas ferat, fideicommissum supplet *d.* §. *hæres.* In quo ostenditur idem esse, aut procedere in legatario: nam legatarius oneratus fideieommisso, non tantum ex quantitate legati, sed etiam ex interusurio, id est ex commodo usurarum intermedii temporis implet fideicommissum: adeo, ut si legatis eentum, rogatus sit post annos 20. restituere ducenta, et medio tempore ex usuris ejus pecunia perceperit centum, fideicommissario teneatur restituere ducenta, quia fideieommissum suppletur interusurio medii temporis, seu adimpletur, cui non erat initio par quantitas legati. Major enim erat quantitas fideicommisso duplo, id est, altero tanto, quam quantitas legati. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, usurarum duntaxat additamentum admitti, nempe ex interusurio suppleri fideioommissum, cujus etiam supplendi gratia in tempus distulisse præstationem eam testator videtur, atque ita tempus apposuisse fideicommissarii, non hæredis causa. Recte autem dixit Papin. usurarum duntaxat additamentum admitti, et scilicet pro modo quantitatis et

usurarum duntaxat, quæ medio tempore accreverunt, fideicommissario præstari: nam aliud commodum medii temporis, si quod ex legato legatarius perceperit, in computationem non venit. Finge: legato percepto legatarius evasit exstantem, et imminentem pœnam stipulationis, aut pœnam commissi, pœnam trajectitiæ pecuniæ, vel finge: percepto legato fideicommissarius magnum commodum consecutus est negotiatione aliqua, ut pecuniam legatam in salis coemptionem impendit, et ex ea merce fecit uberrimum quæstum: an hujus commodi, quod extrinsecus evenit, ratio habebitur, ut et pro modo ejus obligetur fideicommissario? minime. Denique usurarum duntaxat incrementum admittetur. Et hoc est, quod ait, *si centum legatis*, et, *si autem etc.* Atque ita in æstimando eo, quod interest, ea tantum utilitas spectatur, quæ nimirum circa rem ipsam consistat, non quæ extra rem accedit, *et qui revient de la chose, et non du labeur, et industrie*, ut in *l. si sterilis*, §. *cum per vend. de act. emp.* Qui meo judicio est perquam difficilis, sed facillimum reddam.

Finge: emptor in pretio solvendo moram fecit, tenetur in id, quod interest actione ex vendito, in quo æstimando usurarum duntaxat ratio habebitur, id est, usuras duntaxat pretii non soluti emptor præstabit, *l. ult. de peric. et comm. rei vend.* sicut hoc loco usurarum duntaxat additamentum, nec præstabit quod venditor pretio soluto ex negotio aliquo, ex mercibus plusquam ex usuris acquirere potuit. Denique usuras duntaxat præstabit, non compendium negotiationis, quod mora emptoris intercipit venditori, vel etiamsi venditor moram fecerit in re tradenda, præstabit fructus duntaxat, quos percepit, aut percipere potuit, *l. venditor, de hæred. vend.* Et vendito mancipio præstabit partus et acquisitiones servi, *l. venditor. de evict.* et præstabit quoque eadem ratione, quanti ea res, quæ veniit, hodie pluris est, cum scilicet auctum est ejus rei pretium post moram venditoris: sed non præstabit, quod emptor re tradita in tempore ex negotiatione aliqua lucrari potuit, *d. l. si sterilis*, §. *cum per vend. et l. Titius, eod. tit.* Et similiter damnum præstabit rei, si deterior facta sit, aut vilior, hoc est, vilioris pretii: non præstabit damnum, quod extrinsecus advenerit, forte non tradito tritico, aut pabulo vendito, si mancipia emptoris, aut jumenta fame perierint. Et rectissime Accurs. in *l. 26. tit. seq.* cum lex diceret hæredem aut legatarium fideicommissario præstare debere post moram fructus, et omne damnum, quo affectus est fideicommissarius, puta inquit peritissime, si res, quæ relicta est, perierit, quod confirmat, *l. 22.* §. *ult. eod. tit.* Et adde, vel scilicet deterior facta sit, aut vilior: non inquit, si in rebus propriis fideicommissarius damnum passus sit propter moram hœredis aut legatarii, ut puta, si ob non traditam in tempore pecuniam mancipia aut pecora fideicommissarii enecta sint fame: nam hujus extrarii damni, ratio non habetur. Ex commodis sive incommodis quædam sunt conjuncta rebus, quædam eventa rerum: conjuncta non sejunguntur, sive res perierit, vel damno affecta sit, nec accrescunt sine rei emolumento. Eventa abeunt, adveniunt re salva, incolumi et illæsa: dixere quidam conjuncta et eventa, quæ alii propria et accidentia. Conjuncta sunt rei, in hoc proposito, quæ, ut Rogerius dixit, cohærent rei, veluti pretium, fructus, quos res fert, usura quæ ex pecunia redigitur: eventa sunt rei, veluti compendium negotiationis, vel dispendium, quod ea re salva et incolumi, rebus contingit nostris: conjuncta in computationem veniunt, eventa in computationem non veniunt. Ad hæc Papin. noster notavit unum casum in seq. quæstione legis, quo legatarius tenetur fideicommissario ultra quantitatem legati. Finge: rogavi te, ut accepta certa quantitate, puta centum, Titio restitueres rem propriam tuam, quæ scilicet pluris erat centum, quæ forte digna erat ducentis: hæc verba, accepta certa quantitate, acceptis centum, hi ablativi absoluti, ut dicunt interpretes nostri, alias pro legato seu fideicommisso accipiuntur, *l. 11.* §. *cum esset, de leg. 3.* alias accipiuntur pro conditione, si hæres dederit centum, atque adeo pro mortis causa capione *l. facta*, §. *rescripto, ad Treb. et l. acceptis, ad l. Falc.* Quæ ambiguitas declaratur etiam in *l. a testatore, de cond. et dem.* ut scilicet ablativi absoluti, ut dicunt, alias accipiantur pro fideicommisso, alias pro conditione, sed in proposito pro fideicommisso accipiantur, et videtur testator tibi legasse centum, et onerasse fideicommisso præstandæ rei tuæ, quæ majoris erat pretii longe: tu vero pecuniæ legatum agnovisti et accepisti, ante cogere potest legatarius, ut ei rem propriam præstes, quæ longe exuperat quantitatem legato sive fideicommisso priore comprehensam? Et sane verum est, te teneri in solidum, ut rem tuam præstes, etiamsi majoris sit pretii, quam quantitatis, quæ legata est, quia accipiendo quantitatem legatam, non pluris videris æstimasse rem tuam, et unusquisque est legitimus æstimator rei suæ. Quod adeo verum est, ut post agnitum legatum non audiaris, si velis conferre quantitatem legatam cum æstimatione rei tuæ ne supra modum scilicet tenearis: nec enim admittitur collatio seu computatio ejusmodi, sed præcise coget te fideicommissarius rem tuam præstare, cujuscunque sit pretii, nisi scilicet fuerit minor 25. annis,

qui temere legatum agnoverit, nam beneficio restitutionis minori succurritur agnito legato, si offerat quantitatem legatam, ut scilicet retineat rem propriam, quæ majoris est pretii, et liberatur præstando quantitatem legatam, quam acceperat temere, *l. si minor*, *ff. de minor.* 1. *tut. de libert. leg.* Alias vero illo casu quem exposui satis intelleximus evenire, ut legatarius teneatur ultra quantitatem legati, puta ad præstandam rem suam: quamvis sit majoris pretii, quam quantitas legata: nam eam quantitatem accipiendo, non pluris videtur æstimasse rem suam: quæ eadem est ratio, *l. plane*, §. *si cui de leg.* 1. *et leg. sed si non servus, ad l. Falc.* Recte autem posuit Papin. te fuisse rogatum accepta certa pecunia restituere rem propriam, quæ erat majoris pretii: nam idem non potest statim in re aliena si etiam legatarius rogatus sit rem alienam præstare, non propriam: audietur agnito et accepto legato si offerat legatum quod accepit, nec cogetur redimere rem alienam, aut ejus æstimationem præstare, quæ scilicet valde excedit modum legati *l.* 6. *de fideicom. libert.* Et similiter, ut initio demonstratum est, si legata certa quantitate, legatarius rogatus sit præstare majorem quantitatem, audietur accepto legato, si offerat quantitatem quam accepit, nisi post tempus rogatus sit præstare majorem quantitatem. Nam hoc casu non tantum quantitatem legatam, sed etiam interusurium ad finem fideicommissi offerre et præstare debet. Quapropter hæc verba Papin. *hæc ita si quantitas etc.* hunc habent sensum: interusurii rationem admitti duntaxat, si legata certa quantitate rogatus quis sit aliam quantitatem præstare: nam si legata quantitate rogatus sit non quantitatem præstare, sed rem propriam, accepto legato omnino præstare debet rem propriam, etiam si majus sit ejus rei pretium, quam legatæ quantitatis. Ad confirmanda ea, quæ diximus, valde pertinet §. penult. hujus legis.

Ad §. penult.

Cum quidam filio suo ex parte hærede instituto, patruum ejus cohæredem ei dedisset, et ab eo petiisset, ut filium suum pro virili portione filiis suis cohæredem faceret, si quidem minus esset in virili portione, quam fratris hæreditas habuit, nihil amplius peti posse. Quod si plus etiam fructuum, quos patruus percepit: vel cum percipere potuit, dolo non cepit, habendam esse rationem, responsum est: non secus, quam si centum millibus legatis rogetur post tempus majorem quantitatem restituere.

Species §. *pen.* hæc est: quidam filium suum ex parte hæredem scripsit, et fratrem suum patruum filii sui ex alia parte, et rogavit fratrem, ut eum filium suum pro virili portione una cum filiis suis consobrinis ejus, sibi hæredem faceret. His verbis, ut hæredem illum faceret, tametsi patruum aperte fideicommissum relinquatur, quia nemo obligari potest, ut alium hæredem faciat, *l. ex facto*, *in princ. ad Treb. l. stipulatio hoc modo concepta*, *de verb. oblig.* tamen ea verba, ne inanis sit voluntas testatoris, hoc modo interpretantur, testatorem fratrem suum rogasse, ut post mortem fratris portio virilis hæreditatis fraternæ filio suo restitueretur. Et sane ex his verbis, vel ex hac interpretatione verborum, eatenus restituenda erit, quatenus voluntate testatoris ad eum pervenerit, *l. filiusf.* §. *ult. tit. præ ed. de leg.* 1. Et ideo, si hæreditatis testatoris tanti sit, vel si pluris sit quam portio virilis hæreditatis patrui, filius testatoris portionem virilem a consobrinis petere poterit mortuo patruo, et nihil amplius: quia scilicet, non poterit petere integram hæreditatem, quæ a patre suo ad patruum pervenit, nec fructus, quos ex ea hæreditate patruus medio tempore percepit. Quod si minor sit hæreditas testatoris, hoc casu replebitur fideicommissum ex fructibus vel usuris medii temporis pari pecunia. Et ideo si legatarius accepta certa quantitate ex causa legati, rogatus post mortem suam restituere majorem quantitatem, quam accepit jure legati, ex usuris medii temporis fideicommissum suppletur: nec dici poterit, quod notandum, etiam nullis fructibus perceptis, puta confestim mortuo hærde aut legatario, deberi virilem portionem, aut quantitatem integram, sicut si rem propriam, quæ majoris erat pretii, rogatus esset restituere, quo casu rem præstaret in solidum, etiamsi sit majoris pretii agnito legato: nam non est eadem ratio rei propriæ per fideicommissum relictæ a legatario, et hærede, et virilis portionis, et quantitatis: nam relicta re propria legatarii, si legatarius legatum accepit, non pluris videtur æstimasse rem propriam, quam sit in legato: quod dici non potest similiter in virili portione, vel quantitate: dici, inquam, non potest hæredem, qui agnovit hæreditatem testatoris, non pluris æstimasse hæreditatis suæ portionem virilem, aut legatarium, qui accepit quantitatem legatam, non pluris fecisse quantitatem per fideicommissum ab eo relictam, hoc, inquam, dici non potest. Omnis enim res tanti est, quanti a domino æstimatur, quantitas autem, hoc est, certa summa tanti est, quanti est per se, nec alterius æstimationem requirit. Et ita virilis etiam portio hæreditatis, puta sextans: quæ quantitatis est nomen, tanti est, quanti est per se, nec æstimationem desiderat. Et verissimum est quod ait Accurs. hoc loco, virilem portionem hæreditatis cum viri-

li, sicut quantitatem cum quantitate recte conferri, ut scilicet, non teneatur quis ultra virilem, vel ultra quantitatem, quam accepit, et usurarum duntaxat medii temporis additamentum admittatur. Quantitatem autem legatam cum re propria legatarii, ab eo per fideicommissum relicta, non conferri, quia accipiendo quantitatem legatam, quæ legata est cum onere præstandæ rei suæ, videtur fecisse quantitatem legati, aut parem fecisse rem suam videtur quantitati legatæ, quia non pluris res ulla est, quam a domino æstimatur.

Ad §. ult.

Cum autem rogatus quicquid ex hæreditate supererit post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, diminuisse, quæ vendit, non videtur.

Quæ sunt in §. *ult.* erunt faciliora his. Loquitur de hærede, qui rogatus est restituere *quicquid ex hæreditate supererit post mortem suam.* His verbis diminutio hæreditatis ei permittitur, quæ modo non fiat intervertendi fideicommissi causa, *l. Titius ad Treb.* quam exposuimus superiore libro. Ergo si hæres hoc fideicommisso oneratus aliquid diminuerit ex hæreditate fideicommissa, puta si aliquid vendiderit bona fide, non in fraudem fideicommissarii, id non venit in restitutionem fideicommissi, nisi scilicet ex pretio venditarum alias res sibi comparaverit. Quia hoc casu venditio non minuit fideicommissum: et consequenter ex pretio rerum venditarum aliæ res comparatæ in fideicommissi restitutionem veniunt, sicut res permutatæ: non videtur etiam diminuisse fideicommissum hæreditatis, qui res hæreditarias permutavit cum aliis. Et hoc est quod ait in §. *ult.* et recte additur in *l. seq. sed quod inde, etc.*

Ad L. LXXII. eod.

Idem servandum erit etsi proprios creditores ex ea pecunia dimiserit: non enim absumitur, quod in corpus patrimonii retinetur.

Et subjicitur ex eodem lib. Papin. l. 72. idem esse dicendum, si hæres eo fideicommisso onoratus, ex pretio rerum venditarum, quæ erant in hæreditate creditores suos dimiserit, id est, si ex eo pretio rerum hæreditariarum, quas vendidit, se liberaverit a creditoribus suis, quia id in rem suam convertit, in patrimonium suum, ut in *l. quantum, quod met. caus.* videtur in corpus patrimonii versum id, quo quis se debito liberavit: nam ut obligatio minuit bona nostra, ita æris alieni liberatio auget. Et ut ait Papin. *absumptum non videtur, quod in corpus patrimonii retinetur.* Et hoc idem servatur *l. sed etsi §. quod autem quis ex hæreditate, de petit. hæred.* in illo loco, *nec pretium in corpus patrimonii rediisset.* Et idem dici potest, si pecunia redacta ex venditione rerum hæreditariarum exstet: nam absumptum non videtur, quod extat in bonis. Quod produci potest ad mores Gallicos, quibus quæ conjuges acquirunt constante matrimonio, sunt communia inter eos, non propria. Propria sunt, quæ ante matrimonium acquisierunt, vel quæ hæreditate obvenerunt. Finge: maritus res proprias vendidit constante matrimonio, et ex his alias comparavit: hæ quoque censebuntur propriæ. Idemque judicium esse pecuniæ redactæ ex venditione rerum propriarum: alioquin sæpe ita venderentur animo donandi viro aut uxori, si haberentur pro communibus, non propriis, quæ donationes legibus semper coercentur, quoad fieri potest. Quod autem ait Papinian. in hac l. 72. *non absumitur, quod in corpore patrimonii retinetur*, potest etiam aptari ad multas alias species, et est quasi generalis quædam ratio juris. Ipsemet Papinian., hanc rationem accommodat ad aliam speciem in *l. pater, de adim. leg.* Et est operæ pretium nosse eam speciem.

Pater inter filias bona sua divisit supremo judicio suo, et filiæ prælegavit trecentos aureos ex salariis seu commodis, quæ ei debebat respubl. ex administratione principali, et ex erogatione militaris annonæ. Deinde pater ipse ex eis trecentis aureis possessionem comparavit, an ea possessio debebitur filiæ jure prælegati? Videtur non deberi, quia trecentos aureos ipse pater consumpsit empta possessione. Lex ait, deberi, quia non videtur consumptum, quod versum est in corpus patrimonii. Alia est ratio legis *alteri, eod tit. de adim. leg.* Et notandum, quia posset imponere multis, pater filium et filiam hæredem scripsit ex æquis partibus, et filiæ prælegavit prædia, cohæredes autem jussit filio præstare actiones ad finem pretii, quo prædium fuerat emptum, ut scil. jure actionis tantum haberet filius, quantum emptum est prædium. Denique voluit pater, ut in omnib. essent æquales, in hæreditate primum, deinde etiam in prælegatis, puta, ut filia haberet prædium, et filius pretium prædii, quod scilicet emptum fuerat, pro modo ejus pretii cessis ei actionibus adversus debitores hæreditarios. Quid accidit postea? Pater prædium, quod filiæ prælegaverat, vendidit sua voluntate, non necessitate coactus, et vendidit, extra offensam filiæ, *sans qu' elle luy aye donné occasion de ce faire.* Atque ita pretium prædii rediit in corpus patrimonii, an pretium filia poterit petere jure prælegati? Minime, licet versum sit in corpus patrimonii, sed dividetur ex æquo inter fratres, quia scilicet testator videtur filiæ ademisse

omnimodo prælegatum, et si ademit filiæ prælegatum, ergo ademit etiam onus prælegato injunctum et innexum, puta onus cedendarum actionum fratri. Quare nec fratri erunt cedendæ actiones, et tamen pretium redactum ex venditione inter eos communicabitur sublatis prælegatis. Et cur posuit, distraxisse patrem id prædium, distraxisse citra offensam filiæ? quia si iratus filiæ distraxerit, si succensuerit filiæ, sola filia offensæ suæ pœnam feret, et amittet prælegatum omnimodo sed non frater, quia nihil offendit patrem: nec enim est tunc par utriusque conditio. Igitur servandum erit hoc casu prælegatum filio, quod maxime notandum est. Et omnibus illis locis dicunt auctores nostri, corpus patrimonii pro patrimonio ipso, seu universitate patrimonii, sicut corpus juris dicimus pro pandectis, *l. 1. in princ. C. de rei uxor. act.* Et Livius 3. adjectis duabus tabulis posse absolvi corpus Romani juris. Et eodem modo recte dicimus, corpus Homeri, *l. librorum*, §. *si Homeri corpus, tit. seq.* Corpus disciplinæ Columella, corpus historiæ, Polybius, et Tull. ad Att. *Ab initio ad redditum suum modicum quoddam corpus confici posse:* corpus historiæ scilicet. Verum non satis est. Obstat his, quæ diximus valde *l. sed etsi lege*, §. 1. *de pet. hæred.* Diximus, *rem comparatam ex pretio venditæ rei hæreditariæ in fideicommissum venire*, contra ea lex ait, *si bonæ fidei possessor hæreditatis alienæ rem hæreditariam distraxerit, et ex eo pretio aliam comparaverit, eam rem non venire in petitionem hæreditatis, sed pretium.* Cur tamen ea res venit in fideicommissi persecutionem? quia, ut breve faciam, hic bonæ fidei possessor sui causa emit rem, ideoque eam sibi retinet et pretium præstat, *l. item veniunt*, §. *denique. eod. tit. de petit. hæredit.* Hic quoque hæres rogatus restituere quicquid ex hæreditate supererit, ex pretio aliam rem sui causa emit, ita est: et stultus est Accurs. quem eo nomine etiam deridet Bartolus, qui fingit comparasse hæreditario nomine: imo suo nomine: sicut cum pretio se liberat a creditoribus, id sui causa facit: ita etiam in proposito sane ex pretio hæres aliam rem comparavit sui causa. Sed hoc genere intervertit fideicommissum, quia suum facit, quod testator destinaverat alteri. Quid est fideicommissum intervertere? *s' approprier*, non potuit autem intervertere, *d. l. Titius.* Diminutio, quæ fit intervertendi causa, et defraudandi quodammodo fideicommissi causa, non minuit fideicommissum. Rectissime dicitur, eam rem in fideicommissum venire. Diminutio, quæ fit intervertendi causa, non est diminutio. Postremo obstat, *l. cum pater*, §. *dulcissime*, *hoc tit.* ex qua intelligimus, in fideicommisso bonorum maternorum non venire, quæ testatrix convertit in corpus sui patrimonii. Et species hæc est breviter: mulier habebat bona materna communia cum fratribus, scripsit filium suum hæredem, et eum rogavit, ut suis avunculis, fratribus testatricis relinqueret ea bona materna in solidum, et adjecit causam fideicommissi, ne sit inter te et avunculos ulla communio, nec materies discordiarum. Postea ea mulier ex bonis maternis sumpsit pecuniam, eamque convertit in suum patrimonium, alia re comparata, vel quædam nomina hæreditatis maternæ divisit cum fratribus, cum esset adhuc superstes: an ea venit in fideicommissum? minime: quia in elogio, id est, causa fideicommisso adscripta, satis declaravit mater, se tantum fratribus reliquisse, quæ mansissent communia inter eam et fratres, non si quæ inter se divisisset, non si pecuniam ipsam in proprium patrimonium convertisset.

Ad L. quod supra X. ad L. Falcid.

Quod supra quadrantem apud hæredem potest pervenire supra dodrantem in pecuniam legatum, non onerat hæredem, veluti hæreditas pupilli, si forte substitutus sit exhæredato, qui patri pupilli hæres extitit.

Certum est, ex lege Falcidia legatis hæredem onerari non posse supra dodrantem bonorum, quia quadrans apud hæredem integer et illibatus remanere debet. Hoc verum esse ostendit Papinianus in hac *l. 10.* etiamsi hæreditas pupilli exhæredis filii testatoris ad hæredem pervenerit, aut pervenire possit ex substitutione pupillari, quia etsi videatur ex uno eodemque testamento pervenire, propterea quod juris auctores existimant, unum esse testamentum patris et filii, id est, primas et secundas tabulas, unum efficere tantum, *l. paterf. de priv. cred. l. patris, de vulg. substit.* tamen alia atque alia est hæreditas, alia patris, alia filii, maxime exhæredati, ad quem hæreditatis paternæ nulla portio pervenit, §. *igitur, Instit. de pupill. substit. l. si ita scriptum*, §. *ult. de bon. possess. sec. tab.* Unum est testamentum duarum hæreditatum, unum testamentum propter effectum juris, sed de eo non est agendum hoc loco. Ergo hæreditas pupillaris non imputatur hæredi in Falcidiam, non auget legata ab eo relicta, non proficit legatariis, sed supra quadrantem bonorum paternorum hæres habiturus est etiam bona pupillaria. Et hæc est sententia Papiniani in hac l. 10. In contextu est varia lectio. Vulgares Codic. habent (*in pecunia legatum*) Floren. habent, *in pecuniam legatum.* Sed nihil est evidentius, et movet conjecturam certissimam scriptura Floren. esse legendum, *pecuniam legatam.* Nec obstat huic

sententiæ *l.* 1. §. *id quod ex substitutione*, *hoc tit.* quæ dicit, id, quod ex substitutione cohæredis ad cohæredem pervenit proficere legatariis, cohærede omittente hæreditatem, cui cohæres substitutus est. Hoc ergo dicit, propter commodum substitutionis, quod hæredi accessit, onerari hæredem in pecuniam legatam, obligari ad id, ad quod obligaretur, si substitutio defecisset. Sed loquitur ille §. de substitutione vulgari, non de pupillari. Ex vulgari substitutione, quæ fit in hanc causam, si omiserit hæreditatem, ex ea, inquam, quod obvenit portio cohæredis cohæredi, non alia hæreditas, sed ejusdem hæreditatis portio est, et merito onerat hæredem legatorum nomine aut fideicommissorum. Ex substitutione autem pupillari, quæ obvenit hæreditas pupilli exhæredati, alia est hæreditas: quare non auget ab hærede instituto, eodemque substituto pupilli relictum, sive relictum sit primis aut secundis tabulis, sive utriusque nihil refert. Nam a substituto exhæredati recte fideicommissa seu legata relinquuntur, si idem etiam primis tabulis hæres institutus sit: jure, inquam, relinquuntur ab eo, quasi ab hærede patris, non quasi ab hærede pupilli, *l.* 11. §. *ult. hoc tit. l. plane si filium*, *de leg.* 1. Et quod notandum in ponenda ratione legis Falc. cum quæritur quantum sit in legatis, cum bonorum et legatorum ratio ponitur et subducitur, confunduntur, commiscentur, contribuuntur, hoc est, communi calculo subjiciuntur legata utriusque tabulis relicta ab hærede instituto, eodemque substituto pupilli, et ex omnibus his legatis commixtis hæres deducit Falcidiam. Illud longe fuge credere, quod scripsit Accursius, etiam confundi hæreditates paternam, et pupillarem: nam si confunderentur, hæreditas pupilli exhæredati augeret legata, quod falsum est. Et merito etiam in eo est reprehensus Accursius a Fulgosio, et Alexandro, et Goveano. Quid autem fiet, si pupillus non sit exhæredatus, sed vel illis vel utriusque tabulis hæres sit institutus? Et constare nobis debet, hoc casu augeri legata pro modo facultatum paternarum tantum, quæ ad pupillum pervenerunt, et a pupillo ad cohæredem, *l. qui fundum*, §. *qui filium*, *hoc tit.* Atque ita confundi et commisceri partes hæreditatis paternæ, partem quæ obvenit pupillo, et partem quæ obvenit hæredi extraneo, et ex eo conciliatu partium, sive pro modo ejus confusionis, præstare legata. Ac proinde circa legem Falcidiam totius assis paterni rationem haberi: bona patris cum bonis pupilli adventitiis nunquam confundi.

Ad L. acceptis XCIII. ad L. Falcid.

Acceptis a Mævio centum, hæreditatem Mævio restituere, pecuniamque post mortem suam Titio dare rogatus est, quanquam hæc centum quartam bonorum efficiant, tamen propter fideicommissum sequens quartæ retentioni locus erit. Tunc enim ex constitutione D. Hadriani Falcidiæ satisfacit ea quantitas, cum apud hæredem remanet, sed Falcidiam patietur solus, cui hæreditas relicta est. Nam in centum, quæ mortis causa capiuntur admitti Falcidia non potest: plane si quis ita scripsit, acceptis centum peto restituas hæreditatem, neque personam dantis demonstraverit, quasi retentam perceptam pecuniam, si quartæ sufficiat, inducere Trebellianum.

Mortis causa capio, aut dicitur specialiter aut generaliter. Generaliter mortis causa capere, est ex morte alterius nancisci capiendi, id est, acquirendi occcasionem: mortis causa capit, qui jure legati, jure fideicommissi, qui donationis causa mortis capit: nam hi omnes nanciscuntur capiendi occasionem. Ex morte demum alterius hæreditas est, ergo mortis causa capio, legatum fideicommissum, donatio causa mortis. Sed mortis causa capionem proprie appellamus, quæ aliud nomen non habet proprium, hoc est, quæ neque vocatur hæreditas, neque legatum. Exempli gratia: legavi Titio fundum sub conditione, *si daret hæredi decem*: si legatarius hæredi dederit decem conditionis implendæ causa; hæres ea non capit jure legati, nec jure hæreditatis etc. Denique non capit jure testamenti, *l.* 8. *si quis omis. cau. l. Mævius*, *de con. et demonst.* Denique nullo jure ea capit, quod proprium nomen habeat. Quare dicitur ea proprie capere mortis causa. Atque ita mortis causa capio est, quæ alio nomine non appellatur, *l. mortis causa*, *de dona. cau. mort.* Ut lignorum appellatione continentur quæcunque sunt parata comburendi causa; si modo proprio nomine non appellentur: quanquam et quæ proprium nomen habent, generaliter possunt dici ligna, sed non dicuntur proprie. Virgæ etiamsi comburendi causa habeantur, non continentur lignorum appellatione. Nuclei, etiamsi comburendi causa habeantur, non continentur lignorum appellatione, nec carbones, etc. Denique lignorum appellatio, coangustatur tantum ad ea, quæ aliud nomen non habent proprium, *l. ligni*, §. 1. *de leg.* 3. Sic mortis causa capionis nomen aptatur tantum ad ea proprie, quæ alio nomine carent. Nunc finge: hæres rogatus est restituere hæreditatem Titio acceptis centum, hoc modo: *acceptis centum peto restituas hæreditatem Titio*, an ea centum imputat in Falcidiam? non demonstravit personam a qua acciperet centum, sed dixit simpliciter, *acceptis centum, etc.* Et certissimum est, ea centum imputari in Falcidiam, quia videtur capere a se ipso. Igitur tota ea pecunia capitur jure hæreditario, sicut si jussus esset eam retinere, vel

præcipere: nihil refert, quo verbo usus fuerit, *l. in quartam*, *hoc tit. l. deducta*, §. *acceptis, ad Trebell. l. si hæres*, *hoc tit.* Et ea quæ capiuntur jure hæreditario, certum est computari in Falcidiam, non ea, quæ capiuntur alio jure: Et in hoc loco Papinianus ait, in hoc casu induci Trebellianum, hoc est, locum esse Trebelliano, non Pegasiano Senatusconsulto. Quid hoc est? Interveniente Falcidia locus erat Pegasiano; non interveniente Trebelliano locus erat ut constat ex Inst. Qui ergo dicit, locum esse Trebell. hoc dicit, cessare deductionem Falcid. videlicet, cum illa centum Falcid. sufficiant, cessat Pegasianum, hoc est, cessat Falcid. et locus est Trebelliano. Et hoc significat Pap. in fine hujus legis. Quid vero si testator demonstraverit certam personam, a qua hæres acciperet centum, ut si dixerit hoc modo, *acceptis a Mævio centum peto ut restituas hæreditatem*, an ea centum, quæ acceperit a Mævio imputantur in Falcidiam? minime. Quia cum ea capiat ab alio, non a se ipso ex alienis bonis, non ex testatoris bonis, sane ea non capit jure hæreditario. Et in Falcidiam tantum imputatur, quod capitur jure hæreditario indistincte, ut docui prius, sive deducatur ex legatis, aut fideicommissis pecuniariis, sive ex fideicommissariis hæreditatibus: non imputantur quæ capiuntur jure legati vel fideicommissi, vel conditionis implendæ causa, hoc est, mortis causa capionis. Denique imputat in Falcidiam hæres ea tantum, quæ capit quasi hæres, non quæ capit quasi legatarius vel fideicommissarius, vel quæ capit mortis causa, quia hæredi soli tribuitur Falcidiæ beneficium *d. l. in quartam, l. in ratione* 2. §. *tametsi, et l. si a me tibi h. t.* Ergo ea centum, quæ a Mævio accipere jussus est, habebit supra quadrantem, quia non imputabit ea in quadrantem, cum non ei obvenerint, quasi hæredi, sed quasi capienti mortis causa. Excipitur tamen unus casus, si voluerit testator eam pecuniam hæreditatis, aut Falcidiæ loco cedere, ut si tanti jusserit hæreditatem vendi et restitui Mævio, quia pretium hæreditatis, hæreditas est, et hæreditario jure capitur, *d.* §. *tametsi.* Idem etiam voluisse testatorem præsumitur, si quod hæres accipere jubetur a fideicommissario, ipsam Falcidiam efficiat, ut in *l. si hæres*, *hoc t. l. facta*, §. *rescripto ad Trebell.* Ut puta, si quis gnarus sui patrimonii, quod erat quadringentorum, exempli gratia, rogavit hæredem, ut acceptis a Mævio centum, quæ est quarta Falcidiæ, ei restitueret hæreditatem: hic quid aliud egit, quæso, quam ut hæres ea centum haberet Falcidiæ loco? Ergo ex voluntate defuncti ea centum imputabit in Falcidiam, qui, accurate æstimato suo patrimonio, solum quadrantem a fideicommissario hærede jussit accipere: id jussit observare et cogitare, ut haberet Falcidiam, non temere, et restitueret dodrantem. Et generaliter quod alias non imputatur in Falcidiam, imputatur ex voluntate defuncti, etiam legatum aut fideicommissum, voluntate vel expressa, vel tacita, *l. cum quæ* §. *ult. l. quod autem, inf. hoc tit.* Et secundum hoc est ponenda species hujus legis, hoc modo: hæres rogatus est restituere hæreditatem Mævio, acceptis ab eo centum. Et idem hæres rogatus est, post mortem suam ea centum Titio restituere. Ea summa, si sufficiat Falcidiæ, ut ponendum est in specie suffecisse; ea, inquam summa, si efficiat Falcidiam, sane excluderet deductionem Falcidiæ, si apud hæredem remanet: nam id tantum imputatur in Falcidiam, quod remanet apud hæredem perpetuo jure. At eam summam testator noluit remanere apud hæredem perpetuo jure, sed eum rogavit, ut post mortem restitueret: eam ob rem non imputabit eam summam in Falcidiam. Alioquin esset aperta via sæpe fraudandi hæredem Falcid. Ergo integra erit hæredi deductio Falc. ex Senatusconsulto Pegasiano nec locus erit Trebelliano, nisi post Justinianum, quia Pegasianum est transfusum in Trebell. Deducet, inquam, Falcidiam hæres ex hæreditate, quam restituet Mævio, non deducet etiam Falcidiam ex mortis causa capione, hoc est, ex summa centum aureorum, quam conditionis implendæ causa ei dedit Mævius, et quæ post mortem suam debet restituere Titio. Restituet namque Titio solidum sine diminutione Falcidiæ, quia scilicet eam summam non capit quasi hæres, et soli hæredi ex hæreditate, vel portione hæreditatis datur Falcidia: non legatario, non fideicommissario, non capienti mortis causa. Ratio eadem efficit ne mortis causa capio imputetur in Falcidiam, et ne ex ea detrahatur Falcid. Et generaliter placet ex mortis causa capione, non deduci Falcidiam, non tantum, si hæres ipse ceperit mortis causa, sed etsi dederit hæres ipse, cum esset institutus sub conditione, *si Titio centum dederit.* Nam ea centum dabit sine detractione, *l.* 1. §. *item si ita legatum. hoc tit.* Generaliter igitur ex mortis causa capionibus non detrahitur Falcidia excepto uno casu *l. ult. C. ad l. Falcid.* Falcidia detrahitur ex legatis, et Falcidia detrahitur ex fideicommissis ex Senatusconsulto Pegasiano, quod porrexit legem Falc. ad fideicommissa. Detrahitur ex donationibus causa mortis ex Constitut. Severi, non detrahitur ex mortis causa capionibus, quoniam nondum l. ulla Falcidiam porrexit ad mortis causa capiones. Hoc generaliter nobis constituendum est, hæc verba *acceptis centum,* non demonstrata persona, a qua acciperentur, pro jure hæreditario haberi: centum, quæ hæres accipere jussus est simpliciter, accipi jure hæ-

reditario, quasi a se ipso: demonstrato autem cohærede, vel alio, quicquid ex testamento ceperit, ita ut potuerit onerari fideicommisso, ea verba accipiuntur pro fideicomm. ut in *l. 11. §. cum esset, de leg. 3. l. a testatore, de cond. et demonst.* Demonstrato autem eo, qui nihil acceperit ex testamento, ut in hac specie l. nostræ, *acceptis a Mævio centum* ei restituas, Mævius non poterit onerari fideicommisso, qui nihil ante ex testamento acceperit, nec sane ea verba habentur pro fideicommisso, sed pro mortis causa capione, ut declarat hæc lex, et *l. facta. §. rescripto, ad Trebell.*

Ad L. sed cum XII. ab Treb.

Sed cum ab hærede pro parte instituto fideicommissa hæreditas sub conditione relicta esset, Imperator Titus Antoninus rescripsit, non esse locum constitutioni suæ, neque pupillum extra ordinem juvandum, præsertim, si novum beneficium cum alterius injuria postularetur.

Hodie explicanda est lex 12. ad Senatusconsultum Trebellian. Afferendæ igitur sunt, et explicandæ difficultates multæ. Et vix ullum esse existimo, qui non horreat lectionem hujus *l.* 12. Est ea lex applicata quæstioni §. *utrum l. præced.* vel potius interjecta inter ea, quæ ex eodem Ulpiani lib. referuntur in *l. præced. et in princ. seq.* Igitur ab eorum narratione, quæ utroque loco exponit Ulpianus, nobis incipiendum est. Si hæres rogatus sit restituere hæreditatem, quæritur, *an in restitutione hæreditatis sit necessaria præsentia fideicommissarii? an etiam absenti restitui possit hæreditas:* hoc est, *procuratori absentis, vel an absens per procuratorem possit adire hæreditatem? et postulare decretum, quo hæres cogatur adire et restituere hæreditatem? Et breviter, utrum ut præsenti, sic etiam absenti restitui possit hæreditas? Et an nomine absentis cogi possit hæres adire et restituere?* Dubitatur hac de re, quia per procuratorem non potest adiri hæreditas, *l. per procuratorem, de acqirend. hæred.* et restitutio hæreditatis est successio quædam, *l. non enim ercisc. h. t.* Adeo ut judicium familiæ, sit etiam cum eo cui restituta est hæreditas ex Trebelliano, quasi cum hærede, *l. 24. et 40. fam. ercisc. l. ita tamen, §. si ex Trebell. et seq. hoc tit.* Sed magis est, ut sicut bonorum possessio potest agnosci per procuratorem etiam voluntarium, qui non habeat mandatum nomine ejus cui delata est bonorum possessio, *l. 3. §. adquirere, de bon. poss. l. si quis alieni, de adq. hæred. l. servo invito, §. si pupillo, hoc t.* ita etiam possit per procuratorem quemlibet recipi fideicommissaria hæreditas, et ut possit procurator quilibet nomine fideicommissarii cogere hæredem per prætorem, ut adeat et restituat. Atque ita definitur in *d. §. utrum.* neque huic definitioni quicquam obstat *l. sed nec ipse, h. t.* quæ dicit tutori fideicommissarii non posse restitui hæreditatem: qui tamen plus esse videtur quam procurator. Ergo nec procuratori videtur posse restitui. Sed observandum, quod lex ait indistincte, non posse restitui tutori quia scilicet tutori pupilli præsentis, nec infantis, non potest restitui, ut *l. pen. C. eod. tit.* tutori vel procuratori absentis potest restitui. Et non obstat etiam lex *si mulier, §. ex asse, de jure dot.* quoniam ut omittam, quod Accurs. ait, perspicum est, eam legem loqui non de restituenda hæreditate, sed de transferendis actionibus. Hæreditas potest restitui alii nomine fideicommissarii, sed transeunt actiones in fideicommissarium, non in eum, cui restituitur. In eum igitur, cujus nomine restituitur, non in eum, cui re ipsa restituitur, *l. ita, §. 1. et l. restituta, hoc tit.* Actiones autem in alium transire, quam fideicommissarium ex Senatusconsulto Trebell. non possunt. Et non obligatur hæres, ut ostendit §. *ex asse*, alii promittere ex voluntate fideicommissarii, se in eum translaturum actiones: quia impossibilium nulla est obligatio, et impossibile est, quod Senatusconsultum non patitur, ut *l. 1. hoc tit.* Verissimum igitur est absentis procuratorem etiam voluntarium, amicum voluntarium absentis fideicommissarii posse desiderare adiri et restitui hæreditatem, et restituta hæreditate procuratori actiones transire in fideicommissarium, non in procuratorem: transit autem statim, si verus procurator fuerit, hoc est, si mandatarius fuerit, *argum. l. 13. de adquir. rer. dom.* vel si voluntarius procurator fuerit, tunc transire, cum fideicommissarius ratum habuerit, *d. l. qui ita §. 1.* Hæc igitur sententia fit rata et firma. Dicet nunc aliquis percepta hac sententia, posse evenire nonnunquam ut hæres, qui postulante procuratore compulsus adiit, in damno moretur ut hæreat actionibus, ut sustineat onera hæreditaria, quod est iniquum, ut qui invitus adiit, subeat onera quasi adierit suo periculo, non periculo compellentis. Quid enim, si voluntarius procurator sine mandato coegerit hæredem adire et restituere, et fideicommissarius ante decesserit, quam ei restituatur hæreditas, id est, antequam ratum habuerit? Restitutio hæreditatis fit non tantum actu, sed etiam verbo, *d. l. restituta.* Et ratihabitio fit quoque non tantum actu, puta accepta hæreditate, sed etiam verbo, *l. 5. rem rat. hab.* Ergo non tantum, si fideicommissarius acceperit hæreditatem a procuratore voluntario qui eam prior accepit ab hærede, sed etiam acceptam habuerit. Et ita proponitur in *d. §. utrum*, ex quo necessario colligitur, moriente fideicommissario antequam ratum habue-

rit fideicom. hæreditatis extingui quia scilicet hæres ejus ratum habere non potest, cum ad eum non transeat fideicommissaria hæreditas, cujus jus defuncto nondum adquisitum fuerat. Et res procedit his gradibus, directa hæreditas non adita non transit in hæredem, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *de inoff. test. l. un. C. de caduc. tol.* §. *novissime.* Bonorum enim possessio non agnita non transit ad hæredem, et forte si petita sit alieno nomine, et is, cui petita est, moriatur, antequam ratum habuerit, non transit ad hæredem ejus, nec hæres ejus ratum habere potest, *d. l.* 3. §. *adquirere*, *de bon. poss. l.* 7. *rem rat. hab.* Consequens igitur est, exemplo bonorum possessionis, quo etiam usi ante sumus, nec fideicommissariam hæreditatem transmitti in hæredem, cujus jus non fuit quæsitum defuncto. Neque obstat huic conclusioni lex *postulante*, *hoc tit.* quia impulsus Accurs. putat fingendum esse fideicommissarium ante restitutionem decessisse sine hærede. Sed nihil moveri debuit hac lege, quia ibi hæreditas intelligitur fuisse restituta defuncto, licet non sit restituta, quia postulaverit eam adiri, quæ postulatio pro restitutione est. Non obstat etiam lex *cogi*, §. *item Mecianus, hoc tit.* quoniam in ea lege illa verba, *sive alius in locum eorum successerit*, id est in locum fideicommissariorum, quia nondum desideraverunt sibi restitui: illa inquam verba sunt accipienda de substituto vel de fideicommissario, cui ceterorum portiones accreverunt, non de hærede: nam nulla hæreditas, sive directa, sive precaria, aut fiduciaria, aut fideicommissaria, non adquisita, in hæredem transit. Ergo rursus ita concludamus, petitionem hæreditatis civilem, si non sit adquisita defuncto hæreditatis, non transmitti ad hæredem, ut Paulus scribit 1. *Sentent. tit.* 13. Possessoriam quoque petitionem, si a defuncto non fuerit agnita bonorum possessio, non transmitti ad hæredem, et similiter, fideicommissariam hæreditatis petitionem eo casu non transmitti ad hæredem. Nec rursus obstat huic rei lex 3. *de fideic. hæred. pet.* quæ dat fideicommissariam hæreditatis petitionem hæredi fideicommissarii, vel bonorum possessori, vel alii successori: sed hoc sane ita procedit, si fideicommissario restituta sit hæreditas, vel verbo tenus, non si ante restitutionem mortem obierit. Ergo procurator, qui mandatum non habuit, si nomine fideicommissarii coegerit hæredem adire, et restituerit hæreditatem, et fideicommissarius decesserit, antequam ratum haberet hæres, qui coactus adiit, sustinet onera hæreditaria, quod est iniquum. Iniquum est eum, qui compulsus adiit obligari æri alieno; iniquum adire suo periculo: iniquum astringi oneribus hæreditariis, quod in eo casu supersit solus, qui possit teneri perempto fideicommisso hæreditatis. Istud incommodum objicit Ulp. in *d. l. utrum.* Et movit juris auctores valde rescriptum D. Pii, quo huic incommodo subventum est: nam hodie his casibus ex rescripto D. Pii non tantum, si hæredi caverit procurator de rato sed etiam, si non caverit, plerunque cautio interposita redditur inutilis, puta deinde lapsis facultatibus fidejussoribus. Cautiones sunt fragiles, inquit lex *qui ita* §. 1. *hoc tit.* quoniam potest fidejussor, qui pro alio cavit, redigi ad inopiam, nihil igitur refert, sive procurator hæredi caverit de rato sive non: nam utroque casu hæredi, qui compulsus adiit, perempto fideicommisso, puta quod mortuus sit fideicommissarius ante ratihabitionem, hæredi succurritur per prætorem data restitutione in integrum. Dicitur beneficium istud extraordinarium in l. 12. cujusmodi est restitutio in integrum *l. in causa, D. de minor.* Et hoc quidem ita fuit introductum a D. Pio, qui dicitur Titus Antoninus in l. 12. in alia specie, in qua tamen suberat idem incommodum, aut iniquitas eadem occurrebat. Et licet Constit. pertineat ad unam speciem, exemplum tamen ejus possumus sequi etiam in aliis omnibus in quibus occurrit idem incommodum, vel eadem iniquitas. Et ut ostenditur in §. *utrum*, species, ad quam proprie pertinet rescriptum, hæc est: quidam Titium ex asse hæredem scripsit, et Albinam ancillam suam directo manumisit. Hæc quidem Albina habebat filiam in servitute ejusdem domini, nempe testatoris, et eidem Albinæ filiam impuberem per fideicommissum reliquit, et rogavit, ut eam manumitteret, ut mater filiam manumitteret. Titium quoque hæredem rogavit, ut manumissæ filiæ Albinæ restitueret hæreditatem sub conditione, cum nubilem complesset ætatem, *quand elle auroit passé douze ans*: hæres recusavit adire hæreditatem, dicens suspectam esse, an potest cogi? Et D. Pius rescripsit, posse. A quo vero potest cogi? a pupilla? a serva impubere? minime, sed nomine ejus pupillæ hæredem compelli adire, quolibet postulante pro ea, *l. si impuberi, de tut. et curat.* quod exposui lib. 11. Et postquam adierit hæres, statim Albinæ competet libertas, et hæres ei tradet filiam ex causa fideicommissi manumittendam, et manumissæ mox hæres restituet hæreditatem: statim etiam antequam impleverit nubilem ætatem, antequam pubuerit, quia qui compulsus adivit, etiam ante diem, vel conditionem, vel qui suspectam dicit hæreditatem, etiam ante diem, vel conditionem fideicommissi, potest cogi adire, restituere, repræsentare fideicommissum, *l. seq. in princ. l. si cui pure, hoc tit.* Sed actiones non transeunt ante conditionem: restituitur quidem hæreditas ante conditionem, *l. sed et si ante, hoc tit.* nec æquum esset cum posset deficere conditio. Igitur restituta

hæreditate filiæ impuberi, hærede coacto adire filia non obligabitur æri alieno, antequam pubuerit. Quid igitur, si impubes moriatur? morte ejus extinguetur fideicommissum, quia mortua est pendente conditione, et non est, in quem transeant onera: an igitur sustinebit onera hæres, qui compulsus adiit? an hærebit actionibus hæreditariis? Sic videtur ipso jure. Sed per pretorem ex eo rescripto ei succurritur, ita ut perinde a creditoribus hæreditariis bona veneant nomine testatoris, atque si nemo ei hæres extitisset. Et similiter in proposito casu, si procurator voluntarius absentis fideicommissarii coegerit hæredem adire, et restituere, nec fideicommissarius ratum habuerit, hæredi succurritur, qui compulsus adiit eodem exemplo, ita ut bona veneant nomine testatoris, ac si ipse non adiisset. Hoc beneficium D. Pii est novum, ut ait l. 12. puta, ut hæreditas adita habeatur pro non adita, et ex causa prætor restituet in integrum quemlibet etiam majorem 25. annis. Itaque ut subjicitur in princ. l. 13. quæ est conjuncta cum l. 11. hodie hæres, qui suspectam hæreditatem dicit, non potest causari, se non posse cogi adire ante conditionem, puta, ne in damno versetur, conditione forte postea defecta; quia, ut diximus, etiamsi deficiat conditio fideicommissi, ei succurritur per prætorem, ut pro eo habeatur, ac si non adiisset: hæc causatio non efficiet, ne compellatur adire cum nullum damnum ei futurum sit, etiamsi deficiat conditio. Unde ita concludit *l. seq. in princ. jam igitur*, id est, post rescriptum D. Pii, *non desideratur hæredis præsentia*: ubi manifestissimum est, non esse intelligendum nomen *hæredis*; sed *fideicommissarii*, quæ est conclusio prioris quæstionis: nam potest procuratori ejus restitui cuilibet, quæ res hæredi damno futura non est, qui compulsus est adire, etiamsi fideicommissarius ratum non habeat. Et similiter in §. *ult. l.* præcedentis, illo loco, *nec oporteat damno affici eum, qui rogatus adiit hæreditatem*, ubi evidentissimum est legendum esse, *qui coactus adiit hæreditatem*, in infra, ait, succurri hæredi, succurri ei qui compulsus adiit.

Diximus ante, hæredem rogatum restituere hæreditatem sub conditione, qui sibi eam suspectam dicit, et recusat adire, etiam ante conditionem compelli posse adire, et restituere, nec hodie quicquam vereri, ne in damno moretur, quia etsi deficit conditio fideicommissi, atque ita solus hæres ipse, ut diximus hæreat in luto, hæreat actionibus ex Constitut. D. Pii ei succurritur rescissa aditione per prætorem, et bonis venditis nomine testatoris, non nomine hæredis, qui pro eo est, qui non adiit beneficio restitutionis. Et posuimus speciem in hærede instituto ex asse: diversum enim esse ostendit lex 12. *hoc tit.* in hærede instituto ex parte: nam si hæres institutus ex parte rogatus sit partem suam restituere sub conditione, et suspectam dicat hæreditatem, ante conditionem non cogitur adire, et restituere, *l. non est cogendus*, *hoc tit.* quæ est ex eod. lib. Et quæ, ut inferius demonstrabitur, est accipienda de hærede instituto ex parte, licet id non edicat palam. Cur vero hæres ex parte ante conditionem non cogitur adire? quia etiamsi non adeat, nihil damni facit fideicommissarius, etiamsi recuset, vel repudiet: nihil refert adire hæreditatem, cum portio ejus accrescat hæredi cum onere fideicommissi, *l. si Titio, inf. de leg.* 2. Et ideo ad eum non pertinet beneficium restitutionis Divi Pii, quod quidem pertinet tantum ad eum, qui cogitur adire: et hæres institutus ex parte, si forte sua sponte adierit, cum non posset compelli deficiente conditione fideicommissi, non restituitur adversus aditionem, sed omnino creditoribus hæreditariis satisfacere cogitur, et bona veneunt ejus nomine, non testatoris: proscriptionis infamiam hæres sustinet, non testator. Et hoc ita proponit Papin. in hac l. 12. et adjicit, hoc adeo verum esse, ut etiamsi pupillus sit institutus ex parte, qui sponte adierit tutore auctore, ut oportet: nam et hic pupillus non restitueretur adversus aditionem sponte factam tutore auctore: non restitueretur, scilicet deficiente conditione fideicommissi, hoc est, ex hac causa, quod defecerit fideicommissi conditio, ne scilicet injuria fiat creditoribus hæreditariis, qui forte jam bona vendiderunt nomine pupilli, qui adierat sua sponte. Ex causa quidem pupillus restituetur adversus aditionem si res sit integra, si bona nondum sint vendita: sed bonis venditis nomine pupilli, ne pupillus quidem auditur postulans novum et extraordinarium beneficium restitutionis cum injuria creditorum, qui jam distraxerunt bona pupilli nomine, et distraxerunt jure optimo, cum pupillus adiisset tutore auctore. Et sic etiam ex contrario dicitur in *l. nunquam* §. 1. *hoc tit.* postulante fideicommissario, ne pupillum quidem, qui repudiavit tutore auctore ut oportet restitui in integrum adeundi causa, bonis jam venditis, et finitis negotiis hæreditariis, quia hoc retractari non potest sine gravi injuria creditorum. Et ita vobis est explicata lex 12. et sic etiam mea sententia, cum procurator nomine fideicommissarii petit restitui hæreditatem ab hærede, si mandatum fuerit incertum, et hæres sua sponte adierit, postulante eo procuratore, cum posset non compelli adire propter incertum mandati, etiam oblata cautione potuit non cogi adire, cautione de rato, propter lubricum cautionis et fragilitatem, *l. qui ita*, §. 1. *hoc tit.* fideicommissario ratum non habente, hæres non restituetur in integrum, ut pro eo ha-

beatur, ac si non adiisset, quia de se queri debet, et esse contentus cautione de rato. Et sic explicanda sunt verba *legis* 12. *sed cum ab hærede*, hoc titulo.

Ad L. non est LIII. ad Senatusconsultum Trebel.

Non est cogendus hæres suspectam adire hæreditatem ab eo cui libertas a legatario, hæreditas ab hærede relicta est, cum status hominis ex legato pendeat, et nemo se cogatur adstringere hæreditariis actionibus propter legatum. Quid enim si inter moras non manumittente legatario servus decesserit? si autem vivo testatore legatarius decesserit, benigne respondetur, cogendum adire: cum in ipsius sit potestate, manumisso restituere hæreditatem.

His cognitis facile cognoscemus ex eodem lib. et eadem re *l. non est cogendus* 53. *hoc tit.* Species legis hæc est: testator legavit Titio servum, et ab eodem Titio eidem servo reliquit fideicommissariam libertatem. Eidem quoque servo ab hærede, ut ponit, per fideicommissum reliquit hæreditatem. Lex ait, non posse cogi hæredem suspectam hæreditatem adire, servi nomine, scilicet hac ratione, quia servo non potest restitui hæreditas antequam factus sit liber, *l. si cum pure* §. 1. *hoc tit.* Et libertas ei relicta est non ab hærede, a quo relicta est hæreditas, sed a legatario: nemo autem propter legatum solum, ut valeat legatum, vel propter libertatem solam cogitur adire, ut ait *l. prox.* §. *ult.* quam exposuimus lib. 19. nemo, inquam, cogitur, vel propter legatum, vel propter libertatem adire, ne in damno moretur, forte mortuo servo antequam legatarius eum manumiserit. Et ita scribit Papin. in *h. l. non est cogendus*: cui scripto mirum in modum adversatur *l.* 11. §. *utrum*, *et l.* 13. *in princip. hujus tit.* Ex iis quæ diximus heri, intelleximus, hæredem cogi adire, a quo relicta est servo hæreditas fideicommissaria, et a legatario libertas, et remedium dedisse D. Pium, ut hæres non versetur in damno, mortuo forte servo, ante aditionem fideicommissarii, vel ante manumissionem. Sed ut breviter respondeam, jam antea diximus *d.* §. *utrum legem* 13. loqui de hærede instituto ex asse et aliud esse in hærede instituto ex parte Papin. ostendit in l. 12. cum qua hæc debet conjungi omnino. Atque ita hæc etiam debet accipi de hærede instituto ex parte, a quo sit relicta fideicommissaria hæreditas servo, et servus alii legatus, et legatarius porro rogatus eum servum manumittere. Hic enim hæres non cogitur adire antequam servus pervenerit ad libertatem. Uno tamen casu in hac l. Papin. ostendit, hæredem ex parte institutum posse cogi adire, et restituere hæreditatatem, videlicet, si legatum servi defecerit vivo testatore mortuo legatario, quandoquidem legatum remanet apud hæredem, si habuerit jus antiquum, si habuerit jus excludendi fisci, qui alias ex l. Papia vocatur ad legata, quando deficiunt vivo testatore, et dicuntur esse in causa caduci. Imo remanet illud legatum apud hæredem, etiamsi hæres non habeat jus antiquum propter fideicommissariam libertatem, quia leges caducariæ non pertinent ad libertates, *l. generaliter* §. *si hæres*, *de fideic. libert. l. si privatus* §. *ult. qui et a quibus man.* Ergo legatum illud servi remanet apud hæredem, et remanet igitur cum onere fideicommissi, id est, cum onere præstandæ servo libertatis. Atque ita hoc casu, hæres idem incipit esse debitor, qui libertatis et hæredis. Ac merito nomine servi cogitur adire, et manumisso restituere hæreditatem, ut demonstratum jam est in *l. præced.* §. *ult.* quæ, et hoc notandum, quod hæc lex consentiat, merito ei subjuncta est. Et hoc argumento confirmari etiam potest, hanc legem non esse accipiendam de hærede instituto ex parte, cum et de eo fuerit lex precedens. Confirmari denique id potest conjunctione *d. l.* 12. et vicinitate l. præcedentis, neque de eo quicquam ambigendum est.

Ad L. LV. ad Senatusconsultum Trebell.

Si patroni filius extraneo restituerit ex Trebelliano hæreditatem, operarum actio, quæ transferri non potuit, apud hæredem manebit, nec ei nocebit exceptio, cum eadem prodesse non posset ei, qui fideicommissum accepit. Et generatim ita respondendum est, non summoveri hæredem neque liberari ex his causis, quæ non pertinent ad restitutionem.

§. 1. *Imperator Titus Antoninus rescripsit in tempus directo data libertate, non esse repræsentandam hæreditatis restitutionem, quando persona non est, cui restitui potest.*

§. 2. *Qui fideicommissam hæreditatem ex Trebelliano, cum suspecta diceretur, totam recepit, si ipse quoque rogatus sit alii restituere, totum restituere cogetur. Et erit in hac quoque restitutione Trebelliano locus. Quartam enim Falcidiam jure fideicommissarius retinere non potuit. Nec ad rem pertinet, quod nisi prior, ut adiretur hæreditas, desiderasset, fideicommissum secundo loco datum intercidisset. Cum enim semel adita est hæreditas, omnis voluntas defuncti rata constituitur. Non est contrarium quod legata cetera non ultra dodrantem præstat: aliud est enim ex persona hæredis conveniri, aliud*

proprio nomine defuncti precibus adstringi: secundum quæ potest dici, non esse priore tantum desiderante cogendum institutum adire, ubi nulla portio remansura sit apud eum: utique si confestim, vel post tempus cum fructibus rogatus est reddere: sed et si sine fructibus rogatus est reddere, non erit idonea quantitas ad inserendam adeundi necessitatem; nec ad rem pertinebit, si prior etiam libertatem accepit: ut enim pecuniam ita nec libertatem ad cogendum institutum accepisse satis est. Quod si prior recusaverit, placuit ut recta via secundus possit postulare, ut hæres adeat, et sibi restituat.

§. 3. *Quid ergo, si non alii, sed ipsi hæredi rogatus sit restituere? Quia non debet eidem, quandoque quarta reddi, quam perdidit, propter hujus portionis retentionem erit audiendus. Sed nec illud translatitie omittendum est, instituto, qui coactus est adire, fideicommissi petitionem denegandam esse. Cur enim non videatur indignus, ut qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate? quod fortius probabitur, si post impletam conditionem coactus est adire: nam si pendente conditione durum erit idem probare cum et Falcidiam pœnitendo potuit inducere. Nec ignoro posse dici nullo modo fideicommissi petitionem denegandam eis, qui jura sepulcrorum adquiri insequuntur. Adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte, quam derelinquit, voluit relinquere, ut nec Falcidiam exercere possit, nec præceptio, apud eum relinquatur, nec substitutio quoque secundarum tabularum ita facta, quisquis mihi hæres erit, filio meo hæres esto, eidem daretur.*

§. 4. *Cui Titiana hæreditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, Mævianam hæreditatem, quam Titius defunctus ex Trebelliano Sempronio restituere debuit, et ipse restituere poterit, sicut alius quilibet successor.*

§. 5. *Actiones temporariæ Trebelliani solent esse evicta hæreditate ab eo qui posteaquam fideicommissam restituit hæreditatem, victus est: scilicet ante restitutionem lite cum eo contestata: potestas enim evictionis tollit intellectum restitutionis, indebito fideicommisso constituto. Plane si fideicommissum ab eo quoque, qui postea vicit relictum est, quia possessor in ratione reddenda hæreditatis partem, quam fideicommissario restituit, hæredi reputat; defendi potest, actiones Trebelliani durare.*

Prima quæstio *l. si patroni*, est de operis libertorum, quæ necessario conjungenda est cum *l. si bona.* 40. *de op. libert.* quæ est ex eodem libro. Certum est, restituendo hæreditatem ex Senatusconsulto Trebelliano hæredem transferre obligationes et actiones omnes in fideicommissarium, cui restituitur, quas scilicet habuit tempore restitutæ hæreditatis, et quibus fuit astrictus, hoc est et activas, et passivas, sive jure civili competerent, sive jure prætorio: imo et causa naturalium obligationum transit ad fideicommissarium, *l. quamvis hoc tit.* Et ideo, si hæres conveniatur in solidum a creditoribus hæreditariis post restitutam hæreditatem, potest se tueri et defendere exceptione restitutæ hæreditatis, quia restitutio liberat hæredem, si non ipso jure, saltem per exceptionem: et contra si post restitutionem hæres, qui restituit, agat cum debitore hæreditario, repellitur eadem exceptione restitutæ hæreditatis, et transfusarum per restitutionem, sive translatarum actionum in fideicommissarium, *l.* 1. §. *quanquam, et l. ita tamen*, §. *qui ex Trebell. hoc tit.* Quæ exceptio etiam dicitur exceptio Trebelliani *l.* 28. *de judic.* sicut actiones Trebell. quæ ad fideicommissarium transierunt per restitutionem hæreditatis in §. *ult. hujus leg.* Quod autem dicimus, restituta hæreditate omnes actiones fideicommissario et in fideicommissarium competere, non habet locum in actione operarum, quæ hæredi instituto filio patroni competit adversus libertum paternum: nam hæc actio non transit in fideicommissarium extraneum, cum non sit patronus, et hæ operæ debeantur tantum reverentiæ patroni. Finge: libertus patrono debuit operas, primus filium hæredem instituit, et rogavit fideicommissario restituere hæreditatem: post certum tempus restituta hæreditate, an actio operarum transit in fideicommissarium? minime, quia non est patronus: filius patroni est patronus, l. *cum patronum* 10. *de jure patron.* ei debentur operæ quasi patrono, *l. sciendum, de verb. sign.* et restituta hæreditate apud eum remanebit actio operarum, nec petenti operas obstat exceptio Trebell. nec ut annotavit Accurs. recte, has operas imputat in Falc. videlicet, si post mortem patroni deberi cœperit, si post mortem patroni ab ipso filio inductæ fuerint, et imperatæ liberto patroni: quia etiam omissa hæreditate paterna ei debentur, modo non sit exhæredatus: et in Falcidiam imputantur tantum, quæ jure hæreditario capiuntur, id est, quæ quis non caperet, si hæres non esset, vel si repudiaret hæreditatem, aut ea se abstineret. Ergo non imputabit, quæ capit jure patronatus. Recte autem dicimus, etiam restituta hæreditate, filium patroni retinere actiones operarum, cum non possint transire in extraneum, qui non est patronus: hæ operæ sunt officiales. Porro officium tantum constat inter libertum et patronum: filius ipse est patronus, fideicommissarius Trebellianus non est patronus. Et eadem ratione extraneus hæres institutus

a patrono, non est patronus: et consequenter ei non debentur operæ, quæ debitæ fuerunt defuncto, quia non jus hæreditarium sequuntur, sed jus patronatus, atque commutantur *l. libert. C. de op. libert. l. pro hærede §. si quis tamen, de acq. hæred.* Et eadem ratione filio exhæredato non debentur operæ, quia non est patronus. Exhæredatio non tantum jus sui filio aufert, sed etiam jus patroni in libertos paternos, *l. si operum, de op. libert.* Et hæc quidem, ut jam antea significavi, accipienda sunt de operis officialibus, hoc est, quas libertus, ut libertus, patrono debet officii causa, non tantum jure civili, puta ex stipulatione, vel etiam jurejurando, quo solo casu ex jurejurando actio est, sed etiam eas debet patrono jure naturali, cujuscunque sint ministerii, artificiive generis, quas modo libertus ipse edere patrono possit, et exhibere: et debentur non quidem statim, ut promisit vel juravit, etiamsi pure promiserit, sed cum eas patronus indixerit, cum commodum erit patrono eas sibi edi, jubente puta patrono. *Præsta mihi hodie illam operam struendo parieti, dato mihi hodie operam*, vel quid aliud: quas autem debet libertus, ut quilibet extraneus, hæ non in officio consistunt *ce n'est pas pour luy faire honneur*, sed quasi in pecuniæ præstatione. Et hæc transeunt ad quemcumque hæredem, *l. 6. de op. libert.* Officiales transeunt ad filium hæredem institutum non ad extraneum hæredem institutum, non ad fideicommissarium Trebellianum, ut ostendit hæc l. Papiniani, sed remanent apud filium hæredem institutum, et earum actio. Nec filio eas operas petenti obstat exceptio Trebelliani, quod Papin. ostendit elegantissima ratione, quæ sic erat enarranda: cur filio hæredi instituto, qui restituit hæreditatem, agenti de operis adversus libertum paternum, non obstat exceptio Treb. sicut si ageret alia de re? quia si noceret filio, prodesset fideicommissario extraneo, id est, extraneo competeret operarum persecutio, quas non posset filius persequi, *l. 1. §. 4. hoc tit.* Atqui extraneo operarum persecutio competere non potest, cum non sit patronus. Ergo persequenti operas filio, non debet nocere exceptio. Est elegantissima ratio. Et inde generaliter definit Papin. ex omnibus his causis, quæ ad restitutionem non pertinent, id est, quæ in restitutionem fideicommissi non veniunt, quæ non sequuntur fideicommissarium Trebell. hæredi agenti non nocere exceptionem Treb. unde sequitur, ut pro rata Falcidiæ, pro rata quadrantis, quam retinet hæres oneratus fideicommisso, agenti hæredi non possit nocere exceptio Trebell. nec prodesse convento pro rata Falcidiæ, quia jura omnia sive onera creditorum, aut actiones debitorum dividuntur inter hæredem et fideicommissarium pro quadrante et dodrante. Idemque erit in fructibus medio tempore perceptis, qui in restitutionem non veniunt. Nam si eos persequatur pro rata quadrantis hæres post aditam hæreditatem, non oberit exceptio Trebel. et etiam non proderit, si conveniatur eorum causa: puta reddendorum sumptuum nomine quos colonus fecit in serendis fructibus aut legendis. Et consequenter idem etiam erit in his, quæ hæres alienavit, vel quæ diminuit ex hæreditate; cum esset rogatus restituere, quod superesset: et generatim, ut ait in omnibus, quæ ad restitutionem non pertinent.

Diximus, filio hæredi instituto etiam post restitutam hæreditatem deberi operas a liberto patrono. Dixi extraneo hæredi patroni non deberi operas. Videamus, quemadmodum hæ duæ sententiæ accipiendæ sint. Prior vera est, filio hæredi instituto deberi operas, quas libertus patrono debuit, etiamsi restituerit hæreditatem: imo etiamsi abstinuerit se hæreditate, modo non sit exhæredatus, *l. si operarum, de op. libert.* Quod ea lex significat his verbis, *etiamsi hæres non existat*: aliud est, hæredem existere, aliud extare: nam extare, constare est, et perseverare, hæredem esse, non nomine tantum, sed re: filius hæres existit statim, etiam invitus et ignorans, sed non extat hæres, si se abstinuerit: nec tamen ideo minus petit operas. Et idem etiam est, si de operis lis a patre non fuerit contestata cum liberto, hoc est, filio debentur etiam futuræ operæ, quas ipse indicet, nedum præteritæ quas pater indixit, (*nedum, id est*, multo magis) et de quibus litem contestatus est in *d. l. si operarum.* Sane præteritæ filio debentur, cum et debeantur hæredi extraneo patroni, quoniam jam cesserunt, et sunt in hæreditate, in *l. 4. de op. libert.* Sed in filio hoc est præcipuum, ut ei debeantur etiam futuræ, quæ tamen non deberentur hæredi extraneo: hæredi extraneo novarum operarum indictio non est: præteritarum, quas indixit defunctus, et de quibus litem contestatus est, etiam hæredi extraneo petitio est. Et secundum hæc, quæ sunt certissima, jamdiu ostendi, in *l. pro hærede §. si quid tamen, de acq. hær.* sic esse legendum, *cum petitio earum etiam non hæredibus competat, et maxime futurarum.* Nam hoc vult dicere §. filium patroni hæredem institutum petendo operas, non videri pro hærede gessisse, atque adeo petendo operas, eum se non immiscuisse negotiis hæreditariis, quia scilicet filiis patroni etiam non hæredibus puta abstinentibus se bonis paternis, datur petitio operarum, modo non sint exhæredati, et futurarum maxime, id est, quæ post mortem patroni deberi cœperunt. Posset dubitari, *an abstinentibus se hæreditate filiis, etiam esset petitio operarum præteritarum?* Sed idem est

etiam in præteritis, ut dixi, ante minus dubitabatur de futuris. Ergo ita concludamus, filiis hæredibus institutis etiam abstinentibus se, petitio est operarum, cum futurarum, tum præteritarum. Extraneis autem hæredibus, qui adierunt hæreditatem, est petitio præteritarum tantum, quæ jam cœperant deberi defuncto, quæque ab ipso defuncto indictæ fuerant, *l. 4. de op. libert.* Et secundum hoc recte in *l. 9. eod. tit.* operas futuras non alii deberi quam patrono, quia scilicet præteritæ debentur etiam non patrono, puta hæredi patroni extraneo, qui adiit. Et secundum hæc etiam est certissimum, in prima parte legis *si operarum*, tollendam esse negationem. Nam ut summatim illa lex exponatur, facit differentiam inter filium patroni hæredem institutum, et extraneum hæredem institutum. Nam filius patroni petit operas omnino etiamsi abstinuerit se hæreditate, etiamsi de eis non egerit pater, id est, non fuerit litem contestatus pater, antequam moreretur. Extraneus autem ita demum petit operas, si a defuncto fuerit lis contestata, contestatum judicium operarum, et pendente judicio mortuus fuerit. Nam translatio judicii datur extraneo hæredi, id est, lis transfertur in extraneum hæredem, lex *tam ex contractib. de judic.* ait translationem dari, quem locum juvenes quidam depravaverunt. Filio familias post litem contestatam procuratorio nomine mortuo pendente lite aut etiam post condemnationem erit, *in eum, quem defend.* hoc est, in eum cujus nomine egit, *translatio*, *non transactio*, ut Flor. *datur* in eum, cujus nomine egit, datur translatio litis, ut ab eo peragatur lis vel si procurator fuerit condemnatus, datur in eum judicati actio. Et ita Græci μεταβαίνει ἡ δίκη, id est, *transfertur judicium*, vel condemnatio in eum, quem defendit. Hæc sunt certissima, sed ut magis confirmentur, applicanda est *l. 40. de op. liber.* quæ est ex eodem libro.

Ad L. si bona XL. de Oper. libert.

Si bona patroni venierunt, operarum, quæ post venditionem præterierint, actio patrono dabitur, et si alere se possit, ante venditionem præteritarum non dabitur, quoniam ex antegesto agit.

Species hæc est, bona patroni decoctoris vendiderunt creditores ejus: præteritæ operæ ante venditionem bonorum, quas patronus jam indixerat sequuntur creditores patroni, vel emptorem bonorum, qui est pro successore, non sequuntur patronum. Cur? quia cujus bona venierunt, non potest agere ex antegesto, ex eo, quod gessit ante venditionem bonorum, *l. pen. de curat. bon. dand.* ad quam omnino est quasi similis adjungenda hæc, et ad hanc illa, nec sine illa vix ullus hanc intelligit. Operæ autem præteritæ post venditionem bonorum, puta quas patronus indixit post venditionem bonorum debentur patrono etiamsi citra eas operas habeat unde se alat. Hoc ait Papin. in hac l. 40. sed est vitiata ab interpunctionibus post verbum possit, reponendum est punctum. Sed exponamus illud: *operæ præteritæ post venditionem patrono debentur, etiamsi aliunde se alere possit.* Cur hoc ait? *etiamsi aliunde etc.* quia est ei relinquendum, quo se alat, si post venditionem cum eo agatur, sicut agi potest, quia scilicet post venditionem tantum tenetur in id quod facere potest, *l. ult. C. de rev. his, quæ in fraudem. cred.* in quantum facere potest, quod ratio ejus habenda est, ne egeat secundum regulam legis, *in condemnatione, de reg. jur.* Quid hoc est, *ne egeat*, id est, ne desint ei alimenta, *l. 6. de cessio. bon.* Ergo hoc vult lex, quod etiamsi ei sufficiant alimenta quotidiana, tamen habeat etiam operas, quæ post venditionem cesserunt, quas creditores habere non possunt.

Ad §. Imperator Titus Ant.

Ponitur rescriptum D. Pii, quo cavetur, ut si testator servo suo pure reliquerit hæreditatem per fideicommissum ab hærede scripto, et libertatem directam in tempus, puta, ut post biennium liber esset, non posse cogi hæredem adire, antequam servo libertas competierit, non posse cogi adire ante biennium, quia non est cui hæreditas restitui possit. Pendet hæreditas ex libertate fideicommissarii, quod conjungendum est cum his, quæ ex eodem libro attulimus in *l. 12. et l. non est cogendus, h. t.* Quamquam in illis locis agitur de libertate fideicommissaria, hoc loco de directa: illis locis de libertate a legatario, hæreditate ab hærede relicta, hoc loco de utraque relicta ab hærede. Et pertinet etiam valde ad hæc, quæ posui latius *lib. 19. ad l. si res aliena, hoc tit.* Et verissima sunt quæcunque scripsit Accurs. in hunc §.

Ad §. qui fideicommissam.

Transeamus igitur ad §. *qui fideicommissam*, et eum totum exponamus, si placet. Est satis longus, et multa complectitur. Sciendum est, hæredem, qui suspectam et damnosam hæreditatem dicit, postulante fideicommissario ex Senatusconsulto Pegas. cogi a prætore adire et restituere hæreditatem totam non deducta Falcid. quia Falcidia utitur

tantum is, qui sponte adit: sed fideicommissario et in fideicommissarium, qui recipit hæreditatem, dabuntur omnes actiones, perinde atque si restituta esset hæreditas ex Senatusc. Trebell. Quod etiam proponitur in initio hujus §. Verum sciendum est præterea, et hunc quoque fideicommissarium, si rogatus sit eandem hæreditatem alii restituere, æque alii restituere hæreditatem totam, quam recepit, non deducta Falcid. ita ut transeant omnes actiones ad secundum fideicommissarium, *l.* 1. §. *de illo, hoc tit.* Hæres non detrahit Falcid. sua culpa, quia quantum in se fuit, hæreditatem dereliquit, nec nisi coactus adiit *l. quia poterat, hoc tit.* Fideicommissarius autem, quod obtinet etiam in legatario, non detrahit Falc. nullus, inquam, fideicommissarius, sive particularis, sive universalis detrahit Falcidiam, quia lex Falcidia lata est solius hæredis causa, *l. pater ad l. Falcid.* ut ne hæreditatem derelinqueret, aut destitueret: qui non est hæres non exercet Falcidiam. Ergo legatarius aut fideicommissarius qualiscunque sit non exercet Falcidiam, quod probatur ex *l.* 1. §. *denique, et* §. *seq. l. mulier*, §. *ult. hoc tit. l. lex Falc.* §. *ult. ad. l. Falc. l. cohæredi*, §. *quod si hæredem in fin. de vulg. substit.* Et verissimum hoc est, sive usus jam sit hæres Falcidia adversus fideicommissarium, ut non possit rursus et fideicommissarius uti Falcid. sive hæres non sit usus Falcid. quia nec tunc ea uteretur fideicommissarius, ut in specie hujus §. si coactus adiit. Et ita apertissime definitur in hoc §. qui continet multa præclarissima principia juris. Hoc primum est, quod dixi solum hæredem exercere Falc. non fideicommissarium ullum, aut legatarium. Et respondet Papin. quibusdam, quæ possent objici huic principio, seu sententiæ juris sed possent etiam objici alia, quæ non memoravit Papin. quæ nos tamen proferemus et refellemus. Diceret primum forsitan aliquis in hac specie, æquum esse, fideicommissarium exercere Falcidiam adversus secundum fideicommissarium, quia, nisi ipse prior coegisset hæredem adire, intercidisset fideicommissum secundo loco datum, quia aditione non secuta omnis vis testamenti solvitur, et nihil testamento scriptum valet: aditio confirmat omnem scripturam testamenti. Et eleganter ait, quod est aliud principium, *cum semel est hæreditas, omnis voluntas defuncti rata adita constituitur.* Sic ergo argumentatur prior fideicommissarius: ego curavi, ut adiret hæres, ego compuli, et ita ratam constitui voluntatem omnem defuncti, aut rata ut constitueretur, effeci per aditionem: servavi ergo tibi fideicommissum posterius: cur non ex eo deducam quartam, ut tu habeas tantum dodrantem, qui nihil habuisses, nisi ego compulissem hæredem ad adeundum? Papin. contemnit inspectionem istam, et ait, hoc nihil ad rem pertinere, absurdam esse argumentationem, id est, hujus rei rationem nullam haberi debere, nec ideo magis fideicommissario priori Falcidiam exercere licere adversus posteriorem: alioquin in casibus, quibus cesset Falcid. ut in testamento militis, per hanc causam hæres induceret Falcidiam, dicendo se adiisse et ita servasse legata aut fideicommissa, ne intercideret, qui poterat repudiare testamentum et hæreditatem. Igitur hæc causa non est idonea ad inducendam Falcid. quibus casibus non habet ea locum. Hoc nihil ad rem pertinet, nec declarat, cur nihil ad rem pertineat, quod satis quilibet id videatur per se capere posse. Ergo verum manet illud, fideicommissarium non exercere Falcid. Videtur contrarium esse huic sententiæ rursus, quod fideicommissarius legata ab hærede data præstat deducta Falcid. si eam non deduxit hæres. Præstat igitur tantum dodrantem legatarius. Quod etiam opponit Pap. hoc loco, et probatur *l.* 5. §. 1. *l. facta*, §. *si cum suspecta, hoc tit.* Cæterum hoc sane non est contrarium sententiæ nostræ, quia eo casu hanc Falcid. deducit fideicommissarius ex persona hæredis, a quo relicta erant legata aut fideicommissa, et qui ea deducere potuit, alioquin secus, *l. cogi*, §. *Mecianus*, *et l. ex asse, hoc tit.* non enim eo casu fideicommissarius deducit Falcidiam ex persona sua, et nomine proprio. Nam ex fideicommissis a se relictis, fideicommissarius non deducit Falcidiam. Et superior sententia est sic accipienda, ut fideicommissarius non exerceat Falcidiam ex sua persona: nam ex persona hæredis potest. Non est etiam contrarium huic sententiæ, quod fideicommissarius, qui passus est Falcidiam, hoc imputat suis fideicommissarius pro rata, et eo minus præstat, *l. pen.* §. *ult. ad l. Falcid. l. factam* §. *si Titius*, *hoc tit.* Quia ut respondeam, hæc imputatio non est deductio Falcidiæ, permissa ob id tantum, ne fideicommissarius obligetur in plus, quam acceperit, ne de suo fideicommissa præstare cogatur. Non est etiam contrarium huic sententiæ, quod si hæres rogatus sit hæreditatem restituere Titio, et rursus Titius rogatus sit eam alii restituere, si Titio restituerit hæres, non deducta Falcidia, eo scilicet animo, ut ipse Titius potius eam deduceret, et sibi haberet, Titius potest uti Falcidia adversus sequentem fideicommissarium, *l.* 1. §. 1. *h. t.* Hoc non est contrarium superiori regulæ, quia, ut respondeam, hoc facit liberalitatis hæredis, qui Falc. quam omisit donare voluit priori fideicommiss. non posteriori. Itaque sit nobis semper illa sententia, ut murus æneus. Et hæc, quæ dixi pertinent ad hanc partem §. *qui fideicommissariam hæreditatem*, usque huc adstrinxi,

persequar reliqua. Intelleximus hæredem rogatum restituere hæreditatem Titio, qui eam alii restituere rogatus est, postulante Titio, si hæres suspectam hæreditatem dicat, profiteatur sibi non expedire eam hæreditatem adire, compelli posse per prætorem, ut adeat, et restituat. Compelli igitur potest a priore fideicom. Hoc non est usquequaque verum, ut eleganter docet: nam hoc verum est quidem, si aliqua portio hæreditatis ex fideicommisso apud Titium remansura sit, ut si non sit rogatus alii restituere totum, sed partem; quia portio hæreditatis apud eum est remansura, ei jus est cogendi hæredem, ut adeat et restituat, ne eam portionem hæreditatis amittat: nemo cogit adire hæredem propter legatum, ut valeat testamentum: nemo cogit adire hæredem propter fideicommissum pecuniarium, nec propter ullum aliud emolumentum: imo nec propter libertatem, ne pereat libertas, sed propter hæreditatem tantum fideicommissariam, aut partem hæreditatis. Igitur si Titius prior fideicommissarius rogetur aliis restituere totam statim, vel post tempus, cum fructibus, sane quia nihil ejus interest, non potest cogere hæredem adire: imo et si Titius rogetur alii restituere post tempus hæreditatem totam sine fructibus, quia apud illum nulla est remansura portio hæreditatis, cum totum restituere rogatus sit, non potest compellere hæredem ad adeundam hæreditatem propter commodum fructuum medii temporis, quia nec propter legatum, nec propter libertatem, sed propter partem hæreditatis solam, quod est aliud certissimum principium juris, atque adeo propter partem hæreditatis solam, ut nec is, cui relicta est per fideicommissum, possit hæredem cogere adire nisi pars aliqua hæreditatis apud eum sit remansura quod confirmatur etiam *l. si res,* §. *ult. et l. seq. hoc. tit.* Ceterum, quo casu prior fideicommissar. non potest cogere hæredem adire, si recuset fideicommissum, certissimum est, sequentem fideicommissarium, apud quem fideicommissum est remansurum recta via, ac si non esset medius alius fideicommissarius, posse compellere hæredem adire et sibi restituere, *l. cogi,* §. *ult. hoc tit.* Et hæc pertinent ad illa verba, secundum quæ usque ad verba hæc, *sibi restituat.* Et his proxime subjungitur quæstio hæc: *an hæres cogi possit adire, si fideicommissarius non alii sed ipsimet hæredi, rogatus sit restituere sub conditione aliqua?* Et respondetur, cogi posse, quia hæres qui coactus adivit, perdit quartam, et hæc quarta, quam perdidit, remanet apud fideicommissarium, nec venit in restitutionem fideicommissi relicti eidem hæredi. Igitur propter eam portionem audiendus est fideicommissarius, si postulet decretum, quo hæres cogitur adire. Plus tentat Papin. nec hæredem fideicommissarium teneri ex causa fideicommissi, hoc est, fideicommissarium retinere posse totum, quod recepit, quia scilicet quia coactus adiit, non tantum perdit quartam, sed etiam fideicommissum ejusdem hæreditatis: merito, quia ab initio sprevit et dereliquit. Denique eo est indignus. Et ait Pap. hoc non esse omittendum translative, id est, ὑπερβατῶν sive saltuatim, hoc est, hoc non esse dissimulandum, quoniam est verissimum, fideicommissum hæreditatis ejusdem non deberi hæredi compulso eam adire. Sane verissimum est, si post conditionem fideicommissi coactus adierit, non si pendente conditione: etiam si cogi possit adire, si suspectam dicit etiam pendente conditione fideicommissi prioris, *l.* 1. §. *ult. l.* 15. *l. si cui priore, hoc tit.* tamen interim locus est pœnitentiæ, ut et Falcidiam, et fideicommissum sibi servare possit, puta res est integra, cum nondum restituerit, adire quidem cogitur ante conditionem, qui suspectam dicit, sed ei non restituendam, lex *quod,* §. *qui nam compulsus, hoc tit.* quæ negat pœnitentiam admitti Falcidiæ servandæ causa, non est accipienda de eo, qui ante conditionem adivit, sed de eo, qui adivit post conditionem. Conclusio igitur hæc sit: hæredem, qui coactus adivit, non tantum quartam amittere, sed etiam fideicommissum ejusdem hæreditatis, quod ei testator reliquit a fideicommissario. Dicit Papinianus ad hanc conclusionem: se non ignorare, posse dici, eum non amittere fideicommissum, non amittere petitionem fideicommissi, sed se eo non moveri, *non ignoro,* inquit, posse dici. Sed suppleamus, et non moveor eo. Qua ratione? quia etiamsi non esset hæres institutus, id fideicommissum haberet. Denique id fideicommissum non capit, ut hæres, cum possit etiam relinqui non instituto vel exhæredato, et qui coactus adierit, ea tantum amittit, quæ habiturus est si adierit, ea tantum amittit, quæ habiturus erat ut hæres, qua ratione non amittit jura sepulchrorum familiæ defuncti, etiamsi coactus adierit, et restituerit, *l. quia perinde,* §. 1. *h. t.* quia et exhæredati ea jura habent, *l.* 6. *de rel. et sump. fun.* aufertur etiam hæredi coacto mortis causa capio, *l. qui hæredi,* §. *cum hæres, de cond. et demonstr.* qui eam capit, ut quilibet, non ut hæres, et ex alienis bonis, non ex bonis defuncti, cujus judicium dereliquit, aut dereliquisset, nisi coactus fuisset: non auferuntur etiam hæredi coacto fructus ex bonis percepti ante mortem, *l. ita tamen,* §. 1. *h. t.* quia nec hæreditati accepti feruntur, sed rebus ipsis, *l. in fideicommiss. hoc. tit.* His exemplis posses dicere, etiam non auferri fidei-

commissum hæreditatis, quibus tamen nihil movetur Papin. Et concludit, æquum esse, ut hæres, qui compulsus adiit, amittat fideicommissum, quod est ex hæreditate, quam dereliquit, ad quam non potuit, nisi per prætorem impelli: eidem etiam aufertur prælegatum. His non est contraria *l. filio*, *de leg.* 1. quia is coactus non adiit, sed abstinuit se, cum nollet suo periculo adire, qui coactus adit, adit alieno periculo, et ob id caret commodis omnibus, et aufertur eidem commodum substitutionis pupillaris, si modo ad bona pupilli per substitutionem sit vocatus, quasi hæres patris hoc modo: *quisquis mihi hæres erit*, *idem filio meo hæres esto*, quia hæc formula vocatur ut hæres, et his omnibus caret, ad quæ vocatur ut hæres, qui compulsus adiit. Et similiter aufertur ei jus accrescendi, quod obvenit etiam ut cohæredi, *l. tamen*, *et l. si res*, §. *ult. h. t.* Et generaliter qui compulsus adiit, amittit omnia quæ sunt ex hæreditate quam dereliquit, et ea etiam quæ sunt ex aliena hæreditate puta pupilli, quæ non erat habiturus, si hæres institutus non fuisset. Et hoc est, quod in reliqua parte continetur. Illud tamen notandum, manifeste esse depravatum hunc locum, *eis qui jura*, dicendum, *eos*, *quos jura sepulchrorum sequuntur*, ut in *l. is qui*, *famil. ercisc.* Hesterno die ultimam quæst. §. *qui fideicommissa* debui concipere in hunc modum, *an hæres cogi possit adire*, *si is*, *cui sub conditione rogatus est restituere hæreditatem*, *non alii*, *sed ipsimet hæredi eandem restituere rogatus sit ?* Et ita velim vos emendare, ut scilicet quod subjicitur de hærede, qui coactus adiit post impletam conditionem, vel pendente, referatur ad conditionem adscriptam priori fideicommisso, et ita omnia erunt facillima. Et quod dixi illo loco, *nec ignoro posse dici*, videri legendum, *quos jura sepulchrorum sequuntur:* videamus, an nulla facta mutatione interpretari possimus, *insequuntur*, hoc est, dicunt seu pergunt dicere, ut apud M. Catonem *insequenda*, id est, dicenda et oratione persequenda, notavit Gellius. Idemque Gellius et Festus in quodam loco Ennii, ex initio Odyss. Junii Andronici, *virum mihi Camœna inseque versutum*, id est, *dic*, quod ita Homerus ἄνδρα μοι ἔννεπε, etc. Sed nimis elegans forte illa versio Andronici. An igitur hoc loco qui jura sepulchrorum acquiri insequuntur, hoc est, qui etiamsi compulsi adierint et restituerint, jura sepulchrorum sibi acquiri persequuntur, pergunt, pertendunt dicere, ut scilicet qui hoc dicunt atque pertendunt, possint etiam dicere, sibi non esse denegandam petitionem fideicommissi. Et hæc sane mihi interpretatio placet valde. Nunc ad §. pen. hujus l. accedamus.

Ad §. Cui Titiana.

Cui Titiana hæreditas ex Trebelliano Senatusconsulto restituta est, Mævianam hæreditatem, quam Titius defunctus ex Trebelliano, Sempronio restituere debuit, et ipse restituere poterit sicut alius quilibet successor.

Notandum est, non tantum hæredem rogatum restituere hæreditatem, obligari fideicommisso, sed etiam hæredem legitimum: nam et a legitimo hærede fideicommissum hæreditatis relinqui potest: et non tantum hæredem, sed etiam bonorum possessorem, et alium quemlibet successorem, *l.* 1. §. *bonorum*, *l. recusare*, §. 1. *hoc tit.* Et non tantum hæredem, qui rogatus est, obligari, sed etiam hæredis hæredem, aut bonorum possessorem, aut alium successorem hæreditatis, ut scilicet hæreditatem, quam primus hæres adivit, restituat fideicommissario, et transferat actiones ex SCto Trebell. *l. quamvis*, §. 1. *et l. si ejus pupilli*, §. *si quis*, *hoc tit.* Ergo hæres hæredis rogati restituere hæreditatem, potest restituere eam hæreditatem, et vero debet, si modo primus hæres eam adierit. Hoc necessario addendum est, ne sit contraria lex 15 §. 1. *in fin. hoc tit.* Nam si primus hæres eam non adierit, non transmittitur ad hæredem ejus. Ergo ut hæres hæredis obligetur fideicommisso hæreditatis, necesse est, ut primus hæres eam adierit, nec dum restituerit: nam restituet hæres hæredis. Plus dico ex hoc §. *pen.* etiam fideicommissarium, cui hæres restituit hæreditatem, debere et posse restituere fideicommissum hæreditatis, quod defunctus debuit, et hæres ejus. Finge: (et hæc species hujus §.) Titius a Mævio hæres institutus est, et rogatus eam hæreditatem Mævianam Sempronio restituere. Idem Titius Cajum sibi hæredem instituit, rogavitque, ut hæreditatem suam, in qua erat Mæviana, restitueret Claudio. Cajus Claudio ex causa fideicommissi Sempronii obligatur, ut ei restituat hæreditatem Mævianam, quam Titius restituere debuit, et hæres ejus: atque ita fideicommisso hæreditatis, quod defunctus debuit, obligatur non tantum hæres, sed etiam hæres hæredis, et alius quilibet successor: imo et is, cui hæres bona defuncti restituit ex SCto Trebell. Et hoc tantum est, quod ait in §. *cui Titiana.*

Ad §. Ult.

Actiones temporariæ Trebelliani solent esse evicta hæreditate ab eo, qui posteaquam fideicommissam restituit hæreditatem victus est, scilicet ante restitutionem lite cum eo contestata.

Potestas enim evictionis tollit intellectum restitutionis, indebito fideicommisso constituto plane si fideicommissum ab eo quoque, qui postea vicit, relictum est quia possessor in ratione reddendæ hæreditatis partem quam fideicommissario restituit, hæredi reputat, defendi potest actiones Trebelliani durare.

Hic §. ultimus vulgo pessime accipitur, qui melius tamen accipi erat dignissimus, et delenda est Glossa magna ad eum §. omnino: in eo ostenditur aliquando ab hærede ad fideicommissarium, cui restituta est hæreditas ex SCto Trebell. actiones quidem transire, sed non durare apud eum, et esse temporarias, hoc est, ad tempus apud eum remanere. Post tempus haberi pro non translatis in fideicommissarium. In hac specie, quæ proponitur in hoc §. *ult.* Cum hærede scripto et rogato restituere hæreditatem, antequam restitueret Titius, quasi legitimus hæres ab intestato, egit petitione hæreditatis, et litem contestatus est dicens, nullum esse testamentum, in quo possessor hæreditatis hæres scriptus fuerat, scilicet pendente eo judicio, necdum finito, hæres fideicommissario restituit hæreditatem. Post Titius vicit hæredem scriptum, et hæreditatem evicit, quia probavit, injustum aut irritum esse testamentum, in quo is, a quo petiit hæreditatem, hæres scriptus erat: ex quo apparuit, etiam indebitum fideicommissum fuisse: nam res judicata contra hæredem scriptum, et contra testamentum etiam legatariis et fideicommissariis nocet, *l. 3. de pignor. et hypoth.* Et inde sequitur, non esse cum effectu restitutam hæreditatem fideicommissario, id est, restitutionem pro non facta haberi, non esse in fideicommissarium cum effectu translatas actiones, non durare actiones apud eum, cum indebitum fideicommissum restituatur evicta hæreditate ab hærede legitimo jure intestati. Posui ante restitutionem fideicommissi, cum hærede scripto litem de hæreditate fuisse contestatam, cum adhuc eam possidebat. Et hac ratione constat res ipsas, quas ex hæreditate possidebat, tempore litis contestatæ venire in judicium et in condemnationem: post restitutionem hæreditatis non potuit cum eo agi petitione hæreditatis in solidum, quia non possidebat solidum: si deduxit Falcidiam, potuit agi pro quadrante tantum: si non deduxit non potuit cum eo agi petitione hæreditatis. Hæc actio datur in possessorem, et pro modo ejus quod possidetur pro hærede aut pro possessore, non potuit agi cum fideicommissario utili petitione hæreditatis, quia loco hæredis est, id est, quia quasi pro hærede possidet, *l. etiam §. idem erit dicendum*, *et §. seq. l. item veniunt*, *§. licet*, *de petit. hæred. l. 11. de inoffic. testam.* Non potuit, inquam, post restitutionem agi cum hærede qui restituit, nisi dolo fecerit, sciens, in qua causa esset testamentum, restituendo hæreditatem, hoc est, sciens injustum esse testamentum, irritum, aut ruptum, quia dolus pro possessione est, *d. l. 13. §. ult.* Si nihil dolo fecerit restituendo, omnino tenetur petitione hæreditatis in solidum, nisi in hoc tantum quasi juris possessor, sive actionis, ut cedat petitori condictionem indebiti adversus fideicommissarium, quia indebitum fideicommissum est, *l. quod si in diem*, *§. pen. et ult. de pet. hæred.* Hæc sunt certissima At contra posset quis objicere *l. facta*, *§. si hæres*, *hoc tit.* et ex eo §. efficere etiam post restitutionem hæreditatis hæredem scriptum teneri petitione hæreditatis in solidum. Nam ille §. ponit, hæredem restituisse hæreditatem primum; deinde post restitutionem controversiam hæreditatis passum esse, puta hærede legitimo petente hæreditatem; ex causa injusti testamenti victum esse, aut ultro lite cessisse. Quo casu etiam ait ille §. durare actiones in fideicommissarium semel in eum translatas. Nemo est, quem non perturbet prima fronte plurimum ille §. et perturbet etiam semper, nisi accipiatur in suo et conveniente casu. Unde ita constituamus; quod est in eo §. suis quibusdam casibus propriis et convenientibus, verum est, puta si hæres dolo fecerit. Dolo facit duobus modis. Primum, si post restitutionem hæreditatis, se offerat petitioni hæreditatis, quasi possessor, cum non sit possessor. Dolo facit, qui se offert petitioni, non possessor, et tenetur in solidum, *l. etiam*, *§. non solum*, *et l. qui se liti obtulit*, *de pet. hæred.* Dolo etiam facit hæres, ut diximus, qui sciens causam testamenti, in utilitatem testamenti, restituit hæreditatem: nam et dolus præteritus venit in petitionem hæreditatis, *d. l. 13. §. ult. et l. sed etsi lege*, *§. quod ait*, *eod. tit. l. sin autem*, *§. sed et is*, *de rei vind.* Ex his causis ob dolum suum si victus sit hæres, aut lite cesserit, præstabit æstimationem litis, hoc est pretium hæreditatis: neque enim res ipsæ veniunt in petitionem hæreditatis ex his causis. Ergo actiones remanent apud fideicommissarium. E contrario ex hoc §. ultimo notandus est unus casus valde elegans, quo si hæres, cum quo actum est petitione hæreditatis, ab hærede legitimo ante restitutionem, ut est species ejus §. victus sit, post restitutionem durare tamen actiones in personam fideicommissarii, ut puta, si fideicommissum hæreditatis non tantum sit relictum ab hærede scripto, sed etiam ab hærede legitimo, ab eo, qui evicit hæreditatem, non tantum ex testamento, sed etiam ab intestato, puta his verbis: *quisquis mihi testato, vel ab intestato hæres erit, rogo ut illi restituas illam hæreditatem*, ut *l. Titiæ*, *de inoffic.*

testam. Nam hoc casu victus possessor hæreditatis, qui testamento scriptus erat, quique tempore litis contestatæ possidebat hæreditatem, hæredi legitimo, qui egit petitione hæreditatis, et vicit, reputabit partem hæreditatis, quam restituit fideicommissario pendente judicio, puta dodrantem, quem et ipse hæres legitimus cogeretur ei restituere, et ei restituet tantum quadrantem, si retinuerit Falcidiam, atque ita actiones Trebell. perdurabunt apud fideicommissarium. Quæ est sententia hujus §. ultimi. Hic est finis libri 20. nam quæ supersunt leges, sunt rejiciendæ in lib. 27.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXI. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXIV. De Statulib.

Servus, si hæredi decem dederit, liber esse jussus est: statuliberum hæres eum manumisit, ac postea defunctus est: hæredis hæredi pecunia danda non est: quod enim placuit hæredis hæredi dari oportere, tunc memineris locum habere, cum prior hæres dominus accepturus pecuniam fuit, quæ causa facit ambulatoriam, ut ita dixerim, conditionem. Duæ sunt enim causæ, per quas in primi hæredis persona conditio impletur, dominii ratio, item personæ demonstratio. Prior causa transit in omnem successorem, ad quem pervenerit statuliber per dominii translati continuationem: sequens personæ duntaxat ejus, qui demonstratus est, adhæret.

Ex Lib. XXI. quæst. tantum habemus *l. 34. de statuliber.* et in ea quæstiones duas, de prima primum dicamus. Statuliber est, cui directo data est libertas sub conditione. Finge: datam eam sub hac conditione (*si hæredi decem dederit*) hæc conditio impleri potest non tantum in persona hæredis, sed etiam ejus, qui hæredis hæres extiterit: imo vero, si impleta non sit in persona hæredis, debet impleri in persona ejus, qui hæredi hæres extitit, ut competat libertas, alioquin non competet, quia pecunia, quæ est in conditione, in solutione est, in præstatione est, non in obligatione, non in petitione, *l. 8. si quis omiss. cau. test.* Nam aufert eam statuliber, si velit, si nolit, non compelletur. Hoc est, quod dico, eam pecuniam esse in præstatione, non in petitione: sed necesse est, ut competat libertas, *eam pecuniam præstare*, hoc est, conditionem libertatis impleri, quæ impletur, et hoc modo amplificatur, non tantum in persona hæredis, sed etiam in persona ejus, qui hæredi hæres extiterit: et generaliter in persona ejus, qui hæredi quoquomodo in dominium statuliberi successerit, ut in persona emptoris, cui hæres vendiderit statuliberum, et in persona hæreditatis emptoris, et in persona legatarii, cui hæres statuliberum legaverit. Et similiter, in persona donatarii, et in persona patris, vel domini hæredes instituti, ad quem redit emolumentum hæreditatis, et in persona ejus, cui statuliber noxæ deditus fuerit ab hærede, in persona ejus, cui statuliber adjudicatus fuerit judicio familiæ erciscundæ, et in persona ejus, qui statuliberum usuceperit. Et generaliter, in persona non hæredis tantum, sed etiam in persona cujuscunque novi domini, qui fit l. 12. tabul. *l. 6. non solum, et l. peculium, §. hæredi, l. statulibera veteris, §. ult. h. t. l. si servus, §. ult. de furt.* Et notandum, hac in re esse differentiam inter legatum et libertatem, inter legatarium et statuliberum: nam si legatarius jussus sit dare hæredi hoc modo, *lego tibi fundum si hæredi decem dederis*, non implet conditionem dando hæredi hæredis. Servus autem, si jussus sit esse liber sub conditione, *si hæredi dederit decem*, fit liber et implet conditionem dando hæredi hæredis. Et hæc est differentia, quæ proponitur inter legatum et libertatem in *l. sub diversis, §. ult. de condit. et demonstr.* in cujus sensu exquirendo nihil habent vulgo certi, quod tradant interpretes ille §. eos in multas adduxit angustias, nec sciunt, cui potius sensui hærere debeant. Hodie satis esset dicere, quis sit certissimus sensus hujus §. Alii volunt hunc esse sensum, ut si legatarius jussus sit dare decem hæredi, et statim legatum capere datis decem hæredi, non possit hæres deinde implere conditionem, quia defecit semel conditio mortuo legatario ante numeratam pecuniam, quandoquidem ea conditio fuit injuncta personæ legatarii, ut ipse dans alii ita perveniet ad legatum. Et sane hoc est verissimum, sed longe alienum a sententia §. Alii volunt, hunc esse sensum §. hujus: si servo data sit libertas sub conditione, *si legatario dederit decem*, eum non posse dando hæredi legatarii implere conditionem, et pervenire ad libertatem sub ea conditione relictam. Quod etiamsi sit aliqua ex parte verum, tamen non congruit menti auctoris in *d. §. ult.* et non est usquequaque verum: nam si ita dixerit, *liber esto; si illi legatariæ centum dederit*, et ei legata alia res, non ipse servus non potest impleri conditio, nisi in persona ipsius legatarii, quia omnimodo cohæret personæ legatarii, cum non fiat dominus servi per legatum: videtur aliter, si cui servus sit legatus, et eidem servo relicta libertas, si legatario dederit decem, qui implebit conditionem dando hæredi legatarii,

sicut dando hæredi hæredis similiter implet conditionem, et dando hæredi emptoris ex *l.* 6. §. *non solum*, *h. t.* Et ita si statuliber jussus sit extraneo dare, qui non fiat dominus servi, non potest dari hæredi extranei, nisi servi dominium extraneus acquisierit, ut si ab hærede servum redemerit, vel si hæredi hæres extiterit, quod exigitur prudentissime in *l.* 6. §. *nam et si quis*, et *l. si is cui dare h. t.* Conditio statulibertatis a domino transfertur in non dominum, a non domino non transfertur in alium, sed personæ omnino cohæret conditio, quæ adscripta est non domino; hæredi quoque, si sit adscripta, id est, si servus sit jussus hæredi dare decem, et liber esse, hæredis personæ cohæret conditio, quæ demonstrata est, sed non tam, ut hæredi, quam ut domino: et quatenus hæredi, non transit in hæredem hæredis, quatenus domino transit in hæredem hæredis si modo, et in eum dominium servi non transierit: conditio transit in eum, in quem dominium statuliberi transit, non in hæredem hæredis: atque ita semper a domino hæc conditio ambulat ad dominum, non a domino ad dominum, nec retro a non domino ad alium quemquam. Et ita quod illi statuunt, statuliberum jussum dare legatario, non posse dare hæredi legatarii, non est omnino verum: et ut sit verum, longe dissidet a mente Jurisconsulti, quæ potius hæc fuit, ut notarunt quidam, non quasi hic esset certus sensus, sed hæsitantes, cum tamen res sit præclarissima, ut mox ostendam. Observandum est eam leg. *sub diversis* esse ex lib. different. Modest. Et in ea lege poni duas differentias inter legatum et libertatem. Prior hæc est, ut si data sit libertas sub diversis conditionibus disjunctim, *liber esto*, *si hæredi decem dederis*, vel *si navis ex Asia venerit*, aut similib. libertas, inquam, sic data, modo sint conditiones in potestate statuliberi, competet, si vel leviorem conditionem impleverit: nam eligere potest eam, quæ ei levior videtur: favor libertatis hoc extorsit: sed si legatum pecuniæ, vel rei sit relictum sub diversis conditionibus disjunctim, legatarius non eliget leviorem conditionem, sed necesse habebit parere novissimæ. Posterior differentia hæc est, ut data libertas sub conditione, *si hæredi decem dederit*, competat, si dederit hæredi hæredis. Sed datum legatum sub conditione, *si hæredi decem dederit*, non pertinet ad legatarium, si dederit hæredi hæredis: nec enim ea conditio potest impleri in persona hæredi hæredis, sicut nec in persona patris, vel domini hæredis: legatarius visus est hæredi dare, cum non dedit, *l. qui hæredi*, §. 1. *de cond. et demonstr.* et tamen statuliber perveniet ad libertatem, si patri dederit hæredis vel domini, *d.* §. *non solum*. Hæc est summa *d.* §. *ult.* Nec ei quicquam obstat lex *si peculium*, §. *hæredi, hoc tit.* nihil est, quod tam facile sit: nam ait, *si hoc senserit testator, etiam legatarius dando hæredi hæredis capiet legatum.* Fateor, si hoc senserit testator, et si hoc probavit legatarius sensisse testatorem: alioquin non capiet legatum, nisi primo hæredi dederit, cujus personæ adscripta est conditio legati. Et in eo §. *hæredi*, etiam certant interpretes de vero sensu, qui tamen apertus est, et idem §. *ult.* ita est proditus a Græcis 48. Basil. quem librum transtulit Hervetus. Sed recte quidem secundum hunc sensum in ipso contextu Basil. dum ait, *capere legatum eum*, *qui dat hæredi hæredis*, *si hoc senserit testator*, *sicut libertatem capit indistincte.* Sed in eo πλατεία, hoc est, latiori interpretatione ille perperam eum transtulit, et emendandus est ita: *si hoc autem sensit testator ad hæredem hæredis transire conditionem*, *idem etiam observari in legatario*, *ut hæredi hæredis dando impleat conditionem*: quia scilicet hoc sensit testator: alioquin non transiret conditio legati in hæredem hæredis, et transiret tamen conditio libertatis. Nunc redeamus ad speciem legis nostræ. Data est libertas sub conditione, *si hæredi decem dederit:* hæres statuliberum manumisit, et postea defunctus est. Quæritur, *an hæredi hæredis danda sit pecunia conditionis implendæ gratia?* Et ait Papinianus non esse dandam, quod est verissimum, quia is servus intelligitur statim liber ex testamento, statim atque eum hæres manumisit ultro. Et hac ratione intelligetur esse libertus Orcinus, non libertus hæredis manumissoris, quia hæres manumittendo non potuit causam statuliberi facere deteriorem *l. prox. h. t. supra.* Atque ita sibi facere liberum eum, qui nullius futurus erat libertus, nisi Orci. Denique manumissione extinguitur conditio statulibertatis, quia hæredi, qui manumisit, danda non est pecunia, nec hæredi hæredis, sed ei, qui manumisit. Objicies, quod dicitur, hæredi hæredis dari oportere pecuniam in conditione positam, ut competat libertas, quod et ante nos affirmavimus. Huic objectioni Papinianus respondet, hoc esse verum scilicet, ut hæredi hæredis dari oporteat, cum primo hæredi danda pecunia fuit, quæ causa facit, ut ambulet conditio ab hærede ad hæredem hæredis, vel alium quemlibet successorem. At hæc causa hic cessat, quia hæredi, qui manumisit, pecunia non fuit danda. Ergo nec hæredi hæredis danda est. Et omnino, ut concludit Papinianus, duæ sunt causæ, propter quas conditio impletur in persona primi hæredis, quia dominus est, et hæc transit in quemlibet successorem: et quia ejus persona demonstrata est, cui daretur pecunia: et hæc causa personam ejus non egreditur, nec transmit-

t tur ad successorem. Quæ causa cum sola supersit, hoc casu, quandoquidem manumissione hæres desiit esse dominus, consequens est, non posse dari pecuniam hæredi hæredis, vel alii successori. In contextu autem illo loco, *tum memineris*; in authentico Flor. est, *nec memineris*, legendum, *hoc memineris*.

Ad §. Imperator.

Imperator Antoninus rescripsit, jussum rationes reddere, et liberum esse, si hæres causabitur accipere rationes, nihilominus liberum fore. Quod resciptum ita accipi debet, ut si reliqua non trahat, liber sit: quod si trahat, ita demum, si obtulit eam quantitatem, quæ refundi debuit ex fide veritatis. Non enim libertati sufficit, hæredem in mora fuisse, si non id fiat per statuliberum, quod remota mora, libertati aditum daret. Quid enim, si ita manumissum, Dama, si in Hispaniam profectus anno proximo fructus coegerit, liber esto, Romæ retineat hæres, neque proficisci patiatur? nunquid dicturi sumus, statim ante fructus coactos liberum fore? nam et cum Romæ stipulatio concipitur ita, centum in Hispania dare spondes? inesse tempus stipulationi, quo possit in Hispaniam pervenire, nec ante jure agi placuit. Sed si hæres acceptis rationibus, et reliquis computatis donare se eas statulibero non habenti, quod inferat, proscribat, aut etiam litteris ad eum missis palam faciat, conditio libertatis impleta videbitur. Quid ergo, si neget reliqua traxisse, atque ideo, quia per hæredem steterit, ut accipiat rationes, liberum factum: hæres autem neque se fecisse moram, et reliqua debere statuliberum contendat? apud eum, qui de libertate cognoscat, an conditio sit impleta, constabit: cujus officio continebitur de mora considerare, nec minus computare rationes, et si reliqua trahi compererit, non esse liberum pronunciare. Sed si nunquam negavit, se reliqua debere, cum autem conveniret hæredem, et rationes offerre professus sit, refusurum quidquid in reliquis esse constiterit, et ejus pecuniæ reum numerare paratum idoneum obtulit, et hæres in mora fuit, sententia pro libertate dicetur.

Secunda quæstio est facillima: libertas relicta est servo dispensatori, aut villico sub hac conditione, *si rationes actus sui hæredi reddiderit*. Reddere rationes, non est tantum dispungere rationes, legere aut percontari, sed etiam reddere reliqua, *l. cum servus, de condit. et demonstr.* Quod in hoc titulo multi admodum loci demonstrant: inter ceteros est unus in l. 12. *hoc tit.* vexatus ab Accursio, qui nec quicquam profecit ob non intellectam speciem, vel non bene positam. Species hæc est, scripsi quinque, aut sex hæredes, et servo dedi libertatem sub conditione, *si reddiderit rationes primo, secundo, Titio, Cajo, Sempronio*, scilicet nominibus expressis, aliorum quidem nominibus prætermissis. Quæritur, si quid sit in reliquis, *s' il y a des arrerages*, an ea reliqua sint dividenda inter omnes hæredes pro hæreditariis portionibus? Videntur tantum pertinere ad eos, qui nominati sunt pro virilibus portionibus, quia enumeratio personarum viriles semper partes facit, *l. nonnunquam, ad Treb. l. si hæredes. in fi. de leg.* 1. Sed Jurisconsultus ait, reliqua esse solvenda omnibus pro hæreditariis portionibus. Cur ita? nempe, quia hæc proculdubio fuit mens defuncti, ut illi tres hæredes, quos nominavit, percontarentur, et dispungerent rationes, et computarent reliqua, *qui ils ouissent les comptes*, non etiam ut illi soli ferrent reliqua: nam mixta est hæc conditio, *d. l. cum servus*, et una pars conditionis pertinet tantum ad eos, quorum nomina sunt expressa, altera pars ad omnes. Finge igitur: statuliber jussus est reddere rationes: hæres causatur accipere rationes, hoc est, moras trahit et differt, quia per hæredem stat, quo minus impleatur, conditio habetur pro impleta, et servus statim fit liber. Et ita cautum esse ait rescripto Antonini, quod tamen ita rectissime interpretatur Papinianus, ut servus statim liber fiat, ob moram hæredis in accipiendis rationibus, si modo servus reliqua non trahat, id est, si nihil in reliquis sit, vel si quæ sunt offerat, aut eorum nomine expromissorem idoneum et locupletem: alioquin, si sint reliqua, nec ea offerat, non fiet liber, antequam ea solverit, aut eo nomine satisfecerit hæredi: nec enim sufficit mora hæredis, sed oportet etiam reliqua offerri, sicut si jussus sit statuliber hæredi præstare decem dierum operas, et nolit hæres accipere, nolit, eas sibi edi operas, non fiet liber antequam dies illi præterierint, qui insunt conditioni: vel etiam, si jussus sit Capuam ire, et hæres prohibuerit ire, retinuerit eum domi, non ante fiet liber, quam tempus præterierit, quod conditioni tacite inest, quo scilic. Capuam pervenire potuit, *l. si peculium, §. quædam, h. t. l. interdum, de verb. obligat. l. quoties, de oper. libert.* vel ut ponit Papiniani, si talis conditio fuerit adscripta statulibero, *si in Hispaniam profectus, anno proximo ex agris meis fructus coegerit*: non ante fiet liber, quamquam extiterit tempus fructuum cogendorum. Et ita in specie proposita, etiamsi causetur hæres rationem accipere, id est, si moretur, non ante fiet liber, quam reliqua solverit, vel obtulerit: quia conditioni reddendarum rationum hæc causa semper inest, ut par fiat ratio, par calculus, ut reliqua solvantur:

nihil autem refert reliqua obtulerit statuliber, an hæres ei donaverit. Quid est *donaverit*? donasse videtur hæres reliqua, hoc est, remisisse, si acceptis rationibus et computatis reliquis, scripserit sua manu, se ei reliqua condonare et remittere, ut solebant semper a dominis, rationes subscribi, reliquationes, pariationes: *l. Aufidius*, *de legat.* 3. *l. ult.* §. *idem quæsiit*, *de cond. indeb.* Donasse etiam videtur, si per epistolam statulibero significaverit, se ei reliqua condonare: Hæc enim scriptura, sive subscriptio, vel hæc epistola habetur pro pactione, si ei modo assentiatur statuliber, si ei sit grata liberalitas hæredis, *l. qui negotia*, *mand.* *l.* 15. *de fund. dot.* Ex his causis statim eripitur in libertatem. Quod si incidat controversia aliqua inter hæredem et statuliberum, si hæres dicat esse reliqua, neget statuliber: si hæres neget se moram fecisse, dicat statuliber, causam dirimet Prætor, qui de liberalibus causis cognoscit et statuet, vel eum liberum fuisse, vel non fuisse.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Si legatario XXII. de Fideicomm. libert.

Si legatario fundi decem pretii nomine relicta sint in hoc, ut servum suum manumittat: quamvis fundi legatum agnoverit, si tamen legatum pecuniæ propter interventum Falcidiæ non agnoverit, cogendus est, et pecuniam accipere habita legis Falcidiæ ratione, et servo fideicommissariam libertatem præstare, cum semel fundi legatum adgnovit.

Ex Lib. XXII. quæst. quatuor sunt tantum ll. quarum primam jam exposui ad *l.* 10. et 15. *de jur. codicill. lib.* 19. Igitur incipiam ab ea quæ est lex *si legatario* 22. *de fideicommiss. libert.* in qua nihil est difficilius, quam aptam et convenientem ponere speciem, quod nescio, an nostri præstiterint, et ubique meo quidem judicio, summa res est speciei positio: nam qui speciem tenet, reliqua facile comprehendit. Finge vero: quidam legavit mihi fundum, legavit quoque mihi decem pro pretio servi mei, ut eum manumitterem: pretium servi mei erat decem: ego legatum fundi agnovi, legatum pecuniæ non agnovi: videor potuisse unum legatum repudiare, alterum amplecti, quia non unum legatum, sed duo legata sunt, legatum fundi, et legatum pecuniæ: unum legatum scindi non potest, id est, nec res, quæ legata est, discindi et deintegrari potest, nec actio legati, *l. cum filius*, §. *variis*, *de legat.* 2. nisi scilicet propter fideicommissarios, ut didicimus lib. 20. et ex *l. Imperator*, *eod. tit.* Si duo sunt legata, possum unum velle, alterum nolle. Quid ni? *l.* 5. *eod. t.* sed excipitur unus casus, qui comprobatur in *d. l.* 5. tum in hac *l. si legatario*, videlicet si unum legatum onus habeat, et hoc nolim: alterum onus non habeat, et hoc velim, ut in specie proposita, legatum pecuniæ, cui injunctum erat onus manumittendi servi non agnovi, legatum fundi, cui nullum erat onus, agnovi: quia enim legatum fundi agnovi, cogor etiam legatum pecuniæ agnoscere cum suo onere, ne intercidat fideicommissaria libertas relicta servo meo, repudiata pecunia: nisi forte (qua de re prætor decerneret) servus ille meus sit de me male meritus, *l.* 41. *de bon. libert.* Nam si temperem me legato relicto sub onere manumittendi servi mei, si abstineam me legato, iniquum est, me cogi non accepto legato, servum de me male meritum manumittere, et hoc impetrato beneficio prætoris, *d. l.* 41. Notandum est in specie proposita, quod non explicatur ab interpretibus, ideo me non agnovisse legatum pecuniæ, quod sufficiebat pretio servi manumittendi, quia ut declarat Papin. locus erat legi Falcidiæ, et diminuta pecunia per legem Falcidiam, dodrans non sufficiebat pretio servi. Itaque mallem servum retinere, et dodrantem repudiare ob interventum Falcidiæ, ut ait, sed non sum audiendus, quia agnovi legatum fundi: quod tamen æque minuitur lege Falc. quia, inquam, agnovi legatum fundi, cogor etiam agnoscere dodrantem pecuniæ, et servum manumittere, quamvis servus pluris sit, quam dodrans pecuniæ: agnoscendo legatum, quod est sine onere, huic me oneri subjeci. Et sane mens testatoris hæc fuisse videtur, ut non subterfugeret onus, qui lucrum amplecteretur, ut non sperneret onerosum legatum, qui lucrum affectaret, ut non sentiret incommodum nisi alicujus delectationis gratia. Et hæc est mera ratio legis, nec quicquam difficultatis superest. Eadem ratio intervenit in specie *d. l.* 5. *de leg.* 2. Quidam legavit mihi pecuniam, legavit quoque Stichum, ut manumitterem: si agnovero legatum, quod est sine onere, cogar etiam agnoscere Stichum, et fideicommissariam ei præstare libertatem, quæ etiam libertas, ne intercidat ad interventum Falcidiæ, communicato Sticho inter me et hæredem, Falcidia non deducetur ex Sticho, sed integra præstabitur pecunia, integer Stichus manumittendi causa, ex pecunia autem utriusque legati quarta deducetur, *d. l.* 5.

Ad §. penult. et ult.

§. 1. *A duobus hæredibus, qui tres servos habebat, petit, ut duos ex his, quos voluissent, manumittant: altero hæredum latitante, alter declarat, quos velit manumittere. Potest dici, fieri libertos, ut perinde libertas competat, ac si præsens solus manumittere potuisset. Quod si ex servis unus decesserit, sive justa ex causa absit hæres, sive fari non possit, a quo pretium est, decernente prætore, duos, qui supersunt, fieri libertos convenit.*

§. 2. *Cum his, qui fideicommissam libertatem præstare debet, justa ex causa abest, aut latitat, aut quidam præsentes sunt, alii ex justa causa absunt, nonnulli frustrandi gratia fideicommissi copiam sui non faciunt, aut ei, qui libertatem debuit, hæres non extitit, aut suus hæres hæreditate se abstinuit, prætor pronuntiare debet, ex testamento L. Titii fideicommissam libertatem competere: idque Senatusconsulto demonstratum est, quo Senatusconsulto comprehensum est, ne dubium et obscurum esset, cujus libertus fieret prætorem pronuntiare debere, qui ex justa causa, et qui detractandæ libertatis gratia absit.*

Sequentem §. *et ult.* simul explicabimus. Quidam tres tantum habebat servos, ut in frugalitate veterum, qui erant contenti tribus servis, ut de Catone scribit Valer. 4. et de Cesare in Britannica expeditione Atheneus 6. cujus frugalitatis respectu constitutum opinor in *l.* 1. *de opt. leg.* ut si cui sit relicta optio servorum, cum plures essent servi testatoris, is tantum possit tres eligere, non plures, hæc est frugalitas. Ita in specie §. hujus *a duobus*, frugi paterfamil. qui habebat tantum servos tres, duos hæredes scripsit, et eos rogavit, ut ex iis tribus servis duos, quos eligerent, manumitterent: unus ex hæredibus latitat. Quid est *latitare?* copiam sui non facere frustrandi fideicommissi gratia, in fraudem fideicommissariæ libertatis: alter præsens est, et elegit duos servos, ac manumittit latitante cohærede, an valet electio? Electio valet et libertas, et plectitur cohæres, qui latitat; quoniam manumissi præsentis tantum fiunt liberti, qui manumisit, non latitantis. Hic perdit libertos Senatusconsulto Rubriano: pars latitantis proficit cohæredi: namque is solus patronus est, perinde atque si solus rogatus esset duos eligere et manumittere, *l.* 1. *l. si eum servum §. eorum, hoc tit.* Sed notandum est, Senatusconsultum Rubrianum multare tantum jure patronatus eos, qui latitant, vel qui evocati a prætore, venire nolunt, servi manumittendi gratia: non continetur Senatusconsulto Rubriano is, qui ex justa causa abest, non latitandi causa, non intervertendæ aut frustrandæ libertatis causa: non continetur etiam infans, qui rogatus est manumittere, qui nondum potest manumittere per ætatem, quia fari non potest, neque hic defectus suppleri potest tutoris auctoritate, *l. pupillus, de manum. vind.* Ad hos, qui fari non possunt, vel qui absunt ex justa causa, non pertinet Senatusconsultum Rubrianum, sed Dasumianum, de quo hoc tit. agitur, quo quidem cavetur, ut si eo, qui rogatus est servum manumittere, absente ex causa justa, vel infante prætor pronutiaverint servo deberi libertatem, liber fiat, et libertus eorum: perinde atque si ab eis fuisset manumissus ex fideicommisso: his non eripitur jus libertatis, sicut latitantibus, *l. neque, l. non tantum, §. Senatusconsulto, hoc tit.* Et ideo bene in proposita specie, si unus tantum hæres rogatus sit duos ex tribus servis manumittere, et absit justa ex causa, vel si infans sit, mortuo uno servo alii duo liberi fient, jure patronatus hæredi conservato: mors unius declarat alios duos superstites debere manumitti: alioquin si vivant omnes, nullus interim fiet liber, quia non est qui eligat duos, ut in priori specie, et ita declarat, quos velit manumitti, cum unus tantum hæres rogatus proponitur. Idemque erit, si duo hæredes sint rogati, duos ex tribus manumittere, et ambo absint justa ex causa, vel fari non possint. Pendebit namque libertas, quoad unus ex servis mortem obierit: mortuo uno, alii duo fient liberi et liberti hæredis, qui non latitat. Latitantis igitur duntaxat pœna est amissio liberti, amissio juris patronatus. Et hoc satis declarat Papinian. in §. *pen.* Notandum etiam illud est, ex Senatusconsulto subveniri libertatibus fideicommissariis, si hæres, qui debuit libertatem, sine successore decesserit ante præstitam libertatem, vel etiamsi suus hæres, qui debuit fideicommissariam libertatem abstinuerit se: quoniam hæredem extitisse satis est, ut fideicommissaria libertas debeatur: existentia hæredis sui sive ἀνάφανσις, nudum nomen hæredis finire, quoniam se abstinuit, confirmat libertatem, *l. sciendum, de manum. test.* confirmat substitutionem pupillarem, *l. si filius qui patri, de vulg. subst. l. filius, l. Julianus, in princ. de acq. hæred.* et hæc est opinio vera. Imo confirmat omnia, quæ in testamento scripta sunt, *l. si post mortem, de leg.* 1. nec minus potest existentia sive ἀνάφανσις, quam aditio. Qua de causa et idem dicemus, si hæres oneratus fideicommisso libertatis, qui adiit postea beneficio ætatis, quod sit minor 25. annis, restitutus sit in integrum abstinendi causa: nam his omnibus casibus servi manumissi per fideicommissum ex decreto pretoris liberi fient, *l. cum quasi §. sed et si quis, cum duob. seq. hoc tit.*

liberti fient, ut dixi his casibus. Quorum autem erunt liberti? Erit distinguendum. Si ab eo fuerit debita libertas, qui latitavit, erunt liberti Orcini, perinde ac si decreto essent manumissi ex testamento, non liberti ejus qui rogatus est. Si autem ab eo fuerit debita libertas, qui sine successore decessit ante præstitam libertatem, credentur esse liberti ejus, perinde atque si ab eo fuissent manumissi ex fideicommisso, *d. l. cum quasi*, §. *si alter* nisi post moram decesserit. Hoc enim casu pro Orcinis habebuntur, *l. ancillam, C. eodem tit.* Quod si debita fuerit libertas ab eo, qui justa causa abest, vel ab infante, furioso et similibus personis, jam ante dixi, eos libertos fore ejus, a quo relicta est libertas, perinde atque si eos manumisisset ex fideicommissi causa. Et hoc ne sit obscurum; prætor qui decernet libertatem deberi: debet explicare causam, cur debeatur, non manumittente eo qui rogatus est, vel quia abest ex justa causa, vel quia fari non potest, vel quia latitat. Et ex eo apparebit aperte, cujus sit libertus ex decreto prætoris: decretum prætoris debet tollere dubitationem et ambiguitatem omnem.

Ad L. IV. si Ingenuus esse dicatur.

Oratio, quæ prohibet apud consules, aut præsides provinciarum, post quinquennium a die manumissionis in ingenuitate proclamare, nullam causam aut personam excipit.

Oratio principis solebat in senatu recitari, quæ et constitutio dicitur generali nomine, de ea re scilicet quæ placebat principi, cujus princeps instituendæ vel introducendæ auctor erat, et sequebatur fere semper Senatusconsultum congruens eum oratione principis. Qua de causa, quod hic ex oratione, ex Senatusconsulto dicitur esse in *l. 1. C. de ingen. manumis.* Quod et confirmat inscriptio *l. 3. hoc tit.* quæ est ex lib. Senatusconsultorum, et in qua Senatusconsulti verba aliqua explicantur: sed quod Senatusconsulto huic fuerit nomen, cujusve principis oratio hæc fuerit, ignoratur. Nam illud cave credere, quod Accur. annotavit hoc loco esse orationem D. Marci, de qua in *l. 1.* §. *sed inter eum, tit. seq.* Nam illa oratio D. Marci longe alia de re est: ea cavetur, ut pro ingenuitate dicta sententia retractari possit. Hoc erat singulare in causis liberalibus, ut possent retractari, et in causis centumviralibus. Regulariter enim sententiam semel dictam, retractare non licet. Hoc ergo erat cautum oratione D. Marci, ut sententia dicta pro ingenuitate retractari posset vivo eo, qui ingenuus pronuntiatus esset, non etiam post mortem, etiamsi eo ipso anno mortem obiisset, quo scivisset, se ingenuum esse, vel ea ipsa die, aut altera, ut cœpta causa retractationis morte ejus extingueretur. Qua de re nihil fuit in ea oratione, de qua Papin. agit hoc loco. Oratione, qua de agitur hoc loco, quo cavetur, ut manumisso, atque ita per manumissionem facto libertino, liceat agnitis natalibus originem suam repetere, hoc est, ex libertinitate in ingenuitatem proclamare, intra quinquennium tamen a die manumissionis, relictis bonis restitutisque, quæ ex domo vel familia manumissoris, vel ex rebus ejus acquisivit ut libertus: post quinquennium non potest proclamare, etiamsi agnoverit, et probare liquido possit, natales suos ingenuos esse, ac proinde ingenuitati suæ manumissionem officere non debuisse, quod ostendit *l. de bonis, ff. de liber. cau l. 3. h. t. l. 1. de ing. manum.* Proclamare, est asserere se ingenuitati liberali causa, non nostris auctoribus tantum, sed aliis etiam. Senec. 1. *contr. proclama ingenuum te esse*, quæ proclamatio actio quædam est, quæ proprio nomine dicitur præjudicium, seu præjudicialis actio, *l. ult. h. t.* Et inde locus Ciceronis de M. Gellio apud Plutar. cum M. Gellius vulgo non existimaretur esse ingenuus, sed libertinus, et tamen gereret se pro ingenuo, et in senatu recitasset literas clara et alta voce, *nolite mirari,* inquit Cicero: *nam et unus ex his est, qui proclamant*, quod ignorantia verbi juris Alexander non assequitur. Idque fatetur ingenue. *non satis hoc assequor,* inquit, *nisi proclamator est præco, aut filius præconis*, quæ officia sordida et parum digna ingenuis habebantur. Sed imo proclamasse dicitur, qui habitus pro libertino se adseruit ingenuitati. Ex ea autem oratione, cuius hunc potes facere titulum *de agnoscendis, adserendis, restituendis natalibus ingenuis intra quinquennium a die manumissionis:* hæc est recta paraphrasis hujus præjudicii, cujus initium formulæ est, *si ingenuus esse dicitur*, ex ea, inquam, oratione de ea re cognitio erat consulum in urbe et proconsulum in provinciis, ut indicat Pli. in epist. *ad Trajanum de adsertione ingenuorum.* Qua de causa hoc loco Papin. ait, hanc orationem vetare manumissos post quinquennium proclamare apud consules, aut provinciarum præsides, id est, proconsules, non præsides quoscunque. Cognitio hac de re erat consulum, aut proconsulum intra quinquennium: post quinquennium cognitio erat solius principis ex magna causa, puta post quinquennium repertis instrumentis certissimis, et probationibus natalium, *l. 2.* §. *ult. h. t.* Hodie ex Constit. Justin. ex causa etiam post quinquennium, cognitio erit magistratuum supradictorum, nec erit necesse adire principem, *l. ult. C. ubi causa status.* Et adjicit Papin. in hac l. quod non assequuntur interpretes, ea oratione nullam causam excipi, nullam conditionem persona-

rum. Quid hoc est, *nullam causam?* nullam personam? nullam conditionem excipi? nempe ad interpellandam jurisdictionem consulum vel proconsulum, qui hac de re cognoscunt, nihil efficere privilegium, vel casus vel personæ, nihil efficere privilegium civitatis cujusque, vel corporis, hoc est universitatis cujusdam, nihil efficere privilegium officii, in quo quisque est, nihil conditionem personæ, nihil sexum muliebrem, nihil rusticitatem personæ. Nam et libertinus universitatis cujuscumque, et universitas quæque, hos habebit judices, nec poterit revocare forum, id est, non poterit uti privilegio fori, *il ne demandera point d' estre renvoyé devant son juge*, ut dicitur similiter in *l. neque*, §. *ult. de fideic. liber.* non interpellari jurisdictionem prætoris fideicommissarii ob privilegium civitatis, vel corporis, vel muneris, aut officii. Nam in hac re, de qua agimus, etiamsi sit senator, vel miles, vel officialis quilibet adversus quem fit proclamatio, vel qui proclamat hos habebit judices, nec revocabit forum, sive domum. Et hanc esse sententiam liquido demonstrat *d. l. ult. C. ubi causa status agi.* Ex ea l. quo casu olim erat cognitio solius principis hac de re post quinquennium, hodie est cognitio magistratuum et judicum ordinariorum, quorum etiam est cognitio ex hac oratione intra quinquennium. Et adjicitur nominatim, cognitionem esse magistratuum, sublata præscriptione, aut revocatione fori: etiam clarissimam personam, puta senatorem subire cognitionem consulum aut proconsulum hac de re, qui alias revocaret forum, et uteretur privilegio fori sui. Notandum ad hoc, quod ait Papinian. in hac oratione, *nullam causam aut personam excipi,* quasi quoties lex nihil excipit, nec nos excipere debeamus. Hoc enim significat, quoniam oratio nihil excipit, ex eo conjecturam capi, quasi sententia principis hæc sit, ut nulla causa aut persona exciperetur, sicut dicitur in vulgatissima *l. de pretio, de Public. in rem act.*, ut sit locus Publicianæ actioni, non est necesse, ut emptor, qui bona fide emit rem alienam a non domino, et solverit pretium, quia nihil in edicto exprimitur de pretio soluto, unde conjectura capitur quasi hæc sententia fuerit Papiniani, ut non exigeretur solutio pretii: datur Publiciana ei, qui rem alienam emit a non domino bona fide, atque adeo etiam cui ea res tradita est bona fide accipienti, si necdum eam usuceperit: nam si usuceperit, habet civilem vindicationem et directam, cum sit dominus per usucapionem: si nondum usuceperit, amissa possessione habet tamen prætoriam vindicationem, id est, Publicianam, in qua fingitur usucepisse propter bonam fidem, qui nondum usucepit, et quasi usuceperit, indulgetur ei vindicatio a prætore. Exigimus traditionem rei omnino, ut diximus, ut possessio in eum transierit, quæ transit etiam pretio non soluto: dominium non transit, nisi pretio soluto, *l. quod vendidi, de cont. emp.* ut vero competat Publiciana, satis est possessionem transiisse, nec exigitur ut emptor, cui res tradita est, solverit pretium: non exigimus, quod prætor in suo edicto non exprimit. Nec male illo loco interpretes, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debere: nam et ita Hærmogenes lib. de statu, *lex*, inquit, *non distinguit, sed simpliciter loquitur et indistincte.* Unde significat, nec nos distinguere debere; nihil horum distinxit lex, sed simpliciter locuta est, inquit. Qua tamen sententia non debemus abuti, nisi in his causis, in quibus a scripto recedere non licet, in quibus jus scriptum factumque sequimur, ut in testamentis, cum nulla est verborum ambiguitas, res judicatur ex scripto, nec quæritur, quæ fuerit voluntas, non admittitur quæstio voluntatis, *l. ille aut ille, l. non aliter, de leg.* 3. Puta cum non est evidens contraria voluntas defuncti. Idem de legibus judicium est, ut si lex non distinguat, nec nos debeamus distinguere, sed scripto stare, nisi aliud suadeat mens legis, et sententia, quæ potior est omni scripto.

Ad L. hæres XLIII. de usurp. et usucap.

Hæres ejus, qui bona fide rem emit, usu non capiet, sciens alienam, si modo ipsi possesio tradita sit. Continuatione vero non impedietur hæredis scientia.

§. 1. *Patrem usu non capturum, quod filius emit, propter suam, vel filii scientiam, certum est.*

Summa legis hæc est ut constituat in ea re, quam tractat tantum, differentiam esse inter hæredem et patrem: de hærede dicamus primum. Si defuncto res aliena sit vendita, et tradita a non domino, bona fide ementi et accipienti, usucapio, quæ a defuncto cœpit, nec dum impleta est, non interpellatur hæredis scientia, id est, ob malam fidem hæredis, si hæres sciat esse alienam, *l. pro emptore.* §. *si defunctus, tit. seq.* Nec mirum, cum nec interpelletur usucapio scientia postea superveniente, id est, post traditionem, *l. bonæ fidei,* §. *in contrarium, de acq. rer. dom.* Satis est initium possessionis esse sine vitio, satis est emisse et accepisse bona fide: superveniens scientia non interpellat usucapionem. Sed si a defuncto res sit empta bona fide, tradita autem hæredi scienti rem esse alienam, usucapio non procedit, quia in emptione, et tempore actus, et traditionis tempore, bonam fidem intervenire oportet, *d. l. bonæ fidei, l. sed etsi res,* §. *ult. et l. seq. de pub. in rem act.* E contrario, si defunctus rem emerit, et acce-

perit mala fide, vel si emerit tantum mala fide, usucapio non procedit, etiamsi hæres putaverit rem venditoris fuisse. Nam hæres est successor malæ fidei defuncti, et bonæ fidei: et est successor vitiorum et virtutum defuncti. Et hac in re hæres differt a patre, ut subjicitur in 2. parte hujus l. Nam quod filiusfam. emit et accepit bona fide, continuo acquisivit patri: igitur possessionem saltem ejus rei pater non usucapiet, si scierit rem esse alienam, quamvis filius eam emerit, et acceperit bona fide: si modo hæc scierit pater eo tempore, quo filius emit aut accepit, quia ipse pater videtur emisse aut accepisse. Hæres autem non videtur emisse, quod antequam hæres esset, defunctus emit. Sed si post emptionem et traditionem factam filio ementi et accipienti bona fide, pater cognoverit rem esse alienam, usucapio non interpellatur, quia uterque pater et filius fuit bonæ fidei, utroque tempore emptionis et traditionis, nam et ipsius filii scientia postea superveniens non interpellaret usucapionem, ut ante diximus: et contra nunc si filius emit aut accepit mala fide, usucapio non procedit, etiamsi pater ignoraverit rem esse alienam, cui initium fuit vitiosum: nam hoc casu nihil distat hæres a patre. Denique ita concludamus: bona fides defuncti hæredi prodest, mala fides nocet: bona fides filii, patri non prodest, scienti rem esse alienam: mala fides filii patri nocet, etiam ignoranti rem esse alienam, quia interpellatur usucapio, vel impeditur non tantum propter scientiam patris, sed propter malam fidem filii, propter scientiam filii. Et quod hic dicitur in patre et filio, idem juris est in servo et domino, *l. pro emptore*, §. *Celsus, et seq. ff. pro empt.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXIII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXXIII. de Legat. 2.

Si quod ex Pamphila nascetur, legatum mihi fuerit, et ego Pamphilam emam, eaque apud me sit enixa, ratione summa responsum est, non ex lucrativa causa partum intelligi meum factum: ideoque petendum ex testamento, tanquam istum emissem: ut scilicet pretii contributione facta consequar tantum, quanti puerum, deducta matris æstimatione constitisse mihi judex in causa legati datus æstimaverit.

Sequitur *l. 73. de leg. 2.* quæ datur prima ex lib. 23. *quæst.* quæ quidem pertinet ad regulam illam vulgarem: duas causas lucrativas in eandem personam, et in eandem rem concurrere non posse; causam lucrativam et causam onerosam concurrere posse, §. *si res aliena, Inst. de leg. l. omnes, et duabus sequent. de oblig. et actionib.* Causa lucrativa est, si nihil ob eam causam possessori abest: onerosa est, si quid abest: ut causa legati vel donationis est lucrativa, causa emptionis est onerosa, quia pretium abest possessori rei. Igitur si rem habere cœpi ex causa legati, eandem ex causa donationis, vel ex alia legati causa petere non possum; quia, ut dixi, duæ causæ lucrativæ in eandem speciem et eundem hominem concurrere non possunt. Sed si rem habere cœpi ex causa legati, eandem petere possum ex causa emptionis, et contra, si eam habere cœpi ex causa emptionis, eandem petere possum ex causa legati. Nunc finge: quidam mihi legavit quod ex Pamphila nasceretur, quod legatum valet, §. *ea quoque res, Inst. de legat.* Ego vero, antequam pareret Pamphila, Pamphilam prægnantem emi, eaque apud me enixa est puerum: videor puerum habere ex causa onerosa, id est, ex causa emptionis, quia emendo mulierem prægnantem, et partum emisse videor, et ob id evicto partu mihi competit actio ex empto in id quod interest. Et ita Julianus respondit in *l. non quocunque* 82. §. *Julianus, de legat.* 1. *l. venditor, de evictionib.* de quo Juliani responso Papinianus sensit, meo quidem judicio hoc loco, dum ait, *summa ratione responsum esse, non ex causa lucrativa partum intelligi meum factum:* verna, id est, qui domi est conceptus et natus meus est ex causa lucrativa, sed qui natus est ex ancilla, quam emi prægnantem, non intelligitur esse meus factus ex causa lucrativa, sicut verna, sed ex causa onerosa, id est, emptionis: denique comparatitius servus est, non verna. Posui me emisse ancillam prægnantem, et ita poni debet: nam si emi vacuo utero, ac postea conceperit et peperit apud me ut jam dixi, vernæ causa lucrativa est, et evicto eo partu mihi non competit actio ex empto in id, quod interest. Id quod interest persæpe est pretium rei emptæ, et quod rei emptione continetur atque accedit, et in omnibus causis onerosis, id quod interest non excedit, non egreditur pretium rei, *l. 3.* §. *condemnatio, de tabul. exhib. l. pen. quibus ex causis in poss. eatur, l. si vendidero*, §. *ult. de furt. l. sterilis* §. *cum per vend.* in illo loco, *pretium tritici, de action. emp.* Idem etiam ostendit *l. 1. C. de his qui a non dom. manum.* maxime si in ea deleatur disjunctio, *vel*, quæ etiam exulat a Basil. et ab aliis exemplaribus, ut recte Thalelæus in legem, *nota*, inquit, *pretium rei vocari, quod mox vocatur, quanti interest.* Et etiam in eadem specie, res dicitur computari in pretium rei, *l. 15.*

§. *ult. de rei vind.* et in id quod interest, *l. de eo*, §. *si post, ad exhib.* Igitur sæpe id quod interest, pretium rei non egreditur, ut in proposito, si agatur de evictione, pretio rei emptæ accedit: quæ res emptione rei continetur, ut emptione ancillæ prægnantis continetur partus, ac proinde de eo evicto recte agitur ex empto in id quod interest, de quo non ageretur, si ancilla non prægnans empta esset. Et quod notandum, exemplo partus, distinctionem, quam in partu facimus, trahere etiam debes ad hæreditatem servo vendito debitam, si evincatur: nam si emi servum ab alio hæredem institutum, et jussu meo adierit hæreditatem, evicta hæreditate mihi competit actio ex empto in id quod interest, id est, in pretium hæreditatis, quod etiam emptioni inesse videtur: emptus est servus; empta etiam intelligitur hæreditas, quæ ei servo jam delata erat, et ob id evicta hæreditate agam in id quod interest, *d. l. venditor.* Sed si ponas post emptionem servi servum fuisse hæredem institutum, evicta hæreditate mihi non competit actio ex empto in id quod interest, quia ea hæreditas est extra causam emptionis et venditionis, quod maxime notandum est, ne quem alioquin in fraudem impellat *d. lex venditor*, non intellecta hoc modo, et non adhibita ad eam superiori distinctione. Dixi, empta ancilla prægnante, videri etiam emptum partum, qui post editus est, et id eo agi de evictione evicto partu, de qua non ageretur, si partus non contineretur emptione. Obstat huic sententiæ *l. si prægnans de evict.* prægnans ancilla vendita est et tradita, quæ peperit apud emptorem, deinde evictus est partus. Quæritur, an venditor teneatur de evictione. Et ait, non teneri evictione, sed, quod non ignoravit Accurs. *d. lex* non intelligitur de actione ex empto, quæ in ea specie evicto partu competit in id quod interest, ut diximus ante, sed intelligitur de actione ex stipulatione duplæ, quæ quandoque interponitur evictionis nomine in emptione et venditione: evicto partu, ex stipulatu agi non potest evictionis nomine. Et illam *l. si prægnans*, debere intelligi de stipulatione duplæ, ut lex, quæ eam sequitur indicat, quæ proponit similem speciem simileque responsum, et in stipulatione duplæ nominatim. Vacca empta est, quæ jam erat fœta et gravida: natus est vitulus apud emptorem, ait, evicto vitulo, non posse agi ex stipulatione duplæ, quia neque vacca evicta est, inquit, quæ principaliter in stipulationem venit, neque ususfructus vaccæ: nam vitulus est quidem in fructu, sicut agnus et hœdus in pecudum fructu: vitulus est fructus vaccæ, non ususfructus: nam fructus est nomen ambiguum: vel enim significat corpus ipsum fructuum, vel jus utendi fruendi: specialiter namque ususfructus sæpe dicitur fructus: frumentum, vinum, oleum est fructus fundi, non est fructus, id est, non est jus, non est ususfructus. Si evinceretur ususfructus vaccæ, committeretur stipulatio duplæ: cum evincitur vitulus, non evincitur ususfructus: et ideo cessat actio ex stipulatu in duplum, sed non cessat actio ex empto in simplum in id quod interest. Et ita sane multæ sunt leges in illo tit. *de evictionibus* et multæ quæstiones, quæ facta distinctione harum actionum nihil inter se discrepant, quod demonstrabo breviter quibusdam exemplis: si res vendita et tradita minor, aut deterior, aut melior effecta sit, deinde sit evicta: in *l. ex mille* 64. *ff. de eviction.* scriptum est neque minui obligationem evictionis, neque augeri, et ita esse ait jure, id est stricto jure, ipso jure: qua de causa lex illa accipienda est de actione stricta ex stipulatione duplæ, ut non minuatur obligatio re diminuta, non augeatur re aucta: alioquin obstaret valde lex *si cum vend.* §. *ult.* et *l. evicta re, eodem*, cum quibus congruit lex *Titius* §. *ult. et l.* 16. *de action. emp.* ut si quantitas evictionis minuatur diminuta re vendita, augeatur aucta re vendita, quod est verissimum in actione ex empto, non in actione ex stipulatu. Et ita etiam ut constat ex lege *bonitatis eod. tit. de evictionib.* adhibita interpretatione Accursii fundo vendito et evicta parte, certa fit æstimatio bonitatis ejus partis, quæ fuit venditionis tempore, quod congruit cum superiore differentia, in actione ex stipulatu. Nam in actione ex empto fit accessio bonitatis, quæ fuit evictionis tempore. Eadem differentia servatur in specie legis *nave, eod. tit.* Nave vendita et evictis tabulis quibusdam, evictis transtris, et similibus, an potest agi de evictione quasi parte evicta? minime: quia tabulæ non sunt pars navis: remi non sunt pars navis: transtra, antennæ non sunt pars navis, nec nave empta, emptæ videntur tabulæ. Idemque procedit domo empta, si evincantur cæmenta, vel columnæ vel tigna quædam: quia hæc non intelliguntur esse empta, nec sunt pars domus emptæ: partes domus sunt duæ tantum, solum et superficies. Et ita est proditum in d. l. *nave.* Sed id est intelligendum de actione ex stipulatu, ut cesset evictis tabulis, tignis, evicta columna: nam actio ex empto non cessat, *l. eum qui, de usurp. et usucap.* Nondum exposuimus quod ait lex *si prægnans:* Si prægnans ancilla venierit, evicto partu venditor non tenetur de evictione, ex stipulatu scilicet. Cur ita? quia partus venditus non est. Hoc non pugnat cum eo quod diximus, eum, qui mercatur mulierem prægnantem, et partum mercari, sive emere videri: nam aliud est, esse, aliud, videri. Actio ex stipulatu de evictione est stricta: si strictum jus spectes, partus non est venditus, sed ancilla prægnans, et

ob id evicto partu non committitur stipulatio, quia partus non est venditus, sed quin intelligatur non esse venditus, hoc nunquam dixi. Imo intelligitur esse venditus, et hac ratione venit in actionem ex empto: in actionem ex empto non venit quod non est emptum, vel consequenter, vel accessorie. Partus sane est potius accessio ancillæ venditæ: et ideo si strictum jus accipias, sane partus non est venditus, sed accessio venditæ ancillæ: sicut in *l.* 4. *de penu leg.* dicitur, penu legata, vasa penuaria non esse legata, nec tamen ideo minus dicam intelligi esse legata, sive strictius re accepta, sane vasa non sunt legata, sed sunt accessiones potius penus legatæ. Et ita partus ancillæ, quæ venit prægnans, est potius accessio ancillæ, et accessionum nomine, si evincantur, competit semper actio ex empto, *l. evicta re vendita, de evict.* non actio ex stipulatione duplæ, *l. ex empto*, §. *si quis rem vendiderit, de act. emp.* Nunc facile erit claudere et absolvere speciem simul ac definitionem propositam in hac lege: *Titius mihi legavit quod nasceretur ex ancilla: emi ancillam prægnantem, ea si peperit apud me, ac deinde evictus mihi est partus, an agam actione ex testamento legati nomine, ut mihi præstetur partus, nam partum jam habeo?* Ait, agi posse. Ergo partum non habeo ex causa lucrativa, quasi vernam, sed ex causa emptionis, quia fuit accessio matris jure comparatæ, matris emptæ. Ergo etsi ipse partus emptus non sit, tamen accessionis jure emptus esse intelligitur, sicut ancilla quam precario quis rogavit, *l.* 10. *de precar.* Ergo partum habere cœpi ex causa emptionis, non ex causa lucrativa. Nunc igitur mihi licebit eum consequi ex causa lucrativa: nam hic nullus est concursus duorum lucrorum. Proinde agam cum hærede, ut mihi præstet pretium partus, et judex datus legati causa deducet in contributionem, id est, in computationem pretii utriusque matris et partus, et deducto pretio matris, condemnabit mihi hæredem in pretium partus. Notandum est, quod ait, *de judice dato in causa legati*: dabatur judex in causa legati, non in causa fideicommissi. De fideicommissis cognoscebat magistratus extra ordinem, id est, prætor fideicommissarius de legato jure ordinario dabatur judex specialis: fideicommissa sunt extraordinarii juris, *l. pecunia*, §. 1. *de verb. sig.* Qua de causa fideicommissa proprie dominium non transferunt, sed possessionem, quam tamen prætor tuetur pro dominio, *l. qui usumfructum, si ususf. petat. l. si quis usumfructum, de usuf. l.* 42. *de usur.* Non dabatur ergo judex vel arbiter in causa fideicommissi. Et arbiter aliter accipitur in *l.* 2. *C. de usur. et fr. rei leg.* pro eo qui dandus est probandis fidejussoribus datis a fideicommissario, et aliter arbiter accipitur pro eo, qui exequitur restitutionem fideicommissi, quam prætor fieri jussit, ut in *l. si quando*, §. *ult. de leg.* 1. *l. Stichus* 12. *de leg.* 3. *l. pen. de confess.*

Ad L. Peregre XLIV. de adquir. vel amit. possess.

Peregre profecturus pecuniam in terra custodiæ causa condiderat: cum reversus locum thesauri in memoria non repeteret, an desiisset pecuniam possidere, vel si postea cognovisset locum an confestim possidere inciperet, quæsitum est. Dixi quoniam custodiæ causa pecunia condita proponeretur, jus possessionis ei qui condidisset non videri peremptum, nec infirmitatem memoriæ damnum adferre possessionis, quam alius non invasit: alioquin responsuros, per momenta servorum, quos non viderimus, interire possessionem. Et nihil interest pecuniam in meo, an in alieno condidissem, cum si alius in meo condidisset, non alias possiderem, quam si ipsius rei possessionem supra terram adeptus fuissem. Itaque nec alienus locus meam propriam aufert possessionem, cum supra terram, an infra terram possideam, nihil intersit.

Sequitur ut exponamus quæstionem legis *peregre, de adquir. poss.* tit. est, *de adquir. vel amit. possess.* hæc lex pertinet ad posteriorem partem, de *amit. poss.* an amisi *possessionem thesauri, si immemor sum loci, quo illum defodi.* Hæc est quæstio legis. Thesaurus proprie dicitur, vetus quædam depositio pecuniæ, cujus memoria non extat, ut jam dominum vel possessorem habeat nullum: quod est notissimum omnib. ex *l. nunquam*, §. 1. *de adq. rer. dom.* vel ut Cassiodorus definit 6. *variarum. Thesaurus, est depositiva pecunia, quæ longa vetustate competentes dominos amisit*, et brevius Græci: ἡ ἀμνημόνευτος τῶν χρημάτων ἐπίθεσις, *immemorialis pecuniæ depositio.* Et hujus thesauri dominium aut possessio nullius est, sed potest acquiri, et plerumque acquiritur ei, qui eum invenerit: dominium acquirit, qui invenerit, possessionem jure gentium acquirit, et quasi divino munere, ut ait *l.* 1. *C. de thesaur. lib.* 10. fortunæ dono, ut ait *l. si is qui de adquir. rer. dom.* Secundum Stoicos, qui et Deum dixere *fortunam*, et casum fortuitum, *vim divinam*, a quibus nostri auctores imbuti sunt. Sed hoc loco non ita thesaurum accipimus. Hoc loco thesaurus dicitur improprie, pecunia a domino præsidii vel custodiæ gratia seposita et recondita, cujus idem manet dominus et possessor, qui condidit, adeo ut ea subrepta ei competat actio furti, aut vi bonorum

raptorum, et condictio furtiva, et rei vindicatio, et actio ad exibendum, *d. l. nunquam*, *et l. thesaurus*, *in fi. ad exhib.* nec quicquam interest in suo quis suam pecuniam condiderit, an in alieno: nam etsi in alieno loco condiderit, ejus dominium retinet et possessionem. Et ita thesaurus accipiebatur in comœdia Luscii, in qua quasi Jurisconsultus aut juris non ignarus Terentius eum merito reprehendit, quod induxerit possessorem causam dicere, quare suus sit thesaurus, quem dicebat a se defossum per tumultum hostilem, prius quam petitorem, scilicet qui dicebat se esse hæredem ejus qui thesaurum defoderat. Nam ordo juris est, ut causam dicat petitor priusquam possessor, et ut possessori non detur actio in rem, nisi de servitutib. §. *æque de actionib.* Et ille inducebat prius causam agere possessorem quam petitorem, cum possessori nulla comperat actio in rem. Sed hoc omittamus. Quæritur in hac l. an ejus thesauri possessor esse desinat, qui custodit, si peregre profecturus condiderit, et reversus locum, quo condidit, memoria non repetat, non recognoscat? Utitur Papinianus verbo, *immemoriæ*, quod vix invenimus apud alios auctores, sed ut *immemorem*, cur non et *immemoriam*, ut Græci ἀμνημονίαν. Et rursus quæritur, an si postea locum agnoverit, denuo amissam possessionem recipiat? Si priori quæstione finita et hæc finietur simul: hanc vero ita finit Papinianus, ut sentiat eum non amisisse possessionem suæ pecuniæ, etiamsi locum, quo eam condidit, non recognoscat: imbecillitatem memoriæ non adferre damnum possessioni. Et utitur comparatione servi: nam etsi per momenta servum meum non video quod et de animali quolibet dici potest, et nescio ubi sit, tamen non amitto ejus possessionem: ita thesaurum meum, aurum meum, sive id sit in meo, sive in alio loco, sive supra terram, sive infra terram, in superficie terræ, in imis aut perimis, dum id non video, aut non recordor plane quo loco illud reliquerim, non desino possidere. Excipitur tamen unus casus, si alius eum thesaurum effoderit et invaserit: invasio enim mihi aufert possessionem. Invasio exigitur, id est, occupatio et contrectatio, alterius incubatio. Finge: in alieno solo pecuniam meam condidi: hoc enim si sciat dominus soli, non ideo ipse incipit, non ego desino possidere: scientia illa non fecit eum possessorem: sed si eam pecuniam loco moverit, attrectaverit, et sibi habere cœperit, tum ipse eam incipit possidere, ego possessionem amitto, *l. 3.* §. *Neratius*, *hoc tit. l. thesaurus*, *ad exhib*, si eam non loco moverit, etiamsi sciat locum, quo est condita, non est ea pecunia sub custodia ejus, ergo non possidetur ab eo. Est enim certissima juris definitio: *Res mobiles eatenus possideri quatenus sub custodia nostra sunt*, *quatenus eas apprehendere possumus*, ut ecce pecus meum, quod aberravit, desino possidere, *d. l. 3.* §. *Nerva*, *hoc tit.* licet non desinam esse dominus, bovis aberrantis desino esse possessor, non desino esse dominus *l. 1.* §. *abigei. de abigeis*, et bovis ejus furtum fit, si quis eum intercipiat aberrantem. Et similiter feras bestias, quæ sunt in sylva mea desino possidere, quoniam sunt in naturali libertate, nec aliter eas possidere intelligor, quam si incluserim vivariis, *en un parc*, eas autem, quæ vagantur in sylvis nostris, non possidemus, quamquam earum domini simus: sic etiam pisces, quos in piscina colligimus, hos possidemus, qui sunt in stagno nostro hos non possidemus, licet domini simus, *d. l. 3.* §. *item feras.* Et ita lapidem aut vas nostrum, quod ita excidit aut demersum est in mare aut in flumen ut non inveniatur, desinimus possidere, non desinimus esse domini, *l. Pomponius refert*, *in princ. hoc tit.* Et generaliter rem mobilem quam ita perdidimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere, *l. si id quod*, *in princip. h. t.* quia non est sub custodia nostra: dissimiliter atque si sit sub custodia nostra, si custodia nostra custodiatur, si sit in præsentia nostra, si non absit a nobis, si custodiæ nomine subjecta sit, licet non sit inventu facilis: hanc enim rem non desinimus possidere, nisi ab alio possideri cœperit. Illa autem est extra custodiam nostram, desinimus possidere, licet ab alio possideri non cœperit, *d.* §. *Nerva.* His consequens est: thesaurum non desinimus possidere, licet locum fundi ignoremus, quo defossus est, cum si diligenter, inquiratur, inveniri possit, etiamsi locum fundi ignoremus, id est, non recognoscamus: scimus enim esse a nobis, vel ab eo, cui hæredes exstitimus, defossum in illo fundo, sed locum nescimus, vel recognoscimus. Nec tamen propterea est inventu difficilis vel impossibilis: diligens inquisitio inveniet thesaurum. Alioquin non possideretur, si esset inventu difficilis aut impossibilis: et ita quidem proponitur in hoc loco. Definitio illa quam tradidi, est de rebus mobilibus, *res mobiles eatenus possideri*, *quatenus sub custodia nostra sunt.* Et in custodia nostra videtur esse thesaurus, quem defodimus in fundo nostro, licet primum non memineris, quia si diligentiam adhibueris, invenies locum. Rerum mobilium appellatione continentur etiam moventes, quæ per se moventur, ut bruta et homines, sicut e contra moventium appellatione continentur etiam mobiles, quæ motus principium sumunt extrinsecus, *l. moventium, de verbor. signific.* Igitur et definitio pertinet etiam ad semoventia. Non quidem ad omnia: nam excipiuntur ab ea definitione homines, quia etiamsi servi non sint

sub custodia nostra, etiamsi eorum custodiam neglexerimus et omiserimus, a nobis possidentur: imo et fugitivi servi a nobis possidentur, dummodo alius eos non apprehenderit, vel ipsi non gerant se pro liberis parati subire liberale judicium. Cur excipiuntur servi? quia scilicet, hi quorum custodiam neglexinus, animum habent ad nos revertendi *l. si rem mobilem* 47. *hoc tit.* Ex proposito hominis possessi possessio domino conservatur. Fugitivos quoque possideri utilitatis ratio postulat, qui non habent animum revertendi, ne sit in potestate servorum fugiendo dominis intervertere possessionem sui, qui nec alterius rei possessionem sui domino subvertere possunt, *l. rem quæ, l. Pomponius, in princ. hoc tit. l. non solum*, §. *si rem pignori, tit. seq.* Denique ut est in *d. l. si rem*, illa definitio juris tantum locum habet in his, quæ ratione vel anima carent. Ratione, ut pecus, anima, ut vas: quæ anima carent, et ratione carent: sed contra, quæ ratione carent, non continuo sunt corpora exanima. Et ob id *d. l. si rem*, ait, ratione vel anima: sed velim etiam ab illa regula excipi animalia quædam, quæ ratione vacant, ea scilicet, quæ ex consuetudine abire a nobis et redire solent, ut gallinas vel anseres, vel, si et hæc sunt tanti, passeres, vel carduelis mansuetos factos, et columbas, et apes, et cervos quoque mansuefactos: nam etiamsi per momenta quædam exeant custodia nostra et avolent, nihilominus a nobis possidentur, retineturque non tantum eorum dominium, sed et possessio quandiu habent animum revertendi, *d. l.* 5. §. *item feras, hoc tit.* Et ut hominis, ita et eorum animantium proposito revertendi possessio conservatur domino. Denique proposito rei possessæ, quæ propositi est capax, possessio domino conservatur, nedum proposito domini. Sed hoc proprium est in hominibus, ut et hi non desinant a nobis possideri, licet non habeant animum revertendi, ut fugitivi quos veteres dixere, *cervos a celeritate*, ut Festus scribit, cum tamen cetera quæcunque animalia desinant a nobis possideri, si amiserint animum revertendi, id est, si desierint reverti. Et hæc tantum ad hanc quæstionem erant adnotanda.

Ad §. quæsitum.

Quæsitum est, cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quæreretur? Dixi utilitatis causa jure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere: nec tamen eo pertinere speciem istam, ut animo videatur adquiri possessio: nam si non ex causa peculiari quæratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore servi quæri possessionem.

Superiori recitatione explicavi quæstionem primam *legis peregre, de acquir. poss.* Ex qua intelleximus, *possessionem rei non amitti propter infirmitatem memoriæ*, puta si memoria non teneam locum, quo rem aliquam posuerim, modo si quo in prædio, qua in domo, vel quo in fundo eam posuerim, non ignorem, et eam non invaserit alius: ignorantiam loci solius rei, non auferre possessionem rei. Quod si ignorem penitus ubi sit, id est, si neque locum scio, neque prædium, amitto possessionem, in quo ea res locum occupat quendam, *l. si id quod, in princ. hoc tit.* Item si possessionem ejus rei alius invaserit, tametsi hoc ignorem, etiam amitto possessionem rei mobilis, *l. si rem, in fi. hoc. tit.* Quod et in re immobili procedit, si quam possidebam per servum vel colonum, desertam ab eo et proditam alius invaserit me ignorante, ut in §. *ult. hoc tit.* Denique his casibus ignoranti possessio tollitur, nec solo animo retinetur. Regulariter ignorans non amittit possessionem, et regulariter quoque ignorans non acquirit possessionem, præterquam uno casu, qui explicatur in §. *quæsitum, h. l.* Quem nunc explicare aggredior, videlicet, si quid servus meus, cui peculium concessi, ex causa peculiari, et nomine peculiari, paravit et tenet me ignorante. Ejus enim rei possessio mihi etiam ignoranti acquiritur. Hoc jus Papinianus ait in hoc §. esse jus singulare quia scilicet est contrarium regulis juris: regulariter enim scienti acquiritur possessio. In ea enim acquirenda, non tantum corpus exigitur, quo rei incumbamus et insistamus, sed etiam exigitur animus, id est affectio, seu voluntas, *l. ea quæ, tit. prox.* et ut Græci loquuntur in *hoc tit.* λογισμὸς, διάθεσις, προαίρεσις, Ignorans autem non potest habere animum possidendi: ergo ignoranti regulariter non acquiritur possessio, et multo minus procedit aut competit usucapio: facilius enim possessio competit quam usucapio. Exempli gratia: per procuratorem meum etiam ignorans possessionem acquiro, non tamen ejus rei, quam possideo ignorans per procuratorem usucapio mihi competit, *l. possessio quoque*, §. *ult. hoc tit.* Cui igitur aut per quem possessio non acquiritur, ei multo minus datur occasio usucapionis. Ideo autem per procuratorem meum mihi ignoranti acquiritur possessio, cui scilicet mandavi, ut rem emerit mihi et acciperet, quia sciens, animo meo videor possidere, quod procurator meus mandatu meo tenet meo nomine, licet ignorem, quo tempore id tenere cœperit. Hæc ignorantia acquisitioni possessionis nihil obest, et videor nihilominus sciens, sciente animo nancisci possessionem

per procuratorem. Mandatum pro scientia est. Id autem jus quod diximus, ut ex causa peculiari per servum ignoranti acquiratur possessio, *jus singulare est*, ut ait Papinianus, non tam, quod ignorans possideat eam rem, quam servus peculiariter tenet nam et ignorantes possidemus per procuratorem: sed hoc jus singulare est in rebus peculiaribus non tam, quod ignorans dominus possideat, quam quod usucapiat etiam ignorans. Quod non ita est in procuratore et domino, *l. Labeo*, *tit. seq. l. pro emptore*, §. *Celsus, pro empt. l. pen. de captiv. et postlim. revers.* Et inde rectissime *lex si emptam rem*, *de usurpat.* ut ignorantes usucapiamus in peculiaribus tantum rebus esse receptum, quod fit non tantum per servum, sed etiam per filium famil. qui peculiari nomine rem nanciscitur alienam, *l.* 1. §. *item adquirimus, hoc tit. l. si servo, tit. seq.* Ex eo jure singulari, ut ignorantes per servum aut filium ex causa peculii possideamus et usucapiamus, multa sequuntur. Sequitur ex eo primum, ut infantes et furiosi per servum aut filiumfamilias possideant et usucapiant ex causa peculiari: hi enim sunt ignorantium loco. Et generaliter, quibus ex causis ignorantes acquirunt, et furiosi acquirunt, infantesque et pupilli, §. *sui autem, Instit. de hæred. quæ ab intest.* Infanti, de quo scribit *d.* §. *item adquirimus*, adjungo etiam pupillum majorem infante: nam et is ignorantis loco est, et fere plerunque, non tamen semper, licet infanti adjungere pupillum, id est, omnem ætatem pupillarem, ut *in* §. *testam. Instit. de hæred. qual.* infanti Theop. recte adjungit pupillum. Item ex eo jure singulari sequitur, ut si servus hæreditarius (dicitur autem hæreditarius quandiu jacet hæreditas, et nec dum ullus extitit hæres:) si is, inquam, peculiari nomine rem aliquam possidere cœperit, ut usucapio pertineat ad hæredem qui postea adierit, quia etiam ignoranti procedit. Qua de re tractabitur hoc eodem lib. ad *l. justo*, §. *nondum, tit. seq.* Item ex eo sequitur, ut ad eum, qui captus est ab hostibus, usucapio pertineat eorum, quæ servus post captivitatem peculii nomine comprehenderit. Qua de re tractabitur in *d. l. justo*, §. *ult.* Intelligimus quale sit jus illud singulare, et quæ ex illo sequantur. Videamus quæ sit hujus juris ratio. Cur per servum ignorantes acquirimus possessionem ejus rei, quam peculii nomine paravit et tenet? Et ratio hæc redditur in *d. l.* 1. §. *item adquirimus*, quod nostra voluntate intelligatur servus possidere, cum ei peculium permiserimus: quod etiam infans permittere videtur, si a patre ejus vel tutore servo permissum fuerit. Igitur et in infante domino ea ratio locum habet, et in furioso, sane si peculium permiserit, antequam furere cœpit. Sed in procuratore eadem ratio locum non habet, qui rem tenet nostro nomine, quia ei non permisimus patrimonium, sicut servo permittimus peculium, sed procuratori permisimus administrationem tantum et gestionem. Atque ideo nostra voluntate intelligitur usucapere, et non intelligitur possidere, quod ad usucapionis causam attinet, nisi sciamus ea rem accepisse, et tenere nostro nomine. Idem dici potest de ratione, quam attulit Papin. in *h. l.* §. *quæsitum*, quem sic inchoat, ut quærat rationem juris singularis. Et ait (quæ ratio eamdem vim habet, quam superior) utilitatis causa esse receptum, ut in rebus peculiaribus servorum, aut filiorum nostrorum ignorantes possideamus, atque etiam usucapiamus: loquitur de posssessione effectrice usucapionis, non de possessione inani, quæ non præbet occasionem usucapionis: utilitatis, inquam, causa hoc esse receptum, ne alioquin per singula momenta cogamur sciscitari et inquirere species et causas peculiorum, species, id est, res, corpora, jura, quæ sunt in peculio; causas, id est, titulos quibus tenentur, puta emptionis titulo, an legati, an donationis, an permutationis, quæ perquisitio esset perquam molesta dominis et negotiosa: ideoque utilitas civium postulat, ne ista perquisitione onerentur domini, qui peculium servis concesserunt, atque adeo ut omissa hujusmodi inquisitione eis etiam ignaris rerum peculiarium procedat tum possessio, tum usucapio. Hæc ratio locum non habet in procuratore. Videamus cur non possit hæc ratio aptari ad procuratorem: quia cum minus permittatur procuratori, cui alieni tantum negotii administratio mandatur, quam servo, cui peculium conceditur quasi proprium ipsius servi patrimonium, adeo ut servus servi, qui est in peculio id est, servi vicarii dicatur dominus, ac similiter dominus totius peculii sibi concessi: et per hanc rationem finita sit potestas procuratoris, servi peculiaris determinata et finita non sit, quod sit dominus, circa procuratoris gesta admodum per singula momenta curiosus et diligens, quod tamen non est necesse si servo permiserit peculium quasi patrimonium, quæ permissio plenior est mandato, sive procuratione. Id, inquam, est necesse, ut diligenter inquirat quid servus in peculio gerat, qua ratione rem peculiarem augeat vel minuat, ac denique tractet, nisi scilicet admiserimus, etiam ignoranti possessionem per eum servum acquisitam præbere occasionem usucapionis, quod utilitatis ratio postulat, id est utilitas servorum singulorum, ut per eos res suas expediant quos habent in potestate, nec destringantur inquisitione assidui peculii, sicut ratio quoque utilitatis postulat, et hoc indulsit, ut per procuratorem nobis etiam igno-

rantibus, quo tempore rem accepissent, saltem possessio competat, licet non usucapio, *l. 3. C. de acq. pos.* Nunc quod maxime notandum est ex hoc jure singulari, quod jam satis exposui, posset quis forte argumentari in hunc modum: si jus singulare hoc est, ut ex causa peculiari per servum ignoranti possessio acquiratur, id est, ut ex ea causa sine animo nostro possessio nobis acquiratur, ergo jus commune hoc est, ut animo acquiratur possessio, quod est falsum. Nec enim animus sufficit, sed et corpus exigitur, id est, apprehensio rei, nec animus sufficit per se, nec corpus per se, *l. 1. in princ. l. quemadmodum h. t. l. licet. C. eod.* Huic objectioni elegantissime respondet Papin. in hoc §. et ait, id non esse verum, extra causam peculiarem, extra hunc casum singularem, sane si quid servus tenet extra casum peculiarem, puta nomine domini, non nomine peculii, quia nec forte peculium habet, aut si habet, id nomine domini tenet, domino possessio non acquiritur solo animo domini, postquam scivit rem servo fuisse traditam, sed et corpore servi. Sciendum enim est nos non acquirere possessionem animo alieno, nisi ex causa peculiari, corpore autem nos acquirere possessionem quacunque ex causa, tam nostro, quam alieno, ut corpore servi, et filiifamilias, coloni, inquilini, procuratoris, *l. quod meo, l. 3. §. saltus, hoc tit.* Et Paulus 5. *Sentent. tit.* 2. ceterum animo tantum nostro acquirimus possessionem. Et recte Papinianus ait, *necessariam esse scientiam domini, ut possessio adquiratur domino per servum, qui rem nomine domini tenet non peculiari:* quia etsi corpore servi potest dominus acquirere possessionem non potest etiam animo servi acquirere possessionem nisi ex causa peculiari. Hec est certissima definitio. Neque ei obstat *l. nunquam. §. si servus, de usurp. et usucap.* dum ait dominum ignorantem possidere per servum quicquid nomine domini possidet, ac si possessionem acquirat ut corpore, ita animo servi, absque animo domini sive scientia. Sed ille §. omnino intelligendus est de illo servo, qui rem tenet nomine domini, ex jussu domini, quando dominus jussit servum eam accipere ab extraneo, hanc enim rem utique dominus intelligitur possidere animo suo, sicut et rem quam procurator tenet, quia mandato ejus eam tenet. Et hæc est differentia ultima inter dominium et possessionem. Dominium ignoranti domino acquiritur per servum, *l. etiam invitis, tit. præced.* Possessio et scienti et volenti per servum acquiritur, *d. l. ea, quæ tit. præced.* nisi jusserit aut mandaverit: et huic quem jussit aut mandavit, possessio tantum competit, non usucapio, nisi ex causa peculiari, ex qua et possessio ignoranti procedit et usucapio, quia plenior est permissio peculii, quod attigi jam supra, quam jussum aut mandatum. Ad summam igitur, possessio nuda procedit, non usucapio: ita fit, ut quod possideo, non intelligar possidere, quod ad usucapionem attinet, sicut e contrario fit nonnunquam, ut debitor, qui pignus non possidet, quod tradidit creditori, intelligatur possidere, quod ad illam tantum causam, id est quod ad usucapionem attinet, *l. servi nomine, tit. seq. et. l. 1. §. per servum corporaliter, h. t.* Hæc est vera sententia h. §. *quæsitum.*

Ad §. Quibus explicitis, et L. XLV. eod.

Quibus explicitis, cum de amittenda possessione quæratur, multum interesse dicam, per nosmetipsos, an per alios possideremus: nam ejus quidem quod corpore nostro teneremus possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus ne possideremus. Ejus vero, quod servi vel etiam coloni corpore possidetur, non aliter amitti possessionem, quam eam alius ingressus fuisset, eamque amitti nobis quoque ignorantibus, §. ult. Illa quoque possessionis amittendæ separatio est: nam saltus hybernos et æstivos, quorum possessio retinetur animo.

L. XLIV. *Licet neque servum neque colonum ibi habeamus.*

Ne sensus sit inanis, uno tenore et spiritu legenda est lex sequens, quæ est ejusdem Papin. ex 2. *definit.* conjungenda huic §. verba sunt, *licet neque servum neque colonum ibi habeamus.* Quod initio h. legis memini me dicere, eam totam pertinere ad illam partem tituli, quæ est de amittenda possessione, id non muto, etiamsi in §. præced. Papin. tractaverit tantum de acquirenda possessione: nam hoc ideo fecit, ut collata ratione acquirendæ, cum ratione amittendæ possessionis, appareret separatas et diversas esse rationes, idque his verbis a quibus incipit, qui sequitur §. *ult.* satis ostendit, *quibus esplicitis etc.* demonstrata sc. ratione acquirendæ possessionis, videndum esse ait, an eadem sit ratio amittendæ ejus qui fuit præcipuus finis Papin. et ait, quibus *explicitis*, ut in *l. 5. de præscr. verb. explicitus est articulus ille do ut des, et l. 1. ad Treb. explicito tractatu, etc.* Et male a quibusdam rejicitur verbum *explicit* quod solet annotari in fine *librorum.* D. Hieron. in epist. ad Marcell. *Solemus, nos,* inquit, *completis opusculis ad distin. alterius sequentis operis medium interponere, explicit, aut feliciter, aut aliud ejusmodi.* Porro explicitum illud jam est, *possessionem nobis adqui-*

ri animo et corpore, non animo solo, non corpore solo. Neque verum est, quod Labeo dicebat, *quarundam rerum nos possessionem acquirere animo solo, l. quarundam, h. t.* Nulla enim res est, cujus possessionem possis adipisci, nisi concurrat corpus et animus i. apprehensio rei et affectio possidendæ rei, sed acquiritur quidem possessio animo tantum nostro, et corpore nostro, vel alieno. Ex causa peculiari solo etiam animo alieno: nam animo meo non possideo, quod servus acquisivit ex causa peculiari, etiamsi pec ulii ei potestatem permiserim, si nescio rem, quam acquisivit, aut causam ex qua acquisivit: si ei specialiter jussissem, aut mandassem rem emi et accipi, videor post traditionem ei factam eam possidere animo meo, etiamsi tempus ignoraverim, quo emisset et accepisset, quia specialiter de certa re jussi sive mandavi. At quoties generaliter periculum permisi servo, si nescio ex causa peculii, quam rem acquisierit servus, eam non possideo animo meo, sed receptum est ex hac causa, ut eam intelligar possidere animo alieno, puta servi, vel filiifam. ut ait *l. 3. §. servus, h. t.* Et nunc videndum est an etiam in amittenda possessione hoc requiratur, ut sc. animo et corpore discedam possessione rei. Et sane Paulus videtur nullam differentiam constituere hac in re inter acquisitionem et amissionem possessionis, *l. quemadmodum hoc tit.* Nam inquit Paulus, *quemadmodum nulla possessio acquiri potest nisi animo et corpore, ita nulla amittitur,* nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Ergo et in amittenda possessione utrumque exigitur. Sed non defuere stulti, qui existimantes id esse incredibile, aut prorsus falsum, ei legi præscripserunt negationem hoc modo, *non quemadmodum,* qui sunt solo silentio et contemptuo digni. Sed hæc res liquido ita explicari potest. Ea definitio legis *quemadmodum*, plerumque reperitur falsa, nisi temperetur verbo *fere*, quod etiam huic definitioni addidisse constat Paulum ex *l. fere, de reg. jur. c' est a dire le plus souvent, ou presque le plus souvent:* sententia igitur hæc sit, ut *fere quemadmodum, etc.* Possessio non acquiritur nisi animo et corpore, ita non amittitur nisi animo et corpore. Hoc est verum *fere,* non *perpetuo,* non *semper,* non *usquequaque.* Primum enim ut possessio non acquiritur corpore, nisi accedat etiam animus acquirendæ ejus, ita sane non amittitur corpore, puta, *si fundo discedam nullo relicto in possessione,* nisi et animus meus possessione recedat, nisi deserendæ possessionis animus mihi fuerit, nisi ea mente, ut ait *§. ult. hujus leg.* inde digrediar, ut id non possideam, alioquin solo animo retineo possessionem. Et ita rectissime eam definitionem accipiunt *Bulgarus, Placentinus, et Joannes, et Græci interpretes uno consensu.* Et idem omnino dicendum est, *si possideam corpore alieno, puta coloni:* Nam si colonus decesserit fundo, id est, si descruerit fundum, vel si vita decesserit, ego non desino possidere, quandiu ejus possessionis retinendæ animum habeo, et cum alius non invaserit: nam invasio alterius facit ut abeat mihi animus possidendi. Quid est possidere animo? auquodcunque animo complexus fueris, imaginatus fueris, possidere? Minime, alioquin quid quis non possideret? Sed animo possidere, est id possidere animo nostro, sive affectione, cui possidendo nihil impedimento est: nam si alius invasit possessionem, quæ fuit mea, non possum animo non deponere animum possidendi, qui cerno alium possidentem. Ergo si colonus, cujus corpore possidebam, fundo digressus fuerit ea mente, ut non possideret amplius, ego non amitto eam possessionem; si ejus retinendæ animum habeam, et si invasio alterius cum mihi animum non eripuit, quod est secundum Proculianos, quorum sententia constit. Justiniani comprobata est, *l. cum quis, de dolo, l. ult. C. de acq. poss.* Sabinianorum aliud erat judicium, ut ostendi ad Africanum ex *l. si de eo, §. 1. et l. colonus, h. t.* illud valde notandum est, quod si possessionem desertam a colono, quam corpore coloni possidebam, alios invaserit, etiam ignorans amitto possessionem, quam corpore alieno possidebam: solo igitur corpore amitto quod possidebam, quia nondum deposui animum possidendi, qui sum ignorans invasionis, quod ostendit *§. ult. hac l. et l. 1. §. quod servus, de vi et vi arm.* Hoc casu igitur solo corpore nunquam acquiro, item solo corpore amitto possessionem, ignorans scilicet, rei mobilis si rem deposui apud alium, vel commodavi alii, et is constituerit possidere sibi, nec mihi reddere, confestim amitto possessionem, etiam ignorans, quia desinit esse sub custodia mea, interversa possessione ab alio, *l. si rem h. t.* Item ut appareat magis quantum distet amissio possessionis ab adquisitione, non certis casibus tantum, sed generaliter possessio amittitur solo animo: ut si quid possideo meo animo et corpore, nunc nolo possidere mihi, sed forsan alii, desino possidere, etiamsi corpus meum fundo non abscedat, *l. 3. §. in amittenda, h. t.* Et hæc est altera differentia inter dominium et possessionem. Ante attuli aliam, quia dominium non amittitur solo animo, ut si dicam, me nolle rem meam esse, non ideo desino esse dominus, nisi tradam alteri, *l. si quis vi, §. 1. hoc t. l. jus agnationis, de pact.* Possessio amittitur solo animo semper, quæ tamen non amittitur solo corpore, nisi certis et

paucissimis casibus. Et ut explicitius dicam, sed et proprie aliquid adjungam, eam quoque possessionem amitti nudo animo, quæ solo animo retinebatur, non corpore meo, vel alieno, et hæc non amittitur nisi animus accesserit. Aliquando, ut dixi supra, sine animo corpore solo amittitur; sed hæc quæ solo animo retinetur, solo quoque animo amittitur, adeo ut si alius ingressus sit eam possessionem, et hoc ignorem, nondum amittam possessionem. Invasio ignorantem non spoliat possessione, quæ solo animo retinebatur; quod ostendit §. *ult. h. l. et l.* 3. §. *in amittenda*, *h. t.* addatur etiam *l. si id, quod*, §. *ult. hoc t.* quod solo animo possideo, inquit, etiam si alius occupaverit possessionem, eo usque possideo, quod reversum me is, qui occupavit, repellat: quia repulso deficit animus possidendi: vel etiam quoad suspicer, me posse repelli ab eo, qui ingressus est possessionem me absente, quia et hoc casu suspicione labascit animus, neque vero antequam deposuerim animum possidendi, possessionem amitto, licet eam occupaverit alter me ignorante. Et rectissime in *l. quamvis*, *h. t.* ex eodem lib. Papiniani.

Ad L. Quamvis, D. eod.

Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus, tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret: ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quæri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quæ solo animo tenetur.

Utitur in hac specie comparatione obligationis, qua etiam utitur *d. l. fere.* Obligatio eodem modo solvitur, quo acquiritur: acquiritur consensu ementis et vendentis, solvitur etiam consensu. Acquiritur verbis ex stipulatione, solvitur etiam verbis, nec alio genere quam verbis. Quod contractum est verbis, non solvitur consensu nudo; et ita quæ solo animo retinetur possessio, non amittitur nisi solo animo: quia nihil ignoranti invasione alterius aufertur. Et mens Papin. hæc est in hac *l. et in l. peregre*, §. *quæsitum*, usque ad fin. et in sequentibus et fuit, ut ostenderet, differentiam esse summam inter acquirendam et amittendam possessionem, quam vocat in §. *ult.* separationem, et differentiam in *l. quamvis*, *ad Trebell.* ut Græcis διαίρεσις, et διαμερισμός. Exemplum autem ejus possessionis, quæ solo animo retinetur sine corpore nostro vel alieno, Papin. ponit in saltibus æstivis et hibernis, quoniam hos parte anni relinquimus, nullis quandoque servis aut colonis ibi relictis, nec possidemus tamen minus animo, sine corpore ullius Saltus sunt sylvæ, et pastiones, in quibus pecora hieme in hibernis, æstate in æstivis sunt, *l. qui saltum*, *de leg.* 3. Nam et pecorum hiberna et æstiva dicuntur, *d. l. qui saltum*, et Varroni, Virgilio, Papiniano. Hos igitur saltus parte anni relinquimus, ut ait *l.* 3. *saltus*, *h. t.* quoniam in hibernis pecora hiematum mittimus, in æstivis æstivatum umbræ causa, juxta illud Horatii. *Pecusve ante sidus fervidum Lucana mutet pascua*, saltibus accedunt etiam causæ, custodiæ finium, aut fructuum causa, paratæ saltuariis: hi sunt, qui custodiunt fines saltuum, et fructus, qui in saltibus sunt, quos constat cedere instrumento prædii, si servi sunt vel adscripti prædio, *l.* 8. *et l. quæsitum*, §. *saltuarium*, *de inst. vel inst. leg.* et separantur a colonis in *l. cum quæreretur*, §. *prædiis*, *de leg.* 3. quoniam non colunt fundum, sed tuentur tantum aut custodiunt glandium fundi, aut sylvæ pastionisve gramen. Virg. *cui late custodia credita campi*, id est saltuarius. Ideoque rectissime in *l. seq. licet*, inquit, *neque servum, neque colonum* ibi (in saltibus) *habeamus*, saltus scil. possidemus nudo animo, servum vocat *saltuarium*, et recte separat a colono: nam saltuarius non est colonus, nec legato colonorum continentur, *d.* §. *prædiis*. Sunt tamen in saltibus interdum coloni: nam possunt etiam in saltibus esse fundi, qui colantur, qui arentur: potest esse particula in sylvis, quæ aretur pastorum aut custodum gratia, et ut elegantissime dixit Ælius Gallus JC. apud Festum, ea res non perimit nomen saltus, sicut si in fundo, qui est in agro culto, particula quædam sylvæ sit, ea res non perimit nomen agri culti. Ager cultus opponitur saltui. Et ita in *l. creditor*, *de act. emp.* ponitur in saltu fuisse fundus, qui coleretur, nam generaliter saltus ipse potest fundus dici. Et in *l. si servus*, *de pignor. act.* grandem saltum fuisse, quem creditor excoluerit magno sumptu. Sed ut equidem arbitror, illo loco, verius est, nos non debere accipere saltum pro *sylva*, et pastione, pro agro compascuo, pro pascuis, sed pro ampla possessione, quæ aretur et excolatur omnis. Nam et Siculo Flacco, *de limitibus agrorum*, et Varrone *de re rustica*, constat etiam dici saltum, *latifundum*, sive *latam possessionem*, quæ includat multas centurias, puta 25. ut ait Siculus. Non omittam etiam illud, ut restituam locum Festi unum, nondum restitutum, etiam saltum dici nemus, ut Festus explicat in definitione nemoris, a verbo Græco νέμω, quod comprobaverat Festus auctoritate Homeri. Sed locus est perquam mutilus. Ex vestigiis, quæ remanserunt, intelligimus restituendum esse locum, hoc modo, vocabuli auctor est Homer. Iliad. XI. ἐν

νεμεῖ σκιερῷ, id est, *in nemore umbroso*. Verum non tantum Papinianus hoc loco, sed alii auctores passim, quoties volunt adferre exemplum possessionis, quæ solo animo retinetur, utuntur exemplo saltus hiberni vel æstivi: recte exemplo: nam idem dici potest de omnibus prædiis, de omnibus rebus vel mobilibus vel immobilibus, ut earum possessionem, quam nacti sumus animo et corpore, post retineamus solo animo sine corpore ullo. Sed frequentius utuntur exemplo saltus, quod hæc prædia manifestum sit relinqui altera parte anni. Sed hoc idem dicendum de omnibus rebus, *l. 1. §. quod vulgo dicitur, de vi et vi arm. l. clam, l. ult. h. t. l. licet, C. eod.*

Ad L. XLIV. de Usurp. et usucap.

Justo errore ductus Titium filium meum, et in mea potestate esse existimavi, cum adrogatio non jure intervenisset: eum ex re mea quærere mihi non existimo: non enim constitutum est, in hoc quod in homine libero, qui bona fide servit: placuit ibi enim propter assiduam et quotidianam comparationem servorum ita constitui, publice interfuit: nam frequenter ignorantia liberos eminus: non autem tam facilis, frequens, adoptio vel adrogatio filiorum est.

Ex lib. 15. Quæst. restant tantum leges tres, quæ omnes sunt de usucapione, et earum præcipua est *l. justo errore, de usurp.* cujus initium explicabimus. Certissimum est, per liberum hominem, quem bona fide possidemus, nobis acquiri ex re nostra, et ex ejus operis, non ex re aliena, nec ex aliis causis: nam postquam apparuerit, liberum non esse, retinebimus tantum ea, quæ ex re nostra paravit, quamdiu eum bona fide possidemus, vel ex suis operis, parsimonia, ex sua industria: nam operæ videntur quodammodo esse ex re nostra, quia jure nobis eas exhibere debet, quoniam a nobis bona fide possidetur, *l. qui bona, de acq. rer. dom.* Ergo hæc tantum retinebimus, cetera ei restituemus. Et quod proponitur hoc uno tantum loco, et aliqua ex parte in *l. per eum, sup. t. prox.* videlicet quod diximus, per liberum hominem nobis acquiri ex re nostra, si eum possidemus bona fide, locum tantum habet in libero homine, quem quasi servum bona fide possidemus ex causa emptionis, vel donationis, vel qua alia justa causa existimantes, cum nos a domino accepisse: hic acquirit nobis ex re nostra, quoad appareat liberum esse: nam si liberum hominem possedi, quasi filiumfam. vel quasi filium meum, qui esset in mea potestate bona fide, puta ex causa adrogationis vel adoptionis, quæ jure facta forte non est, quod exemplis demonstrabo, per eum nulla ex causa, ne ex re quidem nostra nobis acquiritur, sed adoptione injusta pronuntiata, omnia iterum restituentur, quæ acquisivit: rem meam mihi retineo, quod ex re mea paravit, ei restituam. Hoc notandum: nam quibus est amica disputatio privata vel publica, possunt certe primo congressu valde turbare affirmantem, per liberum hominem bona fide possessum ex re nostra nobis acquiri: nam hoc est falsum in libero homine, qui possidetur quasi filius familias, nec unquam nobis istud excidere debet, sed hoc uno tamen loco proponitur ex *d. l. per eum.* Igitur, quod proponitur initio legis est tantum differentia, ut ait Bart. et Accurs. inter servum putativum et filium putativum. Per servum putativum acquirimus ex re nostra, quæ quodammodo nostra esse videntur, per filium putativum nulla ex re acquirimus: mallem dicere Græce, quam Latine putativum, νομιζόμενον. Quæ est ratio differentiæ? Est acutissimus Papin. in reddendis rationibus: cur per servum acquirimus ex re nostra, non per eum, quem quasi filiumfamil. possidemus. Servorum comparatio erat assidua et quotidiana: nullius fere rei olim erat commercium frequentius, quia nec etiam ullius rei quæstus uberior, quam habere plures servos, qui acquirunt nobis quidquid acquirunt. Magnæ hæ divitiæ sunt, quorum opera possis tibi extruere brevi tempore ædificium, aut te liberare periculo. Ergo, inquit Papinian. propter frequentissimam comparationem servorum, in qua possit etiam accidere, ut tibi obtrudatur liber pro servo, publice interfuit ita constitui, ut per liberum hominem, quam ignoranter quasi servum comparavissemus, nobis acquiratur, saltem ex re nostra: et ita propter frequentem mutationem, et assiduum pecuniæ usum, nec alia ratione, multa sunt singularia recepta circa pecuniam mutuam; *l. singularia, de reb. cred.* propter utilitatem inquam, promiscui usus, *l. si quis mancipis, §. si impubes, de inst. act.* et in hac *l. constitutum,* id est, consensu receptum, ut per liberum hominem nobis bona fide emptum, nobis acquiratur ex sua opera et ex re nostra. Non ita frequens filiorum adoptio vel adrogatio. Possumus vel hodie etiam in Gallia filium adoptare vel adrogare, sed vix quisque adoptat, nec alia ratione rex sibi regnum Neapolitanum vendicat, quam adoptionis jure. Non est frequens filiorum adoptio, quia nec ita facilis factu, non licet temere plures adoptare, omnis adoptio fit causa cognita, vel auctoritate Principis, vel Imperio magistratus. Olim auctoritate populi lege curiata non licebat plures adoptare, *l. 15. §. ult. de adopt.* Si velit aliquis unum aut alterum adoptare, potest solatii ergo, tres vel plu-

res vix potest *d. l.* 15. non licet fœminis adoptare, §. *fœminæ*, *Inst. eod.* quin et fœminas adoptare non licet, nisi ex rescripto, *l. nam et de adopt.* non licet minori majorem adoptare, *d. l.* 15. Adoptio locum habet in his, in quibus natura potest: non potest natura esse major filius minori, non licet etiam temere adoptare ei, qui magis procreationis liberorum studere debet, vel potest, sexagenario licet adoptare, minori sexagenario vix licet, *d. l.* 15. Non est igitur facilis adoptio liberorum, atque adeo infrequens est. Seneca in controvers. *adoptionem esse remedium fortunæ*. M. Tullius pro domo sua: *causa adoptandi quæri solet, cum is, qui natura liberos assequi non potest, adoptat.* Ac præterea adoptio fit solemniter, et est legis actio, ut ait Th. *d. t. de adopt. l. post mortem*, §. *ult. eod. l.* 1. *et* 4. *C. eod.* Nihil horum observatur in comparatione servorum: nam et fœmina comparat servum, et ancilla comparatur, nec inspicimus rem quam comparamus, nec cetera multa: servorum enim usus est necessarius. At adoptivæ prolis, id est, adoptionis, non est necessarius usus, sed magis voluptuarius, ut sint quasi senectuti solatio, vel orbitati. Ex his intelligitur ratio differentiæ, quæ est elegantissima: nam frequens usus exigit, ut recipiamus singularia contra jus: et contra jus est, ut liber homo nobis acquirat, et tamen acquirit, si quasi servus fuerit bona fide comparatus. Dices: hoc intelligo, sed quæso quid hoc ad titulum hunc pertinet? Nec enim hic ulla fit mentio usucap. vel usurpationis, quæ interruptio est usucapionis: ideo nec sunt referenda ad titul. *de usurp. et usucap.* Hoc sc. dicimus, ut intelligamus nos non posse usucapere, quæ acquisivit liber homo, quem quasi filium possidemus lapsi justo errore, id est, justa ignorantia, scil. facti, non juris: nam sola ignorantia juris impediet usucapionem, *l.* 4. *ff. de jur. et fac. ignor.* sed ignorantia facti non item. Puta existimabamus eum, quem adoptabamus esse minorem ætate, dum scilicet hoc ipse fingebat, ut in *l. apud*, §. *quid enim*, *de doli except.* Decipimur sæpe in cognoscenda ætate hominum, et facile credimus affirmanti, se hujus vel illius ætatis esse: hæc est ignorantia facti, quam attulit dolus adoptati, vel existimantis patrem esse, a quo puer dabatur in adoptionem, cum non esset pater: hæc est ignorantia facti etiam, quæ justissima est, quem enim is error non caperet? Igitur hic error non impediet solus usucapionem, sed obstat usucapioni alia res, quod per eum, quem adoptavimus non jure, cum existimaremus nos adoptasse jure, ducti ignorantia probabili facti, quod inquam, per eum nec possessio quidem nobis acquiritur: rerum scilicet quas interim acquisiit, *l. per eum*, *ti. prox. sup.* Et usucapio sine possessione non procedit. Ergo quod acquirit, non acquirit nobis statim, neque id fieri nostrum potest ex causa usucapionis, cum possessio ad nos non pertineat: nec mirum, cum nec ipse filius proprie possideatur, sed magis quasi possidentur, qua de causa non potest vindicari: nisi causa adjecta ex jure Quiritium, quo jure pater videtur esse dominus filii, cum habeat in eo jus vitæ necisque eo jure, *l.* 1 §. *per hanc de rei vindic.* Sed si filius meus sit apud alium, vel apud eum ipsum filium, ut se gerat pro homine sui juris, petitus præjudicio adversus filium ipsum, vel adversus extraneum interdicto de liberis exhibendis, vel extraordinarie prætoris interventu, *d.* §. *per hanc* non poterit quasi res sua vindicari, nisi ex jure illo antiquo Quiritium ex XII. Tabul. quod desiit esse in usu, ut pleraque alia temporibus auctorum nostrorum erant abrogata ex 12. tab. Et tamen certum est, subrepto filio meo filiifamil. nomine, mihi esse actionem furti, quasi interversa possessione rei meæ, aut certe melius quasi possessione, quasi res mea sit, *l.* 2. *de interdict.* Dicimus interdictum de filio exhibendo esse quasi proprietatis: cujus rei quasi dominium dicimus esse, necesse est ut sit quasi possessio: cujus absolute dominium, et absolute possessio. Et furti actionem competere patri ostenditur in *l. eum. qui* §. *si filiusfam. de furt.* non in pretium filii certum, quia liberi hominis pretium non est, sed in id, quod interest, veluti in lucrum acquisitionis, ut Græci rectissime interpretantur. Qua de causa mater non agit furti subrepti filii nomine, *l. mater eod. tit.* quia matri nihil acquirit filius et neuter quidem agit condictione furti, quæ soli domino datur, et pater non est dominus. Sicut casus innumeri, quibus hæ duæ actiones furti et condictionis furtivæ non concurrunt. Si per eum, quem existimamus factum filium nostrum adoptione, cum non sit factus, jure possessio nobis non acquiratur, cum non ipse a nobis proprie possideatur. Quæres de his, quæ liber homo bona fide possessus quasi servus acquisivit ex re nostra, an ea possumus usucapere? Ex hoc quoque dicemus, nos non posse usucapere, quia statim nostra fiunt ipso jure. In *l.* 4. §. *lana*, *h. t.* oves sunt furtivæ, lana detonsa est apud bonæ fidei possessorem, non potest usucapi lana, quia statim fit possessoris bonæ fidei, cum lana sit in fructu, *l. in pecudum, de usuris: pleno jure*, inquit, *sit bonæ fidei possessoris*, ut intelligatur non posse intervenire usucapionem, quæ tribuit plenum jus *l.* 17. *de rei vindic.* Fructuum plenum jus tribuitur bonæ fidei possessori, statim atque fructus

percipit. Sed videtur *d.* §. *lana* exigere consumptionem fructuum, dum quod dixit in lana, idem esse ait in agnis, si consumpti sint, quia consumptio dominum effecit eum, qui bona fide quod accepisset, consumpsit. Extantes autem fructus non fiunt possessoris, sed possunt vindicari a domino. Consumptio igitur plenissimum jus tribuit, *l. quæsitum, in fi. de acquir. rer. dom.* §. *si quis a non domino, Inst. de rer. divis.* Ergo, quæ liber homo quasi servus bona fide possessus paravit ex re nostra, non usucapimus, quia statim nostra facta sunt pleno jure, et quod nostrum est, amplius nostrum fieri non potest. Cetera etiam, quæ is extra rem nostram acquisivit, non usucapimus, quia nec ceterorum possessio nobis acquiritur, sine qua usucapio non consistit, cum nec ei acquiratur: neque enim potest possidere, sibi scilicet, qui ab alio possidetur, *l.* 51. *in fin. de acquir. rer. dom.*

Ad §. *primum.*

Constat, si rem alienam scienti mihi vendas, tradas autem eo tempore, quo dominus ratum habet, traditionis tempus inspiciendum, remque meam fieri.

Ita vero in §. 1. hujus l. licet non fiat mentio usucapionis, tamen quod est scriptum in eo continenter, est referendum ad usucapionem. In hac specie, qui rem alienam sciens a non domino mala fide emit, deinde eam accipit tradente venditore, cum jam dominus ratum habuisset, aut domino ratum habente satis est, si dominus ratum habuerit tempore traditionis, licet non tempore venditionis, quia ex tempore venditionis videtur ratum habuisse, quia ratihabitio retro agitur, *l. si fundus*, §. 1. *de pignor.* quod est ex constitutione Justin. Ex sententia Sabinianorum est receptum, ut in omnibus ratihabitio retrotrahatur, et mandato comparetur: neque enim constabat olim in omnibus ratihabitionem retrotrahi, sicut etiam conditionem hodie non in omnibus retrotrahi constat. Igitur res videtur mea statim atque vendita est, quia tradita est eo tempore, quo dominus ratum habuit. Et nihil est præterea in §. 1. Sed debemus subjicere, quod est in §. 2.

Ad §. *Etsi possess. et L. III. et pen. D. pro legato.*

§. 2. *Etsi possessionis, non contractus initium, quo ad usucapionem pertinet, inspici placet: nonnunquam tamen evenit, ut non initium præsentis possessionis, sed causam antiquiorem traditionis, quæ bonam fidem habuit, inspiciamus: Veluti circa partum ejus mulieris, quam bona fide cœpit possidere. Non enim ideo minus capietur usu puer, quod alienam matrem prinsquam eniteretur, esse cognovit. Idem in servo postliminio reverso dictum est.*

Explicabimus nunc §. *etsi possessionis*, sed ei adjungemus etiam explicationem *l.* 3. *et l. pen. D. pro leg.* quæ sunt ejusdem libri Papiniani. Certum est in usucapione bonam fidem possessoris exigi, malæ fidei possessorem non usucapere. Et regulariter quidem, in omnibus causis sive contractibus bona fides exigitur, non initio contractus, sed initio adeptæ possessionis, quia et a possessione usucapio incipit. Excipitur tantum emptio et venditio, in qua bona fides exigitur et contractus et traditionis tempore, *l. prox. sup. h. l.* 7 §. *ult. de Publ. in rem act.* Neque huic exceptioni quicquam obstat *l. si aliena re, in prin. h. t.* quæ tamen prima specie videtur significare, in emptione venditione traditionis, id est, possessionis duntaxat tempus spectari oportere. Sed verissimum est, quod etiam voluit Accurs. ejus legis hanc mentem esse, ut non tantum emptionis, sed etiam traditionis initium inspiciatur, ex sententia Sabinianorum, ut ait: nam Proculiani initium tantum emptionis spectabant, id est, sufficere existimabant, si bona fide emisset, etiam si rem traditam postea bona fide non accepisset, quod ex eorum Proculianorum sententia videtur referri in *l. qui fundum*, §. *qui bona fide, tit. seq.* videlicet si in eo §. legas, ut est in Florentinis, *similis*, non *dissimilis*. Sed forsitan, ut vulgo rectius legitur, *dissimilis*, quoniam ea lex est Juliani, qui ex Sabinianis fuit, et utroque tempore exigit bonam fidem, *d. l.* 7. §. *ult. de Publ. in rem. act.* et ita in *l. cum quis*, §. *de peculio, de solut.* alias notavi: non *simile*, sed melius *dissimile* legi, quod Accurs notaverat eo loci. Utut sit, obtinuit Sabin. sententia, ut bonam fidem in emptione et venditione exigamus ab emptore, non tantum emptionis tempore, sed etiam traditionis, cum tamen in aliis contractibus sufficiat intervenire bonam fidem traditionis tempore. Quia igitur etiam emptionis initium spectari placet, ex eo apparet, non aliter procedere usucapionem pro emptore, vel pro soluto, quasi resoluta in causa emptionis, nisi revera emptio intervenerit, nec sufficere ex causa emptionis traditionem fieri bona fide accipienti, si nulla emptio præcesserit. si nullum tempus emptionis fuerit, si non fuerit duplex tempus, et utroque bona fides: et tamen in aliis contractibus usucapio pro soluto procedit, si quis rem sibi solutam quasi debitam bona fide acceperit, licet nulla præcesserit obligatio, nullum debitum, quia in aliis causis præterquam in emptione et venditione, possessionis, solutionis, traditionis solius initium intuemur, *l. si is, qui pro emptore*, §. *ult. l. pen. hoc tit. l.* 2.

tit. seq. Idemque est si præcesserit obligatio, ut, sed exempli gratia, si sciens stipulatus sum rem alienam a non domino, quam sciebam non esse meam. Nam si tempore solutionis, quo mihi res promissa solvitur, iu ea opinione sum jam, ut existimem, eam rem esse promissoris, non alterius, usucapio pro soluto procedit, quia bonam fidem intervenire solutionis tempore satis est, nec exigitur, ut et stipulationis tempore intervenerit. At in emptione venditione non tantum accipi, sed etiam emi rem bona fide oportet, et consequenter in aliis causis præterquam in emptione venditione, falsa causa non officit usucapioni, si modo res sit tradita et bona fide accepta, ut si ex falsa causa judicati, ex falsa causa stipulationis, vel legati, vel noxæ deditionis, res soluta et tradita sit bona fide accipienti. Nam etsi falsa sit causa traditionis, usucapio procedit, *l.* 5. *de Publ. in rem act.* At, ut jam dixi, falsa causa emptionis obstat usucapioni, etiam si quis rem ex ea causa accipiat bona fide. Videtur tamen Papin. hac in re in hoc eodem lib. comparare, aut parem facere causam legati, causæ emptionis in *l.* 3. *pro leg. Non magis*, inquit, *quam si quis emptum existimet*, *quod non emerit*, pro legato potest usucapi, adhibita *l.* 2. *eod.* ubi negatur procedere usucapionem, si rem possideam quasi legatam, quæ non erat legata, vel quasi emptam, quæ non erat empta. Eandem igitur esse conditionem legati et emptionis, cum distinctione aliqua nobis explicandum est hoc modo: ut si res tradita non sit ab hærede ex causa legati, vel a venditore ex causa venditionis, fateamur nullum esse discrimen inter legatum et emptionem, vel aliis possessionis causas: nulla ex causa usucapionem procedere, quando traditio non intervenit, *l. Celsus*, *h. t.* errorem falfæ causæ non parere usucapionem, nisi errorem traditio secuta sit, §. *error*, *Inst. eod. t.* Sed si ex aliis causis quibuscunque res sit tradita bona fide accipienti, quasi rem debitam sibi ex causa, ex qua tradebatur, quamvis falsæ sint causæ, usucapio procedit, *l.* 3. *et* 4. §. *ult. inf. pro sua*, *l.* 1. *pro donato*, *l. Proculus*, *de jur. dot.* Sed si res tradita sit ex causa emptionis, quæ falsa est, sane usucapio non procedit, *d. l.* 2. *t. seq.* nisi scil. sit magna præsumptio emptionis, et erroris justa, magna, probabilis causa, ut iu specie legis, *quod vulgo* tit. seq. *et leg. ult. pro suo.* Si mandavi servo meo, aut procuratori rem emendam, nec emerit, sed quacunque alia ratione eam rem naetus sit, mala forte fide, atque ita mihi persuaserit se emisse, et mihi tradiderit rem, usucapio procedit. Nam hic error est tolerabilis: idemque est, si idem mihi persuaserit servus: aut procurator ejus, cui ego hæres exstiti, cuique defunctus dederat in mandatis, ut rem emeret: idque ita ponitur in *dd. ll.* Alioquin, quod traditum est ex falsa causa emptionis, non potest usucapi. Etiam illud adjungamus, quod est in *l. pen. pro leg.* quamvis res legata non sit tradita ab hærede legatarii, sed legatarius ejus rei possessionem ingressus sit *sine vitio*, ut ait, id est, non vi, non clam, sed prætore auctore, vel hærede sciente et tacente procedere usucapionem pro legato, si legata sit res aliena, idque est notissimum.

Sed revertamur unde abiimus. Quæro, cur in emptione venditione exigimus, ut et emptionis et traditionis initium habeat bonam fidem, et tamen in aliis contractibus veluti in stipulationibus, quæ sunt pandectæ contractuum: nullus enim contractus non cadit in stipulationem, sicut Grammatici dicunt adverbia esse pandectas omnium partium orationis: cur, inquam, in stipulationibus initium duntaxat traditionis spectamus; cur exigimus tantum bonam fidem initio possessionis adeptæ, et traditionis. Laborant aliquantulum interpretes in reddenda ratione differentiæ, sed mihi videtur satis reddi in *d. l. si is*, *qui pro emptore*, §. *ult.* quia scilicet salva fide et illæsa sciens non possum emere rem alienam a non domino et pudorem mihi hæc emptio injicere debet, si scio rem alienam. Stipulari autem rem alienam unicuique concessum est absque rubore, ut scilicet promissor mihi præstet æstimationem ejus rei, vel redimat eam rem a domino, si possit, et præstet: nec enim rem ab eo stipulor quasi a domino, sicut emo rem quasi a domino. Igitur ex alienæ rei scientia non oneratur verecundia stipulatoris, aut fides. Et summa est igitur ratio separandæ emptionis a ceteris negotiis, quæ omnia suo ambitu stipulatio comprehendit. Porro in omnibus contractibus nullo excepto, bona fides exigitur possessionis tempore, quod ad usucapionem attinet. Sed addamus non tantum tempore adeptæ possessionis, sed etiam tempore recuperatæ possessionis, non tantum initio primæ possessionis, sed etiam initio secundæ bonam fidem exigi, *d. l. si is*, *qui pro emptore*, §. *pen. h. t. l. qui fundum*, §. *qui bona*, *tit. seq.* Finge: ego bona fide rem emi et accepi: deinde amissa possessione eam recuperavi eo tempore, quo sciebam eam alienam esse. Non possum eam usucapere, quia initium redintegratæ possessionis est vitiosum, vel rursus: Finge: ego vendidi rem alienam, quam bona fide possidebam: et cum ea res esset in causa redhibitionis propter morbum aut vitium aliquod, quod ei latenter inerat, ea res mihi redhibita ab emptore, jam scienti rem esse alienam: non possum eam usucapere, quia initium secundæ possessionis vitiosum est, nec satis est bonam fidem intervenisse in prima possessione. Et finge iterum: ego fundum possideo bona fide, et ex eo dejicior

per vim, post recupero possessionem remedio interdicti unde vi, sciens jam fundum esse alienum, non usucapiam, quia possessio quam recuperavi, vitiosa est. Concludamus igitur, bonam fidem exigi, non tantum initio adeptæ, sed etiam initio recuperatæ, redintegratæ possessionis quod ad usucapionem attinet. Sed excipiamus ab hac definitione duos casus, qui proponuntur in hac lege, quibus initio recuperatæ possess. bona fides non exigitur, et satis est si intervenerit initio primæ. Primus casus est: ancillam prægnantem emi, aut alia ex causa bona fide possidere cœpi, post cognovi eam esse alienam, antequam pareret, deinde pariens enixa est puerum: an puerum possum usucapere, licet eo tempore, quo editus est, sciverim matrem ancillam alienam esse? Maxime, quia non videtur quasi initio secundæ possessionis bona fides desiderari: nam videntur esse duæ possessiones pueri: una temporis, quo fuit in utero, altera temporis, quo exiit utero, sed fingitur (et hæc est ratio) una tantum fuisse possessio pueri, et continua nec interrupta. Fingitur ab initio comparatæ ancillæ natus, ut in plerisque causis etiam quæ non pertinent ad commodum ejus qui est in utero: qui est in utero habetur pro nato, et enumerantur multæ causæ, maxime in *l. pen. de statu hom.* Et ad unam causam quæ ibi refertur de usucapione partus, velim ex hoc §. etiam hanc addi, his verbis: *si liber, et si ancilla prægnans bona fide empta sit, quamvis mox scierit emptor ancillam alienam esse, id, quod natum erit, usucapietur, l. justo, §. etsi possessionis, de usuc.* Et ideo posui ancillam non fuisse furtivam, quia si ea fuerit furtiva, bona fides exigitur, ut partus usucapio procedat etiam editionis tempore, *l. 4. §. si antequam, l. non solum, in princ. hoc tit.* Secundus casus est: servum bona fide emi, is captus est ab hostibus, captivitate interrumpitur possessio: deinde, priusquam reverteretur postliminio cognovi servum alienum esse; non ideo minus potero eum usucapere, quamvis ejus recuperati tempore scierim alienum eum esse, quia scilicet postliminium] fingit unam possessionem ejus servi fuisse. et continuam nec interruptam: postliminium retro fingit eum casum non accidisse, fingit servum nunquam abiisse potestate domini, aut possessoris. Itaque utroque casu fuit una possessio, quamvis videantur duæ fuisse, et inter eas media interruptio, ut satis sit initium primæ possessionis caruisse vitio, nec quicquam nocebit usucapioni superveniens mala fides.

Ad. §. Nondum aditæ.

§. 3. *Nondum aditæ hæreditatis tempus usucapioni datum est, sive servus hæreditarius aliquid comparaverit, sive defunctus usucapere cœperat. Sed hæc jure singulari recepta sunt.*

Explicemus §. *nondum*, in quo ponuntur duo casus singulares, quibus jacentis necdum aditæ hæreditatis tempus ad usucapionem hæredi procedit. Priore casu ad inchoandam eam, si servus hæreditarius aliquid comparaverit, posteriore ad continuandam et complendam eam, si defunctus aliquid possidere cœperit et usucapere. Et hæc duo esse in usucapione singularia recepta, quibus scilicet sine possessione, aut sine possessionis continuatione, videtur contingere usucapio contra regulas juris, et definitionem usucapionis. Quid est usucapio? Adeptio dominii per continuationem possessionis certi temporis, lege definiti: quia scilicet hæreditas jacens possessionem non habet, *l. 1. §. Scævola, si quis test. lib. esse.* Est enim possessio facti et animi, hæreditas autem res incorporalis et non est factum, vel animus sine corpore; denique non est possessio sine corpore. *Nondum*, inquit, *aditæ hereditatis tempus usucapioni datum est, etc.* Et quod ad priorem casum attinet, ex eo, quod diximus hoc eod. lib. et *l. peregre, §. quæsitum, tit. prox. sup.* jure singulari, utilitatis ratione esse receptum, ut ex peculiari causa sola per servum dominus ignorans, vel per filiumfam. pater ignorans possideat et usucapiat, per servum scilicet, quem ipse dominus possidet, non per fugitivum, quem non possidet, non per eum quem alius possidet, *l. homo liber, in fi. de acquir. rerum dom.* Jure communi scientem tantum possidere, et usucapere. Ex eo, inquam, jure singulari sequitur, ut si servus hæreditarius, jacente, nedum adita hæreditate, peculiari nomine aliquid comparaverit, ejus possessio et usucapio hæreditati quæratur, quia quod ignoranti homini quæritur, et jacenti hæreditati quæri potest, quæ ignorantis, absentis, dormientis, mortui loco est. Et hoc probatur apertissime in *l. 1. §. item acquirimus, sup. tit. prox. l. pen. inf. de cap. et postlim. l. qui a servo hæreditario, de oblig. et act.* ubi Accurs. male etiam extra causam peculiarem, id est, ex causa dominica non peculiari, nomine domini non suo nomine, (idem est suo nomine et peculiari nomine) scribit servum ignoranti domino possessionem acquirere. Hoc est falsum, ut ostendi et probavi *d. l. peregre, §. quæsitum*, nisi servus habeat jussum domini. Et quod ait *l. si me in vacuam, §. ult. sup. tit. prox.* servum meum mihi ignoranti acquirere possessionem, sic est accipiendum, nempe ex causa peculiari vel ex jussu meo, causa mea, sicut procurator meus vel servus alienus ex mandato quoque meo, causa mea, mihi acquirit possessionem etiam ignoranti, quam meo nomine adipiscitur. Et altera lex, qua nititur. Accursius,

id est, *l. quod servus eod. tit.* aperte loquitur de causa peculiari tantum, ut ex ea scilicet ignoranti domino acquirat possessionem, secundum hoc, quod Papinianus ait in hoc §. nondum hæreditatis aditæ tempus usucapioni datum esse, si servus hæreditarius aliquid comparaverit. Sic accipiendum, *si peculiari nomine comparaverit*, non *si alieno nomine*. Verum huic sententiæ officit vehementer lex *seq.* §. *ult.* ubi negat, ante aditam hæreditatem procedere usucapionem ejus rei, quam servus hæreditarius comparavit peculiari nomine, *quemadmodum etenim usucapitur*, inquit, *quod ante defunctus non possedit*. Denique concludit, usucapionis primordium esse tempus aditæ hæreditatis. Manifesto igitur ille §. pugnat cum superiori definitione. Et si quid aliud quæsieris diligenter, quod respondeas liquido, frustra fueris diligens. Nec enim invenies aliud, quam hoc unum, verum id quidem esse, quod proditum est in hoc §. *ult.* jure civili, jure communi, sed jus singulare, consensu jus receptum, mortem suadere, admittere aliud. Nam quæ Accurs. scribit ægroti somnia videntur, ut hoc loco fingit, eum servum possidere cepisse ante mortem domini, contra manifesta verba Papin. qui servum hæreditarium comparasse rem ait, servus autem hæreditarius non est ante mortem testatoris, sed post mortem, ante aditam hæreditatem interim scilicet dum jacet et vacat hæreditas. Et ita semper in jure accipitur servus hæreditarius, ut cum dicitur, per servum hæreditarium hæredi non posse acquiri rem hæreditariam, vel hæreditatem ipsam, *l. per hæreditariam*, *de acqu. rer. dom.* Et cum dicitur hæredi ex asse scripto adscriptam conditionem hanc, si servum hæreditarium non alienaverit, impossibilis est conditio, *l. quarta*, §. *pen. de conditionibus institut.* Et in multis aliis locis, si quis dixerit, servum hæreditarium esse ante mortem testatoris, vel post aditam hæreditatem, id ridiculum et delirum esse videtur, quod tamen scripsit Æmilius Ferretus, *l.* 1. §. *veteres*, *sup. tit. prox.* Et longe lapsus est a vero. Is homo in contemnendis et reprehendendis doctoribus, posuit fastus multum, in tradenda veritate studii nihil, et ob eam rem ejus scripta plane sunt juris studiosis inutilia. Igitur, ut in *l. seq.* ita hoc. §. *nondum*, ponendum est, servum hæreditarium post mortem testatoris ante aditam hæreditatem comparasse aliquid peculiari nomine. Nam si posueris, comparasse ante mortem testatoris, ipse testator id possedisse intelligitur, atque ita non erit hic prior casus de servo hæreditario diversus a posteriori, quo etiam placet hæreditatis jacentis tempus ad usucapionem hæredi procedere, *sive defunctus*, inquit; *usucapere cœperat:* non eruut duo casus, sed unus, et aliquid possederit: palam facit duos casus his verbis, *sive servus, sive defunctus usucœperit*, *etc.* Et quidem jam satis diximus de priori sententia. Posterioris hæc est, ut cœpta usucapio a defuncto necdum impleta jacente hæreditate et possessione vacua (nam hæreditas jacens, ut dixi supra, possessorem non habet) nihilominus procedat, procurrat, perficiatur, peragatur, impleatur jure singulari, quamvis non sit continuata possessio, sed vacet jacente hæreditate, in *l. nunquam*, §. *vacuum*, *l. cœptum, hoc t t.* ubi constitutum est, cœptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hæreditatem impleri, constitutum est, id est, receptum est jure singulari, ut initio hujus legis constitutum me interpretari memini. Idem *l. qui cum*, §. *ult. tit. seq. et l. cum miles*, *sup. quib. ex causis major.* Denique morte mea non interrumpitur usucapio, quæ a me cœpit initium, sicut morte coloni mei per quem possidebam, etiamsi mortuum eum esse ignorem non interrumpitur usucapio, *l. si de eo fundo*, §. 1. *sup. tit. prox.* Igitur his duobus casibus, qui notantur breviter in hoc §. et ut breviter, ita eleganter, hæreditas jacens intelligitur, id est, fingitur possidere, ut ait *l. qui servo*, *de obligat. et action.* Fingitur, inquam, quia cœptæ possessionis res incorporea et inanima non est capax. Atque ita priori casu inchoatur usucapio, posteriore continuatur et impletur usucapio jacente hæreditate, videlicet, *si medium illud tempus jacentis hæreditatis vacuum fuerit*, id est, si eo tempore alius non sit possessionem ingressus, *l. Pomponius*, §. *quæsitum*, *sup. tit. prox.* nam si post mortem testatoris, qui possidere cœperat, non prior hæres possederit, sed alius quidam, possessio testatoris interrupta est, nec continuatur in hærede, *l. possessio*, *hoc tit. Possessio*, inquit, *testatoris ita demum hæredi procedit*, *vel accedit*, *si medio tempore a nullo fuerit possessa*, sed si medio tempore vacarit, continuatur in hærede, nec intelligitur morte testatoris interrupta fuisse, et non ea tantum continuatur, quæ morti testatoris injuncta fuit, id est, quæ duravit usque ad supremum exitum vitæ testatoris, sed etiam, quæ unquam testatoris fuit, quæ aliquando testatoris fuit, licet proxima morti ejus non fuit, si modo medius possessor non intervenerit. Et hæc est sententia *legis Pomponius*, §. *non autem*, *tit. prox. sup.* ubi Florentiæ recte legitur, *unquam*, vulgo perperam, *nunquam*, expressa falsa sententia: nam hoc vult in hoc §. non tantum eam possessionem testatoris hæredi procedere, quæ morti fuit injuncta, sed etiam eam, quæ unquam testatoris fuit, etiamsi non fuerit morti conjuncta: si dixeris, quæ nunquam testatoris fuit, falsum dixeris. Et ita *l. in-*

ter omnes, in pr. de furt. si res furto subrepta extincta sit, si servus furto subreptus mortuus sit, nihilominus competere actionem furti, *non quia nunc res abest, sed quia unquam*, inquit, *beneficio furis abfuit, par son moyen*, ubi etiam vulgo perperam, *nonnunquam.* Hi vero duo casus sunt vobis valde notandi quibus jure singulari recipitur, ut usucapio procedat sine possessione, aut sine continuatione possessionis si verum fatemur. Et his exemplis uti oportet ad definitionem juris singularis, quod ponitur in *l. jus singulare, de legibus*, ut jus singulare sit, quod contra tenorem rationis contra regulam juris, παρὰ τὴν ἀκρίβειαν παρὰ κανόνας, id est, *contra exactam diligentiam contra canones propter utilitatem aliquam*, introductum est. Nullum, quod est mirum, ibi Accursius affert exemplum idoneum, cum sit luculentissimum in *d. l. peregre*, §. *quæsitum*, et in hoc §. et in *l. singularia recepta*, id est *jure singulari*, *ff. de rebus credit.* Et potest etiam ex Theophilo sumi exemplum ex condictione furtiva, quæ datur domino παρὰ κάνονας, quia regulariter dominus non condicit rem suam, sed utilitas publica, odiumque furum, admisit condictionem, et eam concedit dominis adversus fures.

Ad §. Filiusfamilias.

§. 4. *Filiusfamilias emptor alienæ rei, cum patremfamilias se factum ignoret, cœpit rem sibi traditam possidere: cur non capiat usu, cum bona fides initio possessionis adsit, quamvis eum se per errorem esse arbitretur, qui rem ex causa peculiari quæsitam nec possidere possit? Idem dicendum erit, etsi ex patris hæreditate ad se pervenisse rem emptam non levi præsumptione credat.*

Explicemus nunc ceteros §§. Et primo loco §. *filiusfamilias*, in quo ponitur casus, quod qui putat se non possidere quod possidet, nihilominus possidet et usucapit. Aut certe sunt duæ hujus §. partes. Priori parte, is qui putat se non possidere, nihilominus intelligitur possidere, et usucapit. Posteriori, qui putat se ex una causa possidere, nihilominus ex alia causa intelligitur possidere et usucapere. Posterioris partis verba sunt, *idem etc.* Finge: filiusf. ex causa peculiari emit rem alienam, et quo tempore jam erat paterfamilias factus morte patris, quem ipse vivere existimabat, eam rem sibi traditam accepit. Emit autem et accepit bona fide, ignorans rem esse alienam. Quæritur, an ei usucapio procedat pro emptore, vel pro soluto, vel pro suo, non ex causa emptionis? Qui tres tituli concurrunt. Ratio dubitandi hæc est, quia filiusf. erravit in conditione sua, nempe existimavit se esse filiumfam. atque ideo eam rem, quam emit et accepit, existimavit se non possidere, sed patrem, quia peculium aut rem peculiarem, aut rem ex peculii causa quæsitam et partam, non possidet filius sed pater, non servus sed dominus, *l. quod servus, et l. possessio*, §. 1. *t. prox sup.* Qui igitur existimat, se esse filiumf. existimat se non esse possessorem ejus rei, quam tenet. Porro in eo errore erat ille, ignorans mortem patris: hæc ignorantia, hic error, facit dubitationem, rationem dubitandi, τὸ αἴτιον τῆς ἀμφισβητήσεως, ut ait *Arist. l. 1. Polit. c. 3.* Sed hic error, error est facti, non juris: ignorantia scilicet mortis paternæ, et error facti non obstat usucapioni, si initio emptionis et possessionis bonam fidem habuerit. Error juris impediet usucapionem, ut si quis juris ignarus putaret sibi non licere possidere, quod licet, ut in *l. si fur*, §. 1. *hoc t.* quod explicavimus latius, lib. 19. ad *l. 7. de juris et facti ignor.* Et ideo rectissime Accursius notavit, in hac specie fuisse errorem facti, non juris. Alioquin esset summum dissidium inter hunc §. *et d. l. si fur.*, §. 1. Idem vero procedit, ut ostenditur in posteriori parte hujus § si idem filiusf. non levi argumento ductus, putet quidem se possidere, sed ex alia causa, qua possessionem adeptus est, et obtinet, ut qui putat se possidere ex causa hæreditaria, qui rem habet ex causa emptionis, non ex causa hæreditaria. Finge: filiusf. ex causa peculiari emit rem alienam bona fide, et cum ignoraret se patremfamilias factum morte patris, eam rem sibi traditam accepit bona fide: existimavit igitur, ejus rei possessionem patris esse, non suam, quæ tamen erat sua mortuo jam patre ante traditionem rei. Deinde cognita morte patris, tempore autem mortis non satis bene cognito, cum patri hæres extitisset, credidit se ex hæreditate patris eam rem habere, non ex emptione, a se emptam scilicet et acceptam pervenisse ad patrem, mox a patre ad se rediisse jure hæreditario: erravit in titulo possessionis, *non levi*, inquit, *præsumptione ductus*, cui scilicet non erat bene cognitum tempus mortis patris: præsumptio plus est quam putatio, seu existimatio: et hoc loco, *credat*, inquit, non putet, existimet, aut arbitretur. D. Hieronym. adversus Ruffinum: *de auctoribus, sic nosse te dicis, ut potius quam præsumus.* At nihilominus concluditur, etiam hoc casu procedere usucapionem pro emptore: atque ita, qui putat se non possidere pro emptore, nihilominus possidet et usucapit pro emptore: et consequenter priori parte hujus §. ponenda ita videtur species in posteriori. Sed Accursius longe aliam ponit speciem: patrem rem alienam emisse bona fide, nondum accepisse,

eo tamen mortuo forte fortuna eam rem in hæreditate inventam fuisse, et filium statim existimasse, eam patri traditam fuisse ex causa emptionis, quæ tamen ei tradita nunquam fuerat: usucapio pro emptore filio procedit, quod admittit, quia licet possessio a venditore non sit tradita, eam filius ingressus est sine vitio, argumento *l. pen. inf. pro leg.* Nam et e contrario, si res non sit empta, sed tradita ex causa emptionis, quæ non præcessit, et non leve sit argumentum emptionis, usucapio pro emptore procedit, *l. quod vulgus tit. seq. l. ult. pro suo*, quod etiam dixi *sup.* in §. *etsi possessionis:* ego admitterem quidem speciem Accursii, et rationem definiendæ ejus, sed speciem quam posuimus, dico esse consequentiorem priori parti hujus §.

Ad §. *non mutat.*

§. 5. *Non mutat usucapio supervenisse pro emptore, vel pro hærede, quo minus pignoris persecutio salva sit. Ut enim ususfructus usucapi potest, ita persecutio pignoris, quæ nulla societate dominii conjungitur, sed sola conventione constituitur, usucapione rei non perimitur.*

Sententia hujus §. hæc est: usucapione rei dominium mutari: pignus vel usumfructum non mutari, non perimi. Usucapio est adeptio dominii, non solutio pignoris, non liberatio ususfructus. Finge: usucapta est res Titii, quæ erat creditori ejus pignori obligata, cum sua causa usucapta est, non libera, sed uti erat, pignorata: dominium Titius amittit, creditor pignus non amittit, imo etiam adversus eum, qui usucepit rem, habet actionem pignoris, id est, hypothecariam, *l.* 1. §. *cum prædium*, *sup. de pignor. l. usucapio*, *C. eod.* Et hæc redditur ratio in *d.* §. *cum prædium*, et in hoc §. ab eo auctore: quia quæstio pignoris ab intentione dominii separata est, ut ait hoc loco, nulla societate intentione dominii conjungitur: ergo dominio amisso, non consequitur et pignus esse amissum: quod adeo verum est, ut etiam victo debitore in quæstione dominii, non perimatur actio pignoris, sive actio hypothecaria, *l.* 5. *sup. de pign.* Dominium, ut magis discrimen intelligatur, ex possessione incipit, *l.* 2. *in princ. tit. prox. sup.* Pignus ex sola conventione sine possessione consistit, ut ait hoc loco, *et l.* 1. *de pignor. act.* Et hoc quod dicitur, usucapione rei pignus non perimi, item dominium esse non obligationem pignoris, locum habet non tantum in pignore conventionali, sed etiam in prætorio pignore, quod missio in possessionem constituit. Neutrum usucapione rei perimitur, *l. missio*, *tit. seq. l.* 2. *pro hærede.* Idem etiam procedit in usufructu. Finge: usucapta est res Titii, id est, cujus dominium sive proprietas nuda erat Titii, ususfructus erat Sempronii: nihil commune habet proprietas cum usufructu, id est, cum servitute ususfructus, ac proinde usucapta proprietate, amittit quidem eam Titius, usumfructum non amittit Sempronius. Hoc etiam ostenditur in *l. locum* §. 2. *sup. de usufr.* Summa igitur hujus §. hæc est: usucapione rem alienam nostram fieri, sed non optimo jure, id est, non optima conditione, non optimo maximo jure, id est, liberam, solutam, immunem non fieri, sed usucapi cum sua causa, cum qualitate sua et conditione: usucapio res, non usucapio etiam pignus vel usumfructum: pignus, id est, liberationem pignoris, usumfructum, id est, liberationem ususfructus, id est, libertatem, quia et ususfructus non utendo amittitur certo tempore. Et ut Paulus definit 1. *Sentent.* Quæ non utendo amittuntur, eorum libertas usucapi non potest. Pignus autem amittitur ipso jure, sola conventione, sicut sola conventione constituitur: eodem scilicet modo solvitur, quo quæritur, vel etiam solvitur per præscriptionem silentio longi aut longissimi temporis secundum distinctionem traditam in tit. *de præscript.* 30. *vel* 40. *annorum:* non solvitur usucapione rei. Jus etiam pignoris non potest quæri usucapione, nec jus ususfructus, sicut nec jus servitutis cujuscunque, nec jus hæreditatis, quia hæ res incorporales sunt, et incorporales res nec possessionem recipiunt, nec usucapionem, *l. servus*, *qui bona fide*, §. 1. *de adq. rer. dom.*

Ad §. *eum qui.*

Eum qui posteaquam usucapere cœpit, in furorem incidit, utilitate suadente relictum est, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat, ex omni causa implere usucapionem.

Sequitur alius §. *eum qui;* diximus jam *sup.* in §. *nondum*, jure singulari utilitatis causa esse receptum, incœpta usucapio morte possessoris non interrumpatur: eodem jure singulari utilitatis ratione, hoc loco ostenditur etiam esse receptum, vel, ut est Florentiæ scriptum, *relictum*, non male, puta a prudentibus, ut alibi dicitur proditum, vel traditum per manus, *l.* 9. *de jure cod.* 15. *quæst.* ut scilicet furore possessoris, qui supervenit post cœptam usucapionem, non interrumpatur usucapio. Quod etiam probat *l.* 4. §. *furiosus*, *hoc tit. et l. nunquam* §. *si servus*, *et seq. hoc tit.* Et ratio utilitatis hæc redditur, *ne languor animi etiam bonis damnum afferat:* furor est languor animi, id est, morbus: ut languor corporis, id est, morbus, *l. inter*, §. *non omnia*, *mand.* Horat. *aquosus languor*, id

est, hydrops. *Seneca* 10. *epistol. in corporibus languorum signa præcurrunt, quædam enim segnitia nervis inest, et sine labore oscitatio*, quod congruit cum illo Hippocratis aphorismo κόποι αὐτόματοι, etc. Et idem medici morbos grandes ajunt, non esse curandos, sed dimittendos naturæ, ne medela languorem exasperet, ut refert Hieronymus in epist. *de erroribus Origenis.* Videtur autem desisse possidere furiosus, cui animus languet, quod etiam de dormiente dici potest, ut in *d. l. nunquam*, §. *si servus*: cui aliquo sopore animus languet quodammodo. Sed utilitas suadet ne sopore, quemadmodum fit furore, etiam interrumpatur usucapio, quæ nec (quod longe plus est) morte interrumpitur: mortui neque est corpus, neque animus: furiosi, vel dormientis est corpus et animus, sed languidus. Et si dixeris, eos desisse animo possidere, dicam, imo potius, non posse eos animo desinere possidere, quorum animus sopitus est, vel sede sua motus, *l. si is qui animo, sup. tit. prox.* Et *animum* dico non *animam*: anima est causa vitæ, ut Cornelius Fronto ait, animus est, quo sapimus, cogitamus, intelligimus, volumus, nolumus, quæ et mens dicitur. Anima est, *qua vivimus.* Et eleganter Accius Poeta: *Sapimus animo, fruimur anima sine animo*: *anima est debilis, anima est communis cum brutis, non animus.* Juvenalis: *illis tantum animas, nobis animum quoque.* Et idem quoque omnino, ne quis arbitretur non esse Christiani D. Augustinus *in princ.* 15. *de Trinitate*: *dormientis animus sopitur, non anima: furiosi animus sive mens quodammodo extinguitur, anima manet, animus augetur vel minuitur pro ætate.* Lactantius 7. Instit. *Anima in statu suo semper est, etiam postquam corpore exivit.* Et si Epicurus non faceret idem animum et animam, ut facit, recte diceret, *exstingui pariter cum corpore, et una crescere sentimus pariterque senescere mentem*, ait Lucretius.

Ad §. *ult.*

Si, cum apud hostes dominus, aut pater agat, servus aut filius emat, an et tenere incipiat? si quidem ex causa peculii possedit, usucapionem inchoari, nec impedimento domini captivitatem esse, cujus scientia non esset in civitate necessaria: si vero non ex causa peculii compararetur, usu non capi, nec jure postliminii quæsitum intelligi: cum prius esset, ut quod usucaptum diceretur, possessum foret: sin autem pater ibi decesserit: quia tempora captivitatis ex die, quo capitur morti jungerentur, potest dici filium et possedisse sibi, et usucepisse intelligi.

In §. *ult. hujus l.* et hæc quæstio proponitur: si patre vel domino capto ab hostibus, filius aut servus aliquid emat, an traditione sequente, id etiam tenere incipiat, quod filius aut servus tenet naturaliter, pater aut dominus creditur possidere, *l. quod servus, sup. tit. prox.* Hoc ergo quæritur, an pater vel dominus, per eum servum vel filium rem emptam et acceptam bona fide, possidere et usucapere incipiat? Hæc est quæstio Papiniani. Et distinguit Papinianus: Aut filius vel servus eam rem ex causa peculiari comparavit, aut non, atque ita scribit: *si cum apud hostes dominus aut pater agat, servus vel filius emat, an et tenere incipiat?* Sequitur distinctio: *si quidem ex causa peculii, etc.* Priusquam hanc distinctionem exponam, scire vos velim aut memoria repetere, duas esse fictiones, quarum in jure, quotiens de bonis captivorum agitur, frequens est usus: una est fictio postliminii, quæ jure gentium comparata est: altera est fictio legis Corneliæ, quæ jure civili comparata est: fictio postliminii efficit, ut si captivus redeat ab hostibus, retro credatur in civitate fuisse, et recipiat pristina jura, recipiat, inquam, ea quæ sunt juris, non ea quæ sunt facti: possessio est facti: quod igitur verum est, in sua vita cum desiisse possidere per captivitatem, postliminium non efficit, ut non desierit possidere; ut possidere factum est, ita desinere possidere factum est, non facere, facere est: nam et qui non facit, hoc facit, ut nolit facere: privatio actionis, actio est, et ob id non male Stoici, omne peccatum esse actionem, quamvis quædam peccata in non faciendo consistant: non potest igitur ullum jus, ulla constitutio juris, ulla fictio facta facere infecta: ut quod quis possedit, non potest facere ne possederit, vel quod non possedit, non potest facere ut possederit: et possidere, et desinere possidere facti est. et quod facti est, nulla fictio infectum reddere potest, *l. in bello*, §. *facti, de capt. et postlim. l. denique, ex quib. caus. major.* Jura restaurari et redintegrari possunt: ita postliminium jura redintegrat, sed non facit ut qui desiit possidere, non desierit possidere, id est, interruptam possessionem non restituit, ita scilicet, ut non videatur medio tempore fuisse interrupta: fictio autem legis Corneliæ efficit, ut si captivus mortuus sit apud hostes, retro credatur mortuus eo ipso die, quo captus est, nec unquam pervenisse in potestatem hostium. Quæ fictio etiam legis Corneliæ, non efficit, ut qui desierit possidere, non desierit. sed ut ab eo intelligatur continuata possessio in hæreditate, ac per hoc in hæredem postea factum aditione, et ob eam rem ab omnibus judicatur plenior esse fictio legis Corneliæ, quam fictio postliminii. Hæ sunt ut proposui duæ fictiones, quarum est frequens usus in ju-

re; quoties disceptatur de bonis captivorum, et plenior legis Corneliæ, quod ex sequentibus magis apparebit. Ergo in proposita quæstione Papin. ita distinguit: aut patre vel domino capto ab hostibus filius vel servus rem comparavit ex causa peculiari, aut non. Si patre agente apud hostes filius vel servus rem comparavit non ex causa peculiari, reverso patre vel domino, jure postliminii non intelligitur ei processisse usucapio, quæ non cœpit ante captivitatem, cum et quæ cœpit ante captivitatem interrupta sit, nec postliminio recipiatur, ut inferius demonstrabitur. Patre autem ibi mortuo, quia ex lege Cornelia mortuus ex eo tempore fuisse intelligitur, ex quo captus est, filio, licet patri hæres non existit, usucapio procedit, quia ex eo tempore sui juris fuisse, et sibi acquisivisse intelligitur, *l. in bello*, §. *si quis*, *de capt. et postlim. revers.* Domino autem ibi mortuo usucapio hæredi ejus procedit, in cujus dominium etiam servus transit. Et hoc quidem est certissimum, cum filius vel servus rem non ex causa peculiari comparavit. Sed quid si ex causa peculii? quod est alterum membrum distinctionis: est major quæstio: si quid filius vel servus patre vel domino agente apud hostes comparavit ex causa peculiari, non nomine patris vel domini, ex qua causa constat ignorantiam vel mortem patris aut domini non impedire usucapionem, dicam etiam captivitatem non impedire, aut retardare usucapionem, sed statim usucapionem capere primordium, et patri vel domino reverso ab hostibus prodesse jure postliminii, aut hæredi ejus eo ibi mortuo, quod ostenditur in *l. an prætor*, §. *plane*, *ex quib. caus. major. et l. in bello*, §. *facti*, *l. bona*, §. *quæ peculiari*, *l. pen. de capt. et postlim. et l. si is qui pro emptore*, *hoc t.* Et multo magis dicam usucapionem procedere, si quid captivus ante captivitatem per servum ex causa peculiari possidere cœpisset, remanente eo servo in possessione, *d.* §. *facti*. Et hæc omnia esse ex Juliani sententia, quæ obtinuit, constat ex *d.* §. *facti*, et ex *d.* §. *quæ peculiari*, et ex *d. l. si is qui pro emptore*. Marcellus dissentiebat: consentiebat etiam in quibusdam hac in re Julianus et Marcellus. Primum enim Julianus distinguebat hoc modo: aut per semetipsum possidebat, qui ad hostes captivitate pervenit, aut per subjectam juri suo personam, veluti filium aut servum. Si per semetipsum, possessio et usucapio captivitate interrumpitur, quia qui ab alio possidetur, nihil possidere potest, *l. homo liber*, *in fine de acquir. rer. domin. l. qui in servit. de regul. juris*. Captivus possidetur ab hostibus, quia servus est hostium. Si interrumpitur captivitate, ergo etiamsi postliminio reversus sit, tempore captivitatis non intelligitur implesse usucapionem, *d. l. ait prætor*, §. *is autem*, *ex quib. caus. major*, et *d. l. is qui pro emptore*, quia possessio est facti: possidere aut desinere possidere est facti, et quæ sunt facti, ut ante præmunivi, nulla fictio infecta facere potest. Postliminium jura redintegrat, facta aut non facta non deffingit: non facta et facta sunt aut quæ deficerunt fieri facta sunt, quæ deffingere non potest postliminium. Denique captivitate possessio, et usucapio interrumpitur, nec postliminio recipitur, ut scilicet medio tempore, dum apud hostes fuit, intelligatur usucepisse: quæ tamen, quod notandum, non interrumpitur morte possessoris, ut in *sup. d.* §. demonstratum est: captivitate interrumpitur, non morte, quia hæreditas, quæ vice defuncti est, continuare possess. intelligitur, et furore etiam non interrumpitur, quia non potest furiosus animo desinere possidere, cujus languet animus, aut propemodum extinctus est, *l. si is qui animo*, *sup. tit. prox.* At si captivus non revertatur, sed ibi moriatur, filio, vel hæredi ejus usucapio processisse intelligitur, velut si mortuus fuisset eo die, quo captus est, nec unquam pervenisset in potestatem hostium, quod et lex Corn. fingit. Igitur hac in re plus potest fictio legis Corn. quam postliminii, et plenior est. Idemque Julianus, ut opinor, existimabat, in his quæ captivus ante captivitatem ex causa non peculiari, per servum possedisset, eorum scilicet possessionem interrumpi, nec postliminio recipi: ceterum eo mortuo apud hostes, possessionem continuari in hæredem ejus, ac si mansisset semper in civitate: tempus captivitatis ex lege Cor. jungi morti. Neque in his quæ retuli ullum fuit dissidium inter Julianum et Marcellum, sed est aut fuit in his, quem sequuntur: si quid captivus per servum possedisset ex causa peculiari ante captivitatem, Julianus existimabat, remanente servo in possessione, eam non interrumpi captivitate, cum, et si post captivitatem domini, servus ex causa peculiari aliquid possedisset, Julianus existimaret, in eo quoque tempore captivitatis dominum potuisse usucapere, et postliminio reverso prodesse ad usucapionem: ibi mortuo prodesse hæredi ejus, quia ex causa jure singulari etiam ignorans usucaperet, et captivus similiter, quasi sit ignorantis loco, ut sibi scilicet prosit usucapio reverso, vel hæredi suo, si non revertatur, in *l. pen. inf. de capt. et postl. revers.* et in *sup. d. ll.* Nam et Marcellus quidem admittebat, eo ibi mortuo, hæredi prodesse usucapionem: non admittebat etiam, reverso prodesse usucapionem, atque ita hoc etiam casu plenius accipiebat fictionem legis Corneliæ, quam postliminii: et ut contra Julianum ostenderet, reverso non prodesse usucapionem, utebatur ratione seu argumento hujusmodi: *Quid interest ipse captivus possederit an ser-*

vus ejus? Postliminio reverso non procedit usucapio ejus, qui per se possedit, vel per eum servum ex causa non peculiari. Ergo non potest etiam ei reverso prodesse, qui per servum possedit nomine peculiari ante captivitatem. Et rursus, si reversus in his, quæ ante captivitatem per servum possedit ex quacunque causa, nihil habet juris ex postliminio, cur plus juris debet habere ex postliminio, si quid post captivitatem per servum possederit, peculii nomine, *d. l. si quis pro emptore.* Hæc ratio proponitur. Inde Marcellus statuebat, usucapionem eorum non interrumpi quæ captivus possedisset ante captivitatem ex omni causa, nec ex causa peculiari: imo vero post captivitatem, aut reverso domino prodesse, quod videtur juvari posse, eo quod ita demum dominus ignorans per servum usucapit ex causa peculiari, si servum possidet, *l. homo liber, inf. de acq. rer. dom.* Servum autem captivus non possidet: sed dici potest conservari posses. servi, spe et proposito servi ipsius, qui sperat quandoque dominum reversurum, ut in *l. si rem, supra t. prox.* Aliter quam si fugitivus esset servus, qui se pro liberto gereret, atque ita domino subduceret, ut in *d. l. homo liber, in fin.* Nam per hunc ignorans dominus non usucapit peculii nomine: per illum usucapiet, dum est apud hostes, quia conservat ipse servus possessionem sui domino, velut servo ipso capto ab hostib. servi possessio conservatur spe et proposito domini manentis in civitate, § *et si possessionis, supra.* Et omnino secundum Julianum, cujus sententia obtinuit ita est concludendum: ex causa peculiari possessionem rei, quam servus tenere cœpit ante captivitatem domini, proposito servi domino conservari quandoque reversuro, et post captivitatem ex eadem causa acquiri, ut reverso domino proficere. Quæ est definitio h. quæstionis.

Sed ut sit perspicua magis, nec quicquam in ea obscuri resideat, paucis enarranda nobis est *d. l. si is, qui pro emptore* 15. *ff. h. tit.* quæ in hac quæstione obscurior esse existimatur: est enim lex Pauli, qui est concisus admodum, et comprehensione rerum brevis et σκοτεινός idemque unius collectionis frequenter partem unam tantum ponit, more Aristotelico, qui sæpe omittit assumptionem vel conclusionem: eo fit, ut multa Paulo nos supplere oporteat, et subintelligere, quod accidit plane in hac lege *si is, qui* sed ita tamen, ut quæ omissa sunt a Paulo facile suppleri possunt ex *sup. d.* locis ex ea definitione, quam vobis distincte exposui. Quærit primum Paulus, an possessore capto ab hostibus, antequam implesset usucapionem, et ibi mortuo, hæredi ejus usucapio procedat? Et tentat primum, imo hoc unum tentat non procedere hæredi usucapionem ejus rei, quam ante captivitatem possidebat per semetipsum. Argumentum est tale: quæ ipsi reverso usucapio non prodest, nec hæredi ejus prodesse potest. Ipsi autem reverso non prodest jure postliminii, quia interrupta est usucapio captivitate, et postliminium factam semel interruptionem infectam facere non potest. Ergo (quam tamen conclusionem omittit) nec hæredi ejus prodest, si ibi moriatur. Omittit etiam definitionem hujus quæstionis propositæ. Nec enim ita est concludendum, hæredi ejus non prodesse, imo potius, ipsi quidem reverso non prodesse, sed hæredi ejus, si ibi moriatur possessor quasi pleniori fictione legis Cornel. quam postliminii. Et hæc est prior quæstio, quæ proponitur in *l. si is, qui.* Altera hæc est, si servus captivi post captivitatem aliquid ex causa peculiari comparavit, non hoc adjicit, ex causa peculiari: quod etiam sæpe omittunt nostri auctores, ut in §. *nondum legis, justo errore, h. t.* Quod constat satis esse intelligendum, et ab Accurs. suppletur rectissime. Verum ad rem. Quæstio est, si servus captivi post captivitatem, etc. an hujus rei usucapio procedat, et cui procedat? Et refert Julianum existimasse, videlicet in *d. l. bona, §. quæ peculiari, de capti. et postl. revers.* in suspenso, in pendenti esse usucapionem. Si quæramus, cui contingat, cui procedat, aut prosit: si dominus reversus fuerit, usucapio ei procedit: si ibi mortuus fuerit, dubitari ait, *an pertineat ad hæredem ejus, an hæredi ejus procedat*, neque hoc definit, sed in *d. l. bona, §. quæ peculiari*, palam Julianus concludit, usucapionem hæredi procedere. Nec sane fuit causa dubitandi, cum et Marcellus hoc admiserit, propterea quod hæreditati jacenti, quæ obtinet locum defuncti, procedit usucapio cœpta a defuncto, *d. §. nondum.* Et quando captivus decessit apud hostes, lege Corn. fingitur hæreditas jacuisse eo ipso die quo captus est: per hæreditatem autem ad hæredem aut successorem postea factum usucapio procedit. Et ideo concludit ex Marcello, non dissentiente hac in re Juliano, in successoribus et hæredibus locum habere usucapionem, ut annotat Accurs. legi rectius: vulgo legitur cum negatione: quam negationem miror etiam retinere Basilica, sed evidens est ex his, quæ ante retulimus, in omnibus causis ante agitatis in hæredibus usucapionem locum habere, si captivus mortuus sit apud hostes, quod plenior sit fictio legis Corn. quam postliminium et controversia tantum fuit de postliminii fictione. Et Marcellus certe non admisit usucapionem procedere reverso jure postliminii, cum servus post captivitatem ex causa peculii aliquid comparasset, hac ratione, ut ait, quemadmodum postliminio reversus plus juris habere

potest in his, quæ servus acquisivit peculii nomine pendente captivitate, quam in his quæ per se, vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit, id est, ante captivitatem. Paulus proponit tantum hanc sententiam Marcelli, nec sententiam Juliani integram exponit: quid statuendum sit, non possis ex *l. si is qui*, liquido definire: suppletionibus indiget multis, non tantum hæc lex Pauli, sed et fere omnes quæ Pauli sunt. Igitur omnino ad extremum supplendum est, Juliani potius sententiam esse sequendam, non Marcelli, ut est in *d. §. facti*, ut scilicet usucapio cœpta post captivitatem per servum peculii nomine non tantum procedat hæredi captivi mortui apud hostes ex l. Corn. quod admittebat etiam Marcellus, sed et eidem ipsi reverso ab hostibus jure postliminii, quod Marcellus non admittebat.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXIV. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. si uxor, D. de judic.

Ex Lib. XXIV. duæ tantum ll. breves et verbis et sententia supersunt. Prima est lex, *si uxor, de judic.* cujus verba sunt.

Si uxor a legato Romæ diverterit, dotis nomine defendendum Romæ virum responsum est.

Legati in hoc tit. *de jud.* frequentissime, et in tit. *de legationibus*, non sunt, quos mittimus ad hostes aut fœderatos: sed fere in omni jure legati sunt, qui a suis civitatibus, municipiis, provinciis mittuntur publice rei suæ causa, ad S. P. Q. R. vel ad Imperatorem: hi dicuntur sæpe legati provinciales et legati municipales, *l. tutor.*, *§. ult. de jurejur. l. εἰδέναι* 21. *§. 3. de tut. et cur.* Hi habent privilegium aliquod, ne a publico munere avocentur, id est, a legatione suscepta, ne impediatur legatio: est privilegium, quod eis tribuitur, maxime si conveniantur. Nam si Romæ conveniantur quasi in patria communi: est enim Roma, ut scitis, patria communis, id est, omnes quicunque sunt subjecti Romano Imperio, sunt cives Romani, *l. in orbe, de statu hom. et l. Roma, ad municip.* Quod est ex Antonini Imperatoris summo beneficio: Nam olim singulis erat petenda civitas, quæ sæpe non nisi magno ære redimebatur. Qui sunt subjecti Romano Imperio hodie non habent necesse petere jus civitatis Romanæ, quia ipso jure sunt cives Romani. Et hoc est, quod dicitur, Romam esse patriam communem: ergo non mirum, si legati provinciales Romam missi, ibi conveniantur. Conveniuntur enim in patria communi, in civitate sua, communi scilicet, non propria. Sed si conveniantur Romæ ex eo, quod contraxerunt vel deliquerunt in civitate sua propria, vel intra aut extra provinciam suam, vel etiam Romæ ante legationem, non compelluntur respondere, quandiu ibi legationis causa demorantur, sed jus habent revocandi domum, ut scilicet conveniantur in patria sua propria, *l. 2. §. omnes, hoc tit.* Alia est patria communis ut Roma, sicut dixi: alia propria. Et propria duplex est, originis, quam germanam Tullius vocat 2. *de legib.* alia domicilii. Legati igitur a patria communi, si in ea ex eis conveniantur, habent jus revocandi ad patriam propriam maxime domicilii. Nam in jure magis domicilii patria spectatur quam originis. Potest quis in pluribus civitatibus habere domicilium et plurium civitatum esse civis, *l. ejus qui, §. Celsus, ad municip.* Non existimandum, idem jus esse revocandi forum, et jus revocandi domum. Revocat forum qui ab incompetenti foro postulat rem referri ad forum competens, et id, in quo convenitur, contendit esse incompetens et incongruum: revocat quis domum etiam a foro competenti, vel a patria communi, et revocat privilegio legationis, ut publici muneris, ne ab eo avocetur sive conveniatur in personam sive in rem, *l. non alias, in fi. et l. de eo, et l. seq. h. t.* Cui tamen rationi locus non datur, si datur, si quid Romæ contraxerit in ipso legationis tempore, vel si quid deliquerit, vel si quid possidere cœperit: nam de eo, quod contraxit Romæ tempore legationis, Romæ se defendere debet, si conveniatur, nec potest revocare domum, *d. l. non alias, §. 1. et l. seq. l. cum furiosus, §. ult. eod. tit. l. non distinguemus, §. item si quis Romæ, de recept. et qui arbitr. recep.* Et hac ratione in hac *l. si uxor*, quam tamen rationem male rejicit Accurs. si uxor mariti, qui legatione Romæ fungebatur pro civitate sua, diverterit Romæ, cum secum forte Romam duxisset, Romæ potest conveniri actione de dote, quia divortium est contractus, et factum id esse proponitur legationis tempore. Divortium esse contractum optime probat lex *jurisgentium, §. ut puta, ff. de pact.* qui locus non expenditur in eam rem, et est tamen apertus. Observandum est autem ex *§. in bonæ fidei judiciis* pacta facta incontinenti, pacta conventa inesse ex parte actoris, id est, parere et formare actionem, non inesse autem ea pacta, quæ postea fiunt. Exemplum hujus regulæ proponitur in *d. §. ut puta*, si post divortium convenerit aliquid de dote solvenda alio die, quam legitimo:

ex pacto non est actio, quia factum est post divortium ex intervallo; quia divortium est contractus, et contractus, ex quo nascitur judicium bonæ fidei, id est, actio de dote, facto divortio statim extitit actio de dote. Igitur si in ipso divortio pactum sit adjectum ex continenti de diebus solvendæ dotis, formabit actionem. Et hoc valde notandum est ad eum §. *ut puta.* Porro dos exigitur, vel ubi est domicilium matrimonii soluto matrimonio, *l. exigere, hoc tit.* vel exigitur ubi divortium factum est, licet ibi non fuerit domicilium matrimonii. Nam per matrimonium mulier mutat domicilium et forum: non exigitur dos, ubi facta est conventio dotis, ubi conscriptum est instrumentum dotale, nisi et ibi fuerit domicilium matrimonii: si non fuerit ibi non exigetur dos, non repetetur soluto matrimonio, quia scilicet non eo loco, quo dotis conventio fit, subsistitur, sed mox res emigrat, atque adeo confertur et transfertur omnis in domicilium matrimonii, *d. l. exigere*, et pro eo est, ac si dotis conventio facta fuisset ubi est domicilium mariti.

Ad L. LXXVI. de Regul. jur.

In totum omnia, quæ animi destinatione agenda sunt non nisi vera et certa scientia perfici possunt.

His verbis, *in totum*, significatur esse generalis regula, quæ in toto jure locum habeat, ut sane possent referri innumeri casus, sed referam tantum illos, quos notavi, ut vera et certa scientia, id est, certo animi proposito, certa animi destinatione, propositioneque non possis dicere alio nomine πρoαίρεσιν, quam propositum animi. Exempli gratia divortium, quod pendet ex animi destinatione non est divortium, nisi fiat certo animi proposito, certa animi veraque scientia, non si fiat impetu et calore quodam iracundiæ, *l. quidquid hoc tit.* Non est divortium, nisi perseverantia apparuerit non jurgio abactam mulierem fuisse, sed vero judicio. Item in *l. pen. de concub.* scriptum est, concubinam ex sola animi destinatione æstimari: non fuit turpe concubinæ nomen, imo legitimum: concubinatus imitatur justas nuptias: est species matrimonii, *l. 1. de concub.* Concubinatus nomen ex legibus assumpsit, id est, legitimum est, non infame. Porro concubina, inquit, ex sola animi destinatione æstimatur; non est igitur concubina, si quis non vera et certa animi scientia ducatur ad eam, quasi in concubinatum assumenda, sed impetu quodam libidinis, nec diu cum ea deinde perseveret, et non videtur fuisse concubinatus cum ea, sed stuprum, et qui nascentur ex ea conjunctione, non erunt naturales, sed erunt spurii, id est, sine patre filii.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXV. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Cum tutor, de tutel. et rat. distrah.

Cum tutor negotiis impuberis administratis pupillum paterna hæreditate abstinet, bonis patris venditis tractari solet, utilis actio pupillo relinqui, an creditoribus concedi debeat? Et probatur, actionem inter pupillum et creditores patris esse dividendam: scilicet ut quod rationi bonorum per tutorem deerit, creditoribus reddatur: quod autem dolo vel culpa tutoris in officio pupilli perperam absteuti contractum est, puero relinquatur; quæ actio sine dubio non prius competet, quam pupillus ad pubertatem pervenerit, sed illa confestim creditoribus datur.

Ex Lib. XXV. est lex 13, *de tut. et rat. distrah.* Altera est, *l. 2. de separ.* Singulæ continent singulare quiddam. Species *l. cum tutor* hæc est: tutor gessit negotia pupilli, in quibus erant bona paterna, deinde pupillum bonis abstinuit beneficio prætoris, quasi esset damnosa hæreditatis patris ob æs alienum. Et in ea re dolo versatus est tutor aut culpa, quia utilius erat pupillum retinere bona paterna: quia tutor perperam abstinuit, et in officio suo deliquit: creditores patris bona vendiderunt: lex ait, tutorem teneri non tantum pupillo, sed etiam creditoribus paternis, qui abstinente pupillo bona patris distraxerunt. Sed est triplex differentia inter pupillum et creditores patris, qui bona vendiderunt. Nam pupillo tenetur tutor, quod perperam abstinuerit, quod in officio suo lapsus sit vehementer, quod defecerit quod facere non debuerit. Creditoribus autem tenetur tutor, quod per eum factum sit, ut aliquid abesset ex bonis paternis, quæ ipsi vendiderunt. Ergo non eadem ratione tenetur pupillo et creditoribus, *l. 4. C. arbit. tut.* Et rursus est alia differentia: tutor pupillo tenetur finita tutela, ratione tutelæ: nam actio tutelæ non datur ante finitam tutelam: creditoribus autem tutor tenetur actione negotiorum gestorum etiam nondum finita tutela, quæ actio negotiorum gestorum (et hæc est tertia differentia,) est utilis actio, non directa: quia tutor ultro non accessit ad negotia pupilli, sed coactus necessitate officii, quod etiam invito injungitur, quasi civile munus, sicut etiam curator pupillo vel adolescenti tenetur utili negot. gest. et tenetur cu-

rator longe aliter, quam tutor tutelæ, etiam ante finitam administrationem, etiam nondum finita administratione, *l. nisi* §. *ult. l. si cum adhuc*, §. *ult. h. t.* Actio tutelæ non datur utilis nisi finita administratione tutelæ. Actio negotiorum gestorum datur etiam non finita omni administratione rerum ad pupillum pertinentium, et actio tutelæ, qua pupillo tenetur tutor, quod eum perperam abstinuerit, quodve quid aliud fecerit perperam, aut non fecerit: nam est actio generalis, quæ ambitu suo multa complectitur, omnem dolum, omnem culpam tutoris. Et actio est directa, non utilis, nec possis in hac parte actionem tutelæ dicere utilem, sicut Papinianus videtur dicere. Itaque rem ita distinguere debemus: utilis quidem est ea, qua creditores experiuntur negotiorum gestorum: qua pupillus experitur, est directa, non utilis, nisi utilem interpreteris efficacem, ut hoc sensu sæpe hic auctor uti solet, *l. Titio fundus, de cond. et demonstr. l. pater, de dote prœleg.* Nec male Accurs. hoc idem notavit in hanc legem. Ex his intelligitur quod ait Papinian. hac lege, actionem dividi inter pupillum et creditores patris, ita esse verum in genere, non in specie. Nam idem genus actionis non dividitur inter eos. Alia est actio, quæ pupillo datur, alia quæ creditoribus patris, nec ex eodem facto ambæ proficiscuntur.

Ad L. II. De separat. bonor.

Ab hærede vendita hæreditate, separatio frustra desiderabitur: utique si nulla fraudis incurrat suscipio: nam quæ bona fide medio tempore per hæredem gesta sunt, rata conservari solent.

Minoris est negotii *l. 2. de separat.* Separatio bonorum datur ex decreto prætoris, postulantibus creditoribus defuncti. In hac specie finge: hæres Titii obligatus est creditoribus defuncti nomine hæreditario, et suis creditoribus nomine proprio: habuit defunctus creditores suos, habet et hæres creditores suos, urgentibus creditoribus bona venierunt: bona defuncti sufficiunt creditoribus defuncti, si eis non commisceantur creditores hæredis, si creditores separentur a creditoribus, si bona defuncti a bonis hæredis. Ideoque si creditores defuncti desiderent bona defuncti separari a bonis hæredis, ut sibi satis fiat ex bonis defuncti, audientur. Et hac de re est hic tit. *de separationibus.* Et recte postulant hanc separationem creditores defuncti, etiamsi hæres bona defuncti forte hypothecæ obligaverit, quia hypotheca non est alienatio, et manet nihilominus hæreditas apud hæredem semper, *l. 1. §. sciendum, hoc tit.* Sed hæc *l. 2.* demonstrat, non idem esse dicendum, si hæres bona sive hæreditatem defuncti vendiderit bona fide antequam postularetur separatio bonorum, aut urgerent creditores, aut ipse hæres factus esset non solvendo: frustra deinde postulabitur separatio bonorum defuncti, quæ exierunt bona fide dominio hæredis. Denique omnes creditores confundentur, et contenti esse cogentur bonis hæredis. Si venditio hæreditatis facta esset in fraudem creditorum, revocaretur actione Pauliana ex edicto, *quæ in fraudem creditorum*, et deinde recte postularetur separatio bonorum: sed hæc venditio illius hæreditatis bona fide facta non potest rescindi. Ergo stultum esset petere separationem bonorum, quæ revocari non possunt, cum sint alienata bona fide.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXVI. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Creditor I. de Distractione pignor.

Creditor, qui prædia pignori accepit, et post alium creditorem, qui pignorum conventionem ad bona debitoris contulit, ipse quoque simile pactum bonorum, ob alium et eundem contractum interposuit: ante secundum creditorem dimissum, nullo jure cetera bona titulo pignoris vendidit, sed ob eam rem in personam actio contra eum creditori, qui pignora sua requirit, non competit: nec utilis danda est, nec furti, rerum mobilium gratia recte convenietur, quia propriam causam ordinis errore ductus persecutus videtur, præsertim cum alter creditor furto possessionem, quæ non fuit apud eum, non amiserit. Ad exhibendum quoque frustra litem excipiet: quia neque possidet, neque dolo fecit ut desineret possidere. Sequitur ut secundus creditor possessores interpellare debeat.

Liber XXVI. incipit a *l. 1. de distract. pign.* cujus species hæc est: quidam primo creditori suo pignori obligavit prædia quædam specialiter, deinde alii secundo creditori generaliter obligavit omnia sua bona, quæ haberet, quæque habiturus esset, sola conventione, sola pactione, ex qua constat jure prætorio nasci obligationem, nasci actionem, *l. si tibi §. de pignore, de pact.* contra regulam communem, cum ex pactione non nascatur actio vel obligatio. Post idem ille illi primo creditori similiter, forte denuo ab eo accepta pecunia mutua, obligavit generaliter omnia bona sua, ob alium contractum, inquit, vel etiam ob eundem, ob priorem contractum, novatione facta scilicet ut *l. 5. l. cred. §. Papinian. sub. tit. prox.* Primus cre-

ditor certe potior est secundo in prædiis specialiter obligatis. Secundus autem potior est primo in ceteris bonis: et ideo prædia quidem illa sibi specialiter obligata, vendere primus potest jure pignoris, non etiam cetera bona, antequam secundo creditori satisfactum fuerit. Sed quid si primus creditor vendiderit etiam cetera bona titulo pignoris ex posteriori hypotheca generali, an tenebitur secundo creditori, qui in generali hypotheca, in ceteris bonis est certe prior tempore, atque adeo potior jure? Hæc est quæstio, de qua agitur, in hac lege: ad quam Papin. ita respondet; primum secundo nulla actione teneri ob id, quod cetera bona vendiderit titulo pignoris, quamvis ea non jure vendiderit: nulla, inquam, teneri primum secundo actione in personam, directa, vel utili ex contractu, quia non cum secundo contraxit, neque pro debitore apud secundum fidejussit: sed neque eum teneri actione furti, videlicet nomine rerum mobilium, quæ in ceteris bonis erant, aut se moventium, quia primus non per fallaciam aut dolo malo, non furandi animo eas res vendidit, sed ordinis errore ductus, dum in omnibus existimat se esse primum, et ignorat forte posteriorem obligationem contractam a debitore cum posteriori creditore. Atque ita, ut ait, ordinis errore ductus suam rem egit, vendendo omnia bona debitoris sui, suam causam persequutus est bona fide, suo jure usus est. Ergo furtum non fecit, qui suo jure utitur, vel ut ipse existimat longe abest a furto. Et rursus non potest videri primus earum rerum furtum fecisse secundo, qui neque dominium, neque possessionem earum rerum habuit, juxta *l. si gratuitam*, §. *ult. de præscr. verb. et l. si vendidero*, §. *ult. de furt.* Secundus creditor sane non habuit dominium earum rerum, non habuit etiam possessionem, quia ut proposuimus, pignus constitutum fuit sola conventione, non traditione. Et eleganter Papin. rerum mobilium meminit, qua appellatione etiam se moventes continentur. Et vice versa sæpe moventium mobiles, quia scilicet hodie constat rerum immobilium furtum non fieri, fundi, ædium non fieri, *l. quam rem, de usurp. et usuc.* abolita sententia veterum, puta Masurii Sabini, et aliorum hujus sectæ, qui non hominum tantum, neque mobilium aut se moventium, quæ auferri occulte possunt, amitti et subripi, sed etiamsi fundi et ædium dicebant furtum fieri. Verius est furtum non fieri, nisi res loco moveatur, et non sine contrectatione. Contrectare est suo loco movere, alioquin non est furtum: res autem immobilis non potest loco moveri, ergo nec contrectari: proinde rei immobilis furtum non fit, et ob id meminit rerum mobilium, cum quæritur de actione furti, an ea primus secundo teneatur. Cur autem ait, furti non agere secundum creditorem adversus primum, venditis rebus mobilibus, quarum pignus generali et nuda conventione non traditione contractum erat? quia possessio earum rerum non fuit apud secundum creditorem, et solius possessionis furtum fit, ut inferius demonstrabitur. Hoc vero quod ita scribit Papin. pugnare videtur cum eo, quod Julianus dicebat in *l. in actione*, §. *ult. l. si is qui rem* 66. *de furt.* debitorem furtum facere pignoris, neque esse hoc novum, ut quis faciat furtum suæ rei, et teneri eum debitorem furti creditori, si pignus vendiderit, etiamsi is creditori nunquam tradiderit: possessio pignoris non fuit apud creditorem, quia constitutum fuit nuda conventione, et tamen ei furtum fit. Et idem Julianus similiter existimabat, et utebatur in eam rem auctoritate Sabini, furtum fieri servi, cujus usumfructum defunctus legasset, et furti agere fructuarium eo servo subrepto, etiamsi ejus servi possessionem nondum apprehendisset fructuarius, vel hæres, etiamsi nemo eum possedisset, videlicet si subreptus esset post aditam hæreditatem, quo tempore fructuarius uti frui potuisset si servus non fuisset interceptus: post aditam hæreditatem, recte quia servi hæreditarii furtum non fit, et hoc omne ostenditur in *l. si homo, de usurp. et usucap.* Ex his ita concludatur: ergo furtum fit non possidenti, furtum fit ejus rei quæ a nemine possidetur. Prava igitur est ratio, qua utitur Papin. hoc loco, ut primus secundo non teneatur furti nomine rerum mobilium, quas vendidit titulo pignoris, quia secundus creditor possessor non fuerit, quia possessionem nullam amiserit. Sed animadvertendum est, in omnibus locis supradictis, hanc sententiam, quæ Papiniano objicitur, Juliano tantum adscribi, ut scilicet jure pignoris, vel jure ususfruct. detur actio furti, licet possessio non fuerit apud creditorem, vel usufructuarium. Ergo et jure dominii dat actionem furti, etiam si possessio non fuisset apud dominum tempore ablatæ rei: Juliano, inquam, tantum adscribi, Juliani sententiam referri, non probari in loco nominatim: itaque non videri probatam ab illis sententiam Juliani, quia regulariter furtum non fit ejus rei, quæ a nemine possidetur. Furtum fit solius possessionis, ut Scævola dicebat, *l.* 1. §. *Scævola, si quis testam. liber esse etc.* veteribus quidem placebat, etiam rei hæreditariæ furtum fieri, quæ tamen a nemine possidetur. Hoc placebat Sexto Ælio, Marco Manilio, Marco Bruto Jurisconsultis: quæ tamen sententia novis Juris. non probatur, ea ratione, quia solius possessionis furtum fit, *d.* §. *Scævola, et l. hæreditariæ, de furt. l. in eo, de acq. rer. dom* et hæreditas jacens non habet possessorem. Et certissimum est, hac in re abo-

litam fuisse sententiam veterum, quod solius possessionis furtum fiat. Cur non tentabimus in illa re etiam eadem ratione, abolitam videri sententiam Sabini, qui fuit ex veteribus, sive Juliani? quæ tamen an aliquo colore defendi possit videamus. In specie *d. l. si homo*, si quis post aditam hæreditatem subripuerit servum, cujus ususfructus alii legatus erat, nunquam possessum ab hærede, vel fructuario, fructuario tenetur furti: res est furtiva, nec potest usucapi, antequam purgatum vitium fuerit: hoc defendam isto colore, quia fructuario possessionem, si non subripuerit, præripuerit, qui eo tempore potuit uti frui, post aditam hæreditatem nempe. Et in sqecie *d. l. in actione*, §. *ult. et l. si is qui rem*, debitorem furtum facere pignoris, si id vendiderit, et creditori teneri furti, etiamsi nunquam creditor pignus illud possiderit sed id nudo pacto constiterit, quia scilicet vendendo pignus, debitor possessionem, quam habuit intervertit: ut sit furtum, satis est interversam possessionem, etiamsi non sit interversa ei, qui furti agit. Ergo quoquo modo interversa possessione, etiamsi ea non fuerit apud creditorem pignoratitium, sed apud debitorem, vel alium, jure pignoris creditori competit actio furti: nam et placet, jure dominii solius dari actionem furti, si alii possessori, non domino, res ablata fuerit, divisam actionem furti inter dominum et possessorem, *l. furtivam, d. l. si is qui et l. inter omnes*, §. *si servus, de furt. et d. l. si homo* 1. in ultim. versu *l.* 1. *de furt.* furtum definitur esse interversio rei, vel usus, vel possessionis. Sed et definiamus plenius, et erit certissima et plenissima definitio, furtum est interversio rei (rei autem nomine significatur proprietas) vel usus, vel fructus, vel hypothecæ alienæ, sive pignoris alieni: hæc est definitio, sed quidquid horum intervertatur, nunquam intervertitur, quin et posssessio intervertatur, vel naturalis, corporalis, vel civilis, quæ apud aliquem fuerit: non fit interversio rei, nisi et possessionis fiat, nec pignoris fit interversio, nisi interversio possessionis fiat, quæ si non fuit apud creditorem, fuerit apud alium. Et secundum ea in proposita specie, si primus creditor possessionem intervertisset, quæ fuit apud debitorem, non apud secundum creditorem, proculdubio jure pignoris etiam secundus creditor furti agere posset rerum mobilium nomine, sed ut diximus, eam non intervertit, qui in causa pignoris priorem se esse arbitratur, justo errore ductus. Ergo ut ante diximus, hic primus creditor, qui nullo jure vendidit cetera bona titulo pignoris ante dimissum secundum creditorem, secundo creditori non tenetur actione in personam ex principali obligatione: non tenetur etiam furti, ob res mobiles. Et ait non teneri etiam eum secundo creditori actione hypothecaria, vel actione ad exhibendum, quæ solet dari etiam acturis hypothecaria actione, quæ vendicatio est, *l.* 3. §. *est autem, ad exhib.* Cur non teneatur hypothecaria, et propter eam ad exhibendum? Ratio est facilis, quia neque possidet cetera bona, neque dolo malo desiit possidere. Et hæ actiones erunt tantum adversus possessores, vel adversus eos, qui habentur pro possessoribus, ut qui dolo desierunt possidere. Nam dolus pro possessione est. Et inde concluditur, secundo creditori in hac specie superesse tantum actionem hypothecariam adversus emptores, et possessores ceterorum bonorum, qui scilicet redire poterunt ad primum creditorem ob evictionem, *ils auront recours contre le premier pour la garantie*, quia nullo jure vendidit. Et hæc est definitio elegantissima Papin. cui tamen opponitur *lex creditor* 12. §. *Papin. sup. tit. prox.* Species hæc est: primo creditori obligavit rem aliquam specialiter, deinde eandem rem specialiter obligavit secundo creditori; post primo creditori novatione facta prioris contractus, et credita majore pecunia ut fit frequenter, pignori obligavit eandem rem, adiectis aliis pignoribus quibusdam: novationem fecerunt majore credita pecunia, ut utramque pecuniam in unam summam redigerent, et unam obligationem, et pignori dedit eandem rem, atque alias quasdam. Sane primus potior est in omnibus rebus, quia prior est in ea re, quæ primum obligata est, et in adjectis rebus, est solus. Igitur primus in omnibus sane est potior, et jure vendet pignora, si ei non solvatur, sed non vendet eam rem, quæ fuit specialiter pignorata, nisi ad modum, *a la concurrence*, pecuniæ primo loco creditæ, id est, quod ex venditione pignoris redegerit, id expensum feret primæ tantum pecuniæ, non ei, quæ credita est post secundum creditorem. Si quid superfluum fuerit, id est, si ex venditione pignoris plus redegerit, quam sit in prima pecunia, hoc debet restituere secundo creditori. Ergo secundo creditori tenetur, non condictione ex lege, ut ait Accurs. non officio judicis, non actione in factum, sed ut opinor, utili actione hypothecaria, quod scilicet secundo creditori ejus rei hipotheca, *la plus value, la prevalence en Savoje*, videatur fuisse obligata, ut in *l. quærebatur, eod.* id est, quod plus esset in pretio rei, quam in prima pecunia. Vides in hac specie primum creditorem secundo teneri actione hipotecaria, ut ei restituat, quod plus tulit ex venditione pignoris, quam ei prius creditum fuisset ante contractam obligationem cum secundo creditore. Cur et in hac specie secundo non teneatur hypothecaria, facile erit demonstrare nullam aut parvam esse differentiam. Species de qua agitur

hoc loco hæc fuit : primo creditori fuisse obligata prædia specialiter, secundo autem creditori omnia bona, ac post secundum, ob eundem contractum, novatione facta, ut fit credita majore pecunia fuisse obligata omnia bona. Primus jure vendit prædia, hoc est certissimum, non cetera bona: quod antem ex venditione redegit, imputat primæ pecuniæ, quam credidit sub pignore prædiorum specialiter. Superfluum autem sane restituet secundo creditori actione hypothecaria eodem jure, *d.* §. *Papinian.* Cetera autem bona nullo jure vendidit, nec tamen eo nomine tenetur secundo creditori utili hypotecaria, vel alia actione ulla, cum scilicet ei sufficiat directa hypothecaria adversus possessorem ceterorum bonorum, quæ cessat adversus possessorem prædiorum, qui jure emit, ab eo, qui jure vendebat, atque ideo æquum est, ei consuli de superfluo, data actione utili adversus primum creditorem. Quod et ita hoc loco etiam Accurs. sensit rectissime.

Ad Leg. si rem XLVII. de Acquiren. possess.

SI rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato tibi possidere neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem responsum est. Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum adferre consuevit. Idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Idem scribit, aliam causam esse hominis commodati amissa custodia: nam possessionem tamdiu veterem fieri, quandiu nemo alius eum possidere cœperit, videlicet ideo, quia potest homo proposito redeundi domino possessionem sui conservare, cujus corpore ceteras quoque res possumus possidere. Igitur earum quidem rerum, quæ ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio: homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.

Ex *l.* 1. *de distract. pignor.* intelleximus, hanc esse differentiam inter res mobiles et immobiles, (quanquam is non fuerit præcipuus finis ejus legis) quod rerum mobilium furtum fiat, non rerum immobilium, abolita sententia veterum, qui dicebant, etiam rei immobilis furtum fieri, *l. quam rem, de usurpat. et usucap. l. rerum, de furt.* Nunc ex *l. si rem mobilem, de acquir. possess.* eadem differentia confirmatur, atque etiam ex ea aliæ elicientur veluti necessaria consequentia, sed huic legi facile erit addere interpretationem legis 18. *quæ in fraud. credit.* Hæc est differentia, quæ proponitur hac *l. si rem*, rei mobilis possessionem amittit etiam ignorans, ut puta, si rem mobilem apud te depositam *vel ex commodato*, ut est Florentiæ scriptum, vel ex alia causa? (nam deponendi multæ sunt causæ, commodatum, sequestro datum, pignus, et quod proprie dicitur depositum) si, inquam, *rem mobilem apud te depostiam ex commodato, vel ex alia causa, tibi possidere (il faut lire ainsi cecy) nec reddere constitueris*, id est, si eam rem furandi animo contrectaveris, ita est necesse interpretari ex *l.* 3. §. *si rem, h. t.* etiamsi hoc dominus ignoret, te rem seposuisse tibi lucrandi animo, ejus rei possessionem amittit. Furtum fit etiam ignoranti, quis hoc nescit? Est autem furtum, possessionis interversio. Ergo possessio intervertitur etiam ignoranti: inficiatio depositi non est furtum, sed contrectatio, loco motio, possessionis interversio, cum jam non depositori, sed tibi rem habere constitueris, *l. inficiando, de furt.* Inficiando depositum, nemo furtum facit, sed contrectando lucri faciendi animo. Et subjicit recte in *d. l.* nam ista inficiatio non est furtum, licet prope furtum sit. Et ex ea l. ut puto, non ineleganter ita est scriptum in consuetudinibus Neustriæ, cap. 7. *laçoit que l'on ned di e pas que ce soit larrecin, que denier, si est ce qu'il y a un peu de saveur de larrecin.* Ipsa quidem inficiatio non est furtum, sed est prope furtum. Et hoc de re mobili. Verum si colonus, vel inquilinus fundum aut ædes, id est, rem immobilem sibi possidere constituerit, neque reddere domino, puto aut potius præsumo, non statim dominum possessionem amittere, quia rei immobilis furtum non fit, id est, quia rei immobilis non temere, non confestim possessio intervertitur: scientem possessorem amittere, puta si rescierit, colonum fundum sibi habere, et possidere, et palam profiteri, ac præ se ferre, nolle se eum finita conductione domino reddere; scientem, inquam, quia animus defit scienti alium usurpasse possessionem, et constat solo animo amitti posse. Et ita quoque rei immobilis possessionem, quam quis solo animo retinebat, non corpore suo, vel alieno, non amittit insciente animo suo, non amittit ignorans, etiamsi alius eam occupaverit, et hoc ipse ignoret, *l. prox. sup. hoc tit.* Nec etiam ignorans possessionem amittit, si colonus, vel inquilinus, per quem possidebat rem immobilem, id est, ejus corpore, eam deseruerit, id est, non amittit eam ignorans statim, atque deserta est a colono, vel inquilino, nisi scilicet hoc casu alius eam ingressus sit: nam hoc uno casu, puta alio ingresso possessionem quam deseruit colonus, vel inquilinus, placet etiam ignoranti possessionem auferri, *l. peregre*, §. *ult. hoc tit.* Vix igitur rei immobilis possessio tollitur ignoranti, facile rei mobilis. Et constituenda hac in re est differentia inter invitum

et ignorantem : invitus multo pluribus modis amittit possessionem rei immobilis, quam ignorans : ignorans illo casu, invitus etiam aliis, ut si in locum fundi mortuum intuli, etiamsi sim contemptor religionis, id est, etiam invitus possessionem ejus loci amitto, nec tantum ignorans, *l. qui universas*, §. 1. *hoc. tit.* Item si prætor me possessione expellat, et alium faciat possessorem, ut facit sæpe, propter contumaciam et inobedientiam, invitus possessionem amitto, nec tamen ignorans. Quibus casibus invitus amitto, non semper et amitto ignorans. Contra quibus casibus invitus acquiro, et acquiro ignorans. Et separata est ratio amittendi et acquirendi, sicut in *d. l. peregre*, *h. tit.* dicimus, non eadem esse rationem acquirendæ et amittendæ possessionis. Si quis solvat creditori meo me invito, liberat me. Idem erit si me ignorante solvat, *l. solvere*, *de solution.* Suus hæres invitus fit hæres. Ergo et ignorans, §. *sunt autem*, *institut. de hæred. quæ ab intest.* Servus vel filiusfamilias mihi acquirit dominium invito : ergo et ignoranti, §. *item nobis*, *Instit. per quas person. nob. adq.* denique non est eadem ratio acquirendi et amittendi semper. Et huic differentiæ alia subjicitur in hac lege, ex qua hæc proficisci videtur, sicut et hæc ex illa quam habemus in *l.* 1. *de distract. pignor.* Rei mobilis, excepto homine, possessionem amitto statim atque desiit esse sub custodia mea, sub potestate mea, quamvis eam nemo alius invaserit. Desinit enim esse sub custodia mea non tantum, si ab alio interversa sit sive occupata, sed etiam, si ejus neglexerim et omiserim custodiam, et sic eam ita perdiderim, ut ignorem ubi sit, licet eam nemo apprehenderit, *l.* 3. §. *Nerva, et l. si is, qui*, *hoc tit.* Quod proprie hoc loco demonstrandum esset latius. Sed cum etiam ego id demonstraverim latius in *l. peregre*, ideo in ea re nunc ero brevis. Videamus quid sit in re immobili. Res immobilis non potest non esse sub custodia nostra, quæ non potest moveri, auferri, celari, occultari, quamvis scilicet eam alius non invaserit. Ergo res immobilis semper est sub custodia nostra, quamdiu alius eam non occupat. Ideoque si negligam et omittam ejus custodiam, non ideo statim possessionem amitto, sed si negligam et omittam possessionem ipsam, ut est scriptum in *l. si de eo fundo* §. 1. *hoc tit. et l. cum fundum, de vi et vi arm.* Aliud est custodia, aliud possessio, quod maxime notandum. Ex primo decreto, quo quis mittitur in possessionem, fit custos non possessor, *l.* 3. §. *ult. hoc tit.* Ex secundo fit possessor. Igitur aliud est negligere et omittere custodiam, aliud negligere et omittere possessionem, in rebus immobilibus scilicet, atque etiam in homine: excipio enim hominem servum a rebus mobilibus. Nam etiamsi hominis mei, servi mei neglexerim et omiserim custodiam, non ideo statim ejus possessionem amisi, antequam alius eum possidere cœperit, quia proposito redeundi, servus possessionem sui et ceterarum rerum omnium, quas tenet, domino conservat, maxime, ut dixi, quod volo suppleri ad hanc legem, quia idem etiam obtinet in servo fugitivo, ut jus possessionem non amittamus, qui exierit custodia nostra, nec sciamus ubi sit, licet non habuerit animum revertendi, id est, propositum revertendi, *l.* 1. §. *per servum*, *quia in fuga*, *l. Pomponius*, *in princ. l. rem, quæ nobis*, *hoc tit.* Qua de causa in lege Caninia, etiam fugitivi numerabantur inter servos, quia eorum possessio retinetur animo, et amittitur duobus tantum modis, si alius eos possidere cœperit, vel si se ipsi pro liberis gerant, et sint parati suscipere liberale judicium. In aliis rebus mobilibus, quæ ratione vel anima carent, idem est, negligere et omittere custodiam, et negligere ac omittere possessionem. Idem est custodia et possessio. Hæc differentia maxime notanda est.

Ad Legem XVIII. quæ in Fraud. credit.

Etsi pignus vir uxori, vel uxor viro remiserit, verior sententia est, nullam fieri donationem existimantium. Quod sine dubio si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur. Idemque est etsi quivis debitorum in fraudem creditorum pignus omiserit.

In *l.* 18. *quæ in fraudem, credit.* sciendum est, ex illo edicto, quæ in fraudem, actione utili ut vocatur in hac l. 18. id est, actione in factum : omnis actio utilis est in factum, et contra quæ dicitur actio Pauliana, *l. videamus*, 38. *de usur.* ea, inquam, actione revocari et rescindi quæ a debitore gesta sunt, omnia in fraudem creditorum, quod verbum, *gesta*, latissime patet, ut ait *l.* 1. *hoc tit.* Qua eo verbo comprehenditur etiam liberatio et remissio pignoris, *l.* 2. *hoc tit.* Si debitor fraudandorum creditorum causa pignus remittat suo debitori, ea remissio rescinditur, et reintegratur pignus postulantibus creditoribus, quia creditores fraudare voluit, non beneficio voluit afficere debitorem suum. Remissio pignoris non est donatio, quia nihil largiris de tuo, nihil minuis de tuo. Idque ex eo apparet, quod remissio pignoris consistit inter virum et uxorem, ut puta, si uxor viro remittat pignus dotis, aut crediti causa constitutum, remissio valet, donatio non valeret. Lex Cincia, que prohibuit donationes certis casibus, aut eis modum imposuit, de qua sunt intelligendi omnes loci in titulis de donationibus vel aliis titulis quibus agitur

de modo donationum: nec enim licebat in immensum donare. Lex Cincia, quæ et Lex Muneralis dicta est, imposuit modum donationibus, ut *l.* 1. *de dotib.* Sicut hodie constitutionibus regiis, donationibus modus est impositus: lege Falcidia legatis et fideicommissis. Ea lex Cincia, quo casu impediit donationem, non impedit remissionem pignoris, quia remissio pignoris non est donatio, *l.* 1. §. 1. *quib. mod. pign. vel hypot. solv.* ubi lex Cincia, de quo est locus corruptus in Nov. 162. ut alias ostendi, ubi est scriptum, *Sentia*, simpliciter, et Haloander adjecit perperam, *Ælia*, in Græco legendum, κίνκια, non σέντια. Ita etiam ex *l.* 3. *in fine de leg.* 3. ab eo, cui donavi mortis causa, possum relinquere fideicommissum, ab eo cui remisi pignus, non possum relinquere fideicommissum, quia nihil ei donavi: donatio de suo proprio largitio est, de sua re. Ergo non mirum, si jure remittat conjux conjugi pignus vel hypothecam, si utilis dicatur esse remissio: nam et hoc addendum, etiam remissio pignoris non est intercessio, alioquin non valeret propter Senatusconsultum Vellejan. de intercessionibus mulierum. Denique remissio pignoris non est donatio, neque intercessio, quod præter supra dictas leges etiam ostendit *l. quamvis, in pr. ad Vell. et l. etiam, et l. jubemus C. eod. tit.* Et tamen si quis pignus remiserit in fraudem creditorum, quia incurrit fraus creditorum in ea re, ea remissio rescinditur, quia omne quodcumque geritur in fraudem creditorum, hoc judicio rescinditur. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. cum Fundum XVIII. de vi et vi armata.

Cum fundum, qui locaverat, vendidisset jussit emptorem in vacuam possessionem ire, quem colonus intrare prohibuit. Postea emptor vi colonum expulit: interdictis unde vi, quæsitum est. Placebat colonum interdicto venditori teneri: quia nihil interesset, ipsam an alium ex voluntate ejus missum intrare prohibuerit. Neque enim ante omissam possessionem videri, quam si tradita fuisset emptori; quia nemo eo animo esset ut possessionem amitteret propter emptorem, quam emptor adeptus non fuisset. Emptorem quoque, qui postea vim adhibuit, et ipsum interdicto colono teneri: non enim ab ipso, sed a venditore per vim fundum esse possessum, cui possessio esset ablata. Quæsitum est, an emptori succurri debeat, si voluntate venditoris colonum postea vi expulisset? dixi non esse juvandum, qui mandatum illicitum susceperit.

Ex lib. 26. Quæstionum superest duntaxat *l. cum fundum, de vi et vi armata*, quæ etiamsi tot in eam non impenderim dies, quot habui aut præsumpsi mihi potius vacuos a labore ipso duro difficillimoque, imo nec centesimam quidem partem temporis in eam impenderim, tamen dignissima erat tot dierum meditatione, ac si non fuisset ante jam tentata diu, non potuisset ejus intelligentia promissa, et tractatio non difficilis evenire mihi. Duas autem continet quæstiones de interdicto unde vi. Ad priorem quod attinet, sciendum est, hoc interdictum pertinere ad recuperandam possessionem fundi vel ædium possessionem; igitur rerum immobilium: nam mobilium vel etiam quasi, ut possessionem usufructus, qui inter eas res numeratur, quæ neque mobiles sunt neque immobiles: his intermediæ sunt res incorporales. Et sæpe plerique falluntur hoc dilemmate: aut res mobiles sunt, aut immobiles; sunt enim quædam neutræ, ut servitutes et res omnes incorporales. Hoc igitur interdictum pertinet ad recuperandam possessionem rerum immobilium, vel etiam ususfructus, cujus possessione quis expulsus est, vel ad restituendum eum in pristinam causam, qui prædio vi dejectus est, eum non possederit, sed in possessione esset. Et sic est duplex interdictum, *de vi et vi* armata: ut conceptus est hic titul. *de vi*, simplici scilicet. Vis simplex est vis quotidiana, ut veteres J. C. loquebantur, vel quod de ea proponitur interdictum quotidianum. Hæc vis dicitur potius quam fit: dicitur verbo, non fit manu, aut multitudine coacta. Et in plerisque causis ea hodie utimur non inciviliter. Vis armata est, quæ fit ferro et viribus et manu coacta. Multæ sunt differentiæ inter hanc et illam vim, inter hoc et illud interdictum. Inter ceteras hæc una est, quod interdictum de vi armata detur, non tantum possessori, qui dejectus est, sed etiam non possessori, qui in fundo erat tunc cum dejectus est, licet eum sibi non possideret, veluti colono, *l.* 1. *C. comm. de usuc. le conducteur peut former complainte en certain cas.* Interdictum de vi simplici datur possessori tantum dejecto de possessione sua non domino, *l. Fulcinius, hoc. tit.* certe datur ei qui modo possessor fuerit, non possessori non datur, *l.* 1. §. *interdictum autem*, *hoc tit.* Et hanc differentiam M. Tullius notavit in oratione pro Cæcinna his verbis: In *interdicto quotidiano, unde ille me vi dejecerit, addi, cum ego possiderem, in interdicto de hominib. armatis, non addi:* et rursus: *in interdicto quotidiano eum, qui fatetur se dejecisse, vincere si ostendat actorem non possedisse: in interdicto de hominibus armatis eum, qui ostendere possit, eum non possedisse, qui dejectus sit, condemnari tamen si fateatur a se dejectum.* Et perseveremus in eodem exemplo coloni, quem constat nullam possessionem habere, ut est in *l. non solum,* §. 1. *et seq. de usur. et us.*

Si nondum finita locatione dominus fundum vendiderit, nec exceperit, ut emptor colonum perfrui sineret, sed vel tacite emptori permiserit ire in possessionem fundi, emptor colonum expellere potest vi quotidiana, *s' en emparant sans force*, non coactis hominibus armatis, atque prohibere potest eum frui: quo casu colono erit regressus adversus dominum locatorem actione ex conducto, perinde ac si dominus ipse colonum perfrui vetuisset, *l. emptor, C. de loc. l. arbores*, §. 1. *sup. de usuf.* Emptor, qui expulit colonum vi quotidiana, neque colono tenetur interdicto unde vi, quia colonus non possidebat, *l.* 1. §. *dejic. hoc tit.* neque domino, quia voluntate ejus ivit in possessionem. Vis igitur hæc est impunita quasi utilis vis. Unde merito dubitatur, cui in casu proposito in hac lege, emptor, qui expulit colonum, colono teneatur interdicto quotidiano unde vi? Et intelligemus quidem paulo inferius hoc ideo fieri, quia in specie hujus legis colonus prius prohibuerat emptorem ingredi vi adhibita, quotidiana tamen, quo facto videtur dominum dejecisse de possessione; cum scilicet dejecit eum, quem miserat dominus: ita hoc facto colonus cœpit possidere, qui ante prohibitionem non possidebat. Colono igitur, qui cœpit possidere, si postea emptor eum dejiciat, quasi possessori dabitur interdictum unde vi adversus emptorem, sed speciem legis latius exequamur. Locasti colono fundum, deinde vendidisti eum Titio nondum peracta locatione: debuisti ex natura emptionis venditionis tradere emptori vacuam possessionem fundi; et vacua est, quæ libera est, nec detenta ab alio, *l.* 2. §. 1. *de act. emp.* non tradidisti, sed jussisti eum ire in vacuam possessionem, jussisti colonum, per quem fundum possidebas, emptor tradere possessionem: quam si tradiderit, sane jam tradidisti: si non tradiderit, nondum tradidisti. Finge, colonum non tradidisse emptori possessionem, sed vi adhibita sive hominibus coactis armatisve prohibuisse emptorem ingredi fundum: postea finge, ex intervallo colonum emptorem dejecisse de possessione, quam colonus per prohibitionem illam vimque priorem quam jam suam fecerat, an utraque vis coercetur hoc interdicto? Sic videtur Papiniano. Ergo definit ita: colonum teneri domino interdicto unde vi, colono autem emptorem de vi armata. Videndum est, quæ sunt causæ utriusque interdicti. Est D. Hilarii dignissima vox episcopi, *ex causis dicendi esse sumendam dictorum intelligentiam.* Cur hoc interdicto colonus tenetur domino? quia dominum dejecisse videtur cui non admisit emptorem, imo repulit et rejecit sive dejecit: quid est dejicere? missum voluntate domini non admittere. Nihil interest dominum prohibuerit, an emptorem missum voluntate ejus, *l. colonus*, *supra hoc tit.* Imo vero emptorem non videtur dejecisse, qui nactus non erat possessionem, sed venditorem tantum, quia venditor non ante videtur amisisse possessionem, quam emptor eam ingressus sit, nec enim amittitur possessio sine animo, et animus est venditori retinendæ, non amittendæ possessionis, donec eam emptor ingressus sit. Igitur venditor quasi possessione, quæ sua erat, nondum emptoris, deturbatus a colono, recte aget cum colono interdicto unde vi. Ex his colligitur, nec desinere possidere fundum, quem possideo corpore coloni et animo meo, si colonus vel me, vel alium ex voluntate mea introire volentem prohibuerit: prohibitio hæc vis est; vis mutat causam possessionis, non destinatio animi sola, si fundum colonus sibi possidere animo cogitaverit: nam non mutat etiam sola animi destinatio, aut non facit furem rei mobilis, puta si quis rem depositam abnegaverit, nisi et intercipiendi causa occultaverit, *l.* 1. §. 1. *de furt. l.* 3. §. *si rem*, *l. si rem, de acquir. posses.* Quod in re immobili contingere non potest, ut occultetur. Imo et venditio fundi sola non mutat causam possessionis si colonus fundum conductum alii vendiderit, *l. cum nemo*, *et l. ult. C. de acquir. possess.* quia ex regula juris, nemo potest sibi ipsi mutare causam possessionis. Colonus igitur, qui sibi non possidet, non potest efficere, vel cogitatione vel venditione fundi, ut quod tenet ex causa conductionis, sibi possiderit; aut sibi possedisse intelligatur, ut quod tenet pro alieno, possideat pro suo, nisi alia major causa extrinsecus accedat, veluti traditio ipsius fundi facta alteri, *l.* 3. §. *quod si servus*, *sup. de acquir. possess.* Si modo legatur, *tradiderint*, non *tradiderim*, *argum. l. non solum*, §. *qui pignori*, *de usurp. et usucap.* vel etiam nisi accedat vis vel suspicio, vis quæ efficiat, ut dominus deponat animum possidendi. Quæso, cur vero emptor tenetur colono eodem interdicto? quia post prohibitionem colonus sibi possidere cœpit dejecto domino. Ergo ei quasi jam facto possessori, merito competit interdictum unde vi adversus emptorem, qui colonum dejecit, quod non competeret non possessori. Ac præterea, quod maxime notandum in hac lege colonus non videtur possedisse, antequam dejiceretur ab emptore, sed a venditore: ab eo dicitur quis vi possidere, quem vi dejicit: colonus autem prohibendo emptorem introire, venditorem videtur dejecisse, non emptorem, videtur dejecisse venditorem, quia venditor possidebat; ergo a venditore vi possidet, *il tient la possession de luy par force.* Cur hoc diximus? quia si ab emptore vi possideret, aut clam aut precario, non posset cum eo experiri interdicto unde vi, *l. prox. sup. h. t.* Si ego te vi dejeci, et

confestim tu me, deinde ego te, habes utile interdictum unde vi adversus me. Cur? quia non videris a me possidere, id est, qui in ipso congressu, in continenti possessionem sibi vi adeptam, vi recuperat, videtur potius reverti in pristinam causam, quam vi possidere, alioqui videreris a me possidere vi, et si hoc esset verum, non posses mecum agere hoc interdicto. Et recte in *l.* 1. §. *qui a me*, *h. t. qui a me vi possidet, si ab alio dejiciatur, habet hoc interdictum*: recte si ab alio: nam si a me ipso dejiciatur, non habet hoc interdictum, qui a me vi possidet, et loquitur tota illa lex. 1 de interdicto quotidiano: nam, quæ est altera differentia inter hæc duo interdicta de vi et vi armata, interdicto de vi armata agere licet ei, qui ab eo vi possidet, in quem agit, puta si ab eo postea quam eum ipse prior dejecit, ex intervallo dejectus fuerit vi armata, *l.* 14. *h. t.* Secus si ex continenti dejectus sit, quia propulsio, quæ fit ex continenti, non est vis: vim vi, arma armis repellere licet, *l.* 3. §. *eum*, *hoc tit.* Igitur non impune dejicio vi armata eum, qui me vi dejecerat, nisi hoc faciam in continenti. At impune dejicio etiam ex intervallo vi quotidiana sine armis eum, qui me vi dejecerat, nec teneor interdicto unde vi: et ita Paulus recte 5. *Sent. tit. ult.* et Marcus Tullius in eadem oratione. Igitur ad propositam speciem, si colonus dejecisset emptorem, non posset cum eo experiri hoc interdicto, quia non emptorem videtur dejecisse, sed venditorem: sed colonus cum emptore potest experiri hoc interdicto si ab eo postea vi dejiciatur, etiamsi mandato venditoris emptor postea hoc faciat, quia mandato illicito non debuit obtemperare. Et observandum est, qui tenetur interdicto unde vi agere interdicto unde vi, cum qui furti tenetur, non agat furti: furti causa est inhonesta, turpis, famosa, et quod ex ea igitur prætenditur, id quod interest: vis quotidianæ causa non est famosa, sed civilis, *l. neque hoc tit.*

Ad §. Eum qui.

Eum, qui fundum vindicavit ab eo, qui interdicto unde vi potuit experiri, pendente judicio nihilominus interdicto recte experiri placuit.

In hoc §. Papinian. scribit, *placuisse*, quo verbo significantur constitutiones Principum, ut is, qui fundum vindicavit ab eo cum quo potuit experiri interdicto unde vi, pendente eo judicio, vindicationis scilicet, nihilominus posset experiri interdicto, quod ex hoc loco relatum est etiam in *cap. pastoralis, de causa possess. et prop.* Sciendum est, rei corporalis, ut penitus hoc intelligatur, vindicationem dari domino, qui non possidet rem adversus rei possessorem, *l.* 1. *C. ubi in rem actio exerceri debeat*, §. *æque*, *Instit. de action.* Possessio, ut est *in l. un. C. de alienat. jud. mut. causa facta*, in rem actionem parit adversario, possessio scilicet ex parte ejus unde petitur, ut in *l.* 17. *de pignor. Pignoris possessio*, sic legendum, *in rem actionem parit creditori*, juxta quod in *l. si fundus*, §. *in vindicatione*, *eod. tit.* In vindicatione pignoris quæritur, an rem de qua agitur, possideat is, cum quo agitur: si non possideat, vel dolo non desiit possidere, absolvendum eum esse. Possessio creat actionem in rem. Et ita in *l. non alias* §. *ult. de judic.* in rem actionem ex præsenti possessione esse, vel præterita scilicet, quam dolo malo omiserit, quæ habetur pro præsenti, licet non sit præsens. Et in *l. ult. de rei vindic.* facile esse evadere actionem in rem, quia is non compellitur pati eam actionem, qui dejerat et asseverat se non possidere: *la demande au petitoire se conçoit ainsi, pour declarer a quel tiltre il tient, occupe, et possede.* Licet autem exitus rei vindicationis hic sit, ut possessio rei transferatur in actorem, *l. qui restituere*, et *l. ult. de rei vendic. l. si cum venditor, de evict.* non tamen per eam actionem, per vindicationem possessio vindicatur, sed proprietas. Est legitima vindicatio proprietatis: ususfructus legitima vindicatio pignoris, nulla est legitima vindicatio possessionis. Ælius Gallus Jurisconsultus apud Festum: *In legitimis actionibus*, inquit, *nemo ex jure Quiritium possessionem suam vocare audet*, id est, vindicare, *sed ad interdictum venit uti possidetis, vel utrubi.* Igitur interdicto prætorio, non legitima actione ulla possessio, vindicatur: denique actione in rem, rem meam voco, rem meam esse, non possessionem meam voco. Et si quidem probavero rem meam esse, possessio in me transfertur a reo, qui eam se possidere non negaverit: nam ab eo qui negat se possidere, si convincatur possidere, statim possessio in me transfertur per judicem jure dominii, licet rem meam esse non probavero: hæc est mendacii pœna, *d. l. ult. de rei vindic.* Ergo actio in rem est intentio dominii. Et excepto illo casu d. legis ult. illi, qui agit hac actione, ob id incumbit probatio dominii, quæ probatio, quia plerumque est difficilis, consilium dant omnes Jurisconsulti, ut si possit quis, interdicto potius agat, quo vel adipiscatur, vel recuperet, vel adserat, vel defendat sibi possessionem, id est, vindicet, quem legitima actione, qua rem suam esse petat, qua rei se dominum esse contendat: quia longe commodius est agere possessori judicio possessorio, quam petitorio; longe commodius possidere, quam alio possidente petere, *l. is qui destinavit*, *de rei vindic.* quia scilicet, possessori nullum incumbit onus probationis,

nec necesse habet causam, titulum, auctoritatem possessionis suæ edicere, vel edocere, *l. in speciali*, *eod. tit. l. ult. C. eod. tit. l. pen. C. de pet. hæred.* Et in pari causa melior est conditio possessoris, fortuna pro possessore judicat. Igitur in specie hujus *l. ult.* non satis prudenter sentit is, non satis consulto facit is, qui fundum vindicavit ab eo, cum quo poterat experiri interdicto unde vi ad recuperandam possessionem sibi ab eo vi ereptam: sed factum suum quæritur, an tamen adhuc sit ei integrum emendare, pendente judicio rei vindicationis, et experiri interdicto unde vi: et Papinianus ait, etiam pendente eo judicio, nihilominus utiliter agi interdicto unde vi. Quod sic accipiendum esse reor, non tantum, ut suspenso tantisper, vel penitus omisso judicio, rei vindicationis mutata formula, *changeant de conclusion*, experiatur interdicto unde vi, sed etiam ut utroque judicio agat, petitorio et possessorio, ut pendente scilicet, nec intermissa vindicatione, etiam agat interdicto unde vi. Quo jure etiam hodie utimur, et vel proposita tantum vindicatione, etiam de possessione certamus, vel proposito tantum interdicto, etiam proprietatis probationes in judicium adferimus, vel utramque simul, id est, proprietatem, et possessionem in judicium deducimus, vindicationem et interdictum. Fabius lib. 7. *Instit. In interdictis*, inquit, *etiamsi non proprietatis quæstio est, sed tantum possessionis, tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostros possedisse docemus:* utrumque scilicet docemus, utrumque cumulamus, utrumque conjungimus, in uno eodemque judicio. Neque vero mirum, simul agi posse rei vindicatione et interdicto unde vi, ut hoc loco ostenditur, quæ remedia sive judicia non sunt contraria, cum et usu receptum sit, non absque ratione et auctoritate juris contraria remedia sive judicia posse cumulari subalternatim, ut definit Bartol. *l. 1. C. de furt.* Contraria judicia non sunt vindicatio rei et interdictum unde vi, sed vindicatio rei et interdictum uti possidetis. Nam in rei vindicatione adversarium possessorem esse fateor, in interdicto uti possidetis, adversarium possessorem esse nego, et me solum possessorem esse assero, atque ita mihi vindico soli possessionem: et tamen, qui cœpit rem vindicare, recte agit nihilominus interdicto uti possidetis, *l. naturaliter*, *§. nihil commune, de acquir. possess.* Quod etiam sic accipio, non tantum ut possit mutare genus judicii, *changer de demande*, *de conclusion*, et remissa vel intermissa rei vindicatione, agere interdicto uti possidetis, sed etiam, ut possit utroque simul experiri sub alternatione, vel sub protestatione, ut in *l. 1. §. quia autem*, *quod legat. l. contra, C. de inoffic. testam.* Cum et de utroque constet, judicem simul pronuntiare posse, et cognoscere ex constitutionibus Principium: Symmach. 1. epistol. eleganter, *Recitata est constitutio*, *quæ judicibus tribuit copiam*, *non imponit necessitatem, ut quoties de possessione judicant*, *continuo si casus tulerit*, *etiam de jure cognoscant*, id est, de proprietate. Nec obstat quod dicitur vulgo, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate, quod etiam fit plerumque hodie, *l. 3. C. de interdict. l. ordinarii, C. de rei vindicat.* causam proprietatis esse secundam actionem in *l. ult. C. quor. bonor.* Nam fateor, hunc esse solemnem ordinem juris, sed ex constitutionibus licet etiam utrumque simul introducere et disceptare. Si vis ordinem servare, eum serva, ita ut quæstionem possessionis anteponas quæstioni proprietatis. Sed si non vis servare, non serves: hoc enim constitutiones permiserunt. Hunc ordinem, ut de eo vos admoneam, quoniam multi in eo falluntur, male existimant comprobari *l. si de vi, de judic. et l. 5. de leg. Jul. de vi publ.* Ex eo loco efficiunt, prius agi debere de possessione, quam de proprietate, perperam. Nam, ut quodam loco me ostendere memini, nec ideo ero in hac re longior, non id vult *l. si de vi*, sed hoc tantum, ut si quæratur de vi criminaliter, judicio publico, et civiliter de possessione vel de proprietate, præferatur criminale judicium civili. Hoc ita Adrianus rescripsit et decrevit. Male etiam ad eum ordinem comprobandum utuntur *l. multi*, *C. de judic.* quæ ut id etiam breviter stringam, non hoc vult, prius esse cognoscendum de possessione, quam de proprietate, sed hoc tantum præscribit, ut de utraque quæstione, unus idemque judex cognoscat, quod etiam ex eo loco refertur in *capit. 1. de causa possess. et propriet.* Ergo ad rem: etiamsi is sit ordo solemnis, quem servare cuique liceat, tamen et non servare licet. Omnia judicia hodie sunt extraordinaria, id est, licet agere ordine vel extra ordinem. Nec enim sunt sublata ordinaria, si quis eis malit experiri, sed est liberum quacumque de re agere extra ordinem. Est igitur mihi liberum cumulare petitorium judicium et possessorium quodcumque. Nec huic definitioni obstat quicquam lex *penult. in princ. de acquir. possess.* dum ait, permisceri non debere possessionem et proprietatem: nam hoc non est cumulari non debere utramque in uno eodemque judicio: namque ea cumulatio permistio non est, sed sive uno judicio, sive diversis agatur, semper accurate discerni debere possessionem a proprietate, nihil commune habere possessionem cum proprietate. Proprietatem separatam esse, *l. prima*, *§. hujus*, *l.*

penultima, in fine, titul. sequen. l. et au eandem, §. *ultim. de except. rei judic.* Sæpe qui est dominus, non est possessor, et qui est possessor, non est dominus, et nonunquam idem est possessor et dominus: ut sit, semper hæc discernenda sunt, non confundenda, licet per abusionem quandoque possessionem accipiamus pro proprietate: ut cum quis legat possessiones suas, proprietatem legat, *l. interdum, de verb. signif.* Seneca 10. epistol. *Stultam avaritiam mortalium discernere proprietatem possessionemque*: imo vero prudentiam mortalium summam, et necessarium rerum usum. Additur in *d.* §. *nihil commune*, non videri renuntiasse possessioni eum, qui agit rei vindicatione, alioquin vindicatio faceret conditionem nostram deteriorem, et actionem exercentes, deteriorem non facimus conditionem nostram, imo meliorem, *l. aliam, de novat.* vindicationem rei servandæ non perdundæ inventam esse, ut Plautus, sed perquam nequiter jusjurandum rei servandæ, non perdendæ esse inventum. Non eo animo ad vindicandum venio, ut possessionem omittam, si quam habeo. Est enim possessio suo jure metienda potius quam confessione mea, nec mihi confessio mea usque adeo nocere debet, ut eam non possim retractare, vel in eodem judicio utrumque mihi adserere et possessionem et proprietatem sub alternatione, ut dixi, vel sub protestatione. Sicut is qui agit cum alio familiæ erciscundæ, videtur quidem fateri eum esse cohæredem, *l.* 1. *l. fundus, l. qui dotis*, §. *si ergo, famil. ercisc. et l.* 1. §. *etsi possess. si pars hæred. pet.* non tamen ita id fatetur, quin sit ei integrum mutato judicio, agere petitione hæreditatis, et ita negare, eum sibi cohæredem esse, qui est sensus d. legis *qui dotis.* Sicut etiam is, qui excipit, qui opponit exceptionem actioni, non ideo videtur omnino fateri de intentione actoris, admittere videtur intentionem, non fateri omnino: ut si ego propono aliquam regulam juris forte falsam, in ea re, de qua disputamus, et tu quasi sit vera excipias casum aliquem, non ideo possit adversarius coarguere, te confessum esse, secundum regulam *l. non utique videtur, ff. de except.* Et ut nihil vetat inficiari simul et excipere hoc modo, *nihil debeo, et ut debeam pepigi tecum, de non petenda pecunia*; cur enim non mihi liceat agere in hunc modum: non tu possides, sed ego possideo, sed etiamsi possideas, rem meam esse ajo, mihique restitui debere. Et ut eleganter Libanius Sophista, ei, qui possit esse tutus ipso jure, legem nonnunquam dare exceptionem ex abundanti, ἐκ περιουσίας: ita mihi agenti rei vindicatione veluti ex abundanti, licebit etiam agere interdicto, et contra, saltem, ut dixi sub alternatione, vel sub protestatione.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXVII. QUÆSTIO. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Eum qui XLIII. de judic.

Eum, qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, quocumque loco agere posse in id quod interest, constat.

Incipit Liber XXVII. a L. XLIII. *de judic. ait l. eum qui certo tempore*, id est, intra tempus, *ut est in Basilic. insulam Capuæ fieri, etc.* Non recte stipulor *insulam fieri*, id est, domum ædificari non adjecto loco, quo eam fieri velim, *l.* 2. §. *si quis, ff. de eo, quod certo loco, l. qui insulam, l. ita stipulatus, de verb. obligat.* adjici locum debere, veluti, *insulam Romæ, etc.* Nec necesse est etiam tempus adjici, quia stipulationi satis inest tacitum tempus, intra quod fieri Capuæ insula potest, *l. interdum, de verb. obligat.* Sicut huic stipulationi, *Capuæ dari*, si fiat alio loco, tacite inest tempus, quo Capuam perveniri potest, *d. l.* 2. §. *quia ita stipulatur.* Et hoc ipso lib. Papinianus, *l. si in testamento*, §. *ult. de fidejussor. l. servus hæredi*, §. *pen. de statulib.* Et nihil interest verbis an re ipsa insit obligationi tractus temporis, *l. quoties, de oper. libert.* In specie hujus l. etiam stipulationi, *Insulam Capuæ fieri*, verbis expressis adjectum est tempus, veluti *intra annum fieri*, quæ stipulatio potest esse inutilis, si impossibile sit intra illud tempus Capuæ insulam fieri, quo modo in stipulationem venit, sed si possit intra illud tempus fieri, et consummari, est perutilis, etiamsi tempus non sit adjectum: omissio loci vitiat hanc stipulationem, non omissio temporis, quoniam tempus suppletur vel tacito intellectu. De stipulatione, quæ in dando consistit, illud est observandum maxime, valere eam etiam non adjecto loco, veluti, *centum dari.* Et ratio differentiæ evidens hæc est, quia qui domum fieri stipulatur sive insulam, superficiem fieri stipulatur; superficies autem non est sine loco, quo fundetur, insideat, inædificetur, inhæreat: ac proinde si is locus sit incertus, si nullus sit adscriptus stipulationi, imperfecta est stipulatio, quia non potest esse superficies sine solo, licet contra solum possit esse sine superficie. Numeratio autem pecuniæ nullo hæret loco certo vel perpetuo. Est et alia differentia, si stipuler *centum Capuæ dari*, alio loco non possum agere actione directa et pura ex stipulatu, quia certi obligatio est: quod si detraho utilitatem loci, plus peto et male ago: possum tamen agere alio loco utili actione, facta scilicet comme-

moratione ejus loci, quo pecunia dari debuit, ut utilitas ejus loci æstimetur, id est, quod propter eum locum interest, arbitrio judicis, §. *ult. Instit. de act.* Sed si stipuler insulam Capuæ fieri, finito tempore, quo fieri ea insula debuit et potuit, nec facta est, possum agere quocunque loco, competenti et congruo scilicet, ut Accurs. recte annotavit, directa et pura actione ex stipulatu, in id quod interest, nec mihi necesse est descendere ad arbitrariam, quia incerti obligatio contracta intelligitur, id est, id actum videtur inter contrahentes, ut promissor teneatur in id quod interest, si non fecerit insulam intra justum tempus, sicut, si promisisset certo loco judicio sisti, esset actio incerti in id quod interest. Et hæc est vis et potestas hujus legis.

Ad L. Cum servus LIV. mandati.

Cum servus extero se mandat emendum, nullum mandatum est. Sed si in hoc mandatum intercessit, ut servus manumitteretur, nec manumiserit, et pretium consequetur dominus ut venditor, et affectus ratione mandati agetur. Finge, filium naturalem vel fratrem esse: placuit enim prudentioribus affectus rationem in bonæ fidei judiciis habendam. Quod si de suis nummis emptor pretium dederit (neque enim aliter judicio venditi liberari potest) quæri solet, an utiliter de peculio agere possit. Et verius, et utilius videtur, prætorem de hujusmodi contractibus servorum non cogitasse, quo se ipsi mala ratione dominis auferunt.

Est lex elegantissima et utilissima, quæ frequenter in medium adduci solet. Servus mandavit extraneo, ut se emeret, ut se redimeret a domino, simpliciter nullo alio adjecto. Initio legis hoc tantum proponit Papinianus, *nullum esse mandatum*, nec rationem reddit nullitatis, sed redditur aperte in *l. un. C. si serv. ext. se emi mand.* quæ est veluti interpretatio hujus legis. Cur nullum est mandatum, si servus se emi mandet? Quia neque mandatum illud ex persona servi consistere potest, propterea quod liber factus se emi mandaret inutiliter, quia non potest, cum liber homo emi non possit, idem esse emptor et res, quæ emitur: ea demum valent ex persona servi, quæ si liber esset, valerent *l. debitor*, §. *servo*, *de leg.* 2. *l. etsi maxime*, *de serv. leg.* Nec mandatum quoque illud consistere potest ex persona domini, quia inutiliter mando, ut quis a me servum meum emat, vel aliam rem, quia non possum a me ipso rem meam emere, et quod per me non possum, nec per vicarium possum: quod is emit, ipse emere videor. Igitur mandatum illud plane nullum est, et ex eo non nascitur actio mandati ultro citroque. Sed finge, ut servus mandaverat, extraneus eum servum emit a domino, contracta emptione venditione: sane inter extraneum et dominum erit ultro citroque actio ex empto vendito, non ex ipso mandato nascitur actio, quod nullum est, quia et hoc non agebatur inter extraneum et servum, ut ex ipso mandato nasceretur actio, sed propter mandatum ex alio contractu, id est, emptione venditione, ultro citroque est actio inter extraneum et dominum. Secuta igitur emptione venditione, non prorsus est inutile mandatum, cum etsi non ex mandato actio sit, tamen propter mandatum sit actio alia. Diversa hæc sunt *ex*, et *propter*, *l. eo tempere*, *in fi. de pecul.* Si servum alienum bona fide possideo, et is servus mutuatus pecuniam ab alio, eam mihi det pro capite, id est, pro libertate, ut eum manumittam, mihi non acquiritur ea pecunia, sed vero domino, quia is servus non acquirit mihi, nisi ex duabus causis, ex suis operis, et ex re mea. Ea autem pecunia non est ex re possessoris, sed propter rem, id est, propter servum. Et ita *l. venditor*, *de hæred. vend.* pretium hominis venditi non esse ex re, sed propter rem. Et similis differentia inter *ex*, et *per in l. pen. de sepul. viol.* hæres immiscet se bonis, et obligat æri alieno, si quid capit ex hæreditate, non si quid capit per hæreditatem: ut puta, si egerit de violato sepulchro hæreditario; articulo *ex*, significatur causa, articulo *propter*, occasio: et aliud est causa, aliud occasio. Sed pergamus. Quid dicemus si non simpliciter servus se emendum mandaverit, sed adjectu causa, ut scilicet post emptionem ab emptore manumittatur, et nolit emptor manumittere, quomodo Papinian. ponit speciem in prima parte hujus l. et ponunt etiam Græci ad *l. un. C. si serv. ext.* Mandati hæ duæ sunt partes, ut emat, et ut manumittat. Propter priorem partem, non ex priori, si contracta sit venditio, extraneo est actio ex empto, ut servus tradatur, domino autem est actio ex vendito, pretii consequendi gratia, quod nihil agit emptor, si inferat ex nummis peculiaribus servi, sed id inferre debet ex suis nummis, ut liberetur judicio venditi, ut Papin. ait hoc loco, quod est secundum differentiam juris, ut sit differentia inter venditorem et emptorem: venditor liberatur etiam re aliena, quam vendidit, tradita: emptor non liberatur alienis nummis solutis, *d. l. un. et l.* 1. *inf. de rer. permut. l. ex empto*, §. 1. *de action. emp.* ubi Accurs. attulit veram rationem differentiæ, quia venditor debet certum corpus, certam rem, quæ venit; emptor debet quantitatem, quam facile potest conficere ex suis bonis. Concludamus igitur, propter priorem mandati partem, non ex priore, esse actionem ultro citroque, id est, esse actionem ex empto et vendito, non mandati. Nunc

dicamus de posteriori mandati parte. Ex posteriori parte dicimus plane, domino esse actionem mandati, quasi quæsitam sibi per servum, antequam eum alienaret, et emptori traderet: domino, inquam, qui servum tradidit, esse actionem mandati ex posteriori parte mandati præcedentis traditionem, cum adhuc servus esset in sua potestate, et esse scilicet, ut servus manumittatur ab emptore, quoniam scilicet venditoris interest servum manumitti: nam si nihil interest, cessat actio mandati, *l.* 8. *mandati*, *D. mand.* Sed hoc casu nihil videtur interesse, ut is servus manumittatur, quia jam est consecutus pretium, aut est forte consecuturus: non interest quidem, fateor, sed interesse creditur, quoniam in bonæ fidei judiciis idem pollet, ac si interesset revera: interest revera, si quid pecuniariter interest, si quid scilicet re mea abscesserit, vel non accesserit, et ita interesse dicimus in omnibus judiciis. Sed placet, etiam in judiciis bonæ fidei haberi rationem ejus, quod interesse creditur pii et benevoli affectus ratione: sicut hæredis interest, aut creditur interesse, impleri modum injectum legato, etiam si nihil intersit pecuniariter. Hæredis enim interest impleri voluntatem defuncti, *l. jus* 19. *de leg.* 3. *l. Titio centum*, *in princ. et* §. 1. *de cond. et demonstr.* Et similiter interest patris, filium suum manumitti aut fratrem aut sororem. Et similiter in hac specie, ut domino, qui servum tradidit, sit actio mandati in hoc, uti servus manumittatur, fingere debemus, ejus interesse, puta eum servum fuisse ejus filium naturalem, vel fratrem naturalem, ex contubernio forte, quæ causa est justa minori 25. annis servum manumittere volenti, *l. si minor annis*, *de manum. vind.* filius naturalis est is, quem in servitute quæsivit ex contubernio. Finge, me post susceptum filium pervenisse ad libertatem, et comparasse filium meum naturalem, qui mansit in servitute, ac deinde vendidisse: interest plane mei eum manumitti, et eo nomine possum agere, si fuerit ea lex mandati etiam contracti non a me, sed ab ipso servo filio meo naturali: filius vel est ex contubernio, vel ex concubinatu, vel ex matrimonio, vel ex adoptione: ex contubernio et ex concubinatu, est filius naturalis: ex matirimonio est legitimus et naturalis: ex adoptione est legitimus, non naturalis: ex scortatione neque est legitimus, neque naturalis. Affectum igitur hoc loco accipimus, pro benigna et humana animi propensione erga aliquem, cujus quidem affectus ratione, et sane nulla res pluris æstimatur, *l. ult. de oper. serv. l. pretia, ad leg. Falcid.* Sed, ut inter nos nuper agitabatur, affectus ratione quasi creditur nostra interesse, licet pecuniariter nihil intersit, et eo colore nobis datur actio affectus explendi gratia, *l.* 7. *de servis export.* Et plerumque nullum lucrum est tanti, quam si desiderium expleatur, sive affectio animi nostri. Addendum his omnibus, domino etiam esse actionem mandati ex posteriori illa parte, ut vel emptor servum manumittat si ejus intersit, ut diximus, ut si sit ejus filius vel frater, vel etiam ut servus sibi restituatur, quem emptor non manumittit: ergo duo veniunt in actionem mandati, ut manumittatur, vel ut reddatur venditori: et prius quidem concurrit facile cum actione venditi, id est, possum agere venditi, ut pretium consequar, atque etiam mandati, ut affectioni meæ satisfiat secundum legem mandati a servo interpositam, id est, ut servus liber fiat. Posterius autem, ut vel servus reddatur, non potest concurrere cum actione venditi: nam repugnat rei emptæ pretium petere, et rem quoque emptam repetere. Non possunt igitur hæc duo judicia concurrere pure, cum sint omnino contraria, *l.* 1. *C. de furt.* subalternative, alterna actione concurrerent, ut ostendimus postrema prælectione. Ex priori ~~autem~~ parte mandati, ut se emat, domino non est actio mandati, ut jam ante diximus, sed quod nondum diximus, non est etiam extraneo emptori in dominum actio mandati de peculio, ut recipiat pretium, quia servum ex mandatu servi suis nummis ab eo redimit, quia, ut eleganter ait Papinianus, quod confirmat lex *eo tempore*, §. *ult. de pecul.* dominus non tenetur de peculio ex eo contractu quo servus domino se abstulit, nec de eo contractu cogitavit prætor, cum generaliter dedit actionem de peculio ex contractibus servorum: nam ita dedit de peculio actionem, si ex eis contractibus non se domino subduceret servus. Et hoc mandato quid aliud egit servus, quam ut se domino auferret? Et quidem mala ratione, inquit. Cur sit mala ratio mandare se redimi? An quod dominus invitus cogatur vendere oblata pecunia? minime: nec enim cogitur *l. servus*, *h. t.* Et apud Plautum servus quidam ita quidem loquitur: *vobis invitis atque ingratis una littera liber fieri possum.* Nam id servus dicit uxori domini, et filio, non domino, nempe hoc scilicet se vel una litera, et exiguo pretio posse libertatem promereri a domino invita uxore ejus et filio, sed non etiam domino invito. Igitur mala ratio hæc fuit, quia servus supposuit emptorem clam domino ignorante, ut ait *d. l. un.* ut se ei auferret, quam artem servi dominus si cognovisset forsitan, non indulsisset id animo servi et malevolentiæ, ut eum a se alienaret: mala ratio est suppositio illa, quæ fit clam domino. Et hoc est omnino quod Papinian. vult his verbis, *cum servus extero se mandat*, *etc.* Sequitur ut exponamus alteram quæstionem *l. cum servus*, quæ scilicet continetur in §. *ult.* his verbis.

Ad §. si liber.

Si liber homo bona fide serviens redimi se mandaverit, idque nummis emptoris factum sit, contraria mandati actione agi posse constat, ut tamen actiones præstentur, quas habet emptor adversus venditorem: finge non manumisisse liberam personam emptorem.

Et rei ejusdem communio sive affinitas efficiet, ut ex eodem lib. Papiniani etiam huic §. conjungamus explicationem *l. verbum facere, de verb. signif. et l. servus, de ser. export.* Ac primum verba *l. verbum facere*, sunt hæc: *Verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi.* Papinianus scribit de verbo *facere*, eo *significari*, non tantum factum, sed etiam jus, non tantum factum, veluti *judicare*, *orare*, *scribere*, *ambulare*, *ædificare*, sed etiam eo significari dationem proprietatis, sive translationem dominii, sive alienationem aut pignorationem, veluti solvere aut credere: credere etiam facere est, neque tamen solvit aut in creditum it, nisi qui suos nummos credit aut solvit, id est, qui dominium transfert. Ita hoc eodem libro e contrario Papinianus idem scripsit de verbo *dari, l. 4. de usur.* verbo *dari*, scilicet non tantum significari effectum transferendi dominii, id est, alienationem, ut scilicet in illa formula, *si paret dari oportere, §. sic itaque, Instit. de action.* et in stipulatione rem dari, *l. ubi autem non apparet, §. ult. de verbor. obligat.* Verum etiam eo verbo *dari*, significari factum nudum, id est traditionem nudam rei sine effectu, id est, sine traslatione juris ullius, sine translatione dominii, vel constitutione hypothecæ, ut *l. qui hæredi, et l. qui in facto, de cond. et demonstr.* Atque ita dare non tantum est dominium transferre, sed etiam facere tantum. Et hoc mox apparebit evidenter ex hoc §. *ult. et ex l. 6. de ser. export.* in verbo *manumittere.* Quod non tantum significat *ex servo liberum facere*, vel *libertatem dare*, quod tamen solum videtur significare, atque adeo videtur esse nomen juris, nomen quo significatur collatio juris summi et inæstimabilis, nempe libertatis, sed etiam *manumittere* significat quasi *liberare et manumittere sine effectu ullo, non data libertate*, ita *manumittere*, est spe tantum *manumittere, aut verbo tenus*, non re ipsa, ut in *l. mulier, §. pen. de condit. inst.* Si quis sit hæres institutus sub conditione, *si servum hæreditarium manumiserit*, quod est *si ante aditam hæreditatem manumiserit*: nam aditione desinit esse hæreditarius, aditione fit hæredis, et si is hæres ita scriptus, nondum adita hæreditate, servum hæreditarium manumiserit, quamvis ea manumissio nullius sit effectus, nullius momenti, quasi facta a non domino, tamen veluti impleta conditione institutionis, perveniet ad hæreditatem, quia aliqua significatione manumisit, licet non manumiserit: nec enim præstitit effectum beneficii, sed egit tantum actum manumittentis, fecit, non perfecit. Idemque est, si quis liberum hominem, quem bona fide possidet, existimans esse suum servum, manumiserit, quia ea manumissio nullam rem, nullum effectum habet, nec ingenuitati quicquam officit, *§. ult. Instit. de ingen. l. si quis, §. ult. de cap. et post.* Et tamen si liber homo, quæ est species hujus §. *ult.* alii bona fide serviens, Titio se emendum mandaverit et manumittendum, qui non potest manumitti cum effectu, cum jam sit liber, hoc tamen cum ignoraret, mandavit se emi, si Titius eum suis nummis redemerit, postea patefacta conditione hominis, eoque ingenuo pronuntiato, non potest emptor agere in liberum hominem actione mandati contraria, videlicet pretii, quod de suis nummis dedit, recipiendi causa, nisi emptor ei cedat actiones, quas habet adversus venditorem evictionis nomine, quia is homo, qui venit, se evicit in libertatem, et liber pronuntiatus est: habet autem actionem ex stipulatione duplæ evictionis nomine, de qua actione est necessarium, ut intelligamus §. *ult.* Iterum dico, ut rem explicatius proponam, habet actionem adversus venditorem ex stipulatione duplæ, cum eum hominem non manumisit, hoc poni necesse est. Finge, inquit, liberam personam non manumisisse emptorem: nam hoc si non fingis, non est locus huic sententiæ. Cur ita? quia si eum manumiserit, etiamsi manumittendo nihil egerit, ipse tamen videtur eum hominem sua voluntate perdidisse, priusquam non proclamaret is homo, se ingenuum esse, atque ideo non aliter is homo ei videtur evictus, quam si emptor eum non manumiserit, sed ipse se homo, qui venit liberali judicio, asseruit in libertatem, *l. si servum, de eviction. et l. si hominem, de ædil. edic.* Necesse est, ut committatur stipulatio de evictione, rem evinci judicio: non sufficit, si evincatur alio modo, *l. non tantum, de evict. l. utique, de rei vindic.* Et ob id ponimus, eum hominem in judicio se vindicasse in libertatem, et seipsum evicisse emptori. Est autem necessario hic §. accipiendus de actione ex stipulatione duplæ, quæ solet interponi ob evictionem, maxime vendito homine, alioquin valde pugnaret hic §. *ult.* cum *l. 8. §. si liber homo, hoc tit.* quæ loquitur manifeste, non de hac actione ex stipulatu, sed de actione empti nominatim, quam quidem actionem empti, etiamsi emptor manumiserit, ab eo vult cedi libero homini, adversus venditorem, quia scilicet, etiamsi is, qui manumisit liberam personam,

quique hoc quali quali facto eam personam perdidit, non teneatur actione ex stipulatu de dupla evictionis nomine, postea libera persona in judicio vindicata in libertatem, tamen habet actionem ex empto adversus venditorem, quod libertum non habeat, quem ex manumissione putabat se habiturum, *l. sed hoc nomine*, *de evict.* quæ sequitur *d. l. si servum.* Atque ita conjunctio utriusque legis, ut fieri alias ostendi in casibus innumeris, demonstrat in proposito quoque casu esse inter has actiones constituendam differentiam, non esse ex stipulatu actionem evictionis nomine, et esse tamen ex empto: non esse in duplum, esse in simplum ejus quod interest. Simile autem discrimen inter effectum beneficii, id est, libertatis, et actum solum manumittentis, idem Papinianus *eod. lib.* notavit in *l.* 6. *de servis export.* quam totam breviter explicabo.

Ad L. VI. de Serv. export.

Si venditor ab emptore caverit, ne serva manumitteretur, neve prostituatur: et aliquo facto contra quam fuerat exceptum, evincatur, aut libera judicetur, et ex stipulatu pœna petatur: doli exceptionem quidam obstituram putant: Sabinus non obstituram. Sed ratio faciet, ut jure non teneat stipulatio, si ne manumitteretur, exceptum est: nam incredibile est, de actu manumittentis, ac non potius de effectu beneficii cogitatum. Ceterum si ne prostituatur, exceptum est, nulla ratio occurrit, cur pœna peti, et exigi non debeat, cum et ancillam contumelia adfecerit, et venditoris affectionem forte, simul et verecundiam læserit: etenim alias, remota quoque stipulatione placuit ex vendito esse actionem.

§. 1. *Si quid emptor, contra quam lege venditionis cautum est, fecisset, aut non fecisset, nobis aliquando placebat, non alias ex vendito propter pœnam homini irrogatam agi posse, quam si pecuniæ ratione venditoris interesset, veluti quia pœnam promisisset: ceterum viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo sævientis satisfactum non fuisset. Sed in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.*

In hac specie, vendidi ancillam ea lege, ne manumitteretur, vel ne prostitueretur, et si fieret contra legem venditionis, ut jus mihi esset manus injiciendi, id est, jus evincendæ et deducendæ ancillæ quasi meæ: vel cavi, ut libera esset. Ac præterea, si quid fieret contra legem venditionis, certam pœnam pecuniariam stipulatus sum. Nunc si quid emptor faciat contra legem venditionis, procul dubio manus injectio erit, vel libera fiet ipso jure: si manumittat, erit manus injectio, non autem fiet libera: quia hoc venditor noluit, si prostituatur, prout convenit, vel manus injectio erit, vel libera fiet ipso jure, *l.* 2. *C. si emancip. ita* Et hoc est extra omnem controversiam. Sed quæritur, an etiam venditori, ubi emptor facit contra legem venditionis, sit pœnæ persecutio in stipulationem deductæ, an sit ei actio ex stipulatione pœnali efficax? Et quidam dicebant non esse ex stipulatione pœnali actionem, agenti obstare exceptionem doli mali: tamen alius dicebat esse utilem et efficacem. Papin. peritissime distinguit, et componit rem, et quod ad primam conventionem attinet, ne manumittatur, scribit, stipulationem pœnalem ipso jure non valere, et manumissa ancilla non committi pœnam, quia ea manumissio nullius est momenti, id est, non confert libertatem ancillæ, quia lex venditionis, ne manumittatur inhibet libertatem: manumittat emptor quando volet, vel manumittant sequentes emptores; hæret semper hæc conditio ancillæ, ne manumittatur, et dicitur hæc lex non tam emptori, quam ancillæ, *l. servus hac lege*, *de manumiss. l.* 3. §. *is quoque*, *ad Syllan.* et in ea conventione, ne manumittatur, de beneficio libertatis et effectu videtur cogitari, non de actu solo manumittentis sive effectu, et cum inanis sit manumissio emptoris, non igitur committi stipulationem pœnalem, quia manumissus, non est manumissus, nec videtur effectu implevisse emptor legem venditionis, quem effectum convenit spectari magis, quam actum nudum et inanem. Et ita omnino definitur *in l. pen. C. si mancipium ita ven.* Quod autem ad alteram conventionem attinet, ne prostitueretur, si prostituta sit ab emptore, Papinianus scribit, committi stipulationem pœnalem, ancillam abduci, vel liberam fieri prout convenerit, ac præterea pœnam peti et exigi ab emptore, qui contra legem fecit, quia scilicet, ut eleganter ait Papinian. Ancillam contumelia affecit, et venditoris affectionem læsit honestissimam, simul ac verecundiam et pudorem, et ut etiam subjicit, quamvis non esset interposita ea stipulatio pœnalis, ratione affectionis piæ et sanctæ, agi posset ex vendito in id, quod interest quod emptor contra affectionem venditionis fecerit: nam in bonæ fidei judiciis, ut in *l. cum servus* diximus, ratione affectionis interesse credendum est, etiamsi nihil intersit pecuniariæ, et bono viro, qui est arbiter bonæ fidei, convenire, ut credat, venditoris interesse, vel quod piæ et sanctæ affectioni ejus satisfactum non sit. Ergo quod ad alteram conventionem attinet, si ei non obtemperavit emptor, committetur stipulatio pœnalis, quia et omissa stipulatione eo nomine, solius affectus ratione liceret

agere ex vendito. Sed inde quærit, et nihil intactum relinquit, an etiam solius vindictæ nomine, id est, pravæ et iniquæ affectionis ratione, venditoris interesse credendum sit? Quæ ante dicta sunt, sunt de affectione pia et benigna. Finge: vendidi servum, quem oculi mei ferre non possunt, atque ideo in vendendo cavi, ut longe exportaretur, ne esset in Gallia, ubi vendebatur, cavi ut exportaretur, et non exportatur, an agam ex vendito, quia animo sævientis satisfactum non sit? Si interposita esset stipulatio pœnalis eo nomine, puta hoc modo, *si non exportaveris, tot. dari*, etiamsi nihil omnino interesset pecuniariter, posset agi ex stipulatu: nam ut lib. 10. ostendi, nullus contractus, nulla lex contractus est penalis, quoniam omnes pertinent ad rem familiarem; sola stipulatio potest esse penalis et mera pœnalis, etiamsi nihil intersit pecuniariter, ergo ex stipulatu quidem posset agi vindictæ solius nomine, et peti pœna in stipulationem deducta: quærebatur, an possit agi ex vendito eo etiam nomine, sicut agi ex vendito bonæ affectionis ratione, ut si fuerit lex hæc contractus, si exportaretur, agam ex vendito, sed si hæc fuerit, ut exportetur, quæ est severa lex et dura, et indignatio potius, et non exportaretur, an erit actio ex vendito? Papinianus refert in hac *l.* 6. se alias existimasse, non esse actionem ex vendito solius vindictæ ratione, quod animo sævientis satisfactum non sit, honestæ tantum affectionis nomine credendum esse, non ultionis, non vindictæ. Et vero ita Papinianus scripserat libro 10. *quæstion.* et ob id est subjecta *l.* 7. ex illo libro 10. quæ hanc, quæ fuit prima, sententiam Papiniani exponit, ut non sit actio ex vendito vindictæ nomine, si nihil præterea intersit. In collocandis legibus Papin. et caeterorum, quoties una serie collocantur plures ejusdem auctoris, semper solet observari ordo librorum. Hic ordo cur hic non servatur? *l.* 6. est ex *libro* 27. *l.* 7. ex 10. Sed inde apparet de industria Tribonianum subjecisse huic *l.* 6. eam legem Papiniani, quod anteriori libr. Papin. scripserat, non esse actionem ex vendito, quod recantavit, mutavit hoc lib. Nec est quærenda ratio conciliandarum harum legum, cum ipse fateatur se revocasse sententiam invitatum Sabini sententia: dicit enim, *in contrarium me vocat Sabini sententia, qui utiliter agi ideo arbitratus est*, etc. Quia cum venditor addit hanc legem, ut exportetur, semper videtur venditionis interesse, ut impleatur lex, et interesse pecuniariter, quia in partem pretii ex ea lex venditionis cedere intelligitur, id est, eo viliore pretio videtur vendidisse, ut is servus ablegaretur, asportaretur, nec unquam veniret in suum conspectum. Igitur cum ejus interest, recte putavit Papinianus, potius Sabini sententiam esse sequendam, quam suam primam: secundæ sententiæ sunt meliores: hæc ingenuitas Papiniani mihi valde placet, et debet omnibus esse documento. Ego memini me hæc fusius ad *l.* 7. *hoc tit.* explicasse, ideo longior non fui.

Ad L. VII. de Serv. export.

Quæsitum est si quis proprium servum vendidisset, et ut manumitteretur intra certum tempus præcepisset, ac postea mutasset voluntatem, et emptor nihilominus manumisisset; an aliquem eo nomine actionem haberet? dixi ex vendito actionem, manumisso servo, vel mutata venditoris voluntate, evanuisse.

Intelleximus heri ex ult. quæstione *l.* 6. quæ eadem est *legis* 7. non tantum pecuniæ ratione, sed etiam affectionis ratione honesta et humana, vel amica venditori, dari actionem ex vendito, vel actionem mandati, vel aliam quamcunque bonæ fidei: ut dictum est *l. cum servus. mand.* vel etiam dari ex stipulatu, non pecuniæ tantum, sed etiam affectionis ratione. Vindictæ autem solius ratione, vel affectionis acerbæ et pravæ, aut inumanæ, dari quidem actionem ex stipulatu, non etiam ex vendito, vel aliam quamcumque bonæ fidei actionem, nisi alias actoris intersit pecuniariter: igitur in actione ex stipulatu haberi rationem cujuscumque affectionis etiam malæ et odiosæ: in actione bonæ fidei tantum probæ et honestæ rationem haberi, actionem bonæ fidei duritiem non admittere, quam admittunt catenæ, ut dicunt, stipulationum, *l.* 7. ut si servum vendidi ea lege, ut exportetur peregre in longinquam provinciam, nec exportetur, eo nomine agere possum ex vendito, si mea intersit pecuniæ ratione, ut quia scilicet eum servum emi eadem lege, et stipulanti venditori promisi certam pœnam, si non exportaretur: sed si ita non intersit mea, Papinian. primum dicebat, solius vindictæ ratione non posse agi ex vendito. Sed postea mutata sententia deprehendit, verissimum quidem esse solius vindictæ ratione non posse agi actione bonæ fidei, sed in casu proposito non solius vindictæ rationem versari, sed etiam pecuniæ, quia hoc minoris videtur vendidisse servum, ut exportaretur, nec moraretur eo loci, quo venibat. Atque ita non tam venditi, quam pecuniæ ratione, ex lege venditionis, etiamsi solam duritiem videatur continere, dari actionem ex vendito, quæ summa superioris quæstionis, vel potius elucidatio plenior est valde notanda, et ex ea facile perveniemus ad alteram quæstionem, quæ ex eodem libro proponitur in *l.* 8. *h. t.* Finge: vendidi tibi ser-

vum ea lege, ut eum intra certum tempus manumitteres: si non manumiseris, finito tempore, certum est servum liberum fieri ipso jure ex constitutione Marci et Commodi ad Aufidium, cujus sæpe fit mentio in jure: hæc constitutio repræsentat libertatem, quam emptor non detulit intra tempus, adeo ut non committatur stipulatio pœnalis huic legi venditionis subjecta, quia constitutio implet legem sine facto emptoris, *l. ult. C. si mancip. ita.* Sed huic constitutioni ita demum locus est, si intra illud tempus intra quod dictum est, ut emptor servum manumitteret, venditor non mutaverit voluntatem: nam si ante diem præscriptum legis dictæ pœnituerit, cessat beneficium constitutionis *l.* 1. *et l. ult. C. eod. l.* 3. *hoc tit.* Hoc cognito rursus finge eodem modo: vendidi tibi servum ea lege, ut intra certum tempus manumitteres, deinde intra illud tempus mutavi voluntatem, et vetui ne manumitteretur ex intervallo longe post perfectam venditionem, et tu nihilominus manumisisti. Quæritur, *an mihi tenearis actione ex vendito, quod contra posteriorem voluntatem meam manumiseris servum:* quia quæritur de actione ex vendito, ex eo apparet manumissioonem illam effectum habere: alioquin constaret non esse actionem venditi, si nihil egisset: sed quia manumissio effectum habet, quia servus perductus est ad libertatem ab emptore, ideo quæritur, an ob id emptor venditori teneatur actione venditi, quod contra suam novissimam voluntatem servum perduxerit ad libertatem: manumissio illa effectum habet, ita est. Et non obstat primum *l.* 6. *h. t.* quam modo exposui: nam ita distinguendum. Aut initio venditionis servus prohibitus est manumitti, id est, venditus est ea lege, ne manumitteretur, et manumissio nihil agit *d. l.* 6. Aut initio venditor non prohibuit servum manumitti, quinimo, præcepit manumitti intra certum tempus, et manumissio effectum habet, licet ante manumissionem venditor mutaverit voluntatem. Rursus nihil obstat *l.* 3. *h. t.* Nam distinguenda est etiam libertas, quæ competit ipso jure ex constitutione Marci et Commodi, a libertate, quæ non competet beneficio emptoris. Nam post pœnitentiam venditoris non competit libertas ex constitutione ipso jure, *d. l.* 3. beneficio emptoris competit etiam invito venditore, qui post venditionem perfectam non potest emptori novam legem dicere. In specie igitur proposita manumissio effectum habet et ob id quæritur, *an emptor teneatur actione empti, qui manumisit?* Et respondet. Papinian. ex vendito actionem manumisso servo, vel mutata venditoris voluntate, id est, etiam post pœnitentiam venditoris evanuisse. Ergo ex posteriori voluntate venditoris, quæ fuit ne manumitteretur servus, libertatis, quam ante dederat emptor, vel libertatis datæ, vel daudæ ab emptore indignatio, quia solam duritiem continet, non parit venditori actionem ex vendito. Et generaliter nunquam solius vindictæ, aut severitatis ratione est actio ex vendito, vel quæ alia bonæ fidei. Sed neque ratione pecuniæ in hæc specie dici potest esse actionem venditi, quasi venditoris intersit, quia hoc ipso servum minoris vendiderit, in *l.* 6. cum initio venditionis non hac dura lex sit apposita venditioni, sed contraria, ut manumitteretur. Est igitur plane verum manumissione evanuisse actionem venditi, etiamsi facta fuerit post pœnitentiam venditoris. Et hoc est quod ait in *l.* 6.

Ad L. VIII. de Præscr. verb.

Si dominus servum, cum furto argueretur, quæstionis habendæ causa æstimatum dedisset, neque de eo compertum fuisset, et is non redderetur, eo nomine civiliter agi posse, licet aliquo casu servum retenturus esset, qui traditum accepisset, tunc enim et datam æstimationem reddi a domino oportere. Sed quæsitum est, qua actione pecunia, si eam dominus elegisset, peti posset? dixi tametsi quod inter eos ageretur, verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset: si tamen lex contractus non lateret, præscriptis verbis incerti et hic agi posse, nec videri nudum pactum intervenisse, quotiens certa lege dari probaretur.

Actio præscriptis verbis datur ex contractibus, qui nomine vacant, qui nomen non habent proprium, et sic appellata est, quod concipiatur secundum id, quod contrahentes habuere præscriptum et conventum: et dicitur etiam in factum, quia proprium nomen non habet, atque adeo dicitur tantum formari et concipi ex narratione facti: actio præscriptis verbis, est narractio facti, nec habet aliam appellationem propriam, et dicitur etiam civilis actio, quia datur ex negotiis, sive contractibus, qui civiles contractus imitantur, ut *do* ut *des*, imitatur emptionem venditionem: *do ut facias*, locationem et conductionem: *facio ut facias*, imitatur mandatum: *facio ut des*, quia non imitatur civile negotium, ex eo articulo etiam non datur actio præscriptis verbis, et cur non imitetur non est hic locus demonstrare. Igitur actio præscriptis verbis dicitur etiam incerti, quia intenditur in id quod interest cujus æstimatio est arbitraria, in id sc. dari aut fieri id de quo convenit. Nunc finge: servus meus in suspicionem furti venit, et arguitur tibi furtum fecisse, ego eum tibi do, ut torqueas, ut quæstionem de eo habeas, uno loco in hac *l.* 8. ait, *do*, altero, *trado*. Igitur et hoc verbum *dare*, potest facere ambiguitatem, dederim ego cum effectu, au

tradiderim tantum: hoc verbo significatur vel effectus, *l. 4. de usur.* dare vel efficere est vel facere. Et vero servus alienus, quem arguit furti, solebat facile in quæstionem dari, sed dabatur æstimatus, stipulatione interposita de eo reddendo, vel æstimatione ejus, *l. certo inf. de quæst.* At finge, me tibi dedisse servum meum in quæstionem, nec eam stipulationem interposuisse, sed servum æstimasse ac dedisse in quæstionem ea lege, *ut eum mihi redderes, vel æstimationem ejus, utrum ego mallem, utrum eligerem:* hæc est species, ex qua quæritur, qua actione ego possum petere æstimationem servi, seu pecuniam, ut elegerit, quod est observandum. Non quærit hac actione an possim repetere servum, sed de pecunia tantum quærit, qua actione peti possit. Et distinguit hoc modo: aut is servus habita de eo quæstione, furti compertus est, aut non: si furti compertus est, nec ipse peti potest, nec æstimatio ejus. Imo vero, ut ait Papin. si æstimatio ejus fuerit prorogata, si fuerit data in antecessum, *si elle est donnée devant la main*, et inveniatur nocens, æstimatio condictione sine causa repetetur, quia non fuit causa prorogandæ ejus, *l. 1. de condit. sine causa.* Nam id tacite videtur actum, ne servi nocentis nomine, dominus quicquam consequeretur. Ipse autem servus extra ordinem coercebitur a præside, vel a præfecto vigilum in urbe, ut *l. penult. de condict. causa dat. sup. l. interdum, §. qui furem. de fur.* Et hoc si furti fuerit compertus, sed si furti compertus non fuerit, domino reddetur servus condictione sine causa, si servum fecit accipientis. Nam condictio domino rei suæ non datur. Ergo ut repetatur condictione sine causa, necesse est, ut servum datum in quæstionem dederit cum effectu, id est, fecerit accipientis. Atque ita postea in eo furto non comperto, eum quasi non suum condicet condictione sine causa, videlicet si servum elegerit, si non fecit servum accipientis, sed tradidit tantum torquendum, vindicabit servum, vel aget actione ad exhibendum: sed si malit pecuniam, qua actione pecuniam petet? et ait, competere actionem præscriptis verbis ad consequendam pecuniam, veluti pro eo, quod interest: nec enim æstimari hic potest, quod interest eum reddi, vel æstimationem ejus. Et esse actionem præscriptis verbis indistincte dico: sive dederit initio servum effectu, sive tradiderit tantum, electa pecunia dedisse videtur. Erit igitur actio præscriptis verbis, quasi ex negotio, *do ut des: do servum ut des pecuniam.* Dices, cur non erit actio ex vendito? quoniam pro servo pretium peto, quia non intelligitur contracta venditio. Imo, inquies, quia æstimatio venditio est. Respondeo, æstimatio venditio est, et quidem vera, si de æstimatione tantum reddenda convenerit, non de alterutro, ut hic convenit, vel servum reddi, vel pretium, quod abhorret a conditione et natura emptionis venditionis, *l. plerumque, de jur. dot.* Non erit etiam actio ex stipulatu, quia, ut initio posuimus, non intercessit stipulatio, non intercessit conclusio contractus: solet stipulatio concludere omnes contractus, quo verbo utitur hic Papinian. et soleo semper adducere hanc l. ut ostendam, stipulationem esse vinculum, formulam conventionum, et omnium contractuum conclusionem, *l. jurisg. §. quod fere, de pact.* in novissima parte conventionum scribi stipulationem, stipulationem inventam esse obligationum firmandarum causa. Sed in hac specie omissa fuit stipulatio, ergo non erit actio ex stipulatu: denique quia desunt aliæ actiones, decurrendum est ad actionem præscriptis verbis, quæ est subsidiaria, quæ utique datur hoc casu, quasi ex civili negotio, seu contractu. Est etiam contractus seu συνάλλαγμα; *do tibi servum, ut vel eum mihi reddas vel æstimationem ejus, tot nummos utrum malim:* est, inquam, contractus, non pactum: nam si esset pactum, ex eo daretur actio præscriptis verbis. Hæc actio datur ex contractibus; non ex pactis. Cur non est pactum? quia intervenit datio servi: pactum est conventio, quæ nomine vacat, et quæ ex datione vel facto non sumpsit effectum. Et viderimus nunc, quid sit dicendum, si servus ea lege in quæstionem extero datus sit, ut ipse servus reddatur, si innoxius compertus fuerit, et nihil actum sit de æstimatione, quod non tractat quidem Papinianus, sed a me non debuit prætermitti. Ideo dicemus hic quoque esse condictionem sine causa, adhibita eadem distinctione, si servus factus sit accipientis, vel si non sit factus accipientis, esse vindicationem aut exhibitoriam actionem, vel esse præscriptis verbis in id quod interest servum reddi, quasi negotio ita gesto, *do ut reddas.* dico esse condictionem sine causa, si ipsum servum velim ut reddas omnino, id quod interest nolim. An non potest etiam esse condictio ob causam dati causa non secuta? Minime: quia causa secuta est, datus est in quæstionem, et quæstio secuta est. Altera est actio legis *pen. sup. de condict. causa data.* Quia alia est species, quæ examinanda est breviter. Ego servum meum, qui arguebatur furti, dedi extero in quæstionem, in tormenta, nec tortus est servus, sed quasi in facinore deprehensus: non dicit in furto, quæ observatio est Græcorum, et placet, sed in facinore aliquo ingenti deprehensus: igitur in facinore deprehensus ab extero, cui torquendum dederam, perductus est ad præfectum vigilum, et affectus ultimo supplicio; qua actione servum re-

petam : nam æquum est mihi restitui : distingue : aut eum feci accipientis, et eum repeto condictione ob causam, causa non secuta ; dederam enim ob quæstionem, et quæstio non est sequuta. Si non feci accipientis, vindicabo servum, vel agam ad exhibendum ; imo etiam agam furti adversus exterum, quia sciens aut scire debens, me nolle abuti servo in aliam rem, quam in quæstionem, non debuit eo uti invito me : *sciens*, inquit, *aut scire debens:* adiiciunt Græci recte : dixi alias, semper in jure hæc esse paria scire, aut scire debere, *l.* 1. §. *causa*, *de ædilit. edict. l. Julianus*, §. *quod autem*, *de action. emp. l. si duo, de acquir. hæred. l. pen. ad Macedon. l. si Titius 48. de fidejuss. l. qui fundum*, §. *servus*, *pro empt.* Alia igitur est species *d. l. pen.* per hoc etiam ex ea aliæ sunt actiones.

Ad L. IV. de Usur.

Si stipulatus sis rem dari, vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos, actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba, consequturum te, ratio suadet. An idem de partu ancillæ responderi possit, considerandum est: nam quod ad verba superiora pertinet : sive factum rei promittendi, sive effectum per traditionem dominii transferendi continet, partus non continetur. Verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum tradendi stipulatus intelligitur : quia non est verisimile, plus venditorem promisisse, quam judicio empti præstare compelleretur : sed tamen propter illa verba, vacuamque possessionem tradi, potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione. Etenim ancilla tradita, partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisse.

§. 1. *Si post contractam emptionem, ante interpositam stipulationem partus editus, aut aliquid per servum venditori adquisitum est, quod ex stipulatu consequi non poterit, judicio empti consequitur. Id enim quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest.*

Hac lege initio hujus libr. 27. usus sum sæpius, ut ostenderem, *dandi* verbo, modo factum significari tradendæ possessionis, modo effectum proprietatis. Sciendum est, eum qui vendit, necesse non habere rem facere emptoris, et liberari judicio empti, si vacuam possessionem tradat et liberam, et se obliget ob evictionem, et se purget dolo malo, neque enim liberatur, si sciens dolo malo rem alienam vendidit, *l.* 1. *de rer. permut.* vel si quicquam in eo contractu dolo malo admiserit, *d. l.* 1. *l.* 25 *de contrah. emp. et l. si duo* 13. §. *si quis*, *de jurejur. l. ex empto*, *l. Julianus* 13. §. *Titius*, *l. servus quem* 30. §. *ult. de act. empt.* Atque ita non similiter obligatur venditor ut emptor. Emptor enim cogitur nummos facere accipientis venditoris. Item sciendum, eum, qui stipulatur rem dari, plerumque dominium stipulari, id est, rem suam fieri : id dari dicitur, quod habendum traditur alteri : habere est possidere jure dominii : vel dicamus apertius, id dari dicitur, cujus dominium transfertur in accipientem, et frequens est significatio hæc. Qui autem stipulatur rem tradi, possessionem, non proprietatem significat, *l.* 28. *de verbor. oblig.* Inde fit, ut inutiliter stipuler, *rem meam mihi dari*, quia dominus sum, utiliter stipuler, *rem meam mihi tradi*, cujus possessor non sum : pro eo igitur cui adaptatur, vel rei dominium significat, vel possessionem. Et stipulatio quidem illa *rem dari*, est certa stipulatio, quia res certa venit, id est, proprietas certa, et ex ea competit certi condictio: stipulatio autem *rem tradi* est incerta, quia possessio incerta res est, cum sit incorporalis, et ex ea stipulatione competit actio ex stipulatu, quæ proprie de re incerta est, quæ in stipulationem venit, *l. ubi autem*. §. *qui id et* §. *ult. de verb. oblig.* Hæc sunt vera, ut plurimum. Sed ut in *l. cum servus, mand.* diximus, his verbis, *dari et tradi*, promiscue utimur plerumque secundum mentem proferentis : nec tam ea spectanda sunt, quam mens eorum qui iis utuntur : et sane si emptor a venditore stipuletur rem tradi, quod fit novandi animo plerumque, obligationis scilicet empti in stipulationem transferendæ causa, ut quod homines prudentes malunt, debeatur nobis stricto judicio, non bonæ fidei : prudens homo mavult sibi deberi ex stipulatione quam ex vendito, judicio stricto, quam leni. Et ita igitur, si novandi animo emptor a venditore, ut fit, rem dari stipuletur, factum tantum tradendi stipulari intelligitur, quia non est verisimile plus venditorem promittere stipulanti emptori, quam judicio empti præstare compelleretur. Judicio autem empti compelleretur tantum tradere vacuam possessionem: ergo ex natura contractus, qui novatur et transfunditur in stipulationem, rem dari sic interpretabimur, non dari proprietatem, sed possessionem tradi. Neque obstat *d. l. ubi autem*, §. *ult.* quæ ait hanc stipulationem, *fundum dari*, esse certi stipulationem, et ex ea dari certi condictionem, non ex stipulatu, nimirum, quod omnino contineat, ut dominium transferatur quoque modo, et quidem plenum dominium, *l. Nerat. de condict. ind. l. ult.* §. *ult. mand.* Quod intelligendum est de stipulatione, quæ ex alia causa interponitur, non ex causa emptionis, quæ novat conditionem emptionis: hæc enim sequitur naturam emptionis, et fere stipulatio sequitur naturam con-

tractus, cui applicita est. Novatione tollitur obligatio: sed et post novationem, non est in totum falsum, si quis dicat ex priore causa deberi, licet sit sublata novatione: quod confirmat *l. cum filius*, §. *hæres*, *de leg.* 2. Unde constat, novationem non prorsus extinguere priorem causam, manere enim effectum prioris causæ, naturam constantem, conditionemque, licet et hoc tantum interesset, quod in judicio de stipulatione non sit latissima potestas judicis, qualis est in judicio empti aut venditi. Imo ut ait *l.* 3. §. 1. *de act. emp.* non plus debet esse in stipulatione, quæ novat causam emptionis, quam in judicio empti aut venditi: minus potest esse, quia hoc non videtur egisse emptor, ut stipulatio augeret contractum: stipulatio, quæ subjicitur actioni venditi, vel quæ eam novat, si subjiciatur, est stipulatio duplæ: stipulatio autem duplæ est prætoria: solemnem autem formam prætoriarum stipulationum contrahentes immutare non possunt, *l. in conventionalib. de verb. obl.* Ergo non possunt efficere, ut plus veniat in stipulationem duplæ, quam in formula comprehendatur, nihil autem comprehenditur de proprietate transferenda. Eadem interpretatio fiet, si emptor rem dati stipuletur, vacuamque possessionem tradi: nec enim priorem partem stipulationis, rem dari scilicet, accipiemus de proprietate; posteriorem de possessione, sed utramque accipiemus de possessione, quæ emptioni naturaliter inest, ut possessio tantum rei venditæ tradatur. Dices, supervacua est igitur illa inferior adjectio, *vacuamque possessionem tradi*, si idem ea cavetur, quod superiori; si sit παραλληλισμός si idem bis dictum sit, ut fit loquendo sæpe, cum non satis habemus dixisse semel, nisi aliis verbis rei exprimendæ causa magis dicamus: imo aliquando plenior est ea additio, et inferior pars stipulationis: atque ita differentia est inter superiorem partem *rem dari*, et inferiorem, *vacuam possessionem tradi*, utraque quidem est de possessione, nec licet aliter interpretari in causa evictionis venditionis. Sed inferior illa clausula continet etiam fructus postea perceptos, ut non tantum possessio rei tradatur, sed et fructus, qui postea percepti sunt a venditore: continet etiam partus postea editos. At superior illa clausula, *rem dari*, non continet fructus postea perceptos, aut partus postea editos: hæc igitur est uberior, et ideo non est supervacua, cum adiiciat priori quod non inerat. Et hæc est sententia Papinian. *hac. l.* propter inferiora verba, *vacuam possessionem tradi*, fructus postea captos ex re vendita venire in actione incerti, actione incerti ex stipulatu, quam vocat incerti actionem, non quidem, ut Accursius voluit, quod fructus in stipulationem veniant, quorum perceptio et quantitas erat incerta tempore stipulationis, sed magis quia et remota ratione fructuum postea captorum sive capiendorum, stipulatio concipitur in faciendo, id est, in tradenda possessione, et possessio est res incerta, cum sit incorporalis, et incorporalia sunt incerta, nec certum dici potest nisi corpore præditum sit: facta omnia futura sunt incerta, cum non sint, nisi cum fuerint, vel postea facta sint. Addit Papinianus, *in hanc stipulationem incerti venire partus postea editos.* Cur his verbis vacuam possessionem tradi etiam fructus et partus intelligentur tacite? quia scilicet *vacui* appellatio facit, ut ex causa rei venditæ præstetur, *l. in conventionalibus*, §. *ult. de verb. oblig.* Si quis stipuletur, vacuam possessionem tradi, effectum quidem dominii transferendi non stipulatur quod est certum, sed nudum factum, et aliud est factum, aliud nudum factum. Qui stipulatur rem tradi, nudum factum stipulatur; qui stipulatur vacuam possessionem tradi, non stipulatur nudum factum, sed ut ait *d.* §. *ult.* stipulatur rei causam: quid est causa rei? causa rei non est dominium, non proprietas, sed omne id quod habiturus esset stipulator, si ei res tradita fuisset: porro habiturus esset fructus et partus, ergo veniunt in stipulationem. Denique pleniora sunt inferiora verba, *vacuam possessionem tradi*, quia, ut non male Græci notant, *vacui* appellatio facit, ut ab eo tempore, quo ita quis stipulatus est rem, vacasse possessionem etiam ipsius venditoris quodammodo videatur. Et ideo fructus interim percepti emptorem potius sequuntur, quam venditorem, qui debuit omnem causam præstare. Superiora verba, *rem dari*, sola, quoquo modo accipiantur, sive pro facto tradendi, sive pro effectu dominii transferendi accipiantur, quamvis hoc loco accipiantur, magis pro facto, tradendi stipulatione relata ad causam emptionis venditionis, naturam potestatemque, ait non continere fructus postea captos, et addo, non venire etiam in eam stipulationem fructus postea captos, nisi post litem contestatam, *l. si filiusfam.* §. *ult. de verb. oblig. l. videamus*, §. *si actionem hoc tit.* Hæc est sententia Papiniani, ex qua apparet breviter plus contineri stipulatione, *vacuam possessionem tradi*, quam, *rem dari*, si scilicet interponatur ex causa emptionis venditionis. Obstat valde huic differentiæ quam adducit, aut potius quam ait timide, posse introduci, *l.* 3. §. 1. *de action. empt.* Ex qua efficitur, in stipulatione *vacuam possessionem tradi*, non venire fructus, quæ scilicet interponitur ex causa emptionis venditionis. Et utitur hac ratione Pomponius: qui stipulatur rem dari, nihil aliud stipulatur, inquit, quam vacuam possessionem tradi ex

causa emptionis et venditionis. Et si adjicias, *vacuamque possessionem tradi*, posteriora verba adjicies ex abundanti, ut plerunque in stipulationibus abundant multa. Et inde illud frequens dictum, quæ abundant in conventionibus vel testamentis, nihil nocere, imo prodesse magis. At stipulatione *rem dari*, non contiuetur fructuum præstatio: ergo nec stipulatione vacuam possessionem tradi. Et adjicit aliam rationem: non debet etiam plus inesse stipulationi duplæ, scilicet interpositæ ex causa emptionis, quia prætoria est, et in ejus formula non fuisset omissa mentio fructuum. Solemnis formula prætoriæ stipulationis, non potest immutari a contrahentibus. Quid igitur, an non consequetur emptor fructus postea captos? Imo vero, sed non ex hac stipulatione, vel *rem dari*, vel *vacuam possessionem tradi*, vel ex utraque juncta. Nam quod ex singulis non fit, nec fit ex conjunctis. Sed consequetur fructus actione ex empto, quæ supererit. Multum laborant in conciliauda illa lege cum hac *l.* 4. Doctores, nec quicquam afferunt probabile, et quod possit quibusdam videri probabile, est falsissimum et captiosissimum. Aliæ rationes componendi dissidii sua sponte ruunt. Sed hæc quod possit quibusdam imponere, ejusmodi est. In *l.* 3. §. 1. per stipulationem non fit novatio actionis ex empto, et ideo manet actio ex empto, ad fructuum præstationem, quod tamen non venit in stipulationem, in actionem ex stipulatu: in hac l. 4. stipulatio fuit interposita novandi animo. Novatione igitur transfunditur in stipulationem quodcunque actione ex empto peti potuit. Atqui peti potuere fructus postea capti; ergo non mirum, si in hanc speciem, per quam novata est causa empti venditi, veniant fructus postea capti. Hoc est valde captiosum: quia scilicet hæc ipsa *l* 4. ostendit, quod si novandi causa stipuler rem dari, non veniunt fructus, qui tamen veniebant in actione ex empto, minus contineri hac stipulatione, quam actione empti, et venire tantum fructus in alteram stipulationem, *vacuam possessionem tradi*, Ac præterea, qui hoc renuntiant nobis, in *l.* 3. §. 1. stipulationem non novasse causam empti venditi? Imo verum est, potius novasse, novandi causa intercessisse, quia hoc plerumque fit. Hoc agit maxime emptor, in cujus rem est deberi sibi ex stipulatione potius: novationem intervenisse etiam lex indicat, dum ait, *ex empto superesse actionem ad fructuum postea captorum præstationem*, quasi velit non superesse actionem ex empto ad cetera, quod sit novata, secundum id quod est in fine hujus legis 4. *Id quod non transfertur in causam novationis*, id est, si id sit reliquum, quod non venerat in novationem, jure pristino peti, id est jus pristinum superesse: nescio rationem probabiliorem componendi dissidii, nisi eam, quam Græci quidam tradunt, admiseris, ut loquatur hæc *l.* 4. de act. incerti: fructus peti posse condictione incerti ex stipulatu, si fuerit concepta stipulatio hoc modo: *vacuam possessionem tradi*: illam *l.* 3. esse intelligendam de condictione certi, ut condictio certi definiatur stipulatio ex condictione fortiter defendet, qui velit. Nam in jure possum multis exemplis ostendere, ita conciliari multos locos. Vulgo dicitur, nemo potest rem suam condicere: hoc verum est, condictione certi, nam condictione incerti quilibet potest rem suam condicere, si emptor a venditore stipulatus sit novandi animo: in stipulationem ita conceptam, *vacuam possessionem tradi*, ex Papin. sententia fructus postea capti et partus veniunt; in stipulationem ita conceptam, *rem dari*, non veniunt: sed quod ex ea stipulatione emptor consequi non potest, judicio empti consequitur, *l.* 3. §. 1. *de act. emp.* quia quod non transfertur in causam novationis, pristino jure peti potest: quod non continetur stipulatione novandi causa interposita, quod non continetur stipulatione nova, jure veteri peti potest, jure pristino. Et ita in §. *ult. hujus l.* 4. cum constaret inter omnes, in hanc vel illam stipulationem *rem dari*, aut, *vacuam possessionem tradi*, non venire fructus, vel partus editos post emptionem perfectam, ante interpositam stipulationem, de quibus fructibus nondum egimus, sed tantum de his, qui obveniunt post stipulationem. Ergo superiora verba hujus *l.* sunt de fructibus captis post stipulationem novandi causa interpositam: hos venire in unam stipulationem, in alteram non venire: §. *ult.* est de fructibus perceptis ante stipulationem: hos constabat non venire in stipulationem postea interpositam novandi causa, nec partus aut fructus, nec quod per servum, qui venit interim, acquisitum esset. Et ob id docet Papin. in §. *ult.* ea tantum emptorem posse consequi, vel partus vel acquisitiones servi venditi factas post perfectam emptionem ante stipulationem, emptorem consecuturum semper actione ex empto, eadem ratione, quia quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti potest, quod non transfertur in stipulationem, judicio empti peti potest. Ex quo intelligitur manifeste, si quo ex alio loco juris, post perfectam emptionem (perficitur autem solo consensu) id est, si traditio rei non sit secuta, vel numeratio pretii, statim omnes fructus, obventiones omnes, partus, fœtus, acquisitiones servi venditi factas post perfectam emptionem, deberi emptori judicio ex empto, *l. Julianus*. §. *si fructibus*, *et* §. *si quis servo*, *de act. emp. l. fructibus*, *et l. pen. C. eod. tit.*

Omnis ratio est generalis, ergo regula veluti quædam. Regula igitur hæc sit ex hac lege: *id quod non transfertur in causam novationis, jure pristino peti posse.* Sed cavendum est semper a regulis juris, quoniam omnes sunt periculosæ, omnes vitium faciunt aliquod aliquando. Sane hæc regula, *id quod non transfertur in causam novationis pristino jure peti posse*, non est adeo generalis, ut ea liceat uti in omnibus causis. Græci hoc ipso loco scribunt, eam non esse firmam. Primum etiam non est vera, si quis quod sibi Titius debet, a pupillo sine tutoris auctoritate stipuletur novandi animo, quia scilicet debitum illud non transfertur in novationis causam, non transfertur in pupillum: posterior obligatio nulla aut inutilis est, et tamen pristino jure agi non potest. Nam et debitor prior liberatur, et posterior pupilli, cujus intersit plurimum, obligatio nulla est, §. *præterea, Instit. quib. mod. toll. obl.* Quod tamen, ut credo, locum tantum habet eo casu, quo pupillus obligatur naturaliter sine tutoris auctoritate: nam ut novatio valeat, id est, ut liberetur prior debitor, satis est, si sequens obligatio teneat naturaliter, etiamsi jure civili nulla sit, nullamque actionem pariat, *l.* 1. *de novat.* et ob id in *d.* §. *præterea*, mox ostendit aliud esse in servo, pristino scilicet jure agi posse, si quis quod sibi alius debeat a servo stipuletur novandi animo. Nam servus extra causam peculiarem, qui pro alio intercedit, non obligatur naturaliter vel civiliter. Quod ex eo apparet, quia fidejussor ab eo datus vel dominus ex ea causa de peculio non tenetur, *l. in persona*, §. 1. *de pact. l.* 20. *de fidejuss.* Ergo si in servum transferatur obligatio, novatio non fit, et pristino jure agi potest, quia ex intercessione servus nullo jure obligatur, nec civili nec naturali. Sed si transferatur in pupillum sine tutoris auctoritate, novatio fit, et pristino jure agi non potest, licet posterior obligatio sit inefficax, quia est aliqua obligatio, nempe naturalis, quæ suos effectus habet. Item hæc regula, ut *quod non transfertur etc.* est falsa in usuris, in pœnis, in pignoribus, et hypothecis, quæ etiamsi in obligationem non venerint, novatione perimuntur, nec peti possunt, nova aut veteri actione, *l.* 15. *et* 18. *et l. aliam, de novat.* nisi sit aliud cautum posteriori obligatione, *l.* 1. *C. etiam ob chirographor. pecun.* Sed regula hæc locum tantum habet in fructibus et partubus vel fœtibus, qui ex re percipiuntur, aut per rem, ut in acquisitionibus servorum, qui post perfectam emptionem emptorem necessario sequi debent: atque ideo si non veniunt in novationem, in stipulationem novam æquum est, ut emptori conserventur jure pristino. Ex hoc notare etiam debemus, unam differentiam inter usuras et fructus. Novatio non extinguit fructuum persecutionem, qui ante sunt vel postea percepti, novatio extinguit usurarum persecutionem, quia sc. a tempore novationis desinunt usuræ currere, *d. l.* 15. Est et alia differentia in *l. si navis, de rei vind.* malæ fidei possessor tenetur de fructibus percipiendis, de usuris percipiendis non tenetur. Est et alia in *l. videamus* §. *pen. hoc tit.* In bonæ fidei judiciis usuræ veniunt ex mora, fructus veniunt etiam ante moram. Ergo non est per omnia aut in omnibus verum quod ait *l. usuræ hoc tit.* usuras obtinere vicem fructuum, nec separari debere a fructibus. Omnes sententiæ juris sunt periculosæ: habet hæc tria pericula, quæ illam propositionem falsam reddunt.

Ad L. LXXIV. de Leg. 2.

Titio centum aureos hæres præsens dato; deinde protulit diem legatorum: non est verum quod Alfenus retulit, centum præsenti deberi: quia diem proprium habuerunt.

Sciendum est, vulgo in testamentis hanc clausulam scribi solere qua dies legatorum solvendorum prorogari solebat, quæ vulgaris clausula dicitur, *leg. talis* *de leg.* 1. et vulgaris modus prorogandorum legandorum, *l. cum vulgari, de dot. præl.* Et ita concipiebatur, *quas pecunias legavi, eas hæres meus annua, bima, trima die dato*, his verbis, *annua, bima, trima die*, ut scribunt omnes, significantur tres pensiones, *trois payez*, ut sc. legata solvantur triennio, ut Livius loquitur *lib.* 6. æquis pensionibus. Pertinet autem ea clausula ad ea tantum legata quæ pondere, numero, mensura continentur, non ad corpora legata. Nam corporum solutio non solet prorogari. Item pertinet ea clausula ad ea legata, quibus dies appositus non est, non ad ea, quæ diem suum habent: puris tamen legatis, id est, quæ initio pure relicta sunt, hæc clausula adjicit diem. Igitur si quid legatur in annos singulos, vel in menses singulos, hoc legatum hac clausula non continetur, quia diem suum habet. Item si quid legetur sub conditione, non continetur vulgari clausula, quia diem suum habet. Conditio est dies incertus *d. l. talis.* Item si quid lege Titio; *cum erit annorum* 20. statim ut ad eam pervenerit ætatem, legatum petere poterit, nec licebit hæredi differre in annuam, bimam, trimam diem ex vulgari clausula, quia non pertinet hæc clausula ad ea, quæ suum diem habent proprium. Item si vir uxori legaverit dotem, quod legatum valet propter commodum repræsentationis, quia si dos legatur præsenti die, quæ alioquin ex XII. tab.

esset reddenda tantum annua, bima, trima die, et ex constitutione Justiniani annua die, quæ consistit in pondere, numero vel mensura. Corpora autem dotalia statim sunt reddenda, veluti fundi, aut mancipia, aut pecora: prælegatum igitur dotis non continetur vulgari clausula, quia suum diem habet, nimirum ut dos repræsentetur, id est, præsenti die reddatur uxori defuncti, *d. l. cum vulgari.* Ergo si quid aliud testator dari jusserit præsenti die: vel si quid præsens dari jusserit, non continetur vulgari clausula, quia suum diem habet, id est, præsentem diem: et aliud est quidem legatum purum aliud præsens. Purum proprium diem non habet, et continetur vulgari clausula, per quam confertur in diem, per quam fit in diem quod initio fuit purum. Præsens proprium diem habet, id est, præsentem diem, et ideo non continetur vulgari clausula, imo præsenti die præstandum est, nec præstatio dividenda est tribus pensionibus. Et hæc fuit sententia Servi et Labeonis, ut constat ex *d. l. talis.* Alfeno aliud judicium fuit, qui ob id reprehenditur in hac l. nam judicavit centum legatis præsenti die hoc modo: *centum dato præsenti die, etc.* ea deberi annua, bima, trima die ex vulgari clausula, si esset scriptum in testamento, non præsenti die, quamvis hæres jussus esset dare præsenti die: nec movebatur inani ratione: existimavit enim adjectionem illam, *præsenti die*, esse supervacuam. Et sane est supervacua, quod attinet ad effectum testamenti et vim legati, et effectu nihil differt purum a præsenti: quod est purum, præsens est. Et sæpissime in jure, atque etiam in hoc proposito, præsentia, non est præsenti die relicta, *l.* 12. §. *ult. de leg.* 1. sed pure, nullo die adscripto, ne minimo quidem tempore. Et eundem etiam effectum Papin. idem lib. eodem ostendit in *l. lib.* §. *pen. de verb. obl. qui* §. ob id est conjungendus cum hac l. 74. Nam conjunctio præclare convenit, et ex eo §. intelligitur, quid distet legatum præsenti die relictum, a legato relicto in diem. Res promissa præsenti die, ut *hodie dabis?* et res promissa in diem. Nam si sit promissa in diem, puta *calendis dabis*, non potest peti antequam calendæ præterierint, sed si ita dixerim, *hodie dabis* potest peti statim, nec expectare debet stipulator, quoad finiatur ille dies, quia dies ille, *hodie*, non inseritur differendæ solutionis causa, sed ut ostendatur esse præsens, quod deducitur in stipulationem, atque ita sane supervacuum est adjicere, *hodie*, vel *præsenti die*, quod ad effectum rei, quoniam statim agi potest, sed non ideo supervacua est illa adjectio in omnibus. Nam in hoc proficit, ut legatum præsenti die debeatur, ut ait *d. l. talis*, et præsenti die deberi, (hocque annotari et adscribi nominatim maxime utile est) legatario, ne legati præstatio differatur ex vulgari clausula, et scindatur in pensiones tres, quia scilicet vulgaris clausula non pertinet ad ea legata, quæ suum diem habent, et hoc legatum suum diem habet, id est, præsentem diem: de industria videtur testator adscripsisse præsentem diem, ut a generali clausula hoc legatum eximeret, et ob id merito reprehenditur Alfen. a Pap. qui nescio quam male feriatus fuerit, semper enim reprehenditur, qui ex sutore factus est juriscons. ut ait Horat. verum ait Pap. *Titio centum aureos hæres præsens dato*, Flor. recte, *præsens*: id est, repræsentato, præsenti die dato. *Deinde*, inquit, *protulit diem legatorum vulgari illa clausula*, et sequitur, *non est verum quod Alfenus retulit, centum præsenti deberi*: sic sæpe loquitur Græcorum more *præsenti*, id est, præsenti die, ut *l.* 1. §. *si legata, si cui plusquam per leg. et l.* 11. *de cond. et dem.* Sed ut alias ostendi, manifeste hic locus est corruptus, et deest negatio, ut constat ex *d. l. talis* et ex ratione subjecta: *Non est verum, quod Alfenus retulit, centum præsenti die non deberi*, sed deberi ex vulgari clausula, annua, bima, trima die. Cur non est verum præsenti die non deberi? *quia diem proprium habuerunt*: ratio satis emendat assertionem, nec ob id quisquam defendere possit.

Ad L. III. de Separat.

Debitor fidejussori hæres extitit, ejusque bona venierunt: quamvis obligatio fidejussionis extincta sit, nihilominus separatio impetrabitur petente eo, cui fidejussor fuerat obligatus: sive solus sit hæreditarius creditor, sive plures: neque enim ratio juris (quæ) causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit, damno debet adficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat.

1. §. *Quid ergo si bonis fidejussoris separatis solidum ex hæreditate stipulata consequi non possit? utrum portio cum ceteris hæredis creditoribus ei quærenda erit? an contentus esse debebit bonis, quæ separari maluit? sed cum stipulator iste, non adita fidejussoris a reo hæreditate, bonis fidejussoris venditis, in residuum promisceri debitoris creditoribus potuerit, ratio non patitur eum in proposito summoveri.*

2. §. *Sed in quolibet alio creditore, qui separationem impetravit, probari commodius est, ut si solidum ex hæreditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis hæredis ferat, si proprii creditores hæredis fuerint dimissi: quod sine dubio admittendum est circa creditores hæredis, dimissis hæreditariis.*

Ad hanc l. ut facilior pateat aditus, sciendum

est, obligationem fidejuss. extingui confusione, puta si debitor principalis fidejussori hæres extiterit, atque ita in eandem personam concurrere cœperit obligatio princip. et obligatio fidejuss. quem concursum jus permanere aut consistere non sinit diu. In ipso enim concursu ac veluti conflictu, principalis absorbet fidejus. oblig. quia qui est principalis debitor, et fidejussor pro seipso esse non potest, *l. 5. et l. debitori*, *de fidejuss. l. si reus, de duob. reis.* Major oblig. tollit minorem, major autem et plenior semper intelligitur esse obligatio princ. si modo jure civili consistat, non naturali tantum, *l. hæres*, *§. servo*, *de fidejuss. l. Stichum aut Pamphilum*, *§. quod vulgo*, *de solutionib.* In illo loco ut emendavi ex Basil. nam si reus natura duntaxat fuit oblitus, fidejussor non liberatur: igitur si debitor fidejussori hæres extiterit, principalis obligatio, quæ consistit ipso jure manet: fidejuss. tollitur, quia ut significavi ante, in eam causam res deducta est, a qua incipere non poterit: nec enim posset quis ab initio pro se fidejubendo obligari. Ergo nec ex post facto potest fieri fidejussor pro se ipso. Denique non potest idem ex eadem causa esse et debitor et fidejussor. Constituit quis etiam pro se ipso, fidejubet nemo pro se ipso. Item sciendum est, ex hoc edicto de separationibus, si sint creditores defuncti, et creditores hæredis proprii, decernente prætore separationem bonorum defuncti et bonorum hæredis; dari posterioribus creditoribus defuncti, non posterioribus creditoribus hæredis, ita sc. ut hi et illi creditores coeant, et hærede non existente solvendo, velint possidere et distrahere bona, quæ hæres habet propria, vel quæ ad eum nunc jure hæreditario pervenerunt, ut inquam, separentur bona defuncti creditoribus defuncti, qui existimant esse idonea sibi, si non confundantur bonis heredis, bona autem hæredis propria, ut separentur creditoribus hæredis, quo jure utimur hodie sæpissime. Sed quæro, cur creditores hæredis non audiantur si primi desideraverint separationem fieri bonorum, et quasi duorum bonorum venditionem? Cur hoc tantum desiderantes creditores defuncti audiuntur, non creditores hæredis, *l. 1. §. ex contrario, h. t.* Ubi hæc ratio redditur, quæ est certissima, quia hæres adeundo hæreditatem, atque ita adjiciendo sibi alios creditores, nam aditio obligat æri hæreditario, potest onerare suos creditores, creditorumve suorum conditionem facere deteriorem; possum creditori meo creditorem adjicere: possum priorum creditorum adjectis aliis conditionem deteriorem facere, creditorum hæreditariorum conditionem adeundo hæreditatem non possum deteriorem facere: et ideo facile impetrant, ut sibi separentur bona defuncti, non etiam illi priores, ut sibi separentur bona hæredis. Et inde vero oritur magna quæstio in fi. h. l. an creditores defuncti impetrata separatione bonorum si ex bonis defuncti solidum consequi non potuerint, possint redire ad bona hæredis, si qua supersint dimissis creditoribus hæredis, *les crediteurs payéz*: constat sane creditores hæredis facta separatione bonorum ex postulatu creditorum defuncti, si solidum consequi non potuerint ex bonis hæredis, posse reverti ad id, quod superest ex bonis defuncti, dimissis creditoribus hæreditariis, hoc esse ait Papin. sine dubio in fine hujus legis. Dubitatur tantum de creditoribus defuncti, qui maluerunt separationem fieri, si ex bonis defuncti solidum consecuti non sint, an possint reverti ad id, quod superest ex bonis hæredis, dimissis creditoribus hæredis? sed priusquam finiatur hæc quæstio, nobis lex tota ab initio enarranda est. Finge: Debitor principalis fidejussori hæres extitit, et non est solvendo suis et hæreditariis creditoribus: patitur venditionem bonorum ex edicto prætoris: creditor defuncti, cui sc. defunctus fuit obligatus fidejuss. nomine, vel solus cum aliis creditoribus defuncti, dicit bona defuncti sibi sufficere, et desiderat ea separari a bonis hæredis ejusdemque debitoris sui, bona defuncti vendi a se, bona hæredis propria vendi a ceteris creditoribus hæredis, atque ita duorum quasi bonorum venditionem fieri. Quæritur initio h. l. *an impetrare debeat separationem quam desiderat?* Movet dubitationem, quod obligatio fidejuss. extincta est, quia debitor ipse fidejussori hæres extitit: aditione confusæ sunt personæ debitoris et fidejus. quæ confusio perimit personam minus principalem, id est, efficit, ut hæres sustineat vicem defuncti hac in re, ut sit fidejuss. loco, ut quasi fidejuss. teneatur, cum sit principalis debitor: idcirco ejus obligationis ratione, quæ extincta est, non jure videtur postulari separatio bonorum. Sed Pap. hoc loco negat hanc consequentiam, et concludit, ita extingui obligationem fidejuss. debitore fidejussori succedente, ut tamen ea res damno et fraudi non possit esse creditori in impetranda separatione bonorum, qui quantum in eo fuit, bene sibi cavit fidejussore accepto, ut non possit, inquam, damno afficere creditorem, qui diligenter sibi prospexerat accepto fidejuss. Igitur hæres quidem ipse fidejussoris, qui debitor est principalis, non tenetur fidejussorio nomine, quia idem ex eadem causa non potest teneri et principali et fidejuss. nomine: sed tantum fidejuss. defuncti bona separari recte postulat creditor, qui eum fidejussorem accepit. Et hoc respectu vere possis dicere, residere ex fidejussoria obligatione, quamvis sit perempta, vestigia adhuc et jura quædam, sicut et pignoris obligationem remanere con-

stat quod fidejussor dederat, *l. cum quis* , §. *ult. de sol.*

Ad §. *Quid ergo.*

Et hæc, quod ad primam quæstionem h. l. sunt enim in ea tres quæstiones: quæ tamen nexæ sunt invicem, et sequitur alia ex alia. Rursus igitur quæritur, si impetrata hujusmodi separatione bonorum defuncti, id est, fidejussoris creditor ex bonis fidejussoris solidum consequi non potuerit, an possit venire in partem bonorum hæredis una cum ceteris creditoribus quia et ipse est creditor hæredis? Movet dubitationem, quod contentus videatur fuisse bonis fidejuss. qui separationem eorum bonorum maluit fieri, eo quod maluit, stare debet, eo quod semel postulavit, stare debet, ut est in *l. creditores, h. t.* At contra eleganter Pap. scribit hoc loco, etiam petitionem separationis ei non esse fraudi, ei non præjudicare, quo minus in partem bonorum heredis, ejusdemque debitoris sui principalis admittatur cum ceteris creditoribus hæredis. Nam etsi debitor fidejussori hæres non extitisset, bonis fidejussoris separatim venditis, nec solido ex venditione redacto; integrum ei esse partem facere ex venditione bonorum hæredis ejusdemque debitoris, *integrum ei esse*, ut ait, *in residuum permisceri ceteris creditoribus debitoris*, sicut creditor electo fidejussore, potuit eligere ante Novellam Justin. *de fidejussoribus*, omisso principali: electo, inquam, fidejussore, nec recepto solido, potest in residuum experiri cum reo principali, *l. 23. et l. ult. de fidejuss. C. et l. qui mutuam, sup. man.* Et hic quidem casus est singularis, cum hæres fidejussoris est debitor principalis: nam regulariter aliud statuitur. Regulariter postulata separatio bonorum nocet creditori, qui eam postulavit: ut postea non possit venire ab bona hæredis, si solidum ex bonis defuncti consecutus non sit.

Ad §. *Sed in quolibet.*

Sed hic quæritur etiam, et hæc tertia quæstio: an huic regulæ sit locus, si creditoribus hæredis in totum satisfactum sit, si in totum dimissi sint, an tum non licebit etiam creditoribus defuncti ex reliquis bonorum hæredis implere suum debitum? Videtur hoc non esse eis invidendum. Cum impleti sint creditores hæredis, cur ex residuo bonorum hæredis etiam non implebuntur creditores defuncti, tametsi postulaverint sibi separari bona defuncti? Sane, ut initio retuli, hoc est sine dubio, dimissis creditoribus hæreditariis, id est, defuncti licere creditoribus hæredis venire ad reliqua defuncti bona. Sed hac in re magna est differentia inter creditores defuncti et creditores hæredis, ut ostenditur in *l.* 1. §. *pen. h. t.* Nam defuncti creditores postulant separationem bonorum non creditores hæredis ex *l.* 1. §. *ex contrario*, *h. t.* Nihil igitur imputari potest creditoribus hæredis, quia non postularunt separationem, sed in eam venerunt, aut inciderunt postulantibus creditoribus defuncti: creditores defuncti sibi debent imputare suam facilitatem, quia separatio quam petierunt, eos a bonis hæredis separavit. Eo quod semel petierunt, stare debent: contenti igitur debent esse bonis defuncti, nec tamen et contenti bonis hæredis creditores hæredis, hæc sunt notanda. Verum ex causa justa ignorantiæ, ut puta, si erraverint in æstimatione bonorum, Ulp. ait, creditoribus defuncti subveniri, ut scilicet, si solidum non sint consecuti ex bonis defuncti, ex residuis bonis hæredis impleant suum debitum, impetrata restitutione in integrum, non aliter. Nam jure summoventur penitus a bonis hæredis, etiamsi bona defuncti eos non impleverint: quia penitus recesserunt a persona hæredis petita separatione bonorum, secuti bona defuncti: ergo opus est restitutione in integrum, et ad eam impetrandam justissima causa erroris. Et ita Ulpianus sentit in *d. l.* 1. §. *pen.* ita sentit Paulus in *l. si creditores h. t.* Contra vero Papinianus in hac *l.* 3. rem ita præcidit absolute, ut sit commodius, et dum ait, *commodius* æquitate pugnat, dimissis creditoribus hæredis, ut creditoribus defuncti tribuatur id quod superfuerit ex bonis hæredis, si solidum ex bonis defuncti consequi non potuerint. Non fuere ignari hujus sententiæ Papiniani Ulpianus et Paulus, qui in libris quæstionum ejus etiam notas scribere affectarunt. Et quod tentavit Accurs. rectissime in *d. l. si creditores* proculdubio dissentit Papinianus ab Ulpiano et Paulo. Nec ulla ratio componendi dissidii. Pugnant hæ leges: nam in *d. l. creditores*, dum Paulus ait, *quidam putant*, sane Papinianum intelligit, et notat satis aperte, ut etiam in *l. recta de reb. cred.* Paulus dum ait, *quidam dicebat*, Papinianum intelligit: nam et in ea lege agitur de cautione recitata in auditorio Papiniani. Et ita etiam in *l. qui hæredi*, §. *si duorum, de cond. et demonst. et l.* 8. *usufr. quemad. cau.* Idem Paulus, *quidam et Marcianus*, et contra quoque Papinianus in *l.* 6. *de ser. export.* dum ait, *quidam putant*, forte Paulum intellexit. Videtur inter eos fuisse æmulatio quædam. Sed in proposito valet mihi plus, quod ait Papin. æquius esse suam sententiam probari, commodius esse, verius, utiliusque: ceteros certare jure, se certare æquitate, et ita possis respondere, si qui opponat

alteram alteri. Qua ratione in jure componuntur multæ et magnæ dissensiones.

Ad L. XXVIII. de Except. rei jud.

Exceptio rei judicatæ nocebit ei, qui in dominium successit ei, qui judicio expertus est.

Lex est pusilla et verbis et rerum momentis satis. Ait Pap. exceptionem rei judicatæ non tantum nocere ei, qui in dominium successit ejus, qui judicio expertus est, ergo exceptionem rei judicatæ non tantum ei nocere qui judicio expertus est, et contrariam sententiam accepit, sed etiam ei, qui in dominium successit. Exemplum poni potest in legatario. Finge: petii rem meam a possessore, et vindicavi, ac deinde victus sum per injuriam judicis: mox eam rem moriens tibi legavi: legati dominium tibi ipso jure acquiritur, *l. 1. in fi. de pub. in rem. act.* ex 12. tab, ut Ulp. scribit in fragm. *tit. de dominiis.* Sed si tu eam rem petas, quæ tua facta est jure legati, a possessore, qui me eam vindicantem exclusit, certe nocebit tibi exceptio rei judicatæ, quæ rursus mihi petenti noceret, nocebit exceptio hæc, quod res judicata sit inter me, et eum possessorem, in cujus dominium successisti: idemque potest poni in donatario causa mortis, et in hærede, quoniam his etiam personis dominium ipso jure acquiritur, *l. 2. de Publ. in rem act. l. si ager de rei vind.* Idem poni etiam potest in emptore hoc modo, non quolibet, quia vulgo dici solet, emptori dominium non acquiri ipso jure sine traditione naturali. Fac igitur ita esse: petii rem meam a possessore, et victus sum per injuriam judicis: sententia tenet, sed mihi dominium non aufert injuria judicis, imo victori non dat actionem, sed retentionem tantum, *l. 3. §. ult. de pign.* Mox vero tibi eam rem vendidi et mancipavi, vel tradidi nexu, quo genere tibi dominium acquiritur ipso jure sine traditione corporali: sed si eam rem vindices quasi tuam, ut sane tua facta est, a possessore, qui me vicit de proprietate sive dominio, nocebit tibi exceptio rei judicatæ, *quod res judicata sit inter me et eum possessorem.* Nam et e contrario, si ego rem emero, ac deinde vendidero tibi, et tradidero, mox eam rem a te petam, eadem exceptio rei judicatæ tibi proderit, etiam si auctor tuus vicerit per injuriam judicis, *l. si a te, §. ult. l. si mater, §. item Iulianus, hoc t.* Cui prodest eadem exceptio, et vice vsrsa nocet: plus dico, quam dixerit Ulp. in hoc loco. Exceptionem rei judicatæ non tantum ei nocere, qui in dominium victi successit, sed etiam ei, qui in locum, non dominium victi successit, ut creditori pignoratitio. Finge: petii rem meam a possessore, et victus sum injuria judicis: mox eam rem creditori meo pignori obligavi, quod fit sola conventione sine traditione: creditor agit hypothecaria adversus possessorem, repellitur exceptione rei judicatæ, quod res judicata sit inter possessorem debitorem, in cujus locum creditor successit, *l. si mater, §. ult. et l. seq. §. ult. h. t. l. 3. §. ult. de pign.* Hoc solum ita vellem Accurs. annotasse.

Ad L. XXVII. de Oblig. et Act.

Obligationes, quæ non propriis viribus consistunt, neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur.

In L. hac XXVII. *de oblig. et act. obligationes,* inquit, *quæ non propriis viribus consistunt,* id est, quæ ab initio nullas vires habent, vel apertius, quæ ne naturaliter quidem consistunt, quæ nullo jure consistuut, nec civili, nec naturali, in Basil. *αἱ μὴ κατὰ φύσιν οἰκείαν συνιστάμεναι,* id, est, *quæ non secundum naturam suam consistunt,* neque confirmantur officio judicis nec præsidis. Cedo exempla: si sub impossibili conditione concepta sit stipulatio, ex ea neque naturalis, neque civilis obligatio nascitur: si nasceretur naturalis, posset ei adhiberi fidejussor: nam naturali tantum recte adhibetur fidejussor. Ergo ne naturaliter quidem consistit ex ea stipulatione obligatio, quia non potest ei adhiberi fidejussor, *l. si sub impossibili, inf. de fidejuss. l. non solum, hoc t.* impossibilis conditio est, quam rerum natura prohibet. Et convenit igitur huic loco valde lex *ubi pugnantia, §. ult. de reg. jur. quæ,* inquit, *rerum natura prohibentur, nulla lege confirmantur.* Sed demus etiam alia exempla: obligatio, quæ deportatione debitoris perimitur, ut constat, tota perimitur, ut ait *l. si debitori, de fidejuss.* adeo ut nec naturali quidem jure constet. Ergo neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate convalescere, aut confirmari potest. Item obligatio fœminæ intercedentis pro alio, tota improbatur Senatusconsulto, ut ait *l. si mulieri contra Senatusconsultum, §. 1. ad Vellejan.* ita sc. ut nec naturaliter consistat. Senatusconsultum Vellejanum expungit etiam naturalem obligationem, ex causa intercessionis mulieris, nec admittit, vel probat, *nullis,* inquit, *viribus, ea obligatio consistit:* ac proinde, nec officio judicis, nec prætoris imperio, nec legis potestate probari potest: quod vel natura non consistit, nullo modo confirmari potest. Et mox subjicitur etiam ex *l. liber homo, de verb. oblig.* aliud exemplum: sed priusquam ad eam legem venio, addam ad hanc, e contrario obligationem ex pacto nudo, quæ jure naturali consistit, et prætoris imperio aliquando confirmari, quia est aliqua

obligatio: quod nihil est, confirmari non potest, quod est aliquid confirmari potest: obligatio igitur ex pacto nudo, quæ jure naturali consistit, aliquando prætoris imperio confirmatur, ut de pignore, quod constituitur nudo pacto ex edicto prætoris, *l. si tibi*, §. *de pign. de pact.* vel confirmatur legis potestate, ut XII. tabul. de injuriis et de furtis, *l. legitima et d. l. si tibi*, §. 1. *eod. t.* Ac præterea confirmatur officio judicis, veluti ex pactis, quæ contractibus bonæ fidei adjiciuntur ex continenti, vel quæ ex intervallo adjecta contractui detrahunt aliquid, quæ pactiones contractui inesse dicuntur, et contineri officio judicis bonæ fidei, qui supplet eorum actiones, vel exceptiones etiam omissas a litigatoribus: quod idem dici non potest de obligationibus, quæ propriis viribus non consistunt, id est, quæ neque jure naturali, neque civili consistunt, neque ullo alio jure. Nunc igitur transeamus ad *l. liber homo*, quæ ut dixi, suppeditabit aliud exemplum.

Ad L. XVIII. De Verb. oblig.

Liber homo, qui bona fide servit mihi, quod stipulanti mihi promittit, prope est, ut omnimodo sit utile, quavis ex re mea promittat: nam quid aliud dici potest, quo minus liber homo teneatur? nec tamen ideo, si stipulanti eidem ex eadem causa spondeam, tenebor: quemadmodum etenim habebit ejus actionem adversus me, quod ab alio stipulatus quæreret mihi? hoc itaque latere fructuario servo vel alieno, qui bona fide servit, comparabitur: servus autem fructuario si promittat ex re ipsius, vel alienus, qui bona fide servit: emptori, nulla de peculio dabitur in dominium actio: nam in his causis domini esse intelliguntur.

Certum est, liberum hominem, vel servum tuum, qui mihi bona fide servit, mihi acquirere, quod acquirit ex re mea. Itemque fructuarium servum, in quo usumfr. habeo, mihi acquirere ex re mea: omnes igitur mihi acquirunt ex re mea, et in hoc pares sunt. Sed inde quæritur, an etiam, si omnes mihi obligentur, si quid mihi promittant stipulanti ex re mea, finge ex pecunia mea, quam eis credo, quam eis mutuam do, eos mihi stipulanti promittere eam ipsam pecuniam, vel usuras, eam ipsam, id est, tantumdem, ut fit in mutuo, an ex stipulatione mihi obligantur? an ex re mea in se mihi acquirunt obligationem, vel in suum dominium de peculio? Et sane hac in re inter has personas multum differt: nam si liber homo, quem possideo bona fide quasi servum, mihi stipulanti promittat ex re mea, vel extra rem meam, revera mihi obligatur, et convenire cum possum cognita conditione ejus, *l. liber homo, de acqu. rer. domin.* Sed si servus alienus, quem bona fide possideo, vel servus fructuarius, mihi promittat stipulanti aliquid extra rem meam, sine dubio dominus eorum mihi obligatur de peculio: si ex re mea mihi promittat aliquid, dominus mihi non obligatur de peculio, optima ratione, quam Papinianus perstringit paucis verbis, quia in his casibus, cum servus alienus mihi bonæ fidei possessori, vel fructuario stipulanti promittit aliquid ex re mea, non alius, quam ego, videtur esse dominus: ut dum quæris, an dominus mihi teneatur de peculio, absurde hoc videaris quærere, *an ego mihi tenear de peculio*, quoniam ex illis casibus, qui pendent ex re mea, non alius, quam meus ille homo servus esse intelligitur: hominis autem liberi non potest quisquam, vel esse dominus, vel videri, nec in eo quidem quod per liberum hominem bona fide possessum acquiro ex re mea, videor esse dominus. At quid dicemus e contrario, *si hæ personæ non mihi promittant, sed illis promittam aliquid ex re mea an teneor?* nullo modo. Et in causa hoc est, ne quod ab alio stipulanti mihi acquirerem ex re mea, ejus nomine adversus me habeant actionem vel ipsi vel domini eorum, *l. sed et si qui* 25. §. *Julianus de usufr.* aut si ejus nomine in me, qui quid eis promisi, ex re mea habeant actionem, acquirant igitur mihi actionem in me ex re mea, quod rerum natura non patitur. Non potest fieri, ut mihi in me sit obligatio, nec officio judicis, nec prætoris imperio, vel legis potestate, quia natura non patitur, ut idem sit actor et reus ex eadem causa, id est, ut quis in se ipsum agat, et ita commodissime poteris uti isto exemplo ad *l.* 27. Igitur *hoc latere*, ut loquitur, et in *l.* 49. §. *ult. de fidejuss. eod. lib. hoc latere*, *en cet esgard.*, *inter has personas nihil interest*, id est, si quid eis promittam ex re mea, quoniam nulli eorum teneor: contrario latere, videlicet, si quid mihi promittant ex re mea, differentia intercedit, differunt inter se: nam liber homo mihi obligatur, cæterorum domini mihi non obligantur de peculio, et cum servis etiam nulla consistit obligatio. Unum est tantum, quod huic postremæ sententiæ obstat, et sane vehementer prima specie, atque adeo, ut videantur non bene hanc difficultatem alii data opera dissimulasse. Obstat vehementer *l. si creditor*, §. *ult. de pecul.* ex qua efficio, si quid mihi debeat servus fructuarius ex re mea, si quid mihi promittat ex re mea, dominum ejus teneri de peculio, quod valde pugnat cum hac lege. Sed latius exponam quod est in *d.* §. *ult.* si mutuam pecuniam dedi servo fructuario, et forte, ut fit, stipulatus sim, eam reddi mihi, nihil refert. Nam debet utique mihi ex mutuo eam pecuniam. Verum

ut appareat magis, quam pugnet, ille §. ita dicimus: si mutuam pecuniam, ut dixi, etc. et stipulatus sum mihi reddi, dominus mihi tenetur de peculio computato eo quod de peculio apud me est. Idem etiam erit, si servo fructuario operas ipsius locavi certa mercede, et forte stipulatus sum mercedem mihi præstari, et promiserit ipse mihi, ex re mea agitur. Nam operæ sunt quasi ex re mea, *l. qui bona fide*, *de acq. rer. dom.* Et primo casu, cum mutuam pecuniam ei dedi, pecunia fuit mea. In omnibus his casibus dominum mihi teneri de peculio. Idemque est, si meam rem tibi locavi, et promiserit se mercedem mihi daturum, dominus ejus mihi tenetur de peculio. Brevis distinctio rem explicabit. Ita distinguendum est: Aut servus fructuarius accepit mutuam pecuniam nomine domini, et eam ei acquisivit, vel etiam conduxit suas operas, vel rem meam nomine domini, ut sc. emolumentum perveniret ad dominum: et hoc casu dominus mihi tenetur de peculio. Aut (quod est alterum membrum distinctionis) non nomine domini mecum contraxit, mihique promisit, et hoc casu dominus mihi non tenetur de peculio, cujus ratio in contrahendo habita non est. Et ut confirmetur hæc distinctio, quæ rem omnem componit, adnotanda tantum est *d. l. sed et si quis §. item Julianus*, quæ eam distinctionem explicat. Cum proposuisset, nihil agere servum fructuarium promittentem fructuario, illud excipit, nisi rem egerit nomine domini, nomine proprietarii.

Ad §. decem pen.

Decem hodie dari spondes: dixi posse vel eo die pecuniam peti, nec videri præmaturius agi non finito stipulationis die, quod in aliis temporibus juris est: nam peti non debet, quod intra tempus comprehensum solvi potest. In proposito enim diem non differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum.

Sequitur, ut interpretemur, quæ sunt reliqua in *l. liber homo*, ac præterea principium l. 9. *de duob. reis const.* In §. *pen. l. liber. homo*, agitur de stipulatione hujusmodi, *decem hodie dari*, vel *decem præsenti die dari*: *et præmaturius agi*, id est, plus peti, in §. *plus*, *Inst. de act.* qui præmature petit, plus petere videtur. Quod autem ait in hoc §. eo pertinet, ut intelligatur, quantum ad vim et effectum stipulationis attinet, supervacuam esse adjectionem diei, supervacuam esse adjectionem illam, *hodie*, quia effectum ea stipulatio habebit puræ stipulationis, cui nulla dies inserta est, non stipulationis in diem. Quod et de pecunia legata die præsenti, ut sc. eo ipso die præstaretur, quo hæres adiisset, est proditum in *l. talis scriptura*, *de leg.* 1. Puræ autem stipulationis effectus hic est, ut statim agi possit, sine ullo laxamento temporis, præterquam ejus, quod sufficit ad solutionem, vel traditionem faciendam, §. *ult. instit. de inut. stipul.* Quod admodum breve est tempus, si pecunia sit promissa, vel si res promissa sit in præsentia, non si ex longinquo petenda sit. Idemque de puro legato dici potest, ut sc. hæres statim atque adierit solvat, dato tamen aliquo spatio, quantum sufficiat ad solutionem faciendam. Nec enim, ut eleganter ait lex *quod dicimus*, *de solut. l. 1. §. item si ita legatum*, *D. ad leg. Falcid.* *cum sacco adire hæreditatem cogitur hæres*, non cogitur adire hæreditatem cum folle, *avec la bourse en la main.* Igitur datur spatium ad solutionem faciendam, quod permodicum est tamen, nec explet diem integrum. Et alia est ratio constituti pure, id est, non adjecta die. Nam omni constituto tempus tacite inest, et tempus non minus, quam decem dierum. *l. promissor* §. 1. *de constit. pec.* Constituere enim latine, est constituere ad diem aliquem: constituo me soluturum: etiam si diem non adjicio, sane constituo semper ad diem: non venio ad constitutum, id est, constitutum diem: cum ita constituisti, id est, constituisti certo die: stipulationi etiam aliquando tacite tempus inest, *l. interdum, hoc t.* sed non omni stipulationi. Ex pura igitur stipulatione, cui dies non inest, debetur præsenti die, *l. eum qui* §. *ult. hoc t.* Quod ita intelligendum ut statim peti possit, nec plus peti videatur, si petatur non finito die. Stipulationis autem in diem effectus hic est, ut plus petat qui petit, antequam is dies, in quem stipulatio collata est præterierit, quia totus dies tribuitur arbitrio solventis §. *omnis*, *instit. de verb. obl.* quandoquidem inseritur differendæ tantum actionis causa, obligatio est, præsens, *l. cedere*, *de verbor. sign.* At cum hæc stipulatio hodie dari, vel *præsenti die dari*, puræ comparetur, non in diem, quasi die incerto, non differendæ actionis causa, sed ut ostenderetur præsens esse responsum; ideo recte concludit Papinianus hoc loco, ex ea stipulatione statim agi posse, etiam si dies non præterierit: totum diem non relinqui arbitrio promissoris: denique supervacuam esse adjunctionem illam, *hoc die*, *vel præsenti die*, quantum pertinet ad vim et effectum stipulationis. Adnotandum est, quantum ad alia pertinet, non semper esse supervacuam eam adjectionem, maxime legato præsenti die: namque ea adjectio legatario proficit in hoc, ut vulgari clausula, prorogandorum legatorum tale legatum non contineatur, ut præstetur præsenti die sicut relictum est, non annua, bima, trima die, ex vulgari clausula. Quod cum eodem libro Papinianus scripserit in *l.* 71. *de leg.* 2. ita videtur ea

lex commodissime conjungi debere cum hoc §. *pen.* sicut memini me dicere in explic. *d. l.* 74. Et hac quidem de re hactenus.

Ad §. Ultimum.

Decem mihi aut Titio, utrum ego velim dare, spondes? ex eo quod mihi dandum est, certi stipulatio est, ex eo quod illi solvendum, incerti. Finge mea interesse, Titio potius quam mihi, solvi: quoniam pœnam promiseram, si Titio solutum non fuisset.

Sequitur in §. *ult.* de stipulatione hujusmodi, *decem mihi aut Titio, utrum ego velim, dare spondes?* si stipuler mihi et Titio dari, pro parte Titii inutilis stipulatio est, cum alii facta stipulatio non valeat, pro parte mea utilis est, *l. ult. in fi. hoc t. §. quod si quis, Instit. de inutil. stip.* Sed si stipuler mihi, aut Titio dari, ut in proposito casu, in totum utilis est stipulatio, propterea quod non hoc agitur, ut obligatio Titio acquiratur, quæ non posset etiam Titio acquiri per me, sed ut mihi soli acquiratur obligatio: solvatur autem vel mihi, vel Titio, quasi procuratori meo: ego sum reus stipulandi, Titius est procurator adjectus solutionis accipiendæque pecuniæ promissæ gratia. Conjunctio facit non pares, me, et Titium, si dixero, *mihi et Titio dari*: disjunctio facit nos dispares, si dixero, *mihi aut Titio dari*: nam in persona quidem mea consistit obligatio, in persona Titii solutio, non obligatio: hoc sermone *mihi aut Titio dari*, Titius solutioni applicatur, quod fit utiliter. Illo sermone, *mihi et Titio dari*, Titius obligationi applicatur, quod fit inutiliter. Stipulatio igitur, quam proposuimus ita conceptam, *decem mihi aut Titio, utri ego velim dari*, ex mixtura quadam constat, datione, scilicet, et facto, et verbum, *dari*, bifariam accipitur: *mihi dari*, id est, me dominum fieri. *Titio dari*, id est, tradi, quasi procuratori meo: solvere creditori, est dare, solvere procuratori vel tutori, vel curatori creditoris, est facere, *l. consilio, §. ult. de cur. furios.* Igitur ex ea stipulatione si intendam mihi dari oportere eam pecuniam, quæ in stipulationem venit, certi condictio est: si intendam Titio dari oportere, puta quod mea intersit potius, quam mihi: finge, me ei pœnam promisisse, ni ei solveretur ea pecunia, quia omnis stipulatio, quæ in faciendo consistit, vel quatenus in faciendo consistit est incerti, hoc casu est actio incerti ex stipulatu: omnis enim stipulatio in facto consistens, est incerti, *l. ubi autem, §. quique, hoc t. l. 4. de usur.* In hoc autem proficit, me adjecisse in hac stipulatione, *utri ego velim*, ut ne Titio solvatur me invito, si mihi solvi malim: alioquin omissa hac clausula, electio esset promissoris, et invito me solveret Titio, *l. vero, §. pen. l. aliud, de solut.* et ut inito sermone ad l. 9. de duobus reis veniamus.

Ad Leg. eandem rem IX. de duobus reis.

Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus veluti emptione, venditione, locatione, conductione, deposito, testamento, ut puta, si pluribus hæredibus institutis testator dixit: Titius et Mævius Sempronio decem dato.

Quemadmodum multum interest, stipuler *mihi et Titio dari*; an, *mihi aut Titio dari*, ita pluribus hæredibus institutis multum interest testamento scripsero, *Titius et Mævius Sempronio decem dato*, an, *Titius aut Mævius Sempronio decem danto*: nam ex priori oratione, *Titius et Mævius Sempronio decem dato*, singuli debent partes viriles, nec sunt duo rei debendi, in *l. si hæredes nominatim, de leg.* 1. ex posteriori oratione, *Titius aut Mævius Sempronio decem danto*, sunt duo rei debendi in solidum: nam singuli tantum debent partes viriles: hæc est definitio hujus §. Duo rei debendi sunt, qui parem obligationem in solidum susceperunt singuli, quorum uno electo alter liberatur: nam hoc addi necesse est ex *l. decem* 116. *de verb. obl. et l. 2. de duobus reis.* Et hoc, quod dico duos reos debendi constitui, si ita dixerim, *ille aut ille meus hæres dato*, probavit aperte in *l.* 8. §. 1. *de legat.* 1. *l. ille aut ille, de leg.* 3. id est certissimum. Nec est prætereundum, quod alias affirmavimus, esse mendosam hanc l. 9. in illo loco, dum duos reos debendi testamento constitui ait hoc modo: *Titius et Mævius Sempronio decem danto*: nec enim esse possunt duo rei, cum singuli non debeant solidum: legendum est igitur, *dato*, non danto, ut etiam est Florentiæ. Ex quo etiam sequitur, et ante esse legendum disjunctim, *Titius, aut Mævius, Sempronio decem dato*, quo genere verissimum est, duos reos testamento debendi constitui. Et non hoc solum proponit Papinian. initio hujus *l.* 9. sed etiam duos reos debendi constitui non tantum stipulatione, si interrogati Titius et Mævius spondetis? respondeant spondeo, vel spondemus, *l. 4. hoc t.* sed et alio quolibet contractu, aut quasi contractu duos reos debendi constitui posse: constitui deposito, ut si apud duos rem deposui pariter utriusque fidem in solidum secutus, ut utriusque fidem mihi in solidum obligarem: constitui etiam commodato, si eandem rem duobus

similiter commodaverim, ut singuli mihi eo nomine tenerentur in solidum: constitui (qui tertius modus est) emptione et venditione, si duobus pariter eandem rem vendidi, vel locatione et conductione, si locavi. Et addamus etiam, constitui duos reos nominibus factis, obligatione nominis, quæ dicebatur contrahi apud argentarios, *l. idem*, *l. si unus*, *in pr. de pact.* Et ultimo loco hoc Papin. subjicit, constitui testamento duos reos, sed non hoc eodem modo, *Titius et Mævius Sempronio decem danto:* verum isto, ut legendum est, *Titius aut Mævius Sempronio decem dato.* Sicut etiam in *l.* 16. *de leg.* 2. ostenditur eodem modo in testamento constitui duos reos credendi, id est, duos legatarios creditores ex legati causa, *Titio aut Mævio decem utri hæres volet*, sunt duo rei credendi, et uno dimisso ab hærede, dimittitur alter. Quod si dixerit aut dicere voluerit, nam aliquando disjuncta pro conjunctis accipiuntur in testamentis atque etiam in legibus, si inquam, dixerit, *Titio aut Mævio decem dato*, *per damnationem*, non sunt duo rei credendi, sed singulis debentur dena, et uno dimisso non dimittitur alter.

Ad §. I. Sed si quis.

Sed si quis in deponendo penes duos paciscatur, ut ab altero culpa quoque præstaretur: verius est non esse duos reos, a quibus impar suscepta est obligatio. Non idem probandum est, cum duo quoque culpam promisissent, si alteri postea pacto culpa remissa sit: quia posterior conventio, quæ in alterius persona intercessit, statum et naturam obligationis, quæ duos initio reos fecit, mutare non potest: quare si socii sint et communis culpa intercessit, etiam alteri pactum cum altero factum proderit.

§. 2. *Cum duos reos promittendi facerem: ex diversis locis Capuæ pecuniam dari stipulatus sim, ex persona cujusque ratio proprii temporis habebitur: nam etsi maxime parem causam suscipiunt, nihilominus in cujusque persona propria singulorum consistit obligatio.*

Papinianus in *l.* 9. *de duob. reis*, cum initio dixisset, duos reos debendi fieri non tantum stipulatione, sed deposito, et ceteris contractibus, atque etiam testamento, subjecit in §. *sed si quis*, hoc ita demum deposito duos reos fieri, duos debitores, ut loquitur *l. Senatus*, §. *pen. de mort. caus. donat.* si duo depositarii aut plures parem obligationem susceperint, quod etiam verbo, *pariter*, significavit, jam initio hujus legis, non etiam si imparem obligationem susceperint. Finge in deponendo apud duos convenisse, ut ab altero quoque culpa præstaretur: dolus duntaxat venit in depositum, non culpa, nisi aliud convenerit: conventio enim legem contractibus dat, *l. contractus de reg. jur. et l.* 1. §. *si convenit depos.* Si igitur ab initio convenerit, ut unus depositarius culpam etiam præstaret, nihil autem convenerit cum altero depositario ea de re, non sunt duo rei debendi, quia non parem obligationem susceperunt singuli in solidum: duo rei debendi sunt qui parem obligationem susceperunt singuli in solidum, et quorum uno electo liberatur alter. Par autem est obligatio, si nec plus, nec minus re vel causa debeat unus, quam alter: et plus vel minus dicitur quatuor modis, re sive summa, et tempore, et loco, et causa sive qualitate, et æstimatione. Si re aut summa dispar sit obligatio, ut si unus promittat quinque, alter decem, unus partem rei, alter totum, unus dolum et culpam, alter dolum tantum, non sunt duo rei: quod ex effectu verum esse demonstrabo: quia sc. unius solutio non liberat alterum, si conveniatur unus ex culpa, qui se culpa quoque obstrinxit, non ideo minus tenetur alter ex dolo, et e contrario. Et hoc est quod ait in pr. §. *sed si quis.* Si dispar sit obligatio in causa, ut si unus promittat decem, alter Stichum aut decem, quem maluerit, vel si unus promittat ejusdem speciei rem meliorem, alter deteriorem, non sunt duo rei eadem ratione, quia et hic unius solutio non liberat alterum: si unus præstiterit Stichum, non ideo minus tenetur alter in decem: si unus præstiterit ejusdem speciei rem deteriorem, non ideo tenetur alter in meliorem. Et ejus rei arg. est lex *si id quod*, *h. t.* Et hoc quidem si dispar sit obligatio in re vel summa, vel si dispar sit in causa, vel qualitate: hæc disparitas impedit constitutionem duorum reorum; sed si in tempore tantum sit dispar, ut si unus promittat præsenti die, alter annua die, vel menstrua vel incerta die, nihilominus sunt duo rei, et unius solutio liberat alterum, *l.* 7. *h. t.* Idemque etiam quæritur in §. *ult. hujus l.* Si stipulationi tacitæ insint diversa tempora, ut si unus ex Massilia, alter ex Lutetia promittat se daturum Romæ decem. In singulis enim habetur ratio taciti proprii temporis, ut hoc eodem lib. idem Papin. loquitur in l. 49. §. *ult. de fidejuss.* temporis sc. quo vel hic Lutetia, vel ille Massilia Romam pervenire potest. Atque ita dispar est obligatio in tempore, citius enim Massilia quam Lutetia pervenitur Romam, et tamen duo sunt rei debendi, et unius solutio liberat alterum. Hoc non satis attendit Accurs. in §. *ult.* dum non videt, qua ratione fieri potuit, ut uno eodemque tempore eidem alius Lutetiæ, alius Massiliæ promittat, et existimat duos reos non fieri, nisi uno eodemque tempore promittant: quod est falsissimum: fiunt enim etiam separatim, *l.* 3. *h. tit.* id

est, diversis temporibus et locis. Nec quicquam moveor *l. 6. §. ult. h. t.* quæ non hoc vult, quod existimant vulgo, modicum tantum intervallum intervenire posse inter unius et alterius rei constitutionem, sed modicum tantum intervallum intervenire posse inter interrogationem et responsionem hujus vel illius, vel inter interrogationem hanc *spondetis?* cum ambo eodem loco convenerunt, et responsionem utriusque: quandoquidem nihil agitur nisi interroganti mox respondeatur priusquam ad alia negotia fiat digressio, *l. 1. §. qui præsens, de verb. obl. l. si ex duob. hoc tit.* Et ita est accipienda omnino *d. l. §. ult.* nam nihil refert me hodie de te stipulari eandem rem, et post mensem de altero, alio etiam loco, eo animo, ut uterque mihi sit obligatus in solidum, ut sint duo rei. Et hoc est quod ait in *§. ult. h. l.* Et addendum in fine, ex *d. l. 49. de fidejuss.* quod ad rationem temporis attinet, in cujusque propria persona singulorum consistit obligatio: sed tamen par causa suscipitur: ergo nihilominus sunt duo rei. Dixi plus aut minus dici quatuor modis re vel summa, tempore, loco, et causa, sive qualitate, et quid juris sit exposui si dispar sit obligatio in re vel summa, vel si dispar sit in causa vel qualitate, vel si dispar sit in tempore. Nunc videamus quid sit dicendum, si dispar sit in loco: ut si unus promittat se Romæ daturum, alter se Lutetiæ daturum. Et facile est respondere, videlicet, non ideo minus esse duos reos debendi: ut disparitas temporis non impedit constitutionem duorum reorum: ita nec disparitas loci: loci adjectio est quasi temporis adjectio, *l. 6. §. ult. ad Trebell.* Ergo initio parem obligationem ita definivi, si nec plus, nec minus re vel causa debeat unus quam alter, etiamsi non sit par tempore, vel loco. Quibus explicitis videamus quid præterea sit in *§. sed si quis.* Si cum uno ex depositariis ab initio paciscar, ut non tantum dolum, sed et culpam præstet, non cum altero: non sunt duo rei, quia non parem causam suscipiunt, sed si uterque ab initio mihi culpam promiserit. *Promittendi* verbum est commune pactionis, et stipulationis, et pollicitationis, et commune omnium conventionum, ut initio hujus l. dum ait, duos reos promittendi fieri omnibus contractibus. Si inquam, uterque mihi ab initio culpam promiserit, et alteri postea pacto culpa remissa sit, id est, convenerit postea, ne alter culpam præstaret, nihilominus sunt duo rei, quia posterior pactio, quæ ex intervallo cum uno facta est, naturam et statum prioris obligationis, quæ contracta est cum utroque mutare non potest. Hoc est, ut dicitur, pactio nuda obligationem tollere seu mutare non potest, *l. si unus §. pactus, de pact.* Et ut ipsa verba Papiniani elegantissime exprimam, *quid*, inquit, *posterior conventio, etc.* Breviter hoc est: pactum nudum non potest mutare obligationem, quæ est certissima regula juris nostri: igitur si convenerit postea cum uno ex depositariis, ut culpam non præstaret, non cum altero, nihilominus manent duo rei debendi, ut facti sunt ab initio, et singuli conveniri possunt in solidum, prout elegerit stipulator: sed ex posteriore pacto exceptio pacti vel doli competit ei, cui culpa remissa est, et quidem soli, si socii non sint, *l. qui in hominem, §. ult. de solut. l. 3. §. nunc de effectu, de liber. leg.* Nam si socii sint, pactio facta cum uno, id est, remissio culpæ facta uni, proderit etiam alteri si communis culpa intercesserit, alioqui nec paciscenti proderit, quandoquidem quod is præstiterit culpæ nomine, qui pactus non est, id socio, qui pactus est, reputabit actione pro socio, *l. idem est, de pact. l. 1. C. de duob. reis.* Denique paciscentis interest, cui culpa remissa est, nec a se, nec a socio culpæ rationem ullam exigi: nam si exigatur a socio, et a se τῇ δυνάμει, id est vi ipsa exigetur contra posteriorem pactionem. Igitur si socii non sint, pactio paciscenti tantum prodest, si socii sint utrique prodest, ut eadem distinctio intervenit in specie *l. seq.* Si duo rei debendi non sint socii, non in rem communem pecuniam mutuam acceperint, et unus conveniatur, non potest compensare, quod actor debet alteri, nisi vice mutua fidejusserint: fidejussor enim recte compensat, non tantum quod sibi debet actor, sed etiam quod debet reo, *l. 4. et 5. de compensat.* Si socii sint, is qui convenitur potest etiam compensare quod actor socio debet suo. Ad hæc forsitan quæret aliquis, *an pactum unius ex reis debendi noceat alteri?* An prosit diximus, an noceat quæret aliquis, et in hac quæstione, an etiam sit adhibenda eadem distinctio socii sint vel non. Finge: res deposita est penes duos, nec quicquam est conventum de culpa præstanda ab hoc vel illo: postea stipulator cum uno paciscitur ex intervallo, ut is sibi culpam præstet, non cum altero: *an hæc pactio nocet alteri? An alter culpam utique præstabit, maxime si socii fuerint?* Respondeo nihil attinuisse quæri, quia ea pactio neutri nocet, quandoquidem ex pacto nudo non nascitur actio: ex eo igitur pacto nudo nemo obligatur culpæ nomine: in duobus reis stipulandi hoc quidem apte quæritur, an unius pactio, veluti si unus pactus sit de non petenda pecunia, noceat alteri. Et est proditum non nocere, *l. si unus ex arg. in princ. de pact.* In duobus reis promittendi hoc quæritur inepte. Igitur quod ait *l. pen. h. t.* ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis, alterius factum alteri

quoque nocere, non potest intelligi de pacto: aliud est factum, aliud pactum: sed nec potest intelligi de quocumque facto. Alia sunt facta, quæ rei universæ cohærent, quæ personæ tantum cohærent, mora personæ cohæret, mora fit in persona tantum. Et ideo mora unius ex reis promittendi non nocet alteri, *l. mora*, §. *pen. de usur. l. in condemnat.* §. *pen. de regul. jur.* Et is, qui moram non facit, liberatur re promissa naturaliter extincta, etiamsi conreus fecerit, et solus conreus obligatus manet. At si hominem promissum unus ex reis occiderit, quod factum interpretes etiam moram appellant male, separatur enim mora a facto hujusmodi, a delicto hujusmodi, *l. si servum*, §. *sequitur, de verbor. obl. d. l. mora*, §. *ult. de usur.* si, inquam, unus ex reis hominem promissum occiderit, non liberatur alter, qui non occidit, factum unius nocet alteri, ut ait *l. pen.* nec enim alter liberatur, quia hæc culpa in rem est, et perpetuat obligationem totam, rem universam apprehendit sive obligationem universam. Idemque erit, si unus ex reis debendi debitum agnoverit, qua re interrumpitur præscriptio actionis, hoc etiam factum nocet alteri, quia interruptio est generalis, interrumpitur præscriptio actionis in universum. Unus est contractus, ut ait in hanc rem, *l. ult. C. de duob. reis*, una obligatio, *l. 5. circa fin. hoc tit.* Et una interruptio, quæ nocet utique, et interrumpit præscriptionem, atque ita his exemplis uti debes ad explic. *l. pen.* dum indistincte ait, factum unius ex reis nocere alteri: nec enim id quoque est intelligendum de pacto: non potest etiam intelligi de mora, nec de quocunque facto.

Ad L. Si servus XVIII. de Stipul. serv.

1 *Si servus communis Mævii et castrensis peculii, defuncto filiofamil. milite, antequam adeat institutus hæreditatem, stipuletur socio, qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quæretur: quoniam partem non facit hæreditas ejus, quæ nondum est. Non enim si quis hæredem existere filiofam. dixerit, statim et hæreditatem ejus jam esse consequens erit, cum beneficium principalium constitutionum in eo locum habet, ut filiusfam. de peculio testari possit: quod privilegium cessat, prius quam testamentum aditione fuerit confirmatum.*

Ad L. XIV. de Castr. pec.

Filiusfam. miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis hæredibus: quibus cessantibus, jure pristino peculium pater habebit. Proxima species videtur, ut scriptis hæredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est, vel ab alio sibi traditum accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, cum in illo tempore non fuerit servus patris: quod autem ad scriptos hæredes, in suspenso fuisse traditio, itemque stipulatio intelligatur: ut enim hæreditarius fuisse credatur, post aditam hæreditatem fit. Sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi jure pristino apud patrem peculium remanet, etiam adquisitio stipulationis, vel rei traditæ per servum fiat. Legatum quod ei servo relictum est, quamvis tunc propter incertum nulli sit acquisitum, omisso testamento, patri tunc primum per servum adquiretur: cum si fuisset exemplo hæreditatis peculio adquisitum, jus patris hodie non consideraretur.

Explicanda nunc nobis occurrit quæstio *l. 18. de stip. serv.* conjuncta *l. 14. de castr. pecul.* quæ est eadem de re; quæstio sane subtilissima et dificillima, et controversa etiam inter ipsos juris auctores. Servus quidam erat communis Mævii et filiifam. militis, qui in eo servo partem quæsierat per occasionem militiæ, atque ita eum habebat in castrensi peculio. Denique servus erat communis Mævii et castrensis peculii: filiusfam. eo jure, quod in castrensi peculio filiofam. militi, atque etiam veterano concedunt constitutiones principum, testamentum fecit de castrensi peculio vivo patre, et Sempronium sibi hæredem instituit, quo deliberante de adeunda vel repudianda hæreditate, interim is servus aliquid stipulatus est ab extraneo. Quæritur utrum stipulatio soli Mævio acquiratur in solidum, an Mævio pro parte, et hæreditati filiif. pro altera parte, quasi dominæ: vulgo dicitur hæreditatem jacentem fungi vice dominæ, *l. non minus*, §. *ult. de hæred. inst. l. cum hæreditas, C. depos.* nulla vos frequentius occurrit in his libris, et ob id servus hæreditarius recte stipulatur hæreditati quasi dominæ, *l. 35. hoc tit.* vel si stipuletur sibi aut impersonaliter, stipulatio interim acquiritur hæreditati, et per hoc etiam hæredi postea facto, ut est in *Inst.* scriptum, *eod. tit.* Verum ad hæc sciendum est, filiumfamil. in castrensi peculio, quasi patremfamil. esse, *l. 2. ad Maced.* sed non omnino quasi patremfam. esse, ut ait *l. ult. ad Tertull.* Et confirmatur *l. 1. 2. 9. et l. pen.* §. *pater, de castren. pec. l. 1.* §. *si is qui bona, de collat. bon. l. filiusfam. ad leg. Falcid.* Nam si filiusfam. moriatur intestatus, in castrensi peculio hæredem non habet, nisi hodie ex Novel. 118. liberos suos, sed veluti quodam

postliminio bona castrensia jure peculii remanent apud patrem, perinde ac si retro peculium fuisset acquisitum patri, nec ullum jus in eo habuisset filiusf. id enim jus, quod ei in eo dederunt constitutiones principum, privilegium est personale, privilegium militiæ, quo si non utatur filiusfam. ut si testamentum non faciat de castrensi peculio, pater peculium quasi rem suam suo jure occupat: non habet igitur filiusfam. hæredem castrensi peculii, nisi testamento hæredem sibi instituerit. Hoc non est satis. Addendum, ut is hæres institutus hæreditatem adierit: nam si non adierit hæreditatem, nec retro filiifam, hæreditas fuisse intelligitur. Testamentum filiifam. militis, ut ait eleganter Papin. hoc loco, aditione confirmatur, quod ut mox dicam, non potes etiam dicere de testamento patrisfam. Testamentum igitur filiifam. militis aditione confirmatur, id est, hæreditas ejus fit aditione, *d. l. filiusfam. ad leg. Falcid.* nec enim ante aditionem videtur ejus hæreditas fuisse, et patrisfam. testamentum morte confirmatur, ut et D. Paulus ait in epist. ad Hebræos, et statim a morte defuncti hæreditas esse intelligitur, antequam adita sit: ergo filiofam. qui testamentum fecit de castrensi peculio hæres est, qui scriptus est, et adire potest, *hæres existit*, ut loquitur Papinian. hoc loco: Quod notandum. Nam hæredem *existere* alias est ipso jure hæreditatem acquirere, etiam ignorantem et invitum: alias est miscere se bonis: hoc loco est hæredem institutum esse, ut adire possit. Unde sic dico, filiofamil. qui testamentum fecit de castrensi peculio, hæres est, qui scriptus est, et adire potest, sed non est hæreditas antequam adierit hæres, non est hæreditas, antequam adita sit. Neque hoc valet argum. a conjugatis, *si hæres est, et hæreditas igitur*, quod etiam genus argumentationis Quintilianus non magnopere probat: valet tamen argumentum concludendo negative hoc modo: *si hæreditas non est, nec servus igitur hæreditarius est.* Nam servus hæreditarius ab hæreditate, non ab hærede, dicitur hæreditarius; et ob id semper *servus hæreditarius* dicitur: tamen jacente hæreditate et vacante, nec dum adita, quoties hæreditas dici potest, ante aditionem veluti de bonis patrisfam. Ex quo efficitur, quod ante aditam hæreditatem filiifam. stipulatur servus communis, Mævii et castrensis peculi, id hæreditati acquiri non posse, quæ nondum est, quia non est hæreditas filiifam. ante aditionem: ei igitur acquiri in solidum, quia solius est, cui acquiri potest, et nemo ei partem facit, nemo concurrit, ut servus solus Mævii est interim, nec potest dici hæreditarius, quia nondum est hæreditas: sed quæso legamus integra verba Papin. *Si servus.* Verum addendum est ex eodem Papin. libro, ex *l. 4. de castrens. pecul.* ante aditionem nihil videri acquisitum hæreditati, ex stipulatione servi castrensis, qui nondum est, sed post aditionem retro intelligitur servus hæreditarius, et hæreditas fuisse a morte filiifamilias, quia aditio retrotrahitur semper in jure, *l. hæres quandocunque, de acquir. hæred. l. si ex re, §. ult. h. t.* Et consequenter, pars stipulationis ad hæredem, qui adiit, pertinet, pars ad Mævium: quod si non sit adita hæreditas, si omissa sit ab hærede scripto; patri apud quem peculium residet, sane stipulatio non acquiritur, sed omne ejus emolumentum in solidum pertinet ad Mævium: legatum autem, puta, si interim servo sit relictum, omisso testamento patri acquiritur, saltem eo tempore, quo omisso testamento servus fit patris, atque ita est hac in re differentia inter stipulationem et legatum. Et ratio differentiæ hæc est, quia ex stipulationibus tempus contractus spectatur. Eo autem tempore non fuit servus patris, ergo per eum nihil acquiritur patri, nec si postea fiat patris, quia non quod postea successit, tempus spectatur in stipulationibus, sed tempus contractus tantum, in legatis non spectatur tempus, quo legatum relinquitur, *l. si filiusfam. de verbor. oblig. l. ususfruct. h. t.* Quæ differentia inter stipulationes et legata manat latissime, et ferit alias innumeras.

Sed quæso transeamus modo ad eam *l. 14.* ex qua hoc sumimus, ut eam totam interpretemur per partes, alioquin non possit probe intelligi. Initio *d. l. 14.* ponit, quod est certissimum, filiumfam. militem ante captivitatem fecisse testamentum de castrensi peculio jure concessum, et deinde eundem mortuum apud hostes: testamentum confirmatur lege Cornelia, quæ fingit non mortuum cum esse in captivitate, sed paulo ante captivitatem civem Romanum: fictio legis Corn. et hæreditatem, et hæredem facit, *d. l. filiusfam. ad l. Falcid.* Eo igitur ibi mortuo hæres ejus, qui testamento scriptus est, si cessaverit, id est, si non adierit, non erit hæreditas filiifam. sed erit peculium, quod jure pristino pertinebit ad patrem, jure scil. eo, quod pater habuit in omnibus filiisfam. indistincte ante privilegia constitutum, jure primo, jure patriæ potestatis, jure patris, ut ait hoc loco et, in *l. pen. §. pater, h. t.* Quod et jus pristinum dicitur, et jus antiquum, quod fuit ante constitutiones in iisdem locis, in *d. l. filiusf.* et hoc est quod ait in 1. *parte l. 14. filiusf.*

Sequitur secunda pars. Finge: post mortem filiif. qui testamentum fecerat ante, aditam hæreditatem servus castrensis aliquid stipulatus est ab extraneo, vel etiam aliquid per traditionem nactus est. Pap. ait in hac *l. 14.* hanc speciem esse proximam, id est, esse consequentem superiori, ut sc. inspiciatur

ex cujus persona vires habeat id quod servus castrensis interim acquisivit ex stipulatione, vel ex traditione. Et Papin. distinguit inter patrem et hæredem: quantum ad patrem attinet, nulla est stipulatio, nulla traditio: quia etiamsi peculium apud patrem resederit repudiata hæreditate testamentaria filii sui, nihil ei acquiritur ex stipulatione, vel traditione, quia eo tempore, quo intervenit stipulatio, vel traditio, servus neque fuit, neque intelligitur fuisse patris: quod ad hæredem attinet, stipulatio et traditio in pendenti est, in suspenso, quia si hæres adierit, servus ei retro intelligitur acquisiisse ex stipulatione: propterea quod aditio retro recurrit; si non adierit, nulla est acquisitio. Et ita quidem Papin. constituit hanc differentiam inter patrem et hæredem, tractans de stipulatione, et traditione, nondum de legato his verbis, in secunda parte, *proxima species.* Ergo hac parte Pap. ponit differentiam inter patrem et hæredem, quam exposui. Quod subjicitur in tertia parte est nota Ulpiani ad Pap. ut apparet ex *l. in eo, de acq. rer. dom.* Supprimitur nomen Ulpian. nomen ejus, qui notat Pap. ut *lib. 5. l. filius, qui patri,* §. *cum filius*, *de bon. libert. l. pen. de jure cod.* Et ita suppresso nomine Ulpiani, qui scripsit notas ad Pap. subjicitur in tertia parte: paternam verecundiam postulare, ut et, quod ad patris personam attinet, intelligatur stipulatio et traditio esse in suspenso, ante aditionem, ita ut si peculium remanserit apud patrem, servus retro intelligatur acquisiisse peculio, et per hoc patri jure patris postea nacto peculium: si adierit hæres, acquirat hæredi, excluso patre. Et hæc sunt verba notæ, *sed paterna, etc.* quæ tertia pars plane abrogat secundam. Ac præterea ut apparebit ex *4. et ult. parte,* idem Pap. constituebat differentiam inter stipulationem et legatum, si repudiaretur hæreditas filiisf. militis, si omitteretur testamentum: nam ex stipulatione dicebat nullo modo acquiri patri, sed notatus fuit ea in re, legatum tantum acquiri patri, quod ei servo interim esset relictum, et eo sc. tempore demum, quo repudiata esset hæreditas, nec eis retro legatum patri acquisitum fuisse videri. Imo vero interim propter incertum nulli acquisitum fuisse legatum. Et dicebat hanc esse differentiam inter hæreditatem et peculium, quod si adeatur hæreditas, servus interim videatur legatum acquisiisse hæreditati, quia aditio retrotrahitur: si omittatur hæreditas, et jure patris peculium resideat apud patrem, servus deliberante hærede scripto legatum non videatur acquisiisse peculio: jus patris non retrotrahi, quia medium tempus obstat, quod deliberante hærede scripto imaginem hæreditatis præbuit, ut eleganter ait *l. pen.* §. 1. *h. t.* Et ob id aditio quidem hæreditatis retrotrahitur, sed jus patris non retrotrahitur, vel si retrotrahatur, ut ait, *hodie*, id est, nunc primum omissum est testamentum, *non consideraretur:* atqui nunc primum consideratur: ergo non retrotrahitur, ergo nunc primum per servum patri acquiritur legatum, nec retro ei censetur acquisitum esse: Et ita explicanda est ult. pars hujus legis. Atqui hodie consideratur, ergo retro peculio non videtur acquisitum legatum, id est, licet retro videatur acquisitum hæreditati; exemplum hæreditatis non admittimus in peculio. Sed ad hanc ult. partem volo adjici etiam superiorem notam Ulp. ut etiam legatum videatur retro fuisse acquisitum peculio, et jus patrium retrotrahatur, *d. l. in eo, de acq. rer. dom.* Cui in hanc rem conjungenda est *l.* 9. *hoc t.* quæ est ex eod. lib. Ulp. Et utraque ostendit, non adita hæreditate filiifam. retro peculium castrense videri accessisse bonis paternis, et hanc etiam forte cuilibet licebit expedire quæstionem propositam in *l. pen.* §. *pen. h. t.* si dum deliberat hæres scriptus testamento filiif. cesserit dies legati relicti servo castrensi in testamento ejus, ex quo pater nihil capere potest, hæres filii capere potest. Quæritur, *an postea repudiante hærede scripto, legatum pertineat ad patrem jure peculii, cum pater ejus testamenti sit incapax, quo legatum servo relictum est?* Sane legatum pertinebit ad hæredem si adierit, quia hæres fuit capax, atque secundum Pap. sententiam si non adierit hæres scriptus, legatum pertinebit ad patrem, quia ex Pap. sententia, tunc cum cessit dies legati, pater dominus servi fuisse non intelligitur: ita ut ex ejus persona possit dici inutiliter cessisse diem legati: nam dominus est incapax et servus quoque: vel si capax, et servus quoque. Et id est quod dicitur, *cum servo esse testamenti factionem ex persona domini:* nam si non est cum domino, nec cum servo, *l. debitor,* §. *servus*, *de leg. 2. l. non minus, de hær. inst.* Non possis igitur dicere, legatum inutiliter cessisse, quasi incapaci relictum, cum quo tempore cessit pater qui erat incapax, non fuerit dominus servi, ex sententia Pap. secundum aliorum sententiam, quæ obtinuit, addamus legati diem cessisse etiam servo non habenti dominum, ac post acquiri novo domino, puta patri omisso testamentp filiif. etiamsi ex eo testamento non potuerit capere, in quo legatum relictum est servo castrensi; at si contra aliorum sententiam legatum non acquiratur patri, qui tempore cessionis legati pater intelligitur fuisse dominus servi, ergo incapacitas ejus legatum inutile constituit. Est quod addam in illum locum: *sed paterna verecundia,* verecundia paterna, ut verecundia materna, *l.* 32. §. 1. *de do.* verecundia patronalis, *l.* 20. *cod. t.* non est verecundia, quæ in eis per-

sonis est; sed observantia quædam, quæ eis debetur et exhiberi debet ab omnibus, quoties de eorum jure disceptatur, quæ ratio efficit sæpe, ut quod jure non debetur patri vel matri, ei tamen concedatur, indulgeatur, accommodetur: jure nihil quicquam debetur patri, apud quem peculium castrensis filii remansit, omisso testamento filii, ex stipulatione, quam servus castrensis medio tempore contraxit, deliberante hærede scripto in testamento filii, neque ex eo, quod is servus interim ab alio per traditionem accepit: legatum autem quod ei servo interim relictum est, patri debetur ex eo tantum tempore, patrive acquiritur, quo omisso testamento filii, peculium apud eum jure pristino residere cœpit, et acquisitio peculii, sive jus patris non retrotrahitur. Jus ita est, sed paterna observantia, ut notatur ad Pap. in *d. l.* 14. facit, ut ex omnibus causis indistincte retro censeatur peculio is servus acquisivisse, quod acquisiit medio tempore, deliberantibus scriptis hæredibus testamento filiif. ac per hoc etiam patri postea nacto peculium. Atque ita non existimandum est, temere omnino et perperam judicare eos, qui plus deferunt patri vel matri, quam juri, plus verecundiæ paternæ vel maternæ, quam rationi juris. Erubescimus contra has personas pronuntiare, quoties de eorum jure agitur, etiamsi contra eas pronuntiari jus velit. Quo colore, hodie nobis licet excusare et defendere Senatus decreta, et hujus animadversionis vos meminisse semper velim: sæpe occurrit Senatus decretum, quod nemo est, qui non arguat iniquitatis, quod licet defendere, obtentu paternæ aut maternæ observantiæ, cui postponitur ratio juris. Non male nunc persequar reliquas quæstiones, quæ sunt in *l.* 18. *de stipul. serv.*

Ad §. Si servus L. XVIII. de Stip. serv.

Si servus Titii et Mævii partem, quæ Mævii est, sibi dari stipuletur, nulla stipulatio est, cum si Titio dari stipulatus fuisset, Titio acquireretur. Quod simpliciter concepta est stipulatio: veluti, partem eam, quæ Mævii est, dare spondes? non adjecto mihi, prope est, ut quia sine vitio concepta est stipulatio, sequatur ejus personam, cujus potest.

Quæritur in §. *si servus*, an valeat stipulatio, si servus communis Titii et Mævii, de Mævio partem, quæ Mævii est, sibi dari stipuletur? Et distinguit eleganter Pap. hoc modo, aut stipulatur eam partem Titio dari alteri domino, et Titio acquiritur obligatio absque dubio: aut eam partem sibi dari stipulatur hoc modo: *partem tuam Mævi mihi dari spondes?* et vitium inest stipulationi propter verbum, *mihi*, quia non possum me mihi stipulari, ergo nullius momenti est stipulatio, *l.* 2. *hoc tit.* Servus ipse sibi stipulari non potest, ipsa ultima syllaba hujus vocis, *ipse*, absorbuit alteram, se, quæ sequebatur, namque ita corrigenda est lex, *servus communis ipse se mihi stipulari non potest, alteri domino se stipulari potest.* Et ita etiam verbum *mihi*, vitiat stipulationem in specie *leg. si servus meus, hoc t. et l.* 10. *de oper. libert.* Si servus meus stipulatur a liberto meo operas sibi dari, quæ non possunt deberi nisi soli patrono, inutilis est stipulatio: quæ tamen esset utilis si non dixisset *mihi*, si sibi stipulatus non fuisset. Itaque quod dicitur in *l.* 1. *et l.* 15. *h. t. nihil interesse servus stipuletur sibi, an domino, an simpliciter, an impersonaliter*, ita intelligi debet, si id quod stipulatur sibi, sibi dari possit; nam per eum domino acquiritur, perinde atque si domino stipulatus esset, non si seipsum sibi stipuletur ab uno ex dominis: nam si operas sibi stipuletur a dominis, quia aliis casibus prorsus inutilis stipulatio est: vitium etiam inest in substitutione pupillari, propter verbum *mihi*, ita concepta si filius meus intra pubertatem decesserit, tunc ille mihi hæres esto, quia substitutione pupillari, non mihi, sed filio impuberi hæres institui potest: substitutio pupillaris est testamentum filii, non tamen meum, et ubi testamentum ibi hæreditas, ut eleganter Ambrosius epistola 73. *si sub lege Dei sumus, et lex est testamentum vetus, ergo hæredes sumus: nam ubi testamentum ibi hæreditas.* Et tamen utilis est substitutio ea, licet adjecerit *mihi l.* 1. *l. cohæredi*, §. *ult. de vulg. subst. t. l. si ita scriptum*, §. *qui filio, de bonor. possess. secund. tabul.* Cur ita? quia testamentorum vitia aut menda non vitiant testatoris voluntatem, *l.* 1. *de condit. instit. l. hæreditas, de hæred. instit.* quia testantium voluntates latius accipiuntur: stipulationum vitia vitiant obligationem, quia stipulationes strictius accipiuntur, *l. quicquid, de verb. oblig. l. stipulatus, de fidejussor.* Restat adhuc tertium membrum distinctionis: Aut servus ille communis Titii et Mævii partem Mævio dari stipulatus est simpliciter, *l.* 15. *hoc. tit.* non adjecto verbo *mihi*, vel alio. Et tunc constat valere stipulationem, quia sine vitio concepta est; consequenter obligationem acquirit Titio alteri domino in solidum, quia is solus est, cui acquiri potest. Et ita in *l. si servus meus, h. tit.* detracto verbo *mihi*. Detracto illo vitio, si servus meus stipuletur operas dari a liberto meo simpliciter, valet stipulatio, perinde ac si nominatim mihi stipulatus fuisset, non sibi. Et ita proculdubio *l. servus* 10. *de oper. libert.* dum significatur, eos qui sunt in potestate patroni, recte stipulari operas a liberto ejus, in cujus sunt potestate, hoc debet intelligi, si modo

rite concepit stipulationem, puta si eas stipuletur patrono, vel impersonaliter: nam si sibi, nihil agunt. Et hoc est quod ait §. *si servus.*

Ad §. Servus II. eod.

Servus capto domino ab hostibus, domino dari stipulatus est: quamvis, quæ simpliciter, vel ab alio accepit, etiam ad hæredem captivi pertinent aliudque sit juris in persona filii, quia nec tunc fuit in potestate cum stipularetur, nec postea deprehenditur, ut servus, in hæreditatem: tamen in proposito potest quæri, num ex hac stipulatione nihil acquisitum hæredi videtur, quomodo si servus hæreditarius defuncto, aut etiam hæredi futuro stipulatus fuisset. Sed in hac specie servus filio exæquabitur: nam etsi filius captivo patri suo stipulatus fuerit dari, res in pendenti erit, etsi pater apud hostes decesserit, nullius momenti videbitur fuisse stipulatio, quoniam alii, non sibi stipulatus est.

Sequitur alia quæstio in §. *si servus*, non jam de servo communi, sed de servo unius proprio, an valeat stipulatio vel traditio, si servus captivo alicui dari stipulatus fuerit, vel per traditionem acceperit, et dominus apud hostes decesserit: si reversus fuerit postliminio, nullus est labor: quia retro creditur in civitate fuisse propter fictionem postliminii, et perinde omnia servantur, atque si nunquam venisset in potestatem hostium. Sed si moriatur apud hostes, quæstionis est, quid fiat de his, quæ servus ejus, vel filius interim acquisivit. Et in hac quæstione utemur varia, et multiplici distinctione, cujus prima pars hæc erit: Aut servus captivi simpliciter stipulatus est dari, vel simpliciter ab alio rem sibi traditam accepit, non dicens, cui stipularetur, nec cui acciperet. Et hoc casu hæredem captivi quem fictio legis Corneliæ hæredem facit, ita ut retro credatur ei fuisse delata hæreditas eo tempore, quo ille captus est, quia ille tunc decessisse videtur, cum captus est, *l*, 18. *de cap. et postlim.* quia ut ait *l. justo in fine*, *de usurp. et usuc.* tempus captivitatis ex die, quo captus est, morti postea secutæ jungitur, concinnatur unum tempus, confusio captivitatis et mortis tempore: hæredem, inquam, captivi sequitur stipulatio simpliciter concepta a servo, vel traditio facta servo simpliciter, et impersonaliter, quia lege Cornelia servus hæreditarius fuisse intelligitur: quod autem servus hæreditarius simpliciter stipulatur, id hæreditati, et per hanc hæredi postea facto acquiritur. Et hac in re notatur hoc, differentiam esse magnam inter servum, et filium: nam si quid filius captivi stipuletur vel accipiat simpliciter, mortuo patre apud hostes, id videtur sibi acquisiisse in solidum, non hæreditati, non hæredi patris, si ipse exhæredatus sit, non cohæredi pro parte, *l. in bello*, §. *si quis capiatur. de capt. et postlim.* Et ratio differentiæ redditur inter filium et servum cum in hoc loco, tum in *d.* §. *si quis capiatur*, evidenter, quia servus stipulationis tempore fuit in bonis defuncti, et in bonis esse perseverat; hæredemque defuncti sequitur, id est, in hæreditate deprehenditur: filius ante non fuit in potestate stipulationis tempore, nec postea deprehenditur ut servus in hæreditate, quia sui juris esse videtur, ex quo captus est pater, ac proinde sibi interim acquisiisse ex stipulatione traditioneve, itemque legato, non hæreditate, ut ait *d.* §. *si quis capiatur*: qui hæreditatem interim capere non potest, acquirere non potest, propterea quod modus status ejus in pendenti est, et si redeat pater, videbitur semper fuisse filiusfam. si ibi moriatur, videbitur fuisse paterfam. statim ex quo captus est pater, *l. bona* §. *quod si filius*, *eod. tit.* §. *si ab hostibus*, *Inst. quib. mod. jus pat.* Qui dubitat de suo statu filiusfam. sit an paterfam. potest acquirere sibi delatam hæreditatem adeundo vel pro hærede gerendo, *l. sed etsi de sua*, *de acquir. hæred.* non etiam is cujus status est, cujus statum in suspenso esse certum est, atque compertum. Sed persequar alias partes distinctionis. Aut servus captivi stipulatur nominatim Titio domino suo, qui est apud hostes; et hoc casu nihil valet stipulatio, nec pertinet ad hæredem captivi eo ibi mortuo, quia servus hæreditarius fuisse intelligitur, ut dominus ille fingitur mortuus stipulationis tempore: servus autem hæreditarius inutiliter stipulatur Titio domino suo mortuo jam, *l. pen. de reb. cred.* quia desiit esse dominus, et et non domino facta stipulatio non valet: alteri facta stipulatio, qui neque est dominus, neque pater, id est, cujus juri subjectus non est, non valet. Idemque etiam dicendum est, ut ostendit hoc loco Papin. in filio captivi, si quid patri stipuletur, mortuo postea apud hostes, quia intelligitur stipulatus ei, cujus juri subjectus non fuit, et extraneo facta stipulatio nullius momenti est. Ergo quod attinet ad priorem partem distinctionis, est differentia inter servum et filium. Quod ad secundum, nulla est differentia, sed exæquatur servus filio, filius servo. Sequitur tertia pars distinctionis. Aut servus captivi stipulatus est dari hæredi futuro nominatim, ut extraneo cuilibet, hoc modo: *Titio dari*, qui postea hæres extiterit captivo: et hoc casu videtur non valere stipulatio, quia hæres non fuit dominus stipulationis tempore, *l.* 16. *hoc tit.* *l si servus*, §. *ult. de pact.* Aut stipulatus est dari hæredi futuro non nominatim hoc modo: *hæredi domini mei futuro dare spondes?* Et

hoc casu valet stipulatio et acquiritur hæredi, qui postea adierit, quia retro intelligitur fuisse dominus servi, eique servus stipulatus est, ut domino, non ut extraneo, *l. si ex re*, §. *ult. l.* 35. *hoc tit.* Quia, ut diximus, semper aditio retrotrahitur, sive tempus aditionis tempori mortis testatoris jungitur, nectiturque, et ex duobus temporibus conflatur unum tempus. Idemque erit si servus stipuletur hæreditati, quia est vice domini. Idem erit si sibi stipuletur rem quæ sibi dari possit, *d. l. pen. de reb. cred.* Sed his ultimis casibus, quos adnotavi, et in quibus idem esse constitui, præterquam si stipuletur nominatim hæredi futuro, differentia est rursus inter servum et filium: nam sive filius captivi stipuletur hæredi patris postea udituro, sive non nominatim, sive stipuletur hæreditati, nihil agit: at si stipuletur sibi, sibi acquirit, non hæreditati. Et hæc est finitio hujus quæstionis.

Ad §. *Ultim.*

Cum servus fructuarius operas suas locasset, et eo nomine pecuniam in annos singulos dari stipulatus esset: finito fructu domino residui temporis acquiri stipulationem Julianus scriptum reliquit. Quæ sententia mihi videtur firmissima ratione subnixa. Nam si in annos forte quinque locatio facta sit, quoniam incertum est, fructus in quem diem duraturus sit, singulorum annorum initio cujusque anni pecunia fructuario quæreretur: secundum quæ non transit ad alterum stipulatio, sed unicuique tantum acquiritur, quantum ratio ejus permittit. Nam et cum servus ita stipuletur; quantam pecuniam tibi intra illum diem dedero, tantam dari spondes? in pendenti est, quis ex stipulatu sit habiturus actionem: si enim ex re fructuarii, vel operis suis pecuniam dedero, fructuario: si vero aliunde, domino stipulatio quæretur.

In princ. *l.* 18. *de stip. serv. et in* §. 1. actum est de servo communi duorum vel plurium. In §. *servus*, de servo unius proprio. Nunc in §. *ultim.* in quo saoe magno labore opus est, agitur de servo fructuario, in quo se. unus usumf. habet, alter proprietatem nudam qui neque est proprius hujus vel illius pleno jure, neque communis inter eos: nam communio est societas juris ejusdem, non pro solido, sed pro partibus indivisis, et inter proprietarium et fructuarium non est communio juris ejusdem, sed neque inter duos fructuarios est communio, qui pro solido singuli usumf. habent, non pro parte, *l.* 32. *h. tit.* et ususf. potest esse duorum in solidum, non dominium, *l. si is incerto*, §. *ult.* com. *præd.* non possessio ex Proculianorum sententia, quæ obtinuit. Communio igitur est communio juris ejusdem non pro solido, sed pro partibus indivisis. Servus autem fructuarius fructuario acquirit ex duabus causis tantum: ex re fructuarii, ex peculio, quod habet a fructuario, et ex suis operis, ut si se locaverit, vel si fructuarius ipse eum locaverit, *l.* 2. *de usuf. leg.* Quod obtinet etiam in servo alieno aut libero homine bona fide possesso, imo et in servo communi effectu ipso *l. si ex re*, §. 1. *h. t.* non in servo usuario: nam hic usuario acquirit ex re usuarii tantum, non ex suis operis, *l.* 14. *in pr. de usu et hab.* nisi quatenus operis ejus utitur usuarius, tabernæ forte præpositi, vel officinæ, vel cui alii rei ad eum pertinenti, *l.* 12. *in p. l.* 16. §. *ult. h. t.* Atque ita non semper operæ, licet exhiberi nobis jure debeant, habentur et ex re nostra. Et recte huic sententiæ adjicitur articulus, *quodammodo l. qui bona fide, de acq. rer. dom.* sed de servo fructuario tractemus. Finge: Servus fructuarius operas suas locavit in quinquenium, et eo nomine pecuniam, id est, mercedem certam, in annos singulos dari stipulatus est, et interim nondum peracto tempore locationis, ususf. interiit morte fructuarii. Papin. refert hoc loco Julianum scribere residui temporis stipulationem domino, id est proprietario acquiri. Et vehementer laudat sententiam Juliani cum eam dicat esse firmissima ratione subnixam: nam in pendenti esse ait, cui et quatenus acquiratur ea stipulatio, fructuario an domino, propterea quod incertum est, in quem diem duraturus sit ususf. qua ratione incertum dicitur in obligationem deducere, qui usumfructum stipulatur, *l. ubi autem*, §. *fin. de verb. oblig.* Denique non est certum, an quinquennio integro duraturus sit ususfructus. Et ideo incertus est rei eventus et res in pendenti est, *l. bovem*, §. *ultim. de ædil. edic.* Si ususfructus biennio tantum duraverit, pro rata tantum biennii stipulatio fructuario acquiretur, sequentium autem annorum stipulatio acquiretur domino. Non possis igitur ab initio constituere eam totam stipulationem acquiri fructuario: sed hoc recte dices, esse in pendenti, in eventu, in casu, in accidente. Et notandum est valde, quod ait Papinian. hoc loco, *singulorum annorum initio cujusque anni pecuniam*, id est, actionem petendæ mercedis in stipulationem deductam, *in annos singulos fructuario acquiri*, quia sc. pura est stipulatio, si quis certam pecuniam annuam, vel in annos singulos dari stipuletur, §. *at si ita, inst. de verb. oblig.* Et consequenter initio cujusque anni pecunia peti potest quia pure debetur. Qua de causa si in ingressu cujuslibet anni moriatur fructuarius, dicam mercedem hujus anni integram ad hæredem fructuarii pertinere. Nec quicquam moveor *l.* 8.

de ann. leg. nec §. *is vero Inst. de rer. divis.* quibus locis negatur, fructuarium hæredi suo relinquere fructus, qui mortis suæ tempore maturi erant, nec dum percepti, et a solo separati: nam est differentia aliqua inter fructus et hanc stipulationem. Fructus ejus anni, quo mortuus est fructuarius, qui moriente eo pendebant, domino acquiruntur, non hæredi fructuarii: stipulatio pertinet ad hæredem fructuarii, quæ jam non pendebat, sed acquisita erat fructuario initio anni. Sed et hoc vos maxime notare velim: ut dominus, ex fructibus debet conferre et contribuere hæredi fructuarii pro rata temporis, quo eo anno ususfructus stetit, quia etsi ususfruct. ei acquiratur, non ideo minus fructus sunt contribuendi, *il faut qu' il soit remboursé*, quia dominium non impedit contributionem. Nam et ita fructus pendentes facto divortio, quamvis mulieri acquirantur, tamen in contributionem veniunt, ut ex eis vir partem ferat pro rata temporis, quo eo anno matrimonium stetit, *l. 7. §. interdum, l. si filiofam. §. ult. solut. matrim.* Ita vero, licet illa stipulatio in annos singulos, initio cujuslibet anni mortuo fructuario, quasi semel acquisita fructuario transmittatur ad hæredem, tamen pati debet hæres, ut in partem pecuniæ veniat dominus pro rata residui temporis, quo ususfruct. non stetit. Et est hac in re paulula quædam differentia inter hanc stipulationem, et legatum relictum in annos singulos: nam cœpti anni legatum debetur hæredi legatarii in integrum, ita ut hæres testatoris ex eo nihil deducere, vel diminuere possit. *l. 5. de ann. leg.* Cœpti anni stipulatio interposita ex causa locationis operarum a servo fructuario, ad hæredem fructuarii etiam pertinet, sed ex ea debet domino partem contribuere, ne videatur ultra mortem fructuarii ususf. permansisse, quod utique Accurs. non male ait, dominum consecuturum condictione sine causa Sequentium autem annorum stipulatio domino acquiritur ipso jure. Et ita concludit Papinian. Ex quo apparet, et in hoc versari potissimum difficultatem rei propositæ, stipulationem semel acquisitam fructuario, non transire ad dominum, sed ad hæredem fructuarii, secundum communem formam juris, puta stipulationem quæsitam fructuario jam ab initio ejus anni, quo vita functus est, licet ex ea debeat hæres domino partem contribuere, et sequentium quoque annorum stipulationem non transire ad dominum a fructuario, quæ nunquam videtur fuisse acquisita fructuario, non transire, inquam, sed acquiri domino. Et ideo recte Julianus scripsit: *Residui temporis stipulationem domino acquiri*, non dixit, *transire*, sed, *acquiri*, et Paulus *pertinere* in *l. si operas, de usufr.* et Papinian. tacite hoc loco reprehendit Ulpianum, et hoc est certissimum, qui scripserat stipulationem quæsitam semel fructuario transire ad dominum in *l. sed et si §. si operas, de usufr.* contra regulas juris, quæ volunt, ut stipulationes vel obligationes quæcunque nobis acquisitæ semel, non transeant nisi ad successorem universi juris nostri, id est, ad eum, qui in jus nostrum universum successerit, veluti ad hæredem, bonorum possessorem fideicommiss. Trebellianum, vel patrem adrogantem, sed reprehendit Ulpianum Papin. ut dixi, non nominatim, sed tacite, non studio notandi, sed inquirendi veri, his verbis, *secundum quæ non transit ad alterum stipulatio*, quasi velit dicere, non debuit Ulpianus uti verbo transeundi, sed acquirendi, *quia unicuique tantum acquiritur*, ut ait, *quantum ratio juris permittit*, nec ab uno ad alterum transit stipulatio, quasi ad successorem, cum non sit successor juris fructuario dominus. Fuit, ut alias dixi, inter Ulpianum et Papin. æmulatio quædam, quæ dicitur alere firmiores profectus in litteris, uberiores fructus in litteris, et quodammodo laudabilis: evidens est dissidium inter juris auctores, quoties alter alterius verbum aut rationem perstringit et rejicit, ut in *l. singularia, de rebus cred. et l. qui negotia, mand.* idemque in *l. 5. §. pen. de act. emp. et l. 4. de usur.* Et stultæ est aut obscuræ diligentiæ, quod evidens est, dissidium inter auctores, id modo quocumque finire conari. Jam sumus prætervecti scopulum. In extremo hujus §. ne novum videretur quod dixi ante, in pendenti esse illam stipulationem, de qua fuit posita species, cui scilicet acquiratur, tradit similem casum, quo etiam in pendenti est stipulatio cui acquiratur, fructuario an domino, quem et ex Juliano Ulpianus retulit in *d. l. sed et si quis §. 1.* Finge: servus est numeraturus pecuniam Titio mutui nomine, et antequam numeret, stipulatur de Titio, tantam pecuniam sibi reddi, quantam intra biduum illi numeraverit: nihil refert stipulatio præcedat mutuum, an sequatur, *l. 6. §. ult. de novat. l. 5. §. ult. et l. contra, ad Maced.* In pendenti est, cui acquiratur stipulatio: in pendenti est acquisitio stipulationis hujusmodi, et numeratio declarabit, quæ post sequetur, cui sit acquisita: nam si servus pecuniam numeravit ex re fructuarii, vel ex suis operis, retro videbitur acquisita fructuario: si aliud numeraverit domino, et interea traditio quoque sive acquisitio domini in plerisque casibus in pendenti est, ut in *d. l. sed et si quis, §. 1. l. arboribus §. ult. l. quid ergo, §. 1. de usufr. l. servus, §. ult. de acq. rer. dom. l. pen. §. ult. de cast. pec. l. bovem, §. ult. de ædil. edic.* Stipulatio est pura, fateor, traditio est pura, sed propter conditionem juris, ut eleganter ait lex *bovem §. ult.* in pendenti est, id est, propter tacitam con-

ditionem, cujus ratione stipulatio vel traditio non fit conditionalis: tacita conditio non est conditio, *l. conditio, de cond. et demon*, *l. 5. de leg.* 1. Non omne quod suspendit rem, est conditio: hæc stipulatio est pura, et tamen in pendenti est. Et male igitur Joannes hoc loco generaliter definit, puram stipulationem in pendenti esse non posse: ut stipulatio usuf. quam facit servus hæreditarius, non potest esse in pendenti, quia initium vitiosum habuit, non existente persona, aut jacente hæreditate, cui acquiri posset ususfructus, *l. ususfruct. hoc tit.* Item stipulatio interposita a servo communi duorum hoc modo, *ut Cal. Januariis illi ut illi dominis suis, uter eorum viveret, daretur aliquid*, in pendenti esse non potest: quia initium est vitiosum, non existente certo domino, cui acquiratur stipulatio propter illam adjectionem, uter eorum vixerit, *l. 2. hoc tit.* Fateor, has stipulationes in pendenti esse non posse, sed non idem statuendum est in ceteris omnibus stipulationibus puris, ut in pendenti esse non possint, si modo existat homo certus, cui acquiri poterit stipulatio, aut retro acquisita fuisse ex post facto apparere poterit ab initio contractus. In specie *d. l. usufruct.* ususfructus stipulatio inutilis est, non existente persona, aut jacente hæreditate, cui ab initio contractus acquireretur ususfructus, quod jus sine persona, esse non potest, vel constitui. In specie *l.* 21. non est dominus, cui retro possis dicere, fuisse acquisitam stipulationem: nam tempore contractus alter alteri obstitit, nec poterat vivo utroque alteri acquiri: nec potest igitur alteri acquisita videri retro; et in stipulationibus semper spectamus tempus contractus: si enim in conditionalibus spectamus, et multo magis in puris stipulationibus.

Ad L. Si testamento XLIX. de Fidejuss.

Si testameneto liberatum debitorem hæres omittat, fidejussorem autem ejus conveniat, proderit exceptio doli mali fidejussori, propter improbitatem hæredis, quæ prodesse reo debuerat si conveniretur.

Restat tantum ex hoc libro *l. 49. de fidejuss.* cujus initio ita scriptum est, *si testamento*, etc. Liberatur debitor testamento, si testator dixerit vel scripserit, se eum liberare, vel se ei remittere debitum, vel si hæredem noluerit ab eo petere, quem ita liberavit testamento. Itaque si eum conveniat hæres, repelletur exceptione doli mali propter improbitatem suam: improbæ petitioni opponitur exceptio doli mali, et improbitas est non sequi voluntatem testatoris, et quæ indevotio dicitur, et contumacia, improba petitio est, quam intendit hæres contra judicium defuncti. Idemque erit, si hæres conveniat fidejussorem debitoris testamento liberati, quia qui a fidejussore petit, vi ipsa a debitore petit, *l. adversus, de recep. qui arbit.* Debitor fidejuss. qui coactus est solvere, tenetur actione mandati, ut refundat quod solvit, *l. si quis reum, in princ. de liber. leg.* Igitur si nulla sit actio mandati fidejussori, ut si donandi animo fidejusserit, aut si in rem suam fidejusserit, ut *l. si qui reum*, vel si pro invito fidejusserit, *l. si pro te, mandat.* vel si jussu testatoris, ut in specie legis *tribus, de usufr. ear. rer. quæ us. consum.* his casibus, quibus fidejussori, qui solvit, non competit actio mandati, non est regressus sive ἀναφορα, adversus reum principalem: dicimus exceptionem doli non prodesse fidejussori, quæ prodesset tamen reo, si conveniretur, *l. quod dictum, de pact.* Nec enim his casibus, qui a fidejussore petit, a reo vi ipsa petit, quia ad reum non est fidejussori regressus. Idem etiam erit, si sit actio mandati, sed testator nominatim caverit, ut duntaxat a debitore non peteretur, a fidejussore peteretur: neque enim omnino inutile est legatum aut fideicommissum, licet fidejussor adversus debitorem regressum habiturus sit, cum et simile pactum, ut duntaxat a reo non petatur, non sit inutile, *l. nisi hoc actum, de pact.* Utilitas in eo est, quia forte debitoris interest fidejussori potius solvere, quam creditori vel hæredi creditoris. Et hoc est quod attinet ad initium h. l.

Ad §. 1.

Ex duobus fidejussoris hæredibus, si per errorem alter solidum exsolvat, quidam putant habere eum condictionem, et ideo manere obligatum cohæredem. Cessante quoque condictione durare obligationem cohæredis probant, propterea quod creditor, qui dum se putat obligatum partem ei, qui totum dedit, exsolverit, nullam habebit condictionem. Quod si duo fidejussores accepti fuerint, verbi gratia in viginti, et alter ex duobus hæredibus alterius fidejussoris totum creditori exsolverit: habebit quidem decem, quæ ipso jure non debuit, condictionem: an autem et alia quinque millia repetere possit, si fidejussor alter solvendo est, videndum est: ab initio enim hæres fidejussoris sive hæredes ut ipse fidejussor audiendi sunt, ut scil. pro parte singuli fidejussores, qui sunt, conveniantur. Severior et utilior in utroque casu est illa sententia, solutionem non indebitæ quantitatis non debere revocari quod etiam epistola D. Pii significatur in persona fidejussoris, qui totum exsolverat.

Sequitur alia quæstio in §. 1. qua pertrahitur

usque ad §. *ult.* Unius fidejussoris et solius duo sunt hæredes, singuli ex causa fidejussionis tenentur non in solidum, sed pro hæreditariis portionibus, ipso jure, id est, ex l. XII. tabul. quibus æs alienum hæreditarium dividitur inter hæredes pro hæreditariis portionibus, *l. pacto, C. de pact. l.* 6. *C. fam. ercis.* At finge: unus ex eis hæredibus per errorem solidum solvit, qui non debuit nisi partem hæreditariam: si per errorem juris solvit solidum, qui solvendo pro parte hæreditaria se liberare potuisset, non habet condictionem indebiti, nisi sit ex eis personis, quibus jus ignorare permissum, *l. cum quis, de jur. et fact. ignor.* Si per errorem facti solidum solverit, forte dum putavit, testatorem sibi injunxisse onus exsolvendi, pro parte sua liberatur, pro parte cohæredis habet condictionem indebiti, quia pro altera parte non tenebatur, et pro ea parte in cohæredem creditori integra est actio; cohæres manet obligatus pro sua parte. Is, qui solvit solidum, et partem, pro sua parte liberatus est: ergo omnino liberatur ex l. 12. tabul. Imo vero et condictione cessante, id est, si is qui solvit, non condixerit, quod plus debito solvit, id est, quod solvit ultra portionem hæreditariam, cohæres ejus pro parte, qua hæres est, obligatus manet, nec censetur liberatus solutione cohæredis ejus, qui totum solvit: quia non communi nomine solvit, quo casu ipse et cohæres proculdubio liberaretur etiam invitus, et ignorans, *l. solutione, in fi. de solut.* nec competeret condictio indebiti, ut Accurs. recte in *l. ex parte, inf. de solut.* sed solvit suo proprio nomine, cum putaret se totum debere. Igitur non liberabit cohæredem, et sive condixerit, sive non condixerit quod plus solvit, cohæres obligatus manet: et cohæredem liberatum non esse probat, aut probant hi, quorum sententiam refert Papin. hoc argumento subtilissimo: Si cohæres esset liberatus, creditor qui dum putat se plus debito accepisse, et teneri condictione indebiti pro parte hæredis, qui non solvit, si partem reddidisset ei, qui totum solvit, haberet condictionem ejus partis, quam reddidit: si uterque esset liberatus, non haberet condictionem ejus partis quam reddidit, cum quod plus debito accepit, id ipse jam debuerit, atque ita debitum reddiderit: ergo ille liberatus non est, et pro sua parte conveniri potest a creditore, licet nihil ab eo creditore condixerit is qui totum solvit. Et hoc quidem de duobus hæredibus unius, et solius fidejussoris hic refert Pap. ex aliorum sententia, quam non improbat

Nunc tractemus, quid sit dicendum de duobus fidejussoribus ejusdem rei, si unus ex iis solidum exsolverit, puto vos scire, quod sciunt in foro omnes: fidejussores ex epist. D. Hadriani, cui ideo plerumque, dum se obligant, solent renuntiare satis agentibus tabellionibus, aut creditoribus, ex ea epistola, inquam, eos habere beneficium dividendæ actionis, ut tametsi ipso jure singuli teneantur in solidum, tamen non conveniantur nisi pro parte virili, videlicet si omnes sint solvendo. Nunc igitur finge: duo sunt fidejussores, unus ex eis solidum solvit, qui usus beneficio epistolæ D. Hadriani, partem tantum solvisset virilem: quæro, *an pro parte confidejussoris condictionem habeat?* Et est certissimum non habere: et esse differentiam inter hunc et superiorem casum, inter hunc casum de duobus fidejussoribus, et superiorem de duobus hæredibus unius fidejussoris: quia singuli hæredes unius fidejussoris ipso jure debent tantum partes hæreditarias, id est, ex XII. tab. Singuli autem fidejussores ipso jure solidum debent, et sunt duo rei debendi §. *si plures, Inst. de fidejuss. et l. si plures* §. 1. *eodem tit.* Nec obstat quod si ambo solvendo sint litis contestatæ tempore, uti potest beneficio epistolæ D. Hadriani, id est beneficio divisionis, qui in solidum convenitur, ut sc. pro parte tantum virili in se detur actio et fiat condemnatio: nam hoc beneficio uti potest ab initio, antequam solverit, sed postea, quam solvit solidum, quod sane debuit ex ea epistola, non datur ei condictio. Denique ex ea epistola datur exceptio, ne ultra partem virilem solvat, si confidejussor sit solvendo, non etiam datur condictio, ut repetat quod solvit, id est, ultra partem virilem. Paulatim progredimur ad difficiliora. Nunc igitur, quod est difficilius, quodque diximus in duobus fidejussoribus, an idem procedit in duobus hæredibus unius fidejussoris, cum essent duo fidejussores, si unus hæredum solverit solidum? Finge, est elegantissima species: duo sunt fidejussores ejusdem pecuniæ, puta XX. millium, ut ponit Papinian. primus, et secundus: primus duos ex æquis partibus hæredes reliquit superstites secundo fidejussori, et unus ex hæredibus primi, creditori solidum solvit, id est, viginti millia: sane pro parte cohæredis habet condictionem decem millium, quia ipso jure, id est, ex XII. tab. debuit tantum decem: alia decem debuit cohæres, non ipse. Et hoc est certissimum. Verum dubitatur maxime, an quia alter fidejussor, qui superest, est solvendo, et epistola D. Hadriani dividit actionem, ita ut alter fidejuss. conveniatur in decem millia, hæredes autem mortui fidejussoris in alia decem, non quidem singuli in totum, quia in ea decem coguntur, sive rediguntur beneficio epistolæ, sed singuli in quinque millia, pro hæreditariis portionibus, an hic, qui integra viginti millia solvit, et condixit decem, quæ non debuit ipso jure, sed cohæres, possit etiam ex aliis decem condicere quinque, quæ beneficio epist.

potuisset non solvere? Et ait, nihil posse eum condicere ex aliis decem, quia ipso jure decem debuit, et indistincte. Ita distinguit eleganter Pap. *utroque casu*, id est, sive unus ex duobus fidejussoribus solidum solverit, sive unus ex hæredibus unius fidejussoris solverit solidum, pro parte hæreditaria, id est, decem, qui usus beneficio epistolæ non solvisset nisi quinque, non posse condicere partem decem, nihil posse condicere, quia uterque solidum solvit, quia uterque quod solvit, ipso jure debuit. Et hoc ita omnino proponitur in eo, quod sequitur, *quod si duo etc.* In qua parte observandum est, quod est scriptum Florentiæ, *severior et utilior est*, rectius legi vulgo, *sed verior et utilior*: ratio veterum Jurisconsultorum ut Juliani, Marcelli et aliorum, ut idem Papin. ait in *l. cum servus, mand.* verius et utilius. Item illo loco, *epistola D. Pii*, observandum est, epistolam Divi Hadriani tribui Divo Pio, hoc uno loco juris nostri. Ex quo apparet, illam epistolam non esse Hadriani, sed Divi Pii, quem Hadrianus adoptaverat. Et ita sæpissime in jure Divus Hadrianus est Divus Pius, non ille, qui singulari nomine dicitur Hadrianus, sed qui Pius adoptionis jure, Hadriani nomen assumpsit, §. 1. *Inst. de Senatusc. Tertyll.* Senatusconsultum Tertyllianum factum fuisse Hadriani temporibus, quod ex consulibus, qui nomen dederunt Senatusconsulto, Tertyllo, et Sacerdote constat factum fuisse D. Hadriani temporibus, *et l. acceptis, ad l. Falc. l. deducta, §. acceptis, ad Trebell.* D. Hadrianus est D. Pius ut constat, ex *l. in quartam*, §. 1. *ad l. Falc.* et sic in *l. si de vi, de judic.* quod tribuitur Hadriano, tribuitur Pio in *l. de vi publ.* In illa igitur Hadrianus, id est, Pius: et sic in *l.* 3. *si pars hæred. pet.* ad Hadrianum fuisse perductam mulierem quandam cum quinque liberis, quos enixa erat uno partu. Ex Capitolino in Pio constat perductam fuisse ad D. Pium. Ac similiter in *l.* 3. §. *Divus, de sepulc. viol.* D. Hadrianum constituisse, ne quis in urbe sepelieretur: quod idem Capitolinus D. Pio tribuit, et nulla est dissidentia. Nam Hadrianus illo loco est D. Pius, ut in ceteris. Non mihi satisfacio, nisi quæstionem, quam heri tractavi ultimo loco, facio summam, brevem et dilucidam. Duo sunt fidejussores viginti millium: unus eorum defunctus est, relictis duobus hæredibus ex æquis partibus: defunctus ipso jure debuit solidum, id est, viginti millia, quoniam erant rei ejusdem pecuniæ. Sed qui solutione nondum facta, beneficio epistolæ D. Hadriani conventus tantum in decem condemnatus fuisset; solutis viginti integris, condictionem nullam habuisset, quoniam ipso jure debuit xx. Singuli autem hæredes ejus ipso jure debent, non viginti, sed decem tantum, divisa obligatione pro hæreditariis portionibus ex xii. tab. Sed solutione nondum facta beneficio ejusdem epistolæ, adscriptis decem fidejussoris superstiti, singuli hæredes conveniuntur tantum in quinque, aliis scil. decem ex æquo inter eos divisis secundum xii. tab. Quod si unus eorum per errorem solverit integra viginti, potest quidem condicere decem, quæ debuit cohæres, non ipse. Ex aliis decem non potest condicere quinque, quoniam ipso jure debuit decem integra ex sua persona, et cohæres alios decem cessante beneficio epistolæ, quod utique post solutionem cessat. Nunc facillime rem intelligetis. Jam transeamus ad §. *ultim.*

Ad §. ultim.

Quæsitum est, an fidejussor, qui Capuæ pecuniam se daturum Romæ promisit; si reus promittendi Capuæ esset, statim conveniri possit? dixi non magis fidejussorem confestim teneri, quam si ipse Capuæ spopondisset, cum reus adhuc Capuam pervenire non potuisset: nec ad rem pertinere, quod hoc latere nemo dubitet, nondum fidejussorem teneri: quia nec ipse reus promittendi teneretur. Nam e contrario quoque, si quis responderit, quoniam debitor Capuæ sit, fidejussorem confestim teneri, non habita ratione taciti proprii temporis, eventurum, ut eo casu fidejussor conveniatur, quo debitor ipse si Romæ fuisset, non conveniretur. Itaque nobis placet fidejussoriam obligationem conditionem taciti temporis ex utriusque persona recuperare tam rei promittendi, quam ipsius fidejussoris, quoniam aliud respondentibus, contra juris formam in duriorem conditionem acceptus intelligetur.

Fidejussor, cum esset Romæ, promisit se pecuniam Capuæ daturum pro reo principali, qui jam erat Capuæ, et Capuæ promiserat. Quæritur, an fidejussor statim conveniri possit? Movet, quod principalis reus, cum sit Capuæ, statim conveniri potest. Ergo est eadem conditio fidejussoris, ut statim possit conveniri. At respondet Papin. non ideo fidejussorem statim conveniri posse, quod possit reus principalis: quoniam stipulationi, quæ Romæ est interposita pecuniam Capuæ dari, inest tacitum proprium tempus, quo Capuam fidejussor pervenire potest. Inest tempus, ut Græci ajunt hoc loco, πρὸς τὸ τῆς ὁδοῦ διάστημα, id est, *propter viæ distantiam*, *in l.* 2. §. *quisquis stipulatur*, *de eo quod cer. loc. l.* 9. §. *ult. de duobus reis. l. servus si hæredi*, §. 1. *de statulib. l. quoties, de oper. libert.* Nec quicquam vetat, reum statim conveniri posse, non etiam fidejussorem: nam et reo pure accepto, fidejussor recte accipitur ex die, nec ut reus statim conveniri po-

test, *l. Græce*, §. *item accepto*, *hoc tit.* Obstare tamen videtur lex *fidejussor obligari*, §. 1. *hoc tit.* quæ ait, fidejussorem non obligari, si reo accepto pure fidejussor accipiatur cum adjectione loci, ut contigit in hac specie: quia scil. durior est conditio ejus, qui promittit cum adjectione loci, id est, qui certo loco se daturum promittit, quam ejus, qui pure promittit, quoniam is, qui certo loco dare promittit, nullo alio loco, quam in quo promisit, solvere compelli potest invito stipulatore, *l. 2. §. idem Julianus*, *et l. pen. de eo quod cert. loc.* Fidejussoris autem non potest esse durior conditio, potest esse levior, non durior, aut deterior, *l. hi qui h. t. §. fidejussores, eod. Inst.* At ita respondendum est ad *d. l. fidejussor.*, §. 1. Quod ea lex ait, verum est, si alio loco pure reus accipiatur, quam quo fidejussor se daturum promittit, non si eodem uterque loco, ut in hac specie uterque promittit se daturum Capuæ, sed reus præsens, fidejussor absens. Verum modo convertamus casum, quem proposuimus initio, et inveniemus idem juris esse e converso. Finge. Reus cum esset Romæ, promisit se Capuæ pecuniam daturum: fidejussor autem jam erat Capuæ, et Capuæ promisit: certe reus non potest conveniri statim, sed neque fidejussor. Neque priore igitur casu, neque posteriore fidejussor potest conveniri statim, sed obligatio dilationem capit: priore casu ex persona fidejussoris: et posteriore ex persona rei, obligatio, inquam, utriusque. Nec rursus obstat huic parti, quod reo accepto ex die, fidejussor pure acceptus non obligatur ei, *d. §. fidejussores*: ne contra juris formam in duriorem causam obligetur: nam hoc verum est, si reus ex certo die acceptus sit nominatim, fidejussor præsenti die: non si in eodem quisque loco se daturum promiserit, ut in hac specie, sed reus absens ab eo loco, fidejussor præsens. Est enim utilis fidejussio, licet fidejussor non teneatur, antequam reus teneri cœperit, id est, antequam præterierit tempus, quo reus pervenire Capuam potuit, cum et futuræ obligationi fidejussor possit adhiberi, *l. 6. hoc tit.* Et ita priore casu si fidejussor fuerit Romæ, reus Capuæ, cur statim non tenetur fidejussor, exemplo scilicet rei? quoniam et reus, si Romæ fuisset, non teneretur statim, ut ait Papin. Et in summa concludit, utroque casu fidejussoriæ obligationi inesse tacitum tempus. Priore casu, si fidejussor fuerit Romæ, reus Capuæ, inest tacitum tempus ex persona fidejussoris: posteriore casu, si fidejussor Capuæ fuerit, reus Romæ, inest tacitum tempus ex persona rei. Quod quidem utriusque obligationem moratur, atque suspendit: alioqui priore casu esset inutilis fidejussio, quasi fidejussore accepto in duriorem causam: est enim durior causa ejus, qui promittit cum adjectione loci, *d. l. fidejussor obligari*, §. 1. Et fidejussor inutiliter accipitur in duriorem causam: ergo rapienda est occasio, quæ utilem facit potius quam inutilem obligationem: et portio utilis erit obligatio fidejussoria, si dixeris, eam obligationem differri in tempus, quo fidejussor Capuam pervenire possit. Quidam negabant priori casu comparandam esse posteriorem obligationem priori. Comparat Papin. priorem posteriori, utroque casu fidejussorem non posse statim conveniri: alii non admittebant hanc comparationem: Nam posteriore casu facile admittebant fidejussorem nondum teneri, quoniam nec ipse reus ante tenebatur, qui Romæ promiserat se Capuæ daturum. Priore autem fidejussorem dicebant confestim teneri, quoniam et reus confestim teneretur, qui præsens Capuæ promisisset. Quod ita eludit Papin. ut dicat non magis priore, quam posteriore casu statim conveniri fidejussorem posse: neutro igitur posse, quoniam ei in priori casu eadem intervenit ratio, quæ in posteriori, quæ efficit ne teneatur fidejussor, *quoniam*, inquit, *reus si Romæ fuisset*, *teneretur statim.* In qua elusione Papin. est captio evidens, et si animadvertimus subtilitatem ingenii, Papiniano excidunt nonnunquam κατασοφισμοὶ, id est, captiones quædam. Captio hic est evidens, quoniam quod posteriore casu dicitur simpliciter, non statim teneri reum, qui Romæ promisit se daturum Capuæ, id Papin. in priore casu adsumit conditionaliter, non teneri reum, si Romæ fuerit. Sed tamen utilior est Papin. sententia, et tenenda omnino, quoniam commodius est ita accipi, quo stipulatio magis valeat, quam pereat, et æquum est etiam priore casu ex persona fidejussoris, eum qui Romæ promisit, se Capuæ daturum, habere rationem taciti proprii temporis, quo Capuam ire fidejussor possit. Et in illum locum, *nec ad rem pertinere*, ut res sit dilucidior, velim vos notare, quod notavit Rogerius, nihil attinere, quo magis, inquit, fidejussor conveniri possit, in priori casu statim quam in posteriori, id est, ut sentit Accurs. non esse differentiam inter primum et secundum casum. Et in illum locum: *nam e contrario*, idem Rogerius ita notat, et eleganter eorum objectis respondet: qui primum casum secundo comparandum inficiabantur, facillimus hic §. ita videbitur, si reus principalis cum esset Capuæ, Capuæ promiserit certam pecuniam, fidejussor autem, qui pro eo intercessit, cum esset Romæ, promiserit se eam pecuniam Capuæ daturum: reus quidem, qui jam est Capuæ, statim conveniri potest, fidejussor autem ex sententia Papin. statim conveniri non potest, quoniam habenda est ratio taciti proprii

temporis, quo fidejussor Capuam pervenire potest. Ergo licet reus statim teneatur et conveniri possit, tamen fidejussor conveniri non potest. E contrario, si principalis reus cum esset Romæ promiserit se Capuæ daturum, fidejussor autem eum jam esset Capuæ, Capuæ promiserit, hoc casu, non poterit etiam fidejussor Capuæ conveniri statim, quoniam et fidejussoriæ obligationi inest tacitum tempus ex persona rei. Denique fidejussor, licet jam sit Capuæ, et Capuæ promittat pure, non tenetur statim, quoniam nec reus tenetur statim, et priore illo casu fidejussor etiam non tenetur statim, licet reus teneatur statim: quod tamen quidam non admittebant. Sed eorum sententiam improbat Papin. hac ratione, quoniam si dixeris, priore illo casu fidejussorem conveniri posse confestim, ut reus principalis potest, qui jam est Capuæ, inutilem efficies fidejussoriam obligationem, quasi fidejussore accepto in duriorem causam. Quærebam, cur videretur acceptus in duriorem causam? et dicebam, quoniam durior est causa ejus, qui promittit cum adjectione loci, qualiter fidejussor promiserat ex *l. fidejussor obligari*, §. 1. *de fidejuss.* male, et jam ante bene explicaveram *d. l. fidejussor*, hoc modo: Si priore illo casu fidejussor tenetur statim sicut reus, qui jam est Capuæ, durior est ejus causa quam rei: nam si reus Romæ esset, non conveniretur statim: fidejussor Romæ est, et vis eum conveniri statim: duriorem igitur conditionem ejus facis contra regulas juris, atque ita secundum regulas juris, inutilem facis fidejussoris obligationem: in persona rei habetur ratio taciti proprii temporis, et si vis fidejussorem statim conveniri qui Romæ est, necdum Capuam pervenit, aut pervenire subito potest, non habes in persona fidejussoris rationem taciti proprii temporis, ergo duriorem ejus causam facis. Denique inutilem fidejussoris obligationem facis. Id accipiamus, quod utilem potius quam inutilem obligationem fidejussoris faciat: melius est constituere generaliter fidejussoriæ obligationi inesse tacitum tempus, non tantum ex persona rei, sed et fidejussoris. Ego nolui hoc dissimulare, et miror, quod nemo hoc animadverterit, et reprehenderit.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXVIII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. III. de Condict. indeb.

Idem est etsi solutis legatis nova et inopinata causa hæreditatem abstulit: veluti nato postumo, quem hæres in utero fuisse ignorabat: vel etiam ab hostibus reverso filio, quem pater obiisse falso præsumpserat: nam utiles actiones postumo, vel filio, qui hæreditatem evicerat, dari oportere in eos, qui legatum perceperunt, Imperator Titius Antoninus rescripsit: scilicet quod bonæ fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur: nec periculum hujusmodi nominum ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit.

Erit breve initium, sicut omnia debent esse initia, nam et cœpisse multum est. Condictio indebiti, vel est directa, vel utilis. Directa datur ei, qui solvit indebitum. Quid est condictio indebiti? Solutionis non debitæ quantitatis, vel rei revocatio. Condictio indebiti revocat solutionem non debitæ quantitatis. Utilis autem datur etiam nonnunquam ei, qui non solvit, adversus eum, qui ab alio solutum accepit, ut si hæres scriptus testamento, vel nuncupatus, legata aut fideicommissa solverit testamento relicta, et postea apparuerit falsum testamentum fuisse, vel ruptum mutatione, vel irritum capitis diminutione, vel si rescissum fuerit querela inofficiosi, atque ita si apparuerit indebita fuisse legata vel fideicommissa. Nam res judicata contra testamentum etiam legatariis nocet, *l. 3. de pignor.* Legatorum solutorum condictio competit hæredi legitimo, qui ab hærede scripto hæreditatem abstulit et evicit. Competit igitur ei, qui non solvit, utilis, *l. 2.* §. *ult. hoc tit. l. Papinian.* §. *ult. de inoff. testam.* Atque ita evenit, ut est scriptum in *l. 5. hoc tit.* ut quod alius solvit, alius condicat, ut quod solvit hæres scriptus, condicat hæres legitimus evicta hæreditate. Idem subjicitur in *l. 3. ex Papin. et si solutis legatis, nova et inopinata causa hæreditatem abstulerit*: *nova et inopinata causa*, id est, improvisus casus, ut ipse ait in *l. militis*, §. *miles insuper*, *de milit. test.* ut puta, si post solutionem legatorum ruptum fuerit testamentum agnatione posthumi, quem hæres qui solvit legata ignorabat esse in utero uxoris testatoris. Testamentum rumpitur duobus modis, mutatione testamenti, et agnitione sui hæredis, qui neque institutus sit, neque ut oportet exhæredatus, id est, qui sit præteritus silentio. Et de testamento rupto mutatione est lex 4. Itemque *l. 2. hoc tit.* Et est emendanda glossa *l. 2.* ad verbum, *ruptum, ut per secundum tabulas*, inquit, legendum, *ut per secundum testamentum.* De testamento autem rupto agnatione sui hæredis est *l. hæc 3.* veluti agnatione posthumi testamento præteriti: huic posthumo, qui evicerit hæreditatem, dabitur condictio legatorum solutorum, licet ea ipse non solverit, sed scriptus. Et idem erit, si post solutionem apparuerit injustum fuisse testamentum. Injustum pro-

prie dicitur, in quo filius est præteritus, non dico posthumus: nam ejus præteritio non facit injustum testamentum, sed rumpit: præteritio filii ab initio facit injustum testamentum. Finge: filius captus est ab hostibus: pater falso præsumit eum obiisse apud hostes, et eum omittit testamento, et alium hæredem scribit: hæres solvit legata, post revertitur filius: videtur injustum fuisse testamentum ab initio, quia filius retro creditur in civitate fuisse, et ita injustum dicitur in *l.* 6. §. *sed si pater, de injust. rup.* Porro his casibus condictio solutorum legatorum datur ei qui postliminio reversus est, atque etiam posthumo, qui hæreditatem evincit, condictio utilis, et directa etiam ei datur ex cessione hæredis scripti, qui solvit, *l. quod si in diem*, §. *ult. de petit. hæred.* Et ita frequenter in jure, ubi est ex cessione directa actio, sine cessione competit utilis, *l.* 1. §. *nunc tractemus de tut. et rat. l. ex legato, C. de leg.* Hoc vero casu et ceteris, quos posuimus, hæres solvit legata bona fide, et sine culpa; culpa ei nulla potest imputari. Ponamus igitur, eum legata solvisse bona fide de hæreditate ipsa. At post quæremus de suo solveritne, an ex hæreditate: hæres tenetur petitione hæreditatis posthumo vel filio, in hoc tantum, ut cedat conditionem indebiti, nec tenetur in amplius quicquam, nec si hi, qui legata perceperunt, solvendo sunt: si egeni sunt, et inopes, qualiscunque cessio actionis, etiamsi sit inanis, propter inopiam reorum, pro satisfactione est, *l. ult. de admin. tut. l. Titio fundus de cond. et demonst.* Ergo liberatur hæres scriptus cedendo condictionem indebiti, sive ea sit inanis, sive efficax, quia scilicet qui bona fide possidet hæreditatem pertinentem ad alium, tenetur tantum in quantum locupletior factus est: non ergo tenetur in legata, quæ erogavit et distribuit bona fide, secutus scripturam testamenti. Et hoc est ex Senatusconsulto de pet. hæreditatis, ut qui bona fide possidet hæreditatem, in id tantum teneatur, quo factus est locupletior. Senatusconsultum illud appellatur Hadrianum in *l. quod si possessor, de petit. hæred.* Senatusconsulto Hadriano bonæ fidei possessor neque lucro, neque damno afficitur. Igitur periculum rerum, puta legatorum indebite solutorum, ad eum non pertinet, si qui ea perceperunt, conventi, non sunt ea reddituri propter inopiam: et sufficit qualiscunque cessio condictionis indebiti, qua etiam omissa dabitur utilis posthumo vel filio reverso ab hostibus. Recte posui hæredem scriptum bona fide solvisse. Nam si solverit mala fide etiamsi solverit ante controversiam motam, ut ponendum est, nam post controversiam bona fide non potest solvere, puta sciens, in qua causa esset testamentum, sciens vitium testamenti, non liberatur cedendo condictionem indebiti: non semper cessio aut delegatio pro solutione est, sed omnimodo tenetur, atque si nec solvisset, quia dolo desiit possidere, et dolus præteritus venit in petitionem hæreditatis. Et hoc ostenditur in *l.* 17. §. *ult. de petit. hæred.* et nos exposuimus latius in l. 20. in *l. si patroni*, §. *ult. ad Trebel.* Igitur, si post controversiam motam de hæreditate, hæres solverit legata, quia mala fide solvit, id ei imputatur, et venit in petitionem hæreditatis in solidum: cum etsi ante controversiam motam dolo fecerit, id veniat in eandem actionem. Igitur cogetur præstare æstimationem litis, et hæredi legitimo non est necessaria condictio indebiti, cum petitione hæreditatis sit consecuturus pretium legatorum solutorum post litem contestatam. Vix etiam dabitur condictio hæredi scripto, quia sciens solvit, et qui sciens solvit, donare videtur. Donati autem non est repetitio, et valet ea donatio, si (quod pauci animadvertunt) non excedat legitimum modum, puta 500. aureos, et non intervenerit insinuatio. Nam si excedat, et non intervenerit insinuatio, hæc solutio, quæ pro donatione est, revocari poterit. Et hæc omnia comprobantur in *d. l. Papin.* §. *ult. et l. militis*, §. *miles, de milit. testam. et l.* 4. §. *pen. si cui plus quam per leg. Falcid.* A Papiniano adducitur rescriptum D. Antonini: is est D. Pius, qui et D. Hadrianus dicitur, adeo ut possit tentari in *l.* 2. *et* 4. *hoc tit.* rescriptum, quod affert Ulpian. et Paulus esse D. Pii, et hæc, ut initio posui, si hæres scriptus legata solverit de hæreditate. Quid si ea solverit de suo? sane hoc casu ei hæredi scripto competit condictio indebiti: non competit legitimo per petitionem hæreditatis, nacto hæreditatem totam, cum nec diminuerit solutionem legatorum, nisi scilicet legatario cedatur condictio indebiti ab hærede scripto, qui de suo legata solvit bona fide: et cedi debet hæredi legitimo, si hæres in judicio petitionis hæreditatis actori velit reputare legata, quæ de suo solvit bona fide, et ea retinere ex hæreditate, quod utique potest, si malit uti retentione quam condictione indebiti, adversus eos, qui legata perceperunt, forte quia non sunt solvendo, utetur retentione ejus quod solvit de suo, et cedet qualem qualem condictionem indebiti. Potest, inquam, hæres reputare legata, quæ solvit de suo, quia scilicet ea bona fide solvit, licet revera fuerunt indebita ex scriptura testamenti. Excusatur qui solvit ex scriptura testamenti, justa ratione motus, sicut qui solvit ex condemnatione, *l.* 2. §. *solet, de hæred. vend.* Hoc potest reputare evincenti hæreditatem. Alia prorsus indebita, quæ solvit neque motus scriptura, neque condemnatione, neque ulla ratione justa, non potest reputare

actori, quia temere ea solvit. Et ita accipienda est lex *item veniunt*, §. *sed si Senatus. de pet. hæred.* et *d.* §. *solet*, alioqui pugnaret cum *l. quod si possessor*, quæ rem hanc etiam evidenter explicat de hærede scripto, qui bona fide ex suo solvit legata aut fideicommissa.

Ad L. LXVI. de Evictionib.

Si cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius, vel ea actione, quæ de fundo vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus, nec committetur stipulatio. Non idem in Serviana quoque actione probari potest: hæc enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat, et soluta pecunia venditori, dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.

Sciendum est, stipulationem duplæ, qua emptor sibi a venditore cavet evictionis nomine committi, id est, ex ea agi posse, non tantum, si possidenti emptori res judicio evicta sit, sed si etiam emptor ex possessore petitor factus sit, casu aliquo amissa possessione sine culpa sua, et evictus fuerit, *l.* 19. § 1. *hoc tit.* Secus est, si culpa aut sponte emptoris possessio amissa sit, *l. si rem quam* §. 1. *hoc tit.* quia hoc casu, culpa ei obesse debet, neque etiam intervenire oportet culpam venditoris, qui rem adhuc habet in potestate sua: habere enim est possidere, et stipulationis hujus formula hæc, *habere recte licere*, *aut duplam præstare.* Item secus est, quod ostenditur initio *h. l.* si initio, cum vellet emptor rem petere, cujus possessionem amiserat sine culpa sua, a venditore admonitus fuerit, ne eam peteret directa vindicatione, sed Publiciana, aut vectigali, id est, emphyteuticaria, quæ proponitur in tit. *si ager vectigalis., id est, emphyt. petatur,* si admonuerit, his judiciis superiorem eum fore, directa vindicatione inferiorem, et tamen emptor voluerit agere directa vindicatione, nec admonitioni venditoris audiens fuerit, atque ita superatus sit absoluto possessore, a quo rem petierat. Nam hoc quoque casu, non committitur stipulatio duplæ ob evictionem, quia vitio suo litem amisit dolo malo utens actione incongrua, contra quam admoneretur a venditore, quo magis vinceret, et venditorem sibi obstringeret evictione duplæ, quod rationem summam habet. Idem etiam erit, si ab initio emptor non fuerit admonitus a venditore, sed ipse emptor ultro egerit directa, et victus fuerit, ac postea admonitus noluerit agere Publiciana aut vectigali. Nam quod notandum, victo in proprietatis judicio, non obstat exceptio rei judicatæ, si postea agat Publiciana, quæ est utilis prætoria, aut vectigali, quæ de agro emphyteuticario proponitur. Et hoc esse verum aperte ostendit lex *minor*, §. *si servus*, *hoc tit.* Quamvis Accursius, id eo loci frustra revocet in dubium: nihil enim adfert quod quemquam in dubium plane vocet. Et hujus sententiæ ratio est evidentissima, quia alia est causa Publicianæ, alia civilis directæ vindicationis. Si alia est causa, ergo, qui una non obtinuit, non prohibetur venire postea ad alteram: civilis et directæ vendicationis causa est proprietas: Publicianæ justa possessio: vectigalis, jus emphyteuticum. Diversæ igitur sunt harum actionum causæ, ergo alia aliam non elidit, in *l. et eadem de except. rei jud.* Cum quæritur, an obstet exceptio rei judicatæ, videndum est, an eadem sit causa petendi denuo. Nam si sit eadem, obstat exceptio: si sit alia, nihil obstat, et quærenda causa actionis proxima, ut ait lex, *cum de hoc*, *de except. rei jud.* ut Aristot. monet in 8. cap. 4. Metaphysicor. semper esse quærenda τὰ ἐγγύτατα αἴτια, id est, *proximas causas*, et eam esse proximam causam, quæ rei est propria, ut propria causa vindicationis est dominium: Publicianæ bonæ fidei possessio, quam prætor tuetur perinde ac proprietatem si amissa sit casu quodam. Ergo ita concludamus: sive initio sive postea admoneatur emptor a venditore, ut agat potius Publiciana, aut vectigali, quam directa, et admonitioni locum non reliquerit, sed egerit directa, et succubuerit, non committitur stipulatio duplæ. Additur hoc loco a Papiniano, non idem esse dicendum, si venditor, cui ea res erat pignorata, nec ullum aliud jus habebat, admonuerit emptorem ut ageret Serviana, id est hypothecaria: nec enim ideo minus committitur stipulatio duplæ, etiamsi admonitioni emptor non paruerit, quia recte agere non potuit suo nomine actione Serviana: si non potuit suo, nec alterius igitur nomine. Competit enim ei tantum, in cujus persona pignus constitutum est, nec transit in emptorem: dominium transit in emptorem: vel quod dominio simile vel proximum, veluti jus vectigale, superficiarium jus, jus bonæ fidei possessoris quod parit Publiciana: non transit jus pignoris in emptorem, transeunt actiones in rem, quæ non avocant nudam possessionem, sed dominium vel quasi dominium. Actio Serviana est quidem in rem, *l. pignoris*, *de pign.* quæ personam non obligat, sed sequitur rem pignoratam, *l.* 2. *C. si unus ex plurib. hæred.* sed nudam possessionem avocat, non jus aliquod stabile et perpetuum, quod sit dominio simile: nam et soluta pecunia dissolvitur obligatio, et actio Serviana, *l. evictis autem, hoc tit.* Quam quidem pecuniam debitam, ut dissolvatur obligatio, solvi oportet venditori, non emptori,

ex eo satis apparet, venditorem solum posse experiri actione Serviana, nondum sibi soluta pecunia, non etiam emptorem. Ergo non est quod imputet venditorem emptori, si monitus non egerit Serviana, quia nec potuit: et ideo si non obtinuerit, habet regressum adversus venditorem ex stipulatione duplæ. Alia igitur est possessio nuda, alia conjuncta dominio aut veluti dominio, aut brevius, conjuncta juri perpetuo: jus hypothecæ non est perpetuum, quod solutione dissolvitur, et alio genere, quod sit solutionis vice.

Ad §. *I.*

Si is, qui reipublicæ causa abfuit, fundum petat, utilis possessori pro evictione competit actio. Item si privatus a milite petat, eadem æquitas est emptori restituenda pro evictione actionis.

In §. 1. ostendit stipulationem duplæ committi non tantum si judicio ordinario, et usitata actione res emptori evicta sit, sed etiam si evicta sit judicio extraordinario, puta per restitutionem in integrum, quod est auxilium extraordinarium, *l. in causæ*, *ff. de minor.* Finge: vendidi rem militis vel alterius, qui aberat Reip. causa, vel captivi: nam et hujus eadem est conditio: et emptori cavi duplum, et milite vel alio absente nondum reverso, res ea ab emptore qui eam bona fide possederit usucapta est: usucapione perempta est militi actio in rem, emptori perempta est stipulatio duplæ, quia jam factus est dominus rei, *l. qui alienam: in princ. hoc tit.* At reverso milite restituitur actio in rem, rescissa usucapione ex edicto *ex quibus caus. major.* Ergo æquum est, etiam emptori restitui stipulationem duplæ, sive actionem pro evictione per eundem prætorem, quæ dicitur utilis actio, quia est restitutoria, ut in *l. minor*, *in princ. hoc tit.* omnis actio rescissoria vel restitutoria est utilis. Idem vero evenit a contrario, si quis militi vendiderit rem alienam, quem constat abesse Reipub. causa, rem alienam privati hominis, inquit, id est, pagani: privatus opponitur militi hoc loco: et miles cum abesset nec defenderetur, usu eam cœperit: nam privato, cujus res fuit in militem, cum reversus erit, datur actio rescissoria, quæ rescindit usucapionem, et restituit privato, id est, pagano actionem in rem. Ac proinde etiam militi in venditorem restituitur actio ex stipulatione duplæ, ob evictionem, quam usucapio peremerat: et hæc est sententia hujus §. ex quo intelligitur tam militi in privatum, quam privato in militem dari actionem restitutoriam ex illo edicto ex quib. causis majores, quod probatur *l.* 1. *l. item ait prætor*, *ex quib. caus. major l. non quocunque*, §. 1. *de leg. l.* 18. 1. *C. de captiv. et postlim.* Et ratio dandæ actionis ex utroque latere est in *l.* 29. *ex quib. caus. major.* ne cui militia vel damno vel compendio sit: compendio, in perniciem alterius scilicet. Et non est ferendus interpres quidam, qui negat dari rescissoriam militi in privatum: in §. *rursus Instit. de act.* qui est de hac actione, datur tantum privato in militem hæc actio. Sed non ex eo sequitur, denegandam esse militi in privatum, quod supra dd. ll. demonstrant, ut et hæc. Et quod est stultius, idem negat, actionem rescissoriam esse restitutoriam, id est, negat remedio actionis rescissoriæ in integrum restitui eum, cujus res usucapta est. Nam si ita est, titulus ergo, *ex quib. caus. major.* nihil pertinet ad causam restitutionis, quod falsum est, *l.* 1. *C. de restit. in integ.*

Ad §. *pen. et ult.*

Si secundus emptor venditorem eundemque emptorem ad hominis litem dederit procuratorem, et non restituto eo damnatio fuerit secuta; quodcunque ex causa judicati præstiterit, procuratore, ut in rem suam datus, ex stipulatu consequi non poterit, sed quia damnum evictionis, ad personam pertinuit emptoris, qui mandati judicio nihil percepturus est: non inutiliter ad percipiendam litis æstimationem agetur ex vendito.

§. 1. *Divisione inter cohæredes facta si procurator absentis interfuit, et dominus ratam habuit, evictis prædiis in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum, qui negotium absentis gessit: ut quanti sua interest, actor consequatur, scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causa, finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, diminuat, vel excedat.*

Sequitur altera pars hujus legis, quæ continet etiam duas quæstiones. Et ad primam, quæ proponitur in §. *pen.* sciendum est, in stipulationem duplæ, quæ interponitur evictionis nomine, inter cetera ita emptorem cavere sibi et stipulatori, *si ea res a me petita erit, tum de ea re agenda adesse, et litem recte defendere, ubi denuntiatum erit spondes? spondeo:* secundum quæ verba emptor, a quo res petitur, debet denuntiare venditori, ut de ea re agenda adsit: debet, ut brevius dicam sermone nostrorum auctorum, laudare auctorem: denuntiare venditori est laudare auctorem, *sommer son garent, a ce qu' il prenne le faict en main:* et in *l. qui absentem*, *de procur.* postulare a venditore, ut ab eo defendatur, *l' appeller a ce qu' il prenne la garendie pour luy.* Hoc est laudare auctorem; et *laudare*, est, nomi-

nare, eique denuntiare. Alioquin omissa denuntiatione emptor re evicta agere non potest de evictione, *l. si fundo* §. *ult. hoc tit. l.* 8. *C. eod. tit.* nisi pacto remissa sit denuntiandi necessitas, *l. Herennius hoc tit.* Et notandum eam denuntiationem quocumque tempore fieri posse, *l. si rem quam* §. *ult. h. t.* Quocumque tempore, est vel ante litem contestatam, vel post, pendente judicio, necdum finito. Et hoc est, quod vulgo dicitur, *summation de garant est perpetuelle*, dummodo non fiat prope sententiam, re perducta prope ad condemnationem, quia sane fit tum intempestive: post denuntiationem non debet venditor, qui auctor laudatus est, defugere auctorem suum: *il ne doit point defaillir en garant*, sed liti adsistere, adesse; rem defendere, et instruere debet, qua de re memini, me planius tractare ad Afric. in *l.* 24. *h. tit.* vel ipsemet venditor debet litem agere mandatu emptoris, quo genere fit procurator in rem suam. Nam ea lis non minus est venditoris quam emptoris, sed emptoris principaliter vocati, ad judicium nimirum, et venditoris, quia est procurator in rem suam. Ideo si venditor, qui litem agit mandatu emptoris, condemnetur in æstimationem ejus, quo de agetur, forte dum non restituitur res, quam actor ab emptore vindicat secundum denunciationem, *l. qui restituere, de rei vind.* si, inquam, condemnetur in litis æstimationem, et solvat, non habet actionem mandati adversus emptorem, ut consequatur litis æstimationem quam solvit procuratori in rem suam, non datur actio mandati, ut fidejussori in rem suam, *l. si quis rem*, §. 1. *de lib. leg.* Atque ita hoc casu, cum emptori neque res absit, neque æstimatio, non committitur stipulatio duplæ, *l. si servus venditus*, §. *h. tit.* Quibus præmissis, finge: Primus vendidit servum Secundo, et cavit de evictione interposita stipulatione duplæ: post Secundus eundem servum vendidit Tertio, et similiter cavit duplam. Quidam a Tertio secundo emptore eum servum vindicat, Tertius laudat auctorem suum, puta Secundum, eumque ad eam litem procuratorem facit: procuratorem igitur in rem ejus, quia res est venditoris non minus, quam emptoris, cum defensio rei venditori incumbat auctoritatis nomine: egit igitur eam litem Secundus, qui vendiderat Tertio, a quo homo vindicabatur, et non restituitur is homo arbitrio judicis. In vindicatione sunt duæ clausulæ, ut fere in omni actione arbitraria, una est de restitutione, altera de condemnatione in litis æstimationem, id est, quanti adversarii intersit, vel quanti adversarius in litem juraverit, in quantum litem juratus ipse æstimaverit, *d. l. qui restituere.* Sunt duæ quodammodo sententiæ: si pareatur primæ, res finita est: si non pareatur primæ, transitus fit ad secundam, et clausulas illas vocat Asconius in prætura Siciliensi, stricti juris observationes: quia igitur Secundus non restituebat servum, non parebat præcepto judicis jubentis restitui, Secundus ex condemnatione litis æstimationem subiit et solvit Primo, quia in eum competit actio judicati, cum non in rem alienam, sed in suam factus sit procurator, *l.* 4. *de re jud.* Si esset in rem alienam, actio judicati daretur in dominum, non in procuratorem. Et eadem ratione, ut diximus supra, quod solvit Secundus, actione mandati a Tertio, cui ipse rem vendiderat, et cujus nomine litem susceperat, ac peregerat, recipere non potest. Et in *hoc* §. additur, quod plus est, etiam Secundum non habere regressum adversum Primum auctorem suum, scilicet ex stipulatione duplæ, ut consequatur quod solvit ex causa judicati, quia scilicet id non præstitit suo nomine, sed procuratorio, alioqui suo nomine emptore condemnato in litis æstimationem, committitur stipulatio duplæ, perinde atque si res ablata fuisset, quia et ablata ei res fuisset, nisi litis æstimationem sustulisset: et jam emptor, qui litis æstimationem sustulit, rem habet, non ex prima emptione, sed ex secundo, id est, ex litis æstimatione, *l.* 16. §. 1. *et d. l. si servus*, §. 1. *h. t.* quia litis æstimatio est similis emptioni. Cessat igitur actio ex stipulatu, quod judicatum fecerit Secundus, non suo nomine sed procuratorio: verum non cessat tamen actio ex empto: nam æquitas et bona fides, quæ in hoc judicio maxime observatur, postulat, ut et litis æstimationem, quam non suo nomine præstitit, ab auctore suo, id est Primo, consequatur, quia omne damnum evictionis ad eum pertinet, non ad emptorem secundum, a quo nihil potest percipere actione mandati, qui procurator fuit in rem suam. At actio ex vendito venditori, ex empto emptori proprie datur: sed hæ appellationes nonnunquam permiscentur, ut hoc §. *pen.* quæ datur emptori ob evictionem, dicitur ex vendito. Et in causa hujus promiscui usus hoc est, quia integra oratione, quæ datur actio emptori vel venditori, dicitur ex empto vendito, vel ex vendito empto, *l. nullum, de hæred. vend. l. etsi uno, de act. emp.* et apud Varronem secundo de re rustica; adeo ut non male emptor dicatur agere ex vendito, cum agat ex empto vendito, vel retro. Sic igitur videmus in specie ejus §. deficiente actione ex stipulatu ob evictionem, non deficere actionem ex empto, quod accidit in specie legis 24. *h. t.* Et in alia specie, quam tractavimus in *l.* 6. *de serv. export.* Et in plerisque aliis casibus a me notatis ad eundem Papin. lib. 23. in *l.* 75. *de leg.* 2. Et mox in

§. *ult.* hujus legis: deficiente actione ex stipulatu ob evictionem, non deficit tamen actio ex empto, vel potius non competit actio ex stipulatu evictionis nomine in id, in quod competit actio ex empto. Et sciendum evictionis nomine actionem dari, non tantum ex emptione venditione, sed etiam ex permutatione, *l. 1. et 2. de rer. permut.* quia permutatio est similis emptioni. Ergo et ex divisione hæreditatis: nam divisio hæreditatis inter cohæredes fit mutua partium permutatione, *l. cum pater*, §. *hæreditatem, de legat.* 2. Quid est divisio? permutatio partium, vel distributio, quæ fit vicissim partibus commutatis, quas sociorum quisque habuit pro indivisio, in minimo quoque momento rem, quæ communis erit, per divisionem incipies habere pro diviso, nec potes facere partes pro diviso, nisi permutaveris partes pro indiviso, quæ fuerunt ante. Nunc fac ita esse: tres sunt cohæredes, duo presentes, et unus absens: præsentes adhibito procuratore voluntario absentis, id est, negotiorum gestore, intervenientes nomine absentis cohæredis divisionem fecerunt bonorum, eamque divisionem ratam postea habuit absens. Evicta sunt prædia quædam, quæ divisione facta bonorum hæredibus obtigerant: evictionis nomine competit actio præscr. verbis: nam ex divisione sicut permutatione datur actio prescriptis verbis, similis actioni ex empto, *l. his consequenter*, §. *idem quærit*, *l. si filia*, §. *si pater*, *fam. ercisc. l. licet. l. si familiæ*, *C. eod. l. si fratre*, *C. comm. utr. judic.* Competit autem in casu proposito actio præscriptis verbis ob evictionem, in procuratorem, qui divisioni interfuit, imo et in dominum competit, prout libuerit cohæredibus, quia divisionem ratam fecit. Competit autem in hunc, vel illum id quod interest, ita scilicet, ut si post divisionem deteriora facta sint prædia, minuatur quantitas evictionis, et spectetur quanti sint prædia evictionis tempore, non quanti fuerint divisionis tempore. Et retro si meliora facta sint prædia, ut augeatur obligatio evictionis, et omne lucrum et commodum sit emptoris, non venditoris, ut in *l. 70. h. t. l. Titius*, §. *ult. l. id quod, de action. emp.* Et hoc est quod ait in fine hujus legis, scilicet vel *meliori vel deteriori*. Nec obstat quicquam lex *ex mille*, *h. t.* quæ docet, non minui obligationem emptionis, si fundus venditus deterior factus sit, et non augeri, si factus sit melior, in causa evictionis spectari quanti fuerit venditionis tempore. Sed ut Accurs. animadvertit, lex *ex mille*, loquitur de actione ex stipulatu, quæ stricta est, *d. l. 70. et d. l. Tit. et* lex *id quod, de act. emp.* de actione ex empto, quæ est bonæ fidei, et hic §. *ult.* de actione ex stipulatu simili actioni ex empto, id est præscriptis verbis, quæ etiam est bonæ fidei, quando datur ex permutatione, vel divisione: nam ex aliis articulis actio præscriptis verbis est stricta. Et ita apparet differentiam esse constituendam inter actionem ex stipulatu, et actionem ex empto, quod non idem veniat in utraque, cum res, quæ evicta est, deterior aut melior effecta est post divisionem, vel post venditionem, vel permutationem.

Ad L. V. de Usuris.

Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur.

Generaliter definitur in hac l. bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur: quæ definitio est certissima et pulcherrima, sed exemplis illustranda. Si ancilla vendita sit ea lege, ut prostituatur, ex ea lege nihil præstatur judicio empti venditi, si non fuerit prostituta: nec enim posset venditor sine rubore ex ea lege quidquam desiderare. Nam et vindictæ rationem actio ex vendito non recipit, *l. 7. de serv. export.* Vindicta est contra bonos mores: jus est bonis moribus tuendi se, non ulciscendi, *l. scientiam*, §. *pen. ad l. Aqu l.* Item petitio hæreditatis, quæ est bonæ fidei (quod tamen obtinet etiam in rei vindicatione speciali, quæ est arbitraria) non recipit fructus, qui inhoneste percipi potuerunt, veluti ex lupanari, domo locata lenoni, perceptos inhoneste recipit, *l. ancillarum, in fi. l. si possessor, de petit. hæred.* id est, si ex domo hæreditaria possessor alienæ hæreditatis inhonestum quæstum fecerit, utique eum restituet, is scilicet quæstus veniet in petitione hæreditatis, *ne sciliscet*, ut ait, *d. l. si possessor*, *inhonesta interpretatio adhibita inhonesto quæstui, lucro possessoris cedat*, id est, nisi dixeris honestatis specie, non esse honestum inhonestum quæstum auferre possessori, ita effeceris, ut inhonestus quæstus apud eum remaneat: huic sane vel utrique est auferendus, vel si alterutri est dandus, innocenti sane potius quam nocenti, petitori potius quam possessori dandus erit. Ergo in petitionem hæreditatis fructus veniunt inhoneste percepti, non etiam, qui inhoneste percipi potuerunt. Communiter veniunt percepti et percipiendi, sed percepti qualicunque ratione: percipiendi honesta tantum ratione, *l. fructus non modo, de rei vind.* Atque ita verum est, petitionem hæreditatis, non recipere præstationem, quæ extra bonos, mores postuletur, id est, non imputari possessori quod turpem quæstum non fecerit, sed si quem fecerit, ei auferetur: omne enim lucrum ei auferetur. Item non recipit judicium

bonæ fidei, aut si quod bonæ fidei judicio est vicinum, veluti actio ex testamento, usuras ex rebus, quæ corpore non quantitate valent: nam usuræ percipiuntur tantum ex quantitatibus, non ex corporibus. Et idem Papin. in *l. 3. §. ult. h. t.* etiam ait, ex eis rebus usuras non sine rubore desiderari. Hæc sententia Papin. loquitur de bonæ fidei judicio. Quæres, *an non idem sit in stricto judicio?* Strictum judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur. Quis non dixerit idem esse in stricto judicio? Nam et stipulatio concepta contra bonos mores non valet, *l. stipulatio hoc modo concepta, de verb. oblig.* Sed maxime valet in bonæ fidei judiciis, *il faut peser ce mot* maxime, id est, *principalement.* Sicut dicitur in *l. 1. C. de rescind. vend.* bonam fidem maxime desiderari in contractib. bonæ fidei. Nam desideratur in omnibus contractibus. Nullus est contractus, qui recipiat dolum, qui non infirmetur ratione doli, vel ipso jure, vel per exceptionem, sed maxime observatur bona fides in contractibus bonæ fidei. Et ita dico hanc regulam valere maxime in judiciis bonæ fidei, sed debere etiam valere in omnibus negotiis, et rationibus nostris, et esse regulam sanctissimam juris.

Ad L. XL. Sol. matr.

Post dotem et nuptias contractas stipulatus est pater, filiæ voluntate divortio facto dotem dari: si conditio stipulationis impleatur, et postea filia sine liberis decesserit, non erit impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat: viva autem filia, si agere vult, exceptione submovendus erit.

Sciendum est, patrem qui dat dotem pro filia, initio dandæ dotis ex continenti pacto posse sibi dotem recipere, citra voluntatem filiæ interposita stipulatione, *l. avia, C. de jure dot.* id est, recte stipulari initio etiam dotem sibi reddi divortio facto, etiam sine voluntate filiæ. At post dotem datam, et nuptias contractas, cum jam dos filiæ acquisita est, dos est proprium patrimonium filiæ, etiamsi sit profecta a patre, in cujus est potestate, *l. pater, ad l. Falcid. l. 4. de collat. bon. l. denique, §. ergo de minorib.* Communis dicitur esse patris et filiæ in *l. 3. h. t.* Sed certe magis est filiæ. Et ita in omnibus partibus juris habetur pro proprio patrimonio filiæfam. sicut castrense peculium, et quasi castrense pro proprio filiifam. Post, inquam, dotem datam, et nuptias contractas, non rite stipulatur pater divortio facto dotem sibi reddi sine voluntate filiæ. Adjuncta ejus voluntate, recte etiam eo tempore stipulatur dotem sibi reddi divortio facto, et ei soli competit actio ex stipulatu efficax, sine metu exceptionis etiam viva filia, quæ consensit semel, *l. quotiens, l. si cum dotem, §. eo tempore, l. Titia hoc tit.* Hoc est et æquissimum et justissimum, sed incertum redditur per hanc l. 48. quæ vult, patrem, qui filiæ voluntate stipulatus est, divortio facto dotem sibi reddi, post dotem datam et contractas nuptias, divortio secuto, si agat ex stipulatu summoveri exceptione viva filia. Inutilem igitur esse stipulationem. Et ob eam rem nulla est lex in *h. t.* quæ magis vexarit ingenia interpretum, et inde immensi commentarii in hanc legem, nemine non adumbrante aliquid plerumque ex animi sui sententia, ut eludant sententiam Papiniani, quæ est manifesta tamen, vel ut potius eam transformet. Sed ut ego pridem ostendi ex duobus locis *βασιλικῶν* deprehenditur mendosus contextus hujus legis, et inserendus est articulus, *sine*, qui vulgo deest. Atque ideo ita legendum, *stipulatus est pater sine voluntate filiæ.* Græci *παρὰ γνώμην τῆς θυγατρός.* Et quod magis est, interpres contextus Basilic. exprimit eleganter formulam exceptionis, qua repellitur pater, qui viva filia agit, hoc modo: *ἀλλ' εἰ μὴ κακῶς ἐπηρώτησας μετὰ σύστασιν τοῦ γάμου παρὰ γνώμην τῆς θυγατρός*: *at si non post contractas nuptias male stipulatus es sine voluntate filiæ.* Hac formula eliditur actio ex stipulatu, quam intendit pater viva filia, quia male stipulatus est, non adhibito consensu filiæ. Sed mortua filia cessabit hæc exceptio, id est, si mortua filia agat pater, et mortua filia sine liberis: nam jure veteri propter liberos erat deductio et retentio certæ partis dotis. Si sunt liberi, non poterit pater ex stipulatu solidam dotem repetere, si superstites liberos reliquit. Si mortua sit sine liberis, repetet solidam dotem, et morte filiæ retro valuisse intelligitur stipulatio.

Ad L. VIII. de Tutel. et rat. dist.

Quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare.

Appendix est legis 7. superioris, in qua additur, tutelam finiri captivitate tutoris. Igitur fidejussores, qui pro tutore spoponderunt rem pupilli salvam fore, recte conveniri ex stipulatu statim atque tutor captus est, ut *l. 4. §. si tutor, rem pup. salv. fore.* Defensorem quoque captivi, qui ultro paratus est suscipere judicium tutelæ, recte conveniri judicio tutelæ pro captivo. Item curatorem datum bonis captivi, recte conveniri actione tutelæ, quia finita est tutela. Notandum, captivos in litibus procuratorem habere non posse, *l. ab hostibus, ex*

quibus causis major. quia hoc est liberorum hominum proprium, quia lis non potest esse cum servis: defensorem habere possunt qui ultro subeat litem eorum nomine, procuratorem voluntarium habere possunt, qui litem faciat suam. Item, ut ait *d. l. ab hostib.* plerunque bonis captivi curator datur, qui scilicet intendat, ex excipiat omnes actiones: hic curator poterit conveniri actione tutelæ vel defensor, quia finita est tutela, finitur captivitate tutoris, *l. si adrogati, de tutel.* Alioqui in locum captivi non posset alius dari, quia tutorem habenti tutor non datur, et tamen datur. Et consequenter competit actio tutelæ et actio ex stipulatione, rem pup. salv. fore, quæ ante finitam tutelam non competeret, *l.* 1. *l.* 4. §. *hanc, rem pup. salv. et l.* 16. *hoc tit.* Finitur, inquam, tutela captivitate tutoris, sed postliminio recuperatur, si tutor ab hostibus advenerit. Nec tamen hæc spes postliminii differt actionem ex stipulatu, §. *ab hostibus, Instit. de Attil. tut.* Si pater sit captus ab hostibus patria potestas est in suspenso, dominium rerum est in suspenso, §. *si ab hostibus, quib. mod. jus patr. pot. Inst.* Postliminium dicitur suspensi juris constitutio, *l. pen. de suis, et leg.* Tutore capto ab hostibus tutela non est in suspenso, sed finitur. Hoc exigit utilitas pupillaris, et finis tutelæ proprium est. Qua ratione et usumfructum, qui ante captivitatem fuit captivi, dicerem finiri captivitate, quia et ususfructus finis est proprium, licet redintegrari speretur postliminio: denique spes postliminii alia suspendit, alia finit. Et ita in hac l. 8. ait Papinian. tutelam captivitate tutoris finiri, quamvis jure postliminii tutelam pristinam possit integrare: hæc scilicet spes non suspendit tutelam, imo finit, et novus tutor datur, qui desinit esse tutor, si alter redeat ab hostibus.

Ad L. II. ut Leg. seu fideic. serv. caus. cau.

Nec si forte velit pater cavere, neminem amplius petiturum, compellendus erit hæres legatum, quod jam filius petere potest, alii, quam cui debetur, exsolvere.

Sciendum est, in hoc titulo proponi edictum prætoris de stipulatione legatorum servandorum causa, qua se legatariis hæredes obstringunt datis fidejussoribus. Et licet nobis formulam stipulationis componere: *Quod mihi ex testamento aut codicillis L. Titii dari fierive oportet, id quibus diebus L. Titius dari fierive voluerit, iisdem dari fierive, aut quanti res erit tantam pecuniam recte præstari, dolumque malum huic rei promissionique abesse abfuturumque esse spondesne? spondeo.* Stipulatur legatarius, promittit hæres: adpromittit fidejussor, quem addiderit hæres. Et ait, *Quod mihi ex testamento vel cod.* codicillis scilicet ad testamentum factis: nam legata non debentur, nisi ex testamento, et edictum loquitur tantum de legatis, sed quia placet hodie etiam in fideicommissis huic stipulationi locum esse, *l.* 1. §. *plane, et l. hæc stipulatio, hoc tit.* quæ quidem fideicommissa ab intestato relinqui possunt: ideo etiam ab intestato codicillis, aut epistola aut quocunque alio judicio fideicommisso relicto hæc stipulatio locum habet, *l. etiam*, §. *ult. hoc tit.* Et rursus ait, *dari fieri oportet*, ut *l.* 10. *hoc tit.* quo verbo certum est, id quod oportebit etiam contineri, id est, quæ post debebuntur ex legati causa, veluti fructus aut usuras ex mora, *l.* 1. §. *bellissime, h. t.* Igitur in formula non est necesse adjici, *oportet, oportebitve.* Nam verbum, *oportet*, etiam futurum tempus complectitur: nam eadem ejus verbi interpretatio fit in actionum formulis, *l.* 76. §. 1. *de verb. oblig.* Et hæc stipulatio legatorum instar actionis obtinet. Est enim stipulatio prætoria cautionalis; et omnis stipulatio prætoria cautionalis instar actionis obtinet, et qui actionem dicit, et hæc genera stipulationum dicit, *l.* 1. §. *cautionales, de prætor. stip. l. actionis, de obl. et act. l. non solum, rem rat. hab. l. si ambo*, §. *in stipul. de compensat.* Et ita e contrario in actionibus, et consequenter in stipulationibus, ut arbitror, verbum *oportebit*, etiam id quod oportet, comprehendit. Et licet eodem argumento uti, quo Pomponius in *l. verbum erit, de verb. sign.* Si, inquit, verbum, *est*, ex mente scribentis, vel loquentis, non tantum præsens tempus sed etiam præteritum significat, ergo et verbum, *erit*, non tantum futurum, sed etiam præteritum tempus demonstrat. Eodem igitur modo licebit argumentari, si in actionum et stipulationum cautionalium, quæ ex edicto proficiscuntur, formulis, verbum, *oportet*, non tantum præsens, sed etiam præteritum significat: ergo in iisdem, *oportebit*, non tantum futurum, sed etiam presens demonstrat. Nec igitur interest si ita concepero, *quod mihi dari fieri oportet*, an *oportebit.* Et ita ad actionum editionem, quod inscriptio l. demonstrat, sive ad actionum formulas refero, quod est in *l.* 8. *de verb. sign.* verbo *oportebit*, tam præsens, quam futurum tempus significari: nec probo, quod quidam mutavit verbum, *oportebit*, in verbum, *oportet.* Nam si in verbo oportet verum id est, et in verbo oportebit pariter, non in omnibus causis, sed in actionibus, ad quas referenda ea lex, vel in stipulationibus, quæ pro actionibus sunt. Nam quod subjicitur in ea l. 8. est de actionibus: actionum verbo non contineri exceptiones, et in exceptionibus forte eadem interpretatio non fiet, sicut nec fit eadem interpretatio in stipulationibus conventionalibus, quæ instar actionum non habent, *l.* 76.

§. 1. *l.* 89. *l.* 125. *de verb. obl. l. et uno*, *de acceptil.* Nec etiam in legatis fit eadem productio temporis, *l. si ita scripsisset, de leg.* 2. *l.* 17. *de liber. leg.* sed omissum tempus habebitur pro omisso: et qui volet utrumque tempus complecti, necesse est ita scribat, *oportet*, *oportebitve*. Rursus in formula diximus, *quibus diebus dari fieri*, etc. ex *l.* 1. *et l.* 18. *h. t.* Nam edictum prorsus pertinet ad legata relicta ex die certa vel incerta, metuento forte legatario, ne interim, antequam conditio sive dies incertus extiterit, hæres dissipet bona sua, ne inane legatum, inanem actionem faciat, et ob id solum prospicere legatario sibi cautione licet. Sed quod notandum, porrigitur edictum etiam ad pura legata, si hæres judicem quærat et litigare velit, *l. hæc stipulatio*, *l. etiam*, *hoc t. l. uxorem*, §. *ult. de legat.* 3. Item adjecimus, *aut quanti ea res erit*, ex *l.* 1. §. *Item quæritur*, *hoc t.* quæ ait, in hanc stipulationem res aut pretia deduci. Hæc postrema clausula est de dolo malo, quæ subjici solet fere omnibus stipulationibus, *l.* 1. *hoc t. l. dol. l. ex ea parte*, *de verb. oblig. l. novissima*, *jud. solvi.* Et præterea cognita formula omnino sciendum et hoc, interponi eam stipulationem, ut nova actio sit, ut est proditum in *l.* 1. §. *cautionales*, *de prætor. stipul.* id est, ut ex stipulatu legatario actio sit legati nomine, sed non, ut novatio fiat, non ut moveatur actio de legato: novæ actionis acquisitio, novatio non est, quia et interposita stipulatione ejusmodi, id agitur solum, ut legatario fidejussoribus sit cautum, non ut ab obligatione testamenti recedatur. Ideoque simul dies legati cessit, et ex testamento, et ex stipulatione debetur, *l.* 8. *hoc. tit.* et perperam ante Floren. in *d. l.* 1. §. *cautionales*, legebatur, *ut novatio sit*, nec enim fit novatio. Sed diligentius explicandum, qui præstent ejusmodi cautionem, et quibus sit ea præstanda.

Cautionem legatorum præstant hæredes, a quibus legata relicta sunt, hæredes inquam, ex asse, vel ex parte, et instituti, vel substituti, *l.* 1. §. *certe*, *hoc t.* Imo et honorarii successores sive prætorii eam præstant, *d. l.* 1. §. *non solum.* Qua appellatione, non significantur tantum bonorum posssessores hæreditarii, ut interpretes male existimant, sed quamplures alii, ut hæredes scripti sub conditione jurisjurandi, qui jure prætorio et non impleta conditione, quam prætor remittit, pro eo habentur, quasi impleta conditione hæredes extitissent, *l.* 1. §. *ad eos*, *ad leg. Falcid.* et hæredes scripti, qui omissa scriptura ab intestato possident hæreditatem, *l. duo hæredes, si quis ex causa testam.* De quibus etiam nominatim scriptum est in *l.* 13. *hoc t.* satisdationem ut præstent: hi sunt honorarii successores, qui ultra prætoris edictum jure civili ex testamento hæredes non existimarentur esse, quippe cum illi non impleverint conditionem, et omiserint testamentum. Præstant eandem cautionem hæredes hæredum, quod notum est, et successores successorum, quia et eos obligatio legatorum tenet, quæ tenuit defunctum, veluti æs alienum, quod erat defuncti. Item præstant cautionem fideicommissarii Trebellianici: nam et eos onera legatorum sequuntur, *l.* 1. §. *is etiam*, *l. etiam.* §. 1. *hoc t.* Et postremo hi etiam hanc cautionem præstant, qui per alios hæredes effecti sunt, ut qui servum aut filium ab alio institutum hæreditatem adire jusserunt, *d. l.* §. *non solum*, *h. t.*

Sequitur, quibus sit præstanda ea cautio, et id quod certissimum est proponam: legatariis et fideicommissariis, imo et successoribus eorum præstanda est, in quos jus legati tanquam æs alienum transmissum est: Imo et procuratoribus eorum. *d.* §. *non solum.* Imo et dispensatoribus legatorum, *l. quidam*, §. *pen de leg.* 1. Et postremo cavetur domino etiam legatarii servi et patri, *d. l.* 1. §. *plane si ei qui hoc t.* Sed ut ostenditur in eadem *l.* 1. §. *ult.* ex quo pendet nostra lex, patri vel domino non cavetur precise, id est, sine ulla exceptione, præcidendo ita, ut dixi, in formula, *dari fierive*, sed sub conditione, si filius vel servus die legati cedente, in ejus potestate sit, atque hoc novum non est: nam et procuratori legatarii non cavetur præcise, sed sub conditione, si is cujus nomine cavet hæres, vivat, si legatarius vivat, videlicet ne teneatur hæres illo ante defuncto, præstare legatum a defuncto, relictum, *l.* 1. §. *procuratori*, *h. t.* Et his apparet his casibus si stipuletur procurator vel pater vel dominus, formulam stipulationis, quam ex eo, quod plurimum fit, confecimus, eas conditiones recipere.

Dicebam modo procuratori legatarii non caveri præcise, sed sub conditione, *si legatarius vivat*: et similiter patri vel domino non caveri præcise, sed sub conditione, *si legatarius in ejus potestate sit*, cum dies legati cedit, ex *l.* 1. §. *ult. hoc t.* Ergo nunc ita constituamus: patri vel domino caveri, si die legati cedente legatarius in ejus potestate sit: quo casu debetur legatum patri vel domino quasi sibi acquisitum jure potestatis. In alium ergo casum, videlicet, si legati die cedente sui juris sit, iniquum esset patri vel domino caveri: cum in eum casum patri vel domino legatum non debeatur, et ei tantum cautionem præstari oporteat, cui debetur legatum, vel ei, cui nondum debetur in eum casum, si forte debebitur: debetur autem legatum non tantum quod peti potest, sed etiam quod nondum peti potest, si modo jam sit nata obligatio, id est, si dies cesserit, *l.* 9. *hoc t. l. si dies*, *sub tit. proximo*: ut si ex die certa legatum relictum

sit, statim dies legati cedit a morte testatoris, id est, nascitur obligatio, et incipit deberi legatum, statim dies legati cedit, sive dies sit brevis sive longa: ut Cal. centesimis, quod non abs re notatur in *d. l. si dies.* Actio autem, petitio, persecutio non nascitur, antequam dies venerit: quod si ex die incerta legatum relictum sit, veluti, *cum navis ex Asia venerit*, *cum Titius consulatum inceperit*, neque debetur, neque peti potest legatum, vel neque cedit, neque venit dies, quod idem est. Et breviter, neque obligatio, neque actio nascitur antequam dies cesserit, vel conditio obtigerit, *d. l. si dies et l. cedere, de verb. sign.* Spes tamen est debitum iri. Et hujus spei nonnulla habetur ratio in jure: nam et ex alia causa interposita stipulatione conditionali, mortuo stipulatore pendente conditione, spes transmittitur in hæredem, §. *ex conditionali, Instit. de verb. oblig.* Et hujus spei ratione, antequam existat conditio legati, id est, antequam dies legati cesserit, et cœperit obligatio, hæc stipulatio de legato interponitur, sed non transmittitur in hæredem, mortuo legatario pendente conditione, quia nec spes legati conditionalis transmittitur. Et eadem est causa hujus stipulationis, et hujus legati, eadem causa actionis ex stipulatu, et actionis ex testamento, quia utraque interponitur legati nomine *l. 1. §. si quis conditione, hoc t.* Et observandum in *d. §. ult. ejusdem l.* cum quæritur de cautione legati præstanda in genere, quod filiofamil. vel servo relictum est, poni legatum fuisse relictum incerta die. Nam si ex die certa relictum sit, constat statim a morte testatoris patri vel domino legatum deberi, neque ab eo discedere obligationem, etiam, si postea ante diem legati filius vel servus sui juris fiat, *l. 5. §. ult. sub. tit. prox.* Et consequenter constat, patri vel domino ex causa ejus legati, omnimodo cautionem præstandam, nec locum esse quæstioni propositæ in hoc §. *ult.* quod recte notat Accurs. Igitur in eo §. recte instituitur quæstio, non de legato relicto ex certa die, sed incerta die, quæ et paulo post vocatur conditio: nam conditio est dies incerta, ut *si navis ex Asia venerit*: et retro, dies incerta est conditio, aut conditionis instar, *l. dies, de condi. et demonst. l. talis scriptura, de legat. 1. l. sufficit, de cond. indeb.* Dies, inquam, incerta est conditio, si et dies incerta sit, et res ipsa, quæ in eam diem confertur, veluti *si Titius erit consul.* Nam et quo die Titius futurus sit consul, et an futurus sit, incertum est: alias vero sola dies incerta certe non est conditio: veluti si ita legetur, *hæres meus Titio, cum morietur, fundum dato*, purum est legatum, non conditionale: hæc verba, *cum morietur*, non faciunt conditionem, *l. sub conditione*, cum *l. seq. de condict. indeb. l. hæres meus, de cond. et demonst.* Nam Titium moriturum certum est, mors certa, mortis dies incerta est, denique dies cum morietur, reipsa certa, tempore incerta est. Et ad summam, dies incerta conditio est, quæ et re et tempore incerta est, certa re. Ideo non minus, imo magis hæc dici dies certa, quam incerta potest, cum ex re ipsa certius ei sit certum æstimare, quam ex curriculo temporis. Et quæstio §. *ult.* non minus cessat in hac die ambigua, quæ partim certa, partim incerta est, quam in illa, quæ omni ex parte certa est, et re, et tempore. Nam et cedit utraque statim, licet nondum venerit, et statim igitur a morte testatoris patri vel domino debetur legatum sub hac vel illa die servo vel filio relictum, et ei soli est præstanda cautio sine cunctatione ulla, et sine exceptione ulla præcise. At si sub conditione, vel sub die penitus incerta filiofam. aut servo legatum sit, non est præstanda satisdatio patri vel domino præcise, sed cum hac exceptione, *si die legati cedente, in ejus potestate legatarius fuerit*, quo solo casu patri dominove tale debetur legatum. Et ita cum hac adjectione conditionali et exceptione consultius fecerit, si his personis caverit hæres non pure. Sed et si forte caverit abscisse sine exceptione, ut ostenditur in §. *ult.* et post manumissionem servi, aut emancipationem filiifam. dies legati cesserit, agenti patri vel domino ex stipulatione illa obstabit exceptio doli mali quod in eum casum non sit actio ex stipulatu, quo nec ei licet agere ex testamento, *d. §. si quis sub conditione.* Causa stipulationis sequitur causam legati, quasi principalem. Stipulatio est veluti accessio obligationis principalis, et additur recte ex Papin. in *l. 2. hoc tit.* non audiri etiam patrem vel dominum, cui præcise cautum est, detracta omni conditione, si agat ex stipulatu, vel ex testamento, quamvis offerat cautionem pater, filium non petiturum, neminem amplius petiturum: nec enim hæres compellitur alii, quam cui debetur, legatum exsolvere. Debetur autem filio vel servo, qui sui juris inveniuntur, existentis conditionis tempore, non patri vel domino, et licet non utique semper peti possit quod debetur, ut quod debetur ex die certa, tamen quod non debetur, nunquam petitur efficaciter, ἐνεργῶς, quia vel exceptione repellitur actor, cui nihil debetur. Sed ad hæc notandum in hoc proposito, non tantum patri caveri oportere, sed etiam filio, non tantum domino, sed etiam servo: patri, in casum si filius in ejus potestate sit die legati cedente, et similiter domino: filio autem et servo, in casum, si sui juris sit: nam utrique caveri in suum casum æquum est. Dices, onerari hæredem si caveat utrique, quod cogitur uni quærere unum fidejussorem, et alii alium, fidejussores non esse faciles inventu, nec

unum facile suscipere plures obligationes. Dicam, non onerari hæredem ex *l. seq.* quia utrique caveri poterit adhibito uno eodemque fidejussore, qui ideo non onerabitur, nec detrectabit cavere utrique, cum futurum sit, ut uni tantum teneatur, non utrique, prout casus hic obtigerit, vel ille: nec enim uterque casus concurrere potest. Cavebit igitur hæres utrique eodem fidejussore: nam æquum sane est cuique cavere in suum casum. Nam ex stipulatione filii non potest actio acquiri patri in casum, quo sui juris sit. Et retro ex stipulatione patris vix unquam filio acquiritur actio *l. cum dos, de pact. dot.* Et ita etiam *lib. 3. et 19. quæst. Pap.* jam ante didicimus, eodem legato relicto duobus sub diversis aut contrariis conditionibus, hæredem utrique cavere, quamvis tamen uni tantum debeat, *l. Paulus*, §. *ult. de præt. stip. l. etiam*, §. *ult. l. seq.* adhibito eodem fidejussore, *l. 3. h. t.* Quod obtinuit in specie *l. si duo hoc tit.* Si Titio legatum sit relictum, et duo sint ejusdem nominis amici testatoris, nec certum sit, de quo senserit testator, et desperemus an certum esse possit, interim utrique satisdabis, adhibito eodem fidejussore, dum illi duo de legato contendunt.

Ad L. V. eod.

Posteaquam hæres ab hostibus captus est, conditio legati, cujus nomine proposita stipulatione cautum fuerat, extitit: fidejussores interim teneri negavi: quia neque jus, neque persona esset, ad quam verbo stipulationis dirigi possint.

Tres aut quatuor quæstiones de eadem materia in hac *l.* 5. de qua tractatum est supra, proponuntur, de prætoriis stipulationibus scilicet legati, vel fideicommissi servandi causa. Et primæ quæstionis species hæc est: Hæres de legato relicto sub conditione satisdedit: post captus est ab hostibus, et post captivitatem ejus extitit conditio legati. Quæritur, *an fidejussor conveniri poterit hæredem nondum reverso ab hostibus?* Et Pap. ait, non posse. Videretur posse, quia fidem suam in hoc interposuit, ut cum legati conditio extitisset, legatum solveretur. Porro extitit conditio, et legatario liberum est agere cum hærede, vel cum fidejussore. Et hoc sane casu plane cogitur convenire fidejussorem solum, nisi captivus defensorem habeat in civitate. At Papin. ait, *fidejussorem interim non teneri, dum hæres est apud hostes.* Rationem non intellexit Accurs. quæ talis est: quia fidejussor antequam reus principalis debeat, conveniri non potest, *l. fidejussor. antequam, de fidejuss.* Hæres autem, qui reus est principalis neque ante captivitatem pendente conditione legatum debuit, *l. legata sub conditione, de cond. et demonstr.* neque etiam postquam extitit conditio, cum sit apud hostes, legatum debet aut debere potest, quia in personam servientem non cadit civilis obligatio, nec hæredem habet, qui debeat, quia successio ejus est in pendenti propter spem postliminii: denique non est persona principalis, quæ debeat legatum, et consequenter non est jus, id est, non est obligatio: jus nonnullis in locis juris nostri sumitur pro obligatione, ut *l. fidejuss. obligari*, §. *pen. de fidejussorib. l. hæc stipul. h. t.* Si non est persona, quæ debeat principaliter, nec igitur obligatio est, quia obligatio civilis sine persona, in qua consistat, nullo modo esse potest, nec initium sine ea capere potest, et verba hujus stipulationis prætoriæ referuntur ad obligationem civilem, *quod mihi ex testamento dari fierive oportet. oportebit.* Opligatio enim ex testamento est civilis, id est, ex 12. tab. Cum ergo non sit obligatio civilis in casu proposito, nec sit persona quæ civiliter debeat, sequitur fidejussorem interim non teneri: *faut attendre qu' il y aye un principal*, captivi persona nulla est cum servus sit hostium, servi nulla est persona. Persona est civile nomen, et servus non est civis. Homo est naturale nomen, servus est homo, non persona: denique servus non obligatur civiliter, *l. servis, de ob. et act. l. in personam de reg. jur.* Hærede reverso ab hostibus tum demum fidejussor conveniri potest, quia jam extitit persona principalis, quæ legatum debeat si legati conditio extiterit: et hæc est sincera ac vera interpretatio hujus legis, sive explanatio quæstionis primæ propositæ in hac lege. In contextu illo loco, *proposita stipulatione*, scio Pap. scripsisse, *prætoria*, non *proposita*, et simili errore in *l. 3.* §. *quamvis, si qui plus quam per l. Falc.* in illo loco, *quod præterea cautionis*, legendum, *quod prætoriæ cautionis*, etiam hærede postea capto ab hostibus, si ante captivitatem legati extitisset conditio, fidejussor proculdubio tenetur: hæc igitur talia sunt Papin. verba, *postquam*, etc. quia hæres legatum debere cœpit, et captivitate obligatio non perimitur, *l. hactenus de const. pec.* Rursus si post mortem hæredis, qui satisdederat, extiterit conditio legati, fidejussor tenebitur, non quidem ante aditam hæreditatem hæredis, quia etsi obligatio, quæ jam cœpit in persona aliqua consistere possit postea sine persona, etiamsi nullus appareat postea, qui debeat ut si mortuus sit debitor, et hæreditas ejus nondum adita sit, non apparet debitor, apparet tamen obligatio, *d. l. hactenus*, quæ jam cœperat in personam: tamen obligatio exordium capere non potest sine persona: perseverare potest, etiamsi non perduret persona, sed hoc casu fidejussor tenebitur post aditam hæreditatem hæredis vita defuncti, antequam existeret conditio, quia

hæres, a quo legatum relictum est sub conditione, si moriatur pendente conditione, hæredem suum qui adierit obligatum reliquit, *l. legato, sub cond. de cond. et dem.* Aliter legatarius, cui legatum relictum est sub conditione, qui si moriatur pendente conditione, hæredi suo nihil relinquit, quia legatum conditionale non transmittitur in hæredem, *l. 1. §. si quis sub cond. hoc t.* Ubi quod notant esse mendum in Pand. Flor. non est mendum, illo loco, *quia nec legatum non transmittitur.* Sunt enim duæ negationes pro una, quod est frequens in his libris, et aliis auctoribus, *l. 6. de extraord. criminibus. Ne ab his, qui supprimunt coemptas merces ne annona oneretur, et l. cum autem, §. 1. de ædil. ed nihil amplius consequatur, quam non haberet*, et illo loco Terent. *faciunt ne intelligendo, ut nihil intelligant.* Et ad secundam quæstionem ad quam male Accurs. addit, hanc rationem, cur fidejussori interim non teneatur, *quia*, inquit, *extincta obligatione principali tollitur fidejussoria:* male, quia nec hæc fuit extincta, quæ nec dum cœpit, et quæ si cœpisset nec captivitate extingueretur, *d. l. hactenus.* Et subjicit etiam male, *quia exceptio, quæ reo competit et fidejuss. prodest*: nam hic nulla competit exceptio personæ non obligatæ, nondum est reus principalis quisquam. Et hoc cum ita sit, male adfert legem *si decesserit, qui satisd. cog.* ut ex ea efficiat, quod tamen est per se verum, exceptionem reo competentem fidejussori prodesse, veluti exceptionem transactionis, *l. fidejussores 68. §. ult. de fidejuss. l. exceptiones, de except. §. exceptiones, Inst. de repl.* Verum hoc non vult lex *si decesserit*, sed hoc tantum, mortuo reo ante moram, id est, ante diem quo sistere debuit, qui satisdederat judicio sisti, fidejussorem liberari: cur liberatur? an quia exceptio reo competit? minime: sed quia impossibilium nulla est obligatio: impossibile enim est hominem mortuum sisti: frustra etiam in hoc proposito ponit, exceptionem rei prodesse fidejussori liberato reo exceptionis jure, et jure eodem liberari fidejussorem. Huic tamen sententiæ objicit legem 1. *C. de fidejuss.* ex qua colligitur, liberato reo non liberari fidejussorem, quod contingit sæpe, puta reo morte liberato, sive mors sit naturalis sive civilis: civilis mors est deportatio, publicatio bonorum: cui adempta sunt et publicata sua omnia, pro mortuo habetur: cui publicata est pars, pro semimortuo. Igitur ipse quidem liberatur, sed fidejussor non liberatur, qui utique adhibetur hac providentia sive contemplatione, ut sive reus moriatur morte sua, sive confiscetur, sit creditori, a quo suum servare possit lapso reo facultatibus: sed, ut dixi, nihil attinet hoc loco de hac re disputare, puta in hac specie, non liberatur reus, cum nondum sit ullus reus: et fidejussor non tenetur, non quia sit liberatus reus, sed quia nullus adhuc est reus.

Ad §. 1. Imperator.

Imperator Marc. Antoninus Julio Balbo rescripsit, eum a quo res fideicommissæ petebantur, cum appellasset, cavere; vel si caveat adversarius, transferri possessionem debere. Recte placuit Principi post provocationem quoque fideicommissi cautionem interponi. Quod enim ante sententiam, si petitionis dies moraretur, fieri debuit: amitti post victoriam dilata petitione non oportuit. Sed quare non caverat de fideicommisso, qui provocaverit, si caveret adversarius, ad eum possessionem esse transferendam rescripsit: cum alia sit edicti conditio: non enim exigitur a legatario vice mutua cautum: sed vicaria custodiæ gratia possessio datur: et qui obtinuit, in possessionem per prætorem aut præsidem inducitur: sed prætor quidem in omnium rerum possessione quæ in causa hæreditaria permanent, omnimodo fideicommissi servandi gratia esse permittit. Princeps autem earum rerum nomine, de quibus fuerat judicatum, mutuas admisit cautiones. Sicuti cum de bonis suis conferendis filius accepta possessione cavere non potest: quia denegamus ei actiones: defertur conditio cavendi fratribus ex forma jurisdictionis, quod ex portione fratris fuerint consecuti, cum bona propria conferre cœperit, se restituturos: sed si nec ipsi cavere possint, utiliter probatum est, virum bonum ab utraque parte eligendum, apud quem ut sequestrem fructus deponantur, quique utiles actiones a prætore datas exerceat: possessio autem ex rescripto supra relato, non aliter ad eum, qui fideicommissum petit, transfertur, quam si caverit: tametsi maxime adversarius non per inopiam, sed per contumaciam cavere voluerit, sed si is, qui vivit, non possit cavere, vel res deponenda, vel jurisdictio restituenda erit.

Sequitur in §. 1. *rescriptum M. Antonini.* Ut ejus quæstio intelligatur, quæram statim an hæc cautio, de qua agimus, præstetur et exigatur post litem de legato contestatam actione ex testamento, idest, si jam cœperit legatarius petere legata actione ex testamento. Qua de re ausim ita constituere, exemplo aliarum stipulationum prætoriarum, quæ interponuntur ante litem contestatam, non post, veluti, *judicatum solvi, judicio sisti, rem ratam haberi* et hanc stipulationem legatorum interponi ante litem contestatam. Et ita secundum scripturam Pandect. Flor. *l. 1. §. plane si quis, hoc tit.* perspicue traditur. Si omissa stipulatione prætoria de legato legatarius litem contestatus est actio-

ne ex testamento, cessare hanc stipulationem. Cur ita? quia videtur legatarius elegisse diem consequendi legati, et contempsisse remedium stipulationis: et quia, ut est in *l.* 5. *tit. seq.* de legato ante potest constare, quam de satisdatione, id est, de legato, de quo litem contestatus est constare potest ante, fierique judicium, quam satisdatio excuti, probari, præstarique possit: non desiderabit igitur cautionem, qui elegit actionem ex testamento et litem contestatus est. In aliis libris legitur in *d.* §. *plane nec cessare.* Sed major est fides Florentinorum. Neque moveor eo, quod dicitur etiam de legato puro, et præsenti caveri: nam et caveri dicam, antequam de eo legato lis contestetur, *l. etiam, hoc tit.* Non moveor etiam eo, quod dicitur in *h.* §. ante sententiam hanc cautionem exigi. Nam subjicitur, *si petitionis dies moraretur*, id est, si nondum peti legatum potest, si lis de legato nondum contestari potest. Ergo ante sententiam, et ante litem, non post litem contestatam. Non moveor etiam eo, quod dicitur in *d.* §. 1. etiam post condemnationem hæredis, cum quo egerat legatarius ex testamento, hanc cautionem exigi. Si post condemnationem, cur non etiam post litem contestatam? Nam, ut respondeam, ita demum post litem contestatam, imo post condemnationem hæc cautio exigitur, si hæres, qui condemnatus est, appellaverit, quæ appellatio extinguit superius judicatum: ne dicas suspendit, imo extinguit, *l.* §. *ult. ad Turpillian.* Quod evidenter apparet ex eo, quod si quis judicio famoso sit condemnatus, veluti furti, et appellaverit, et non sit visa appellatio justa; *si la primiere sentence a esté confirmée* hodie fit infamis, non retro, quia prior condemnatio fuit extincta appellatione, *l. furti*, §. 1. *de his, qui not. infam.* Sic igitur post condemnationem hæredis, si appellaverit hæres, extinguitur judicatum, et ideo, antequam lis nova ex causa appellationis contestetur, recte hæc stipulatio exigitur, quandoquidem exigitur ante litem contestatam. Sed et hoc casu, cum post condemnationem exigitur, non exigitur ex edicto prætoris, sed rescripto Antonini, quod proponitur in hoc §. inter quæ est magna differentia. Primum enim, ubi ex edicto non cavetur legatariis, legatarii mittuntur in possessionem omnium rerum, quæ sunt in causa hæreditaria, sui legati conservandi causa, *l.* 1. *quib. ex causis in possess. eat.* Ubi autem post condemnationem et appellationem hæredis non cavetur, ex rescripto Antonini legatarii mittuntur tantum in possessionem rerum legatarum, de quibus judicatum est. Et ita demum legatarius mittitur in possessionem, non cavente hærede condemnato, si sit paratus ipse cavere hæredi, de conservanda re legata, in quam mittitur, et restituenda hæredi, si forte vicerit hæres in judicio appellationis, quæ est secunda differentia. Ex edicto autem legatarius cum mittitur in possessionem, nihil cavet hæredi: denique ex rescripto Antonini, ut loquitur Papin. in *hoc* §. 1. mutuæ cautiones exiguntur, *nam ex edicto, et mutuæ cautiones*, id est, recurrentes, commeantes ab uno ad alium, non quod alter alteri simul caveat: sed quod hærede non cavente caveat legatarius, si velit mitti in possessionem rei legatæ, et ita oportet vel hæredem cavere legatario et non mitti legatarium in possessionem bonorum, vel legatarium cavere hæredi et mitti. Est et differentia tertia, quod ex rescripto Antonini legatarius, cui non cavet hæres post condemnationem, missus in possessionem rei legatæ, solus possidet rem legatam. Ex edicto autem legatarius missus in possessionem non possidet solus, sed simul cum hærede. Et ut eleganter ait Papinianus, *vicaria possessio datur legatario custodiæ gratia: vicaria* dicta ex eo, quod sit vice cautionis, quam hæres præstare detrectat, ut *l. si finita*, §. *si quis damni, de dam. infec. et custodiæ gratia*, quod custodia legatario detur rerum hæreditariarum potius, quam possessio, ut saltem tædio custodiæ extorqueat hæredi cautionem prætoriam legati servandi causa, *l.* 5. §. *ult. l.* 10. *de adquir. poss. et l. cum legati quibus ex causis in poss. eat. l.* 5. *tit. seq.* In summa, multum interest, caveatur ex edicto, an ex rescripto Antonini: multum interest exigatur cautio ante litem de legato contestatam priori judicio, an posteriore judicio appellationis; sed utrobique exigitur ante litem contestatam. Et sic ordo, qui demonstratus est ex eo rescripto Antonini, confirmatur uno exemplo, de collatione bonorum: in hoc §. illo loco, *sed quare non caverat*, vulgo legitur, *caveat*, at ut ostendi jamdudum, legendum est, *sed quare non cavente*, hærede scil. nam hoc dicit, non cavente hærede, si caveat legatarius, in eum transferri possessionem. Etiam in illo loco *qui obtinuit*, idest, qui a prætore impetravit hanc satisdationem: est enim instar actionis, et petitur a prætore, sicut actio, non ipso jure ex edicto competit, et qui petit hanc stipulationem agit, *l. quib.* §. *ult. de verb. sign.* ut intelligatur, an apte cohæreant his, quæ diximus heri, ex his quædam restruere et sensum construere sive copulare necesse est. Si omissa stipulatione legatarius de legato litem contestatus sit, et condemnaverit hæredem, appellaverit hæres: Imperatori M. Antonino æquum visum est, antequam lis denuo contestetur, cautionem interponi fideicomissi servandi causa, si hoc desideravit legatarius, qui vicit: nam si ex edicto ante condemnationem hæredis mora petitioni sit interjecta, vel ex die, vel ex conditione, hæc cautio inter-

poni debet, et multo magis post condemnationem hæredis, dilata petitione per appellationem antequam causa appellationis agatur et contestetur. Sed multum interest inter edictum prætoris et constitutionem Marci Antonini. Nam ante condemnationem, et litis contestationem cautio ex edicto præstatur, et non cavente hærede legatarius mittitur in possessionem omnium rerum hæreditariarum, quasi custos rerum, hærede nihilominus manente in possessione earum rerum, et nulla ab eo hæredi vice mutua præstatur cautio. Quid enim opus est hæredi caveri manenti in possessione hæreditatis? Post condemnationem vero, et appellationem hæredis cautio ex const. M. Antonini interponitur, et hærede non cavente, legatarius mittitur in possessionem rei legatæ, ut solus eam rem habeat, et possideat, ut sit possessor, non custos, hæredi ablata possessione, si modo caverit hæredi, de ea re conservanda, et restituenda, si secundum hæredem pronunciatum sit. Et ut ostenditur in extremo hujus §. hanc utique cautionem debet hæredi cavere legatarius, non tantum si hæres per inopiam, quæ neminem non eximit hominum gratia, cavere non possit, sed etiamsi per contumaciam cavere nolit, quod sit inops tum pecuniæ, tum gratiæ, etiam contumaci cavetur ex fine ejus §. Porro hunc ordinem juris, ut exigatur cautio a reo, et si nolit cavere, ut transferatur possessio rei controversæ in petitorem, qui modo idem cavere paratus sit, qui quam reus detractat, ipse ultro subeat cautionem, hunc inquam, ordinem, et in aliis causis servari, propter exemplum, de collatione bonorum Pap. in hoc §. ostendit: filius defuncti emancipatus, patre defuncto, non admittitur una cum fratre, qui mansit in patria potestate, ad bonorum possessionem contra tab. nisi conferat in commune bona propria, quæ post emancipationem acquisivit, quia jus filii vult habere, qui vult participes fieri bonorum paternorum: filii autem quæ sunt, patris sunt: bona igitur propria, quasi paterna debet conferre, quod fit non tantum re ipsa, id est, divisione propriorum bonorum habita cum fratre, sed etiam cautione ex edicto prætoris, si caveat, se bona propria cum fratre divisurum. Collatio fit cautione aut divisione, vel si tanto minus pro rata ferat ex bonis paternis: quod si nullo modo conferat emancipatus, si neque dividat, neque caveat, denegantur ei actiones, etiamsi bonorum possessionem acceperit, quasi acceperit sine re, sine effectu, actiones possessoriæ vel hæreditariæ, quæ in possessorem bonorum dantur: vel hæreditario jure efficiunt, ut hæres nisi caverit legatario, nihil ex bonis paternis judicio fam. ercisc. consequi possit, sed portio ejus, quam habiturus erat, si contulisset, transfertur ad fratrem, qui fuit in potestate; si modo caveat emancipato, ut formulam concipit Papin. hoc loco. Sunt enim verba formulæ, quam suus in quem transfertur portio emancipati præstat emancipato: *quod ex portione fratris fuerit consecutus, cum bona propria conferre frater cœperit, se restituturum:* et cavere utique debet suus, in quem transfertur portio emancipati indistincte, sive per inopiam non caveat emancipato, sive per contumaciam: ut in proposita specie, de stipulatione legatorum, nihil interest, hæres inops sit, an contumax. Et male Accurs. sentit hac in re, esse differentiam inter hunc casum de satisdatione legatorum, et illum de collatione bonorum, et movetur leviter verbo, *non potest:* nam in consuetudine, et non posse dicitur, qui non vult, et contra non velle, qui non potest: et ita nullo constituto inter hos casus discrimine, sicut mitius agitur cum filio emancipato, qui per inopiam vel contumaciam cavere non potest, veluti non continuo translata portione ejus in fratrem, non temere et quandoque non in totum denegatis actionib. possessoris, ut *l.* 1. §. *si frater*, et §. *si duobus*, *et l.* 1. §. *ult. de coll. bon.* ita meo judicio æquum est, etiam mitius agi cum hærede, qui per inopiam cavere non potest de legato, non facta translatione possessionis protinus in legatarium, sed suspensa ea, donec diligentius quærat fidejussorem. Quid autem fiet illo casu de collatione bonorum, si neque suus neque emancipatus cavere velit, aut possit? Et sane existimo possessionem remanere penes eum, penes quem est, et vindicias dari possessori: unumquemque frui sua possessione, quam accepit, contra tab. vel unde liberi, quia in pari causa melior est possessor. Sed ut Papin. ostendit hoc loco, ab utroque fratre est eligendus sequester vir bonus, apud quem fructus prædiorum deponantur, quique medio tempore exerceat actiones hæreditarias utiles pro portione emancipati, donec caverit. Et ita in stipulatione de legatis etiam comprehensa rescripto D. M. Ant. si neque hæres cavere velit, qui victus est, neque legatarius qui vicit, ut Papin. ait, res legata est deponenda apud sequestrum: res sc. mobilis, quæ legato continetur: nam rerum immobilium sequestratio nunquam fit, res enim mobiles facile interverti et corrumpi possunt: et consequenter sequestratio fit fructuum ex prædiis perceptorum, quia facile interverti possunt: et generaliter post condemnationem et appellationem possessoris, si non caveat, fructus rei controversæ deponuntur apud sequestrum, *l. ab executione, C. quor. appell. non recip.* Et interdum post condemnationem petitoris, si possessor depopuletur fructus, *l. Imper.* §. *ult. de appell.* Sequestratio etiam fit rerum se moventum, etiam liberarum per-

sonarum, quia et hæ plagio interverti possunt, *l.* 1. §. *in hoc interdicto, de liber. exhib. et cap. cum locum, de sponsal.* Sequestratio non fit rerum immobilium, sicut nec furtum. Sequestratio etiam non fit pecuniæ, id est, quantitatis nummariæ, *tit. C. de prohib. sequestr. pec.* quia quantitas interverti non potest. Est enim genus, et generis nullum subest corpus: incorporalia interverti non possunt. Igitur nec cavente hærede, nec legatario, possessio quidem immota manet rei immobilis, sed fructus sequestro deponuntur, vel res ipsa sequestro deponenda est, videlicet si sit mobilis: vel, inquit Papin. *jurisdictio restituenda est*, ubi etiam adde, maxime, si res sit immobilis, id est, ex forma jurisdictionis et hujus edicti, quod hoc titulo proponitur. Omisso remedio constitutionis Marci, legatarius est mittendus in possessionem omnium rerum hærditariarum custodiæ gratia, ut simul possideat eas res cum hærede. *Jurisdictio* igitur *restituenda est*, id est: regrediemur ad edictum nullo cavente, et quasi cessante constitutione. Et ita duob. locis in hoc §. *jurisdictio* est prætoris edictum, ut *l. quamvis, de pos ul. l. certa, C. ut in poss. legat.* Et inde jurisdictio nonnunquam, id est, prætura, et separatur a consulatu. Capitol. in Gordianis, *præturam nobilem iuit, post jurisdictionem consulatum iniit*, id est, post præturam. Huic exemplo addi oportet aliud simile. Is a quo petitur hæreditas, vel quæ alia res, cavere debet, si hoc desideraverit petitor, de ea re conservanda, vel si cavere nolit, possessio transfertur in petitorem, qui modo idem cavere paratus sit, *l. de bonis, §. ult. de Carb. edic. l. 5. de pet. hæred. l. ex libero, §. ult. de quæst. l. 1. C. ubi poss. et Paulus* 1. *sent. tit.* 11. Atque ita reus, qui cavere non vult, ex reo fit actor: hæc est pœna non caventis: ex possessore fit non possessor, ut *l. si priusquam, de oper. novi nunt. l. 45. de dam. infec.* quia possessio transfertur in actorem, si actor caveat: neutro cavente, possessio manet penes possessorem, quia in pari causa est potior, qui possidet. Sed his casibus, æquum est, fructus perceptos deponi in sequestro, ἐν μεσιτείᾳ.

Ad §. Si dies.

Si dies aut conditio legati, fideicommissi petitionem actionemve differre dicatur, et ideo satisdatio desideretur, hæres autem per calumniam postulari contendat, et relictum neget: non aliter audiendus erit qui cavere postulat, quam si scripturam, qua relictum adfirmet, exhibuerit.

Satisdatio legatorum præstatur ante litem de legato contestatam actione ex testamento, non post litem contestatam. Summa superiorum, et verissima sententia hæc est, et nova tamen, si spectes scripta doctorum. Post condemnationem autem si omissa sit satisdatio priore judicio, antequam lis denuo contestetur posteriore judicio: prius enim appellatio extinxit, eandem cautionem interponi, vel ex constitutione Marci, ita ut non cavente hærede legatarius mittatur in possessionem rei legatæ, et eam solus possideat expulso hærede, eique præstita cautione de ea restituenda, si forte obtinuerit in judicio appellationis: vel post condemnationem et appellationem hæredis eandem cautionem interponi ex edicto prætoris: neutro cavente, ut legatarius simul possideat bona hæredis omnia quasi custos magis quam possessor: atque ita post condemnationem, vel appellationem hæredis, nos sequi ordinem constitutionis Marci, vel si nemo cavere velit, servari ordinem jurisdictionis, id est, edicti, restitui edictum sive jurisdictionem, cessante remedio constitutionis novæ. Restant ex eodem libro tres quæstiones pertinentes ad eandem cautionem, quarum prima est in §. *pen.* secunda in §. *ult.* tertia in *l. 4. tit. seq.* ex eod. lib. Pap. Prima quæst. hæc est: *An hæc cautio sit præstanda, si dicatur peti per calumniam*, id est, *vexandi tantum hæredis gratia, eum petenti cautionem nihil sit relictum, vel non ea res.* Ergo hodie a quo satis petitur contendente per calumniam satis peti, non aliter audiendus est legatarius, quam si proferat tabulas testamenti, vel codicillos, quib. probet sibi relictum, atque ita probatio exigitur, antequam peti possit legatum, quia constare utcumque de legato debet, priusquam satisdatione oneretur hæres: constare, inquam, non actione de legato, quia nondum competit, sed prætoris aut præsidis cognitione summaria, quia summatim cognoscet, an sit relictum legatum, an debeatur, an conditio legati defecerit: nam conditio quæ semel defecit, non restituitur, *l. quidam, et l. rogo, de fid. libert. l. pater. §. ult. de cond. et demonst.* Et hoc *l.* 2. §. 1. *tit. seq.* ait, esse communes omnium satisdationem prætoriarum, et confirmat *l.* 1. §. *ult. de præt. stip.* ut si per calumniam peti dicantur ab eo, a quo petuntur, summatim explorat prætor vel præses, an causa, quæ prætenditur petendæ satisdationis ulla subsit: quia si non subsit, iniquum est, hæredem onerari supervacua cautione, *d. l.* 5. §. 1. *l.* 1. §. *pen. eod. tit. l. hæc stipulatio, §. ult. h. l.* Quibus tribus locis rescriptum D. Pii in hanc rem adducitur, et licet exemplum sumere *d. l.* 1. §. 1. *t. seq.* Si solutum sit legatum ante repræsentationem constat non deberi. Igitur hoc casu non admittet prætor petitionem cautionis. Licet aliud exemplum sumere ex *d. l.* 1. §. *ult. t. seq.* Si certum si hæredem institutum repudiasse vel omisisse hæredi-

tatem, vel se abstinuisse, frustra exigitur hæc cautio, nisi ab intestato legatum relictum sit, *l. eam quam, C. de fideicom.* quia repudiatione vel omissione irrita fiunt legata, irrita fit omnis scriptura testamenti. Et notandum etiam ex eo §. abstentione etiam vim testamenti dissolvi, licet hæres institutus retineat nomen hæredis, sed nudum, inane, sine re, quandoquidem se abstinuit ultro: abstentio jure prætorio tantum potest, quantum repudiatio jure civili, *l. pro hærede, §. pen. de adq. hæred. l. nam nec, de leg.* 1. Utroque genere irritum fit totum testamentum. Illud etiam notandum, si certum sit hæredem nondum adiisse, qui potest adire, sed consultat forte, cautionem nondum exigi, sed sustineri, donec adeat: Et ita accipienda *l.* 2. *t. seq.* Sed si dubium et incertum sit, an adeat qui forte est institutus sub conditione, et ante conditionem decernere nihil potest, si defecerit conditio, non poterit adire, si extiterit forte, adibit. Si igitur ob conditionem adscriptam institutioni incertum sit, an adeatur hæreditas, quod deficiente conditione corruat omne testamentum, si sit hæres ex asse, interim a prætore cautio peti potest, sed nemo eam præstabit: impetrabitur, sed nullus existet, qui interpellari possit, et consequenter ea impetrata a prætore legatarius mittetur in possessionem hæreditatis quasi nemine cavente, *l.* 1. *§. ult. t. seq.* quia ut est in ead. l. §. *non exigit*, ut legatarius mittatur in possessionem: non exigimus, ut stet per hæredem, quo minus caveat, sane et si per legatarium non stet, quo minus ei caveatur: petitur igitur hæc satisdatio, quasi tamen nullus sit, cum quo agatur, et quasi non existente reo ullo, sequitur missio in possessionem. Etiam illud notandum, si prætori videatur, cum calumniose dicitur satis peti, res esse obscurior quam ut summatim decerni possit, satis esse si legatarius juraverit, se non calumniæ causa dolo malo cautionem supervacuam postulare, ut fit in specie *l. prætor ait, in pr. et l. qui bona, §. qui damni, et §. si quis stipulaturus, de dam. infec.* Ubi poterit summatim de ea re cognoscere prætor, aut præses cognoscet, et vel dabit vel negabit cautionem re summatim cognita per judicem, per annotationem: translatione deducta a computatione rationum, quod vel fit summatim vel minutatim. Et hæc cognitio summaria non habet vim rei judicatæ, nec facit præjudicium actioni de legato, quæ post competierit, ut in *l. a D. Pio, §. si rerum, de re judic. et Nov.* 53. Si modo in ea παχυμερῶς, *summatim* interpretemur, *par provision.* Neque est existimandum, idem esse de plano et summatim: quod fit de plano, id fit passim, ubique, cœnando, ambulando, luendo: cognitio, quæ fit summatim, fit pro tribunali, *l'on abuze de ces mots, sommairement, et de plain.*

Ad §. cum quærebatur.

Cum quærebatur, ubi fideicommissi servandi causa caveri oporteat, Imperator Titus Antoninus rescripsit, si domicilium Romæ non haberet hæres, et omnis hæreditas in provincia esset, ad satisdationem fideicommissi nomine in provincia fideicommissarium remittendum esse. Quare si hæres in eum locum cavendi gratia remitti desideret, ubi domicilium habet, legatarius autem ibi caveri postulet, ubi est hæreditas, non erit hæres remittendus, idque Imperator Titius Antoninus rescripsit.

§. 4. *Quibus literis adjectum; et si bona jam distracta sunt, vel testatoris permissu, vel concedente legatario pretium eorum fideicommissi servandi causa in deposito habendum.*

Plus curæ exigit sequentis legis quæstio, sed contenta erit paucioribus verbis. Quæritur quo loco sit præstanda hæc cautio? et præstandam dico, ubi et legatum peti potest, aut poterit. Peti autem potest tribus locis, vel ubi est omnis hæreditas, aut major pars, vel ubi hæres domicilium habet, vel ubi est res legata, non aliis locis, nisi aliud voluerit testator, vel aliud convenerit inter hæredem et legatarium: *l. un. C. ubi fid. peti op. l. si fideic. in pr. et §. pen. l. sed etsi suscepit, §. ult. de jud.* Est in arbitrio legatarii, quo loco malit petere, nec si petat, ubi res est legata, vel ubi hæres domicilium habet, remittere hæredem oportet, ubi est hæreditas. Et e contrario, si petat ubi est hæreditas, non est remittendus ubi res est, vel ubi hæres domicilium habet. Et similiter satisdatio legatorum his trib. locis petitur et si uno agatur, non remittitur hæres in alium locum: et hoc frustra postulaverit hæres, ut si petatur cautio ubi est hæreditas, remittatur in locum domicilii sui, vel si cautio petatur, ubi est domicilium, etiamsi ibi nulla sit res hæreditaria, remittatur hæres cavendi causa in locum, ubi est hæreditas, *d. l. sed etsi suscepit §. ult.* Neque dicas hoc hæredi esse fraudi: nam quid veretur hæres si petatur cautio alibi, quam ubi est hæreditas? cum pœna non caventis hæc tantum sit, ut legatarius mittatur in possessionem rerum hæreditariarum, si eo loci nullæ sint res hæreditariæ. Itaque legatarius sibi imputare debet, qui petit cautionem eo loco, quæ si non præstetur, non potest mitti in possessionem rerum hæreditariarum, cum nihil sit ibi hæreditarium, nam præses, qui uno loco cavere jubet, si ei non pareatur, non potest mittere in possessionem earum reum, quæ sunt in alia pro-

vincia, *l. cum unius*, §. *ult. de reb. auct. jud. l. a D. Pio*, *de re judic.* Ceterum extra hæc tria loca si petitur, obstat præscriptio fori, et fit remissio, *renvoy*, ut si ab hærede hæc cautio petatur Romæ, ubi domicilium non habet, vel ubi non est res legata, remittetur hæres in provinciam, ubi est hæreditas: sed etsi petatur in provincia ubi est hæreditas, aut major pars, remittetur hæres in ejusdem provinciæ civitatem suam, si hoc desideraverit, in municipium suum, quia est necessaria satisdatio. Hæc est ratio legis *de die*, §. *tutor*, *et* §. *seq. qui satis. cog.* Sane satisdatio legatorum est necessaria, quia injungitur edicto prætoris, quamvis non sit semper necessaria, si constet legatum non deberi, si constet de calumniosa petitione: hæc igitur cautio necessaria est, *l.* 6. *hoc t.* et inde in *l.* 6. *h. t. Si necessitas dandi intercedat*, ubi *dandi*, est, *satisdandi*, ut in *l.* 43. §. 1. *de procur.* Cum igitur sit necessaria, hæres, qui facile non potest cavere ubi petitur, quamvis is locus non sit incongruus, juste desiderat se remitti in ejusdem provinciæ civitatem suam, domicilium, municipium suum, ubi facilius inveniat fidejussores: sunt enim inventu difficiles. Et hæc constituitur differentia inter satisdationem voluntariam et necessariam in *l. si fidejussor*, §. *pen. qui satisd. cogant.* Nam si sit voluntaria et conventionalis, promissor non remittitur in alium locum: nec enim id meretur, qui ipse sibi necessitatem satisdationis imposuit. Intelligimus satis, quo loco sit præstanda hæc cautio: quam in rem vocat in testimonium Papin. rescriptum D. Pii, et addit, ex eodem rescripto, quod ad eandem materiam pertinet, non ad eandem quæstionem, rebus hæreditariis distractis, puta permissu testatoris vel legatarii, hoc quoque casu non esse necessariam satisdationem: quia frustra exigitur satisdatio, quam (si non præstatur) non potest sequi missio in res hæreditarias, quæ non potest sequi, si distractæ sunt permissu testatoris vel legatarii: igitur cessabit edictum prætoris. Sed ex eo rescripto pretium redactum, id est, corpus nummorum ex venditione bonorum hæreditariorum redactum, deponendum erit apud sequestrum, ut res sit salva legatario cum dies legati venerit aut conditio extiterit: deficiente remedio edicti prætoris, vel remedio constitutionis sive rescripti D. Pii itur ad sequestrum, hoc extremum remedium servandi legati, vel fideicommissi.

Ad L. IV. Ut in poss. leg.

Plane si nova causa allegetur, veluti quod fidejussor decesserit, aut etiam rem familiarem inopinato fortunæ impetu amiserit: æquum erit præstari cautionem.

Quæritur tertio loco, *an hæc cautio sæpius sit præstanda?* forte si prior cautio non duret, ut fit sæpe mortuo fidejussore sine hærede ullo, vel collapso facultatibus, redacto ad incitas: commune esse diximus omnium satisdationum prætoriarum, ut si per calumniam petantur, ea de re cognoscat prætor, vel præses summatim. Commune etiam est, ut et procuratoribus præstentur et assumatur eorum nomen quorum interest, *l.* 5. *de præt. stip. l.* 1. §. *non solum*, *sup. tit. prox.* Commune etiam hoc tertium est, ut præstentur sæpius, si quæ datæ sunt, non durent, veluti fidejussoribus redactis ad inopiam, videlicet si stipulatoris culpa non desierit esse cautum, ut si vel initio acceperat minus idoneos fidejussores, vel sciens dissolutos homines, vel prodigos, ut in *l.* 5. §. *ult. hoc t.* Sed si casu quodam desierit esse cautum, ut idem Papin. ait, si decesserit fidejussor sine successore, vel si impetu quodam fortunæ rem familiarem amiserit, æquum erit iterum legatario caveri, *l.* 4. *de præt. stipul.* cum qua conjungenda est lex 12. *qui satisd. cogant.* quæ ex eodem est lib. 28. Papin. in qua Paulus idem probat.

Ad L. XCV. de Solut.

Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim, dare spondes? altero mortuo, qui vivit solus petetur, nisi si mora facta sit in eo mortuo, quem petitor elegit: tunc enim perinde solus ille, qui decessit, præbetur, ac si solus in obligationem deductus fuisset.

§. 1. *Quod si promissoris fuerit electio, defuncto altero, qui superest æque peti poterit. Enim vero si facto debitoris alter sit mortuus, cum debitoris esset electio, quamvis interim non alius peti possit, quam qui solvi etiam potest, neque defuncti offerri æstimatio potest si forte longe sit vilior, quoniam id pro petitore in pœnam promissoris constitutum est: tamen si et alter servus postea sine culpa debitoris moriatur, nullo modo ex stipulatu agi poterit, cum illo in tempore quo moriebatur, non commiserit stipulationem. Sane quoniam impunita non debent esse admissa, doli actio non immerito desiderabitur, aliter quam in persona fidejussoris, qui promissum hominem interficit, quia tenetur ex stipulatu actione fidejussor, quemadmodum tenebatur, si debitor sine hærede decessisset.*

In l. hac multa de stipulationibus voluntariis, quæ ex conventione rerum fiunt, aguntur indiscriminatim, quæ plurimum laboris exigunt: et prima quæstio est de stipulatione ita concepta, *Stichum aut Pamphilum dare spondes?* Ex qua est quidem uterque homo in obligatione; ergo et in pe-

tionc: sed ita vel in obligatione vel in petitione, ut est in ipso contractu, in ipsa formula stipulationis. Nec enim aliter debentur, aut petuntur recte, quam sunt deducti in stipulationem. Igitur ut sunt positi in stipulatione ambo, ita sunt ambo in obligatione, vel petitione: sed alter tantum est in solutione, *l. si duo rei*, *de verborum obligat.* puta is, quem elegerit promissor, quem dixerit se dare velle, videlicet si in stipulatione de electione nihil sit adjectum. Nam in eo genere stipulationis electio est promissoris, utrum præstet, utrum det: vel si adjectum sit in stipulatione, ut is daretur quem vellet stipulator, ut proponitur initio hujus l. *Stichum aut Pamphilum, utrum ego velim dare spondes?* electio est stipulatoris, et is quem elegerit, est in obligatione, et in petitione, et solutione, *l. si quis stipulatus sit. Stichum aut Pamphilum*, *de verborum obligat.* Ergo aut electio est promissoris, aut stipulatoris: si stipulator sibi electionem receperit, mortuo altero extinguitur electio, et is solus, qui vivit, est in obligatione et petitione, si ille mortuus sit ante moram et culpam promissoris: nam si post moram promissoris mortuus sit is, quem elegerat stipulator: nec enim potest mora fieri, antequam elegerit aliquem stipulator; eo casu electio stipulatoris non ideo perit, quod supersit tantum alter: nam vel is præstatur qui superest, si eum maluerit stipulator, vel is qui mortuus est, quem elegerat stipulator: *præbetur*, inquit Papin. id est, æstimatio ejus præbetur, si forte longe majoris pretii fuerit, quam superstes. In pœnam promissoris hoc est constitutum, ut possit eligere stipulator pretium mortui, qui longe fuit altero pretiosior, atque ita ad coercendam moram promissoris, electio durat etiam post mortem electi. Quod si electio fuerit promissoris, et de hoc casu incipit tractare in §. 1. et quæso attendite: mortuo altero, is qui superest, peti et solvi potest, scilicet, ut dictum est, in priori casu, nisi in eo, qui mortuus est, accipiendo jam stipulator moram fecerit: hoc enim casu promissor omnimodo liberatur, ac ne superstitem quidem debet, *l. stipulatus sum* 115. *de verb. obl.* Sed si stipulator moram non fecerit, debetur superstes, peti et solvi superstes potest, *l. si in emptione*, §. *pen. de cont. empt.* An solus debetur? an durat electio promissori, ut liberetur præstando æstimationem mortui, qui forte longe fuit vilior? Et verissimum est, integram esse electionem promissori, ut vel pretium mortui præstet, si sine culpa ejus mortuus sit. Et ita accipienda est *l. cum res.* §. *sed si Stichus*, *de leg.* 1. quam opponit Accur. Nam si culpa promissoris mortuus sit, exstinguitur electio, et is solus peti et solvi potest, qui vivit, et ita proponitur in §. 1. Neque obstat quod dictum est in principio *l. stipulatorem*, eum qui sibi recipit electionem, post moram promissoris mortuo altero, mortui pretium eligere posse, si forte fuerit pretiosior superstite: nam hoc ut respondet Papin. ita constitutum est pro stipulatore in pœnam promissoris, qui moram fecerat, ut in eo coerceatur mora. Electio igitur conservatur stipulatori etiam post mortem hominis electi, et in pœnam promissoris morosi et frustratoris: et vice versa, si electio fuit promissoris, jure stipulationis mortuo altero ei electio aufertur. Nam mortui æstimationem solvendo non liberatur, si forte longe vilior, sed necesse habet eum præstare, qui superest, perinde ac si solus deductus fuisset in stipulationem. Sed quod notandum, non habet etiam necesse, si hoc velit stipulator, mortui æstimationem præstare, qui forte longe fuit pretiosior, etiamsi ante moram culpa ejus interierit, quia stipulatori non fuit electio, et promissor poterit eum non dare. Quamobrem ita concludamus. In pœnam promissoris qui moram fecit, non transfertur electio a promissore, cujus erat electio in stipulatorem. In pœnam promissoris electio, quæ fuit stipulatoris, stipulatori conservatur etiam post mortem electi. Et tertia conclusio in pœnam promissoris, qui moram fecit, electio, quæ ejus fuit, ei aufertur mortuo altero, ita ut eum solum præstare possit, qui superest, nec potest cogi a stipulatore, ut præstet pretium mortui, quod longe fuit majus, ne præripiatur promissori electio, quæ ei competit conventionis sive stipulationis jure. Atque ita ex his intelligitur, cum est electio promissoris, multum interesse, alter servus moriatur culpa promissoris, an non; nam si sine culpa, etiam post mortem unius electio ei conservatur, si culpa, extinguitur, et solus qui superest, peti, ac solvi potest, neque defuncti offerri æstimatio potest, si longe fuit vilior, nec peti a stipulatore, si longe fuit pretiosior. Multum etiam alia in re interest, utrum alter servus mortuus sit culpa promissoris, an sine culpa: nam ut omnes casus, qui incidere possunt, comprehendamus, quod fiet quadripartito. Si sine culpa promissoris unus decesserit, deinde alter ante moram æque sine culpa promissoris, proculdubio omnimodo liberatur promissor. Hoc erit primum membrum. Sequitur aliud: si unus decesserit culpa promissoris, puta quod eum occiderit, deinde alter moriatur, sed sine culpa promissoris, non tenetur promissor actione ex stipulatu, ne in æstimationem quidem: quia posterior, qui mortuus est, in quo consistebat obligatio mortuus est antequam stipulationi locus esset, id est, ante moram et culpam promissoris: neque enim posterior culpa ejus interiit, sed tenetur actione

de dolo in id quod interest, ne impunita sit culpa, ne impunitus sit dolus. Cessat igitur actio ex stipulatu, ut nec possit peti pretium occisi, quia electio non est stipulatoris, neque electio mortui suo fato, quia sine culpa promissoris mortuus est, sed competit de dolo, quia ejus dolo sit factum ne prior servus quem occidit præstari possit. Sequitur tertium membrum: si uterque mortuus sit culpa promissoris, proculdubio competit actio ex stipulatu, quasi commissa stipulatione: quia secundum regulam juris, quotiescumque culpa intervenit promissoris vel mora; culpa ut si occiderit, mora ut si interpellatus congruo loco et tempore eum non solverit, sed ad judices provocaverit, obligatio solet perpetuari, produci, *l. si servum*, §. *sequitur, de verb. oblig.* Et similiter, qui est 4. casus: si prior servus decesserit sine culpa promissoris, et posterior, in quo solo consistebat obligatio, culpa promissoris interierit, æque tenetur actione ex stipulatu. Sed ut redeamus ad secundum casum, qui solus proponitur hoc §. 1. Si posterior servus sine culpa promissoris decesserit, cessat actio ex stipulatu, etiamsi prior culpa ejus decesserit. Sed tenetur actione de dolo in id quod interest, deficiente actione ex stipulatu. Ad eam quæstionem subjicit Papinian. aliud esse dicendum in persona fidejussoris. Docuit illo casu, quem jam exposui, promissorem non teneri ex stipulatu, sed de dolo. Docet vice versa, fidejussorem teneri ex stipulatu, non de dolo, ut sit differentia inter promissorem et fidejussorem: nam illo casu promissor tenetur de dolo, fidejussor ex stipulatu, ut si fidejussoris culpa homo interierit ante moram, quo genere liberatur promissor, qui vacat culpa et mora, fidejussor tamen tenetur ex stipulatu, non de dolo: nam quod consensum meretur omnium, ubi est alia actio, cessat famosa illa de dolo, ei tenetur fidejussor, qui hominem interfecit, utili actione ex stipulatu, in *l. mora*, *l. si pupill.* 127. *de verb. obl. l. mora*, §. *ult. de usur. l. cum quis*, §. *pen. de fidejuss.* Et tenetur utili ex stipulatu, id est restitutoria, vel ut Græcus interpres ait, actione in factum: omnis actio utilis est in factum, omnis actio restitutoria, quæ extincta fuerat, est utilis: nam competit directa ex stipulatu, quia ipso jure liberato reo, et ipse liberatus est, sed æquum non est, ut suo facto dolo malo liberetur ipse, ut dolo malo se ipsum liberet, interficiendo hominem promissum, quamquam contingat, ut promissorem liberet, ne ex dolo suo lucrum faciat. Ergo sublata principali obligatione, manet fidejussoria: denique tenetur hoc casu utili ex stipulatu: et tamen superiore casu promissor tenebatur de dolo voluit ostendere esse discrimen inter hos casus. Sed quod ait, fidejussorem non teneri de dolo, obstat *l. si fidejussor*, *de dolo*, quæ ponit eandem speciem, fidejussorem ante moram occidisse hominem promissum, et teneri de dolo, propterea quod non tenetur ex stipulatu, quod liberato reo, et ipse liberatus est. Respondeo hoc modo: fidejussorem, qui ante moram hominem promissum interfecit, non teneri de dolo in id quod interest, sicut reus, qui promiserat Stichum aut Pamphilum, et occiderat Stichum, altero postea mortuo sua morte tenetur de dolo in id quod interest, non ita et fidejussor tenetur de dolo in id quod interest, sed ut res vel actio, quæ periit stipulatori, restituatur mortuo homine ante moram: ut reponat se fidejussor in pristinam obligationem stipulati, qua liberatus est promissore liberato. Et ita per actionem de dolo hoc consequetur, ut sibi restituatur actio ex stipulatu in fidejussorem, quæ fuerat extincta. Restituitur inquam: utilis est ergo *ut d. l. mora*, *in fine*, *de usur.* vel si non patiatur restitui pristinam obligationem et actionem ex stipulatu, actione de dolo plane condemnabitur in id quod interest, sicut promissor. Atque ita si velis brevius respondere, dicito, fidejussorem teneri de dolo, et hoc verum esse, si recuset accipere judicium restitutorium ex stipulatu. Neque autem novum videri debet, ut liberato reo non omnino liberetur fidejussor: nam subjicit alium casum, quo idem contingit, si promissor sine hærede decesserit, et ob id creditores ex edicto bona ejus possederint, distraxerint, ut in *l. hæres*, §. *quod si stipulator*, *h. tit.* debitor liberatur, fidejussor obligatus manet, et tenetur actione utili ex stipulatu, quod significat Papinian. his verbis, *quemadmodum*, etc. est similis casus in *l. capitis*, et alius in *d. l. cum quis*, §. *pen. de fidejuss.* et alius in *l.* 1. *C. de fidejuss.* Quæ in §. 1. traditur differentia inter reum et fidejussorem, ut hic teneatur ex stipulatu, non de dolo; ille de dolo, non ex stipulatu, maxime velim vos animadvertere, eam non versari in ea specie: nam res omnis ita distinguenda est: vel Stichus est solus in obligatione deductus, vel Stichus aut Pamphilus sub distinctione. Si solus Stichus, et eum reus occiderit, tam fidejussor, quam reus tenetur directa ex stipulatu. Et culpa rei fidejussori nocet, quia in omnem casum intercessit, *l. mora, l. cum fidejussor in diem, de verbor. obl. l. si a colono*, §. *ult. de fidejuss.* Sin autem fidejussor eum occiderit, reus liberatur, nec culpa fidejussoris ei nocet: fidejussor tenetur utili ex stipulatu, nec necessaria est actio de dolo, nisi recuset accipere judicium ex stipulatu. Quod si Stichus aut Pamphilus disjunctim in obligationem deductus sit, et Stichum reus occiderit, deinde Pamphilus moriatur suo fato, reus neque directa, neque utili actione ex stipulatu tenetur: si de dolo

in ea non sit cautum, ut plerumque doli clausula adjicitur tantum in prætoriis stipulationibus et necessariis, non in voluntariis, et conventionalibus, sed reus tenetur de dolo, fidejussor vero omnimodo liberatur, quia perempta stipulatio est, et ipse dolo nihil admisit. Contra, si fidejussor Stichum occiderit, deinde moriatur Pamphilus suo fato, reus omnimodo liberatur, fidejussor tenetur tantum de dolo. Itaque, ut apparet modo, ex quadripartita divisione, illa differentia non vertitur in una specie, sed in diversis.

Ad §. aditio hæreditatis.

Aditio hæreditatis nonnunquam jure confundit obligationem, veluti si creditor debitoris, vel contra debitor creditoris adierit hæreditatem: aliquando pro solutione cedit, si forte creditor, qui pupillo sine tutoris auctoritate nummos crediderat, hæres ei extitit: non enim quanto locupletior pupillus factus est, consequeretur, sed in solidum creditum suum ex hæreditate retinet: aliquando evenit, ut inanis obligatio aditione hæreditatis confirmetur: nam si hæres, qui restituerit ex Trebelliano hæreditatem, fideicommissario hæres exstiterit, vel mulier, quæ pro Titio intercesserat, eidem hæres extiterit, incipit obligatio civilis propter hæreditatem ejus, qui jure tenebatur, auxilium exceptionis amittere. Etenim inconditum est subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur.

In hoc §. qui sane multa perquam utilia et necessaria complectitur, ponuntur tres effectus aditionis hæreditatis, quantum attinet ad causas, quibus is cujus adita est hæreditas adstrictus fuerit. Et unus effectus pertinet ad obligationem civilem, quæ ex parte actoris petitionem habet efficacem, ex parte rei nullum auxilium, subsidiumve exceptionis habet: alter effectus pertinet ad obligationem naturalem, quam constat, neque petitionem habere, antequam solutio facta sit, neque repetitionem, postquam solutio facta est, *l. præcedente*, §. *Fabius*, *hoc tit.* Tertius effectus pertinet ad obligationem civilem, quæ ex parte rei habet auxilium exceptionis, veluti Trebelliani et Vellejani. Et primus effectus hic est, ut aditio hæreditatis aliquando jure confundat obligationem: jure, id est, civili jure, *l. ubicunque*, *de fidejussorib. l. famulum Cornel. de novat.* Sane si debitor creditoris, vel creditor debitoris hæreditatem adierit, jure civili fit confusio totius obligationis, quia in eandem personam jus debiti et jus crediti confunditur. Confusio est concursus debiti et crediti in eandem personam, ex quo sequitur interitus utriusque, quia idem homo non potest esse actor et reus, creditor et debitor, et ita quia ea confusio pro solutione est, hæreditas ipsa hæredi, vel hæres hæreditati protinus in articulo ipso aditionis, id quod debet, videtur exsolvere, *l. si ei cui*, §. *ult. de evict. l. debitori, l. Granius*, *de fidejuss. l. si id quod*, *de liber. leg.* Et is quidem primus effectus satis patet. Secundus effectus hic est, ut aditio hæreditatis aliquando pro solutione cedat. Dices statim: hic effectus videtur idem esse cum superiori: nam et conclusio pro solutione cedit: dicam confusionem pro solutione esse, quanquam id non sit per omnia verum, ut constat ex his, quæ notantur in *l. quæ dotis, sol. mat.* 7. *ad Afric.* Contra, quodcunque est pro solutione, non esse confusionem, ut compensatio et depositio pecuniæ et obsignatio, nec tamen est confusio. Et ita in hoc secundo effectu aditionis hæreditatis, aditio hæreditatis pro solutione est, nec tamen est confusio. Est enim hic casus de naturali obligatione, quæ proprie non est obligatio, cum petitionem, actionem non habeat. Nam potest autem fieri confusio jure civili obligationis, quæ civilis non est, id est, quæ non valet ad agendum. Et ut id intelligatur, sciendum est (quo exemplo utitur Papinianus) pupillum accipiendo mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate, neque civiliter, neque naturaliter obligari, videlicet si ex ea pecunia locupletior non sit factus. Et ita accipienda *l. pupillus*, *de obligat. et act. l. quod pupillus*, *de cond. indeb.* Sed si ex ea pecunia factus sit locupletior, naturaliter obligatur, quia æquum est, ne quis alieno detrimento suas augeat commoditates, *l. naturaliter*, §. *ult. de condict. indeb. l. cum illud*, §. *hæres*, *quando dies leg. ced.* si secundum Florentinam scripturam legamus, *accepisset locupletior*, ubi tamen ex priori dictione repetita syllaba legendum est, *et accepisset et locupletior factus esset:* hæc omnia fusius tractantur in *tit. ult. lib.* 3. *Inst.* Et ex hac naturali obligatione, cum pupillus factus est locupletior, ante constitutionem D. Pii nulla dabatur actio in pupillum, sed nec pupillo dabatur repetitio si solvisset. Hoc est commune omnium obligationum naturalium, ut ex his nec sit petitio, nec repetitio, petitio non soluti, repetitio soluti, *d.* §. *Fabius*, *l.* 1. §. *id quod natura*, *ad l. Falcid. l. fidejussor*, *l. quod enim*, *l. hæres*, §. *servo*, *de fidejuss.* Hodie autem ex constitutione D. Pii, in pupillum datur actio utilis, quia deficit directa, propterea quod non solet obligatio naturalis parere actionem, et datur utilis, quatenus locupletior factus est, *l. pupillus*, *de auctor. tut. l.* 3. *commod. l.* 3. §. *pupillus*, *de negot. gest.* Quibus præmissis finge: quidam pupillo credidit pecuniam sine tutoris auctoritate, et inde pupillus aliquan-

tulum locupletior factus est. Id autem constitutione D. Pii creditor a pupillo nulla actione *consequeretur*: sic recte scriptum in Florentinis, non, *consequetur*: sed si et creditori solvisset, solutum non repetisset, quia id naturaliter debet. Porro idem ille creditor adiit hæreditatem pupilli: aditio non confundit obligationem, quæ civilis nulla fuit ante constitutionem D. Pii, sed ea aditio pro solutione habetur, ac si pupillus ipse solvisset, quia hæreditas videtur hæredi solvere quod pupillus debuit naturaliter. Et ideo in ponenda ratione legis Falcid. in qua constat, hæredem deducere bonis, quod sibi defunctus debuit, vel jure civili vel naturali, *l.* 1. §. *si debitor, ad l. Falcid. l.* 6. *et et* 8. *C. eod. tit.* in ponenda, inquam, ratione legis Falcidiæ, et ineunda ratione bonorum et legatorum, hæres in hac specie, qui creditor fuit defuncti, id est, quanto locupletior factus est pupillus, retinebit ex hæreditate et deducet, quoniam debiti naturaliter est retentio: non est quidem petitio, sed nec repetitio, ne in hoc quidem casu. Denique hæres creditum suum, id est, quanto locupletior factus est pupillus, retinebit *in solutum*: malo legere *in solutum*, quam in *solidum*. Nam et hic non proponitur de solida pecunia pupillus locupletior factus. Et congruit hæc lectio propositioni, ut aditio cedat in solutum, et est frequens ista μετάθεσις, *solidum*, vel *solutum*, ut in *l. ult. de dist. pig. l. filio, ad leg. Falcid.* Hodie ex constitutione D. Pii, ea aditio confunderet obligationem, quia ex ea constitutione veluti civiliter pupillus obligatur, cum teneatur utili actione, quatenus est locupletior: sed Papin. respicit ad id juris, quod fuit ante constitutionem Divi Pii, secundum quod aditio potuit esse pro solutione, non pro confusione: hodie et pro confusione, quia introduxit D. Pius quasi civilem actionem prodita utili. Et ita in eadem quæstione respicit Papin. etiam ad id juris, quod fuit ante eam constitutionem, *l. cum illud*, §. *hæres. quando dies leg ced.* Et Scævola in *l. cum pupillus* 127. *de verb. obligat.* uterque tractantes jus vetus ut novum, ut Plinius in epistolis scribit, Aristoni semper fuisse curæ, sic antiqua jura, ut recentia tractare, et ait Papinian. *non enim quanto locupletior, etc.* Nulla scilicet actione id consequeretur ante constitutionem D. Pii, et ideo nulla esset obligatio civilis, quæ confunderetur, nec aditio confusionem faceret: et sequitur, *sed in solutum*, id est, aditio vim solutionis habet. Primo casu habet vim confusionis, secundo vim solutionis tantum. Tertius effectus hic est, ut aditio hæreditatis aliquando confirmet inanem obligationem. Inanis est, quæ perimitur exceptione, quæ sine re et effectu est, cui opponitur efficax in *l. ordinata, de liber. causa.* Et aliquando, quæ est inanis, dicitur efficax, ut Inst. §. 1. *de except.* quia efficax est origine, non effectu, exitu, eventu, si allegetur exceptio quæ competit, quia eludi potest. Sed ut utamur exemplis Papiniani duobus, quibus utitur, inanis est obligatio hæredis, quia restituit fideicommissario hæreditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, quia perimitur exceptione hæreditatis restitutæ, exceptione Trebeli. *l.* 28. *de judic. l.* 2. §. *quanquam, l. ita tamen*, §. *qui ex Trebell. ad Trebellian.* Et tamen si postea hæres adierit hæreditatem fideicommissarii, qui restituerat priorem, a qua retinet nomen hæredis, quæ fuit inanis obligatio, redditur utilis et efficax, amissa exceptione Trebelliana: neque enim ei competit cum successerit fideicommissario Trebell. in quem efficaces actiones transierunt per restitutionem: et similiter obligatio mulieris, quæ intercessit pro alio, inanis est, *l. quamvis*, §. *Marcellus, ad Vellejan.* quia perimitur exceptione Vellejani. Et ne dicas, ut Accurs. eam obligationem non approbari Senatusconsulto, sed dicas penitus reprobari, *l. si mulier contra*, §. *ult. ad Vellejan.* Et tamen si mulier hæreditatem ejus adierit, pro quo intercessit, tum firma fit obligatio mulieris, amisso remedio exceptionis, per aditionem hæreditatis: quia, ut ait Papinian. *inconditum est subvenire sexui mulieris, quæ suo nomine periclitetur.* Suo nomine tenetur, quæ adiit hæreditatem debitoris, *l. si quid possessor, de petit. hæred.* Senatusconsultum Vellejanum opitulatur mulieri, quæ alieno nomine periclitatur, ne suam pecuniam perdat: *inconditum*, est indecens *de mauvaise grace*, ineptum incivile, ἄκοσμον, ut *inconditi versus*, Livius *lib.* 4 qui Homero ἔπεα ἄκοσμα. Senecæ 2. *de benef. incondita carmina.* Ergo obligationes, quæ propriis viribus non consistunt, quæ eluduntur exceptionibus, neque officio judicis, neque prætoris imperio, neque legis potestate confirmantur, ut dixit Papinian. *sup. libro, l. obligationes, de oblig. et act.* quæ meo judicio meave suspicione debetur huic libro. Confunduntur tamen illæ obligationes aditione hæreditatis: quia nova eis accedit causa, novæ rationes et inexpugnabiles, novum robur, successio in locum ejus, qui efficaciter tenebatur, et quasi novæ obligationis jure. Itaque in hac quæstione nihil refert expromiserit mulier, quod fit per novationem, an fidejusserit, vel alio modo intercesserit pro alio: expromissio, quæ inanis fuit, aditione confirmatur, quia licet cum muliere experiri directa actione ex stipulatu ipsius mulieris, vel utili, id est restitutoria, qua defunctus efficaciter teneatur. Quid enim mulieris interest, qua actione conveniatur? Et ita elegantissime est scriptum in *l.*

quamvis, §. *mulier*, *ad Vellejan.* Et notandum hodie, plane nihil interfuisse (quia sunt omnia judicia extraordinaria) in quibus, ut ait lex *actio de neg. gest.* conceptio formularum non observatur, id est, non venit in disquisitionem, et ad *d. l. actio* nulla est lex, quæ pertineat proprie, quam *d.* §. *si mulieri* : quod notandum. Denique utilis actio non tollit directam : quandoque licet hac, vel illa cum muliere experiri, quamvis utilis actio utique fuerit major, id est, efficacior. Et similiter fidejussio mulieris, quæ inanis fuit, aditione confirmatur, et licet cum muliere experiri, vel ex causa fidejussionis, vel ex causa principali, ex qua defunctus tenebatur, quia in extraordinariis judiciis nihil interest, quo judicio agatur cum eo, quo omnino habiturus est quod petit, vel alio judicio. Denique hodie principalis obligatio non tollit fidejussoriam, quamvis principalis utique sit major: major non tollit minorem, sed licet agere ex hac vel illa jure ordinario : major tollit minorem, si spectes formulas *l. debitori*, *de fidejuss. l. si duo*, *h. t.* Et vitiosa est igitur distincto Accursii, inter promissionem mulieris, et aliam quamlibet intercessionem.

Ad §. Quod vulgo.

Quod vulgo jactatur, fidejussorem, qui debitori hæres exstitit, ex causa fidejussionis liberari, totiens verum est, quotiens rei plenior promittendi obligatio invenitur : nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor liberabitur : e contrario non potest dici, non tolli fidejussoris obligationem si debitor propriam et personalem habuit defensionem. Nam si minori 25. annis bonæ fidei pecuniam credidit, isque nummos acceptos perdidit, et intra tempora in integrum restitutionis decessit, hærede fidejussore; difficile est dicere, causam juris honorarii, quæ potuit auxilio minori esse, retinere fidejussoris obligationem, quæ principalis fuit, et cui fidejussoris accessit sine contemplatione juris prætorii: auxilium igitur restitutionis fidejussori, quia adolescenti hæres exstitit, intra constitutum tempus salvum erit.

Paragraphus *quod vulgo*, (*) pertinet etiam ad effectus obligationis naturalis, et potest ex eo constitui quartus effectus : namque docet aditione hæreditatis fidejussoriam obligationem confundi et tolli hæreditaria manente, si fidejussor debitori hæres exstiterit, quia scilicet major et plenior obligatio tollit minorem, minor majori cedit loco, ut in *l. 5. l. debitori*, *de fidejuss. sup. l. fidejussoris*, *C. eod. tit. l. si duo*, *hoc tit. l. debitor*, *de separat.* Hæreditaria autem obligatio est major et plenior, quia est principalis. Si igitur recidat in eandem personam obligatio principalis et fidejussoria, prævalet major, et fidejussoria pro nulla habetur: nam et qui principalis reus, ipse pro se fidejussor esse non potest. Denique superveniens principalis absumit fidejussoriam jure ordinario. Ait enim §. *hoc vulgo jactari*, id est, esse regulam juris ordinarii: quod vulgo dicitur vel jactatur, jus ordinarium est. Titulus omnis de regulis juris, est de jure ordinario et summo, non de extraordinario aut mitiori : quod vulgo jactatur, ut Græci, τὸ κοινῶς λεγόμενον, quod ordinarium est. Hodie si de jure extraordinario disputas, nihil refert, etiamsi in hac specie, cum fidejussore, qui debitori hæres exstitit, agatur ex causa fidejussoria : quid enim interest qua ex causa agatur, ut *in l. quamvis*, §. *si mulier*, *ad Vellejan.* quem locum velim vos memoriæ figere. Conclusio hæc sit juris ordinarii : aditione hæreditatis fidejussoria obligatio tollitur, principalis manet. Et notandum quod in §. hoc docet, hanc regulam ita veram esse, si utraque obligatio principalis et fidejussoria sit civilis et efficax: nam si principalis sit naturalis tantum, fidejussoria civilis, et fidejussor reo principali hæres exstiterit, neutra tollitur vel consumitur, neutra cedit alteri, neutra se plus efferre altera potest, quasi potiorem vel pleniorem : principalis non est major, cum non sit πρωτότυπος, cum non pariat actionem : neque fidejussoria etiam est major, cum non sit principalis. Et licet exemplum ponere in pupillo, qui mutuam pecuniam accepit sine tutoris auctoritate, et ex ea locupletior factus est, videlicet secundum jus, quod obtinuit ante constitutionem D. Pii : nam si fidejussor pupillo hæres exstiterit, potest conveniri, vel ex principali causa, vel ex fidejussoria, quia neutra tollitur : sed post constitutionem Divi Pii ex fidejussoria tantum, quia ea pupilli obligatio facta est per eam constitutionem veluti civilis, prodita actione in pupillum ; et licet etiam aliud exemplum ponere ex *l. hæres*, §. *servo*, *de fidejuss.* in servo. Servus mutuam pecuniam accepit, et fidejussorem dedit liberum hominem : servus obligatur naturaliter tantum, cum in eum non cadat actio : fidejussor autem civiliter obligatur, et post servi manumissionem ; si fidejussor manumisso hæres exstiterit, neutro obligatio consumitur, *d.* §. *servo.* Et hoc voluit docere Papin. in priori parte hujus §. nec est, quod pluribus explicemus, quam depravate sit scriptus. *Nam si reus duntaxat fuit obligatus, fidejussor*, etc. si reus fuit obligatus tantum, ergo non fidejussor. Et menda est evidentissima, quam sustulisse de his libris satis est, et ut jamdiu ostendi ex Basil. constat ita

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib* 3. *cap.* 23.

legendum: *Nam si reus natura duntaxat fuit obligatus, fidejussor non liberabitur*, et verba Basil. hæc sunt, εἰ γάρ ὁ ἐναγόμερος φύσει μόνον ἠνειχέτο, οὐκ ἀπολλύται ἡ ἐγγύη. *Nam si reus*, inquit, *duntaxat natura obligatus sit, non liberatur fidejussor*: quo sunt obscuriora scripta Papiniani eo mendosiora ad nos pervenerunt. E contrario ut subjicit, si reus fuit etiam civiliter obligatus, aditione hæreditatis fidejussor liberabitur, quia plenior obligatio extinguit minorem, quod Papinian. subjicit verum esse, scil. si fuerit obligatio principalis civilis et efficax: In ipso concursu, cum perimat fidejussoriam, id esse verum, etiamsi reus principalis proprium et personale habuerit beneficium restitutionis in integrum: verbi gratia, beneficio ætatis, quo eximeretur ab ea obligatione civili: proprium hoc est beneficium personæ, nec commune cum fidejussore ejus majore annis xxv. quod tamen beneficium transmittitur in hæredem adolescentis, *l. non solum, de restit. in integr. l. minor, de minorib. l. 2. et 4. C. de tempor. in integ. rest.* Eo igitur casu obligatio principalis est plena, efficax, sed rescindi potest per restitutionem beneficio ætatis rei: nec ideo minus est plena, quod potuit reo vel hæredi ejus tribui auxilium restitutionis beneficio prætoris, quia beneficium illud non cohæret rei et obligationi, sed personæ: et extrinsecus adsumitur, et incertum est, ut ait lex *si Titius, de fidejuss.* Datur enim a prætore causa cognita: forte id dabit prætor, forte denegabit, obligatio per se consideranda est, insuperhabita spe restitutionis, quæ nihil adhæret obligationi. Finge igitur minorem xxv. annis, mutuam pecuniam accepisse: obligatur civiliter, et pleno jure, etiamsi mox eam pecuniam perdiderit, nec sit ex ea locupletior factus, dummodo ei adolescenti credita sit bona fide, ut dicit Papinianus: hoc cur dixit, Accursius non intellexit. Sed hoc ideo dicit rectissime, quia qui bona fide credit pecuniam adolescenti, ignorans scilicet adolescentem mox eam perditurum, retinet jus crediti: sed qui sciens forte luxorioso adolescenti, quasi perdituro, et mox scorto daturo pecuniam credidit, jus crediti non habet, nec adolescens, nec fidejussor adolescentis ullo modo obligatur, *l. si vero non remunerandi, §. si adolescens, mand. l. quod si minor, §. restitutio, de minorib. l. si quis eum, pro empt.* quia non debuit creditor sciens prudens in eam rem adolescenti credere, non debuit in societatem venire turpis consilii. Et eleganter Seneca *libro de beneficiis: pecuniam non dabo, quam numeraturum adulteræ sciam, ne in societate turpis facti aut consilii inveniar.* Et Nicolaus quoque in libro quem edidit de legibus et moribus variarum gentium apud Stobæum hanc legem retulit his verbis, ἐάν δὲ τὶς ἀσωτω, etc. *Si quis deprehendatur pecuniam luxurioso credidisse, creditum amittit.* Ergo minor xxv. annis, qui pecuniam mutuam accepit, et mox abligurierit, nihilominus creditori tenetur, si modo creditor ei bona fide credidit, non si sciens, quam in rem rogaret adolescens. Finge igitur, minorem xxv. annis mutuam accepisse pecuniam, numeratam bona fide, et fidejussorem dedisse, et mox eam pecuniam perdidisse: obligatur civiliter, sed potest restitui in integrum, quod lapsus sit lubrico juventæ. Verum antequam restitueretur in integrum, mortuus est fidejussore hærede relicto. Atque ita idem est et principalis et fidejussor. Re tamen vera fidejussor liberatur ex causa fidejussionis, et tenetur tantum ex causa principali, nec causa restitutionis in integrum, quæ tribui potuit reo, vel hæredi ejus: ea, inquam, causa non retinet obligationem fidejussoris ne pereat quasi ob eam rem principalis non sit major, aut censeatur minor, quod possit rescindi, quia ea causa restitutionis in integrum fuit personalis, non realis, et sine ejus contemplatione ei fidejussor accessit. Nec igitur contemplanda est, sive respicienda causa illa restitutionis in integrum; quæ contingere potest. Itaque nihil plane eam causam extraordinariam et incertam, et rei non cohærentem contractus jure spectabimus, sed perinde ac si non esset, aut esse posset, rem æstimabimus, et dicemus, fidejussorem, quia adolescenti hæres exstitit, jam non teneri ut fidejussorem, sed ut principalem, quia major obligatio absumpsit minorem, et consequenter eum, quasi principalem posse implorare auxilium restitutionis intra annum utilem, vel hodie ex constitutione Justiniani, intra quadriennium continuum, quod auxilium non haberet, si ex causa fidejussoria conveniretur: sed utitur eo, quia ex principali tantum causa convenitur. Sed nonne iniquum est, rationem juris, quæ causam fidejussionis propter principalem obligationem, quæ major fuit, exclusit: damno afficere creditorem, qui sibi diligenter prospexerat, *l. debitor, de separat.* Sed hoc ita si liberato minore, liberetur et fidejussor, ut in *l. in causæ, D. de minor.* Et in hac parte inhæret labes illo loco, *quæ principalis fuit*: quæ causa, restitutionis in integrum scilicet, principalis fuit, personalis fuit, hoc sensu: causa illa extraordinaria cohæret personæ adolescentis obligati, nec ob eam obligationem principalis fuit minor: hæc sunt certissima. Obligationem igitur, cujus restitutionis causa scilicet personalis fuit, et cui fidejussor accessit etiam sine contemplatione ejus, fidejussor absolvitur; ait *l. accessit*: accessio enim est fidejussio, *l. si servum, §. nunc videamus, de verborum obligat.*

Ad §. Naturalis.

Naturalis obligatio, ut pecuniæ numeratione, ita justo pacto, vel jurejurando, ipso jure tollitur, quod vinculum æquitatis, quo solo sustinebatur, conventionis æquitate dissolvitur: ideoque fidejussor, quem pupillus dedit, ex istis causis liberari dicitur.

Ex hoc §. intelligemus quæ sit naturalis obligatio, et quibus modis tollatur ipso jure. Ergo naturalis obligatio est, quæ solo æquitatis vinculo sustinetur, et sola ratione naturali; solo jure naturali, non jure civili? quid est obligatio civilis? vinculum juris civilis, quod nos necessitate solvendi adstringit. Obligatio naturalis est vinculum juris naturalis quod nos necessitate solvendi non adstringit: non est proprie obligatio, cui non est adjuncta necessitas. Ergo naturalis obligatio, proprie non est obligatio: aut brevius: obligatio naturalis est solius æquitatis vinculum: si velis dilatare, sine ullo auxilio juris civilis. Et utitur exemplo pupilli contrahentis sine tutoris auctoritate, et qui ex eo factus est locupletior; qua ex causa pupillum teneri natura æquum est, ne cum alieno detrimento locupletetur; sed non obligatur jure civili ante constitutionem Divi Pii. Ergo naturaliter tantum obligatur. Et servi quoque fere ex omnibus causis naturaliter obligantur, et filiusfamilias patri, in cujus est potestate, pater filiofamilias, frater fratri, si ambo sint in ejusdem potestate: et ex pactis naturaliter obligamur non civiliter, ex pacto enim nulla nascitur civilis obligatio, ac proinde nec actio, *l. Imperator*, §. *in his, de solut.* Ex contractibus etiam civiliter obligamur. Ex pactis non datur actio, ex contractibus datur. Contractus est conventio, ex qua datur actio. Pactum est conventio ex qua difficile est dare actionem, datur namque nonnunquam: contractus et pacta sunt sub eodem genere conventionis, et contraria invicem. Si quæras quid sit pacto contrarium, nullum aliud contrarium invenies quam contractum, vel si quæras quid sit contractui contrarium, utique pactum invenies. Et nonnulla alia exempla sunt in jure naturalis obligationis, quæ prætermittimus consulto. Videamus, qui finis est hujus §. quibus modis ipso jure tollatur naturalis obligatio. Hic titulus est de tollendis obligationibus, non civilibus tantum, sed etiam naturalibus. Porro naturalis obligatio tollitur multo pluribus modis, quam civilis. Et primum quibus modis ipso jure tollitur civilis, eodem tollitur et naturalis obligatio. Certi sunt modi, quibus ipso jure tollitur obligatio civilis, qui enumerantur in titulo *quibus modis toll. oblig. Institut.* nec alium his possis addere modum: certis tantum modis tollitur obligatio civilis, non quibuscunque, *l. obligationem fere*, §. 2. *de oblig. et act.* naturalis et aliis quibuscumque propemodum. Porro civiles modi, quibus tollitur civilis, sunt solutio, acceptilatio, novatio: et contrarius consensus, si consensu solo contracta sit civilis obligatio, ut in emptione, venditione, locatione, conductione. Ergo his etiam modis ipso jure tollitur naturalis obligatio. Solutione ejus quod debetur tollitur omnis obligatio, tota, *l. si unus*, §. *sed si stipulatus, de pact.* id est, etiam naturalis: qui totum dicit, etiam vinculum naturale comprehendit, et ita in *l. si debitori, de fidejuss.* deportatione extingui totam obligationem, *et l. si mulier, in fin. ad Vellej.* Senatusconsultum Vellejanum improbare totam obligationem, id est expugnare etiam naturalem. Igitur solutione tollitur etiam naturalis obligatio *pecuniæ numeratione*, id est, solutione. Numeratio non tantum creditum, sed solutum significat, ut in *l. 5. §. debitor, de transaction. l.* 1. *qui potior. in pignor. et l.* 1. *de non numer. pec.* Et recte Accursius numeratione, inquit, id est solutione. Imo non tantum solutione illa naturali tollitur naturalis, sed etiam acceptilatione, quæ est imaginaria solutio, ut est in *Inst. eod. tit.* et quocunque alio modo, qui pro solutione cedat, ut aditione hæreditatis, si debitori hæres exstiterit, etiam naturalis obligatio perimitur, *l. hæres*, §. *quod si stipulator, de fidejuss.* quia scilicet ipse creditor sibi solvisse intelligitur adeundo hæreditatem non imparem credito, adeo ut fidejussor liberetur, *l. Granius, de fidejuss.* qui utique non liberatur, si remanet naturalis obligatio: nam vel sola naturalis retinet fidejussoriam, ut et pignoratitiam et constitutoriam, id est, constitutæ pecuniæ. Satis namque est, vel natura deberi, ut et hæ accessiones locum habeant, *l. ubicunque, de fidejuss.* Ergo naturalis obligatio tollitur etiam novatione et contrario consensu, §. *ult. hujus legis.* Obligatio civilis, quæ et eadem naturalis est, non naturalis tantum, aut contrahitur re, aut verbis, aut consensu: contracta verbis, verbis solvitur, veluti acceptilatione, re contracta re solvitur, contracta numeratione solvitur numeratione, consensu contracta contrario dissolvitur, re integra scilicet, nam si res non sit integra, rem retroagi, vel retractari oportet, si velint contrahentes ab eo negotio discedere. Ideoque si perfecta venditione, et emptione re integra, nondum re tradita, vel numerato pretio, inter emptorem et venditorem convenerit, ut discederetur ab emptione, tota obligatio solvitur; consequenter fidejussor liberatur, et ita in hoc §. ait, *ult.* fidejussorem liberari contrario consensu: et est argumentum certissimum extinctæ totius obligationis. In summa quibus modis tollitur obligatio civilis

ipso jure, iisdem et naturalis. Sed addamus aliis etiam modis, ipso jure tolli naturalem obligationem, quibus civilis non tollitur ipso jure, sed per exceptionem tantum. Ecce pacto obligatio naturalis ipso jure tollitur, non civilis; denique tota obligatio pacto non tollitur, quia manet civilis: certis modis tollitur civilis, extra quos est pactum conventum. At naturalis etiam pacto convento ipso jure perimitur; si convenerit nihil dari. Et inquit Papinianus, *pacto justo*, quo verbo non significatur pactum non nudum. Nullum enim est pactum non nudum. Nihil refert dixeris: *pactum conventum*, an *pactum*, et *conventum*, an *pactionem*: omnis pactio, omne pactum etiam legitimum nudum est, et quod hic justum dicitur, et ipsum nudum est, *nudum*, dicitur, non πρὸς διαζονη, non quod aliud sit vestitum, sed κατ' ἐξαίρετον, quod sola æquitate conventionis consistit, sine adminiculo juris Romani: civis Romanus ex pacto non obligatur efficaciter, sed ex contractu jure gentium et civili recepto. Sed *justum pactum* dicitur id quod nititur æquitate conventionis, quod non est contra leges, vel bonos mores, ut in *l. epistola*, §. 1. *de pactis*: quod solum prætor se servaturum pollicetur in edicto, *pacta quæ neque contra leges*, etc. *id est*, pacta justa non abhorrentia ab æquitate naturali nec contra leges. Et *servabo* datis exceptionibus tantum, non datis actionibus, quoniam ex pactis non est obligatio civilis, sed naturalis tantum, ac proinde nec actio. Igitur injustum pactum non servat prætor. Injustum pactum non tollit naturalem obligationem, *l. jurisgentium*, §. *prætor, de pact. l. pacta, l. pen. C. eod.* Et ne circumscribamur, ne dixerimus unquam, idem esse pactum legitimum et justum: magna est differentia. Justum est, quod consentit cum æquitate naturali. Legitimum est, quod nominatim legis potestate confirmatur: ut pactum de furtis et injuriis lege duodecim tab. *l. legitima de pact.* Legitimum pactum parit, et perimit actionem ipso jure. Justum, quod etiam non est legitimum, non lege certa confirmatur, neque parit, neque perimit actionem ipso jure: prætor tuetur non legitimum pactum data exceptione: non justum, non tuetur, non servat. Et ita non male Apulejus in Apol. 2. differentiam facit inter justum et legitimum hæredem, quia potest esse defuncto quis legitimus hæres, veluti proximus agnatus, sed non justus, tanquam ingratus, indignus: *sciebat*, inquit, *intestati pueri se legitimum potius, quam justum hæredem futurum.* Igitur justo pacto ipso jure tollitur obligatio naturalis, id est, æquitate conventionis tollitur vinculum æquitatis, ut ait Papinianus: quibus verbis demonstrat, quid justi nomine significet: denique jure naturali, jus naturale tollitur, æquitas æquitate, et prout quæque constitit obligatio, ita dissolvitur, *l. prout. h. t.* Si consensu sit contracta, consensu tollitur: ut stipulatio acceptilatione: si æquitate, æquitate: et hujus rei argumentum est, quod si quis solverit, quod natura debuit per ignorantiam, cui vel ipse, vel is, qui hæres extitit, pepigisset cum creditore de non petenda pecunia, habet condictionem soluti indebiti, quam non haberet, si post pactionem superesset naturalis obligatio: nec enim condicitur, quod vel natura debetur, sed id tantum, quod nec jure naturali debetur: ex quo apparet, pacto solvi vinculum naturæ, *l. si non sortem*, §. *libertus*, *l. si quis indebit. de condict. indeb. l. ult. de jurejur.* Objicit Accurs. *l. si unus*, §. *pactus, de pact.* Ex qua efficit, naturalem obligationem ipso jure pacto non tolli: nam ait aperte is §. pactum prius, quod fuit de non petenda pecunia, non tolli posteriore ipso jure, quod est de petenda pecunia, sed per replicationem. Atqui prius pactum pepererat naturalem obligationem: nam ex pacto illo de non petenda pecunia, obligatus erat creditor ad liberandum reum. Et hoc fatemur facile, ex priori pacto ortam naturalem obligationem, et tamen test. ait, eam naturalem obligationem ipso jure, non tolli posteriore. Sed nihil est facilius. In §. *pactus*, agitur de jure civili, et prætorio: in hoc §. *naturalis*, de jure naturali. Jure civili est necessaria exceptio vel replicatio: jure naturali, non est necessaria, sed ipso jure, ἰδίῳ δικαίῳ, ut Græci hoc loco ajunt, per se naturalis obligatio pacto perimitur. Exceptio autem ex priori pacto quæsita jure prætorio non perimitur ipso jure, sed per replicationem pacti posterioris. Etiam illud adjcitur hoc §. jurejurando tolli naturalem obligationem, quod est certum, *l. si quis juravit*, *de condict. indeb.* ut si pupillus juraverit se dare non oportere, vel se non accepisse pecuniam: nec enim interest cujus ætatis sit qui juraverit, sed omnimodo custodiri debet jusjurandum, et contentus eo esse debet creditor, qui id detulit pupillo, *l. qui jurasse*, *de jurejur.* Denique jusjurandum cujuscunque tollit naturalem obligationem. Nam maxime si delatum sit ab adversario, pro pactione, vel transactione cedit, *l. 2. l. liber*, *l. tutor*, §. 1. *l. si servus, de jurejur.* Imo et pro solutione, et in locum solutionis succedit *l. jusjurandum et l. seq.* §. 1. Ex quo intelligitur, quodcunque est pro solutione, veluti jusjurandum, et pactum quod et pro solutione est, qualitercunque tollere naturalem obligationem, non etiam civilem: nam omne quod pro solutione cedit, tollit civilem obligationem ipso jure, non jusjurandum. Denique non omnis imago solutionis tollit civilem, non

jusjurandum: transactione tota obligatio perimitur, et de transactione locus est in *l. fidjussores*, *de fidejuss.* Ex quibus sequitur, quia pacto et jurejurando tollitur naturalis obligatio etiam ex istis causis, puta jurejurando fidejussorem pupilli liberari, cum tota obligatio exstincta sit.

Ad §. *Quæsitum est.*

Quæsitum est, an ita stipulari quis possit? Mihi aut filio meo decem dari? vel ita: mihi aut patri? sed non incommode potest adhiberi distinctio, ut filio quidem stipulante, patris tunc adjiciatur persona, cum stipulatio ei adquiri non possit: e contrario autem nihil prohibeat patre stipulante, filii personam adjici, cum totiens quod pater filio stipulatur, sibi stipulatus intelligitur cum ipse sibi stipulatus non est: et in proposito manifestum est, non obligationis sed solutionis gratia, filii personam adjectam.

Sequitur alia quæstio de adjecto solutionis gratia: sic appellatur sæpissime in jure, quæ paulo inferius definietur. Sed repetendum ex regula juris, inutilem stipulationem esse, si quis extraneo stipuletur vel paciscatur, veluti Titio dare, quia nec per eum extraneæ personæ acquiri potest: nobis acquirimus, non aliis quorum juri subjecti non sumus. Et nobis igitur stipulamur: nam stipulatio interponitur acquirendi causa, *l. inter* §. *alteri*, *de verb. oblig. l. quo tutela*, §. *ult. de reg. jur.* Ergo et si quis stipuletur conjunctim, *sibi et Titio dari*, pro parte Titii inutilis est stipulatio. Adjectio prorsus inutilis, *l. si mihi et Titio, et l. ult. in fine, de verb. oblig.* vel Titii adjectio pro supervacua habetur, et stipulatori tota stipulatio acquiritur, et nulla ex parte inutilis est, *l. proprium*, *comm. præd. l. fundus*, *de contr. empt.* Aut igitur cum stipulatus sum mihi et Titio, stipulatio est utilis pro parte tantum, aut in totum pro qualitate reorum, qui in stipulationem deducti sunt. Adjectio autem vel est inutilis vel supervacua: adjectio inutilis vitiat stipulationem pro parte, supervacua nihil vitiat stipulationem, quandoquidem habetur pro non scripta aut non expressa. Et hoc si quis stipuletur sibi et Titio. Quod si stipuletur sibi aut Titio, supervacua est adjectio Titii, quod ad obligationem attinet, quia non acquiritur Titio, nec id agitur, ut ei acquiratur, quando Titius in disjunctione ponitur. Utilis autem est adjectio Titii, quod attinet ad solutionem. Nam promissori liberum est vel stipulatori solvere vel Titio, etiam invito stipulatore secundum conceptionem stipulationis non eo genere, mihi aut Titio. Titius adjicitur non obligationis gratia, ut et obligatio quæratur, quod fieri nequit, sed solutionis gratia, ut promissor vel Titio solvat, et utique Titio solvendo liberatur, etiamsi postea stipulator Titio solvi prohibuerit. Titius est velut procurator, ut accipiat pecuniam, sed eam procurationem non potest mutare stipulator, ne fraudem faciat promissori, cui initio stipulationis dedit arbitrium solvendi utri mallet, *l.* 12. §. *pen. l. aliud* 106. *h. t.* Atque ita eo casu evenit, ut stipulatio obliget ultro citroque non promissorem tantum, sed etiam stipulatorem, ut sit δίπλευρος quæ solet esse μονόπλευρο: nam eo genere stipulator alligatur conditione stipulationis, ut vel Titio solvi possit quasi procuratori ejus initio contrahendæ stipulationis constituto, nec eam legem stipulationis immutare potest. Ergo si quis stipuletur sibi aut Titio, stipulatio tota ei acquiritur, Titio solvitur recte, etiam nolente stipulatore. Ipse stipulator est creditor, Titius est adjectus solutionis gratia, non crediti sive obligationis gratia. Denique extraneus est capax solutionis, non obligationis, id est, adjici potest solutionis, non obligationis gratia. Et hæc de extraneo, id est, de eo qui neque habet stipulatorem in potestate, neque ipse est in potestate stipulatoris. Sic extraneum accipere hic oportet. Nunc dicamus de eo, qui habet aut habetur in potestate stipulatoris: filiusfam. patri in cujus potestate est, si stipuletur, utilis stipulatio est et acquiritur patri confestim, vel si quo casu non potuit adquiri patri veluti ex causa castrensis peculii aut quasi castrensis, inutilis est stipulatio perinde ac si filius non esset in ejus potestate. Et e contrario si pater stipuletur filiofam. sic ei acquiri potest perinde atque si sibi stipulatus esset: quia vox patris tanquam filii est, §. *ei vero, Instit. de inut. stip. l.* 42. *de dam. inf.* Igitur cum stipulatus est pater filio, si ei acquiri possit, adquiritur ei soli, non filio, licet filio stipulatus sit: filii est acquirere patri, non patris filio, *l. cum dos*, *de pact. dot.* Alioqui si stipulatio patri acquiri non potest, inutilis est, *l. dominus, l. quod dicitur*, *de ver. oblig.* Et hoc si filius patri vel pater filio stipulatus sit: quid si stipuler, mihi et patri dari? Hic etiam videndum patri possit acquiri, an non: non ex omni causa acquiritur patri, non omnis res per filium acquiritur patri; multas excepit Justinianus. Et primum, si patri possit acquiri, supervacua est adjectio patris, quia eo quod ait, *mihi*, satis patri acquisivit, ac si dixisset tantum mihi. Ergo tota stipulatio utilis est, *l. sed si sibi*, *de stip. serv.* Aliter quam si extraneus *sibi et Titio* stipulatus esset certam summam, quia Titii adjectio inanis est: ergo stipulatio pro parte tantum utilis est. Et ita si patri non possit acquiri, cum mihi et patri stipulatus sum, inutilis est adjectio patris, stipulatio utilis pro parte. Et sic multum interest, an

inutilis, an supervacua sit adjectio: inutilis partem vitiat stipulationis, supervacua nihil vitiat: et e contrario, si stipuler *mihi et filio*, tota stipulatio utilis est, et supervacua adjectio filii: nec distinguo, potuerit mihi acquiri necne, cum mihi stipulatus sum, nec id mihi obveniat per filium. Et hæc si stipuler *mihi et patri*, et contra, *mihi et filio*. Hinc quæritur, quid sit dicendum si stipuler *mihi aut patri*, vel *mihi aut filio*, adjiciendo patrem vel filium solutionis gratia? Adjectio obligationis gratia fit per conjunctionem, *mihi et illi*, et est in extraneis inutilis, in his personis, patri sc. et filio, supervacua. Adjectio stipulationis gratia fit per disjunctionem, *mihi aut illi*: et in aliis personis est utilis, quod ad solutionem attinet. In his personis quæritur, sit utilis an supervacua, necne. Et Papin. hoc loco subtiliter advertit distinguendum, utrum stipuler *mihi aut patri*, an *mihi aut filio*. Si *mihi aut patri*, supervacua est adjectio patris, si patri potuit acquiri stipulatio, quia ei solvi potest, imo debet etiam non adjectio, nec inutilis est stipulatio, sed patri acquiritur in totum. Et alia est ratio *legis qui rem*, §. *si servus h. t.* quæ in contrarium adduci potest nam loquitur de servo, cujus proprietas est unius, ususf. alterius: hic servus ex re fructuarii fructuario acquirit, proprietario non potest ex re fructuarii acquirere. Nunc finge: hic servus ex re fructuarii stipulatus est disjunctim, *proprietario aut fructuario dari*, prorsus est inutilis stipulatio, quia ea non consistit in persona proprietarii, cum res ejus non fuerit, nec in persona fructuarii, cum in solutione ponatur per disjunctionem, non in obligatione, et per proprietarium fructuario non potest acquiri: et ubi deficit persona, in qua consistat obligatio, et deficit in qua consistat solutio, nec enim esse potest solutio sine obligatione, solutio, obligationis solutio est *l. sed si sibi in fi. de stip. serv.* At in casu proposito, si stipuler *mihi aut patri*, obligatio consistit in persona mea, et patri confestim acquiritur: non est igitur inutilis obligatio, si patri acquiri possit. Sed si pater non sit capax obligationis, veluti interposita stipulatione ex casu castrensi, utilis est adjectio patris, ut ei recte solvatur: nec enim patri non adjecto solveretur recte, quia ei non debetur. Contra quoque si stipuler *mihi aut filio*, utilis est adjectio filii. Nec aliter filio solveretur recte, nec hic distinguo, potuerit mihi acquiri stipulatio, an non: uam certum est, quod mihi stipulor, mihi acquiri, mihi obvenire per me, non per filium. Verum dices, quod monuit etiam Papinianus, videri supervacuam adjectionem filii, quia sibi stipulari intelligitur pater, qui filio stipulatur, *l. quod dicitur, de verb. obligat.* et sibi jam erat stipulatus pater: atque ita perinde videtur esse, ac si sibi stipulatus esset, non sibi aut filio, quod pro supervacuo haberetur. Sed respondet, eum qui *sibi aut filio* stipulatur, non stipulari filio, sed sibi tantum, et filium adjici tantum solutionis gratia, solutioni applicari, non obligationi. Et rursus, si stipularetur *sibi et filio*, supervacua esset adjectio filii. Sed hic non est stipulatus sibi et filio, sed sibi aut filio, quo modo persona filii solutioni applicatur, non obligationi: ergo non supervacua adjectio filii. Quamobrem quæ definitio maxime notanda est, non aliter quod filio stipulor mihi videor stipulari, quam si et mihi non stipuler, *l. eum qui ita*, §. *qui sibi, de verb. oblig.* Quod si etiam mihi stipuler, aut supervacua est adjectio filii: puta si mihi et filio, aut in persona filii consistit solutio, in mea persona obligatio, puta si stipuler mihi aut filio.

Ad §. *Usumfructum mihi.*

Usumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sum. Titio capite deminuto, facultas solvendi Titio non intercidit, quia et sic stipulari possumus: mihi aut Titio capite minutus erit, dari. Nam si furiosi vel pupilli persona adjecta sit, ita tutori vel curatori pecunia recte dabitur, si conditionis quoque implendæ causa, recte pecunia tutori vel curatori datur. Quod quidem Labeo et Pegasus putaverunt utilitatis causa recipiendum. Idque ita recipi potest, si pecunia in rem, vel pupilli, vel furiosi versa sit: quomodo si domino jussus dare servo dedisset, ut domino daret: ceterum qui servo dare jussus est, domino dando non aliter implevisse conditonem intelligendus est, quam si ex voluntate servi dedit. Idem respondendum est in solutione si stipulato Sempronio sibi aut Sticho, Mævii servo decem dari, debitor Mævio domino pecuniam solverit.

De adjecto solutionis gratia, alia quæstio est in hoc §. an alii, quam adjecto solvatur recte: adjectionem, quæ adhibetur solutionis gratia, personalem esse, adeo ut si stipuler *mihi aut Titio*, nec hæredi solvi possit, *l. cum quis*, *de verb. oblig.* *l.* 81. *hoc tit.* Sicut legato relicto sub conditione, si legatarius Titio dederit 10. non implet conditionem, si dederit hæredi Titii, *l. cum ita datur*, *de condit. et demonst.* quia utroque casu certa persona demonstratur. Ac propterea in ejus tantum persona solutio vel conditio impleri potest: jus transmittimus in hæredem nostrum, factum transmittimus, et eo genere stipulationis mihi aut Titio, factum confertur in Titii personam, non jus, solutio est facti, *l. consilio*, §. 1. *de curat. fur.* Et acceptio igitur: maxime si non creditor accipiat, in his quæ sunt juris, eadem est persona hæredis

et defuncti, non in his, quæ sunt facti: ac proinde procuratio alieni negotii, quæ facti est, finitur morte procuratoris, et adjectio illa tanquam procuratio est: non solvitur etiam recte domino servi adjecti, vel patri filii adjecti solutionis gratia, non obligationis *l.* 9. *h. tit.* Sicut ut eadem stipulatione utamur legato relicto sub conditione, si dederit 10. Pamphilo, non implet conditionem dando domino vel patri Pamphili, quia ea sunt facti, non transeunt ad patrem vel dominum, *l. qui hæredi*, *de condit. et demonstr. l. quod dicitur*, *de verb. oblig.* Ergo domino vel patri ejus, in quem collata est conditio vel solutio, non solvitur reete, nisi ex voluntate ejus, in quem collata est eonditio vel solutio, quia ut qui mandat solvi, ipse solvere videtur, *l. qui mandat. h. tit.* ita qui mandat aecipi, accipere videtur. et e contrario si in personam domini collata sit conditio vel solutio, non recte datur servo ejus, nisi consenserit dominus, *d. l. qui hæredi.* Sed addenda alia exceptio ex hoc §. vel nisi detur aut solvatur servo ejus, ita ut verterit in rem ejus, quia pro eo est, ac si domino datum esset in manum, cum datum servo ejus mox sit versum in rem ejus: ut autem solvere est facti, ita dare, cum eligitur certa persona eui detur, et nonnunquam ei etiam dari sufficit, qui est positus in conditione quocunque modo sine effectu juris, sine effectu dominii transferendi, *l. Mævius de cond.t. et demonstrat.* cum tamen alias verbum *dare*, juris sit, non facti: sed et hoc tantum interest, quod in solutione pupillo, qui adiectus est, solvi potest sine tutoris auctoritate, *l.* 11. *h. tit.* quia talis est lex stipulationis, cui se uterque subjecit. In conditione autem posito pupillo, veluti relicto legato Titio sub conditione si decem dederit pupillo, ei non potest dari sine tutoris auctoritate, ne fiat contra providentiam testatoris, qui pupillo consulere voluit, et qui confestim forsitan eam pecuniam perditum iret, nisi accederet tutor, *l.* 68. *h. t.* Illud nunc generaliter tenendum est, cui reete datur conditionis implendæ causa, ei etiam recte solvi, quod positum est iu adjectione stipulationis, non aliæ personæ: nam et adjectio, quæ adhibetur solutionis gratia, est personalis, et conditio dandi certæ personæ legatario vel fideicommissario, est etiam personalis, ut in cujus persona hæc impleri potest vel non impleri potest pari ratione impleri quoque illa possunt, vel non possunt. Et hac comparatione plerunque utitur Pap. in hoc. §. Igitur sicut hæredi, domino, patri, servo, filio ejus, in cujus persona implenda est conditio legati, non recte datur, ita etiam non solvitur recte hæredi, domino, patri, servo, filio adjecti in stipulatione solutionis non obligationis gratia. Et his consequenter ponitur, legato relicto sub conditione dandi Titio, non posse dari Titio postea capite diminuto, quia etsi Titius adjectus sit solutionis gratia, in stipulatione disjunctiva, ei non potest solvi post stipulationem capite minuto, *l. cum quis, h. t.* nimirum, quia capitis diminutione fit alia persona quam fuerit antea, vel ex libero servus, vel ex cive peregrinus, vel alieni juris, qui fuit sui, vel sui, qui fuit alieni: capitis minutio est mutatio sive creatio novæ personæ: adjectionis igitur utilitas, quæ personæ cohæret, finitur capitis diminutione adjecti, sicut procuratio capitis diminutione procuratoris, adjectus tanquam procurator est, tanquam procurator constitutus ad accipieudam pecuniam. Cui senteutiæ objicitur quod est in principio hujus §. et in eo laborant interpretes: nam si stipulatus sim mihi aut Titio usumfructum, Papin. ait, Titio solvi posse capite minuto. Sed ut ostendam, in utraque *l. cum quis*, *h. t. et l. cum quis*, *de oblig.*, *et act.* et utrumque velim studiosa lectione reeoli, non loquitur Papinianus de adjecto capite minuto post stipulationem, sed de capite miuuto tempore stipulationis, veluti deportato aut emancipato nuper, cujus persona adjici potuit, quia nihil refert, cujus status sit adjectus, cujus eonditionis, sexus, ætatis, quando res ita agitur ex conventione utriusque partis. Et hanc fuisse mentem Papin. sequens oratio osteudit, *quia etsi stipulari possum*, *etc.* Sic ratiociuatur, si quis adjici potest solutioni in eum casum, quo capite miuutus erit, *quando il changera d' estat.* Et adjici igitur potest capite minutus jam. Et ponit speciem Papin. in usufr. non quod aliud sit in proprietate observandum, sed quod major sit dubitatio in usuf. cujus maxime proprium est interire capitis minutione, non tantum jus ipsum utendi fruendi, sed etiam obligatio et actio, *l.* 1. *quibus mod. ususfr. amit.* Et si obligatio, et solutio igitur; nam quod corrumpit obligationem, et solutionem igitur: *l. cum enim*, *de stip. serv.* Sed placet usumfr. ab initio recte constitui in personam capite dimiuuti, veluti deportati, vel in casum, quo capite diminutus erit, ut diximus *l.* 2. *quib. mod. ususfr. amitt.* At semel constitutus ususfr. post finitur capitis diminutione fructuarii: non præsens capitis diminutio obstat obligationi, sed superveniens, constituto jam usufr. Et ita superveniente capitis diminutione adjecti præsentem capitis diminutionem nihil officere adjectioni, non etiam negavit superveniente capitis diminutione extingui usumf. quod confirmatur *l. eum qui ita*, §. *qui sibi. de verb. obl.* Recte solutioni adjici filium emancipatum, mihi aut filio meo emancipato. Et tamen si stipuler mihi aut filio existenti in potestate mea, emancipato postea filio meo,

adjecto dissolvitur: quia emancipatio mutavit personam. Verum ut solvatur omnis hæc quæstio, an alii quam adjecto solvi possit, videamus, an, si solutionis gratia adjectus sit pupillus, tutori ejus solvi possit, aut curatori furiosi. Qua de re tractat Papinianus: ubi particula *nam* subjungitur priori dicto, sed incoat aliam rem, (*nam* non semper est subjunctiva, sed et inchoativa) quæ tamen pertinet ad illam generalem quæstionem superiorem. Et ait, tutori vel curatori pupilli aut furiosi non solvi recte, nisi uno tantum casu, si pecunia tutori vel curatori soluta vertatur in rem pupilli aut furiosi: hoc enim casu id esse receptum contra jus commune, id est, contra ea, quæ perstrinximus ante, ut non recedere debeamus a persona adjecti, et alii solvere, nec hæredi, nec domino, nec patri, nec servo, vel filio adjecti: hoc inquam casu id esse receptum, ut videatur recte solutum tutori propter utilitatem earum personarum, quæ solutionis non admodum capaces sunt: in hoc casu tutori plus concedit, quam hæredi, plus quam patri, vel domino, ut in quæst. *l. ult.* §. *pupillus, de verb. oblig.* Plus concedimus tutori quam patri, plusque videtur tutor habere auctoritatis in pupillum quam pater: nam pupillus obligatur absente patre, non obligatur absente tutore. Denique tutorem plane esse vice domini, id est pupilli, etiam in his quæ facti sunt, quibus dominus aut pater jus nullum habet quod exerceat. Curatorem quoque furiosi plane esse vice ipsius, non etiam curatorem adolescentis, quoniam hic est capacissimus solutionis, et utitur in hanc rem eodem argumento, quo usi sumus ante a pari: si conditionis implendæ causa recte datur tutori pupilli, et solvitur ei recte ex causa adjectionis applicatæ stipulationi, atque conditionis implendæ causa: illo tantum casu tutori vel curatori datur recte, si pecunia versa sit in rem pupilli. Et ita accipienda *l. 15. de condit. et demonst.* Ergo illo tantum casu solvitur illi recte: tutori vel curatori adjecti, tutori pupilli, curatori furiosi, ceteroquin ei non solveretur recte: si pupilli esset obligatio, tutori solveretur recte: imo ei debet solvi, non pupillo, si pupilli sit solutio, tantum, ut in proposita specie, quia adjectio est electio certæ personæ, qua contentus fuit stipulator, pupillo solvi debet, præterquam illo casu, eoque recepto non communi jure, sed ex æquitate propter utilitatem pupillorum et furiosorum: ut pleraque alia in jure favorabiliter recepta sunt propter utilitatem earum personarum, §. *pupillus, Instit. de inutil. stip. et l. pupillus, de acquir. hæred.*

Ad §. si creditor.

Si creditor debitoris hæreditatem ad se non pertinentem possedit, et tantum ad eum pervenit, quantum si quilibet alius bonorum possessor ei solveret, liberaret hæredem: non potest dici fidejussores liberari: neque enim ipsum sibi solvisse pecuniam credendum est, a quo hæreditas evincitur.

Intelligemus primum ex hoc §. multum interesse, creditor debitori hæres extiterit, an debitoris hæreditatem pro hærede possederit, ad alium, non ad se pertinentem. Quod si debitori hæres extiterit, aditione confunditur obligatio, saltem solutionis potestate, quia ipsum sibi solvisse credendum est, *l. debitori, et l. Granius, de fidejuss.* vel secum pensasse, ut ait *lex quæ dotis, sol. matr.* pensasse creditum suum cum hæreditate, quam a debitore vice mutua percepit, et consequenter liberantur fidejussores debitoris. Et hoc est notissimum. Sed si creditor debitoris hæreditatem possederit, cum alius esset hæres, non ipse, et tantum ex hæreditate possederit, quantum est in credito, quantumque si verus hæres ei solverit, liberaretur, vel si alius possessor ei solveret, liberaret hæredem, et in petitione hæreditatis, id hæredi reputaret, ut *l. si quid possessor, de acq. hæred.* Denique creditor possidens hæreditatem debitoris ad se non pertinentem, si tantum ex ea redegerit, quantum est in suo credito; certe hoc casu, nec principalis nec fidejussoria tollitur obligatio, *quia ipse*, inquit, *sibi solvisse non videtur*, cum scilicet hæreditas ab eo evincitur aut evinci potest, et omne quod ex hæreditate percepit, et nec secum pensasse videtur: nam si secum pensasse videretur, et sibi solvisse quoque: atqui hoc non videtur, ergo nec illud. Pensatio cedit loco solutionis, *l. 4. qui pot. in pign.* Et rursus si videatur vel solvisse vel pensasse rationem solutionis aut pensationis, quæ loco solutionis est, id quod sibi deberetur, retineret ex hæreditate, nec ei evinceretur. Atquin evincitur omne id est petitione hæreditatis, quæ vindicatio est: *evictionis* verbo significatur tantum vendicatio, nec de evictione actio competit, nisi res ablata sit emptori vindicationis genere aliquo, *l. stipulatio ista*, §. *si quis forte, de verbor. obligat.* Et idem est, *vindicare*, *et evincere*, quod ἐξαιρεῖν, in Solonis legibus. Ergo non compensat possessor, cum evincitur hæreditas debitoris quod is sibi debuit, aut non compensat creditum suum possessor hæreditatis debitoris ad se non pertinentis, cum eo quod ex hæreditate percepit, sed id restituit actori quod percepit, salva crediti sui actione. Compensatio non opponitur in actionibus in rem, id est, vindicationibus, sed actionibus in personam tantum, quod vel definitio compensationis demonstrat, quæ est debiti et crediti inter se contributio: omne debitum et creditum personale est. Et hæc est

mens hujus §. nam si possessor sibi non videtur solvisse, nec secum pensasse igitur. Ex quo restat, in vindicationibus compensationi locum non esse. Obstant valde tres leges ei quod dicitur actioni in rem non objici compensationem. Obstat primum *l. eum qui*, §. *ult. de inoffic. test.* quæ ponit creditorem a debitore hæredem institutum fuisse, et adiisse, ac deinde per petitionem hæreditatis ex causa inofficiosi testamenti evictam ei hæreditatem fuisse. Aditio confundit suum creditum, suam obligationem, sed quia post inutilis redditur evicta hæreditate, æquum est obligationem ei redintegrari, eique dari petitionem debiti et compensationem. Possessori igitur, cui evincitur hæreditas datur compensatio debiti. Denique compensatio locum habet in judicio in rem, veluti in petitione hæreditatis. Respondeo, lex ait, ei compensationem debere dari, quod non ita est accipiendum, ut compensare id quod sibi defunctus debuit, possit cum hæreditate usque ad summam concurrentem, ut si quid vicissim ipse debuerit defuncto, quod constat venire in petitionem hæreditatis, compensare id possit cum eo, quod sibi defunctus debuit: compensare igitur debitum suum cum credito defuncti non cum hereditate, quæ evincitur. Proinde fit ea compensatio magis in personalibus præstationibus quam in actione ipsa in rem. Secundo loco obstat *l. Titia hoc tit.* ubi mulierem, quæ bona defuncti mariti possidet, ait in dotem sibi debitam reputare, quod ex re mariti perceperit, interim dum possedit bona *et reputare*, id est, ipso jure reputare, quod pensare est vel compensare. Sed ut et huic loco respondeam, non loquitur *l. Titia de muliere*, quæ pro hærede possedit bona mariti et potuit conveniri petitione hæreditatis, sed de ea quæ possedit bona mariti propter dotem, id est, dotis servandæ causa, ex edicto prætoris, ut *l. ea, quod* §. 1. *ad municip. l. offic. de rei vind. l. pen.* §. *item danda de divers. et temp. præsc.* Puta, quod hæres mariti non extaret, jussa est possidere bona mariti: vel quod hæres suspectus satisdare jussus, non satisdederit, ut *l.* 15. *de rebus aut. jud poss.* Comparatur enim creditor vel creditrix missa in possessionem bonorum gestori bonorum et negotiorum, *l. creditore*, §. *ult. eod.* Et sicut gestor domino agenti negotiorum gestorum, potest reputare et pensare, quod sibi dominus debet, ita creditor debitori agenti actione in factum, de eo quod ex ipsius bonis ad creditorem pervenit, qui missus est in possessionem bonorum suorum, *d. l. creditore*, §. 1. et potest reputare, quod sibi debuit is, cujus bona possessa sunt. Objicitur reputatio sive compensatio hæc actionibus in personam, non actionibus in rem, nempe actori agenti negotiorum gestorum, vel in factum, quia utraque est in personam. Ergo nihil movemur etiam *d. l. Titia.* Sed obstat vehementius *l. si quid possessor*, §. *sed si ipsi aliquid prædoni, de petit. hæred.* Quæ lex ait aperte, possessorem hæreditatis ad alium pertinentis, a quo petitur hæreditas, posse deducere, quod sibi defunctus debuit. Quid aliud est deductio, quam compensatio? Ergo ea opponitur petitioni hæreditatis. Sed aliud est deducere, aliud compensare, *l. filium C. famil. ercisc.* Et multis aliis locis, inquam, aperte constituitur differentia inter hæc tria verba, *reputare*, *compensare*, *deducere*, cum quæritur de Falcidia. Imputo in Falcidiam, quod a me accipio jure hæreditario, quod sim hæres institutus: compenso Falcidiam, quod vice mutua accipio a cohærede meo: deduco e Falcidia, residuum ex hæreditate. Igitur aliud est deducere, aliud compensare, et aliud imputare. Compensatio fit jure meo, *l. postquam, de compensation. l. inter, de admiuist. tut.* Deductio est retentio possessionis, quæ fit per exceptionem, nisi sit retentio, quæ fiat ipso jure: nam fateor, esse retentiones deductiones, quæ fiunt ipso jure, ut *l. servus quem, de act. emp. l. quod dicitur*, §. *ult. de impens. in res dotal.* Et hæ nihil aliud sunt, quam compensationes. Sed illo loco agitur de deductione, quæ facti est, non juris, et fit per retentionem, quæ beneficio acceptionis fit non aliter. Ergo ut eum §. qui sane desiderat interpretem, totum exponamus, sic statuo: possessor hæreditatis non potest compensare, quod sibi defunctus debuit, in petitione hæreditatis scilicet, quasi ipso jure minor sit hereditas propter creditum suum, nec enim propterea ipso jure minuitur hæreditas. Et hoc de compensatione. Nunc de deductione. Non potest etiam quilibet possessor, a quo evincitur, hæreditati deducere, quod sibi defunctus debuit, sed hoc tantum potest bonæ fidei possessor. Malæ fidei possessor, id est, qui scit hæreditatem ad se non pertinere, quam possidet, nec civile debitum deducere potest, sed integram hæreditatem, et quod ex ea percepit, petitori in assem restituere debet; nec etiam naturale debitum retinet, ut si sit filiusfamilias exhæredatus testamento patris, cui pater aliquid debuit naturaliter, et cum quo agat hæres scriptus petitione hæreditatis, compellet eum filius, id debitum naturale sibi servare per deductionem; quia nemo actione ulla debitum naturale consequi potest, deductione potest et retentione; sed bonæ fidei possessor tantum, non prædo, quod valde est singulare: ut malæ fidei possessor, nec per actionem, nec per deductionem debitum sibi servare possit, quod tamen justus possessor sibi servat: civile debitum non deducit prædo, sed restituta hæreditate integram habet petitionem sortis, non usurarum, non pœna-

rum: si pœnale debitum fuerit, puta sub pœna sors sit promissa. Nam cohibendarum usurarum gratia, et pœnarum, quæ odiosæ sunt, dici potest, eum sibi debuisse solvere statim ab initio apprehensæ possessionis, atque ita inhibere usuras aut pœnas. Et sic plane imputat sibi, quod sibi solvere potuerit, nec solverit, quod ad usurarum rationem aut pœnarum, qui sciebat hæreditatem ad se non pertinere, ac passus est procurrere usuras, quas coercere et sistere potuit: quæ est seutentia *d.* §. *sed si ipsi.* Sed animadvertendum et perpetuo memoria retinendum, hodie ex constitut. Justiniani nihil esse discriminis inter deductionem et compensationem, adeo ut his nominibus uti promiscue liceat plerunque: nam et Falcidia, quæ deducebatur olim per exceptionem, hodie ipso jure minuit legata, *l. pen. C. ad leg. Falcid.* Et debitum, quod deducebat olim possessor bonæ fidei, conventus in rem actione, id veluti compensationis jure minuit rem, quæ petitur ex constit. Iustin. [*l. ult. C. de compens.* Atque ita compensatio hodie obstat etiam actioni in rem: et in definitione compensationis, secundum constit. Justin. deberi dicitur non tantum, quod debetur actione in personam, quod solum proprie debetur, sed etiam quod actione in rem exequi licet, ut verbum, *deberi*, accipitur in definitione actionis et stipulatione emptæ venditæ hæreditatis. Sed illud manet hodie in actione in rem, malæ fidei possessorem non habere compensationem, seu deductionem crediti sui, nec civilis, nec naturalis, *d. l. ult. in fin.* dum ait, *possessionem autem alienam perperam occupantibus*, id est, mala fide, *compensatio non datur*, quod congruit cum *d.* §. *sed si ipsi.* At bonæ fid. possessori datur ipso jure etiam in judicio in rem. Et omnis deductio, retentio, reputatio hodie fit ipso jure, et compensatio est: et in eo tantum est nova constitutio legis ult. ut etiam in actione in rem compensatio locum habeat. Nam cetera, quæ sunt in ea lege, constant etiam jure veteri: malæf. possessori unde petitur aliquid, non dari deductionem vel compensationem, ut jam ostendit ex *d.* §. *sed si ipsi*, et compensationem fieri ipso jure. Hoc idem obtinuit ante Justin. et compensationem fieri tantum debiti, liquidi, confessi, præsentis, et in actione depositi cessare compensationem, redditioni depositi compensationem impedimento esse non posse, quod idem etiam obtinuit olim. Hæc igitur quatuor quæ recensui consentiunt cum jure veteri. Illud tantum dissentit, et novum est, quod vult Justinianus, etiam in actione in rem compensationi locum esse, in qua fuit tantum deductioni locus. Justin. eam deductionem vult hodie fieri ipso jure, perinde ac compensationem.

Ad §. *Dolo fecisti.*

Dolo fecisti, , *quo minus possideres, quod ex hæreditate ad alienum pertinente adprehenderas: si possessor corpus aut litis æstimationem præstitit, ea res tibi proderit: quia nihil petitoris interest. Ceterum si tu ante conventus ex præterito dolo præstiteris, nihil ea res possessori proderit.*

Sequitur §. *dolo.* Cum ostendisset Papinianus in §. *si creditor* qui præcedit, in petitionem hæreditatis venire id, quod possessor ex hereditate percepit, nec si tantum ei debuerit defunctus, quantum percepit, id ipsum sibi solvisse aut secum pensasse videri, subjicit in petitionem hæreditatis pervenire etiam, quod possessor dolo malo desiit possidere, præteritum dolum venire, *l. nec ulla* §. *ult. de petit. hered. l. sin autem*, §. *sed si is qui, de rei vind.* eumque dolum pro possessione esse. *l. qui dolo, de regul. jur.* Et si quidem is, qui dolo desiit possidere, eo nomine condemnatus præstiterit litis æstimationem, non liberatur possessor, ad quem ea res perveuit. Sed et possessor tenetur petitione hereditatis, si eam rem possideat pro hærede, vel pro possessore. Et ratio hæc est, quia qui desiit dolo possidere, pœnam sui delicti præstitit, habitus pro possessore, quia non erat possessor, et pendens sive præstans quod solus possessor videbatur debere præstare. Denique pœnam sui doli præstitit, et pœnæ exactio non perimit persecutionem rei, sed cedit lucro actoris, *l. 5.* §. *condemnato, et* §. *pen. de tab. exhib.* Ergo si hæres prius convenerit eum, qui dolo desiit possidere, non liberatur possessor. Non idem est e contrario: nam si hæres prius agat cum possessore ejus rei, quam alter dolo desiit possidere, et rem consequatur aut æstimationem, alter liberatur, qui dolo malo desiit possidere, nisi quid amplius ejus intersit. Et liberatur non tantum a petitione hæreditatis, sed etiam ab actione in factum ex edicto, *de alien. jud. mut. causa facta.* Nec mihi probatur differentia Accurs. inter hanc et illam actionem, ut hac non liberetur, illa liberetur, quia neutra actione ratione doli pœnæ petitio competit, nisi ei cujus interest: sicut nec actio de dolo, *l. cum quis, de dolo.* Et jam nihil ejus interest, cum rem aut æstimationem a possessore consecutus sit, fructus, accessiones, etc. Nec quicquam amplius ejus intersit. Et rursus animadvertendum, in eum, qui dolo desiit possidere, dari actionem, tanquam possessorem, licet non sit possessor, et ideo quasi pœnalem dari, inquam, in eum, non tam odio ejus, quam petitoris gratia, ne rem suam amittat, qui is rem suam jam consecutus sit, plane cessat

dandæ ejus actionis causa. Et in summa, licet exactio pœnæ non perimat rei persecutionem, persecutio tamen et exactio rei perimitur exactione pœnæ, quæ non competit nisi ei cujus interest. Alias pœnæ exactio est etiam ei, cujus nihil interest, ut *l. inter*, §. *alteri*, *de verb. oblig.* Sed in hac specie, non est prodita hæc actio quasi pœnalis, nisi in id quod interest actoris. Et bellissime congruit cum hoc § lex *nec ullam* 13. §. *pen. de pet. hæred.* Cujus sententia hæc est cum supradicta eadem, *Si is, qui dolo desiit possidere ante conveniatur, et præstet, is qui possidet, non liberatur: contra si is, qui possidet ante conveniatur, et rem præstet, is, qui dolo desiit possidere, liberatur a judicio.* Et inde quæritur in eo §. *pen. an etiam liberetur is, qui dolo desiit possidere, si se priorem possessor liti offerat, dicens se paratum judicium accipere, et accipiat, necdum rem præstet.* Et ait eum, qui dolo desiit possidere, nondum re præstita, hac ratione liberari, nisi petitoris intersit, ut puta, quia possessor sit difficilis conventu, δύσπρακτος, vel δυνάστης: *grand Seigneur*, vel impar præstando, quibus exemplis Græci utuntur in eo §. rectissime. Sed eadem saliva eodemve gradu aggrediamur §. *si mandatu*, qui sequitur.

Ad §. Si mandatu, etc.

Si mandatu meo Titio pecuniam credidisses, ejusmodi contractus similis est tutori, et debitori pupilli: et ideo mandatore convento et damnato, quamquam pecunia soluta sit, non liberari debitorem ratio suadet. Sed et præstare debet creditor actiones mandatori adversus debitorem, ut ei satisfiat. Et huc pertinet, tutoris et pupilli debitoris nos fecisse comparationem: nam cum tutor pupillo tenetur ob id, quod debitorem ejus non convenit, neque judicio cum altero accepto liberator alter, nec si damnatus tutor solverit, ea res proderit debitori: quin etiam dici solet, tutelæ contraria actione agendum, ut pupillus adversus debitores actionibus cedat.

§. 11. *Si creditor a debitore culpa sua causa ceciderit, prope est, ut actione mandati nihil a mandatore consequi debeat: cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.*

§. 12. *Si inter emptorem et venditorem convenerit prius, quam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur: fidejussor eo nomine acceptus, soluto contractu liberabitur.*

Intelleximus conventu eo, qui dolo amisit possessionem, non liberari possessorem, convento possessore liberari eum, qui amisit possessionem. Et hoc in judiciis in rem, in petitione hæreditatis. Nunc in judiciis in personam idem ostendit Papinianus in §. *si mandatu*, quoties duo ejusdem rei nomine conveniri possunt, id est, quoties a duobus non correis creditum servari possit, convento uno non liberari alterum, in duobus casibus, qui proponuntur in hoc §. nec enim in omnibus idem licet colligere, *Accurs. in l. nec ullam* 13. §. *pen. D. de petit. hæred.* Sed in aliis plerisque electio unius liberat alterum. Hic igitur duo casus explicandi. Prior hic est, pupillus egit tutelæ judicio culpans tutorem, et arguens negligentiæ, quod debitorem suum non exegisset eo tempore, quo erat idoneus, qui postea factus est et pauperior, qua ex causa tutorem teneri constat *l.* 2. *C. arbit. tut.* Conventus tutor condemnatus est, et solvit pupillo id, quod ille debuit pupillo, quem non appellavit tutor in tempore, *an liberatur debitor?* minime, quia tutor non solvit nomine debitoris: solvendo nomine debitoris quisque liberat debitorem, *l. solvendo, h. t.* sed solvit tutor suo nomine, damnatus culpæ suæ nomine, atque ita tutor per exceptionem non solum antequam solvat, sed etiam postquam solvit, per contrariam actionem tutelæ consequi potest, ut pupillus cedat actione sua adversus debitorem: cessio actionis est argumentum non liberati debitoris. Convento igitur tutore et damnato, non liberatur debitor. Et e contrario, si pupillus convenerit debitorem, et litem cum eo contestatus fuerit, non continuo liberatur tutor electione debitoris: certe non liberatur, si a debitore pupillus parum, aut nihil exegit propter inopiam. Conventio unius non liberat alterum. Et alter casus hic est. Finge: tu mandato meo Titio pecuniam credidisti, me convenisti, et condemnasti, et solvi. Debitor non liberatur, quia solvi meo nomine, id est, propter meum mandatum, obligatus ex contractu mandati, non nomine debitoris. Imo tu contraria actione mandati mihi teneris, postquam solvi, in hoc ut mihi cedas actionem tuam adversus debitorem, *l. Papinian. mand.* quæ non posset cedi, si debitor esset liberatus, *l. Modestinus, de solutionib. l. cum possessor, de censib.* Liberatur quidem debitor per exceptionem, si tu agas, qui pecuniam habes: sed non si ego agam ex cessione tua, quia in rem meam fit cessio mihi, et procuratio ad agendum, non in rem tuam: et e contrario debitore convento, ego non continuo liberor. Certe non si parum aut nihil ab eo consequi potueris, propter inopiam ejus, *l. si quis alicui*, §. *ult. D. mand. l.* 14. *de fidejus.* si ob inopiam, ut dixi, vel difficultatem exigendi hominis: nam et condemnati plerique sunt exactu difficillimi, puta potentiores. Nam ut subjicit §.

pen. si convento debitore vitio tuo acciderit ut nihil ab eo consequaris, puta si vitio tuo et culpa causa cecideris, plus petendo, re, vel tempore, vel loco, ut in *l. Titio* 100. §. *ult. de cond. et demonstr.* §. *si quis ag. Inst. de act. et apud Cassiodorum in Psalmos, Promissa in suo tempore expectemus, ne dum volumus festinantius exigere, causæ amissione mulctemur.* Si igitur conveneris debitorem, et vitio tuo causam amiseris, ego quoque liberabor, et te repellam exceptione, quod non possis a me exigere quicquam ex contractu mandati, nisi mihi cedas actionem adversus debitorem, et vitio tuo factum est, ut non possis cedere: et quod in mandatore, idem in fidejussore et tutore, ut si debitore convento, in quo exigendo negligens fuerat, si vitio suo pupillus causa ceciderit; postea non possit experiri cum tutore, quia non habet actionem, quam ei cedat adversus debitorem: causam namque amisit vitio suo. Idem, inquam, est in tutore, quod in mandatore, ut scribitur in §. *pen.* Nam ut ostendit §. *si mandatu*, in hac re mandatoris et debitoris principalis comparatio fit semper cum tutore, et debitore pupilli principalis. Ex quo satis intelligitur, quod per se erat obscurissimum. Quod quis nunquam intellexisset sine subjecta interpretatione. Et hodie disputando, si quis ita proponeret, cui non facesseret negotium? Et ut respondeamus legi, *si stipulatus esses*, §. *ult. de fidejuss.* quæ opponitur §. *pen.* et nihil præterea, hæc nobis constituenda distinctio et custodienda. Si vitio suo litem amiserit creditor cœptam cum debitore, mandator, aut fidejussor, aut tutor, defendet se exceptione, quod vitio ejus factum sit, ne cedere potuerit ei, cum quo agit actione adversus debitorem: sed si duo sunt mandatores, vel duo fidejussores, vel duo tutores, quorum unum pactione liberaverit creditor, et conveniat alterum, is non se defendet exceptione, quod adversus collegam ei cedere non potuit actionem, quem ipse ultro liberavit. Sed hac exceptione, quod non ei cedatur actio adversus debitorem, quæ cedenda est omnino, atque ita ex omni hac disputatione eliciamus hanc conclusionem, solutionem mandatoris, fidejussoris, aut tutoris non liberare reum principalem: solutionem extranei liberare, quia hic non solvit nisi nomine debitoris. Illi solvunt suo nomine proprio, §. *ultim.* exposuimus in §. *naturalis, supra.*

Ad L. I. Rem rat. hab.

Cum quis de rato stipularetur, quamvis non idem, sed alius a domino conveniretur, qui conveniri non possit, si ratum habuisset, committi stipulationem placuit, veluti si cum fidejussor, aut alter ex reis promittendi, qui socius est, convenitur.

Lex hæc, ut fere omnis titulus, est de stipulatione de rato, cujus formula in hoc ipso titulo, in omnibus judiciis, est in rem, vel in personam, et in præjudiciis, ut *l.* 8. §. *ult. hoc. tit.* id est, cognitionibus de statu, et liberali causa, et in extraordinariis judiciis, et breviter in omnibus ut in formula demonstrant hæc verba, *actio, petitio, persecutio.* Actio est in personam: petitio in rem: persecutio extraordinaria. Igitur in omnibus judiciis, stipulationem de rato adversario præstat ante litem contestatam procurator, et interdum defensor, ut *l.* 6. *hoc tit.* qui agit vel defendit alieno nomine, sive mandatum præcedat, sive non præcedat, ut apparet ex *l.* 3. *hoc tit.* Ergo etiam præcedente mandato hæc cautio interponitur et exigitur a vero procuratore, aut defensore litis alienæ. Quod ita verum est, nisi dominus litis professus sit, eum se procuratorem fecisse, libello præsidi dato, *libello principi dato*, inquit, *l.* 21. *h. t.* sed malim, *præsidi*, ut *l. si quis obrepserit, ad l. Corn. de fals.* Cur enim principi potius, quam præsidi, aut nonne idem si præsidi? An parva hæc res aditionem principis requirit? minime. Idem erit, si literis ad adversarium scriptis, dominus litis significet, se eum procuratorem fecisse, et ratum se habiturum quod cum eo actum erit, *l. si procuratorem, de procur.* Hoc enim casu, literis ejus approbatis, veluti præsentis, procurator videtur esse. Præsentis autem procurator, qui olim cognitor dicebatur, non satisdabat de rato. Et recte ait *d. l. si procuratorem, literis ejus approbatis.* Necesse enim est epistolam approbari, sicut hodie videmus nihil agi ex chirographo, nisi agnoscatur, nisi approbetur, *si la cedulle n' est recognuee*, ut est in *l. qui agnitis, de except. et d. l. si procuratorem*, eo loco *literis ejus approbatis*, et ut indicat *d. l. si quis*, approbatio literarum fit, si forte eis non subscripserit, subscribente eo ex interlocutione, et præcepto judicis, postquam recognovit dominus, qui ante non subscripsit *si apres avoir recogneu sa letre, il est contraint d' y soubsigner.* Idem erit, si dominus litis procuratorem fecerit apud acta, *du greffe*, vel in judicio. Nam et hoc casu supervacua est cautio de rato, *l.* 1. *C. de satisd.* §. *sin autem, Instit. eodem.* Alioqui mandatum solum non excludit stipulationem de rato, *d. l.* 3. *hoc tit.* Et hæc stipulatio vel interponitur hoc modo: *rem ratam haberi, rem ratam eum, cujus lis est, habiturum*, vel hoc modo: *amplius eam rem non peti, l.* 14. *hoc tit.* vel, *amplius non agi, l.* 4. §. *Cato, de verb. obl.* vel de utroque cave-

tur conjunctim, *rem ratam haberi*, *et amplius non peti*, ut *l.* 23. *hoc tit.* Et præstatur his quoque modis etiam a domino ipso, maxime transigente cum adversario, ut in *d.* §. *Cato.* Nec enim est de cautione de rato, quam cavit procurator, sed quam dominus ipse cavit, ut *l. inter*, §. *si quis stipulatus*, *fam. ercis.* M. Tull. pro Roscio Comœdo: *satis non dedit*, *amplius ab eo neminem petiturum:* qui de parte sua decedit, reliquis sociis integram actionem reliquit: qui pro sociis transegit, satisdat, neminem eorum postea petiturum. Et inter has formulas sane nihil interest, ut constat ex *d.* §. *Cato*, *et ex hoc t.* In quo auctores promiscue his formulis utuntur. Interponitur autem ex edicto prætoris. Est ergo prætoria et judicialis, quia propter judicium interponitur, ne inane sit lite contestata a domino, *l.* 1. §. 1. *de præt. stip.* ubi illa verba, *ut ratum fiat*, sunt accipienda de stipulatione de rato, ut efficiant unum exemplum stipulationis judicialis: et aliquo casu hæc cautio est cautio prætoria, sive stipulatio prætoria cautionalis, quæ adhibetur majoris cautionis gratia, ut novum sit vinculum, nova actio. Et ita potest defendi *d. l.* 1. §. *cautionales.* Recte igitur inter cautionales numeratur, rem ratam haberi, quo scilicet casu interponitur in locum alterius actionis, veluti condictionis indebiti, ut in *l. si sine*, *et l. ult.* §. *ult. hoc t.* Et interim est cautionalis, non prætoria, *l. interdum*, *hoc tit. et seq.* Nunc videamus quando hæc stipulatio committatur. Sane committitur si postea dominus petat abs stipulatore, qui est procurator: qui prior agit, sibi cavit hac stipulatione: at etiamsi dominus non petat abs stipulatore, sed a fidejussore ejus, stipulatio committitur. Quia qui a fidejussore petit, τῇ δυνάμει, vi ipsa a reo petit, *l. adversus*, *de recept.* cum id, quod præstiterit fidejussor, mox sit recuperaturus a reo actione mandati, nisi in rem suam fidejusserit, vel donationis causa. Et eadem ratione hæc stipulatio committitur, si dominus postea petat a correo stipulatoris, qui ejusdem obligationis socius est, *l.* 14. *hoc tit.* Nam et hic vi ipsa videtur a stipulatore petere, quoniam correus actione pro socio ei reputaturus est, quod litis domino exsolverit, *l. eandem*, § 2. *de duobus reis:* ubi id exposuimus latius, libro 27. superiore. Et in summa, hoc tantum continetur in *h. l.* 1. stipulationem de rato committi, etiamsi dominus non petat a stipulatore, sed a fidejussore ejus, vel a correo socio ejusdem obligationis, a quo non posset petere, si ratum haberet. Nam ratihabitione stipulator a domino liberaretur, et propter consequentias fidejussor quoque et correus ille, qui socius est: non comparatur correus fidejussori, nisi socius sit, *l. si duo*, *de recept.* Ergo aliud dicendum, si duo rei socii non sint, si socii non sint, si societatem inter se non coierint. Nam nuum si convenerit procurator, eique caverit de rato, stipulatio non committitur, si dominus petat ab altero: quoniam id, quod domino exsolverit alter, nulla actione ab altero repetere potest, cum nulla inter eos sit coita societas. Et ideo quod dominus petit ab altero, qui stipulatus non est, et cum quo procurator non egit, neque τῇ ἐνεργείᾳ neque, τῇ δυνάμει, neque vi, neque re ipsa videtur id petere ab eo, qui stipulatus est, nec fit quicquam contra stipulationem, convento altero correo, non socio: non omnis correus est socius. Et rectissime Accurs. hoc loco, nos non uti hac distinctione, utrum correi socii sint an non, si vice mutua fidejusserint, sed eo casu indistincte verum esse committi stipulationem de rato, sive dominus petat ab eo, qui stipulatus est, sive ab altero, qui stipulatus non est, quia, cum alter alterius sit fidejussor, dum ab uno petit, τῇ δυνάμει vi ipsa et potestate, ab alio petit, in quem is, quem petit, si solverit, est regressum habiturus per actionem mandati. Ex quo intelligitur non semper correos videri vice mutua fidejussisse. Certe non nisi id actum sit nominatim, *l. reos*, *de duob. reis*, *l. vir uxori*, §. *ult. ad Vellejan.* Alioquin nunquam esset locus superiori distinctioni, socii sint, nec ne, si semper viderentur vice mutua fidejussisse, quod plenius tractatur ad Afric. in *d. l. vir uxori*, §. *ult.* Ad hæc notandum est, ut quoniam diximus de eo, a quo dominus petit, nunc agamus de eo, qui petit postea post litem actam aut susceptam cum procuratore, finitamque. Notandum, inquam, hanc stipulationem committi, non tantum, si dominus petat, aut verus procurator, sed etiam si alius, ad quem res pertineat, puta hæres ejus vel successor, nisi id aperte actum sit, ut quis omitteretur, nimirum stipulatione de rato concepta, non in personam domini, sed in rem, quod tamen fit perraro, ut in *l. si sine*, §. *si in stipulatione*, *h. t.* Imo, non tantum si alius petat juris successor, sed etiamsi rei successor, veluti emptor, cui dominus litis vendiderit rem et tradiderit. Nam et tunc ejus rei petitio est, si possessionem amiserit, vel si vacuam non obtinuerit. Ergo, etsi emptor petat, qui a domino rem nactus est, stipulatio committitur *l.* 16. §. *ult. h. t.* Et solemne est in hac stipulatione adjici, non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, persecutio fit generaliter: quæ verba comprehendunt multas personas, ut *l.* 23. *hoc tit.* M. Tull. in Bruto: *non solvam nisi prius a te cavero*, *neminem*, *cujus petitio sit*, *amplius petiturum.* Quamobrem hæc stipulatio non committitur, si is postea petat, qui petitionem non habet, ut falsus

procurator, *d. l.* 15. Et postremo notandum est, hanc stipulationem quoquo modo concepta sit, etiamsi dominus ratum non habeat, repetere velit, si in jus vocet, si exigat cautionem judicio sisti, non committi stipulationem, antequam petierit, id est, antequam contestatus litem fuerit, *l.* 8. *in fin. et l.* 15. *hoc tit.* et aliud esse committi stipulationem, aliud agi ex ea stipulatione posse. Committitur stipulatio vel peccat, ut ait *d.* §. *Cato*, cum quid in eam committitur, vel peccat, id est, (ut ad exitum rei spectemus) cum incipit ex ea stipulatione deberi, licet nondum agi possit: debetur sæpe id, quod nondum peti potest, *l.* 7. *ut leg. nom. cav. l. si dies, quando dies leg. et* §. *omnis, Inst. de verb. obl.* Stipulatio de rato committitur, si dominus petierit eandem pecuniam. Agi autem ex eo potest, quantum interest. Actio ex stipulatione in id datur, si dominus non petierit tantum, sed etiam exegerit, aut litem peregerit, licet non obtinuerit. Nam et hoc casu agi potest in procuratorem, ad impendia in litem facta, quæ a domino, qui victus est, victor servare non potuit, *l. si sine* §. *Marcellus*, *hoc tit.* Uno casu, qui valde notandus est, ex hac stipulatione agi potest statim, id est, antequam dominus quicquam solverit: ut puta si quis per ignorantiam, vel errorem procuratori solverit indebitam pecuniam sine judice (nam soluti ex sententia judicis condictio non est) et acceperit satisdationem da rato, etiam, antequam dominus quicquam petat, aget ex ea stipulatione is, qui solvit et stipulatus est, ut scilicet sciat, cui debeat condicere pecuniam, quam solvit indebitam per errorem, vel ignorantiam, utrum domino si ratum habeat, an procuratori, si ratum non habeat, ut possit dignosci utri debeat condicere, quod eleganter ostenditur in *d. l.* 16. *h. t.* Et quod notandum, in hoc casu non agitur ex hac stipulatione in id, quod interest, sed hactenus tantum utiliter promissori dominum exponere sentententiam suam, et vel ratum habere, vel retractare actum procuratoris, ut proinde sciat utri debeat condicere pecuniam indebitam. Aget duntaxat hoc casu, ut est in Basil. ἀνασκευάσει, ut curet dominium ratum habere, et domino improbante actum, procurator tenebitur condictione indebiti, qui non teneretur, si stipulator non ita properasset agere ex stipulatione sed exspectasset quoad dominus ab eo eandem pecuniam peteret, quo casu procurator non teneretur stipulatori condictione indebiti, sed in omne, quod interest, quia interposita stipulatione id videtur actum, ut stipulatio succederet condictioni, ut magis esset actio ex stipulatione, quæ est strictior quam condictio, quæ est ex bono et æquo, *d. l. si sine*, *et l. ult.* §. *ult.* sicut pecunia credita interposita stipulatione, id agitur, ut sit actio ax stipulatu, non si certum petetur, *l.* 6. §. *ult. de novat.* Alioquin valde pugnaret *l.* 26. *h. t.* quæ domino ratum non habente ait, teneri procuratorem condictione indebiti, cum *d. l. si sine*, quæ hoc negat.

Ad L. LXXVII. de Reg. Jur.

Actus legitimi, qui recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hæreditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem: nonnunquam tamen actus supra scripti tacite recipiunt. Non si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum agisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit: quæ si verbis nominatim acceptilationis comprehendatur, nullius momenti faciet actum.

Residua est L. LXXVII. ex libro 28. quæ est varia et multiplex, et multo respersa pulvere ab interpretibus. *Actus legitimi* sunt, quia in jure peraguntur solemnibus verbis, et solemni ritu atque ordine juris: melius detraxeris illa *solemnibus verbis.* Nam pleraque fiunt solemnibus verbis, quæ non sunt actus legitimi. Stipulatio fit solemnibus verbis: et tamen non est actus legitimus quamvis fiat jure. Magis igitur actus legitimus sit, qui in jure peragitur solemni ritu, et ordine juris, et actus solemnes qui peraguntur cum observatione, et religione multa in jure, id est, apud magistratum vel principem. Omne scilicet genus actus legitimi sunt legis actiones, quæ in jure peraguntur, et certe idem sunt legis actiones, et actus legitimi. Sed hac appellatione quandoque posteriores interpretes abusi sunt, ut liceat mihi per abusionem, καταχρηστικῶν, quicquid jure agitur, appellare actum legis, actum legitimum. Et ita *l. pen. C. de hæretic.* testimonii dictionem vocat actum legitimum, non quo sensu dicitur *in h. l.* sed ut eadem lex interpretatur, conversationem legitimam, conversationem forensem: quod si proprie accipiamus actum legitimum et precise, testimonii dictio non est actus legitimus. Si quis hoc proponeret, rem inopinabilem videretur proponere, veram tamen. Sicut autem denuntiatio testimonii, nec ulla alia denuntiatio, est actus legitimus, non denuntiatio novi operis, quæ fit ex edicto, non denuntiatio applicanti se ad ancillam meam, quæ fit ex Senatusconsulto Claudiano. Igitur in hanc l. perperam adducitur *d. l. pen. C. de hæret.* quæ actum legitimum cum dicit, non dicit legis actionem, quæ peragatur in jure, legitima observatione, et religione modoque. Et falsum est etiam in *l.* 2. §. *deinde ex his legibus, de orig. jur.* definiri legis actiones hoc modo: *Qui-*

bus inter se cives disceptant ex XII. *tab. veluti finium regund. vindicatio*, *furti*, *injuriarum*, *quas certas et solemnes esse voluerunt.* Certas ad numerum pertinet, *l. quia actionem, de præscript. verb.* Solemnes pertinet ad verba. Si definit ita legis actiones : hæ igitur solæ sunt legis actiones. Atquin non definit recte, quia has actiones XII. tabul. proditas, quibus homines inter se disceptant, ait appellari legis actiones. Sed non has solas : sunt eliæ multæ legis actiones, nec minus complectitur legis actionis, quam actus legitimi nomen. Enumerantur in hac lege quinque, *mancipatio*, etc. Mancipationis verbo significatur imaginaria alienatio, et comprehendit multa, veluti mancipationem familiæ, quæ fiebat in testamentis per æs et libram, ut ex Ulpiano constat et Theoph. mancipationem, quæ fit eodem modo per æs et libram, sive nexus dationem ex causa donationis, vel noxæ deditionis, vel ex causa solutionis, vel ex alia quacumque causa transferendi dominii. Comprehendit etiam mancipationem filii, quæ fit a patre, cum dat eum in adoptionem alteri, *l. ult. C. de adopt.* Tertul. in *Apol. adoptandos melioribus parentibus mancipato:* vel quæ fit, ut omnino filius fiat sui juris, *l.* 8. §. *ult. de inj. rup.* ubi Florentini recte *emancipatione.* Et hæc nominatim dicitur legis actio in *Nov.* 81. *l.* 4. *de adopt.* notum est omnibus, quæ sunt alia quatuor. Quid sit acceptilatio ? *c' est quitter sans avoir rien receu:* quid sit etiam aditio hæreditatis, quid servi optio, puta cum quis legavit mihi servum, quem optarem ex sua familia. Ea servi optio legis actio est, id est, qui eam peragit, lege agit. Quid sit etiam tutoris datio, notum est : sed hæreditatis aditionem trahi volo etiam ad cretionem, quæ tamen hodie est sublata. Et servi nomen trahi volo ad aliam quamcunque rem, cujus optio legata sit. Et tutoris dationem accipi volo de ea, quæ fit decreto magistratus ex inquisitione, solemniter accersitis amicis pupilli, et optimis viris qui sunt in civitate, ex quibus magistratus optat quem vult. Et tutoris datio, tutoris optatio est, quæ si fiat testamento, jure quidem fit, sed non est actus legitimus, et testamento etiam non datur tutoris optio cuilibet, nec a quolibet, sed a viro tantum mulieri (quoniam mulieres erant in perpetua tutela) ut post mortem viri, in cujus manum convenerat mulier, et interim sine tutore fuerat : quia in manum conventio mulierem solvit tutela (Terent. *amicum*, *tutorem patrem*) ut inquam, post mortem viri optet sibi tutorem quem volet, ut intelligere licet ex Livio 39. cum de Hispala scribit, quæ detexit Bacchanalia. Pupillo optio tutoris daretur inutiliter, cujus nullum judicium est, et daretur tantum utiliter a patre, in cujus potestate est pupillus. Igitur actiones illæ, quibus inter se cives disceptant, sunt actus legitimi, sunt legis actiones XII. tab. quibus inter se disceptant, disceptante ipso quoque judice : nam disceptare, est commune verbum reorum et judicum, *l.* 3. *C. de recept.* atque etiam lege agere, est commune reorum et judicum : imo et lictorum aut viatorum, sive apparitorum: nam et lictor lege agere dicitur, dum exequitur rem judicatam ex præcepto magistratus. Qua de causa, executiones lictorum possunt etiam numerari inter actus legitimos, sed ut dixi, non hæ solæ sunt legis actiones, sed et hi quinque actus, qui recensentur in hac lege : et adoptio omnis, cum a Theoph. definiatur, πρᾶξις νομίμη actus legitimus et etiam legis actio dicitur, et *l.* 1. *C. eod. l.* 3. *de offic. procons. et l.* 4. *de adopt. actus legitimus*, et etiam legis actio dicitur. Et manumissio quoque, quæ fit per magistratum, legis actio est, *l.* 2. *de offic. proconsul.* non quæ fit testamento, non quæ censu vel alio modo, sed quæ fit apud magistratum : vel per magistratum : hi soli actus sunt legitimi, qui fiunt apud magistratum, vel per magistratum, id est, a magistratibus. Ut adoptio similiter, quæ fit imperio magistratus aut principis, non quæ fit testamento, quæ etiam jure non fit et indiget confirmatione. Et mancipatio quoque omnis sive nexi datio, fiebat in jure, id est, ad sellam prætoris vel præsidis. Et similiter hæreditatis aditio sicut repudiatio, *l. suus*, *et l. sicut*, *C. de rep. hæred.* Et servi optio similiter in jure, et hæc erat præcipua solemnitas ut non passim fieret, sed in jure: non sicut ad adeundam hæreditatem ita et ad adoptandum diem decernebat prætor, vel præses, *l.* 6. *l. si optio*, *de opt. leg.* Et acceptilatio in jure quia fit per nexi dationem et per æs et libram definitur nexu soluto, *l.* 1. *de acceptilat.* Et cessio in jure similiter, ut acceptilatio ipsa ostendit, quæ et legis actio dicitur a Cajo in *Instit.* ut retulit Boetius in Topicis. Hos solos actus ausim appellare legitimos, et legis actiones, quos invenio ita appellari: et non ausim alios adjicere, quos nusquam invenio sic appellari, alioquin unum si super adjicerem, sane paulatim adjicerem omnes, ut omnes indicunt, qui scribunt, actum legitimum esse usurpationem, et procuratoris dationem, quam constat fieri nudis verbis, non solemnibus, et mancipationem testamenti, et stipulationem, ergo et omnem contractum, quia stipulatio est conclusio omnium contractuum, *l. si dominus*, *de præscri. verb.* Si omnem contractum, quem non actum igitur? quid enim non venit contractus nomine? Et eadem licentia adjiciunt jusjurandum, et vadimonium, id est, promissionem judicio sistendi causa factam,

et satisdationem omnem: et comperendinationem ex jure veteri, et addictionem in diem, quæ est pactio quædam venditionis. Si non sunt actus legitimi, non etiam tutoris auctoritas, qua interposita pupillus contrahit aut paciscitur. Alioquin omnes actus sensim facerem legitimos, et ex his quod quædam fiant verbis solemnib. non ideo sunt actus legitimi, non quodcumque fit verbis solemnibus, non quodcumque fit testibus præsentibus est actus legitimus. Hoc habent commune actus legitimi cum aliis multis, qui non sunt legitimi, licet jure agantur, et in ipsis actibus legitimis, et legis actionibus solemnia verba hodie pro dictis habentur, *l. manumissio, de manumiss.* manumissionem valere, etiamsi lictor omiserit solemnia verba, quod non in libertate est recipiendum tantum favore libertatis: sed generaliter in omnibus actibus legitimis, solemnium verborum omissionem, nihil nocere hodie, cum omnia extra ordinem agantur, non observata conceptione formularum. Ex his quoque quæ negavi esse actus legitimos, quibusdam recte adjicitur et dies et conditio. In diem recte fiunt et conditionem, ut stipulatio et addictio in diem, et alia quædam. Atquin omnis actus legitimus momento temporis perficitur, nec capit dilationem ex die, vel conditione. Et in hac l. non est legendum negative, quasi sint alii actus, qui recipiant, sed affirmative ut Florentiæ, id est, quibus aperte et nominatim dies vel conditio adjicitur: tacite recipiunt diem vel conditionem, sed non aperte, non nominatim. Imo qui recipiunt diem vel conditionem tacite, in totum vitiantur. Acceptilatio, cui adjicitur dies vel conditio, vitiatur, *l.* 4. et 5. *de accept.* in totum quia scilicet nec valet ut pactum, *l.* 8. *eod. tit.* nec potest sustineri exceptione pacti, quasi acceptilationi inutili insit pactum de non petendo, sicut constitutio servitutis, quæ fit ex die vel conditione, ipso jure est inutilis, sed non vitiosa in totum, quia sustinetur exceptione doli vel pacti, *l.* 4. *de servit.* quæ vitiaretur in totum, si esset actus legitimus: nam adscriptio temporis certi vel incerti in totum vitiat. Igitur acceptilatio non valet ut pactum, mancipatio similiter non valet ut traditio, quæ non est actus legitimus, et fit quocumque modo: hæreditatis aditio etiam vitiatur in totum, quæ recipit conditionem, *l. eum cui*, §. *ult. de acquir. hæred.* Ergo nec sustinetur ut agnitio, quæ fit quocumque judicio voluntatis: servi optio non valet, ut electio quælibet. Tutoris datio, quæ per magistratum fit, etiam non valet in totum, *l. muto*, §. 1. *de tutel.* Igitur nec sustinetur ut datio curatoris, quæ fit qualitercumque, nec adeo subtilis est vel solemnis. Idem omnino dicemus in adoptione, *l.* 34. *de adopt.* et in manumissione, *l. pen. C. de manum.* et in cessione in jure. Et tandem ita concludamus: qui actus legitimi aperte recipiunt diem vel conditionem, in totum vitiantur, non vitiantur, si eam recipiant tacite. Et hac ratione in *l. pen. C. pro soc.* definitur, societatem recte contrahi sub conditione, quia scilicet videtur intervenisse mancipatio et induxisse communionem bonorum, sed tacita, *l.* 2. *pro soc.* licet loquatur de traditione tantum. Et similiter acceptilatio recipit diem, vel conditionem tacite, ut si accepto feram, quod mihi debes sub conditione: acceptilationi tacite inest conditio, si conditio extiterit, id est, si mihi debere cœperis, ut *l.* 12. *de acceptil.* Et manumissio quoque, si id agatur tacite, ut qui manumittitur apud magistratum, utique liber non sit ante mortem domini, *l. mortis*, *sup. de manumiss.* Summa est, κεφάλαιον: actus legitimi in totum vitiantur, qui recipiunt diem vel conditionem expresse, non etiam qui recipiunt tacite, ut multis aliis partibus juris dicitur, expressa nocent, tacita non nocent, *l. expressa*, *h. tit. l. nonnunquam*, *de cond. et dem. l. si ita legatum*, §. 1. *de leg.* 1. *l. si quis Sempronium*, *de hæred. instit. et l. si unus*, §. *illud*, *de pact.* Illud notandum, quod diximus legi recte Florentiæ, *qui recipiunt*, sine negatione: nam oportet ita accipere ut recipiant non quidem jure, sed facto ipso. Ergo actus legitimi sunt legis actiones, quæ in jure peragi solent, id est, ordine juris, veluti actiones ex 12. tab. quibus adversarii inter se litigant, et executiones lictorum, quæ fiunt imperante magistratu, et mancipationes, adoptiones, et acceptilationes, et hæreditatis cretio, seu aditio, et servi vel cujusvis alterius rei optio, et tutoris datio, optioque facta a magistratu, et manumissio facta lictoris, et magistratus interventu, et cessio in jure. Neque igitur solæ hæ sunt legis actiones, quib. inter se homines disceptant, nec ita definitur *l.* 2. §. *deinde ex his legibus*, *de orig. jur.* sicut Cajus enarrata formula cessionis in jure, subjicit, *idque legis actio vocabatur*, id est, justa, ut Boet. refert. Sane non definit legis actionem. Quos autem commemoravi, scio legitimos actus: has legis actiones nescio: nec addo alias, quam quas invenio eo nomine appellari, ne paulatim crescente acervo, omnes actus, qui jure fiunt, actus legitimos faciam, seu legis actiones, quas alia mente alioque sensu et abusu possum dicere actus legitimos: legitimi actus peraguntur solemnibus verbis, et testibus præsentibus, sed hoc habent commune cum aliis plerisque non legitimis. Proprius ordo actuum legitimorum hic est, ut fiant in jure, deinde ut in totum vitientur, si aperte recipiunt diem vel conditionem, non si tacite. Qui aperte recipiunt diem vel conditionem, nec vitiantur, non sunt legitimi actus. Acce-

ptilatio igitur in totum vitiatur, si recipiat expressam conditionem, non si tacitam. Et manumissio similiter, *l. mortis*, *de manumiss.* et tutoris datio facta a magistratu, §. 1. *de Attil. tut.* Et mancipatio igitur, expressa scilicet, recipit tantum tacitam conditionem vel diem: mancipatio tacita recipit etiam expressam conditionem sine vitio, veluti contracta societate sub conditione, *l. pen. C. pro socio*: quia tacita mancipatio intervenisse videtur, *l.* 2. *pro. soc.* Quod et generaliter de omnibus actibus legitimis dici potest, ut expressi vitieutur expressa conditione, non tacita: taciti, ut nec vitientur expressa, nec tacita conditione, nec die. Est etiam hoc proprium actuum legitimorum, ut non iterentur, ut fiant semel tantum: ut aditio hæreditatis fit semel, *l. si solus*, §. *ult. de acquir. hæred.* optio servi semel, *l.* 5. *de leg.* 1. ut non possit retractari. Seneca controvesia 24. *Non oportet amplius tibi quam semel optare.* Et subjicit rationem, *omnis nimia potentia saluberrime brevitate constringitur.* Et ita tutoris datio fit semel, nec iteratione opus. Adoptio non iteratu, nec justa libertas, *l.* 2. *C. de manumiss. vind.* Latina libertas fit quidem iteratione justa et legitima, justa nunquam iteratur. Dices, filium trina mancipatione, et manumissione fieri sui juris, juxta l. XII. tab. *si pater filium ter venum dedit,* sic legendum apud Ulpian. *filius a patre liber esto.* Et rursus filius trina mancipatione, et bina manumissione a patre alii in adoptionem datur, *l. ult. C. de adopt.* Ergo mancipatio iteratur, manumissio iteratur, actus legitimus iteratur. Dicam hoc ideo fieri, quia filius revertitur in potestatem patris post primam et secundam manumissionem ipso jure antiquo: si servus, cui dedi libertatem justam, millies revertatur in potestatem meam, millies eum manumittam. Si non reverteretur, una manumissio conficeret rem. Dices rursus, actionem pro libertate, quam constat numerari inter legis actiones, et potuisse etiam intendi per alium quemlibet, ut est in titulo, *de his per quos ag. poss.* 4. *Instit.* et ita Livius 3. In his, quæ in libertatem asseruntur quivis lege agere potest. Dices banc actionem ter quaterque iterari, *l.* 1. *C. de adsert. toll.* ergo legis actio iteratur. Dicam ceteras assertiones, sive actiones in libertatem, esse perfusorias, quæ fiant dicis causa. Sic Svetonius vocant in Domitiano: postremam tandem rem peragere, nec denuo idem post eam agi posse. Est etiam hoc proprium actum legitimorum, ut eorum solemnitas non possit peragi per procuratorem. Acceptilatio non fit per procuratorem. Inventum tamen est remedium, quo adhibito etiam per procuratorem acceptilatio fiat, non procuratorio nomine jam, sed proprio, nempe remedio novationis. Primum procuratori mandabo delegato debitore meo, ut sibi dari, quod is mihi debet, ac ita movet obligationem. Deinde ipse poterit debitori acceptum facere suo nomine: vel si ego debeam, primum mandabo, ut expromittat pro me, id est, ut novet obligationem, eamque in se suscipiat, atque ita me liberet. Deinde ipse poterit accepto liberari: ergo liberabor novatione: ille acceptilatione: sed et sine mandato hoc modo liberabor novatione: gestor, qui ultro expromisit, acceptilatione ex sententia *l.* 13. §. *tutor*, *de acceptilat.* secundum quam non eccipienda est lex 3. *eod. tit.* ut acceptilatione liberare, aut liberari nemo possit per procuratorem sine mandato, id est, quin præcedente mandato ei sit ante permissum novare obligationem: nam sane hoc remedio non potest per procuratorem, etiamsi speciale mandatum habeat, fieri acceptilatio, nec ulla est causa mutandorum illorum verborum, *sine mandatu*, quæ retinent Basil. ἄνευ ἐντολῆς. Et male in hanc quæstionem, *an per procuratorem acceptilatio potest fieri* adfertur *l. penult. ejusd. titul.* quæ de servo loquitur, non de procuratore: sed per servum accepto liberamur, *l. species*, *eod. tit.* non per procuratorem, non præcedente novatione. Contra per servum debitor noster, nec jussu nostro accepto liberatur, *d. l. pen.* quia edictum *quod jussu* pertineat ad contractus, non ad liberationes, *l. si dubitet*, §. *ult. de fidejuss.* Sed de acceptilatione hactenus. Aditio hæreditatis non fit etiam per procuratorem, *l. per procuratorem*, *de acq. hæred.* nisi sit procurator Cæsaris sive rationalis, vel catholicus, ut dixere posteriores, *l.* 1. *de off. proc. Cæs.* Et similiter manumissio non fit per procuratorem; *l.* 3. *C. de manumis. vind.* nisi sit procurator Cæsaris, *l. bonorum de jur. fisc.* Sed hæc remediis quibusdam per procuratorem fient, et manumisso servo procuratori ante mancipato per æs et libram, et aditio hæreditatis procuratori ante cessa hæreditate in jure, quæ ceditur recte, et antequam adeatur ut Ulp. in fragmen. fiduciaque interposita ejus restituendæ. Et regulæ quoque ejus legis remediis quibusdam occurrunt, puta actibus legitimis absolute perfectis et pure, et eo acto tacite, ut non sortiantur effectum ante diem vel ante impletam conditionem, *d. l. mortis.* Quo genere quælibet dies, sive conditio non inutiliter inseretur, aut sustinebit actuum legitimorum effectus. Actiones autem illæ, quibus inter se homines disceptant, etiam jure antiquo, (quod in desuetudinem abiit, nam litigamus per procuratores) non potuerunt intendi vel excipi per procuratorem: nemo potuit per procuratorem lege, aut legitimo judicio agere, nisi pro patria, et pro libertate, ut ante notavi ex Livio,

et pro tutela: et in casu legis Hostiliæ, *d. tit. de his per quos ag. poss.* Qui locus est singularis, maxime de lege Hostilia. Et hoc est, quod ait lex *nemo, hoc tit. Nemo alieno nomine lege agere potest*: est enim regula juris antiqua. non nova, secundum tit. qui est *de regulis juris antiqui*, et est ea regula sic accipienda, non tantum, ut non possit adversarius lege agere per procuratorem, sed etiam ut magistratus æque non possit lege agere per eum, cui mandaverit suam jurisdictionem, *l. 2. de off. procons. l. nec mandante, de tut. et curat. dat.* Lege agere est commune reorum vel magistratuum, et neutri lege agunt per mandatarium, sed per se. Et jure antiquo procuratores dantur ad administrandum, non ad agendum. Male autem quidam hac ratione quod nemo posset lege agere alieno nomine, patrem non posse filii nomine agere querela inofficiosi testamenti materni, *l. Pap. in prin. de inoff. test.* cum ea lex non dicat id fieri hac ratione juris antiqui, sed alia ratione, *quia filii*, inquit, *injuria est.* Ac præterea dicit invito filio non posse, volente igitur potest. Atquin procurator ne volente quidem aut mandante domino, agere jure antiquo potest. Porro idem etiam censendum de mancipatione, ut non fiat per procuratorem per æs et libram, cum nec fiat acceptilatio, quæ æque fit per æs et libram. Idem et de optione servi, ut non fiat per procuratorem, sed per ipsum legatarium. Nam optionem servi non est dubitandum esse actum legitimum, cum et fiat pure et præcise, et semel, et prætore decernente diem ad optandum, sicut ad adeundum: et sicut filius non adit injussu patris, ita nec optat, *l. 10. de leg. 1. l. 25. de liber. causa.* Et fit ea optio solemniter præsente hærede. Ac proinde non fit ante aditam hæreditatem, *d. l. 10.* et publice exhibita universa familia, *l. 3. §. item si optare, ad exhib. l. si vendidero, §. ad exhibendum, de furt.* et in jure certis, ut opinor, verbis, et testibus præsentibus. Ergo et per se, et non per procuratorem. Et pessime quidam per procuratorem fieri posse, ex *l. pen. de opt. leg.* quod ibi fiat per matrem legatarii. Nolumus vos data opera Jurisconsulti verbo circumscribere, cum matri optio permissa sit in ea lege nominatim judicio testatoris. Legavit filio servum, quem vel filius vel mater ejus optaret. Quæri posset, an symbola, quæ interveniebant in actionibus legitimis, sint eorum propria? Sane non sunt propria, nisi abusu quodam, quia non his solis sunt propria. Quo abusu solennia verba, et testes licet dicere esse propria actuum legitimorum, quod omnibus, quæ sub ea appellatione continentur, sunt propria, quæ tamen non his solis adhibentur, sed et stipulationi cuilibet, et multis aliis negotiis: in mancipationibus, et acceptilationibus fuit symbolum æs et libra: in manumissionibus fuit symbolum fidei religiose observatum *l. ult. C. de emancip. lib.*. Græci ῥαπίσματα dixere: symbolum autem illud fuit alapa, et alio modo Salapittæ, in Glossis vett. et apud Arnobium. In aditionibus hæreditatum pro symbolo fuere percussiones digitorum, ut Cic. est auctor in *lib. de offic.* hoc enim signo significantur se agnoscere hæreditatem, se poscere bona sibi delata, quomodo etiam solebant, ut ex Martiale colligere licet, poscere matellam. Petronius Arbiter: *digitos concrepuit: ad quod signum matellam spada supposuit.* Omnium verisimile est reliquorum intervenisse propria symbola.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXIX. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VI. de Usuris.

Cum de in rem verso cum hærede patris vel domini ageretur, et usurarum quæstio moveretur, Imperator Antoninus adeo solvendas usuras judicavit, quod eas ipse dominus vel pater longo tempore præstitisset.

§. 1. *Imperator quoque noster Severus filiæ Flavii Athenagoræ, cujus bona fuerant publicata, de fisco ideo numerari decies centena dotis nomine jussit, quod ea patrem præstitisse dotis usuras allegasset.*

Libro XXIX. initium dabit *l. 6. de usur.* Cujus quæstio est in usu sæpe. Sciendum ex contractu filiifamil. vel servi, patrem vel dominum teneri actione de in rem verso, id est, de eo quod filius famil. vel servus patrem vel dominum locupletiorem fecit, et vere facere voluit: nam ut sit actio de in rem verso, necesse est ut voluerit negotium gerere domini, vel patris. Tenetur ergo pater de in rem verso ex contractu filii, et dominus ex contractu servi, id est, de eo quod dominum locupletiorem facere voluit et fecit. In qua actione veniunt etiam usuræ pecuniæ versæ in patrimonium patris vel domini, si in stipulatum deductæ sint, non etiam si promissæ non sint, *l. si pro patre, §. sed utrum, de in rem verso.* Et constat etiam hac actione teneri hæredem patris vel domini, ad quem ob eam rem locupletior hæreditas pervenit. Et ita Papinianus notat de in rem verso agi in hæredem patris vel domini. Nunc finge: Agit creditor de in rem verso cum hærede patris vel domini, et petit non tantum sortem principalem, sed et usuras: sed usuras sortis versæ in rem patris vel domini, non constat eas promissas fuisse, sed hoc

tantum, patrem creditori præstitisse longo tempore. Quæritur, *an etiam hæres patris vel domini eas præstare debeat, quoad integram sortem exsolvat?* Et sane, si non probet solvisse indebitas usuras patrem vel dominum, exemplo patris vel domini, cui hæres extitit, deficientibus aliis probationibus, cogetur ex more descripto ejus pecuniæ usuras præstare. Et ita refert Papin. Imp. Antoninum judicasse. Longam igitur præstationem patris argumentum esse usurarum debitarum, etiamsi de stipulatione non constet. Solutio usurarum argumentum est sortis. Et sicut omnia videntur solemniter acta, si quis scripserit se accepisse, id est, præsumitur solemni ritu facta stipulatio, *l. sciendum, de verbor. oblig.* ita videntur omnia solenniter acta, si solverit veluti ex promissione sua; nec probet se solvisse indebitum per errorem. Et hoc est, quod proponit priori parte. Huic objicitur *l. creditor, C. de usur.* quæ l. ait, usurarum obligationem non constitui sine stipulatione, quod est certissimum in credita pecunia, neque ex pacto facto in continenti stipulationem acquiri: porro usurarum obligationem non constitui sine stipulatione, etiamsi aliquo tempore ex consensu, vel ex voluntate ejus, qui eas præstitit, vel ex pacto præstitæ sunt. Præstatio illa sola, vel diuturna non potuit obligare, eum tamen ex pacto solutæ, quia a natura debentur, *l. in his*, §. *Imperator de solution.* non condicuntur, nec in sortem imputantur, *l. 3. C. de usur.* Sed nec in posterum petuntur a creditore, quod ei sint præstitæ in præteritum tempus, præstatio præterita non est idonea causa gignendæ obligationis quæ nulla fuit, etiamsi pactum præcesserit: nam neque ex pacto, neque ex longa præstatione et continua annorum aliqnot nascitur obligatio. Et idem est scriptum de operis libertorum in *l. operis non impositis, de oper. libert.* Si libertus patrono aliquo tempore ex sua voluntate præstitit certas operas, quas ei non imposuerunt patronus, et quas ipse nunquam ei promiserat, certe non ideo perseverare cogitur in his præstandis. Idem est scriptum de qualibet pensione, *l. si certis annis, C. de pact.* tu certis annis ex pacto convento mihi prestitisti pensionem aliquam, quam non poteram te cogere, ut præstares cum ex pacto non sit actio, an igitur quod eas præstiteris ex pacto, quod pacto obtemperaveris, et sequentibus annis te compellam, ut fidem impleas pacti? Minime: quia nulla subest obligatio: ergo nulla coactio est mihi, nec ex præstatione annorum aliquot potest duci ulla obligatio atque constitui. Hi tres loci objiciuntur huic decreto sive rescripto Antonini Imperatoris. Sed his omnibus est facile hoc modo respondere: non sunt adferendæ tres aut quatuor rationes, quas Accursius attulit: sed dicendum est, longam præstationem sortis vel usurarum, sive fiat in solidum, sive pro parte, quotannis, vel quot mensibus, non constituere obligationem, quæ fuit initio: consuetudinem pensitationis indebitæ, non constituere debitum, ut qui præstitit ante et deinceps post præstare cogatur, quasi obligatus. Sed quamvis hunc effectum non habeat solutio, sive præstatio, sive pensitatio longa, habet tamen alios effectus, et primum, ut inducat tacitum pactum, quod non est inducere obligationem, ut in specie *l. qui semisses, hoc tit. et l. 5. et 8. C. eod.* Tu promisisti mihi majores usuras, et aliqnot annis mihi præstitisti minores, nec expostulanti tacite videtur convenisse, ne peterentur majores. At si post petam majores me repelles exceptione taciti pacti: longa igitur præstatio tacitam pactionem inducit. Est et alius effectus, ut præbeat præsumptionem et argumentum certissimum obligationis, si de ea dubitetur pactum præcesserit, an stipulatio: usurarum ex longa præstatione debitarum, ex longa præstatione præsumam præcessisse stipulationem, nec debitorem fuisse adeo supinum, ut mihi diu præstiterit indebitas, videlicet non probantem fuisse indebitas et solutas per errorem. In dubio igitur non induces obligationem, sed præsumptionem obligationis, quæ habetur pro probatione, et sufficiat judici, ut et imperatori in hac specie sufficit. Et tertius effectus hic est, ut si fuerit obligatio ab initio, et hoc constet, longa pensitatio eam perpetuet, producat, ut in specie alimentorum relictorum testamento vel codicillis *l. 1. C. de fideic.* Mihi sunt relicta alimenta testamento vel codicillis, et hoc constat, hoc probo, cui fuerint relicta: non ambigitur, an debeantur, sed quæritur utrum in perpetuum, an ad tempus debeantur. Porro mihi fuere præstita per multum temporis, id est, non minus quam triennio: lex ait, ex hac præstatione triennii duci conjecturam perpetui debiti, nisi probet hæres alimenta fuisse relicta tantummodo in triennium. Et observandum in *d. l. multum tempus* accipi pro triennio, et triennium accipi pro multo tempore: si petantur usuræ quasi promissæ, quæ præstitæ sunt triennio et in posterum præstentur, nisi probes non deberi; ubi præsumptio pro me facit, tibi incumbit probatio, in qua si deficis vincit præsumptio, et ita multos annos accipi convenit in *d. l. qui semisses, et l. 5. C. de usur.* maxime cum *l. 8. eod. tit.* in eadem specie non exigat numerum annorum, ut non male Greci velint illo loco, vel unicam præstationem usurarum minorum sufficere, ut quis per exceptionem pacti taciti liberetur a majoribus, quod *d. l. 8.* non exigat numerum annorum, vel unius anni satisfactio pro pactione est. Et quod ponitur in *l. 5.*

per certos annos fuisse præstitas minores usuras, ex pacto proponitur: in præscriptione tamen fateor exigi 10. annos, ut colonus scilicet vindicet in libertatem: repelletur exceptione hujusmodi, quod longo tempore id est, 10. annis præstiterit reditus, atque quasi coloniariæ conditionis homo, quo jure utimur hodie, *l. litibus*, *C. de agric. et censit. lib.* 21. Eaque ratione conficiuntur antapochæ, *une contrequictance*, in *l. plures*, *C. de fide istrum.* quibus probat creditor, sibi solutam pensionem fuisse. Apocha creditor profitetur pecuniam sibi solutam fuisse. Antapocha autem colonus profitetur se solvisse. Apocha debitori datur. Antapocha domino. Sed addamus quartum effectum; præstatio vel semel facta, vel partis præstatio, obligationem quæ fuit, corroborat, quia extinguit exceptionem S. C. Macedoniani: qui enim ultro solvit, cum esset tutus exceptione, S. C. Maced. videtur renuntiasse exceptioni *l.* 9. §. *ult. sup. ad Maced. l.* 4. *C. eod.* Extinguit etiam exceptionem non numeratæ pecuniæ: nam si cœpi solvere, postea non allegabo mihi non solutam pecuniam fuisse, *l.* 4. *C. de non num. pec.* Facile ea exceptio perimitur: nam et coercetur biennio: præstatio etiam exstinguit præscriptionem fori, ut si hoc loco cæpi solvere, si hoc in foro, cui non sum subjectus, eodem cogar peragere solutionem, nec potero revocare forum posita exceptione fori, *l. si fideicommissum*, §. *ult. de jud.* Ac præterea exstinguit facultatem appellandi, si condemnatus feci, judicatum in totum, vel pro parte, non est mihi integrum appellare, quia videor acquievisse sententiæ et renuntiasse appellationi, *l. ad solutionem*, *C. de re jud.* In quam rem recte etiam adducit Accurs. *l. cum ex causa de appell.* Et hæc de priori parte. In posteriori similem casum Papin. adjungit, quo ex prestatione certi temporis ducitur argumentum obligationis. Prior casus est ex decreto Antonini, posterior ex decreto Severi: verbum enim *jussit* in posteriore parte, significat decretum, ut *l.* 3. *hoc tit. l. Imperator*, *ad Treb.* ut indicavimus in priori parte. Prior pars fuit de actione de in rem verso, posterior, ut Greci ponunt speciem, qui in eo mihi mirum in modum placent, quod conjungant duas vicinas actiones, quibus tenetur pater vel dominus, vel quilibet eorum hæres ex contractu filiifam. vel servi. Posterior ergo est de actione quod jussu. Finge: filia jussu patris marito promisit decies centena millia nummorum dotis nomine, et ea fuit olim legitima dos. Martialis: *Centena decies, quæ tibi dedit dotis.* Et Juvenal. *et ritu decies centena dabuntur*, *Antiquo.* Lex Papia est, quæ modum imposuit dotibus, *l.* 2. *C. Theodos. de inoffic. dotibus*, ut certe par est ei opponi modum, sicut donationibus et legatis, et est impositus constitutione quadam regia. Respublica Massiliensium (fuit olim excellentissima, ut omnes auctores testantur) modum dotis constituit centum aureorum, nec produci poterat ultra 100. aureos. Strabo: Quarumcunque facultatum esset, et quinque aureorum in vestem, et quinque in mundum muliebrem, *εἰς χρυσὸν κόσμον*, *la dot en argent*, *et le vestement et ornement.* Sed redeo unde abii: filia jussu patris marito promisit in dotem decies centena, obligatur pater actione, quod jussu, atque etiam directa, quia ipse videtur contraxisse, *l. ult. quod jussu.* At proinde pater ejus dotis usuras præstitit aliquo tempore, in exhibitionem scilicet filiæ, *pour l'entretenement*, ne sumptibus mariti aleretur, sed ex usuris suæ dotis, ne interim dum non solvitur dos, maritus de suo uxorem exhiberet, et ejus mancipia. Hac igitur ratione solet pater inferre usuras dotis, ut exhibeatur filia a marito, *l. creditor*, §. *si inter mand. l. pen. de acq. hæred. l. cum post*, §. *in domum*, *de jure dot. l. in insulam*, §. *usuras*, *sol.* Ex constitutione Justiniani hodie etiam marito pater debet usuras trientes dotis ipso jure sine stipulatione, sine pactione *ἀντομάτως* post biennium a die contracti matrimonii, *l. ult.* §. *præterea*, *C. de jure. dot.* Sed persequamur speciem. Filia promisit dotem jussu patris: pater præstitit usuras: post confiscata sunt bona patris, fiscus quasi successor tenetur creditoribus, inter quos est gener. Is igitur cum fisco agit, et petit decies centena sibi promissa, petit etiam usuras, in quas sibi promissas, fiscus veluti successor juris universi tenetur, *l.* 5. *C. de bon. proscript.* ut bona intelligantur deducto ære alieno. Sane fiscus præstabit usuras, quas præstitit is qui confiscatus est. Et præstatio usurarum idoneum est argumentum debitarum usurarum, atque ex eo fiscus obligabitur solvendæ doti et usuris. Debentur quidem marito fateor, sed numerabuntur recte filiæ, et petentur adhibito marito, vel a marito petentur adhibita filia, quia ejus est proprium matrimonium, et quasi communis res est, uxoris et mariti, unius est jure naturali, alterius jure civili, *l. in rebus*, *C. de jure dot.*

Quod diximus ante ex longa et multa præstatione, sive pensatione, non constitui obligationem, quæ non fuit constituta ab initio manifesto confirmatur eo. quod si pater, qui pro pupillo non obligatur, nisi de peculio et aliis actionibus prætoriis; si inquam, pater cœperit ultro solvere debita pupilli quædam, non ideo obligatur, et reliqua debita solvere, *l. ult. C. ne uxor pro mar.* solvet pro filio: quibus libuerit: nec si quibusdam solverit liberaliter, ideo compelletur aliis creditoribus solvere. Item quod hæres interveniente Falcidia, qui præstitit quædam legata solida sine detractione Falcidiæ, non obligatur cetera præstare solida,

sed utetur in ceteris, si volet Falcidia, *l. 15. §. non ideirco, ad leg. Falcid. l. 6. in fi. C. eod.* Atque ita etiam ex his apparet, præstationem longam aut multam non obligare eum, qui obligatus non est: præstita tamen non posse repeti, quia donasse ea videtur ultro, et donati non est repetitio.

Ad L. XL. de Vulg. et pupil. substitut.

Causa cognita impubes adrogatus decesserat: quemadmodum legitimis hæredibus auctoritate principali prospicitur vinculo cautionis: ita, si forte substituit naturalis pater impuberi, succurrendum erit substituto: nam et legitimis hæredibus futuris non aliæ, quam utiles actiones præstari possunt.

Lex 40. est de adrogatione pupilli morte patris facti sui juris. Olim pupillus adrogari non potuit, ut ex Gellio intelligere licet. Ratio fuit, quia is qui adrogatur, ejus rei esse debet auctor: pupillus autem nullius rei auctor est idoneus, et tutori quoque in pupillum non est tanta potestas, vel auctoritas ut eum possit subjicere alienæ potestati, proinde adrogari non potest, nisi jam *vesticeps*, id est, *pubes*. Pubes olim adrogari potuit sine curatoris auctoritate, hodie non potest ex constitutione Claudii, *l. 7. et 8. de adopt.* Pupillus ne tutore quidem auctore adrogari potest, hodie adrogari potest eo auctore ex constitutione Anton. *Ulp. infragm tit. de adopt.* Is est D. Pius, *l. 2. fam. ercisc.* Ea constitutio, sive rescriptum significatur in hac l. his verbis, *auctoritate principali,* id est, constitutione D. Pii, et in *l. si adrogator, de adopt.* his verbis, *principali providentia.* Ex ea constitutione pupillus adrogari potest, hodie tutore auctore observatis his, quæ eadem constitutione præscribuntur, non adrogatur sine observatione magna. Ac primum fit adrogatio causa cognita: ut initio ejus *l. causa cognita impubes adrogatus est uti oportet.* Sed hoc videtur non esse proprium in pupillo: nam et puberis adrogatio fit causa cognita, *l. 15. §. ult. et seq. de adop.* Gell. *lib. 5. ait, adrogationem non fieri temere, nec inexplorate: nam et ætatem ejus, qui adrogare velit, consideramus, an liberis potius gignendis idonea sit, et num bona ejus, qui adrogatur, insidiose appetita sint: nam adrogatus cum capite bona sua trasfert in adrogatorem,* et considerantur innumera alia. M. Tullius pro domo sua· *causam adoptandi quæri solere. Sed fateor, in adrogatore pupilli diligentissimam inquisitionem fieri, ne sit in potestate tutoris, qui ejus rei auctor est, et sine quo non valet adrogatio, ne sit in ejus potestate finiri tutelam a patre naturali pupillo factam, quod est testamentum pupilli, qui per ætatem non potest sibi facere testamentum. Nam tutela finitur adrogatione, quia filiusfamilias tutorem habere non potest* (*qui est en puissance d' autruy, ne peut avoir de tuteur*) *Substitutio quoque cum sit testamentum pupilli, adrogatione irrita fit, quia adrogatio capitis diminutio est, et omni capitis diminutione testamentum irritum fit.* Et hoc ita ostenditur *l. nec ei permittitur, §. de adopt.* Finitur etiam agnatio adrogatione, et perimitur jus legitimarum hæreditatum, jus agnationis, id est, adrogatus desinit esse agnatus his, quibus fuit ante, et vicissim, quia adrogatione ante fuerint agnati, desinunt esse. Adrogatio igitur perimit agnationem, et jus legitimæ hæreditatis, mutat gentem, familiam, nomen, sacra, quæ omnia tutoris auctoritas non temere abolere debet, qui fuerit auctor pupillo dandi se adrogandum. Ac præterea illud exigitur in adrogatione pupilli ex constitut. D. Pii, ut adrogatur satisdato caveat mortuo pupillo ante pubertatem, restituturum se bona quæcunque fuerint illius, ad quos ea pertinerent, perinde ac si adrogatus non esset. Et ita cavet servo publico, tabulario, actuario apud prætorem, quomodo etiam rem pupilli salvam fore tutor cavet servo publico, *l. 2. rem pub. salv. for.* Et sicut ex stipulatione hac, rem pupilli salvam fore, pupillo hæredibusve ejus acquiritur utilis actio, non directa, quia per servum publicum, ut nec per alienum, ipso jure pupillo, vel alii non potuit acquiri actio, *l. 4. eod. tit.* ob id non acquiritur directa, sed utilis ex civili stipulatione, alii non acquiritur: ex prætoria utilis actio acquiritur etiam per liberam personam, veluti per procuratorem, quod est proprium stipulationum prætoriarum, *l. 5. de prætor. stip.* quæ non reguntur jure stricto, sed æquitate prætoria. Ita ex hac stipulatione, quæ interponitur ex constit. D. Pii, pupillo adrogato, per servum publicum acquiritur utilis actio his, quorum interest, id est, qui læduntur adgnatione pueri. Et his verbis, *ad quos ea res pertinebit*, non tantum continentur legitimi hæredes pupilli, ut *l. 2. §. impuberem, et §. pen. ad Senatusc. Tertull.* sed continentur etiam hæredes testamentarii, id est, si quos pater naturalis pupillo substituit secundis tabulis in hunc casum, si ante pubertatem moreretur: nam his omnibus ex stipulatu utilis actio datur, sive stipulatus sit servus publicus, sive nemo sit stipulatus: nam in hac specie inducitur tacita stipulatio, et omissa stipulatio pro expressa habetur, et competit utilis ex stipulatu. Denique actio ex stipulatu datur substitutis, licet ipso jure substitutio irrita sit propter adrogationem nam si datur actio legitimis hæredibus, et substitutis eam dari æquum est, quia

legitimi ipso jure non veniunt, cum agnatio perempta sit adrogatione. Utrique igitur veniunt vinculo et potestate cautionis: et hoc est quod ait Papinian. in hac *l. causa cognita futuris hæredibus utiles actiones præstari*, id est, qui futuri erant ipso jure, si adrogatio non intervenisset: et omnino ratio Papin. ita explicanda est, ad quam non animadverterunt interpretes, ut adrogatione jus substitutionis perimatur, quia ut omne testamentum perimitur capitis diminutione, ita et jus legitimarum hæreditatum. Etsi hoc conservas legitimis hæredibus, et illud debes conservare substitutis: nec enim plus juris habent legitimi, quam substituti: utrique veniunt remedio cautionis, vel tacitæ, vel expressæ: nam tacita, si omissa fuerit expressa, subintelligitur, *l. his verbis, de adoption.* ut multis aliis casibus in jure sunt pleræque tacitæ cautiones. Et maxime hoc admittitur in prætoriis, ut quod solet fieri, videatur factum, etiamsi re vera non sit factum. Et hodie cur multi non utuntur cautionibus, non cautione judicio sisti, de rato, judicatum solvi, non cautione legatorum, non pupilli rem salvam fore, an contemnimus jus civile? minime, sed solemnia, quæ erant, præsumimus semper acta, ut intelligantur intervenisse: et fidejussorum satisdationes nullæ sunt hodie, sed repromissiones. Denique cautiones, de quibus fit mentio in jure, omnes locum habent, quia tacite intelliguntur, vel sunt nudæ repromissiones. *Car s' il y avoit un respondant, il faudroit qu' il parlast.* Ergo ut ait Papinianus, utilis actio mortuo pupillo adrogato ante pubertatem, datur substitutis pupillo a patre naturali, cujus effectu et potestate consequentur hæreditatem pupilli, et perinde ac si substitutio non fuisset irrita, conservatur. Conservantur igitur secundæ tabulæ, et omnia quæ sunt scripta in secundis tabulis, *d. l. his verbis.* Sed multum interest decesserit pupillus vivo adrogatore, an mortuo: nam si eo vivo, ipse adrogator vel fidejussor ejus tenetur utilibus actionibus substitutis, vel legitimis hæredibus pupilli, ut restituat, quod pupillus transtulit in familiam ejus ab initio, et quod postea ei acquisivit. Sin autem post adrogatorem pupillus decesserit, hæredes adrogatoris hæredibus pupilli non tenentur jam ex cautione, quæ in eum casum non concipitur, nec hoc jure conciperetur recte ante Justinianum post mortem promissoris, sed tenentur hæredibus pupilli ipso jure ex constitutione Divi Pii, condictione ex ejusdem rescripto, non tantum ut restituant quæ a pupillo ad adrogatorem pervenerunt, sed etiam bonorum adrogatoris, quæ fuerunt mortis tempore, ut præstent quartam, quæ est quarta Antoniana, debita pupillo, quæ omnia et pupillo deberi cœperunt, qui supervixit adrogatori vel exhæredato vel emancipato, vel instituto ex minima parte, deberi, inquam, et cœperunt statim a morte adrogatoris, et ab eo peti potuerunt ex ea constit. D. Pii, *l. ult. si quid in fraud. patr. §. cum autem, Instit. de adoption. l. Papin. §. si quis impubes, de inoffic. test. l. 1. §. si impuberi, de collat. bon. et d. l. si adrogator*: peti, inquam, potuerunt, ex rescripto scilicet D. Pii, atque etiam utili judicio famil. erciscund. instituto cum hærede scripto, *l. 2. famil. ercisc.* Et inde quæritur in *d. l. si adrogator, de adoption.* an adrogator pupillo substituere possit? an possit ei facere substitutionem pupillarem? quod videtur, cum sit in ejus potestate. Verum magna ratione placuit, ut adrogator non posset ei substitere nisi in suis bonis, quæ dedit, vel alius ipsius contemplatione, et nemo dubitabat quin iis potuerit substituere: dubitabatur, an posset ei substituere in quarta, quæ debetur ex rescripto D. Pii, quasi æs alienum. Pater in eo, quod debet filio non substituit recte, quia id non ei obvenit judicio patris, sed debetur necessitate juris. Verum placuit permitti adrogatori, ut in ea quarta substituat pupillo vel directo, vel per fideicommissum usque in pubertatem, puta in hunc casum si moriatur ante pubertatem, ut illa quarta Titio obveniat vel restituatur, non ultra pubertatem, nec per fideicommissum quidem, *d. l. si adrogator, et l. sed si plures, §. in adrogato, de vulg. substit.* In ceteris bonis quæ dedit adrogator poterit substituere etiam ultra pubertatem per fideicommissum. Nam puberi directo non substituimus in secundum casum, id est, quo substituitur pupillis, sed vulgari modo tantum, si pubes nolit esse hæres, qui est primus casus substitutionis. Secundus est, si sit hæres, et moriatur intra pubertatem, non post, quia pubes ipse potest sibi facere hæredem non possum ei dare hæredem, qui sibi facere potest: pupillo possum, quem in potestate habeo. Ex his oriuntur tria vel quatuor valde nova. Primum hoc est, ut puberi non possim substituere per fideicommissum in bonis a me profectis, veluti in quarta illa, quod est contra regulam juris, ut non possim per fideicommissum substituere in bonis a me profectis, *§. ult. de pupill. substit.* Et ratio hæc est, quia non judicio meo debetur ea portio adrogato, quæ non datur mea sponte, sed ex necessitate juris, ex providentia Divi Pii: in eo, quod tibi debeo, te fideicommisso onerare non possum. Fideicommisso onerari possunt qui judicio nostro ex bonis nostris aliquid perceperunt. Secundum quod valde novum est in specie pupilli adrogati, hoc est, ut ad substitutionem pupillarem, quam fecit adrogator, non pertineant omnia bona pupilli, sed quarta illa, et bona ab adroga-

tore profecta, non quæ pupillus ei acquisivit, vel ab initio adrogationis vel postea, quod est contra regulam *l. sed si plures*, §. *ad substitutos*, *h. t.* Nam hæres unicus, qui scribitur, non potest non esse hæres ex asse. Et ratio novitatis hæc est, quia cetera bona sunt obnoxia cautioni, nec possunt comprehendi substitutione. Et tertium etiam, quod novum est, ut si forte pater naturalis ei pupillo substituerit ante adrogationem, deinde decesserit, atque etiam adoptivus post adrogationem, fit in hac specie, ut non habeat omnia bona substitutus a patre naturali, nec omnia substitutus a patre adoptivo, atque ita, ut duo quodammodo pupillus videatur habere patrimonia, duas hæreditates, duo testamenta, quod æque est contra regulam juris. Unius hominis non sunt duo patrimonia, duæ hæreditates, vel duo testamenta, *l. jurisperitos*, §. 1. *de excusation. tut. l. si certarum*, *de milit. testam.* nisi militis, cujus duo possunt esse patrimonia, paganum et castrense. Et hac in re comparatur militi pupillus adrogatus, *d.* §. *ad substitutos et seq.* Addamus etiam quartum, ut si ei pupillo sustituerit adrogator, non substituerit pater naturalis, pro parte moriatur testatus, pro parte intestatus, quia substitutio pupillaris ei facta amplectitur tantum partem bonorum pupilli: et pro parte igitur testatus videtur. Nec dubitemus, quin exemplum militis, ad hanc partem trahere liceat. Addamus ultimum, licet addubitet Accursius *in d. l. si adrogator*, ut plus tribuatur adoptivo filio, quam naturali et legitimo: nam naturalis jure exhæredatus excluditur omnibus bonis paternis, ut ne teruncium quidem habere possit ex bonis patris, adoptivus exhæredatus semper salvam habet quartam. Sed hoc obtinet in pupillo tantum adoptivo in suprad. Constitut. non impubere, non etiam in pupillo, qui pubuerit apud adrogatorem. Cautio finitur pubertate, *l. his verbis, et seq. de adopt.* Constitutio D. Pii finitur pubertate, qua ratione etiam nihil attinet caveri substitutis pupillo a patre naturali post pubertatem, quia substitutio pupilli finitur pubertate, *l. in pupillari*, *h. t.* Nihil attinet etiam caveri legitimis post pubertatem. Nota, *pour les legitimations de France, que les parens du pere legitiment et naturel, né peuvent pretendre interest, et n'ont besoin d'estre appellez*: cum certo non sint futuri hæredes post pubertatem: possint etiam facere testamentum, et excludere legitimos. Possis quærere de quarta hac Antoniana, quæ debetur pupillo adrogato, qui supervivit adrogatori, pupillo, inquam, exhæredato ab adrogatore, quæ exhæredatio excludit illum bonis omnibus, vel etiam emancipato sine causa, quæ emancipatio omnimodo perimit jus filii adoptivi: emancipato filio naturali remanet cognatio, emancipato adoptivo nihil remanet, nec post emancipationem est agnatus, nec cognatus: debetur etiam hæc quarta non quidem instituto ex asse, vel justa parte, sed ex minima, velut ex uncia debetur unciario hæredi: nam hunc comparo exhæredato, *l. 2. quod cum eo*. Quæres, quid si sint plures pupilli adrogati, utrum singulis debentur quartæ in bonis rogati, an omnibus una quarta? Dicam, vix permitti adrogationem plurium pupillorum, quæ fit ægre, et non nisi causa explorate cognita; sed si permittatur, dico omnibus pupillis adrogatis his casibus deberi quartam bonorum omnium adrogatoris: singulis autem quartam legitimæ partis, id est, quartam ejus partis, quam haberent ab intestato, quæ coadunatæ conficiunt omnibus simul quadrantem omnium bonorum, exemplo naturalium et legitimorum, quibus, et eo modo satisfit, non exhæredatis. Ac postremo si adrogatori supersint filii naturales et legitimi, dicam: vix habenti justos et naturales permittitur adrogatio pupilli, *l. nec ei*, §. *pen. de adoption.* vel si permittatur, aut post adrogationem susceperit naturales, quos non habuerat ante, pupillo, aut pupillis adrogatis et exheredatis, et emancipatis sine causa vel institutis ex modica parte, similiter sua quarta servanda omnibus bonorum omnium adrogatoris, cetera relinquenda ab intestato liberis naturalibus.

Ad Leg. XI. ad leg. Falcid.

In ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis hæredi in quadrantem imputantur.

Adeo laborem multum in explicanda *l. 11. ad l. Falcid.* cujus singulis versibus singula sententia controversa significatur. Primo versu quid significatur? In ratione *l. Falcid.* Quædam sunt causæ, ex quibus retentionem habemus, petitionem non habemus, *l. s. ex quibus, de condict. indeb.* ut quartæ hæreditatis, quæ propter l. Falcidiam apud hæredes remanere debet, retentio est, non petitio, nisi ex constitutione Justiniani, *l. 14.* §. *1. et seq. et l. 95. hoc. tit.* Et dotis ob liberos est retentio, non petitio, *tit. de dotibus*, apud Ulp. debiti naturalis est retentio, non petitio *l. Stichum* §. *aditio, de solut.* Quod evenit et in aliis multis causis; ex his causis retentiones factæ a testatore, vel ab hærede, post aditam hæreditatem, cum conveniretur, id est, retentiones omnis temporis hæredi imputantur in Falcidiam, quia factæ retentiones a testatore, perveniunt ad hæredem jure hæreditario, et fiunt ab hærede similiter jure hæreditario. Et certum est, in Falcidiam venire, aut imputari ea omnia, quæ hæres habet jure hæ-

reditario pro modo quadrantis, et ea quidem sola, non quæ alio jure, vel ex alia causa habet, *l.* 5. *l. si a me*, *l. quod autem, et l. in quartam, hoc tit.* Falcidiam capit jure hæreditario, *leg. pater filium*, *h. tit.* vel quod idem est, *jure testamenti*, id est, jure institutionis, *l. qui duos*, *de vulg. subst.* Habet autem hæres jure hæreditario non tantum corpora, quæ testatoris fuerunt mortis tempore, sed etiam actiones, petitiones, persecutiones: et non tantum actiones, sed etiam retentiones, deductiones, reputationes, computationes, compensationes, et quocunque tempore hæ etiam ei imputantur in Falcidiam. Et hanc puto esse sententiam hujus versus: neque enim eum accipi volo de retentionibus, sive prælegationibus, cum retentis quibusdam hæres rogatur restituere hæreditatem, quanquam et hæc videatur hæres sumere ex hæreditate ipsa, et consequenter debeat etiam hæc imputare in Falcidiam, *d. l. in quartam.* Nam si de his retentionibus sensisset, non adjecisset *omnis temporis*: nec enim hæ recipiunt varia tempora. Nolo etiam hunc versum accipi de legatis inutilibus, quæ remanent apud hæredem, quanquam et hæc constet imputari in Falcidiam et augere cetera legata, *l.* 50. 51. *et* §. 1. *hoc tit. Instit.* Nam si de his sensisset, non fuisset ei grave scribere: (*retentionibus legatorum*) Ac rursus non adjecisset, *omnis temporis*, quibus verbis complectitur et tempus mortis testatoris, quod in hoc tractatu legis Falcidiæ potissimum spectatur, et tempus quodcunque fuit post mortem ejus: ut omni tempore, quod quandoque bonis accessit per retentionem, opposita exceptione doli mali, id pleniorem hæreditatem faciat, et hæredi imputetur in Falcidiam, veluti, si hæres post mortem testatoris per retentionem servarit id, quod aliquis defuncto debuit naturaliter, ut in *l. cum quis*, §. *quid ergo si idem, hoc tit.* quia etsi retentio illa contingat post mortem testatoris, tamen ipsa naturalis obligatio fuit mortis tempore. Qui sensus etiam congruit, aut est proximus valde §. 1. *hujus leg.* in quo etiam ponitur alius casus, quo aliquid imputatur in hæreditatem et in Falcidiam, ex eo, quod contigit post mortem testatoris, quorum utrumque videtur esse contra regulam juris, ut in ponenda ratione legis Falcidiæ, inspiciatur tempus mortis testatoris, id est, ut inspiciatur, quanti eo tempore fuerit hæreditas, quid eo tempore fuerit in bonis, et quod postea perit, ut pereat hæredi, quod postea accedit, ut lucro cedat hæredis, *l. in quantitate*, *l. cum quo*, *l. in ratione* 2. *hoc tit.*

Ad §. *Si servus.*

Si servus sub conditione libertate data, vita decessit, si quidem impleta conditio quandoque fuerit, hæredi non videbitur periisse; quod si defecerit, in contrarium ratio trahit, sed quanti statuliber, moriens fuisse videbitur.

Agit hic §. de statulibero, et pro his verbis, *si servus sub conditione*, brevius licet reponere, *si statuliber.* Statuliber est servus manumissus sub conditione in testamento. De servo manumisso proprie agitur in §. *si servus.* Quo paulo inferius conjuncto cum hoc §. 1. intelligimus in eadem quæstione, quantum intersit inter servum sub conditione manumissum, id est, statuliberum, et servum pure manumissum. Sed ut de statulibero prius agamus: quæritur, *si post mortem testatoris moriatur statuliber pendente conditione libertatis, utrum pereat hæredi, an non?* Si perit hæredi, hæres ejus pretium sibi imputat in Falcidiam, si non perit, non imputat. Et eleganter Papinian. docet, hoc ex eventu dignosci oportere. Distinguit hoc modo: aut post mortem statuliberi extitit conditio libertatis, aut defecit libertatis conditio. Si extitit conditio libertatis, pretium ejus bonis deducitur, hæreditati deducitur, perinde ac si vivus pervenisset ad libertatem existente conditione, quia constat in ponenda ratione legis Falcidiæ, pretia manumissorum detrahi bonis, *ils ne sont point en compte*, ut æs alienum, *le quel n' est point du compte des biens*, *l. sed si non servus*, §. 1. *l. æris alieni*, *hoc. tit.* §. *ultim. Instit. eodem tit.* Quod fit etiam in ponenda ratione legitimæ debitæ liberis, aut parentibus, *l. Papin.* §. *quarta*, *de inoffic. test.* Igitur eo casu pretium ejus hæreditati peribit, id est, non intelligitur in hæreditate fuisse: non peribit hæredi, id est, hæres non id imputabit sibi in Falcidiam. Sic igitur, si post mortem statuliberi extiterit conditio libertatis, pretium ejus peribit hæreditati, quia non intelligetur in hæreditate fuisse, non peribit hæredi, quia hæres pretium ejus sibi non imputabit in Falcidiam: male dixeram ante sine negatione: quia nec si viveret, ullum pretium, ulla æstimatio ejus iniri posset: esset enim liber, et liberi hominis nulla est æstimatio. Absurdum autem est mortuum æstimare, qui vivus non æstimaretur. Observandum est multum interesse utrum qui dicat, *pretium hæreditati perire*, an *hæredi*; nam quod hæredi perit, imputatur hæredi in Falcidiam, et non perit hæreditati, quia intelligitur in hæreditate fuisse. Contra, quod hæreditati perit, non intelligitur in hæreditate fuisse, et non perit hæredi, quia non imputatur ei in Falcidiam. Ex hac observatione facile quis apprehendet cetera omnia. Et hoc quidem, si post mortem statuliberi extiterit conditio libertatis. Nunc sumamus alterum membrum. Quid si defecerit conditio? Et hoc casu hæreditati non

perit is homo, cum intelligatur in hæreditate fuisse: hæredi perit, quia pretium ejus sibi imputat in Falcidiam: nam etsi viveret, quia defecit libertas sive conditio libertatis, ipse vel pretium ejus bonis computaretur. Et hoc est quod ait in §. 1. Sed notandum est, multum interesse tamen una in re, utrum is homo vivat, an mortuus sit, cum defecit conditio libertatis: nam si viveret, tanti æstimaretur, quanti fuit tempore mortis testatoris: si moriatur pendente conditione, ut dixi, quæ postea deficiat, tanti æstimabitur, quanti fuerit mortis suæ tempore, non testatoris, id est, æstimabitur ut statuliber: nam et mortuus est statuliber, non æstimabitur ut servus, eaque sola æstimatio hæredi imputatur in Falcidiam. Minor igitur æstimatio, quam si servus mortuus esset, quia minoris semper æstimatur statuliber, quam servus propter implicitam statulibero causam, et statum libertatis. Et id est quod ait in *ult. vers.* §. 1. *sed quanti statuliber moriens videtur fuisse.* Hæc verba sunt de æstimatione mortui statuliberi. Superiora sunt de peculio, an hæredi perierit statuliber nec ne. Et hæc de statulibero. Nunc videamus quid sit dicendum in servo pure manumisso testamento domini, de quo est §. *si servus* 4.

Ad §. *Si servus* 4.

Si servus testamento manumissus ante aditam hæreditatem decedat, hæredi quidem periisse intelligitur, sed cujus pretii erit, qui si viveret, non æstimaretur? Nam et eos, qui moriente domino ea valetudine affecti fuerant, ut eos non posse vivere certum esset, tamen, si postea moriantur, hæreditati periisse responsum est. Nec aliud in his, qui sub eodem tecto fuerunt, cum dominus a familia necaretur.

Finge, servo pure datam libertatem in testamento, et post mortem testatoris servus mori ante aditam hæreditatem, id est, antequam cederet dies libertatis. Nec enim libertas cedit antequam sit hæreditas, *l. Julianus, de cond. et demonstr. l. qui putat.* §. *ult. de acqu. hæred. l. un.* §. *in novissimo, C. de cad. tol.* Et ideo regula Catoniana non pertinet ad libertates, quoniam est de his tantum, quæ cedunt a morte, non ex alio tempore. Hic igitur servus, ut posuimus speciem, cui erat relicta libertas pure, decessit ante aditam hæreditatem, cui periit. Et periit quidem hæredi revera, non hæreditati, quia certe in hæreditate fuit tempore mortis testatoris, et fuisse eventus docuit confirmavitque, cum dies libertatis inutiliter cesserit illo jam ante defuncto. Sed tamen ut concludit Papin. magis est, ut dicamus illum hominem perire hæreditati, non hæredi, propterea quod pretium ejus hæres in Falcidiam imputare non potest, quia nec si viveret ipse ullum reciperet pretium, quoniam esset liber: non possum æstimare mortuum, quem non æstimarem vivum: si non possit æstimari, non possit igitur imputari in Falcidiam. Atque ita evenit, ut qui fuit in bonis mortis testatoris tempore, non videatur fuisse, imo pro eo habeatur in ratione legis Falcidiæ, ac si non fuisset. Quod non videtur novum Papin. cum in §. *si servus* ponit alios duos casus, quibus servus, qui revera fuit in bonis mortis testatoris tempore, non videtur fuisse, et mortuus hæreditati perit, non hæredi. Primus hic est, si servus, qui ægrotabat mortis testatoris tempore, eo tempore deploratus fuerit, et certissimæ morti proximus: nam et hic, licet superfuerit testatori, licet decesserit post mortem testatoris, mortis tempore conclamatus, hæredi potius videtur periisse, quam hæreditati, id est, non videtur in hæreditate fuisse, licet fuerit utique. Et alter casus hic est: si servus sub eodem tecto fuerit, vel, ut veteres loquebatur, *si suffuerit*, cum dominus a familia necaretur, et is postea ultimo supplicio affectus sit ex Senatusconsulto Syllaniano, quo cavetur, ut servi, qui sub eodem tecto fuerunt cum dominus necaretur, quæstione de his habita, post supplicio afficiantur: hic servus fuit revera in bonis mortis tempore, cum decesserit post mortem testatoris, sed tamen pro eo est, ac si non fuisset, quia hæredi non imputatur in Falcidiam, *l. æris alieni, hoc tit.* Atque ita his tribus casibus evenit, ut in ratione leg. Falcidiæ, in qua spectatur quid fuerit in bonis tempore mortis testatoris, subducantur bonis quædam, quæ fuerunt in bonis tempore mortis testatoris, et videatur non fuisse in bonis, quod ad rationem legis Falcidiæ attinet. Et his casibus, ut mortuus servus effectu videatur periisse hæreditati, non hæredi, Græci in summam illum §. redigunt, conjunctis illis tribus casibus, quorum primum male quidam distinguunt a duobus consequentibus. Summa Græcorum est. *Servus libertate honoratus et ante aditionem mortuus, et is, de cujus incolumitate vivente testatore, desperabatur*, qui deploratus et conclamatus erat, *et is, qui sub eodem tecto erat, cum testator occisus est, hæreditati periit.* Hæc est summa Græcorum, id est, unus, et alter, et tertius homo non videtur in hæreditate fuisse mortis testatoris tempore, licet post mortem obierit. Ergo his verbis, *sed quanti*, concludit hæreditati magis periisse, quam hæredi, ut apparet in consequent. casib. quod diligenter retineatis velim.

Ad §. *Imperator* 2. *et* §. *cum quidam* 3.

Imperator Marcus Antoninus decrevit hære-

des, quibus pars bonorum ablata est, non in ampliorem partem, quam pro ea, quæ relicta est, legatorum nomine teneri.

§. 3. *Cum quidam, parte dimidia bonorum adempta fuisset relegatus, idemque provocatione interposita, testamento postea facto obiisset, atque post mortem ejus non juste appellatum, esset pronuntiatum: quæsitum est, utrum æris alieni loco pars dimidia abscederet, et residua sola videretur fuisse in bonis, an vero succurri hæredi necessarium esse videbitur: sed videtur, succurri debere, cum animus litigantis, et obtinendi votum, hanc opinionem admittit.*

Sequitur ut exponamus, quæ proponuntur in §. *Imperator*, simul et speciem §. *cum quidam*, quæ ad decretum D. Marci accomodari possit, hoc autem efficit decretum, ut hæres non teneatur legatariis legatorum aut fideicommissorum nomine usque ad dodrantem, ut solet plerumque, sed usque ad trientem tantum, et semiunciam, et Falcidiæ nomine hæres retineat, non quadrantem, sed sesquiunciam totius assis, videlicet si hæredi ablata sit dimidia pars bonorum, in hoc vid. casu, et ait *Imperator*, etc. Quomodo autem ablata est pars dimidia bonorum hæreditatis, vel quo jure? veluti per bonorum possessionem contra tabulas datam filio præterito, cujus frater est hæres scriptus: nam hæres scriptus exoneratur in partem, quæ ei aufertur legati nomine, et pro ea parte legatum penitus intercidit, quod non fuit relictum a præterito, *l. si contra*, §. *ult. de vulg. et pup. subst.* Vel etiam per bonorum possess. contra tabul. datam patrono præterito adversus extraneum hæredem scriptum testamento liberti: nam bonorum possess. contra tabulas ei competit in semissem tantum, et pro eo semisse, qui quidem aufertur scripto, scriptus relevatur onere legatorum, quod est ex edicto prætoris de bonis libertorum, *l. Plautius, de condit. et demonstr. l.* 20. §. *libertus*, *de bon. libert.* Idem erit, si per bonorum possess. *unde cognati*, vel, *unde legitimi*, pars auferatur hæredi legitimo, ad quem solum defunctus bona sua perventura existimabat, nesciens, se habere cognatum vel agnatum ejusdem gradus, et a quo solo fideicommissa reliquerat: nam et hunc, cum partem tantum dimidiam ferat ex bonis etiam legatorum onere levari æquum est, ne in ampliorem partem teneatur quam pro ea, quæ apud eum remansit, *l. cum pater*, §. *cum existimaret*, *de leg.* 1. Quod ibi Papinianus ait congruere rationibus æquitatis, et exemplo edicti perpetui: nec possit intelligere aliud, quam illud de bonis libertorum. Sed licet addere, id etiam congruere decreto Marci quod proponitur ab eodem Papiniano. Neque §. *cum existimaret* obloquitur *l. post emancipationem*, *in pr. de legat.* 3. *et l. pen. de jur. eod.* quæ hæredem, cui pars aufertur, fideicommissis obstringunt in solidum, cum ut ostendi 19. Papinianus ad *l.* 11. *et* 13. *de jure codic. et* 2. *ad Africau. ad leg.* 15. *eod. tit.* Scævola in *d. l. post emancipationem*, et in Marcellus in *d. l. pen.* spertant jus summum, quo hæres in solidum obstringitur legatis, cum in solidum hæres extiterit, etiam si postea contigerit ei auferri partem. Papinianus autem spectat, ut ait, rationem æquitatis, et exemplum edicti perpetui, et, ut licet addere, decretum M. Antonini: cui decreto etiam locus erit, si per querelam inofficiosi testamenti filius exhæredatus hæredi scripto abstulerit partem dimidiam, *l. cum duobus, C. de inoffic. testam. l. cum filius*, *in princ. de leg.* 2. His omnibus casibus pro parte quæ hæredi aufertur, legata intercidunt, nec præstantur, vel ab eo, a quo sunt relicta, vel ab eo, qui partem aufert. Ergo penitus intercidunt pro ea parte. Et rursus, his casibus ipso jure pars hæreditatis hæredi non aufertur, sed per bonorum possessionem, vel per querelam inofficiosi testamenti: et ipso jure non liberatur hæres, cui pars aufertur, a præstatione solidi legati, sed per exceptionem doli mali, quod ei pars bonorum ablata sit, quod non sit æquum solidum præstare eum, cui pars ablata sit bonorum: conveniri potest ipso jure in solidum, cum hæres exstiterit in solidum ab initio, sed succurritur ei per exceptionem beneficio et æquitate decreti. Et rursus evenit his omnibus casibus, ut damnum, quod contigit post mortem testatoris, damnum scilicet ablatæ partis, non pertineat ad hæredem, ita ut nihilominus cogatur præstare solidum legatum: quia scilicet ejus damni causa est vetustior morte testatoris: præteritio vel exhæredatio filii, aut patroni conjuncta est morti testatoris. Regulariter damnum, quod accidit post mortem testatoris pertinet ad hæredem, nec nocet legatariis, si culpa careat, vel si corpora ipsa legata deperdita vel diminuta non sint, *l. in ratione* 30. *in princ. et* §. *rursus diligenter*, *hoc tit.* His casibus, ut jam dixi, pars hæreditatis aufertur hæredi, non ipso jure, sed per bonorum possessionem, aut petitionem hæreditatis. Possit quidem hæreditas, que relicta est, ipso jure minui pro parte veluti legibus Julia et Papia: quod hæres semissem tantum capere possit ex testamento, puta ratione orbitatis. Et hoc casu ipso jure tutus est hæres, nec tenetur ultra partem, ex qua extitit hæres: non extitit autem hæres, nisi ex semisse. Alter semis ipso jure cedit legitimo hæredi, quæ est sententia legis 1. §. *qui minorem*, *ut leg. nom.* Sunt quidam capaces semissis tantum, *l. cum ei qui partem*, *de leg.* 2. veluti jure veteri orbi, id est, mariti steriles. Ac eo etiam casu legata

intercidunt pro parte, quæ non capitur, nec etiam legatis oneratur hæres legitimus, cui obvenit pars, quam hæres scriptus capere non potest. Possit etiam hæredi auferri pars hæreditatis per fideicommissi persecutionem, puta, quod rogatus sit partem hæreditatis Titio restituere. Et hoc casu solo legatarii non læduntur: nam eis hæres et fideicommissarius obligantur pro rata, *d.* §. *qui minorem*, *l.* 1. §. *pen. ad Trebel. l.* 2. *C. eod. tit.* Nec ad hunc casum quicquam pertinet decretum D. Marci, quia legatariis nihil perit. Nec pertinet etiam ad illum casum, quo ipso jure minuitur hæreditas pro parte, quia eo casu hæredi necessaria non est exceptio, cum ipso jure non fit hæres nisi ex parte, vel non fiat, nisi per aditionem, nec indiget auxilio hujus decreti: sed ad decretum istud omnino pertinet casus, qui data opera subjicitur §. *seq.* qui est hujusmodi. Quidam relegatus est adempta parte bonorum: nec enim relegato possunt adimi omnia bona, quia relegatus manet liber, manet civis. Relegatio non est capitis diminutio: si relegato licet auferre et adimere omnia bona, licet libero, et civi auferre id omne, quo vitam toleret suam, quo nihil est indignius: invenies relegato ademptam partem bonorum, assem nunquam. Et ita igitur pono speciem: quendam fuisse relegatum adempta parte bonorum, et eum appellasse a sententia. Appellatio extinguit condemnationem: deinde pendente appellatione mortuus est facto testamento. Post mortem ejus pronuntiatum est, non recte appellatum esse. Et ita Papin. proponit pronuntiatum esse in causa appellationis. Et notanda est formula pronuntiandi, *non recte appellatum videri*: vel contra, *recte appellatum videri*, aut *justam provocationem videri*, aut *injustam*. Ita semper concipiuntur hæ sententiæ, *l. qui Romæ*, §. *Seja*, *de verb. oblig. l. Offidius*, *de leg.* 3. *l.* 2. *quando appell. sit*, *l. Imperatores*, §. 1. *l. negotiorum*, *de appell. l. intra*, *de minorib. et l.* 1. *C. de appell. l. maritus*, *de quæstion. l. chirographis*, §. *ab eo*, *de admin. tut.* Et sicubi legas, ita pronuntiatum apud interpretem aliquem, vel me ipsum, ita pronuntiatum, *justam sententiam videri*, id sic emenda, *injustam appellationem videri*. Nec enim confirmari sententia, sed et *conservari* dicitur in *l. ult. quod cum eo*, ut Florentinæ, non *confirmari*: non confirmatur, non rata esse pronuntiatur, alioquin vis sententiæ retrotrahetur, quod est falsum, *l. furti*, §. 1. *de his qui nos. infam.* Ergo, ut redeam ad speciem, relegatus adempta parte bonorum appellavit, et post mortem ejus pronuntiatum est, *non recte appellasse*. Ac ita pars bonorum adempta est hæredi ejus. Nam constat pœnam ademptionis bonorum, post litem contestatam, post condemnationem transire in hæredem, *l. ex judiciorum*, *de accusat.* veluti si pendente appellatione nondum peracta causa appellationis mortuus fuerit, *l.* 3. *C. eod.* Hæres eo casu ipso jure tenetur legatariis usque ad dodrantem, quia hæres extitit in assem, et ea pars, quæ adempta est, fuit in bonis mortis testatoris tempore, et partis damnum, quod accidit post mortem, pertinet ad hæredem, nec potest videri non fuisse in bonis mortis testatoris tempore, et deduci debere bonis, veluti æris alieni loco: quia, ut subtiliter Papinianus animadvertit, si spectas animum morientis, et votum obtinendi, utique suis bonis noluit detrahi eam partem. Adnumerabitur ergo ejus bonis et quod ademptum est postea, id damno cedet hæredis, non legatariorum, et ipso jure: sed æquum est hæredi subveniri ex decreto Marci, cum in ampliorem partem, quam pro ea, quæ apud eum remansit legatorum nomine conveniatur, quia et causa adimendæ partis bonorum originem sumpsit ante mortem testatoris. Et observandum est quod ait §. *cum quidam*, *succurri debere hæredi*, quia ea pars ipso jure non potest deduci bonis: hoc vetat animus morientis, et votum obtinendi in causa appellationis: denique ipso jure ea pars fuit in bonis mortis testatoris tempore, et quod postea amittitur, hoc damnum pertinere debet ad hæredem: ideoque succurri ei non debet: non debet niti hæres ut roboretur ipso jure, sed ex æquitate: si agat jure ipso, vincetur. Sed observemus longe aliam esse rationem servorum, qui in §. *si servus hujus l.* etiam si fuerint in vivis tempore mortis, tamen bonis detrahuntur veluti æris alieni loco, nec pertinent ad damnum hæredis, quia nec eos animus fuit defuncto adnumerandi suis bonis: non eum, cui pure libertatem adscripserat, non eum de cujus salute nulla spes erat, quem moriente testatore certum erat non victurum diu. Et hunc sane moriens non habuit in suis bonis: non etiam eum, qui necis suæ auctor, vel conscius fuit, et de quo ultimum supplicium sumendum esset *d.* §. *si servus*: sed neque statuliberum, si existeret conditio libertatis, ut in §. 1. *hujus l.* Quæcumque hactenus proposuit Papinianus sunt nova, et contra regulas juris singularia recepta: ut post mortem testatoris retentiones, quibus utitur hæres in hæreditate, in Falcidiam hæredi imputentur, *in princip. hujus leg.* cum alias cedant lucro hæredis, nec imputentur hæredi in Falcidiam, aut bonis hæreditari s. Item, ut damna, quæ acciderunt post mortem testatoris, alio ipso jure non pertineant ad hæredem, et quæ fuerunt in bonis tempore mortis testatoris, non fuisse intelligantur, vel propter difficultatem æstimationis, ut in §. *si servus*, vel propter tacitam voluntatem

testatoris. Alia vero damna, ut ipso jure pertineant ad hæredem, sed ei succurratur ex decreto D. Marci Ant. Adjiciuntur etiam valde nova in §. *quod vulgo*, ut scilicet tempus mortis pupilli non spectetur in pupillari testamento, id est, in substitutione pupillari, nec exquiratur, quanti eo tempore sit hæreditas pupilli, contra *l. in quantitate, hujus tit.* et multas alias, et ut hæres nihil retineat ex legatis, ut Falcidiam: et tertium, ut aliquando hæres plus habeat quarta, quæ per legem Falcidiam apud eum remanere debet, et hoc intelligetur fusius ex interpretatione §. *quod vulgo*.

Ad §. *Quod vulgo* 5.

Quod vulgo dicitur, in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quæ a pupillo relicta sunt, cum filius hæres extitit, ut æs alienum quodlibet debeat, tamen propter ea, quæ data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quæ poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat, vel ut longe plus habeat quarta paternæ hæreditatis. Quid ergo si non sufficiat pupilli hæreditas legatis, cum patris suffecisset? de suo quadrante nimirum dabit substitutus: quoniam pater legavit de suo: nec ad rem pertinet, quod ex illo testamento præstatur ultra vires patrimonii, cum hac in parte juris legata, quæ tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.

Ait Papin. *quod vulgo dicitur*, seu quod regulariter dicitur, *in tabulis patris et filii*, id est in testamento patris et filii impuberis, *unam Falcidiam servari*, id est, unicam Falcidiam retineri, non duas, *quam potestatem habeat videndum est*, id est, quem sensum, quæ sit vis et potestas hujus regulæ, sive quæ sit mens regulæ: nam vis et potestas regulæ consistit in mente regulæ: *quamvis enim substitutus*, pupilli scilicet, id est, licet substitutus, *quæ a pupillo relicta sunt*, in tabulis pupilli scilicet, legata scilicet quæ in tabulis secundis pater scripsit, *cum filius hæres extitit*, id est, postquam pupillus hæres extitit, id est, post mortem patris, quia extitit statim a morte, cum sit suus hæres: postquam ergo hæres extitit, et decessit vita, *ut æs alienum quodlibet debeat*, quasi si id substitutus deberet, veluti æs alienum debitum a pupillo, quia pupillus ea scilicet debebat, cui successit, *tamen propterea*, ratio diversitatis, nihilominus tamen *contributioni locus est*, id est, confundenda sunt legata paterna cum pupillaribus, confunduntur et contribuuntur legata relicta primis tabulis et relicta secundis, id est, legata utriusque tabulis relicta confundenda sunt, *secundum quæ poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat*, ex bonis paternis scilicet, nullam Falcidiam retineat: non dat exemplum, id est, ut nihil ex bonis paternis remaneat apud hæredem, nullam Falcidiam, ne quadrantem quidem retineat: *vel ut longe plus habeat*, id est ex bonis et hæreditate patris, neque dat exemplum, *quid ergo si non sufficiat*, id est, si hæreditas pupillaris sit minor legatis ab eo relictis, cum paterna sit idonea? De suo quadrante, quem retinuit ex bonis paternis, *dabit substitutus*, dabit legatariis scilicet quoniam pater legavit de suo, non de re pupilli: *nec ad rem pertinet, etc. ultra vires patrimonii*, ultra dodrantem: *cum in hac parte juris*, in hac specie: *legata quæ tabulis secundis*, a pupillo scilicet relinquuntur: secundæ tabulæ sunt filii, id est, substitutio pupillaris: *quasi*, id est, quodammodo *primis*: tabulæ patris sunt primæ et principales tabulæ: *sub conditione relicta intelliguntur*, id est, finguntur relicta primis sub conditione, si casus substitutionis extiterit. Quæstio ergo §. *quod vulgo*, est de contributione legatorum relictorum in testamento patris, et in testamento pupilli, nullius non trita commentationibus. Et proponit quidem initio Papinianus vulgarem regulam, *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*. In tabulis scilicet filii impuberis factis a patre: nam puberi pater non facit tabulis, §. *ult. Instit. de pupill. substitut. et unam Falcidiam servari*, id est, unam retineri, non duas, et semel legem Falcidiam admitti non iterum. Et quærit Papinianus, quæ sit vis et potestas hujus regulæ. Vis et potestas consistit in mente regulæ. Hoc igitur quærit, quæ sit mens regulæ. Et hanc esse ait, ut in unum contribuantur et confundantur legata relicta primis tabulis, et legata relicta secundis, et ex universis ita compositis una servetur hæredi Falcidia, *que l' on en fasse une masse, et de la masse sera delaissée une Falcidienne sur les biens du pere*; si utraque quantitas oneret, vel exhauriat hæreditatem paternam, quod nobis latius explicandum. Hoc enim est fundamentum totius materiæ, quæ nos occupavit fere per tres aut quatuor dies. Tabulæ patris sunt primæ et principales tabulæ, filii sunt secundæ: et secundæ tabulæ nihil aliud, quam substitutio pupillaris, quæ filio impuberi fit hæredi instituto a patre, qui eum habet in potestate, in hunc casum, *si hæres extiterit, et ante pubertatem decesserit*. Potest etiam fieri impuberi exhæredato in hunc casum, *si ante pubertatem decesserit*. Sed in hoc paragrapho agitur tantum de ea substitutione pupillari, quæ fit hæredi instituto. Duæ igitur sunt tabulæ, duo quodammodo testamenta: alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi testa-

mentum fecisset, et utrumque tamen fecit pater: duplex est testamentum, *l. in duplicibus*, *hoc tit. l.* 1. §. 1. *tit. seq.* Sed in ratione legis Falcidiæ et legatorum, et fere etiam, quod ad alia omnia attinet, duplex testamentum pro uno habetur: nam et legata relicta tabulis, intelliguntur quodammodo sub conditione esse relicta, si substitutio locum habeat, *si la substitution a lieu*, primis tabulis. Et perinde atque si legata relicta secundis tabulis, confunduntur et commiscentur his, quæ sunt legata primis, et ex universa summa, *de toute la masse*, una Falcidia detrahitur, quæ est mens et potestas superioris regulæ. Denique legata secundarum tabularum comparantur legatis primarum, et finguntur relicta primis non secundis tabulis, ut ait in hoc §. *et id d. l. in duplicib.* Atque ita substitutus in secundis tabulis comparatur instituto in primis, et mortuo pupillo intelligitur esse institutus, ut ait in §. *seq. et l. qui fundum*, §. *ult. hoc t.* Hæres scilicet scriptus in secundis, videtur scriptus in primis sub conditione, *si casus substitutionis extiterit*, *l. cohæredi*, §. *cohæredes*, *de vulg. substit.* Ac proinde, qui primis tabulis scriptus esset necessarius hæres volens nolens, veluti filiusfamilias testatoris vel servus, si sit scriptus secundis, erit etiam necessarius hæres pupillo, quasi scriptus primis, qui tamen voluntarius esset hæres, non necessarius, si ipse filius sibi testamentum fecisset, vel si secundæ tabulæ haberentur pro altero testamento, non pro parte paterni testamenti. Et eadem ratione fit, ut qui potest institui in testamento patris, veluti posthumus suus, possit etiam substitui in testamento pupillari, quamvis pupillo is sit posthumus alienus, non suus, et jure civili valeat institutio posthumi sui, non posthumi alieni, quæ omnia ostenduntur in *l.* 2. §. *prius. et l. sed si plures*, §. 1. *de vulg. subst.* Ex quo planum fit, scripta secundis tabulis videri scripta primis et valere quasi scripta primis: et ut aliis quoque argumentis comprobemus, duplex testamentum pro uno haberi: in duplici testamento jure civili septem testes sufficiunt, jure prætorio septem signa. Constat signa esse ex jure prætorio: numerum testium ex jure civili. Ergo duplex testamentum in utroque jure pro uno habetur: nam et septem signa sufficiunt, quibus scilicet signatæ sint tabulæ patris, nec exigitur, ut signatæ etiam sint tabulæ filii totidem testium signis, *l. patris*, *de vulg. subst. l. ut bono*, *de bonor. poss. secund. tab.* Si essent duo testamenta, unum non sufficeret esse signatum. Ac præterea in tabulis patris et filii ordo scripturæ servatur, qui solebat in uno testamento observari diligentissime, ita scilicet, ut semper testamentum inciperet a capite et fundamento, id est, ab institutione hæredis, nec eam præiret quicquam, ut in §. *ante hæredis*, *Instit. de leg.* Hic ordo servatur in tabulis patris et filii, ut scilicet præcedant paternæ, sequantur pupillares, *d.* §. *prius*: qui non observatur, si essent duo testamenta duorum, et constaret unum absque altero. Atqui pupillare non consistit sine paterno. Non sunt igitur duo testamenta, aut non censentur esse in jure, sed unum, quod est paternum testamentum: et pupillare, pars et sequela est paterni testamenti, *l. penultima*, *quemadmodum test. aper.* §. *liberis*, *de pupill. substit.* Si est pars, unum igitur testamentum est quod constat parte principali, et parte secundaria. Si est sequela sequitur ergo pupillare, præcedit paternum, quasi caput, servato ordine legitimo atque solemni. Proculiani duo faciebant testamenta: Sabiniani unum, *l. paterfamilias*, *de bon. auctor. jud. possid.* Et horum opinio prævaluit, receptaque est omnium jurisperitorum consensu. Unum est igitur testamentum, licet duæ sint hæreditates, et retro duæ sunt hæreditates, licet unum sit testamentum, nec quot sunt hæreditates, tot testamenta sunt, quod mirum videtur, *d.* §. *prius*, *et* §. *igitur*, *Inst. de pupill. substit.* Quod evenit etiam in milite, qui uno facto testamento alium facit hæredem castrensium, alium paganorum. Nam et hic duæ sunt hæreditates separatæ, *l. si certarum*, *de milit. test.* Et in proposito, duas esse hæreditates, licet unum sit testamentum, ex eo apparet, quod in venditione separantur, nec vendita hæreditate patris, videtur vendita hæreditas pupilli, *l.* 2. §. *illud*, *de hæred. vend.* Et separantur etiam in bonorum possess. secundum tabulas, quæ separatim datur bonorum patris, separatim bonorum pupilli, *l. si ita scriptum*, §. *ultimo*, *de bonorum possess. secund. tabulas.* Idem etiam ex eo apparet, quod utraque hæreditas non commiscetur in ratione legis Falcidiæ, sed paterna hæreditas secernitur a pupillari, et sola paterna hæreditas spectatur et æstimatur, id est bona, quæ habuit pater mortis tempore: non quæ post mortem patris filius acquisivit vel diminuit, non bona, quæ pupillus habuit mortis suæ tempore, *d. l. in duplicibus.* Igitur quantitas hæreditatis paternæ spectatur, quæ fuit moriente patre, non quantitas hæreditatis pupillaris, quæ fuit moriente pupillo. Atque ita omnis æstimatio revocatur ad ipsam hæreditatem paternam, quod aperte ostenditur in *d. l. in duplicibus.* Non potest haberi ratio utriusque hæreditatis, non potest spectari utraque, ne eadem his in rationem deducatur, aut alia, quam quæ onerata est legatis. Cum igitur ratio habeatur alterutrius tantum, paternæ potius habenda est ratio, quæ est principalis, et quæ sola est onerata legatis, tam his, quæ a filio, quam his, quæ a sub-

stituto relicta sunt. Et hæc quidem de ratione hæreditatis, utra potius spectetur: ex quibus apparet aliam distingui ab alia. Denique unum esse testamentum, aliam atque aliam hæreditatem.

Nunc tractemus de ratione legatorum, et legata non distinguimus alia ab aliis: namque constat simul omnium legatorum rationem haberi, tam eorum, quæ relicta sunt a filio, quam eorum, quæ relicta sunt a substituto in secundis tabulis, perinde ac si relicta a substituto essent relicta a filio sub alia conditione, quam substitutionis, *d. l. in duplic. et l. non solum autem, §. ult. de liber. leg.* Sic igitur quæso observemus in illis principiis, quæ si bene teneamus facile assequemur cetera nullo negotio, distingui hæreditates inter se, quod sola paterna spectetur, id est quantitas hæreditatis paternæ, non pupillaris: et rursus legata tamen non distingui ab aliis, et quod omisimus, spectari solam hæreditatem paternam, etiam probat, *l. si filius, qui patri, de vulg. substit.* in illo loco, *ut alias solet*, scilicet inspici hæreditas paterna, quamquam in specie ejus legis, *si filius*, ratio tantum habetur bonorum pupilli, non patris, qui unus filius fuit institus a patre, idemque substitutus fratri impuberi exhæredato, non cohæredi, et filius abstinuit se bonis patris, miscuit se bonis fratris mortui ante pubertatem. Igitur habet tantum bona fraterna, quæ spectare possit quia sprevit paterna. Hoc igitur casu, in legatis secundarum tabularum Falcidiam exercebit, pro modo facultatum pupilli, non pro modo facultatum patris, quibus se abstinuit; alioquin mortuo pupillo ante pubertatem, quem testamento hæredem instituerat, si substitutus veniat, ratio habetur facultatum paternorum, non pupillarium, duæ hæreditates constituuntur, et legata omnia commiscentur, quibuscunque tabulis sint relicta. Nam et relicta secundis, videntur relicta primis a pupillo sub alia conditione quam substitutionis. Itaque filius ipse, si solvat legata a se relicta in primis tabulis, interponit cautionem prætoriam, et stipulatur hoc modo: *Quod amplius solverit, quam debuerit per legem Falcidiam, aut quam debuisset postea compertum fuerit existente casu substitutionis in qua relicta erant alia legata a substituto*: filius hanc interponit cautionem, si solvat legata a se relicta, ut ait in *§. seq. et l. 1. §. interdum, l. is cui, et l. si is, qui quadringenta, hoc tit.* Et stipulatio proficit, committiturque substituto ejus, si is moriatur ante pubertatem, quia existente casu substitutionis, simul habita ratione legatorum omnium, id est, in unum facta controbutione omnium legatorum, fieri potest, ut omnia excedant dodrantem, et legi Falcidiæ locus sit. Falcidiam inducit contributio, quæ non induceretur, si separarentur legata. Falcidiam inducit confusio illa legatorum, *communis calculus*, ut dictum in *§. quæsitum, infra*: aut communis ratio, seu communiter habita ratio legatorum utriusque tabulis relictorum. Quid est *contributio*, de qua agimus? communiter habita ratio legatorum, utriusque tabulis relictorum, et collata cum quantitate hæreditatis paternæ, quæ fuit tempore mortis patris. Hæc est definitio contributionis, de qua tractamus, quæ in Basil. dicitur ἀπόδοσις, cum hac adnotatione, ut rectius dicatur ἐπίδοσις, quia legatis primarum tabularum accumulat legata secundarum. Sed et ἀμόδοσις sustineri potest, sive μείωσις, quo etiam verbo significant contributionem, quia contributio inducit Falcidiam, id est, diminutionem legatorum, quæ non induceretur, si separarentur. Et hanc separationem neque hæres, neque legatarius inducere possit, contra sententiam defuncti, quæ cum ea omnia his vel illis tabulis ex suis bonis erogaverit, sane in unum contribui voluit mortuo pupillo ante pubertatem, quo tempore demum legata in secundis tabulis relicta peti possunt; licet dies eorum jam ante cesserit vivo pupillo, *l. 1. quand. dies leg.* Et quod dicitur, in duplicibur tabul. unam Falcidiam servari, hunc sensum habet, ut contributio et confusio, sive consummatio fiat legatorum omnium, et ex summa ipsa summarum, ut loquitur Plautus et Seneca, si excedant dodrantem, una Falcidia detrahatur vel suppleatur. Posset quis tentare contributionem non esse admittendam hoc argumento, quod etiam attingit Papinianus hoc loco, quia mortuo filio impubere, qui patri hæres extitit, nec dum solvit legata a se relicta, ea substitutus ejus debet ut æs alienum ex persona pupilli, non ut legata, quia pupillus ea debere cœpit antequam moreretur, *l. 1. C. de bon. auct. jud.* Et non debet æs alienum confundi cum legatis, quis hoc nescit? Ergo substitutus ea solvere debet ut legata, quæ a se relicta sunt in secundis tabulis. Et consequenter ex eis solis deducenda est Falcidia, ex ære alieno non deducitur Falcidia. Intelligimus ex omni interpretatione hujus §. tres esse differentias inter legata, et æs alienum: prima quod lex Falcidia minuat legata, non æs alienum, (*en matiere de debtes il faut tout payer.* Item quod obligatio æris alieni incipiat a defuncto, obligatio legatorum ab hærede. Et postremo, quod æs alienum hæres præstet ultra vires hæreditatis, quando agnovit hæreditatem, *l. si de bonis 10. C. de jure delibera.* Quia solvendo videtur esse hæreditas omnis, quæ invenit hæredem, (*il faut qu' il paye du sien*) *l. libertus 36. de bon. libert.* Legata tamen non debentur ultra vires hæreditatis, quod ostenditur etiam in hoc §. Verum ad rem:

secundum id quod ostendi, legata primarum tabularum substitutus debet ut æs alienum pupilli, legata secundarum, et hæc vero sola, ut legata. Ergo hæc sola patiuntur Falcidiam, si sint immensa, et contributioni locus non est. Respondet Papinian. hoc modo: si nulla legata sint relicta a substituto, verissimum esse, substitutum legata a pupillo relicta in primis tabulis debere ut quodlibet æs alienum, sed si ut proposuimus, tam a substituto, quam a pupillo relicta sint legata, propter legata a substituto relicta, quæ confundi necesse est cum legatis relictis a pupillo, perinde ac si relicta essent ab ipso pupillo sub conditione, ut diximus ante, ea ratione legata primarum tabularum adnumerantur legatis, non æri alieno, quia nec ea pupillus liquido debuit ante contributionem, ante communem calculum omnium legatorum. Idque cautio quam exposuimus ante, satis demonstrat, quæ præstatur hæredi, cum solvit legata a se relicta, quo casu et soluta legata postea constat subjici Falcidiæ, locum habente substitutione, commistione facta aut confusione omnium legatorum, ex universa summa unam Falcidiam servari. Itaque regulæ initio propositæ mens hæc non est, ut una Falcidia servetur tantum ex legatis secundarum tabularum, et legata primarum integra præstentur, quasi æs alienum. Sed ejus mens hæc est, ut utriusque legatis compositis, et componi calculo subjectis, si sint ultra dodrantem, pro rata ex omnibus decedat et portio, quæ per legem Falcidiam efficiatur ex æstimatione bonorum, quæ pater habuit mortis suæ tempore. Et hoc est, quod his verbis significat Pap. *In tabulis patris, et filii etc.*

Intelleximus ex pincipio §. *quod vulgo*, illius regulæ vulgo confirmatæ, *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, hanc esse sententiam, hanc mentem seu potestatem, contributionem et permixtionem fieri legatorum utriusque tabul. relictorum, mortuo pupillo ante pubertatem, et pro modo eorum ex omnibus unius Falcidiæ rationem habere substitutum, ad æstimationem bonorum, quæ tempore mortis reliquit pater. Et ita in §. *seq.* de eadem regula, aliud responderi, quam quod vulgo probatum est, id est, responderi contributionem non fieri legatorum: vulgo etiam probatur contributionem fieri Et hæc est mens regulæ vulgo comprobatæ, ut contributis omnibus legatis, Falcidia bonorum, quæ pater reliquerit, remaneat apud substitutum, resideat apud substitutum: secundum quod evenit plerumque, ut substitutus, qui ex sua persona suo nomine, quasi institutus sine contributione non posset retinere Falcidiam, verbi gratia, si is qui quadringenta habuit in bonis, ab eo substituto legavit tantum ducenta, ut eam tamen Falcidiam retineat tanquam substitutus nomine pupilli, facta contributione legatorum a se et a pupillo relictorum: ut puta, si pupillus ducenta, ipse totidem, id est, ducenta dare jussus est. Contributa enim et commista legata exhauriunt hæreditatem paternam. Potest autem evenire quemadmodum subjicit Papinianus in hoc §. ut is substitutus nihil retineat Falcidiæ nomine, veluti, si minor sit hæreditas pupilli, quam fuerit paterna, et contra potest evenire, ut ex hæreditate pupilli substitutus longe plus habeat, quam efficiat Falcidia hæreditatis paternæ, si forte amplior et uberior fuerit hæreditas pupilli. Et tractemus primum de eo casu, quo evenit, ut substitutus nihil retineat. Finge: pater, qui habuit quadringenta in bonis, a pupillo hærede instituto legavit ducenta, a substituto ejus centum: hæreditas patris sufficit legatis, quia salvi et illibati remanent centum aurei pro Falcidia, id est, pro quadrante hæreditatis paternæ. At post mortem patris pupillus diminuit hæreditatem paternam in centum, vel quo alio casu diminuta ea est in centum, atque ita in hæreditate pupilli inventa sunt trecenta tantum, cum ex hæreditate patris perierint centum. Substitutus præstabit legata utriusque tabulis relicta pro modo hæreditatis paternæ, non pro modo hæreditatis pupillaris. Præstabit igitur integra trecenta, sine deductione Falcidiæ, quia patris hæreditas sufficiebat legatis tempore mortis, quam solam intuemur semper, *l. qui fundum*, §. *qui filium*, *hoc tit.* si intueremur hæreditatem pupilli, quæ minor est ex trecentis retineret Falcidiam, puta septuaginta quinque, sed intuemur hæreditatem patris non pupilli, et pro modo hæreditatis paternæ rationem ponimus legatorum et Falcidiæ, perinde ac si nullæ extarent secundæ tab. nulla bona pupillaria, nulla alia quam paterna, et relicta secundis tabulis, essent relicta in primis. Est qui scripserit legata relicta secundis tab. solvi de hæreditate pupilli, quod nunquam admittendum est. Id manifesto pugnat cum hoc §. cum ait, *de suo nimirum quadrante dabit substitutus legata*, scilicet relicta secundis tabulis, non sufficiente hæreditate pupilli. Et subjicit; *quoniam pater legavit de suo*, sic est scriptum Florentiæ, ac etiam Basil. ὁ γὰρ πατὴρ ἐκ τῶν ἰδίων ἔδοξε ληγατεύειν *quoniam de suis bonis videtur pater legare*: si legavit de suo, et solvi ea voluit de suo. Præstabuntur igitur et solventur de bonis paternis, et non de bonis pupilli. Et quod ait de suo quadrante dabit substitutus, hoc est legata relicta secundis tabulis, substitutus implebit de quadrante bonorum, quem salvum habeat tempore mortis patris, quo scilicet tempore, in bonis erant quadringenta, in legatis trecenta. Ac ita lege non excedebant modum legis Falcidiæ, sed post mortem patris perierunt centum. Ea substitu-

to perierunt, non legatariis reliqua trecenta præstabit legatariis nihilo retento. Et ita evenit, ut substitutus perdat quadrantem, quem salvum habuit tempore mortis testatoris: nec ea res damnosa est substituto, cum liberum ei fuerit non adire hæreditatem pupilli, ut ait *l. in quantitate, hoc titulo,* quod congruit cum illa regula, *quod quis ex sua culpa damnum sentit, etc.* Ad quam comode possis applicare verba illa *dict. l. in quantitate,* cur temere adiit hæreditatem pupilli infructuosam propter legata, ac forte detrimentosam propter onus æris alieni? Et hæc est sententia Papin. hoc §. evidentissima. Cui tamen objicitur, legata non præstari ultra vires hæreditatis, ex nullo testamento præstari ultra vires patrimonii, id est, ne ex testamento quidem militis, ex quo tamen præstantur legata ultra dodrantem, quia l. Falcid. cessat in militari testamento, sed non præstantur ultra assem, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* Sane ita est, ex nullo testamento plus legatorum nomine præstari, quam quantitas est hæreditatis, neque ex testamento militis, in quo tamen cessat Falcidia, neque ex testamento pagani, in quo Falcidia locum habet, et vires hæreditatis, pro quibus legata præstari oportet æstimantur deducta Falcidia: in testamento militis vires hæreditatis finiuntur asse: in pagani testamento dodrante assis. Et ita perspicue §. seq. *ultra vires portionis,* id est, ultra dodrantem. Atqui in proposito casu, ut diximus, hæres præstat legata de suo quadrante, cum eum non retineat. Ergo ea præstatio ultra vires hæreditatis, ultra dodrantem est. Hæc igitur videntur inter se pugnare. Verum huic argumento respondeo hoc modo: ex sententia Papiniani aliud esse hæredem præstare legata de suis bonis, aliud de suo quadrante. De suo quadrante præstat sæpe, ut in multis casibus, quibus Falcidia locum non habet, si militare testamentum sit, ut dixi, si coactus adierit, *l. quia poterat, ad Trebell.* quo casu restituitur integrum fideicommissum, nec utitur beneficio Falcidiæ: vel si id egerit, ut legata aut fideicommissa intercciderent, vel si incapaci rogatus est restituere, et præcibus fidem tacitam accommodaverit, *l. beneficio, hoc tit.* et hodie ex Nov. 1. Justiniani si testator prohibuerit Falcidiam. Hæres igitur de suo quadrante præstat sæpe legatum vel fideicommissum: de suis bonis, nunquam, quod sciam, nisi ex constit. Justiniani uno casu, si omiserit inventarium, quo casu et de suo quadrante, et eo amplius, de suis bonis explet legata, *l. ult. C. de jure delib. et Nov. 1.* In proposito igitur, si in bonis paternis fuerint quadringenta, in legatis trecenta, et perierint centum post mortem testatoris sine culpa hæredis aut substituti, substitutus nihil retinebit quadrantis nomine, et præstabit legatariis trecenta integra, qui non retinet Falcidiam, qui non retinet quadrantem, dat de suo quadrante. Sed si perierint centum quinquaginta, non præstabit legatarius nisi ducenta quinquaginta si perierint ducenta, non nisi ducenta reliqua: si omnis hæreditas patris perierit, nihil præstabit. Nam eo quod acceperit amplius, æquum non est hæredem præstare legata, *l. 1. §. Marcellus, tit. seq.* Et ita in *l. in quantitate, hoc tit.* cum dicitur damnum quod contingit post mortem testatoris pertinere ad hæredem: ut puta si reliquerit testator centum mortis tempore, et legaverit septuaginta quinque, ita ut supersit hæredi salva Falcidia, et post mortem ejus in tantum decreverit hæreditas, ut supersint tantum septuaginta quinque: solida septuaginta quinque præstabit legatariis, imo etsi in tantum decrevit hæreditas, ut relinquantur minus quam septuaginta quinque, solida legata præstabit, id est, sine deductione ulla Falcidiæ, sicut in hoc tit. sæpissime dicuntur, *plena, integra, solida præstari legata,* quibus nihil decedit nomine Falcidiæ. Ergo dum ait, cum solida legata præstare illo casu, quo relinquitur minus, quam septuaginta quinque, id sic est accipiendum, ut rectissime notat Accurs. ut præstet de suo quadrante, non etiam de suo proprio patrimonio: ut præstet solida, quantum quadrans facere poterit, qui apud eum remansisset, si non decrevisset hæreditas post mortem testatoris. Atque ideo Pap. recte, *de suo quadrante* dixit, non *de suo,* simpliciter, sed adjecit *quadrante.* Et faciunt imprudenter, qui movent verbum *quadrante*, quod retinuerunt etiam Basil. Latine dicitur, *de suo triente.* Nam in Oriente, ubi valebant Basil. in quibus ita est ex τοῦ οἰκείου τρίτου, Falcidia quæ erat olim quadrans, versa fuerat in trientem producta Nov. Just. *de triente et semisse,* etiam ad extraneos hæredes. Locus igitur hic elegans est, ut hæres vel primus vel secundus obligetur legatariis, et præstet legata sæpe de suo quadrante, non etiam de suo, ne amplius præstet, quam reliquerit testator mortis tempore. Verum enim vero et cum hæres, ut in proposito casu, præstat legata de suo quadrante, si quis argumentetur, ut supra, et dicat, debet igitur præstare ultra vires hæreditatis paternæ: hoc negabo, quia hæreditas patris mortis tempore sufficiebat legatis: pupilli quidem hæreditas moriente pupillo non sufficiebat, sed solam hæreditatem patris spectamus, ex qua etiam legata utriusque tabulis relicta erogari oportet. Nam et legata relicta in secundis tabulis, quodammodo videntur relicta in primis sub conditione, quia moram eis injicit substitutionis casus, *l. in duplic. hoc tit.* Et perinde res est, ac si a pupillo ipso sub conditione legasset centum, quæ ab ejus substituto legavit. Quo

sane casu, damno incidente post mortem patris in centum pupillus existente conditione præstaret trecenta, non deducta Falcidia. Nec recte diceretur præstare ultra vires hæreditatis paternæ, cum tempore mortis legatis præstandis idonea fuerit hæreditas, ac proinde diminutio illa aut damnum illud, diminutio est, vel potius consumptio Falcidiæ, non diminutio legatorum, nemo est, qui non intelligat hunc priorem casum, quo evenit, ut substitutus non retineat quadrantem, ut damnum faciat quadrantis. Alter casus, quo evenit, ut longe plus habeat quarta paternæ hæreditatis, hic est. Finge: pater qui quadringenta habuit in bonis, legavit a pupillo ducenta, et a substituto totidem ducenta; hæreditas patris non sufficit legatis salva Falcidia: post mortem patris pupillus centum acquisivit, adeo ut moriente pupillo fuerint in bonis pupilli quingenta: substitutus mortuo pupillo, non tantum retinebit quartam bonorum paternorum, puta centum, sed etiam alia centum, quæ pupillus post mortem patris acquisivit, vel etiam mille, si acquisierit pupillus: atque ita longe plus habebit quarta paternæ hæreditatis. Nam et augmentum, quod accessit, præter eam quartam habebit. Unde notandum est, non eandem esse omnino rationem damni et lucri. Damnum hæres facit quadrantis tantum, diminuta hæreditate patris post mortem ejus. Lucrum autem facit supra quadrantem etiam immensum ex bonis post mortem patris, a pupillo aliunde acquisitis, ut *l.* 10. *h. t. et l.* 14. §. *ultim. et l. qui duos impuberes, de vulg. substit.* Prior ille casus, quo hæres nihil retinet, exponitur a Papiniano in illo loco. *Quid ergo si non sufficiat hæreditas, etc.* hic posterior casus non exponitur a Papin. quia potest facile intelligi ex contrario.

Ad §. *Si filio.*

Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit, tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli substitutus. Et facile quis dixerit consequenter prioribus, quæ de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiæ locum, et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia, perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque ita si patri hæres extitisset. Ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem; ita plures substituti subducta persona pupilli, revocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit: in omnibus et ipsum Falcidiam habiturum? Atquin quartam habet, neque idem patiatur instituti comparatio. Rursus si negemus, aliud aperte quam quod vulgo probatum est, respondetur: itaque varietas existet, ut is quidem qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam: alter autem qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio largiatur ejus non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio: videlicet in eam quantitatem quam unusquisque sibi retinere potuisset.

Tractavimus de uno substituto pupilli, qui etsi tanquam institutus suo nomine Falcidiam inducere non posset, quod ab eo legata non sint relicta ultra dodrantem, tamen propter contributionem legatorum a pupillo relictorum, nomine pupilli tanquam substitutus Falcidiam inducit: puta si conjuncta simul legata utriusque tabulis relicta dodrantem excedant et quandoque nullo modo inducit Falcidiam, quandoque plus Falcidia consequitur. Hoc intelleximus ex §. *quod vulgo*, nunc in *hoc* §. *si filio* tractabimus de duobus substitutis pupilli, quorum alter Falcidiam inducit suo nomine sine contributione tanquam institutus, alter ex contributione nomine pupilli tanquam substitutus. Et species hæc est: Pater qui quadringenta reliquit in bonis, filium impuberem ex asse hæredem instituit, et ei duos substitutos dedit, Primum et Secundum, a filio legavit centum, a Primo ducenta, a Secundo centum quinquaginta: pupillo mortuo ante pubertatem, atque ita locum habente substitutione, ex hæreditate pupilli ad singulos substitutos pervenient ducenta. Primi portio onerata est, quia quot aureos capit ex hæreditate pupilli, capit autem ducentos, tot dare jussus est legatariis. Exhausta igitur est primi portio potius quam onerata, sed et quæ exhausta est, onerata est, non contra. Possit esse onerata, et non exhausta. *Exhauritur hæreditas*, si legata assem absumant: *oneratur*, si legata excedant dodrantem, nec assem consumant: *delibatur*, si non excedant dodrantem, et lege Falcidia hæreditas delibari potest, non exhauriri, non onerari legatis. Et definito illa legati; *legatum est delibatio hæreditatis*, est secundum legem Falcidiam, delibatio non exhaustio. Primi igitur portio exhausta est. Secundi autem portio onerata non est, cum salvam habeat quartam portionis suæ, nempe quinquaginta, quia centum quinquaginta dare jussus est, et ad eum pertinent ducenta ex hæreditate pupilli. Quæritur primum in hoc §. an Primus, qui oneratus est ex sua persona, proprio nomine Falcidia uti possit, quod portio ejus sit exhausta: non posset pupillus ipse, si

essent ab eo legata ducenta quia legato sufficeret hæreditas: non posset etiam Primus ipse, si solus substitutus esset, eadem ratione, quia legatis sufficeret hæreditas paterna, cum etsi Primo adjectus sit alius substitutus, habita ratione totius assis, inspecto universo patrimonio testatoris, cujus diximus semper habendam esse rationem, legata, quæ Primus debet, non excedunt dodrantem. Ergo Falcidia uti non potest, et convenietur ultra vires portionis suæ, id est, præstabit integra ducenta, quæ ex hæreditate pupilli ad eum pervenerunt. Et ita videtur prima specie. Sed non probat hanc sententiam Pap. nam verius esse ait, ut Primus Falcidia utatur, qui oneratus est hæreditate habita ratione portionis suæ, non totius assis, quia duo substituti, subducta persona pupilli, id est, pupillo remoto, e medio sublato, non extante, licet pupillo hæredes existant, *revocantur*, inquit, *ad intellectum institutionis*, id est, intelliguntur esse instituti primis tabulis (id est, perinde est ac si instituti, non substituti essent). Quod et de uno substituto dicitur, qui oneratus est legatis ex sua persona, *l. cohæredi*, §. *cohæres*, *de vulg. subst. l. qui fundum*, §. *ult. h. t.* Illi igitur duo substituti intelliguntur esse instituti primis tabul. mortuo pupillo, et cum sint duo instituti, constat in singulis institutis poni rationem leg. Falcidiæ separatim, *l. in singulis*, ἰδιαζόντως, *h. t.* §. *et cum quæsitum*, *Inst. eod.* Et hoc est quod dicitur, *legatorum, rationem esse separandam*, §. *quæsitum seq.* Quod videtur pugnare cum §. *quod vulgo*, in quo dicitur, *legatorum rationem esse confundendam.* Sed facile est rem dirimere. Confunditur ratio legatorum, si unus sit institutus vel substitutus, et totius assis habetur ratio. Separatur, si duo vel plures sint instituti vel substituti, quia et portiones hæreditariæ separantur quasi duo asses. Duo igitur instituti secundis tab. comparantur duobus institutis in primis, et sicut instituti separatim detrahunt Falcidiam singuli suæ portionis, ita et substituti singuli; Et sic etiam, inquit Pap. in *hoc* §. elegantissime, si intelligatur, *opes patris*, *et contributio legatorum, inde capiunt*, *etc.* Inde, id est, ex primis tabulis, ut duo substituti videantur instituti primis tabulis. Sic etiam opes patris, et contributio legatorum ex primis tabulis capiunt et formam et originem, omnibus revocatis ad primas tabulas. *Opes patris*, id est, facultates paternæ, bona patris formam capiunt ex primis tabulis, formam, quæ advenit bonis statim atque existunt. Omnis enim forma materiæ advenit in ipsa generatione statim, ut Philosophi ajunt. Forma, inquam, quæ advenit bonis, statim ac existunt, nihil aliud est, quam pretium et æstimatio bonorum. Hæc enim sola id agit, ut bona sint aliquid, quæ vis est formæ, et bona paterna ex ea tantum forma censentur, quæ hæres bonis eo tempore, quo primæ tabulæ valere incipiunt, id est, tempore mortis patris, ut intelleximus ex tractatu §. *quod vulgo*: et est fusum per hunc titulum omne jus paternæ hæreditatis, et contributio legatorum. Nunc de bonis patris utriusque tabulis relictis, originem et causam capit ex primis tabulis: nam quæ relicta in secundis tabulis, intelliguntur esse relicta in primis, et omnibus contributis atque permistis pro modo eorum, ex omnibus l. Falcid. habetur ratio. Et hac denique comparatione Papinian. utitur: sicut legata relicta secundis tabulis ideo contribuuntur, quod videantur relicta etiam ipsa in primis tabulis: et sicut patrimonium id duntaxat spectatur, quod versatur in primis tabulis; videntur etiam ita substituti secundis tabulis instituti in primis sublato pupillo. Igitur in proposita specie, primus qui oneratus est suo nomine, ut istitutus Falcidiam inducet, et cum ex hæreditate pupilli ad eum pertineant ducenta, et legatorum nomine totidem debeat, quæ dare jussus est, et debeat etiam quinquaginta ex centum, quæ a pupillo sunt relicta; primum detrahentur quinquaginta, quæ sunt extra quantitatem bonorum paternorum, extra quantitatem portionis Primi, ut dicitur in §. *ult. Inst. eod. tit. l.* 1. §. *Marcellus, tit. seq.* deinde ut institutus suo nomine, quartam retinebit ex ducentis. Plerisque videbantur hæc verba Papiniani, *ut etiam opes*, *etc.* non verba esse, sed θαύματα sive portenta, sed sunt facilia, si adhibueris hanc interpretationem, quam utique ferunt verba, nec ulla est causa mutandi aut trajiciendi ea. Et hæc quidem de Primo, qui oneratus fuit, et ait, *si filio etc.* Nunc videamus quod sit dicendum de Secundo, qui oneratus non est, an utetur Falcidia? Et cum ad eum, a quo erant tantum legata centum quinquaginta, ex hæreditate pupilli pertineant ducenta, et centum quinquaginta dare jussus sit, quia salvam Falcidiam habet suæ portionis, nempe quinquaginta: sane ex sua persona Secundus, ut institutus Falcidiam inducere non potest, sicut hæres ex semisse institutus primis tabulis, a quo essent legata centum quinquaginta, Falcidiam non induceret. Igitur instituti comparatio non patitur, ut Secundus Falcidiam inducat, quia nec institutus eam induceret, in simili casu. Et hoc est quod ait, *atquin quartam habet*, *etc.* ut scilicet inducat Falcidiam eique imputet, qui habet Falcidiam. Sed si nondum solutis legatis pupillus decesserit, quia ex persona pupilli Secundus debet quinquaginta, cum a pupillo legata essent centum, ex sua autem persona, centum quinquaginta, facta con-

tributione legatorum, cui locum esse negare non possumus, quia vetat regula §. *quod vulgo*, et ut ait, *si negemus*, Secundum scilicet Falcidiam habiturum, *negemus aperte*, *quod vulgo probatum est*, negemus contributionem fieri. Placet igitur Secundum facta contributione omnium legatorum, in omnibus posse habere rationem legis Falcidiæ, non institutum jam, cum ejus portio sufficiat legatis, sed ut substitutum. Ergo non semper substitutus comparatur instituto, non utique hoc casu ubi ex sua persona suo nomine substitutus oneratus non est, sed ex persona pupilli tantum propter contributionem legatorum: ubi suo nomine oneratus est, etiamsi fiat contributio, instituto comparatur, *d.* §. *cohæres, et d. l. qui fundum*, §. *ult.* Atque ita specie proposita, ut eleganter concludit, varietas existit et differentia magna inter Primum et Secundum. Nam Primus, qui suo nomine oneratus est, non pupilli, ut institutus detrahit Falcidiam suæ portionis. Secundus autem, qui nomine pupilli oneratus est, ex persona pupilli, non ea sua, detrahit Falcidiam ut substitutus, *propter confusionem calculi*, propter contributionem legatorum utriusque tabulis relictorum. Denique in Secundo Falcidiam inducit contributio. In Primo Falcidiam separata propriaque ratio. Et hinc fieri subjicit, ut si legata a se relicta pupillus solverit uti oportet exacta cautione, quod amplius solverit reddi: existente casu substitutionis stipulatio committatur utrique substituto, quia utrique substituto competit beneficium legis Falcidiæ, alteri sine contributione, alteri ex contributione, *l.* 1. §. 1. *t. seq.* Hanc stipulationem interpositam a pupillo posse committi hæredi pupilli: si hæredi, et hæredibus quoque, quicunque possunt inducere Falcidiam. Et hoc est quod deinde ait, *quid tamen dicemus de altero substituto, etc.* In omnibus legatis, addito (contributis) *licet portio largiatur ejus*, id est, non sit onerata, sed sufficiat. Sed quia dicit in ultima parte, stipulationem interpositam a pupillo in proposita specie, posse committi utrique substituto, quod uterque uti possit Falcidia, alter tanquam institutus, alter tanquam substitutus, non tamen uterque eodem modo, quod confirmavi etiam ex *l.* 1. §. 1. *t. seq.* ut et ejus *l.* 1. §. *Marcellus*, exponamus quod in hac materia afferri solet. Observandum est ex eo §. hanc stipulationem, *quod amplius solverit reddi*, nonnumquam interponi ab hæredibus pupilli, veluti substitutis, non ab ipso pupillo. Et quod mirum est, ab his etiam substitutis, a quibus nihil legatum est, ut in hac specie: Pater qui quadringenta habet in bonis, pupillum hæredem instituit, et ei substituit Primum et Secundum: a pupillo, et a Secundo nihil legavit, a Primo legavit trecenta, ad quem tamen non sunt perventura nisi ducenta ex hæreditate pupilli, diminuta scilicet hæreditate paterna. Ergo a Primo tantum legavit et quidem trecenta, et forte dubium est, an interveniat Falcidia, id est, an solida debeantur legata, quia ratio æris alieni, quod pater contraxisse dicitur, nondum est certa. Et in ponenda ratione legis Falcidiæ utique semper ante omnia deducitur æs alienum, et id tantum quod superest intelligitur esse in bonis, aut fuisse mortis tempore. Et ita etiam nominatim fuit expressum l. Falc. et Senatusc. Pegasiano, *l. successores*, *C. ad l. Falc.* Et interim causa bonorum et æris alieni nondum explorata atque cognita, Primus cogitur solvere ducenta, non trecenta, quia centum sunt extra quantitatem bonorum, extra quantitatem portionis suæ, et nemo plus portione sua legatariis cogitur præstare, ut est in *d.* §. *Marcellus.* Interim igitur Primus cogetur solvere non trecenta, quæ ab eo legata sunt, quia centum sunt extra quantitatem bonorum, extra quantitatem portionis suæ, sed ducenta integra, interposita scilicet cautione, *quod amplius solverit reddi*, quam interponi etiam Secundo, licet ab eo nihil legatum sit, oportet: quia cum et Secundus æri alieno defuncti obligatur, fieri potest, ut ducenta, quæ solvit Primus ante causæ cognitionem, causa cognita postea, et emergente ære alieno, non debeantur legatariis, aut appareat non fuisse debita legatariis: et ideo ab utroque substituto repeti debeant, æris alieni solvendi gratia, cui uterque est obstrictus pro portione hæreditaria: atque ita evenit, ut cautio interponatur etiam ei, qui nihil præstat legati nomine, et a quo nihil legatum est. Et hoc tantum proponitur in *d.* §. *Marcellus.*

Ad §. *Quæsitum VII.*

Quæsitum est, si quis pupillo cohæredem substituisset, quemadmodum legis Falcidiæ ratio inquiri debeat; et quale est, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam: dixi, quantum ad legata, quæ pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem, cum communi calculo subjiciantur, et invicem inducant contributionem. Sed legata quæ ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere, ideoque quartam pupillo datæ portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat, ut institutus. Et aliam causam esse ejus, qui ex variis portionibus hæres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem, non minus quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus, neque referre

pure sæpe, an sub diversis conditionibus sit hæres institutus.

In §. *quod vulgo*, et in §. *si filio*, tractatum est, de legatis relictis a pupillo, et a substituto, vel ejus substitutis. In §. *quæsitum* tractatur de legatis relictis a pupillo, et a cohæredibus ejus, extraneo eodemque substituto. Incipiam a regula, quam habuimus anteriori §. in singulis hæredibus institutis vel substitutis separatim poni rationem legis Falcidiæ, separari rationes, separari legata, secundum quæ evenit, ut si duo sint cohæredes, Primus et Secundus, et Primi portio onerata sit; Primus ex sua persona Falcidiam inducat, et detrahat quadrantem portionis suæ, tametsi habeat Secundus cohæres ejus integrum quadrantem totius assis, vel etiam amplius. Nec quicquam interest, uterque sit institutus pure, an sub conditione, an alter pure, alter sub conditione: quoniam semper inter cohæredes fiet separatio partium in ponenda ratione legis Falc. et separatio legatorum a singulis nominatim relictorum, §. *et cum quæsitum esset, Instit. de lege Falcidia.* Nec legata, quæ relinquuntur generaliter, veluti, *quisquis mihi hæres erit, Titio centum dato*, utrumque hæredem tenent, nec in causam separationis veniunt, *l. ab omnibus, de leg.* 1. *l.* 1. §. *id quod ex subst. h. t.* Cohæredes autem sunt non tantum hi, qui sunt scripti iisdem tabulis, sed hi, quorum alter scriptus est primis tabulis ut institutus, alter secundis ut substitutus. Institutus et substitutus cohæredes sunt sane, licet sint scripti diversis tabulis, alter in primis, alter in secundis, sicut collegatarii sunt, quorum uni res legatur in primis tabul. et alteri eadem in secundis, *l. plane*, §. *si conjunctim, de leg.* 1. Et ita cohæres pupilli et alius substitutus pupilli cohæredes sunt, quasi unus sit scriptus pure, alter sub conditione. Cohæres pupilli tam substituto pupilli cohæres est, quam ipsi pupillo, si existat substitutioni locus. Ideoque in legatis a se, et a pupillo relictis, quæ confundi constat, substitutus recte inducit Falcidiam; etiamsi cohæres pupillo datus obtineat quadrantem integrum hæreditatis paternæ. Et hæc est sententia legis *cohæredi*, §. *cohæredes, de vulg. substit.* in posteriori parte, quæ incipit ab his verbis, *non idem servabitur*: prior infra explicabitur. Aliquando igitur ratio legatorum separatur, aliquando confunditur. Et utraque regula vera est suis casibus, legatorum rationem separari, legatorum rationem confundi. Prior vera est in duobus cohæredibus; posterior in uno cohærede: ut si quis instituatur ex duabus vel pluribus partibus, hic confundit partes, et legata earum partium, etiamsi altera pars ei sit adscripta pure, altera sub conditione: quia perinde est, ac si semel hæres instituturs fuisset ex ea portione, quæ conficeretur ex pluribus, *l. quidam, C. de jure delib.* Et in ultima parte hujus §. cum ait, *et aliam causam*, *etc.* Finge Titium hæredem institutum ex sextante pure, ex triente sub conditione, et ab unaquaque portione jussum dare aliquid: hic pro eo habetur, ac si semel institutus fuisset ex semisse, nec scindere cum semissem potest, et separare sextantem a triente, nec separare legata a se relicta ex sextante, et ea etiam legata a se relicta ex triente, sed simul in omnibus rationem legis Falcidiæ componere debet. Eo quoque fit, ut si idem sit cohæres et substitutus, cohæredi componat et contribuat legata a se relicta in institutione, et legata a se relicta in substitutione, si pars cohæredis integra non onerata ad eum reciderit ex substitutione vulgari vel pupillari: nec refert, quia, et hic cohæres idemque substitutus cohæredis, videtur institutus esse ex parte pure, ex parte sub conditione. Ergo ex asse. Confundere igitur debet partes partiumque legata. Et hoc ita esse in substitutione vulgari, et in pupillari probat lex *qui fundum*, §. *qui filium, h. t.* et in substitutione pupillari, *l. cohæredi*, §. *cohæres*, in priori parte. Atque ita tenemus totum cum §. Idemque in substitutione vulgari esse probat lex 1. §. *id quod ex substit. h. t.* Igitur si ex parte integra, quæ ad eum recidit ex substitutione, quadrantem hæreditatis sibi servare possit, non utitur beneficio l. Falcidiæ in parte ei adscripta pure, tametsi onerata sit vel exhausta. Pars integra, quæ accedit oneratæ, replet partem oneratam, et cessat Falcidia, si pars, quæ accedit Falcidiæ, sufficiat, quamvis ea pars, cui accedit, non suffecerit Falcidiæ. Verum notandum est, non idem esse e contrario, si pars cohæredis onerata, ex substitutione vulgari vel pupillari perveniat ad cohæredem, qui oneratus non est, cujus pars est integra: hoc enim casu partium et legatorum separatim habetur ratio. Atque ita fit ut etiam in uno hærede, quasi sustineat vicem duorum, prior regula servetur, et ex parte onerata, quæ accedit, detrahatur Falcidia, perinde atque si pertineret ad eum cohæredem, a quo ex substitutione ea pars obvenit alteri, licet cohæres, cui obvenit ex sua institutione, salvum quadrantem hæreditatis obtineat. Quod ita de substitutione pupillari est scriptum in *d. l. qui fundum*, §. *qui filium*: atque etiam in hoc §. *quæsitum.* Nam ut ejus sententiam exponamus breviter: si pupillo extraneus quidam datus sit cohæres substitutus, is cohæres et substitutus confundit quidem legata a se in substitutione relicta, et legata a pupillo relicta. At retro e contrario, hæc legata ita confusa non confundit cum legatis a se in institutione relictis, et ex his, quæ sunt

a pupillo et a se relicta in substitutione, Falcidiam detrahit, etiamsi ex sua institutione habeat quadrantem integrum hæreditatis paternæ. Atque ita fit, ut portione onerata accedente portioni integræ, non fiat confusio vel contributio, sed ponatur Falcidia separatim. Et hoc est quod ait in hoc §. *legatorum rationem*, etc. id est, in singulis hæredib. ponendam ab instituto, qui est extraneus. Hoc in substitutione pupillari. Et idem etiam de vulgari substitutione est scriptum in *l. 1. §. id quod ex substit. hoc tit.* in posteriori parte. Priorem partem ejus §. jam exposui ante. Posterioris hæc est sententia: si ab eo cohærede, inquit, cui est facta substitutio vulgaris, legata sint relicta, quæ exhauriant ejus partem, ac proinde omiserit partem suam, eaque pervenerit ad cohæredem jure substitutionis vulgaris, cujus quidem portio est, integra legata ab eo relicta, qui omisit partem suam, non augentur, id est, in eis inducitur Falcidia, seu minuuntur Falcidiæ interventu. Atque ita pars onerata vel exhausta, quæ jure substitutionis accedit parti integræ, non repletur per partem integram, cui accedit. Et ex his, quæ disputavi et demonstravi, orta est hæc definitio Doctorum: *si pars non gravata, quam appello integram, accedat gravatæ, contributioni locus est: si pars gravata accedat non gravatæ, contributioni locus non est*: quæ definitio verissima est, non tantum si jure substitutionis accedit vel vulgaris vel pupillaris, sed etsi accedat jure accrescendi, *l. quod si alterutro, hoc t.* In qua lege maxime velim observare vos, Jurisconsultum a rebus singulis ad res universas, a legatis ad portiones hæreditarias progredi et argumentari hoc modo: *si legata integra singularum rerum quæ deficiunt et remaneut apud hæredem, replent portionem hæredis oneratam*, quod est certum; *l. id autem, l. 51. 52. hoc tit.* et portio hæreditatis integra, quæ deficit et accrescit cohæredi, auget portionem cohæredis, quæ non est integra: contra vero portio onerata, quæ deficit et accrescit integræ, non repletur per integram, non augetur per integram. Idemque licet confirmare ex *l. si Titio et Mævio, de leg. 2.* ac etiam ex *l. 1. §. si cohæredis, hoc tit.* In quo observandum est, fuisse hac in re dissidium inter veteres juris auctores: nam Cassiani, parte cohæredis onerata accrescente integræ existimabant confundendas esse partes: Proculianis aliud judicium erat: namque ajebant, separandas esse partes, quæ est verior opinio. Et Julianus ipse in hac specie, quamvis fuerit Cassianus, assensit Proculianis: quo magis probatur Proculianorum opinio esse verior, quæ confirmatur ab ipso adversario. Et Paulus quoque in *d. §. si cohæredis*, sequitur hanc Proculianorum opinionem: atque Julianus, qui ea in re discedit a sua familia, ait, sibi videri probabiliorem: licet, ut idem Paulus refert, Imperator Antoninus, dicatur aliquando judicasse pro Cassianis. Sed Paulus sæpe improbat decreta Principum, *l. Æmilius, de minor.* nec decreta Principum jus faciunt, nisi quæ invaluerunt: nam quod cognoscens decernit Princeps, scio esse legem, sed cum hoc modo, si invaluerit. Et ita possis te expedire illo §. *si cohæredis*. Si tibi nimia religio est addendæ negationis (qua de re observatio IV. CXXXV.) potes et concludere hoc modo; veram esse definitionem Doctorum indistincte, ut accedens integra portio oneratæ, repleat oneratam: accedens autem onerata integræ, non repleatur, sive jure substitutionis accedat, sive jure accrescendi. Et ratio differentiæ hæc est; quia non potest eadem portio locum principalis, et locum accessionis obtinere: quæ accedit portio, accessio est: ea cui accedit, portio est principalis: pars deficiens accedit parti agnitæ, id est, non omissæ, non agnita, deficienti, et accessionis est replere principalem, non principalis replere accessionem: accessionis est augere, non augeri. Igitur non probo eorum opinionem, qui hac in re differentiam faciunt inter jus substitutionis, et jus accrescendi: et in jure accrescendi, veram esse existimant definitionem illam juris, quam Doctores tradiderunt, non usquequaque veram esse in jure substitutionis. Subruitur etiam hæc differentia posteriori parte, §. *id quod ex substitutione*, quam exposui ante. Utraque enim pars hujus §. est de substitutione. Sed ut effugiant illam posteriorem partem, quæ hanc differentiam impugnat, non ex animi sententia, ut puto, eam interpretantur de jure accrescendi, ac ita efficiunt, ut de jure accrescendi quidem mox repetatur exposita sententia Cass. et Procul. §. *si cohæredis*, qui sequitur, §. *id quod* de eodem jure accrescendi accipiunt, et superfluum reddunt §. *si cohæredis*. Hanc vero mentem eorum falsam esse prodit rerum ordo, quæ tractantur in *d. §. id quod, et §. si cohæredis*, qui sequitur, *et §. cohæredem*, qui et mox subsequitur. Primum enim in §. *id quod*, agitur de jure substitutionis, et ostenditur, si eo jure portio integra accesserit oneratæ, confundi partes, contra si onerata accesserit integræ, separari partes. Mox in §. *si cohæredis*, agitur de jure accrescendi, idemque juris esse constituitur in jure accrescendi, ut distinguamus, accrescat portio integra oneratæ, an onerata integræ. Et licet etiam idem constituere in jure hæreditatis, vel dominicæ, vel paternæ, ut *l. si pupillus, §. si ego, et l. maritum, in prin. hoc tit.* Ac post eadem serie, et quasi filio eodem in §. *si cohæredem*, statim agitur de jure adroga-

tionis, quoties pars cohæredis meæ parti accedit per adrogationem, quod eum adrogem in locum filii: nam adrogatio cohæredis omnia bona cohæredis meæ subjicit potestati. Agitur et in eodem §. de jure legitimæ aut prætoriæ hæreditatis cohæredis. Et ostendit, duobus hæredibus scriptis, si uterque adierit hæreditatem, quod est extra omnem dubitationem, separari partes, cum quisque suam adquisierit, nec jam esse disputandum de confusione, et separari partes, etiam si pars unius accesserit alteri jure adrogationis, vel jure intestatæ successionis, vel jure testamenti facti a cohærede. Unus tantum est locus, quo propugnatur opinio illorum, qui hac in re differentiam putant esse constituendam inter jus substitutionis, et jus accrescendi in *l. qui fundum* §. *qui filium*, *hoc tit.* Locus est, in quo aperte Julianus scribit, substitutum eundemque cohæredem, qui integram partem suam habet, id est, non gravatam, et cui jure substitutionis vulgaris accedit pars cohæredis onerata: atque ita parte onerata accedente integræ ex substitutione vulgari, ait Julianus, ejus partis solida legata deberi. Ergo non posse in ea parte separatim inveniri Falcidiam, quod sufficiat pars integra, cui ea accedit. Et aliud esse statuit in substitutione pupillari. Et hoc vult in summa totus ille §. *qui filium*, si pars onerata accedat integræ ex substitutione pupillari, separari legata: si ex substitutione vulgari, confundi legata: contra si pars integra accedat oneratæ ex substitutione vulgari, vel pupillari, vel reciproca, nihil refert: confundi partes, confundi legata, non tamen semper. Ante diximus, nullam esse constituendam differentiam inter substitutionem vulgarem et pupillarem. Memini me huic §. *si filium*, respondisse observ. *d. cap.* 35. et id, quod respondi, etiam sine opera mea erit cuilibet facile statim atque legerit, apprehendere, cum sit verum. Sumitur enim responsio ex jure quodam, quod obtinuit Juliani tempore. Reliqua sunt ξυνετὰ μόνοις τοῖς ἐξάρπασι. Et illud si cui sit cura repetere intelliget. Velim vos animadvertere, esse *in cap.* 2. transpositionem manifestam: nam ibi in illis locis, *adeuntis vel superstitis portio*, reponendum est loco *adeuntis*, *deficientis*, et loco *deficientis*, *adeuntis*. In cap. 3. velim hæc verba deleri, *vel ex primis*. Loci duo restant, qui pertinent ad hanc materiam: in §. *ult.* hujus legis, unus: alter in *l. qui fundum*, §. *ult*, *hoc tit.* qui faciles erunt. Intelleximus ex supradicta recitatione, in ponenda ratione legis Falcidiæ, portionem integram accedentem oneratæ, replere oneratam per calculi confusionem, id est, contributionem portionis legatorumque, portionem autem oneratam accedentem integræ, non repleri; accessionis esse replere, non repleri, augere, non augeri. Et hoc naturam ipsam satis dare. Et nihil refert, portio portioni accedat jure accrescendi, an jure substitutionis, ubique locum esse superiori definitioni. Nihil etiam referre, portio accedat ex substitutione vulgari, an ex pupillari: et ad *l. qui fundum*, §. *qui filium*, *hoc tit.* in quo portio quidem onerata accedens integræ ex substitutione pupillari non repletur, sed accedens ex substitutione vulgari, repletur. Ad eum, inquam §. ita respondere volebam, id Julianum scribere in eo §. cujus ætate nondum legata relicta ab instituto nominatim, debebantur a substituto vulgari. Hoc enim primum increbuit ex constitutione Severi, *l. licet*, *de leg.* 1. *l. si Titio et Mævio*, §. 1. *de leg.* 2. *l.* 4. *C. ad Trebell.* Igitur legata relicta ab instituto, ante constitutionem Severi non debebantur a substituto vulgari, nisi ab eo substituto repetita fuissent, hoc modo scilicet *quæ ab hærede meo legavi*, *quæque eum dare jussi si hæres esset, et si hæres non erit*, *a substituto ejus præstari volo.* Necessaria erat repetitio, alioquin substitutus vulgaris non præstabat legata nominatim relicta primo gradu institutionis ab hærede instituto primo gradu. Cum igitur Julianus ponat in *d.* §. *qui filium*, ea deberi substituto vulgari, et illud tacito intellectu ponit, quod etiam olim vulgo adscribi solebat in testamentis, ab eo substituto vulgari fuisse repetita legata. Unde consequens est, confundi debere tam ea, quæ a se relicta sunt, quam ea, quæ relicta sunt a cohærede, cujus portio ad eum pervenit ex substitutione vulgari, quia scilicet ab eo sunt relicta omnia. Sicut et si testator legata non reliquisset nominatim ab hærede instituto, sed generaliter hoc modo: *quisquis mihi hæres erit dato*: hic cohæres idemque substitutus confunderet omnia legata, et in eis ita confusis inquireret rationem legis Falcidiæ, *l.* 1. §. *id quod ex substitutione hoc tit.* Et ita est respondendum ad eum §. *qui filium.* Cetera omnia congruunt bellissime, ut a me exposita fuerunt. Nunc videamus quid juris sit, si portio onerata accedat oneratæ, si exhausta exhaustæ. Qua de re videtur esse §. *ult. d. l. qui fundum*: quo quidem explicato, absoluti sumus ista materia. Si integra portio accedit integræ, hic casus non pertinet ad hanc materiam contributionis, quia locus Falcidiæ non est. Ubi in totum Falcidia cessat, inanis est disputatio de contributione legatorum, Tota enim hæc disputatio vertitur circa legem Falcidiam. Itaque pertinet tantum ad testamenta paganorum, non ad testamenta militum, ad quæ non pertinet lex Falcidia. Quid si onerata portio accedat oneratæ in totum: quo casu intervenit Falcidia? Et distinguo ita: aut plus onerata est una quam altera, aut æque onerata est una quam altera. Si

plus onerata sit una quam altera, consequenter superiori definitioni dicemus, contributionem fieri, si portio plus onerata accedat minus oneratæ. Quod omnino est superiori definitioni consentaneum, ut idem juris sit in toto, quod in parte, aut idem in parte, quod in toto juxta *l. in ratione*, §. *rursus, hoc tit.* Quid si utraque pariter sit onerata, utraque exhausta? Sane nihil refert. Et hoc statim cuilibet probatur, si separatim in singulis portionibus ponatur ratio legis Falc. aut confuse. Et si forte cohæres in sua portione separatim posuerit Falcidiam antequam ei obveniret portio cohæredis, deinde obvenerit ei portio cohæredis ex substitutione vulgari vel pupillari, nihil refert, vel ex jure accrescendi, ut quartam habeat omnium bonorum, quid aliud restat, quam ut et in portione cohæredis, quæ ei accedit, similiter ponat Falcidiam? Et tamen in *d. l. qui fundum*, §. *ult.* vult. Jurisc. de integro inquiri rationem legis Falcidiæ in universo asse contributis et confusis legatis utriusque portionis. Cur hoc vult? ut, inquit, cohæres idemque substitutus habeat quadrantem omnium bonorum. Denique cohæres, qui ante posuerat Falcidiam in sua portione, obveniente ei portione cohæredis, retractat rationem Falcidiæ, confuso et permisto patrimonio, ut Falcidiam habeat integram. Et ejus §. summa brevis hæc est: si portio exhausta accedat exhaustæ ex substitutione vulgari vel pupillari, nec enim interesse ait, contributionem legatorum fieri: imo videtur esse supervacua contributio, et non necessaria. Fateor contributionem fieri oportere, sive computationem legatorum, et communem calculum, ut quod pro parte sua plus, aut minus cohæres præstitit, antequam ei obveniret portio pupilli vel alterius cohæredis, id repetat, vel solvat pro rata legatorum. Quod exemplo demonstrari necesse est. Si testator reliquerit quadringenta in bonis, et duos cohæredes, Primum et Secundum, a Primo legaverit trecenta, a Secundo ducenta, et Primus pro sua parte præstiterit legata habita ratione legis Falcidiæ, puta initio detractis centum, quæ sunt extra quantitatem portionis suæ, uti oportet, §. *ult. Inst. de lege. Falcid.* deinde detracta quarta ex ducentis, id est, detractis quinquaginta, atque ita præstiterit centum quinquaginta tantum; deinde ei obvenerit portio cohæredis, a quo erant legata ducenta, et qui similiter induxisset Falcidiam, præstitisset centum quinquaginta, retinuisset quinquaginta: ex integro ponenda est ratio legis Falcidiæ, ut facta contributione omnium legatorum, quæ contributa efficiunt quingenta, et detractis centum, quæ sunt extra quantitatem bonorum, cohæres idemque substitutus repleat sibi Falcidiam, detractis aliis quinquaginta, qui jam detraxit quinquaginta, et præstet legatariis trecenta pro rata, id est, servata proportione eadem: quæ ab ipso testatore constituta, ratio sescupla, cum his reliquerit trecenta, illis ducenta: ergo servata eadem ratione ex trecentis, quæ supersunt deducta Falcidia, his quibus erant relicta trecenta, præstari debent centum octoginta, his autem quibus relicta erant ducenta, præstari debent centum viginti. Nam eadem est ratio trecentorum ad ducentos, et ducentorum ad centum: nempe sescupla: ideoque illis, quibus a se relicta erant trecenta, minus præstitit cohæres, qui præstitit centum quinquaginta tantum, initio separatim posita Falcidia in sua portione. et quod minus præstiterit actione ex testamento, ab eo legatarii petere possunt, retractata ratione simul omnium legatorum, *l. etiam*, *de solut.* ut e converso, si ab eo proponantur relicta ducenta a cohærede, cujus portio ei accedit, trecenta, et suis legatariis præstet centum quinquaginta, plus præstitit, et quod plus præstiterit, denuo habita ratione legis Falcidiæ nempe quingentorum, ab eis repetet condictione indebiti, vel actione ex stipulatu, si stipulatione Falcidiæ sibi prospexerit, *l.* 18. *hoc tit.* Fateor igitur computationem fieri omnium legatorum, quoties totus as accedit ad cohæredem eundemque substitutum, et fieri computationem, ut pro rata servetur legatariis, quod quibusque contigit. Nego autem, eam computationem fieri oportere, ut quartam habeat hæres, id est, centum, quod tamen ait ille §. id est, centum, cum et centum habiturus sit, discrete et separatim habita ratione legis Falcidiæ. Quod æque posset consequi discreta ratione, quid opus est persequi et inducere confusa? Et tamen in *d.* §. *ult.* ait confundi rationem in hoc; ut quartam habeat hæres: et ne id omittamus quod adjicit Accurs. in *d.* §. *ult.* falsum hoc esse, si pupillus non extiterit hæres, atque ita portio pupilli obvenerit cohæredi ex tacita vulgari, quæ inest semper pupillari, *l. jam hoc jure de vulg. subst.* Verum tamen esse, si pupillus hæres extiterit, et eo mortuo ante pubertatem, portio ejus cohæredi obvenerit ex substitutione pupillari. Hæc, inquam, distinctio Accurs. refellitur eod. § *ult.* quo dicitur, nihil referre, ex qua substitutione portio cohæredis ad cohæredem pervenerit, ex vulgari an pupillari, sicut et supra ostendimus, ubi portio onerata accedit integræ, vel integra oneratæ, nihil referre, ex qua substitutione accedat. Igitur quicquid scribit Accurs. in eo §. *ult.* non enim nobis perspicuum reddit. Videamus an alii aliquid adinvenerint subtilius. Sunt quidam, qui ut ostendant in specie *d.* §. *ult.* necessario contributionem induci, ut hæres quartam obtineat omnium bonorum, quæ testator reliquit, hoc utuntur sive commento, sive prætextu, ut si non facta contributione cohæres, qui jam po-

suit Falcidiam in sua parte, separatim eam ponat in parte pupilli cohæredis, nec inducat confusionem, non sit habiturus quadrantem omnium bonorum, videlicet, si pupillus ex sua portione aliquid diminuerit: quod fateor evenire, si pupillus diminuerit, et non injuria evenire contendo, ut minus habeat quadrante. Exempli gratia: si quis cum haberet 400. in bonis filium impuberem, et extraneum instituerit ex æquis partibus, et extraneum pupillo substituerit, a singulis legaverit ducenta, diminuerit pupillus centum, et cohæres extraneus jure Falcidiæ retinuerit 50. pro sua portione, postea si pupillo mortuo ei hæres extiterit ex substitutione pupillari, reliquerit scilicet tantum centum, quod diminuerit semissem suæ portionis pupillus, detrahet tantum ex hæreditate pupilli 25. et summatim ex omnibus bonis 75. non detrahet igitur integrum quadrantem, id est, centum. Nec hoc iniquum est, quia patris hæreditas spectatur, non pupilli, et patris hæreditas fuit idonea exsolvendis legatis usque ad dodrantem, *d. l. qui fundum*, §. *qui filium*. Et diminutio facta a pupillo est diminutio Falcidiæ, non legatorum, ut in §. *quod vulgo*: nec quicquam interest, substitutus quis sit tantum pupillo, non cohæres datus pupillo. Nam ut cohæres et substitutus pro ea habetur, ac si in primis tabulis ex parte pure, ex parte sub conditione hæres scriptus fuisset, *l. cohæredi*, §. *cohæres de vulg. substit.* ita et is, qui tantum substitutus est, videtur primis tabul. scriptus sub conditione, videtur hæres esse patris, non pupilli, *d.* §. *cohæres*, *et* §. *si filio*, *h. l.* Et quemadmodum quarta hujus, qui tantum substitutus est, minuitur vel consumitur ob diminutionem, quæ contingit post mortem patris, ita et quartam illius, qui et cohæres et substitutus est pupilli, minui æquum est, et consumi eadem ratione, ut et quandoque nil retineat pro Falcidia, sed de suo quadrante solvat legata, ut dictum est supra ex §. *quod vulgo*. Ex his omnibus efficitur, nullo modo posse defendi sententiam *d.* §. *ult.* ut scilicet si portio exhausta accedat exhaustæ, cohæres, qui jam pro sua parte separatim Falcidiam induxit, postea existente casu substitutionis, ex integro Falcidiam inducere debeat, non separatim in portione pupilli, sed confusim contributis omnibus legatis, ut salvum quadrantem habeat: quæ finis ejusmodi est, ut a nobis concipi non possit, cum et salvum sit quadrantem habiturus etiam sine contributione, si ut in sua portione, ita etiam in portione cohæredis, quæ noviter accessit, separatim Falcidiam inducat. Quare existimavi jam olim, et placet etiam hodie in *d.* §. *ult.* esse legendum, *nec semis pupilli exhaustus esset*, non, *et semis*. Et consequenter ita debere poni speciem, ut integra portio pupilli accesserit portioni cohæredis, ejusdem pupillo substituti, exhaustæ. Quo casu certum est, confusionem fieri legatorum, ut cohæres, idemque substitutus quadrantem habeat perinde atque si esset ex ea parte, quæ accessit primis tabulis, sub conditione hæres scriptus: nam etsi pupillo hæres existit, non patri, tamen comparatur instituto, id est, ei quem pater sibi hæredem fecit, comparatur substituto vulgari, *d.* §. *si filio*, *et d.* §. *cohæres*: quo colore sustinetur substitutio pupillaris facta a patre hoc modo: *si filius hæres extiterit, et ante pubertatem decesserit, ille mihi hæres esto*: atque existet hæres pupillo, non mihi: sed qui pupillo existit, circa legem Falc. pro eo habetur, ac si mihi extitisset hæres, ut non male dicam substituendo pupillo, ille mihi hæres esto, *l.* 1. *l. cohæredi*, §. *ult. de vulg. substit. l. si ita scriptum*, §. *qui filio*, *de bon. pos. secund. tab.* Et apud Tullium 2. *de Inven.* Verum hac comparatione utimur, si onerata pupilli portio accesserit integræ portioni cohæredis, ejusdemque substituti: neque enim hoc casu substitutus comparatur instituto, sed Falcidiam inducit in portione pupilli, etiamsi in sua portione quadrantem bonorum habeat integrum, ut ex §. *si filio*, *et* §. *quæsitum*, *et d. l. cohæredi*, §. *cohæres*, *et l.* 1. §. *id quod ex substitutione*, *h. t.* intelligi potest, ac etiam ex *d. l. qui fundum*, §. *qui filium*.

Disquisivi heri multa, et disputavi non sine molestia circa §. *ult. legis qui fundum*, quo loco nullus est obscurior in hac materia contributionum, nec dum mihi satisfeci: sed, ut spero, faciam, ut et mihi et vobis hodie, et simul huic materiæ extremam manum imponam. Lumen quod affero ad hunc §. *ult. l. qui fundum*, videbitur clarissimum. Velim primum vos semper in mente habere eam speciem, quam heri posui, instituta explicatione *d.* §. *ult.* Eum qui habebat 400. in bonis, duos hæredes fecisse ex æquis partibus, singulos ex semisse et ab uno legasse trecenta, ab altero ducenta. Velim etiam, vos meminisse duarum interpretationum, quas retuli, maxime prioris, quæ propius vero accedit, et quam patefaciemus cunctis hodie. Posterior ineptissima est. Eis vero rejectis interpretationibus tentavi ad extremum idem, quod olim in *d.* § *ult.* vexatissimo sc. loco horum verborum *et semis*, reponere, *nec semis*, ex quo efficitur, contributionem fieri legatorum, si integra portio exhaustæ accedat ex substitutione pupillari aut vulgari, et fieri eam contributionem, ut quarta bonorum apud cohæredem eundemque substitutum remaneat. Quæ verba ita debui evidenter interpretari, ut contributis legatis omnibus, ab utroque hærede relictis, quarta apud eum remaneat, beneficio portionis, quæ accedit et commiscetur suæ portio-

ni. Atque ita si ea portio, quæ accrescit, Falcidiæ sufficiat, ut Falcidiam, quam præsumpsit aut occupavit detrahere ex sua portione, reddat legatariis quasi indebite præsumptam, hoc ex inferioribus intelligetur melius. Et si ita legendo et intelligendo dixeris, idem fuisse traditum in §. *qui filium, eadem l.* nec esse verisimile, ut paulo post fuerit repetitum in §. *ult.* dicam, aliter poni speciem in §. *ult.*. nempe cohæredem in sua portione jam posuisse rationem legis Falcidiæ, antequam ei cohæredis portio obveniret jure substitutionis: et post eveniente et existente casu substitutionis, retractari rationem omnem legis Falcidiæ confusis semissibus, perinde ac si ab initio ex asse hæres scriptus aut nuncupatus esset, et confusis legatis tam a se, quam a cohærede relictis, qui casus non ponitur in §. *qui filium.* Retractatione rationis id est, retractata ratione legis Falcidiæ, quod notandum, retractatione calculi, hæc propria res est de qua agitur in §. *ult.* Et sane ita posita specie retractationem rationis legis Falcidiæ fieri oportere: sed nihil mutemus. Namque animadverti receptam scripturam, *et semis*, explicari posse satis dilucide hoc modo: ut si portio exhausta jure substitutionis accedat exhaustæ in ponenda ratione legis Falcidiæ, fiat contributio legatorum omnium, etiamsi jam, antequam locus esset substitutioni, separatim in sua portione cohæres idemque substitutus posuerit rationem legis Falcid. ut scilicet quartam bonorum sumat ex confusione legatorum, non separatis ex his, quæ a se separatim, et his, quæ a cohærede relicta sunt, ne occurrat iniquitas, quæ occurret, si plus aut minus præstet his vel illis legatariis, quam oporteat: nam separatim habita ratione legis Falcidiæ, his, quibus a se relicta sunt trecenta, initio detraheret centum, quæ sunt extra quantitatem portionis suæ, deinde jure Falcid. detraheret 50. ex ducentis, et præstaret 150. Quibus confusa ac simul habita ratione legatorum, essent præstanda ducenta pro rata portione, et his, quibus a cohærede relicta sunt ducenta, si separatim habuerit ratione Falcidiæ similiter retentis 50. præstaret 150. quibus tamen confusa ratione legatorum, essent prestanda centum duntaxat. Igitur ne fiat injuria legatariis, nec ulla inæqualitas existat, melius erit eam quartam deducere ex confusis non ex separatis legatariis, hoc modo, ut confusa efficiant 500. deinde detrahantur 100. quæ sunt extra quantitatem bonorum, ut in *tit. de lege Falc. Inst.* sub finem, post detrahantur alia centum, quæ per legem Falcidiam habere debet, et ex residuis trecentis, his quibus a se relicta sunt trecenta, præstat pro rata portione, id est, ἀναλόγως nempe ducenta. His autem quibus a cohærede relicta sunt ducenta, præstet centum duntaxat, legata enim a se relicta augentur, si ex substitutione alteram quoque partem hæreditatis acceperit. Igitur si cœperit in sua portione habere rationem Legis Falcid. antequam existeret casus substitutionis, hæc ratio erit pro non habita, quia nec jure habita est, cum minus debito eum prestitisse legatariis suis appareat ex postfacto, existente casu substitutionis. Et ideo existente eo casu, atque ita obveniente altera portione hæreditatis, denuo inducitur Falcidia in omnibus legatis. Et brevis ac elegans summa *d.* §. hæc est. Si exhausta portio exhaustæ accedat ex substitutione vulgari aut pupillari, contributionem portionum et legatorum fieri, et si qua fuerit habita ratio legis Falcidiæ separatim, eam corrigi, et retractari, et eam fieri confusim, et ita cuique legatario servari ratam portionem. Quod mihi nunc videtur esse evidentissimum, nec in eo §. quisquam debet accedere ad Accurs. In §. *ult. hujus. l.* nullus erit labor.

Ad §. ultimum.

Si quis exhæredato filio substituit hæredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit: necessario ratio confundetur; cum ideo legata valere dixerit Julianus a substituto relicta, quod idem patri hæres extiterit.

Certum est a substituto filii impuberis exhæredati, non posse relinqui legata, quia nec ab exhæredato possunt relinqui, etiamsi ei data sint ampla legata, *l. miles ita*, §. *si miles*, *de milit. test.* quia a legatario legari non potest, et testatori non debet plus licere in substitutum, quam in eum, cui substituit: si ab eo, cui substituit, non potest legare, nec a substituto ejus igitur, *l. qui fundum*, §. *qui filio, h. t. l. ult. de leg.* 3. Unus inter alios est casus, qui exponitur in *h.* §. *ult.* quo a substituto exhæredati recte legatur, puta si testator substitutum exhæredatum in secund. tab. hæredem instituerit in primis. Hoc enim casu valere legata ab eo relicta tam primis quam secundis tabulis, *l. plane si filium in princ. de leg.* 1. *l. si filius, qui patri, de vulg. subst.* et ut ait in hoc §. *ult.* in ponenda ratione *Falcidiæ* legis hæres institutus primis tabulis atque substitutus secundis, dicitur confundere et contribuere legata a se relicta utriusque tabul. Quod confirmat sæpe jactata ratio, *duplex testamentum pro uno haberi*: hæredem filii hæredem patris esse videri, substitutum secundis tab. videri primis scriptum, bona filii esse patris, ut Græci ajunt, τοῦ πατρὸς οὐσία καὶ ἤτου ἀνήβου εἶναι in *h.* §. Verum ne dixeris confundi bona paterna et pupillaria: confunduntur legata ab eo relicta utriusque tab. sed bonorum paternorum et pupillarium as non confunditur, imo substitutus

exhæredato bona pupillaria habet supra quadrantem bonorum paternorum, *l.* 10. *sup.* et in §. *quod vulgo.* Nunquam hæreditas paterna confunditur cum hæreditate pupilli: licet enim unum sit testamentum, tamen duæ sunt causæ, duæ hæreditates. Confunduntur quidem partes hæreditatis paternæ, confunduntur semisses assis paterni ut *l.* 1. §. *id quod ex subst. et l. qui fundum,* §. *qui filium, h. t.* hæreditas paterna et pupillaris non confunditur, sed separatim earum habetur ratio. Et in ponenda ratione l. Falc. semis paternæ, quod memini me latium exponere in *d. l.* 10. *lib.* 20. Et erravi supra in ponenda ratione sescupla: nam 300. et 200. quæ legaverat is, qui 400. habuit in bonis, comparare debui non cum 200. et 100. sed cum 180. et 120. quæ ex 300. quæ supersunt deducta Falcidia legatariis præstare debet iis quibus a se relicta sunt 300. et 180. Iis autem, quibus a cohærede relicta sunt 200. 120. et ita moneo vos corrigere adversaria vestra. Superest unum, quod in tractanda materia contributionis omisi, non parvi ponderis, quod omissum possit scrupulum injicere multis. Cum dixi ex *l.* 1. §. *si cohæredi, et l. quod si ab alterutro*, separationem fieri portionum et legatorum, si portio onerata accesserit integræ jure accrescendi, ex Proculi et Juliani sententia contra Cassium, hoc sc. omisi dicere, portionem oneratam accrescere, vel quod repudiata sit a cohærede. Et hanc hodie quidem accrescere cum onere legatorum ex constitutione Severi: olim accrevisse sine onere legatorum, *l.* 29. *in fine*, *l. si Titio et Mævio*, *in fin. de leg.* 2. Nec de ea quicquam sensisse Proculum aut Cassium aut Julianum, cum nondum prodiisset constitutio Severi, vel portionem oneratam accrescere, quod defecerit mortuo cohærede, post testamentum vivo testatore, vel post mortem testatoris, ante apertas tabul. et hanc portionem deficientem omni jure accrevisse, cum onere præstandorum legatorum etiam ætate Cassii et Juliani et Proculi, sicut legata, quæ deficiebant similiter, cum onere remanebant apud hæredem, *d. l.* 29. *in princ.* Et hac in re recte fit comparatio legatorum cum portione hæreditatis, *d. l. quod si alterutro.* Et jure etiam novo, id est, per legem Juliam et Papiam, etiam portionem accrevisse cohæredi excluso fisco, cum onere legatorum. Conjunctio excludit caducum, sicut substitutio. Conjunctio est tacita substitutio. Et hæc genera accessionum significantur in *d.* §. *si cohæredis* verbo *vindicavero*, si portionem oneratam vindicavero; quod sc. defecerit vivo testatore, vel ante apertas tabulas. Hanc enim vindicavero eum onere, et ideo separatim in ea posuero rationem legis Falcidiæ, quamvis pars mea sit integra et quadranti par. Et hoc idem etiam demonstrat verbum *vindicare*, *l.* 5. *in fine*, *de vulg. substit.* cum ait, *se per legem*, scil. Juliam Papiam. Igitur non est verum, quod quidam scribit; in *d.* §. *si cohæredis*, nihil referre, qua ratione portio onerata accedat integræ. Imo vero refert maxime, secundum jus, quod obtinuit ante constitutionem Severi. Et de eo Cassius et Proculus disputare tantum potuerunt in portione deficiente, non in repudiata, vel omissa. Quod valde notandum est.

Ad L. VII. Si tabulæ testamenti nullæ extabunt unde liberi.

Scripto hærede liberante filius exhæredatus mortem obiit, atque ita scriptus hæres omisit hæreditatem: nepos ex illo filio susceptus, avo suo hæres extitit: neque pater videbitur obstitisse, cujus post mortem legitima defertur hæreditas, nec dici potest: hæredem, sed non suum nepotem fore, quod proximum gradum nunquam tenuerit: cum et ipse fuerit in potestate, neque pater eum in hac successione prævenerit. Et alioquin si non suus hæres est, quo jure hæres erit, qui sine dubio non est agnatus. Ceterum et si non sit exhæredatus nepos, adiri poterit ex testamento hæreditas a scripto hærede, filio mortuo. Quare, qui non obstat jure intestati jure testati videbitur obstitisse.

Pertinet hæc lex ad jus legitimarum hæreditatum. In legitimis hæreditatibus prima ex causa suorum hæredum, §. 1. *de hæred. quæ ab intest.* Suorum appellatio est ex 12. tab. *l. liberorum*, *de verb. sig.* ex jure civili, *l. cum ratio, de bon. damnat.* ut in illo loco 12. tab. *Si intestatus moritur, cui suus hæres non extabit.* Et ratio appellationis hæc est, *quia liberi vivo parente quodammodo domini existimantur, atque adeo parente mortuo continuatione dominium potius, quam hæreditatem adipisci, suam quodammodo hæreditatem adipisci, suaque bona et suos sibi hæredes esse.* Et ita de eadem continuatione dominii Paulus in *l.* 11. *de lib. et postum, et* 4. *Senten. In suis hæredibus a morte testatoris rerum hæreditariarum dominium continuari.* Si igitur vivo parente quodammodo videntur esse domini, et sui ipsius videntur hæredes esse mortuo parente: et quidem alii legitimi hæredes veluti agnati, qui ex transverso sunt sive ex latere, licet, dicantur quasi venire ab bona propria, *l.* 1. §. *largius*, *de success. edic.* tamen sui hæredes non dicuntur, quia ut est in *d. l.* 11. continuatio dominii evidentius, apparet in liberis, qui hæredes sunt, quam in agnatis, et ardentiore voto optamus liberos nobis hæredes esse, quam agnatos, faciliusque vivi

liberis nomen domini cedimus, ut ait *Lact.* 4. *Inst.* quam agnatis, atque adeo liberos suos hæredes appellamus. Ceteros appellamus alienos, extraneos, licet sint agnati. Sui autem aut sunt naturales, aut non naturales. Non naturales, ut adoptivi, et jure veteri uxor, quæ convenit in manu viri matrimonii causa, uxor, quæ in manu est, viri, sua hæres est viro jure veteri, quia filiæ loco est, vir loco patris, et viri filius suæ matri sive novercæ, est loco fratris, et illa loco sororis. Item nurus, quæ est in manu filii jure veteri sua hæres est, quia neptis loco est ex jure veteri. Et similiter pronurus, quæ est in manu nepotis, sua hæres est, quia proneptis loco est. Sed hoc jus in desuetudinem abiit. Naturales autem sunt liberi ex justis nuptiis progenerati, vel etiam ex injustis, si per errorem contractæ sint, et erroris causa probata fuerit ex l. Ælia Sentia, ut intelligitur ex fragm. Ulp. Caji et Pauli. Namque hæc erat vetus ratio nondum nobis patefacta quondam faciendi filii legitimi, et faciendi quoque patris legitimi. Nec enim ulla ratione fit filius legitimus, quin et pater fiat legitimus pater. Inter civem Romanum, aut peregrinum aut Latinum, vel e contrario, non erant justæ nuptiæ, sed si contractæ essent per errorem, et erroris causa probata esset concilio, ex *l. Ælia Sentia* confirmabatur status liberorum et parentum, id est, filii fiebant legitimi, et patres legitimi, ac donabantur civitate. Qua ratione etiam videmus hodie, et ob erroris causam etiam, incestos filios fieri legitimos, confirmari eorum statum, confirmari statum parentum, confirmari nuptias, et plerunque non dissolvi, nec puniri incestum si accrissimus error fuit, *ut in l. qui in provincia*, §. *ult. de ritu nupt. l. si adulterium*, §. *incestum*, *de adult. l.* 4. *C. de incest. nupt.* veniam dari errori accrissimo, non affectato insimulatoque. Nam omnes libri veteris habent in *d. l.* accrissimo, ut apud Priscianum, *canis malus celerissimus advolat Hector*, et apud Charisium, *equitum celerissimus*. Sui hæredes igitur sunt liberi ex justis nuptiis progenerati, vel sui sunt liberi legitime concepti, vel qui facti sunt legitimi, et civitate donati causa probata ex lege Ælia Sentia, vel hodie, qui alia quacunque ratione facti sunt legitimi: nam jus novum protulit varias rationes faciendi legitimi filii patrisque, vel etiam filii adoptivi, qui sunt sui, non naturales, quos sc. in potestate habemus. Sed nondum est satis ad constituendam definitionem suorum hæredum. Nam si filium, nepotem, etc. habeam in potestate, et sint omnes legitimi, omnes mihi non sunt sui hæredes. Quare in definitione addendum est, *et quos nemo gradu præcedit*, id est, qui proximum gradum in linea liberorum obtinent, *l.* 5. §. 1. *de bon. pos. contra tabul.* Et addi etiam oportet, *hæreditatis nostræ deferendæ tempore*. Et perfecta hæc erit definitio. Sui hæredes sunt liberi legitimi, qui sunt in potestate morientis, et primum gradum obtinent tempore delatæ hæreditatis: quæ definitio eruitur omnino ex hac l. 1. Nam si moriente patre intestato, in ejus potestate fuerit filius, et nepos ex eodem filio, filius suus hæres erit, quia nepotem gradu præcedit, et nepoti obstat, juxta id quod Paulus ait 4. Sent. parentes liberis, cum quibus in potestate fuerunt, ipso ordine successionis obsistere. Sed quæ est species hujus *leg.* 7. si filius exhæredatus sit, nepos silentio præteritus, extraneus scriptus in testamento, et post mortem patris etiam moriatur filius deliberante hærede scripto; deinde hæres scriptus repudiaverit hæreditatem, nepos hoc casu avo intelligitur suus hæres esse ab intestato, cum desertum sit testamentum, et repudiatum ab hærede scripto, quia etsi mortis avi tempore, eum præcesserit filius, tamen tempore delatæ hæreditatis, id est, eo tempore, quo scriptus repudiavit, eum filius non præcessit, qui jam mortem obierat. Et id etiam ostendit *l.* 9. §. *si filium, de lib. et post. l.* 1. §. *sciendum, de suis et legitim. l. si quis filio*, *de injust. rupt. test. l. ult. in fin. de condit. inst*, ut ibi exposui: est enim Papin. lib. 15. quæst. et §. *cum autem*, *Inst. hæred. quæ ab intest.* Nec enim spectamus hoc casu, qui fuerit proximo gradu tempore mortis testatoris, sed quis tum fuerit proximo gradu, cum certum esse cœpit neminem ex testamento hæredem fore veluti repudiato et destituto testamento, vel rupto, vel defecta conditione institutionis. Et verba XII. tabul. *si intestatus moritur* referimus non tam ad tempus mortis, quam repudiatæ hæreditatis testamentariæ, quia primum defertur hæreditas legitimo ab intestato, et in ea invenitur proximior nepos. Ergo suus hæres est, nec ei obstitit filius, quamvis eum præcesserit. At e contrario, in eadem specie, si post mortem testatoris, ac etiam filii scriptus hæres adierit hæreditatem, an dicemus testamentum rumpi, aut ruptum esse propter præteritionem nepotis? an, inquam, quasi præteritio nepotis ruperit testamentum, dicemus inanem esse aditionem, et nepotem admitti ab intestato? Quod negat Papin. quia nepos sui hæredis locum tempore mortis avi non tenuit præcedente filio, nec nepoti satisfieri oportuit in testamento co instituto, vel exhæredato, sed filio tantum: et filio satisfactum est per exhæredationem quæ effectum habuit adita hæreditate patris. Scripti igitur, qui adiit potior est causa, quam nepotis, et præteritio nepotis non rumpit testamentum. Hodie tamen ex constitutione *l. si quis filium, C. de inoffic. test.*

ex persona filii, patris scil. sui potest agere querela inofficiosi testamenti, quasi patre suo immerito exhæredato, in qua forsan vincet. Secundum quod evenit, ut in jure, vel causa intestati, id est, repudiante hærede scripto, filius nepoti non obstet, quin intelligatur nepos esse suus: jure testati, id est, adeunte scripto, filius obstet. Priore casu ex die repudiationis defertur hæreditas intestati, et eo die proximior invenitur nepos. Ergo intelligitur esse suus. Posteriore autem casu ex die mortis testatoris defertur hæreditas, quo tempore nepos non obtinuit primum gradum, sed filius, et potuit nepos impune preteriri.

Repetam summatim, quod circa speciem legis nostræ septimæ dixi definiri: Repudiante hærede scripto, nepotem avo suum hæredem esse jure intestati, quod nemo ex testamento hæres existat: adeunte autem hærede scripto obtinere testamentum, nec rumpi testamentum præteritione nepotis, qui sui hæredis locum non tenuit, filio præcedente tempore mortis avi, atque ita filium obstare nepoti jure testati, id est, si ex testamento adita hæreditas fuerit, non obstare jure intestati, si repudiata fuerit, quia repudiationis tempore filius non præcedebat, qui jam erat sublatus e vivis. Et nunc videamus, quemadmodum Papin. refellat opinionem eorum, qui in hac specie repudiante hærede scripto dicebant, nepotem non esse quidem suum hæredem avo, quod eum filius præcesserit, sed esse legitimum hæredem, ut agnatum. Qui in ea opinione erant, non sibi constabant: quod enim statuebant, nequibat consistere, quandoquidem is qui dicit nepotem non esse suum hæredem, et hoc dicit, legitimum non esse: legitimi sunt agnati, legitima successio est agnatio. Ergo, qui dicit, nepotem suum non esse, et hoc dicit, nepotem agnatum non esse. Itaque parum sibi constabant illi, qui dicebant suum non esse, et agnatum esse, non venire jure suitatis, venire jure agnationis. Verum objicies, quod multis non parvum exhibuit negotium, a quo abest species, non continuo abesse genus. Suitatem esse speciem agnationis. Agnationis species in hæ sunt; suitas, consanguinitas, et reliqua cognatio legitima. Suitas est igitur species agnationis, *l. filius, de suis et legit. l. Juriscons.* §. 1. *de grad. et affi. l. de bonis*, §. *de carb. edic. l.* 2. *unde leg. l.* 1. § *sed videndum de success. ed.* Si quis non sit suus, non ideo sequitur non esse agnatum. Potest quis non esse suus, et agnatus, ut frater non est suus, et est tamen agnatus, si sit frater consanguineus: si uterinus, est cognatus, non agnatus. Item nepos, si filius præcedat, non est suus, sed est agnatus: a quo abest species, necesse non est et genus abesse. Et hoc ita si objicias, contra objiciam, hoc esse falsum in individuis, id est in singulis rebus: ut si negas L. Titium esse hominem, et hoc negas L. Titium esse animal, quia non potest L. Titius esse animal, quin sit homo. Aut enim non est animal, aut si est animal, homo est: et ita hunc nepotem, quem nemo præcedit tempore delatæ hæreditatis legitimæ, tempore repudiati testamenti, si negas esse suum hæredem, et eundem negas esse agnatum, quia non potest esse agnatus, quin sit suus hæres, hic nepos scili. de quo ago. Aut enim non est agnatus hic nepos, aut si est agnatus, suus est: atqui suus non est, ergo nec agnatus. Agnatus vel est in transversa linea, vel in directa: certe nepos non est in transversa, non est eis agnatus in directa, cum non sit suus, ut jure agnationis venire ad hæreditatem possit, qui non potest venire suitatis jure. Falsum est igitur, quod illi statuebant, eum venire ut agnatum, non ut suum: hæc enim separari in eo non possunt, et verius est, eum esse suum hæredem, quia etsi pater cum præcesserit tempore mortis avi, ac ita eo tempore nepos non tenuerit proximum gradum, tamen fuit in potestate morientis avi, et in ea hæreditate pater eum non prævenit, qui jam mortuus erat, antequam locus esset legitimæ hæreditati, per repudiationem testamenti. Ceterum adeunte hærede scripto, nepos avo suus hæres non est, et scriptus obtinebit hæreditatem, quam adiit, quia tempore delatæ hæreditatis ex testamento, quod obtinuit, cum adierit hæres, id est, tempore mortis testatoris, filius præcedebat nepotem, nec aliud tempus existit, quo delata sit hæreditas. Denique eo tempore, quo fuit delata, filius præcedebat, filius obstabat nepoti, in cujus locum nepos potuisset quidem succedere vivo avo; sed mortuo avo, mortuo testatore non fit successio in locum sui hæredis, puta, si filius moriatur, vel si exhæredatus sit, ut in hac specie, quæ exhæredatio effectum habuisset, si vixisset, cum adita est hæreditas ex testamento, et exhæredatione amisisset jus sui: exhæredatio perimit suitatem, *l.* 9. *si filium, de lib. et post. l.* 1. §. *post suos, de suis et leg. l. filium*, §. *videamus, de bon. poss. cont. tab.* Et hoc est quod ait Pap. l. 7. et est elegans conclusio: filius qui non obstat jure testati, obstat jure intestati.

Quod sequitur in §. ult.

Non sic parentibus liberorum, ut liberis parentum debetur hæreditas. Parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit: liberos naturæ simul et parentum commune votum.

Id eo pertinet, ut intelligatur, suos hæredes præferri parentibus defuncti, qui legitimi sunt sive agnati, nec prætor eis dat bonorum possessionem ex prima parte edicti, quæ tantum pertinet ad suos hæredes, sed ex sequenti parte, unde legitimi vocantur vel agnati. Igitur liberi defuncti excludunt parentes defuncti, ut nec simul admitti possint, etiamsi defunctus fuerit in potestate parentis. Quod obtinet hodie ex Nov. 117. in his scilicet, quæ patri non acquiruntur, de his, quæ patri acquiruntur, dicemus in *l. pen. de suis et legit. ex eod. lib.* Ratio autem, quod liberi defuncti excludant parentes defuncti, hæc est, quia hæreditas magis debetur liberis nostris, quam parentibus, quandoquidem plures rationes invitant liberos, quam parentes. Parentes invitat sola ratio miserationis, aut ad quos summus mœror pervenit morte liberorum, ad eos hæreditas perveniat, quæ ob id ipsum dicitur luctuosa et tristis, *l. ult. C. de inst. et substit. l. ult. C. com. de success.* Liberos autem vocant plures rationes: ordo naturæ, naturalis erga filios caritas ac propensio, naturæ ipsius ratio, lex tacita, et parentum omnium commune votum, communis optatio. Quod idem retulit ante Papinian. lib. 19. in *l. nam si pariter, de inoffic. testament.* Et ex hoc §. ultimo, veluti conjuncta scriptura, ut res exigit, transeamus ad *l. pen. de suis, et legit. hæred.*

Ad L. Si pater. pen. de suis, et leg. hæred.

Si pater apud hostes moriatur, defunctum jam in civitate filium, credimus patremf. decessisse, quamvis patria potestate, quandiu vixerit, non fuerit in plenum liberatus: itaque hæredem habiturus est iste non reverso patre. Sed si postliminio redierit pater jam defuncto filio, quicquid medio tempore per eum quæsitum est, habebit: et non est mirum, si peculium quoque defuncti pridem filii defertur patri: cum ex eo natus potestatis ipsius fiat per suspensi juris constitutionem.

Notandum est, in his bonis, quæ patri adquiruntur, filiumfam. neque ex testamento, neque ex intestato hæredem habere posse, sed patrem superstitem omnia occupare jure peculii. Inde quæritur in hanc l. quid sit dicendum, si filiusf. decesserit patre capto ab hostibus et vivente adhuc, an hæredem legitimum habiturus sit filiusf. qui in incerto statu decessit propter captivitatem patris: nam si redeat pater, filiusf. intelligitur decessisse filiusf. propter fictionem postliminii, neque hæredem habet: sed si ibi moriatur pater, etiamsi moriatur post filium, filius intelligitur paterf. id est, sui juris decessisse, et hæredem habet legitimum, quia lege Cornelia pater præmortuus fingitur, id est, ea ipsa hora qua captus est, *l. in omnibus, de captiv. et postlim.* Et hora captivitatis jungitur horæ mortis, et retro, *l. justo, in fin. de usucap. et usurp.* Interim igitur, quandiu pater vivit apud hostes, si filius moriatur, filii bonorum possessio ab intestato peti non potest, quia nondum apparet eum patremfa. decessisse. Et hoc ita est proditum in *l. 2. §. si quis decesserit, unde legit. et l. 1. §. 1. tit. seq. l. in bello, §. si quis capiatur, et l. bona, §. quod si filius, de capt. et postl.* Sed si ibi moriatur pater, fictio legis Corneliæ facit, ut filius defunctus pridem in civitate intelligatur paterfam. decessisse, et hæredem habeat proximum agnatum, quasi præmortuo patre, tametsi, quandiu vixerit pater, in plenum liberatus non fuerit patria potestate, quia pependit jus filii patrisque propter spem postliminii. Paterfam. est, qui liberatus est potestate patria, vivente patre apud hostes, nondum apparet an liberatus sit patria potestate: nondum est igitur in plenum ea liberatus, et tamen si ibi moriatur pater, fingetur filius supervixisse patri, et quasi morte patris sui juris effectus fuisse, ac ita habiturus est hæredem legitimum. Et ait Papinianus, *credendum est eum patrem decessisse* propter fictionem scil. legis Corneliæ: ait *credendum est*, in re ficta, ut *l. retro, et in l. in bello, §. si quis, de capt. et postlim. l. Titio centum, in princip. de condit. et demonst.* Quia plerumque falsum aut fictum est, quod credimus. Et ideo in comœdiis dicenti, *gaudeo*, responderi solet, *credo*, quia multi gaudere se significant cum debeant gratulari: cum maxime doleant non respondetur *scio*, sed *credo*. Sic igitur in fictionibus juris sæpissime usurpatur verbum *credo*, quod scil. pater postliminio redeat, mortuo jam filio, filius intelligitur filiusfam. decessisse, et bona quæ medio tempore acquisivit stipulatione, vel traditione, vel legato, (nam hæreditate non potuit, quandiu pater vixit apud hostes, *d. §. si quis capt.*) non potest adire hæreditatem, qui est incerti status. Igitur bona, quæ alia ratione acquisivit interim, ea omnia pater occupat jure peculii, et nepos quoque ex eo filio natus medio tempore, fit in potestate patris reversi ab hostibus propter fictionem postliminii, quia retro fingitur in civitate mansisse, nec venisse unquam in manus hostium. Hæ duæ fictiones sunt frequentissimæ in jure nostro, fictio l. Corneliæ, et fictio postliminii, quæ efficiunt, ut credamus multa, quæ sunt falsa. Et observandum est in hac *l. pen.* Papin. *postliminium* appellare, et quasi definire suspensi juris constitutionem, quia species postliminii suspendit jus filii, patrisque, si vel hic, vel ille sit captivus: suspendit jus

omne captivi, eorumque jus, qui in ejus familia sunt, non abrumpit *l. illa institutio*, §. 1. *de hæred. instit.* Et eventus, id est, reditio omnia jura restituit in integrum. Et hoc est quod ait in in hac. *l. pen.*

Ad L. pater instituto 10. *et* 11. *ff. de capt. et postl. revers.*

Pater instituto impuberi filio substituerat, et ab hostibus captus decessit: postea defuncto impubere legitimum admitti quibusdam videbatur: neque tabulas secundas in ejus persona locum habere, qui vivo patre sui juris effectus fuisset. Verum huic sententiæ refragatur juris ratio: quoniam si pater, qui non rediit, jam tunc decessisse intelligitur, ex quo captus est, substitutio suas vires necessario tenet.

§. 1. *Si mortuo patre capiatur impubes institutus, vel exhæredatus; in promptu est dicere, l. Corneliam de tabulis secundis nihil locatam, ejus duntaxat personam demonstrasse, qui testamenti factionem habuisset. Plane captivi etiam impuberis legitimam hæreditatem per legem Corneliam deferri: quoniam verum est, ne impuberem quidem factionem testamenti habuisse. Et ideo non esse alienum, prætorem subsequi non minus patris, quam legis voluntatem, et utiles actiones in hæreditatem substituto dare.*

Lex 11. *Quod si filius ante moriatur in civitate, nihil est, quod de secundis tabulis tractari possit: sive quoniam vivo patre filiusfam. mori intelligitur: sive quoniam non reverso eo, exinde sui juris videtur fuisse, ex quo pater hostium potitus est. Sed si ambo apud hostes, et prior pater decedat, sufficiat lex Cornelia substituto, non alias, quam si apud hostes patre defuncto, postea filius in captivitate decessisset.*

Quæstionem tractemus *l.* 10. *de capt. et postl. rev.* quam postrema recitatione dixi esse conjungendam cum his, quæ tractavimus in *l.* 7. §. *ultim. si tab. testam. nul. et l. pen. de suis et legit.* Et conjungi debet hoc modo: in bonis, quæ patri non adquiruntur, patri præferri liberos filiifam. quamvis in ejusdem parentis potestate sint, eique filiof. liberos ab intestato legitimos hæredes esse in ejus bonis: his autem bonis, quæ patri acquiruntur, patrem præferri omnibus, ut vivo, ita mortuo filiofam. et eum, qui filiusfam. moritur vivo patre, neque ab intestato, neque ex testamento hæredem habere posse, sed quod is acquisierit patrem tenere quasi peculium, non quasi hæreditatem; denique in eis eum qui filiusf. moritur, neque ab intestato, neque ex testamento habere posse, quia in causa testati, et in causa intestati lex xii. tabul. qua obveniunt hæreditates cum legitimæ, tum testamentariæ, loquitur de patref. non de filiof. In causa testati his verbis: *paterf. uti legassit, etc.* In causa intestati *paterf. si intestato moritur, cui suus hæres nec extabit*, etc. Si filiusf. ex testamento hæredem habere non potest, ergo nec ex substitutione pupillari, quia testamentum est filii impuberis, quod valet, si morte patris factus sit paterfam. et postea decesserit impubes: irritum fit si filiusf. decesserit vivo patre. Et his principiis constat ratio legis 10. *et* 11. Sed repetendum est etiam breviter, quod dicemus ex *l. pen. de suis et legit.* Si vivo patre captivo filius moriatur, postea reverso patre, filius intelligitur decessisse filiusf. et hæredem nullum habet, nec ab intestato, nec ex testamento, vel principali, quod ipse fecit interim, vel pupillari quod ei fecerit pater ante captivitatem. Mortuo autem patre apud hostes, filius, qui ante decesserat, intelligitur paterfamilias decessisse, factus sc. sui juris morte patris, quem lex Cornelia fingit prædecessisse, atque ideo hic filius habiturus est hæredem, vel ex suo testamento, si pubes fuerit, et testamentum fecerit vel ex pupillari substitutione, si impubes fuerit, et impubes decesserit, eique pater ante captivitatem substituerit: vel nullo facto testamento, habiturus est legitimum hæredem, et quod medio tempore adquisierit, post captivitatem patris pertinebit ad hæredem legitimum filii, non ad hæredem patris. Quæ est sententia, *d. l. pen. et l. proponebatur*, §. *ult. de pecul. castr.* Cui obstat vehementer, quod omiseram, lex *bona* §. *quod si filius h. t.* quæ ait, filium captivi, quod interim acquisivit, patre mortuo apud hostes, sibi acquisiisse videri. Et sequitur perperam in ea lege, quæ pugnat cum superioribus, *Et si filius vivo patre decesserit*, post pater decesserit apud hostes, quod filius quæsierit medio tempore, pertinere ad hæredem filii, quod est absurdum, ut quod filio quæsitum est, non pertineat ad hæredem filii. Et ut etiam Accurs. ipse præsentit in *d.* §. est legendum, *nec si vivo patre decesserit, ad hæredem patris pertinebit*: quandoque pater decesserit apud hostes, non pertinebit scilicet ad hæredem patris defuncti apud hostes, quod interim filius adquisierit. Nunc proponamus speciem *l.* 10. et explicemus quæstionem totam facillime, quæ plerisque videtur difficillima. Ergo aliquando desperavi, me posse venire ad intelligentiam ejus *l.* 10. et 11. præcipue. Finge: pater filio impuberi instituto vel exhæredato substituit in secundum casum, substituit pupillariter: deinde captus est ab hostibus, et decessit apud hostes: post mortem patris filius decessit in civitate impubes; nam pubertate finitur substitu-

tio pupillaris; an valet substitutio pupillaris? Sane valet, quia fictione l. Corneliæ jam tunc filius intelligitur morte patris sui juris effectus, ex quo captus est pater: substitutio pupillaris valet in eo, qui morte patris sui juris efficitur, fit sui juris, et post moritur impubes. Et ita definit Papinian. initio hujus legis, et Julianus in *l. lex Cornelia*, § 1. *de vulg. substit.* Quidam dicebant, non valere subst. pupillarem isto casu, et habiturum filium hæredem legitimum, non substitutum. Et utebantur hac ratione, quia vivo patre sui juris effectus est, et substitutio pupillaris in ejus tantum persona consistit, qui fuit in potestate morientis patris, *l. cohæredi*, §. *cum filiæ*, *de vulg. subst.* Sed refellitur hæc ratio alia ratione, quia vivo patre non in plenum sui juris effectus est, ut dixit Papin. *d. l. pen.* Imo morte patris sui juris videtur factus ex l. Corn. quæ fingit, mortuum patrem eo ipso momento, quo captus est, quæ fingit mortuum esse, qui vixit eo momento, ac etiam sat diu post, vivus habetur pro mortuo. Igitur valet substitutio pupillaris, quia non vivo patre, sed morte patris videtur filius paterf. factus, qui post decessit impubes. Et hoc est quod ait in 1. parte l. 10. *jam tunc*, etc. si reversus fuisset pater non in captivitate decessisset, postea mortuo filio vivo patre certissimum esset, non valere substitutionem pupillarem, quia vivo patre filiusf. decessit sine ullis bonis: cujus nulla sunt bona, ejus nulla hæreditas est, et cujus nulla hæreditas, nullus est. hæres. Et hoc si, ut posuimus, præmoriatur apud hostes, deinde filius in civitate ante pubertatem. Quæro quid sit dicendum, si filius vivente patre adhuc apud hostes decesserit in civitate impubes, si præmortuus fuerit filius? Et ex *l. 11.* quæ sequitur, in priori parte, quæ est coaptanda priori parti *l. 10.* et est ejusdem Pap. ex lib. 31. ostendit, idem juris esse etiam hoc casu, et hoc maxime casu, id constare inter omnes, ut scilicet reverso patre non valeat substitutio pupillaris, quia filius intelligitur decessisse filiusf. vivo patre propter fictionem postliminii: mortuo autem patre apud hostes, ut valeat substitutio pupillaris, quia paterf. fuisse intelligitur, etiamsi prior decesserit, morte patris, quæ fingitur anterior, sui juris effectus, quia mors patris, licet sit posterior, fingitur fuisse prior lege Cornelia. Et fictio legum veritate potentior est. Nihil igitur refert, filius decesserit post, an ante mortem patris: et ut priore casu præmortuo parte Papin. rejicit in *l. 10.* eorum sententiam, qui admittebant legitimum, non substitutum: ita posteriore casu, id est, præmortuo filio rejicienda est sententia Accursii in *l. 11.* et in *d. l. pen.* admittentis legitimum, non substitutum: substitutus enim præfertur legitimo, quia substitutio suas vires tenet. Et quod ait *l. 11.* præmortuo filio nihil esse, quod de secundis tabulis tractari possit, non hoc est, irritas esse secundas tabul. sed rem esse certam, ut reverso patre non valeant secundæ tabulæ, mortuo ibidem patre valeant, tractationem esse rei difficilis et controversæ, non rei certæ atque confessæ. Et est quod ait *l. 11. quod si filius, etc.* id est, constat inter omnes non valere reverso patre, valere non reverso: *hostium potitus* est per ὑπαλλαγήν, ut Lucret. 4. *mortis lethique potitus.* Et ita, ut nunc tractare incipiamus de filio capto ab hostibus, quandoquidem hactenus satis est dictum de patre capto, si mortuo patre filius captus sit ab hostibus, ibique decesserit impubes, cui pater substituerat, similiter posset dici: legitimum admitti non substitutum, hoc colore sive prætextu, quod lex Cornelia videatur eorum testamenta confirmare, qui testamenti factionem habuerunt, quam impubes non habuit. Id rejicit Papin. in §. *seq. l. 10.* hac ratione contraria atque fortiori, quia si lex Cornelia impuberis legitimam hæreditatem confirmat, nulla facta substitutione, et habet pro intestato impuberem, qui tamen testamenti factionem non habuit, *l. 1.* §. 1. *de suis et leg. l. bona*, *in pr. hoc l.* et pro intestato quoque impuberem eum habet, si ei testamentum fecerit pater. Igitur ex mente leg. Corn. et voluntate patris, qui substitutum venire voluit, æquum est, hoc etiam casu prætorem dare substituto utilem petitionem hæreditatis, quod idem ostenditur, in *l. lex Cornel.* §. *sed si potest*, *de vulg. substit.* Ubi est manifestissimum illo loco: *Quare etsi pubes*, legendum esse (*impubes*) non *pubes*, quod et sic initio §. *seq. l. 10.* ait, *mortuo patre capiatur impubes, etc.* Hoc proponitur in contrarium quasi verum, quod posset tentari quasi verum, sed refellitur statim his verbis, *quanquam*, non *quoniam*, ut alias demonstravi: his verbis igitur *plane*, ubi etiam plusquam manifestum facit superior interpretatio esse legendum, *quanquam*, non *quoniam*, hoc loco ait, non esse alienum, *et d. l. lex Corn.* non incommode dicit, quod omnino congruit cum hoc loco, lege Cornel. dari utiles actiones, non directas: quia jure civili, id est, ex XII. tab. ejus, qui apud hostes decessit, nulla est hæreditas, et captivitate filii impuberis irritæ factæ sunt secundæ tab. sed l. Cornel. confirmantur, contra l. 12. tab. Notandum etiam ex hoc §. *ult.* prætorem subsequi voluntatem testatoris, custodem esse, non eversorem testamentorum, *l. factum*, §. *si sub cond. t. ad Trebell.* esse absurdum, prætorem plus tribuere fideicommissario, quam voluerit testator: item prætorem subsequi voluntatem legis Corneliæ, subsequi jus civile, ut ait *l. scio de testib.* et custodem igitur

esse prætorem testamentorum, custodem legum. Et §. quidem hic ult. loquitur de filio impubere capto mortuo patre. Unde quæro quid sit dicendum, si captus sit vivo patre. Et sane hoc casu substitutio pupillaris non valet, quia filiusf. intelligitur decessisse vivo patre, nullis bonis in civitate relictis, nec ad hunc casum porrigi potest lex Cornelia: nec enim potest lex Cornelia efficere, ut cujus nulla est hæreditas, id est, cujus nulla bona fuerunt in civitate, ejus sit hæres aliquis. Lex Cornelia et hæreditatem et hæredem facit, ut ait, *l. filiusfamilias, ad l. Falcid.* Utrumque scilicet simul: nam hæredem certe non facit absque hæreditate. Nulla autem sunt bona filiifamilias vivo patre mortui, aut quem credimus esse mortuum vivo patre: captus est vivo patre, ergo mortuus si non redeat: captivitas mors est. Itaque patris hæreditas pertinet ad hæredem patris, ad proximum agnatum ex XII. tab. non ad filii substitutum ex l. Cornel. quæ deficit hoc casu. Et ita definitur in *d. l. lex Cornelia*, illo loco, quo dixi apertissime liquere, esse legendum, *quare etsi impubes.* Exposui duos casus, quorum altero solus pater captus est, altero solus filius. Restat tantum tertius, si uterque captus sit, pater et filius, et siquidem etiam uterque ibi decesserit, nec redierit aut redire possit, licet pater prior decesserit, substitutio pupillaris non valet, quia is filius nulla unquam bona habuit in civitate: sed si patre mortuo apud hostes filius reversus postliminio in civitate decesserit impubes, substitutio pupillaris valet perinde ac si ambo decessissent in civitate ex l. Cornelia, atque ita primæ tab. substinentur *l. Cornel.* ergo et secundæ. Nam si non valerent primæ, nec consisterent secundæ. Et hoc est quod ait in posteriori parte legis undecimæ: *Si ambo apud hostes sint*, id est, si pater et filius capti sint ab hostibus, et prior pater ibidem decedat, *non alias sufficere legem Corneliam substituto*, οὐκ οὕτως τὸν νόμον προσφέρειν, id est, non aliter legem Corneliam pertinere ad pupillarem substitutionem (*Sufficere* dicitur, quæ non deficit) quam si post mortem patris reversus filius in civitate decesserit, hoc etiam casu substitutio pupillaris filio decedente impubere valet. Alioquin si uterque decesserit captivus, substitutio pupillaris non valet. Nihil habentis substitutio non valet: quod proponitur in *l. si pater captus, de vulg. subst.*

Ad L. XXVII. de Donat.

Aquilius Regulus juvenis ad Nicostratum rhetorem ita scripsit: quoniam et cum patre meo semper fuisti, et me eloquentia et diligentia tua meliorem reddidisti, dono et permitto tibi habitare in illo cœnaculo, eoque uti. Defuncto Regulo, controversiam habitationis patiebatur Nicostratus, et cum de ea re mecum contulisset, dixi posse defendi, non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum Regulum. Ideoque non videri donationem sequentis temporis initam esse. Quod si expulsus Nicostratus veniat ad judicem; ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit: quasi loco possessoris constitutus, qui usum cœnaculi accepit.

Proponitur in hac lege brevis epistola Aquilii Reguli ad Nicostratum Rhetorem, præceptorem et magistrum suum in arte dicendi, qui ut hodie sciunt omnes ex Suida floruit ætate Papiniani sub M. Antonino Imperatore, et Rhetor cum esset, non Jurisconsultus, ut ex hoc loco apparet, de jure consuluit Papin. retulitque elegans responsum, quo causam suam tenuit, ut probabile est. Verba epistolæ hæc sunt: *quoniam et cum patre, etc.* videtur esse donatio, non tam quod dicat, *dono*: nec enim hoc verbum semper donationem facit, ut constat ex quodam loco *l. sed addes, loc.* sed quod ei gratis habitare permittit in cœnaculo ædium suarum: namque hoc modo videtur ei donare id quod pro habitatione non solvit, *l. in ædibus, in princ. h. t.* Et brevitas epistolæ non vitiat donationem, *l. si aliquid. C. eod.* Donatio autem hodie quidem perficitur nudo consensu, ut emptio venditio, ex constitutione Justin. non satis æqua, quoniam juris auctorum mos est vetustissimus, ut donationes non facile admittant, non temere approbent. Sane ex jure veteri ex l. Cincia, quæ fuit de donationibus, et ob id dicta est lex muneralis a Plauto, ex illa lege, ut dicitur in *Nov.* 162. donatio perficitur re, non consensu solo, non consensu, non nuda voluntate, nisi inter parentes et liberos ex const. D. Pii, *l. 4. 5. et 7. C. Theod. de donat.* non perficitur nuda ratione, ut si quis donandi animo referat in rationes suas, se debere aliquid Titio, nulla donatio est: nuda ratio non facit donationem, quod proponitur in l. quæ præcedit: quia nuda ratio non habetur pro traditione. Retentio ususfr. quæ hodie in omnib. causis tantum potest, quantum traditio, quæ vim et effectum traditionis habet, in donationib. non habebatur pro traditione, *l. pen. C. Theod. de donat.* Hodie etiam retentio ususfr. in donationibus habetur pro donatione, et eo quoque genere perficitur donatio, quasi is qui retinet usumfructum in re sua, quem nemo habet in re sua, sed in re aliena, quia nemini res sua servit, is videtur eam rem facere alienam traditione fictitia, in qua retinet usumfruct. *l. quisquis, l. si quis argentum, §. sed si quidem, C. hoc tit.* Est etiam in servitutibus patientia pro

traditione, quia servitutes tradi non possunt corporaliter, non possunt tangi aut cerni : sed patientia est pro traditione. Si dominus patiatur alium in re sua uti servitute aliqua, patientia est pro traditione, et cessio et permissio, *l. 3. de usufr. l. si ego*, §. 1. *de Public. in rem act. l.* 1. §. *ult. de serv. rust. præd.* ubi inquit Jurisconsultus, traditio, hoc est cessio, si quis dicat, se cedere servitutem illam vel illam, et patientia et cessio servitutem inducit: officium prætoris nempe hoc efficit, ut eum, quem dominus patitur uti servitute veluti usufructu, usu, habitatione, prætor tueatur quasi possessorem, data exceptione, et data etiam actione Publiciana, si forte ceciderit possessione, *d. l. si ego*, §. 1. *et l. si actione, si serv. vind.* Atque etiam dato interdicto quasi possessorio, veluti uti possidetis, vel unde vi, quod constat dari fructuario et usuario, si prohibeantur frui vel uti, *l. ult. uti poss. l. 3. unde vi, l. item si non, l. si plures*, §. *dejectum, de vi et vi arm.* Ergo exemplo fructuarii et usuarii, dabuntur etiam hæc interdicta veluti possessoria Nicostrato in hac specie, cui est permissa habitatio cœnaculi, cui habitatio et usus cœnaculi pene idem est. Is igitur cui cessa est, aut permissa habitatio, pene usuarius est, in plerisque usuario comparatur, nisi quod habitatio non amittitur capitis diminutione, vel non utendo; usus amittitur: utrumque tamen jus finitur morte ejus, cui concessum est jus habitandi. Et hoc est quod dicitur habitationem et usum ædium pene idem esse, *l. 32. de usuf. l. 10. de usu et habit.* Et rursus hoc est, quod Papin. ait in fine hujus l. Nicostratum expulsum ab hæredibus donatoris, esse tuendum quasi possessorem, ad exemplum interdicti, quod datur fructuario vel usuario, puta dato interdicto unde vi, vel si alias inquietetur, dato interdicto uti possidetis. Donatio autem Nicostrato facta per epistolam, quod fit recte, *l. 5. et 13. C. eod. tit. l. Lucius, inf. h. t.* Nam et traditio, vel quasi treditio recte fit per epistolam in *l. prædia de acq. poss.* Traditio non tantum fit re, id est, naturali apprehensione, sed etiam verbo *l. quod meo*, §. *si vendit. de acquir. poss.* et literis, sive epistolis, *d. l. prædia*, sed exigitur, ut donatarius, ad quem scripta est epistola, eam acceperit, et liberalitatem agnoverit, ac amplexus fuerit hoc est gratam habuerit, nec enim intelligitur donatio sine acceptione. Et recte *l. 8. de bon. libert. si patrono*, inquit, *libertus donavit, ille accepit.* Et hoc est, quod dicitur, donationem non fieri *μονομερῶς l. 15. C. de sacrosanct. Eccles.* et Gallice, *donner et retenir ne vaut au coustumier de Champagne, titre des donat. art.* 1. At quærebatur in specie hujus legis, an ita Nicostrato donata habitatione, et usu cœnaculi in ædibus Aquilii Reguli civis Romani, an, inquam defuncto eo donatore, hæredes ejus donatoris Nicostratum expellere possint cœnaculo? Dubitationem faciebat, quod Scævola ait in *l. Lucius, inf. h. t.* in qua proponitur, quendam, per epistolam donasse cuidam gratuitam habitationem superioris cœnaculi, vel superioris diætæ, ut ait donatario se concedere superioris diætæ habitationem; se concedere habitationem superioris partis domus suæ, quamdiu vellet donatarius: *quamdiu volueris, utaris gratuito superioribus diætis ædium mearum.* Post mortuus est donator, quæritur, *an hæredes ejus possint donatarium prohibere habitatione?* Et respondet, posse: posse expellere habitatione donatarium. Fuit Scævola peritissimus juris. Et hoc ita respondit ex ipso jure, nempe ut opinor ex lege Cincia, quæ modum imposuit donationibus certum, de quo agitur in *l. cum de modo, et l. ut mihi, l. fidejassori, h. t.* Nec enim permisit donare in infinitum vel immodicum, exceptis certis quibusdam personis, *l. contra de legib.* In qua etiam fit nominatim mentio legis Cinciæ. Atque etiam de ea lege Cincia est inscriptio *d. l. contra* Ac præterea lex Ciucia ex pluribus causis infregit donationes, ac reddidit inutiles, *l.* 1. §. 1. *quibus mod. pig.* Denique donationes restrictius accepit, et ipse Scævola et accipere libenter inhibuisset, deinceps etiam Jurisconsulti omnes et Imperatores. Nam et in donationibus exigunt actorum confectionem, sive insinuationem, et ex facili eas infirmant. Inter cetera hoc jus fuit ut constat ex *d. l. Lucius*, ut donato vel gratis concesso usu cœnaculi, vel diætæ habitandi causa, non cogatur hæres donatoris eum ferre inquilinum vel habitatorem, nisi aliud dictum sit, nisi nominatim caverit donator in instrumento donationis, ut inquam, non cogatur ferre eum inquilinum, etiam si dictum sit, ut quamdiu vellet habitaret, ut *d. l. Lucius*, quoniam id ita restringitur, quamdiu vellet vivo donatore. Cum igitur de hærede suo donator fecerit mentionem, non cogetur hæres ejus eum ferre inquillinum, sed poterit eum expellere. Et hac ratione moti hæredes Aquilii Reguli Nicostrato faciebant controversiam, quin imo abire et migrare jubebant. Et Papin. refert hoc loco, Nicostratum secum ea de re contulisse, ut loquitur etiam Plinius 4. *epist. Contuli*, inquit, *cum prudentibus.* Et refert Papin. se Nicostrato respondisse, non valere quidem eam rem mortuo donatore, vel donationem, nec ab initio fuisse meram donationem, sed remunerationem. Sæpe fit, ut quod non valet ut donatio, valeat ut pactum, *l.* 1. §. 1. *quib. mod. pig. vel hyp. solv.* Emptor venditori pignus dedit pretii nomine; deinde venditor donavit pretium emptori: mortuo donatore consti-

tit inutilem esse donationem, an pignus valet? minime: quia donationi inutile inest pactum, et constat pacto solvi pignus: non valet res ut donatio, id est, nulla est remissio pretii: integra est petitio pretii, sed petitio pignoris non est integra. Et ita etiam *l. Modestinus, h. tit.* si creditor remiserit usuras futuri temporis, aut minuerit, hæc res valet ut pactum, et petenti usuras obstabit exceptio pacti, neque exigetur hæc res ad modum donationis: alioquin esset plerumque inutilis, si esset immensa quantitas, aut immodica usurarum. Igitur ut ea lex ait, in ea donatione usurarum nihil vitii potest incurrere ex modo legis Cinciæ, ex summa quantitatis, quia res æstimabitur ut pactum. Et ita etiam in specie hujus legis nostræ, res æstimatur non ut donatio mera, sed ut remuneratio, quia et verius remuneratio est, quasi merces doctrinæ, sive minervale, aut permutationis genus quoddam, sive ἀντίδωρον, *l. sed etsi lege*, §. *consuluit*, *de hæred. pet.* Male objicitur huic lex *Lucius*. Nam tantum abest, ut Papinian. dissentiat a Scævola, ut maxime probet, quod est scriptum in *l. Lucius*, sed respondet ita, hoc non fuisse donationem meram, sed remunerationem præceptorum, quam utique non oportet accipi restricte, quia et ad eam non pertinet legis Cinciæ modus aut rigor. Licet enim præceptori donare in infinitum, non servato modo legis Cinciæ: quia doctrina certo modo non æstimatur. Ita etiam in specie *l. si pater*, §. *ult. h. t.* si me liberaveris a latrunculis vel ab hostibus, sive eripueris, et pro eo tibi donavero aliquid immodicum et immensum, donatio valet, est irrevocabilis, quia non tam est donatio quam remuneratio, et merces eximii laboris, quod vi me eripueris, non certo pretio, et contemplatio illa salutis non potest æstimari certo modo. Itaque ad eam non pertinet lex Cincia. Igitur ad meras donationes tantum pertinet, non ad remunerationes eximii et inæstimabilis beneficii. Quare nec in his remunerationibus hodie insinuatio requireretur, quia permutationes potius sunt beneficiorum, quam donationes. Igitur Papinian. fatetur esse verissimum quod est in *l. Lucius*, hæredem non cogi stare donationi defuncti, qui gratis concessit usum cœnaculi, vel habitationem, nec de hæredibus suis illam mentionem habuit, sed interpretatur hanc legem, ut pertineat tantum ad meras donationes, non ad remunerationes.

Ad L. XL. de Mortis causa don.

Si mortis causa inter virum et uxorem donatio facta sit, morte secuta reducitur ad id tempus donatio, quo interposita fuisset.

Nihil est in L. XL. *de mortis causa donat.* quod non exposuerim in *l. 76. de hæred. inst. lib.* 15. Donatio inter vivos non valet inter virum et uxorem, donatio directa et absoluta: donatio causa mortis valet, quia in tempus excurrit, quo solutum erit matrimonium. Sed videndum est, an mortuo donatore donatio retrahatur: ut si servus donatus sit mortis causa, an quod retro acquisierit is servus medio tempore, pertineat ad donatarium, an fundi donati fructus? an ancillæ donatæ partus pertineant ad donatarium mortuo donatore? Et distinguendum: aut ita facta est donatio, ut tunc dominium transferretur in donatarium, cum mortuus erit donator; et hæc non retrotrahitur, *l. sed interim, l. si is servus, de don. int. vir. et uxor. l. 76. de hæred inst.* aut ita facta est donatio causa mortis, ut ex eo ipso tempore valeat, quo interposita est, et hæc retrotrahitur.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXX. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Si metus LXXXV. D. de Acq. hær.

Si metus causa adeat aliquis hæreditatem: fiet, ut quia invitus hæres existat, detur abstinendi facultas.

Ex Lib. XXX. sunt tantum leges tres. Prima est lex 85. *de acq. hæred.* cujus verba sunt, *si metus etc.* Quemadmodum suis hæredibus, qui ipso jure inviti hæredes existunt, prætor dat facultatem abstinendi, et si abstinuerint se bonis, solvuntur omnibus oneribus hæreditariis beneficio prætoris: nam jure civili necessarii sunt, *l. necessariis hoc tit.* ita voluntariis hæredibus, puta extraneis, qui non sunt ex familia testatoris, si forte aliquo casu inviti hæredes existunt, ut si metu illato a creditoribus hæreditariis adierint, hoc casu etiam his prætor dat abstinendi facultatem post aditionem. Et est sententia hujus legis, et *l. si mulier*, §. *pen. quod. met. causa.* Necessariis autem hæredibus veluti servis a domino hæredibus institutis cum libertate, licet inviti hæreditatem adeant, non datur abstinendi facultas. Hi vero sunt necessarii hæredes, qui omni jure necessarii sunt, *d. l. necessariis.* Non est igitur novum, ut inviti hæredes fiant, fiunt ipso jure necessarii, et civili et prætorio jure: sui civili jure fiunt per prætorem, postulante fideicommissario, ut sæpe legitur in *tit. ad Senatuscons. Trebellian.* fiunt et qui adeunt metus causa, ut in hac lege, quo genere et inviti contrahunt nuptias, *l. si patre co-*

gente, de ritu nupt. quia coacti tandem voluerunt. Denique voluerunt, sed inviti per se, voluerunt, sed ægre, non libenter, non jucunde, non sponte. Principia necessitatis fuerunt, post principia quasi voluntatis, *d. l. si patre*, ex Celsi lib. 15. Digest. Et videtur esse conjungenda cum eo, quod ex eod. libro Celsi refertur in *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* quæ objicitur huic legi, et *d. l. si mulier*, §. *pen.* Conjungenda, inquam, hoc modo, ut sint quidem nuptiæ, si quis eas contraxerit volens licet coactus, non etiam si fallens, id est, simulans se velle, eum nollet: sicut is, qui volens adiit hæreditatem, licet coactus metu, verbere, vel alio timore, hæres fit aditione, non etiam si fallens adiit. Et ita loquitur Celsus in dicto §. *ult.* et notat non male Accurs. an fallens adierit, protestatione præcedente, declaratione habita seorsim. Et eo jure utimur sæpissime in multis negotiis.

Ad L. XIX. de Manumiss.

Si quis ab alio nummos acceperit, ut servum suum manumittat, etiam ab invito libertas extorqueri potest, licet plerunque pecunia ejus numerata sit, maxime si frater, vel pater naturalis pecuniam dedit: videbitur enim similis ei, qui suis nummis redemptus est.

His proxime adjiciemus recte, quod eod. lib. scripsit Pap. de eo, qui invitus servum suum manumisit, *l.* 19. *de manumis.* Aliquando invito domino extorquetur libertas, sed volenti tandem potius, quam nolenti, ut si a Titio libero homine nummos acceperis, non quasi pretium servi, sed veluti eliciendi, aut promerendi istius beneficii gratia, ut servum tuum manumitteres, invitus manumittis, et poteris compelli per actionem præscriptis verbis, *l. naturalis*, §. *at cum eo, de præscript verb.* Quod utique verum est, ut eleganter Pap. docet hac lege, si Titius non nummos suos tibi numeravit; sed nummos tuos, id est, nummos servi peculiares, modo si Titii intersit servum manumitti, puta affectus ratione, quod is servus sit ei frater naturalis, id est, ex eo eodem contubernio procreatus vel filius aut pater naturalis, ex contubernio scilicet pater civilis, est tantum ex justis nuptiis. Affectus autem ipsius, quo ducimur omnes erga cognatos, habetur ratio in omnibus judiciis; sive sint bonæ fidei, *l. cum servus, mand.* sive strictæ, *l.* 6. *et* 7. *de serv. export.* Et nostra interesse creditur servum manumitti propter affectionem justam et naturalem, licet nihil intersit pecuniariter: denique interest nostra fictitie, non vere. Et in judiciis igitur aliquando admittitur ficta quædam ratio ejus quod interest. Alioquin si Titii nihil intersit servum manumitti, cujus manumittendi gratia tibi dedit pecuniam non suam, sed peculiarem servi, non potest te cogere, ut servum manumittas. Non est autem mirum, si nummis acceptis peculiaribus servi, quos non ignorabas esse peculiares, cogaris eum manumittere, cum si ab ipso servo acceperis sciens nummos peculiares, atque etiam tuos, cogaris etiam eum manumittere, ex constit. Divorum fratrum ad Urbium Max. *l.* 4. *hoc tit. l. vix certis*, *l. qui se, de judic.* Dedit tibi servus tuus pecuniam peculiarem, ut eum manumitteres, non manumittis, moraris, cunctaris: non fiet liber ipso jure, sed extra ordinem inventu prætoris: servus tuus poterit te compellere, et tibi invito extorquere libertatem. Posui initio, Titium non dedisse nummos quasi pretium servi: nam si dedit quasi pretium, servus, cui mora fit in præstauda libertate, fiet ipso jure liber ex Constitutione Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum, *l. Paulus resp. de lib. causa, l.* 4. *C. si mancip. ita fuer. alien. ut manum.* Male Accurs. contra ponit, Titium dedisse nummos quasi pretium: nam hoc casu non esset compellendus dominus manumittere; sed lex faceret liberum sine facto domini, non eligeretur factum domini. Constitutio repræsentat libertatem post moram domini: illa constitutio scilicet quæ scripta est ad Aufidium. Ac præterea, si deesset pretium, Titius non solveret recte de peculiaribus nummis: nam pretia oportet emptores dare de suo: alioquin non liberantur, *d. l. cum servus, mand. et l. un. si serv. ext. se emi mandav.*

Ad L. XII. ad L. Falcid.

Si debitor creditore hærede instituto, petiisset, ne in ratione legis Falcidiæ ponenda creditum suum legatariis reputaret, sine dubio ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ defuncti voluntas servatur.

Sciendum est, hæredem in ponenda ratione legis Falcidiæ, in ponenda ratione legatorum et bonorum a defuncto relictorum, prius deducere bonis æs alienum. Bona intelliguntur deducto ære alieno. Deducere autem bonis æs alienum, etiam id, quod sibi defunctus debuit, cum creditor debitori hæres extitit: idque reputare legatariis: quamvis creditum sane sit confusum aditione: sed confusione tollitur tantum actio, non deductio, retentio, reputatio. Et hoc est proditum in *l.* 15. §. *quod avus, hoc tit. l. qui fundum*, §. *si quis hæredem, hoc tit. l.* 6. *et* 8. *C. eod. l. un.* §. *igitur, C. de rei ux. act.* Et sic vice versa, id quod hæres defuncto debuit, cum debitor creditoris hæres extitit, certum est, cum bonis computare, contribuere, connumerare, quamvis aditione, confusum

sit, confusione non tollitur reputatio, *l.* 1. §. *si debitor, et l.* 56. *hoc tit.* Hæc sunt certissima principia juris, quæ vitiantur in casu proposito in hac l. 12. in qua exponitur unus casus, quo hæres non deducit bonis quasi æs alienum id, quod sibi defunctus debuit in ponenda ratione legis Falcidiæ, puta, si compensandi animo debitor creditorem suum hæredem scripsit ea lege ne creditum suum bonis deduceret, et legatariis reputaret, sed id compensaret cum Falcidia. necesse est, ut id caverit aperte. Et hoc ita, si caverit ut servetur hæc voluntas defuncti, legatarii consequentur, eoque augebuntur eorum legata, hoc, inquam, consequentur, ut ait, apud arbitrum legis Falcidiæ, apud quem inquiritur ratio legis Falcidiæ, qui et judex dicitur, *l. cum Titio, h. t.* hoc, inquam, consequentur opposita exceptione doli mali: nam si hæres præter Falcidiam velit deducere etiam creditum suum, repelletur exceptione doli mali, per quam certum est solere compensationem opponi. Aut sane, quod maxime notandum, ratione doli exceptionis, quæ hodie tacite inest in omnibus judiciis, ipso jure fiet compensatio crediti cum Falcidia, *l. unum ex famil.* §. *sed si uno, de leg.* 2. *l. inter, de administr. tut. l. posteaquam, de compensat.* Et observandum maxime Papinian. hoc loco dicere, legatarios hoc consequi, ne scilicet, quod sibi defunctus debuit, hæres detrahat bonis, non opposita exceptione doli mali: nec enim necesse est opponi: sed ratione doli exceptio, quæ scilicet inest tacite, etiam non opposita: nam in omnibus judiciis, hodie compensatio fit ex tacita exceptione doli, quæ fiebat olim ex expressa. Et est sententia hujus legis 12. Finge: debitor, qui quadringenta habuit in bonis, me creditorem suum hæredem scripsit, et oneravit legatis, et cavit, ut hæreditatem suam compensarem cum meo credito: ex hæreditate ejus cum effectu percipio Falcidiam tantum, dodrantem erogo legatariis: si tantum mihi debuit, quantum jure Falcidiæ percipio, nihil retineo jure crediti, quia creditum testator cum Falcidia pensari voluit, solam Falcidiam retineo, id est centum; alioquin si id non cavisset testator, retinerem centum septuaginta quinque: nam alia viginti quinque inessent quartæ bonorum, si plus mihi debuit, quam jure Falcidiæ percipio: ut si debuit mihi 150. cum Falcidia sit tantummodo 100. detraham 100. pro Falcidia, et 50. tantum pro superfluo debiti in *l.* 15. §. *cum fideicommissum, h. t.* Nam ut ibi ait, compensatio fit tantum ad finem Falcidiæ, ad parem quantitatem, ad concurrentem quantitatem, et superfluum debiti detrahitur dodranti. Et male Accurs. et aliqui, quantulamcumque Falcidiam sufficere compensationi. Falcidiam centum sufficere credito 200. Nam mens hujus l. 12. eadem est, quæ §. *cum fideicommissum*, ut compensentur tantum concurrentes quantitates pari pecunia, pari ære, pari numero, ut etiam in specie *d. l.* 15. §. *quod avus, et l. cum pater*, §. *Titio, in priore parte, de leg.* 2. nunquam quantulicunque fructus sufficiunt compensationi. Et male, quod proponitur testator cavisse in hac *l.* 12. ne hæres creditum suum reputaret legatariis, his verbis, *testatorem non induxisse compensationem crediti cum quadrante* bonorum suorum: nam quid aliud agere potest? quid aliud egit, quam ut fieret compensatio? Porro hæc voluntas testatoris creditum compensare volentis, non prohibet Falcidiam, quod etiam hoc jure non potuit, prohibet palam, *l. nemo, de leg.* 1. Sed fraudem ei facit quodammodo: nam si tantum sit in credito, quantum est in Falcidia, nihil videtur retinere jure Falcidiæ, quandoquidem id, quod retineo jure Falcidiæ, jam mihi debebatur. Atque ita hac arte quodammodo inhibetur Falcidia, et fit non male, tamen servanda est hæc testatoris voluntas. Igitur si creditor, quem testator hæredem scripsit, possit ei succedere etiam ab intestato, puta, quod sit ei proximus agnatus, prudentius fecerit si repudiaverit testamentum, ne fraudetur Falcidia, et possideat hæreditatem ab intestato. Et ita suadent juris auctores, ut se ita in hac re gerat, id eum facturum impune, id est, citra metum edicti *si quis omissa causa testam.* quia id facit fraudis testatoris excludendæ gratia, qui voluit fraudare legem Falcidiam. Et hæc est sententia *d. l. cum pater*, §. *Titio*, quæ confirmatur etiam *l.* 42. *de acquir. hæred. l.* 6. §. *si patronus, de bon. libert. l. Papin.* §. *quarta. de inoffic. testam.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXXI. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. IX. de Stat. hom.

In multis juris nostri articulis deterior est conditio fœminarum, quam masculorum.

Ex Libro XXXI. quæst. sunt II. quatuor, e quibus exposui unam nuper, eamque difficiliorem, libro 29. ad leg. 10. *de captiv. et post. rev.* leg. 11. scilicet, ejusdem lib. Restant igitur tres tantum, et notæ quædam Pauli in hunc Papiniani librum. Prima erit lex 9. *de statu hom.* Omittam quæcunque scripsit Accursius in hanc legem, non quod sint ea contemnenda, sed quod sit vobis in promptu ea legere. *Deterior*, inquit, *est conditio.* Conditio, quantum ex titulo intelligere licet, est

status, *l. qui cum alio, de divers. regul. jur.* status conditionis, *l. cujus de jure patron.* Stratus etiam ex sexu discrimen aliquod accipit. Et ob id in *l. seq.* de hermaphrodito, quæritur, cujus sexus æstimari debet, sed sane hoc fit improprie. Nam status proprie non decernitur ex sexu, sed ex conditione libertinitatis, aut servitutis, aut brevius ex statu capitis, et servitutis. Status proprie discrimen non accipit ex sexu. Et tamen ex hac lege 9. *et seq.* cernis, sub tit. *de statu hominum* agi de discrimine sexus; quamvis uterque ponatur esse ejusdem status, puta mas, et fœmina liber uterque aut servus uterque, quem ego abusum vix fero. Quod autem ait, deteriorem esse conditionem fœminarum, quam masculorum, hoc natura ipsa constat satis, ut Aristoteles in Politic. 1. τὸ ἄρ'ρ'εν εἶναι κρεῖττον τῆ φύσει, *sexum masculum esse meliorem, muliebrem, deteriorem vel, quod natura maris sit imperare fœminæ obsequi.* Sed præter naturam etiam in multis articulis juris civilis, id est, in multis partibus deterior est conditio fœminarum quam masculorum. Jus civile subsequitur naturam, dixerim pene, non in multis, sed in omnibus partibus et juris naturalis et civilis. Nam et in quibus causis melior videtur esse conditio fœminarum, puta, quod ex intercessionis causa non obligentur ex Senatusconsulto Vellejano, et quod in pœnis parcitur, lapsis juris ignorantia succurritur, et generalitier, quod eis non nocet juris ignorantia, quæ maribus nocet: in his ipsis apparet deterior conditio mulierum. Cur subvenitur deceptis? Cur iguoscitur lapsis? quia deterior et imbecillior est conditio earum, sed deterior natura, non etiam jure, in his causis. Unde dicemus rectius, in multis causis juris civilis, non in omnibus deteriorem esse causam fœminarum: in omnibus sane, si naturam spectas; non in omnibus, si leges, sed tamen in multis leges deteriorem facere conditionem fœminarum aliquanto plus, quam natura. Lege Voconia masculorum hæreditas jure agnationis non pertinet ad fœminas ultra consanguinitatem, id est, fratrum legitimorum gradum, fœmina fratri aut sorori est legitima hæres, non filio fratris, non patruo, et tamen filius fratris amitæ est legitimus hæres. Patruus filiæ fratris est legitimus hæres. Non est igitur successio reciproca, quia ad fœminas non redit masculorum hæreditas ultra gradum consanguineorum, id est, fratrum. In jure semper consanguinei nomine significantur fratres. Unde apparet illorum abusus intolerabilis, qui dicunt arborem consanguinitatis, consanguinitatem accipientium pro cognatione, cum semper accipiatur pro fraternitate tantum, nec etiam descriptio graduum unquam appellata est arbor, nam nec arboris speciem habet ullam. Et de hoc capite legis Voconiæ Paulus scribit 4. *Sentent. tit. de intest. success.* et intellige de eo §. *ceterum, Institut. de legit. agnat. success.* Lege item Voconia non licet fœminam hæredem scribere, ne filiam quidem unicam, ut aperte scribit Divus Augustinus 3. *de civitate Dei, cap.* 21. *Nolebant*, inquit, *divites fieri fœminas, sciebant nihil esse intolerabilius divite fœmina.* Patroni quoque liberi masculi idem jus habent in hæreditatem, liberti, quam et ipse patronus, non etiam fœminæ, quod constat ex fragmentis Ulpiani, et ex constitutione Græca Justiniani, *de jure patronat.* Ac præterea filii præteritio, quæ injuria quædam est, nullam facit testamentum patris, non præteritio filiæ: filius nominatim exhæredandus est, non etiam filia, quod obtinuit ante Justinianum. Et, ut ex M. Catone Gellius refert, deprehensam in adulterio uxorem licebat impune necare sine judicio, quod et Nov. quædam permisit contra legem Juliam de adulteriis, quæ hanc potestatem marito omnino non dedit. Uxori autem virum, ut Cato dixit, si adulteraret, jus non erat ne digito quidem contingere. Et constat etiam hodie virum non posse accusari adulterii, mulierem posse, *l.* 1. *C. ad leg. Jul. de adult.* et præterea uxores viros elugere, non contra *l. uxores, de his qui not. infam.* et coerceri secundas nuptias mulierum, *Novell.* 22. Et libertum unum, qui procurat negotia Senatoris masculi, non qui fœminæ, constat habere vocationem tutelarum, *l.* 15. §. ἐπιδέεται, *de excusation. tutor.* Senatorem, fœminam dico, quæ Senatori matrimonio juncta est; nec enim potest fœmina ingredi in senatum, et multo minus in secretius consilium Principis, caputque ejus devotum est inferis Senatusconsulto quæ id esset factura: Lampridius in Heliogabalo. Ex quibus omnibus quæ Accursio addimus, intelligere est, verum esse quod Papinianus ait, *in multis etc.*

Ad L. LII. de Adoptionibus.

Nonnunquam autem impubes, qui adoptatus est, audiendus erit, si pubes factus emancipari desideret, idque causa cognita per judicem statuendum erit.

1. §. *Imperator Titus Antoninus rescripsit privignum suum tutori adoptare permittendum.*

Certum est, patrem naturalem vel adoptivum non posse cogi filium emancipare, quod proponitur in l. 31. nec indiget probatione. Sunt tamen quidam casus, quibus cogitur. Unus est in *l. ult. si a parente quis man.* quo cogitur filium emancipare extra ordinem, ut si sit impius et atrox erga filium, causa cognita et probata extra ordinem cogetur emancipare: alius est in *l. si cui legatum, de condit. et demonstr.* et alius in hac l. 52. si im-

pubes sit adoptatus, et pubes factus probaverit sibi non expedire adoptionem: nam causa probata cogetur pater eum emancipare, atque ita recipiet pristinum jus. Hoc dicitur de impubere in leg. seq. sed idem procedit in pubere minore xxv. annis, qui se præbuit adrogandum: nam et hic potest restitui in integrum adversus adrogationem, *l.* 3. §. *si quis minor*, *de minor.* adoptionem impuberis permittit constitutio Titi Antonini, ut dixi, *l. causa, de vulg. et pup. subst.* 29. quest. Nam ante illam constitutionem impubes non potuit adoptari, et ut subjicitur in hac lege, eam permisit etiam tutori, ut etiamsi vellet tutor pupillum suum adoptaret, maxime causa cognita, si affectu paterno ducatur, ut si vitricus datus sit tutor privigno. Est enim sæpe vitricus in privignum animi paterni, *l.* 15. *de neg. gest.* Et ideo jure datur tutor privigno, *l. ult. C. de cont. jud. tut.* Et sive sit tutor ex constitutione Antonini, sive non sit tutor, privignum adoptat jure. Plinius in 10. Epist. *et* inquit, *adoptionem a vitrico meruit.* Ponendum est, vitricum adoptasse privignum puberem: nam ætate Plinii impubes non potuit adoptari: non solet permitti adoptio ei, qui tutor fuit, ne ratio reddendæ tutelæ cohibeatur, *l. nec. ei*, *hoc t.* Qua ratione etiam interdictæ sunt nuptiæ cum ea, cujus tutelam gessimus vel curam, *l. pen. de ritu nupt.* ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ, vel occasio retrahendæ rationis tutelaris intra tempora restitutionis in integrum. Ergo permitti etiam non debet tutori adoptivo pupilli, sed causa cognita permittitur, maxime si vitricus tutor privignum adoptaverit, quia pene patris loco est.

Ad leg. Quod si filius XI. de capt. et post rev. vide lib. XXIX. ad L. X. eod.

Ad Leg. LXXVIII. de Reg. jur.

Generaliter cum de fraude disputatur, non quid habeat actor, sed quid per adversarium habere non potuerit, considerandum est.

Non recte videtur concepta hæc regula. Qui arctius eam et accuratius acceperit, desiderabit in ea semper aliquid: *cum de fraude disputatur*, inquit, *non consideratur quid habeat actor*, qui de fraude sibi acta agit, sed quod sequitur recte, consideratur, quid non habeat, per fraudem adversarii. Sed cur etiam admonuit non considerari, quid habeat actor? Et vulgo quidem proprie hanc regulam referunt ad actiones fraudatorias, quamquam cum sit generalis, possit referri ad omnia judicia, in quibus de fraude quæritur vel principaliter, vel per consequentiam. Actiones fraudatoriæ sunt veluti Pauliana ob fraudatos creditores, vel Fabiana, aut Calvisiana ob fraudatum patronum. Et si hanc regulam ad has actiones refers, quia sane his proprie convenit, et quia ad eas etiam constat referre legem seq. et ego fateor. Hoc igitur proposito, hic erit sensus hujus regulæ: si creditor agat Pauliana, ut rescindat, quæ debitor gessit et donavit in fraudem suam, in necem suam, ne quæratur in hoc judicio, quid creditor habeat de bonis debitoris possessis: nam Pauliana non datur, nisi creditore ante misso in possessionem, et bona debitoris possidere jusso, §. *item, si quis in fraud. de action.* Ut igitur actione Pauliana non quæritur, quid habet actor ex bonis debitoris, quæ possidere jussus est, et quæ distraxit, sed quæritur et consideratur, quid amplius habere potuerit, si ei fraudator, id est, debitor ipse fraudem non fecisset, vel is, qui contraxit cum fraudatore, si ei non obstitisset: nam actio Pauliana datur in utrunque *l.* 1. *inf. quæ in fraud. cred.* ut scilicet recipiat quod habere potuit, si ei possidere licuisset, quod fraudator in ejus fraudem alienavit. Et si hic est sensus, inelegans videtur esse et inconsequens: nam quis nescit hoc non considerari, quod jam habet actor, cum quæritur quanto fraudatus sit? Igitur melius est, sic struere verba hujus regulæ, et disponere apud se tacito intellectu, ut non consideretur quid habeat adversarius, cum quo agitur fraudatoria actione, sed quid actor habere potuerit, si ei possidere licuisset per adversarium, ut similiter Papin. definit in *l. si navis*, §. *ult. de rei vindicat.* Cum agitur de mala fide possessoris, et de fructibus ex re aliena perceptis, quos restituere debet actor, non spectari, quos habeat fructus adversarius: quid enim, si fuerit negligens in eis percipiendis? sed spectari, quos fructus actor percipere potuisset, si possedisset, aut possidere licuisset per adversarium, *l. ait prætor*, §. *per hanc*, *quæ in fraud. credit.* Qui duo loci adducuntur ab Accurs. hoc loco rectissime. At certe probabilior est scriptura Græcorum, quæ mihi sane visa est semper elegantissima, ut ita legatur, *cum de fraude disputatur, non quid non habeat actor, sed quid habere per adversarium non potuerit, consideratur*: quam utique arcte tenere optimum judicem oportet, hoc scilicet sensu, ut non quicquid non habet actor, eo omni fraudatus videatur, sed eo tantum, quod ei abest per adversarium, id est, dolo aut culpa sive negligentia adversarii. Sane ita habent Basil. Et tamen ex regula hujus legis, videtur commodissime adhiberi interpretatio facilis, non mutata scriptura vulgari: ut cum de fraude disputatur, non consideretur quid habeat actor, ut si residuo, quod non habet fraudatus intelligatur, nec eo fraudatus intelligatur; si absit dolus aut culpa adversarii, sed consideretur, quid dolo aut culpa adversarii factum

sit, ut actor habere non potuerit: fraudem nos metiri, non ex eo, quod actor habet, sed ex eo quod per adversarium factum est, ne haberet. Non quantum ei abest, tanto fraudatum videri actorem, sed quantum ei abest dolo aut culpa rei, cujus sententiæ meo judicio facilius exprimendæ gratia, videntur Græci scripsisse, *non quid non habeat actor:* sed etsi non adjicias hanc alteram negationem, regula idem significabit, et patietur eandem interpretationem. Et est elegans regula, ut ad extremum dicat, non videri quem non fraudatum eo, quod habet, nec etiam fraudatum eo, quod non habet, nisi dolus aut culpa rei fecerit, ut id non habeat.

Ad L. XVIII. de Servitut.

Papinianus notat, in omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt, responsum est, doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi.

Jam perfuncti sumus hoc libro, si modo addamus, quod refertur in *l.* 18. *de servitut. hoc lib. Papin.* Paulum notare, *in omnibus servitutibus, etc.* nescimus, in quam sententiam Papin. vergat et dolemus, nec vaticinandi ullo modo datur nobis facultas. Restat tantum igitur illa nota explicanda. Finge: Ædes tuæ meis ædibus serviunt, vel fundus tuus meo servit fundo, debet iter aut viam, tu me hæredem facis, confunditur servitus aditione, quia post aditionem ego sum dominus utriusque prædii, et meo prædio meum prædium servire non potest. At finge rursus, tu, qui me hæredem fecisti, prædium illud tuum, quod meo serviebat a me legasti Titio, et legasti per damnationem. Ita ponendum est, alioquin aditione ego non acquirerem dominium hujus prædii, quia fundi (*) legati per vindicationem dominium recta transit ad legatarium ex morte testatoris, nec fit hæredis, nisi sit legatum per vindicationem conditionalem; nam pendente conditione est hæreditatis. Igitur ita ponenda est species, ut prædium illud serviens, quod a me legavit, meum factum fuerit aditione, atque ita confusione servitus interierit: deinde vero tu ages ex testamento, ut præstem prædium, ego per exceptionem doli, per retentionem prædii consequar, ut tu patiaris redintegrari servitutem, quæ est extincta, prinsquam præstetur tibi fundus, vel ut eam imponas rursus prædio, cum tibi tradetur a me, quia testator legavit tibi prædium, quale fuit testamenti tempore: fuit autem serviens, ergo pati debes, ut ad te veniat servum jure legati, quod est in *l. si serv. Titii*, *l. legatum*, §. *ult. l. cum filius*, §. *dominus, de leg.* 2. Confusio tollit actionem, non exceptionem. Quæ est sententia notæ Pauli. Sed observandum est, Paulum loqui tantum de servitutibus prædiorum, non de usufructu, qui est servitus debita personæ: loquitur de servitute, quam prædium prædio debet, non de usufructu, quam servitutem prædium personæ debet, nam ususfructus non redintegraretur, sed præstaretur fundus plenus, quia ususfructus est pars rei, ergo continet omne emolumentum rei. Testator legavit fundum, ergo plenam rem, plenum dominium: nec enim, si tu ante aditionem habueris in eo usumfructum, qui testatoris hæres extitisti, poteris efficere per retentionem, ut is ususfructus rursus tibi cedatur, quia palam est testatorem legasse fundum plenum, proprietatem plenam. Hic recte conjungitur §. *ult. l.* 73. *ad Treb.*

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 14.

JACOBI CUJACII J C.

COMMENTARIUS

IN LIB XXXII. QUÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Dote LXI. de Rit. nupt.

Dote propter illicitum matrimonium caduca facta, exceptis impensis necessariis, quæ dotem ipso jure minuere solent, quod judicio de dote redditurus esset, maritus solvere debet.

Ex hac l. intelligimus illiciti matrimonii dotem fieri caducam, non inhonesti tantum, ut incesti, sed etiam illiciti dotem redigi in fiscum: ut puta, nam res eget explicatione, et exemplis, si quis uxorem duxerit in provincia, in qua officium gerit. Est enim illicitum matrimonium, id est contra mandata principum. Solemnia erant mandata quædam, quæ dabant Principes euntibus in provincias cum potestate vel imperio, vel curatione aliqua, vel ministerio publico, et inter cetera, ne in ea provincia, durante officio uxorem ducerent, ne quid emerent, ne fœnus exercerent, ne mutuam pecuniam darent. Ratio potentatus, ut ait lex *præfectus, hoc tit.* hæc prohibuit, ne quid scilicet sub specie nuptiarum, vel emptionis vel mutui, sub honesto titulo facerent per concussionem, ne opprimerent provinciales, ne elicerent ratione potestatis suæ nuptias invitis, venditiones, usuras: fuit hoc unum caput mandatorum. Igitur illicitæ sunt nuptiæ, id est, contra mandata principum, si quis duxerit uxorem in provincia. Et ideo dos fit caduca, si qua data sit, quod ostendi alias ex rescripto quodam Gordiani esse ex constitutione Severi. Severus constituit, ut ex hac causa dos caduca fieret, nisi scilicet veterem sponsam duxerit, quam scil. desponderat ante delatum sibi officium, et post in illo

officio duxerit: hanc enim licet ducere, nec dos fit caduca. *l. si quis*, §. *veterem*, *h. tit.* Ubi autem dos fit caduca, quam maritus accepit ob illicitum matrimonium, maritus fisco id reddit, quod redderet conventus judicio de dote ab uxore, vel hæredibus uxoris. Et minorem igitur dotem quandoque reddit si eam impensæ necessariæ fecerint minorem, quæ est sententia hujus l. Constat enim necessariis impensis dotem ipso jure minui, retentionem ex dote fieri ipso jure nomine impensarum necessariarum, quas fecit maritus in res dotales, *l. 5. de impens. in res dot. fact.* Utiles autem impensæ non minuunt dotem ipso jure, nec retinentur ipso jure, sed eo nomine est retentio dotis veluti pignoris, *l. 5. de dote præleg.* Alia retentio fit ipso jure, quæ nihil aliud est, quam deminutio dotis: alia fit per exceptionem, quæ non est deminutio dotis. Etiam illud notandum est, ex hac causa, si quis uxorem duxerit in provincia contra mandata principum, dotem semel caducam factam non posse recuperari a fisco, etiamsi postea conjuges in eadem voluntate perseverantes deposito officio justas nuptias effecerint: nam post depositum officium nova voluntate justæ nuptiæ fiunt, *l. eos qui*, *hoc tit. l. etsi contra*, *C. de nupt.* Justæ quidem fiunt nuptiæ quasi ex nova voluntate, sed dos, quæ semel cecidit in fiscum, non revocatur, quicquid cecidit in fiscum vix ab eo revocatur, *l. 2. C. de sent. pass.* nisi jussu et speciali beneficio principis. Item maxime notandum est, quod diximus, ex ea causa dotem fieri caducam, sic accipiendum esse, ut omnimodo fiat caduca, et eripiatur aut viro, aut mulieri, excepto uno casu, quo eripitur quidem viro, non etiam mulieri, qui exponitur in *l. præfectus*, *hoc tit.* quæ vulgo male explicatur. Nec lusisse videbimur operam, si modo ejus sensum domum referatis.

Casus hic est: si virgo nupserit, hac appellatione intelligitur tenera ætas et mollis, puellaris ætas infirma est: huic non eripietur dos, etiamsi contraxerit matrimonium cum præside provinciæ, aut præfecto cohortis, aut tribuno, vel quo alio gerente officium in provincia, quæ tamen eriperetur robustæ ætatis fœminæ, id est, non imperitæ rerum. Virgini deceptæ, quandoquidem semper decepta præsumitur, parcimus: et marito quidem eripit fiscus dotem, quo casu eam maritus lucraretur, non puella, aut hæres ejus, et etiam, quod puella huic viro testamento reliquerit, viro eripit fiscus quasi indigno, non etiam quod is vir puellæ reliquerit, fiscus eripit puellæ, quæ decepta est *l. 2. §. 1. de his, quæ ut ind. et d. l. præf.* quæ hic tota nobis enarranda est, duo tractat genera illiciti matrimonii, eaque comparat invicem. Illicitum est, si verbi gratia, præses provinciæ, aut præfectus cohortis, uxorem ducat in provincia in qua officio fungitur: est etiam illicitum, si tutor pupillam uxorem ducat, id est, eam, cujus fuit tutor: est enim contra Senatusc. sive orationem D. Marci, et utrumque matrimonium est prohibitum eadem ratione. Ratione potentatus tutor facile sibi conciliaret nuptias locupletissimæ fœminæ, terrore potestatis. Eadem igitur ratio, et has et illas prohibet nuptias. Sed quærit deinde, *an huic*, id est, *viro gerenti officium in provincia fiscus possit auferre*, *quod ei relictum est testamento puellæ*, *si virgo ei nupsit*, *non veterana quædam?* Et ait deliberari posse, an viro sit auferendum et eripiendum, quod ei virgo testamento reliquit. *Deliberari potest*, inquit: quibus verbis significatur posse auferri. Et confirmat hæc formula loquendi ea, quæ in deliberationem, et quæstionem prolata erant: *affirmat ergo.* Et constat ita esse ex *d. l. 2.* dotem tamen ei non auferri a fisco, sed, ut ait in fine, eam restitui hæredi testatricis, hæredi mulieris: contra vero id, quod vir testamento puellæ reliquerit, ei non auferri a fisco, neque etiam dotem. Et idem servari, si tutor pupillam uxorem duxerit, quod confirmat lex *ult. de leg. 1. et l. si tutor*, *C. de interd. mat.* Nam dos pupillæ non eripietur, non redigetur in fiscum: nec etiam quod ei reliquerit vir, viro eripietur, imo et fit infamis tutor ex hac causa, et coercetur extra ordinem, *l. non est*, *h. t.* Porro illud etiam notandum est, si quis eam duxerit uxorem, in cujus adulterio damnatus est, etiam illicitum esse matrimonium, licet duxerit indemnatam si damnatus adulterii indemnatam uxorem duxerit, quam pridem adulterasse damnatus sit, illicitum est matrimonium. Et hoc casu dos omnino fit caduca, et eripitur uterque: hæreditas quoque eripitur viro, si talis mulier eum hæredem scripserit, et contra eripitur etiam mulieri, si vir eam testamento hæredem scripserit, et bona vindicantur fisco: quæ est sententia *l. 13. de his*, *quæ ut ind.* quæ est ex eod. lib. Papip.

Ad L. XIV. de his, quæ ut indign.

Mulierem, quæ stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiæ factum, et id quod relictum est, ad fiscum pertinere proxime tibi respondi.

Et idem etiam erit omnino, si ex alia causa sit illicitum matrimonium, ut alter non possit quicquam capere ex alterius testamento, vel si ceperit, ut ei eripiatur, et repigatur in fiscum: nam et ab intestato eis eripitur hæreditas: eripitur quod deficientibus cognatis ceperint per bonorum possessionem unde vir et uxor, *l. 1. unde vir et ux.*

nam constat jure prætorio conjugem conjugi succedere deficientibus cognatis, et fisco præferri, si licitum sit matrimonium: atque adeo, ne virgo quidem, id est, tenera puella, si fuerit illicitum matrimonium quicquam capit ab intestato, ut opinor, licet capiat ex testamento, *Claudius Seleucus*, *eod.* Est singularis lex. Neque obstat huic legi primum *l. uxori maritus, de usufr. leg.* Illicitum ibi est matrimonium. Finge: Maritus uxori testamento reliquit usumfructum et alia quædam et dotem. Illa post mortem mariti biennio percepit usumfructum quasi uxor justa: post biennium illicitum matrimonium apparuit. Quæritur, *an hæredes mariti possint ab ea repetere fructus, quos percepit?* Et ait posse: non ergo redigitur in fiscum, quod uxori illicite relictum est testamento viri puellæ, quæ cum nupsit puella erat. Sed observandum est breviter, eam legem tantum loqui de usufructu: in usufructu nusquam est fisco locus, alioquin nunquam interiret, proprietas redigitur in fiscum, vel nuda vel plena: cum quid confiscat lex, confiscat proprietatem, id est, rem ipsam, ususfructus confiscatio non est. Quare leges caducariæ, non pertinent ad usumfructum, *l.* 9. *eodem tit. de us. leg. l. si Titio in pr. de usus.* loquitur *l. uxori* de usufructu: nam aliæ res, quæ uxori legatæ sunt, redigentur in fiscum ablatæ quasi indignæ. Nihil etiam obstat *l. quæsitum ad l. Jul. de adult.* ex qua efficitur, non esse injustum matrimonium, si adulter duxerit adulteram, si is, quem maritus destinaverat reum adulterii, a se dimissam uxorem duxerit postea: lex non loquitur de damnato adulterii: is non posset eam ducere, in cujus adulterio damnatus est: sed de eo, quem maritus adulterii suspectum habuit: hic sane impune ducet dimissam, cum damnatus non sit, sed suspectus tantum viro. Et confirmatur hoc idem *l. miles*, §. *licet*, *eod. t. et l. commissum*, *C. eodem.* Observandum maxime est ad hæc, Papinianum proponere in hac lege mulierem fuisse indemnatam, et cum ea damnatum adulterum contrahere injustas nuptias: nam si damnata fuerit adulterii mulier, nec adulter, nec alius poterit cum ea justas contrahere nuptias, *l. mariti*, §. 1. *ad l. Jul. de adult. l. auxilium, de minorib.* imo nec ream factam adulterii licet cuiquam pendente accusatione uxorem ducere vivente marito, licet nondum peracta sit rea: mortuo marito potest, si non sit peracta rea, *l. reas, de ritu nupt.*

Ad L. Mulieri LXXIV. de Cond. et demonstr.

Mulieri et Titio ususfructus, si non nupserit mulier, relictus est: si mulier nupserit, quandiu Titius et vivit, et in eodem statu erit, partem ususfructus habebit: tantum enim beneficio legis ex legato consessum esse mulieri intelligendum est, quantum haberet, si condemnationi paruisset. Nec si Titius, qui conditione defectus est, legatum repudiet, ea res mulieri proderit.

Habuimus duas leges, quæ pertinebant ad leges caducarias. Restant aliæ duæ, quæ pertinet ad easdem, *l. mulieri*, *de cond. et demonstr. et l. fraudis*, *de reg. jur.* Sane lex *mulieri*, pertinet ad caput illud legis Juliæ et Papiæ, de quo sæpe ante agitur in hoc tit. quo scilicet conditio viduitatis remittitur hæredibus, legatariis fideicommissariis, si cui vir legaverit sub conditione. *si vidua permanserit*, *vel si non nupserit.* Hæc conditio lege Julia et Papia circumscribitur, et mulier admittitur ad legatum; licet nupserit, quia hæc conditio pugnat cum publica utilitate, et lex *fraudis* etiam, ut arbitror, proprie pertinebat ad ea, quæ fiunt in fraudem fisci vel legum caducariarum. Sed quia illæ leges hodie sublatæ sunt magna ex parte, ideo ex hoc libro, et ex præcedenti: et ex sequentibus, ut arbitror, paucæ admodum leges in hos libros a Triboniano sunt relatæ. Noluit enim in Digesta hæc transferre, quæ jam obsoleverant. Ubi cernis ex libro quodam Jurisconsulti paucas restare leges, et quandoque unum versum tantum, ut ex lib. 14. existimato cetera fuisse de caducis, de orbis, de cœlibibus, etc. de rebus, quæ jam in usu esse cessarant. Sed tractemus de specie *l. mulieri*. Nemini non placebit specie hæc ejusque definitio, de qua convertitur sæpe in materia de jure accrescendi, quia continet hæc lex unum casum singularem, quo inter conjunctos re et verbis non est jus accrescendi, quoquo genere legati sint conjuncti. Species est: Mulieri, et Titio legavit usumfruct. sub conditione viduitatis: conditio utrumque tenet, sed lege Julia mulieri remittitur, propter utilitatem publicam: atque ideo, si mulier non paruit conditioni, si nupserit, nihilominus admittitur ad legatum. Titio autem hæc conditio non remittitur, *l.* 1. *C. de ind. vid. toll.* Et sane, si soli Titio legatum proponeretur sub conditione, *si Semproniæ non nuberet*, cui nihil legabatur, Sempronia nubente, Titius non haberet legati petitionem: sed si etiam soli Titio legaretur sub hac conditione, *si uxorem non duceret*, tum conditio hæc remitteretur Titio, quia lex Julia dicta ob eam rem Miscella, pertinet tam ad mares, quam fœminas, *l. ult. C. de indict. viduit. toll. l. hæres* §. *ult. hoc tit.* Idemque erit, si quis legaverit filio Titii, quem Titius habet in potestate, sub condictione, si pater uxorem non duceret: nam hæc etiam conditio remittitur filio, licet filio non sit indicta viduitas, quia scilicet in hoc genere

legati est fraus, et circumventio legis Juliæ, quandoquidem testator, quod voluit legare patri sub conditione, *si uxorem non duceret*, nec potuit per l. Juliam, hanc excogitavit fraudem, ut id legaret filio ejus familias sub conditione, *si ipse pater uxorem non duceret*. Itaque magis est, ut videatur patri legasse ita, non filio, atque adeo, ut remittatur illa conditio: nam legando filio, videtur quæsiisse rationem illudendi legi Juliæ. Et idem erit omnino si quis legarit patri sub conditione, *si filia non nuberet, quam habet in potestate, vel si filius, quem habet in potestate, non duceret uxorem*: nam et hoc casu videtur fraudem quæsiisse legi Juliæ, voluisse scilicet legare filiæ sub ea conditione, et eam conditionem expleri a filia. Sed cum id non posset cavere per *l. Jul.* quæ remittit eam conditionem, legavit patri sub ea conditione, si filiaf. non nuberet. Proinde videtur potius legasse filiæ sub ea conditione, et perinde ac si legasset filiæ remittenda est conditio, qui hoc omne excogitavit in fraudem l. Juliæ, quæ est sententia, *d. l. hæres*, §. *ult.* Et valde est notanda illa ratio fraudandæ legis, et eadem etiam est ratio in specie *l. avia*, §. *Titio*, *h. t.* Sed ut redeamus ad speciem legis nostræ; pono testatorem non legasse soli Titio, sed legasse mulieri et Titio usumfructum sub conditione, *si mulier non nuberet*: quia mulier admittitur ad legatum, etiamsi nupserit, quæritur, *an et Titius admittatur, quia proculdubio non admitteretur, si ei soli esset adscripta ea conditio*. Et ratio dubitandi hæc est, quia Titius defectus est conditione legati, quoniam mulier nupsit, et ideo totus ususfructus videtur pertinere ad mulierem jure accrescendi, quia fuerant conjuncti re et verbis. At contra Papinian. definit subtiliter, hoc beneficio legis Juliæ non amplius esse concessum mulieri, quam haberet, si conditioni paruisset. Remissa conditio habetur pro impleta: alioquin si implevisset conditionem, si vidua permansisset, non haberet nisi partem ususfructus, Titius alteram haberet. Ergo idem servabitur, si conditionem non impleverit, id est, si nupserit, et ut sæpe alias evenit, ut quod quis non habet per se, habeat per alium vel propter alium, ut in *l. cum hæreditate, de acqu. hæred. l. si communem, quemad. serv. amitt.* Et sæpe in tit. *de bon. possess. contra tab.* fit, ut filius institutus propter fratrem præteritum petentem bonorum possess. contra tabul. veniat ad bonorum possess. contra tabul. quod non posset solus, sed propter fratrem præteritum, et institutus amplectitur una cum fratre bonorum possessionem contra tabulas. Et ita in hac specie propter mulierem, quæ venit ad legatum beneficio legis Juliæ pro sua parte, Titius etiam veniet ad idem legatum pro sua parte, licet conditione defectus sit: et utetur fruetur simul cum muliere quandiu vivet, et in integro steterit Titius: nam mortuo Titio, vel capite minuto secundum naturam usuf. finietur in persona Titii. Pone igitur utrumque cepisse legatum, mulierem et Titium, post mortuum Titium, aut capite minutum, *an pars Titii accrescet mulieri?* quod etiam quæri potest, si Titius repudiavit, si noluerit amplecti legatum. Et Papinianus ostendit, non accrescere. Ergo significat partem Titii recurrere ad proprietatem ex natura ususfructus consolidati cum proprietate. Et hic est casus singularis, quo inter collegatarios conjunctos re et verbis non est jus accrescendi. Conjunctim enim legatus fuerat ususfructus mulieri et Titio. Et ratio hæc est, ne mulier plus habeat sua parte, quæ venit ad legatum contra voluntatem defuncti, non impleta conditione, quæ venit ut Bartolus ait recte jure singulari, et beneficio legis Juliæ, non ex judicio defuncti. Ergo sive Titius conditione deficiatur nubente muliere, sive repudiet, sive moriatur, aut capite minuatur, mulieri non accrescit pars Titii: sed primo quidem casu, id est, si nubat mulier, Titio debitur pars legati, ceteris autem casibus pars Titii redit ad proprietarium. Atque ita ex hac. l. habemus tria singularia. Primum est, ut is, cui non remittitur conditio, si conditione deficiatur, nihilominus veniat ad legatum, propter collegatarium cui illa conditio remittitur. Alterum est, ut is, cui non defertur legatum, propter defectum conditionis scilicet, id tamen recte repudiet: cum tamen regulariter delatum quod est, solum repudiari possit, *l.* 1. §. *decretalis, de succes. edic.* Sed hoc fit singulariter in hoc casu etiam: propter collegatarium, propter conjunctam legato commixtamque personam, legatum consistit in persona utriusque, et deferri etiam videtur utrique; ergo repudiatio ejus valet. Tertium quod est singulare, est id quod jam retulit, ut inter conjunctos re et verbis, etiam per vindicationem: nam dicit lex *habebit* quod est verbum vindicationis, inter eos, inquam, non esse jus accrescendi hac ratione, quia non ex judicio testatoris venit, cum non sit impleta conditio, nec sunt producendi datius (quod servatur in toto jure,) quæ conceduntur contra judicium defuncti: jus accrescendi productio est legati. Objicit Accurs. *l. ult.* §. *Sejo, de leg.* 2. ut efficiat conditionem adscriptam legato duobus conjunctim relicto eum solum tenere, cui propius convenit, non collegatarium, at, quæ est species hujus §. Sejo, quem hæredi suo substituerat, ita legavit, *Sejo, si hæres non erit, et uxori ejus tot. dari volo.* Conditio solum Sejum tenet, ut in specie *l. Julius hoc tit.* secundum

quam est accipienda *l.* 3. *de statulib.* Et ideo Sejo existente hærede ex substitutione vulgari, ac ita defecta conditione legati, nihilominus uxor ejus admittetur ad partem legati dimidiam, non ad totum legatum, quia inter fideicommissarios semper cessat jus accrescendi, et verba illa, *dari volo*, sunt verba fideicommissi. Igitur neque in specie legis nostræ, neque in specie §. *Sejo*, inter collegatarios est jus accrescendi, et qui partem non capit legati, facit partem collegatario, sed diversis rationibus. Ceterum, quæ conditio in specie l. nostræ dicitur utrumque tenere, in specie §. *Sejo*, tenet alterum tantum. Quid ita? id breviter stringit Accurs. dicens in specie hujus legis, palam conditionem adscribi utrique hoc modo, *mulieri et Titio illud lego, si illa non nupserit.* Hoc legato quis non diceret statim conditionem adscribi utrique, conjungi non re tantum, sed etiam conditione?

Ad L. Fraudis, de Reg. jur.

Fraudis interpretatio semper in jure civili, non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque consideratur.

Lex fraudis est apertissima. Ait, *fraudis interpretatio*, ut doli mali interpretatio, *l. si servus*, §. *circa*, *de furt.* Et bonæ fidei interpretatio, *l. ab emptione de pact.* Interpretatio hæc pertinet ad judicem, et in interpretatione fraudis jam admonuit Papinian. in *l.* præcedenti judicem, instruxitque ne consideraret, quid actori adesset, vel abesset, sed quid ei abesset facto adversarii, ut id solum interpretaretur esse fraudem quod ei abesset facto. Nunc in hac lege iterum monet eundem judicem ne interpretetur fraudem esse, quod actori abest re ipsa, sed quod consilio adversarii actori abest, ne ex eventu solam fraudem æstimet, sed etiam ex consilio, animo, et conscientia adversarii, ut *l. ait prætor*, §. *ita demum*, *et* §. *illud, et l. si quis cum haberet*, *quæ in fraud. cred.* §. *in fraudem*, *Instit. qui et quibus ex causis manum. non poss.* Et ait semper in jure civili fraudem esse interpretandam, *semper*, id est, sive disputetur de his, quæ facta sunt in fraudem creditorum, sive patronorum, seu legum, sive fisci. Et sane videtur hoc libro proprie hoc retulisse ad causas fiscales, ad jus fiscale. Denique semper jure civili coerceri fraudem eam tantum, quæ ex consilio adversarii proficiscitur: nos non metiri fraudem ex eventu, sed ex eventu et consilio adversarii simul.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXXIII. QUÆST. EMILII PAPINIANI.

Ad L. XIV. de his, quæ ut indign.

Mulierem, quæ stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum jure militiæ factum, et id, quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime respondi.

Ex hoc libro primo sese dat *l.* 14. *de his, quæ ut indig.* quæ pertinet ad incapaces, qui scilicet jus capiendi non babent ex aliorum testamentis. Fuere multa genera incapacium, et unum exponitur in hac *l.* 14. quæ loquitur de milite et de muliere libera, quam stupro cognitam miles in contubernio habuit: *stupro cognitam* dicit, ut Cornelius Tacitus 20. *Posthumiam stupro cognitam*, et Lampridius in Heliogabalo, *Antonino Caracallæ stupro cognitam.* Et observandum est, militem eam mulierem non habuisse in concubinatu, non habuisse in matrimonio, quæ conjunctiones sunt legitimæ: sed ut ait, eam habuisse in contubernio, quæ conjunctio non est legitima. Ponit ergo lex, militem cognitam stupro mulierem habuisse in contubernio. Matrimonium justa est conjunctio, concubinatus etiam justa est conjunctio, et quasi matrimonii species: et qui ex concubinatu nascuntur non sunt spurii, sed quasi justi liberi, qui dicuntur naturales: spurii nec naturales dicuntur, sed hodie nullus est usus concubinarum, nisi in quibusdam provinciis. Concubinatus igitur et matrimonium conjunctiones sunt legitimæ, non etiam contubernium: cum contubernali stuprum committitur, non cum concubina, vel uxore. Hanc quæ est in contubernio *focariam* dicimus, *une garse, une gouine*, quæ plerumque habetur per causam coquinariam. Nam et μαγειρίσσας D. Hieronymus interpretatur *focarias* 1. Samuelis *cap.* 8. *et. l.* 1. §. *caupones*, *non caup. stab.* focarii, qui in caupona, vel stabulo ministerium præbent, sunt coqui quibus etiam lex merito conjungit *atriarios*, ad quos pertinet cura, mundicies, nitor atrii. Nam in atrio erat coquina, unde et *atrium* dictum est teste Servio, atrium enim erat ex furno: focariæ si donaverit miles, nulla donatio est, *l.* 2. *C. de donat. inter vir.* Et hoc ita constitutum est, ut in *d. l.* 2 ait Imperator, ne milites harum illecebris capti exuerentur stipendiis, bonisque suis. Id enim non est constitutum de paganis. Majori curæ principibus sunt milites,

quam pagani, quasi Reipubl. necessarii magis. Concubinis milites prohibitos donare, non reperio, quod tamen temere affirmat passim Accurs. confundens focarias cum concubinis. Concubina uxorem imitatur, ut ait Julianus. Idem non dices de focaria. Concubinæ donare quilibet potest, *l. 5. §. Divus, l. si prædia, de don. inter vir. l. donationes, sup. de donat.* Et tamen uxori donare non potest maritus, quod mirum. Utriusque conjunctio est legitima, et tamen uxori donare non licet, aut si quis donaverit, donationem potest revocare statim aut cum libuerit: concubinæ facta donatio revocari non potest, *d. l. donationes.* Cur ita? cur tam varie? quia plenior est affectio maritalis, et ideo legibus reprimitur potius quam incitatur, *l. ult. C. Theod. de hæred.* Et eadem ratione concubina ex testamento solidum capere potuit, *l. cum tab. §. 1. hoc. tit.* uxor non potuit capere solidum ex l. Papia. Focariæ autem, ut dixi, conjunctio illegitima est, et donatio ei facta a milite revocari potest quasi nulla. Imo et focaria capere nihil potest ex testamento militis, et si quid ei relictum sit testamento, ei aufertur quasi indignæ, et in fiscum redigitur, quæ est sententia hujus *l. 14. et l. miles ita, §. mulier, de milit. testam.* Et addit in hac *l. 14.* etiamsi miles testamentum fecerit jure militari, ex eo mulierem eam, in quam turpis suspicio cadit, focariam nihil capere posse: etiam, inquit, si decesserit miles intra annum missionis, honestæ scilicet, vel causariæ. Sciendum enim est, testamentum, quod miles fecerit in militia jure militari, post missionem honestam, vel causariam, non valere eodem jure, nisi si intra annum mortem obierit, *l. quod constitutum, l. quod dicitur, de milit. testam. l. si post, et l. similes, ad leg. Falcid.* intra annum militiæ, *l. fraudem, §. pen. de milit. testam.* intra annum scilicet militiæ emeritæ. Sed si missio fuerit ignominiosa, post missionem nullo momento temporis consistit testamentum, quod miles fecit in militia jure militari, *l. testamenta eorum, de milit. testam.* Ergo sententia hujus legis hæc est, focariam militis, cui miles aliquid testamento legavit facto jure militari, eam non admitti ad legatum, et non incapacem quidem esse, sed quodammodo incapacem: et ob id legatum ei relictum aufertur quasi indignæ. Nam non oportet, ut passim interpretes, confundere incapaces cum indignis. Incapaces sunt quibus ab initio inutiliter relinquitur. Indigni quibus relinquitur utiliter quidem ab initio, sed relictum a fisco eripitur, et ita non ponitur quidem in hac lege proprie incapacis genus, sed indigni secundum titulum. Porro alia est conditio meretricis, atque ita erant condi- meretricis. Cum meretrice impune committitur stuprum, meretrici licet donare, *l. affectionis, de donat.* et testamento legata relinquere, licet apud Svetonium dicatur Domitius aliquando his mulieribus ademisse legata et hæreditates. Sed hæ, quæ sint, nesciunt definire omnes: hæ sunt, quæ licentiam stupri vulgarunt apud ædiles plenam, ut Cornel. Tacit. 2. lib. indicat, quæ in communi loco habent sellam, et titulum inscriptum, juxta illud poetæ,

Titulum mentita Lyciscæ,

et alius poeta,

Inerabis quoties inscriptæ limina sellæ.

Ceterum hæc lex de focaria intelligitur.

Ad L. LXXX. de Reg. jur.

In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.

Altera lex est 80. *de divers. reg. jur. In toto jure*, inquit, *generi per speciem derogatur, etc.* Derogare generi est minuere genus, modum facere generi, detrahere, excipere, eximere de genere, *l. 10. de manumiss. testam.* vel ut subjicit Papinian. in hac ipsa lege, id potissimum habere quod ad speciem directum est, non quod ad genus. Et notandum est, nihil referre, utrum genus præcedat, sequatur species; an præcedat species, sequatur genus: ut si alii legentur vestimenta generaliter, vestis omnis, alii vestis muliebris, nihil refert, utri prius sit legatum, et detracta veste muliebri, atque assignata ei, cui relicta est muliebris, reliqua vestis præstabitur ei, cui generaliter vestris relicta est. Item si mundus muliebris alii legetur, alii argentum omne, id est, vasa argentea, prius species, deinde genus, excepto argento, quod est in mundo muliebri, argentum præstabitur. Item, si alii sint legati servi urbani, alii dispensator, quem constat esse ex numero urbanorum, detracto dispensatore, priori legatario servi urbani debebuntur, quia species derogat generi, *l. 1. de auro et argen. leg.* Ad quem ex eodem Pomponio sunt conjungendæ *l. 2. de tritic. vino, et oleo, et l. Titiæ textores, de leg. 1.* Sed addamus etiam alia exempla. Si alii sit legatus fundus Tusculanus, alii hæreditas Sejana, in qua sit fundus ille, si prius species, deinde genus legetur, detracto fundo Tusculano præstabitur hæreditas Sejana, quia generi per speciem derogatur, *l. uxorem, §. felicissimo. de leg. 3.* Item si alii sint legati vernæ generaliter, quo verbo continentur omnes servi domi nati, non ære comparati, et alii cursores servi, vel alii textores, et quidam sint vernæ et cursores,

tiones quatuor: uxoris, concubinæ, focariæ, et cedunt legato cursorum, et de trahuntur legato vernarum, vel cum alii sint legati vernæ, alii textores: vel contra, alii textores, deinde alii vernæ, et quidam sint textores et vernæ, textoribus cedunt vernæ, quia semper species derogat generi. Legatum vernarum est generale legatum: cursorum aut textorum speciale. Et hoc igitur est potius, hoc prævalet. Potior est in jure, qui ex speciali legato, quam qui ex generali rem petit. Et hoc ostenditur in *l. servis urban.* §. *ult. de leg.* 3. Cui tamen videtur obstare *d. l. Titiæ textores, de leg.* 1. Nam aperte ait, si alii sint legati textores, nullo excepto, alii vernæ, nullo excepto, id est, simpliciter, et quidam sint textores et vernæ, lex ait eos communicari inter hunc et illum, nec in eis potiorem esse eum cui legati sint textores: denique speciem non derogare generi. Et quem non perturbaret statim illa species? Sed observandum est, quod indicat etiam illa lex in *princ. et d. l. servus, in fi.* proponi et textores generaliter et vernas generaliter: quomodo? nempe ita: *huic omnes textores, illi omnes vernas.* Utrumque legatum generale est, quia dixit, *omnes*, et nullum excepit: genus non derogat generi. Quid fiet igitur? concurrent legatarii in his servis, qui et textores sunt, et vernæ, et communicabuntur hi omnes inter eos. Et ita quoque species non derogat speciei, ut si testator legaverit uni vernas tanquam speciem, et alii textores tanquam speciem: qui erunt et vernæ et testores, neutrius legato cedent in solidum, sed communicabuntur, quia species speciei non derogat, neque hoc fert natura. Et similiter genus generi non derogat: species derogat generi, non genus speciei, et hoc quoque aliis exemplis patefaciamus. Finge: si alii sint legati horti instructi, alii argentum muliebre, et mulier, quæ ita legavit, in hortis habuerit argentum, puta, vasa argentea, ut ibi esset instructior, eo argento detracto, horti præstabuntur, argentum muliebre detrahetur instructo, generalive legato hortorum instructorum, *l. quæsitum*, §. *ult de inst. vel inst. leg.* Item si testator alii legaverit pœnum generaliter; alii deinde vinum, vel contra, detracto vino debetur primum, quia semper species derogat generi, *l.* 2. *de trit. vino, et oleo leg.* Et similiter, si servo ordinario manumisso in testamento, dominus ei legaverit peculium: deinde manumiserit in eodem testamento servum, qui erat in peculio, qui dicitur vicarius servi, legato peculii is servus detrahetur, cui libertas specialiter relicta est, *l.* 1. *de manumiss. testam.* Et nihil igitur refert præcedat genus an species, præcedat generale legatum, an speciale, quod et ita observatur in pœnis legum. Lex est quæ continet multa capita, multas causas. Certis causis finge, addita est pœna specialis, si quis contra legem faceret. Deinde ultimo loco legis, ut fieri solet, addita est pœna generalis, quæ dicitur sanctio, si quis adversus legem fecerit. Hæc sanctio non pertinet ad eas species seu causas, quibus addita est specialis pœna, generalis pœna tantum pertinet ad eas causas, quibus nulla est addita pœna, atque ita specialis pœna, quæ præcessit, derogat generali, id est, sanctioni, quæ solet inscribi novissimæ parti legis, *l. sanctio, de pœn.* ubi etiam Papinian. ait, in omni jure observari, ut species deroget generi, sicut hoc loco in toto jure, *inquit*, nullam differentiam constituens inter omne et totum, quomodo etiam dicimus, solutione tolli omnem obligationem, alias totam: totum de singulis dicitur, omne de multis: totum de specie, omne de genere: totum significat unius corporis integritatem, omne significat numerum plurium: totum forum habet lites, id est, forum plenum est litib. omne forum habet litis, id est, omnia fora, sed hæc non observamus plerumque. Verum, ut ad legata revertamur, et hanc rem finiamus, diximus, nihil referre præcedat genus, an species, cum alii legatur genus, alii species, Addamus alterum: nil etiam referre, alii legetur genus, alii species, an idem genus et species. Nam verbi gratia, si Titio sint legatæ duæ statuæ marmoreæ, deinde legetur Titio omne marmor præter duas statuas, nulla statua ei præstabitur, etiamsi ei legatum sit omne marmor, quia species derogavit generi, *l.* 1. *de auro leg. l. hæres*, §. 1. *de legat.* 3. Idem erit e contrario, si omne marmor legetur Titio, deinde eidem legentur statue duæ vel nominatim, puta statua Augusti, et statua Trajani. Nam præter eas statuas nulla alia debebitur, *l. legata de supell. leg.* Diversum tamen erit, si omne marmor legetur Titio, deinde eidem legentur statuæ non adjecto nomine, vel numero, quia hoc modo statuæ videntur legatæ ex abundanti, quæ satis continebantur priori legato, si erant marmoræ potius, quam diminuendi, aut derogandi prioris legati gratia, *d. l. legata*, *et l. suppellex, de supell. leg.* Igitur et legata suppellectile generaliter, si exprimatur species certis nominis aut numeri, generali legato derogatur, si neque adjiciatur nomen, neque numerus: abundas est legatum et supervacaneum, quod nihil derogat priori. Et similiter legato fundo instructo, quod legatum latissime manat, si species certi nominis designetur, vel certi numeri: si legentur mancipia certa nominatim, generali legato derogari, non si designentur species, non adjecto numero, vel nomine, abundantia legata non derogant generi. Ac postremo notandum est etiam, nihil refer-

re, testator, qui legat genus, deinde speciem, legando genus declaraverit, se ei derogare nolle, et si ei derogaret testamento, vel codicillis, id nolle esse ratum: nam si id caveat etiam legando genus et postea legarit speciem alii vel idem, et legaverit sciens, meminensque prioris cautionis suæ, generi derogabitur per speciem, quia ut dicitur vulgo, nemo potest eam sibi legem dicere, testamento scilicet, a qua non possit recedere, ut dicitur in *l. si quis in princ. de legat.* 3. *l. Divi*, §. *licet*, *de jure codic.* Et ita etiam in legibus observatur; nulla fere lex erat, quæ se non sepiret difficultate derogationis, vel abrogationis hoc modo, *ne quid abrogato, ne quid derogato unquam*, ne quid liceat contra leges aut constitutiones. Et tamen hæ sanctiones observari neque possunt neque solent. Eadem est conditio testamenti et legis, ut non possit populus legem sibi dicere, a qua non recedat, ac ne quidem etiam testator.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXXIV. QUÆST. ÆMILII PAPIN.

Ad L. LXXV. de Cond. et demonstr.

Dies incertus conditionem in testamento facit.

Ex *Lib. XXXIV. quæst.* unus tantum versus superest. Misera sors libri, quod hic tantum ex eo versiculus supersit, quod scilicet, ut versimile est, cetera essent antiquata et obsoleta. Id enim tantum voluit Justinianus ex veterum scriptis referri in his Digestis, *quod*, ut ipse loquitur, *in ipsis rerum argumentis obtineret. Dies incertus*, inquit, *conditionem in testamento facit.* Dies incertus est, cum ita scribitur, *hæres meus Titio dato centum cum pubes erit*, vel, *hæres meus Titio dato centum, cum inierit consulatum*, vel, *cum uxorem duxerit*: hic dies incertus conditionem facit, quia fieri potest, ut non pubescat. Titius legatarius: fieri potest, ut moriatur impubes, ut non ineat consulatum, vel, ut moriatur cœlebs: vel etiam, cum ita scribitur, *hæres meus cum morieris Titio dato centum*, quia licet certum sit hæredem moriturum, tamen fieri potest, ut non moriatur vivo legatario: fieri potest, ut præmoriatur legatarius, atque ita legatum ad eum non perveniat, ut dies legati non cedat vivo legatario. Et constat inutile esse omne legatum, cujus dies non cedit vivo legatario. Et hoc ita ostenditur in *l.* 1. *et l. hæres*, §. 1. *hoc tit.* Idemque erit, si ita scripserit testator, *hæres meus cum morieris, Titio illud facito*, ædificato domum scilicet: nam et hoc genus legati, quod in faciendo consistit, cum moriectur is, qui facere jubetur, valet, *l. ultim. in fin. C. de contr. stipul.* Sed fieri potest similiter, ut hoc legatum sit inutile, puta præmoriente legatario, ac ita is dies incertus, *cum morietur hæres*, conditionem facit, id est, legatum suspendit quasi conditionem, ex quo multa sequuntur, ut ad ea legata, quibus dies incertus adjicitur, non pertineat regula Catoniana: nec enim pertinet ad conditionalia, *l. cetera* §. 1. *de legat.* 1. Et ut eorum legatorum dies non cedat morte testatoris, sed cum extiterit conditio, *l. un.* §. *si autem, C. de caduc. toll.* Et ut, si legatarius, antequam existeret ea conditio, vita decesserit, legatum non transmittat ad hæredem suum, cujus scilicet dies non cessit eo vivo, *l.* 1. *hoc tit. l.* 4. *quando dies leg. ced. l. si pecunia*, §. *ult. de leg.* 2. Licet ergo diem incertum appellare conditionem, ut in *l.* 1. §. *ult. ut leg. nom. cav. l. si dies, quando dies leg. ced.* in illo loco, *tempus conditiove*, significans nihil interesse dicas, tempus incertum, an conditionem. Nam et conditio appellatur dies incertus, et dies incertus conditio, *l. talis scriptura*, *de leg.* 1. Et ita licet definire conditionem: conditio, est dies incertus, ex quo ita suspenditur, obligatio, ut possit esse, vel non esse. Dices: nihil igitur interest inter diem incertum et conditionem. Imo vero hoc interest, quod omnis conditio est dies incertus, non contra. Nam alias dies incertus, conditionale legatum facit, alias purum, si possit non existere: si possit non existere, inquam dies, incertus conditio est, ut in superiori exemplo: si cum morietur hæres, Titio legavero, potest non existere ea conditio, puta, si vivo hærede legatarius decesserit. Igitur si possit non existere, dies incertus, conditio est: si non possit non existere, dies incertus, conditio non est, ut si cum morietur Titius, non dico jam hæres, ei legavero, quia fieri non potest ullo casu, ut non debeatur Titio legatum: nam etsi post mortem hæredis moriatur Titius, hæres hæredis ejus hæredi tenetur, *l.* 4. *quando dies leg. ced. et l. hæres, hoc tit.* Atque ita cum morietur legatarius, purum est legatum: cum morietur hæres, conditionale, quod maxime notandum. Cum morietur legatarius ita relicto legato legatum quidem suspenditur, sed non ideo est conditionale. Mora enim suspenditur, non conditione. Et differentia est inter moram et conditionem, *l.* 1. *de legat.* 2. *l. quod pure, quando dies leg. ced. l.* 5. *C. eod.* Et ita, si promisero tibi aliquid dare, vel facere, *cum moriar*, dies est incertus, non conditio, et quod interim solvitur, repeti non potest: quod repræsentatur, repeti non

potest, quod tamen posset repeti, si esset conditio, *l. sub conditione*, *et l. seq. de condict. indeb.* Non igitur omnis dies incertus, est conditio. Et recte ait Papinianus hoc loco, *in testamento*, quod notandum summe. Nam aliud est in stipulatione, vel contractu: hæres est debitor legati, promissor est debitor rei deductæ in stipulationem, uterque est debitor. Et tamen hæc verba: *cum morietur hæres*, conditionem faciunt. Hæc verba, *cum morietur promissor*, conditionem non faciunt, *d. l. sub conditione*, *et l. seq.* Ergo recte dicit, *in testamento*: neque enim idem est in stipulatione. Nec quicquam obstat *l. sufficit, de condict. indeb.* dum ait, *defensionem juris*, id est, exceptionem, *quæ incertam causam continet*, *instar conditionis obtinere*, id non est de die incerto: non dicit diem incertum obtinere instar conditionis in stipulatione, vel in conventione, sed ait, causam incertam exceptionis habere instar conditionis, puta, si incertum sit, utrum exceptio sit temporaria, an perpetua, quod ea lex latius explicat. Quid est exceptio? defensio juris opposita intentioni advesarii. Hæc si sit incerta, id est, si nondum sit certum, perpetua sit an temporaria; pro conditione habetur. Igitur non loquitur de die incerto: et breviter, ut in testamentis intelligamus, quando dies incertus faciat conditionem, vel non res ita est concludenda. Dies incertus conditio est, si dies legati possit non cedere: conditio non est, si non possit non cedere.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXXV. QUÆST. ÆMILII PAPIN.

Ad L. pater XV. de Castr. pecul.

Pater milite filio reverso, quod donat, castrensis peculii non facit, sed alterius peculii, perinde ac si filius nunquam militasset.

§. 1. *Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio: ceterum ex qualibet alia causa non tenebit.*

§. 2. *Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur.*

§. 3. *Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur, aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum, res ad filium pertinebit: non enim ut filius duplex jus sustineat, patris et filiifamil. ita servus, qui peculii caustrensis, est, quique nullo jure quamdiu filius vivit, patri subjectus est, aliquid adquirere simpliciter stipulando, vel accipiendo patri potest. Quæ ratio suadet, ut si ab ipso patre servus, qui ad filium pertinet, stipuletur ex quacunque causa, vel traditum accipiat, si adquiratur filio res et stipulatio, quemadmodum si exter promisisset, quoniam persona stipulantis et accipientis ea est, ut sine differentia causarum, quod rerum agitur, emolumentum filii spectet.*

§. 4. *Si servi pater usumfructum amiserit, cujus proprietatem in castrensi peculio filius habeat, plenam proprietatem habebit filius.*

Ex libro autem XXXV. superest una lex tantum, *l. 15. de castr. pecul.* In qua, quod proponitur initio pertinet ad definitionem castrensis peculii. In castrensi peculio est, quod pater donat eunti ad militiam, vel etiam agenti in militia filiofamil. ut ibi sit instructor. Quod autem donat filiofamil. reverso a militia, et sacramento soluto, est in peculio pagano, non castrensi, perinde ac si filius nunquam militasset. Inter peculium paganum et castrense est differentia varia, et multiplex, sed vel una posita, ex ea nectuntur aliæ omnes, et una quidem tantum proponitur in §. 1. *hujus l.* Ex causa castrensis peculii pater filiofamil. stipulanti, vel contra, filius patris stipulanti obligatur civiliter, et efficaciter, non ex causa peculii pagani: distinguimus causas: si ex causa castrensi, tenet stipulatio patrem vel filium: si eo causa pagana, inutilis stipulatio est. Nam peculium paganum spectat ad patrem, peculium castrense spectat ad filium solum. In peculio pagano, et filiusfam. in castrensi paterfamilias: in pagano pater et filius pro uno habentur, in castrensi pro duobus, nec habetur ratio vinculi patriæ potestatis, quod quidem vinculum unam constituit personam duorum, patris et filii: et consequenter ex peculio castrensi lis potest esse inter partem et filium ut in *l. 4. de judic. l. si quis uxori*, §. *sed si*, *de furt. l. si dubitet*, *in fi. de fidejussor.* Ex causa pagana non potest ulla lis constitui. Et præterea, quod adquirit filius ex causa castrensi, sibi adquirit soli: quod ex pagana, patri adquirit. Atque ita causam paganam a castrensi distinguimus semper cum de filio ipso agitur. Nam ut subjicitur in §. *servus*, cum agitur de servo castrensi filiifamil. non distinguimus causam paganam a castrensi. Nam servus castrensis totum adquirit filiofam. domino suo, ex omni causa et pagana et castrensi, si quid adquirat in castris, vel extra castra, etiamsi quid a patre ipso stipuletur, vel accipiat ex hac, vel ex illa causa. Denique hæc distinctio causarum, quæ servatur in filiof. non servatur in servo castrensi filiifam. Et rationem differentiæ elegantissimam Papin. tradit in §. *servus*: quia scilicet filiusfam. duplex jus susti-

net, duasve personas: jus patrisf. in castrensi peculio, et jus filiif. in pagano peculio, et jus patrisf. ex constitutione in castrensi peculio, *l.* 2. *ad Maced.* quamdiu vivit filius: nam si moriatur intestatus vivo patre, in omni peculio exitum facit filiifamil. Igitur non omnino jus sustinet patrisfam. in castrensi peculio: non, si moriatur intestatus. Nam eo mortuo, id peculium pater occupat quasi paganum, *l. ult. ad Tertullian.* Et hoc de filiofamil. Servus autem castrensis filiifamil. jus tantum sustinet servi filiif. non servi patris, non sustinet duorum servorum vicem: et ideo soli filio acquirit ex omni causa, non patri: *si quid simpliciter*, inquit, *stipuletur*, *vel per traditionem accipiat*, *quamdiu vivit filius*, *quem solum dominum agnoscit.* Cur dicat *quamdiu vivit filius*, jam exposui: quia mortuo filio intestato, vivo patre servus castrensis recidit in potestatem patris, quasi jure peculii pagani. Cur ait *simpliciter?* quod est impersonaliter, si stipulatus sit hoc modo, *promittis centum dari?* non adjecto meo, vel patri domini mei, quod miror non explicasse Accurs. quia scilicet si servus castrensis stipuletur patri, quamvis eo tempore stipulationis sit in potestate filii non patris, tamen si postea filius moriatur intestatus vivo patre, utilis stipulatio est, quia pater retro creditur in eo servo dominium habuisse. Ergo et tempore stipulationis, tempore contractus, quod utique semper in stipulationibus observatur, *l. si filiusfam. de verb. oblig.* Et ita retro agi dominium ostenditur in *l. ult. hoc tit. l. servum filii, in princ. de leg. l. in eo quod, de acquir. dom.* Et secundum hæc, quæ proposuit Papin. in §. *servus,* si servus castrensis filiifamil. hæres instituatur, quia non fit distinctio causarum, nihil refert, a quo hæres instituatur, a commilitone filii, commanipulo, contubernali, an ab extraneo: quia adire debet hæreditatem jussu filii, non patris, eaque hæreditas, posteaquam adita erit, deputabitur castrensi peculio, *l. de hæreditate*. §. 1. *hoc tit.* Et ut jam dixi, nihil etiam refert, stipuletur is servus castrensis, vel accipiat ab extraneo, an a patre domini sui ex quacunque causa: nam ut extraneus, qui promisit servo castrensi, ex quacumque causa filio tenetur: ita et pater: pater scilicet pro extraneo est, quod ad servum castrensem attinet: aliter atque si filio promisisset pater: nam tunc essent distinguendæ causæ; si promisisset ex causa castrensi tenetur: non, si ex pagana: et ut magis appareret filiumfamil. servi castrensis ceterarumque rerum castrensium solum esse dominum quandiu vivit, id demonstratur in §. *ult. hujus l.* hoc argumento, quod verbi gratia, si servi cujusdam ususfruct. pertineat ad patrem, proprietas autem hujus servi sit in castrensi peculio filiifamil. et amiserit pater usumfruct. non utendo, vel cessione in jure, si ultro cesserit ususfruct. ususfructus recurrit ad solum filium. Et ita incipit in eo servo habere plenam potestatem: dos profectitia dicitur esse proprium patrimonium filiæ multis in locis, sed verius est communis patris et filiæ, et communis actio de dote, *l.* 5. *l. si cum dote*, §. 2. *sol. mat.* Idem non possis dicere de castrensi peculio, commune esse patris et filii. *Quemadmodum si exter* legendum, non *extero*, *quod rerum agitur*, id est, quodcunque agitur sive sit traditio, sive stipulatio.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXXVI. QUÆST. ÆMILII PAPIN.

Ad L. In omni XIII. de Adopt.

In omni fere jure, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino retinetur vestigium. Denique et patria dignitas, quæsita per adoptionem, finita ea deponitur.

In hac lege proponitur hæc regula, finita patris adoptivi potestate, nullum ex pristino vestigium retineri: nam illa verba, *in omni jure*, significant esse regulam. Finitur potestas patris adoptivi, filio desinente esse in familia, quod fit per capitis diminutionem, id est, per emancipationem: nam mortuo patre adoptivo, filius in adoptiva familia permanere dicitur, *l. utrum, de bon. poss. contr. tab.* sicut filius naturalis mortuo patre dicitur esse in familia patris, *l. non tantum*, §. *si pater eod. tit.* Uterque fit sui juris morte patris sine capitis diminutione, *l.* 3. §. *ult. ad Macedon.* Ergo permanet in eadem familia, nec migrat in aliam. Ceterum emancipatione uterque familiam pristinam mutat, et amittit. Sed differentia est magna inter adoptivum, et naturalem filium: nam adoptivus emancipatus, nullum vestigium retinet ex pristino jure adoptionis, id est, omnia jura perdit, ut ait in *l. seq.* non retinet nomen filii post emancipationem, non retinet nomen liberorum. Tullius pro domo sua: *Adoptatum emancipari statim, ne filius sit ejus, qui adoptavit.* Ergo emancipatione filius adoptivus desinit esse filius, et ideo nec ab intestato, nec contra tabul. admittitur ad bona patris adoptivi, qui eum emancipavit, §. *eadem*, *Institut. de hæred. quæ ab intest. et* §. *adoptivi liberi, de exhæred. lib. et l.* 1. §. *liberos*, *et l. liberi*, *si tab.*

test. nullæ exst. Ex quibus locis, id est, ex §. *adoptivi liberi*, et ex aliis etiam, inter cetera apparet liquido, quod temere Andreas quidam scripsit, nusquam jure liberos adoptivos appellari, sed filios adoptivos tantum, et hoc præter se neminem comperiisse. Et sane ita est, neque enim quod non est, comperiisse potis est quisquam, et id scripsit in *l. si unquam*, *C. de revoc. donat.* Dicamus igitur liberos adoptivos, ut est proditum illis locis, per emancipationem amittere nomen liberorum, simul ac jus liberorum omne. Filius autem naturalis emancipatus, non amittit nomen filii, et præteritus admittitur ad bonorum possessionem contra tabulas ab intestato ad bonorum possessionem unde liberi jure prætorio: jus naturale emancipatio perimere non potest. Et evidentissima hæc est differentia inter naturalem et adoptivum, sed sunt etiam aliæ. Nam filius adoptivus emancipatus amittit patriam dignitatem, quam per adoptionem acquisierat, ut ait in hac *l.* 13. *de adopti.* Unde si a Senatore vel a decurione, qui minor Senator a veteribus dicebatur, plebejus adoptatus fuerit, filius est Senatoris vel decurionis, quamdiu manet in ejus familia, et iisdem privilegiis fruitur quibus Senatoris vel decurionis filius naturalis, eodem jure censetur, quo Senatoris filius naturalis, *l.* 6. *et* 7. *de Senator. l.* 4. *C. de decurion.* Ceterum emancipatus eam dignitatem amittit, nec postea habetur pro Senatoris filio: filius autem naturalis emancipatus a patre Senatore vel decurione, non amittit dignitatem patris, habeturque non ideo minus quasi filius Senatoris vel Decurionis. Item quæ est tertia differentia, filius adoptivus emancipatus, desinit esse civis civitatis patris adoptivi, cujus et ipse per adoptionem factus fuerat civis, quod ostenditur in *l. ordine*, §. *ult. et seq. ad municip.* Filius autem naturalis emancipatus, non desinit esse civis civitatis patris, cujus et ipse origine est civis. Atque ita videmus finita patris naturalis potestate, remanere ex pristino multa vestigia. Contra, finita potestate patris adoptivi, nulla remanere vestigia, et rem haberi perinde ac si nunquam adoptatus fuisset. Verum adjicit Papinianus hoc loco *fere*, id est, in omnibus fere partibus juris quoniam, ut recte Accurs. animadvertit, in jure nuptiarum etiam post emancipationem filii adoptivi, aut filiæ adoptivæ remanet memoria, aut vestigium quoddam ex pristino jure. Neque enim eam uxorem ducere possum, quæ mihi fuit filia adoptiva, nec eam, quæ fuit uxor filii adoptivi, quem postea emancipavi. Et filius quoque adoptivus emancipatus, non potest uxorem ducere eam, quæ fuit uxor patris quondam adoptivi, *l. adoptivus*, *l. quin etiam*, *de ritu nupt.* quia fuit ei loco novercæ. Soluta adoptione jure possum ducere eam, quæ mihi fuit filia adoptiva, perinde ac si nunquam fuisset mihi filia adoptiva, sed non permittitur, quia pudor vetat; non omne quod jure fit, permittitur. Libertini ordinis homines ab ingenuis maxime dante patrono, jure adoptari possunt, ut ex Sabino refert Gellius in fin. *lib.* 5. *cap.* 19. sed ex eodem adjicit, id non permitti iisdem verbis, ne libertini ordinis homines per adoptionem in jura ingenuorum irrepant, vel invadant. Et hæc quidem est sententia hujus l. Verum restat illa inspectio, quemadmodum intelligendum sit, quod ait in hac lege, *per adoptionem dignitatem acquiri*, *augeri*, ut ait l. *per adoptionem*, hoc tit. *et deponi per emancipationem.* Quid hoc est, *per adoptionem dignitatem augeri?* an, qua de re plurimum hodie controverti video: an ignobilis, si adoptetur a nobili, nobilis fiat? an per adoptionem acquiratur nobilitas? Et soleo hac in re separare dignitatem a statu, et conditione hominis, ut etiam separatur honor a statu, dignitas a conditione sive statu capitis, *l. falsa*, §. *sed si cui*, *de condit. et demonst.* et in §. *quibus*, *Instit. de capit. dimin.* quod apparebit hac demonstratione: mutatio status est capitis diminutio: mutatio dignitatis non est capitis diminutio, ut qui Senatu movetur, aut qui in Senatum asciscitur, non capite minuitur, *d.* §. *quibus.* Hæc igitur in hac quæstione distinguimus, honorem a conditione et statu. Conditione alii sunt cives, alii peregrini: adoptio ex cive peregrinum, vel contra non facit: imo nec civitatem mutat, sed adjicit, ut ait *l.* 7. *C. de adopt.* id est, adoptatus tam in patria sua, quam in patria adoptatoris, munera et honores civiles subire cogitur, *d. l.* 7. *et l.* 1. *et l. ordine*, §. *ult. ad municip.* Rursus conditione alii sunt libertini, alii ingenui, adoptio ex ingenuo libertinum, vel ex libertino ingenuum etiam non facit, *l. ult. de statu hom. sup. l. ult. hoc tit.* Ingenuum adoptari a libertino nusquam invenies, aliquo loco invenies libertinum ab ingenuo adoptari, veluti a patrono ipso, vel ab alio causa cognita, *l. ult. h. tit. l.* 3. *C. eod.* Et hoc cum contingit, libertinus qui adoptatur, nanciscitur quidem jura ingenuitatis in familia adoptatoris, ingenuus tamen non fit, *l. sciendum*, *de ritu nupt.* Aliud est nancisci jura ingenuitatis, aliud ingenuum fieri. Libertinus qui a principe consequitur jus annuli aurei, ingenuus non est, quandiu vivit, jura ingenuitatis habet, *l.* 2. *C. de jure annul. aur.* Ergo aliud est habere jura ingenuitatis, aliud ingenuum esse. Solus princeps ingenuum facit eum qui non est natus ingenuus, puta restituendo natalibus, quod et ipsum debet facere consentiente patrono, *l. ult. de natal. restit.* Sicut et donare civitate Romana liber-

tinum princeps non potest invito patrono, ne fiat ei injuria, quod Plinius indicat *lib.* 10. *Epist.* petens civitatem Romanam Harpocrati a Trajano Imperatore. Rursus conditione alii sunt servi, alii liberi, et adoptio, ut hodie definitum est, et ex servo liberum facit, ut si servus adoptetur a domino, vel si a domino in adoptionem detur, §. *ult. inst. de adopt.* Sed hoc vere possis dicere extorsisse favorem libertatis, non esse solemnem modum dandæ libertatis, sed vindictam, censum, testamentum, admitti tamen etiam adoptionem, ut hoc quoque remedio servus exeat ex servitute, et fiat liber: qua ratione alia, quam favore libertatis? *d.* §. *ult.* Præterea conditione alii sunt sui juris, alii alieni juris, adoptio facit eum, qui est sui juris, alieni juris, et eum, qui est alieni juris, transfert ex unius familia in aliam, *l. qui ex liberis*, §. 1. *de bon. poss. sec. tabul.* Adoptio igitur mutat statum hominis, cur et non mutat superiores status? quia comparata est adoptio hujus rei gratia tantum, ut faceret filiumfamil. maxime non habenti naturalem filium. Hæc causa fuit inveniendæ adoptionis, non ut faceret civem ingenuum, non etiam ut faceret liberum, sed ut filium tantum. Vix mutabit alias conditiones. Conditionem generis sane non poterit mutare, non potest efficere, ut ego non sim ex sanguine illo, ex illo genere, quia jus naturale est immutabile, *l.* 1. §. *cognationem, unde cogn.* Denique adoptio genus non mutat, gentem mutat, id est, familiam et nomen familiæ. Ceterum conditionem, quæ ex genere ducitur, non mutat, et notum est discrimen inter genus et gentem. Ergo ignobilem nobilem non facit, si adoptetur a nobili: et contra etiam nobilem ignobilem non facit, si ignobilis nobilem adoptet nam hæc nobilitas ex genere ducitur, vel largitate Principis ex concessione feudi, cui tamen largitati sc. necesse est ut accedat longa series avorum et posterorum, qui huic feudo insederunt et incubuerunt. Et hæc de conditione. Dignitatem autem fateor adoptionem augere, non etiam minuere, ut plebejus adoptatus a patritio, vel Senatore vel a decurione acquirit dignitatem, honorem, prærogativam, privileginm in pœnis, vel qua alia in re, filii patritii vel Senatoris, quod hæc l. 15. demonstrat. Et quod notandum, ea dignitas propagatur etiam in liberos plebeji adoptati a Senatore, *l. liberos, de Senator.* Et in liberos ejus, qui est adoptatus a decurione, non quidem in infinitum, sed usque ad gradum pronepotum, *l. Divo, C. de quæst.* Atque ita adoptio dignitatem affert, dignitatem auget, sed non minuit dignitatem. Nam Senator, aut Senatoris filius adoptatus a plebejo, non desinit esse Senator, aut Senatoris filius, *l. per adopt. hoc tit. l.* 1. *inf. de Senat.* M. Tull. pro domo sua: adoptionem nihil minuere de dignitate generis. Inventa est adoptio, aut ea utimur, in eamque nos damus, non ut minuamus dignitatem, sed ut augeamus. Et alia est ratio matrimonii, et adoptionis. Nam matrimonium minuit dignitatem, si mulier clarissima nubat plebejo, ut de Virginia nominatim scripsit Livius. Et auget quoque matrimonium dignitatem, si plebeja nubat Senatori. *l. mulieres, C. de dignitat.* In qua etiam utitur *nobilitandi* verbo, quod latissime patet, neque eo significatur ea nobilitas, seu gentilitas, de qua initio quæstio proposita fuit. Et ait, mulieres genere mariti nobilitari, id est, splendescere, quod aliis verbis exprimit, honore mariti erigi. Ceterum, ut licet colligere, nunquam admittam adoptione nobilem fieri ex ignobili, neque ignobilem ex nobili.

In quæstione, de qua tractavimus, an adoptio ex plebejo nobilem faciat, est quod iterum de ea quid statuendum sit, succincte perstringamus, et ut diximus in præcedenti prælectione, inventa est adoptio, ut filium faceret tantum, non ut ex peregrino civem, non ut mutaret civitatem adoptato, sed adjiceret ei civitatem adoptatoris. Potest enim quis plurium civitatem esse civis: et rursus inventam esse adoptionem, ut filium faceret: non ingenuum faceret ex libertino, non ut liberum faceret ex servo, quanquam hodie admittamus favore libertatis, per adoptionem liberum fieri: ac denique inventam esse adoptionem tantum, ut filium faceret tantum, et hominem sui juris vel alieni juris redigeret in potestatem adoptatoris quasi filium, vel nepotem aut pronepotem: ut igitur redigeret in potestatem, vel homines sui juris, vel etiam filiumfam. alterius, vel etiam filium suum emancipatum, *l.* 12. *de adopt.* Ergo in hac summa illas tantum leges afferam, quas alia prælectione non attuli. Adoptio igitur filium meum mancipatum, et naturalem etiam in servitute quæsitum, sive in contubernio, redigit in potestatem meam, *l. ult. de adopt. l. ult. de his qui sunt sui vel al. ju.* atque etiam filium naturalem susceptum ex concubinatu, ex constitutione Anastasii, *l. jubemus C. de natur. liber.* Naturalis filius est ex contubernio, vel ex concubinatu, et uterque fit justus filius hæresque patri per adoptionem. Quod tamen postremum Justinianus non admisit, scil. in naturali suscepto ex concubinatu. Hunc enim noluit fieri legitimum per adoptionem. Et est etiam hoc novum in constitutione Justiniani, ut cum concubinatus probetur legibus antiquis et constitutionibus, quasi conjunctio legitima et licita, quandoquidem habet speciem matrimonii, et concubina, ut ait Julianus Antecessor Constantinopolitanus, imitatur uxorem, Justinianus tamen tam-

quam Christianus non videtur concubinatum admisisse, quod indicat *l. legem 7. C. nat. lib.* his verbis, *injusta libidinum desideria*, quibus utitur loquens de concubinatu. Et ob id etiam in *d. l. legem*, ut in *Nov. 74. et Novel.* 89. non vult Justinianus, ut prætextus adoptionis, vel commentum adrogationis, filios susceptos ex illicita coitione, ut ipse existimat ex concubinatu faciat justos et hæredes legitimos patri. Et ex his omnibus paulatim efficies atque efficiebam ego, adoptionem quoque nobilem non facere, si plebejus det se in adoptionem nobili, quia adoptio non mutat genus, aut sanguinem. Et hæc nobilitas ducitur ex genere, vel ex speciali beneficio Principis, et ex concessione feudi, in quod constat adoptivum filium non succedere, in feudum scil. adoptatoris, quod omiseram. Igitur plebejus per adoptionem non fit nobilis. Galli solent dicere *la verge ennoblit*, *voyez la coustume*, hoc est, ducitur ex genere nobilitas. Non fit igitur nobilis plebejus per adoptionem, nisi adoptione plebeji facta auctoritate Principis, id agatur, ut exeat ex plebe, *argum. l. sed si hac lege, §. patronum, de in jus voc.* At nunc videamus, *an aliud dicendum sit si nobilis det se in adoptionem plebejo, an desinit esse nobilis? an mutat genus?* Quod negavi obiter in prælect. sup. sed verius est per adoptionem ex nobili plebejum fieri, quia ipsemet prodit suam nobilitatem, qui se subjicit ditioni et familiæ plebeji. Et ita Clodium, qui se dedit adoptandum plebejo, Marc. Tullius scripsit exiisse a patriciis, et transiisse in plebem, ut fieret tribunus plebis, quem magistratum capessebant soli plebeji. Mea igitur sponte fio plebejus ac degener, sicut licet mihi mea sponte ex libero servum fieri, si patiar me venundari ad pretium participandum. Et ita quoque mulier participii generis, si elegerit nuptias plebeji transit in plebem, et de se queri debet, quæ nupsit plebejo, atque ita prodidit nobilitatem sui generis et sanguinis. Contra autem mulier plebeja per matrimonium, non mutaret genus, videlicet si abesset constitutio Imperatoris, quæ specialiter constituit, ut plebeja per matrimonium, puta, si nupserit patricio, non tantum erigatur honore mariti, sed etiam nobilitetur genere mariti, atque ita proprium genus commutet in genus mariti, *l. mulieres, C. de dignit. l. ult. C. de incolis.* Si deesset illa constitutio, mulier plebeja per matrimonium non mutaret genus, sed augeretur tantum dignitate mariti. Et in hac quæstione, ut in eadem prælectione ostendi, separanda est dignitas a conditione personæ.

Ad L. CXIX. de verb. oblig.

Doli clausula, quæ stipulationibus subjicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur.

Hæc lex pertinet ad illam regulam juris, quam habuimus libro 33. In toto jure generi per speciem derogatur, *l. in toto, de reg. jur.* veluti in legibus, *l. sanctio, de pœnis*, et in testamentis, veluti in legatis, quod variis exemplis demonstravi, ac etiam in substitutionib. Specialis nempe substitutio derogat generali, *l. cohæredi, §. qui patrem, de vulg. substit.* Et ut intelligitur ex hac lege, in stipulationibus sive contractibus: et forte mendum est in inscriptione hujus legis, vel legis *in toto*, vel in numero librorum. Subjici solet stipulationibus clausula generalis, *dolum malum abesse abfuturumque esse.* Hæc est novissima clausula stipulationum, *l. novissima, judic. solv.* Quod non pertinet ad ea, de quibus specialiter cautum est in stipulatione, sed pertinet tantum ad ea, quæ non sunt stipulatione comprehensa nominatim. Nam de clausula illa generali sunt eximenda ea, de quibus cautum est specialiter. Deniquæ hæc clausula generalis, pertinet tantum ad casus incertos, et qui in præsentia contrahentibus occurrere non potuerunt, *l. 33. hoc tit.* ut in emptione pecorum, cum ita stipulamur, quod exemplum Accursius significavit in hac lege, paucis verbis, *esse, bibere, posse habereque recte licere, et dolum malum abesse abfuturum que esse.* Et in emptione mancipiorum, cum ita stipulamur, *sanum esse, furem non esse, fugitivum non esse, habere recte licere, dolumque malum abesse abfuturumque esse.* Et similiter in stipulationibus prætoriis, veluti legatorum servandorum causa, vel de rato, vel de judicato solvendo. Et hoc est apertissimum sequitur nobilissima lex 38. *ad leg. Jul. de adulter.*

Ad L. LXXVIII. Ad L. Juliam de adult.

Si adulterium cum incesto committatur, ut puta, cum privigna, nuru, noverca: mulier similiter quoque punietur: id enim remoto etiam adulterio eveniret.

Differentia est inter adulterium et incestum in re. Quæ sit differentia, non est explicandum, quia notum est omnibus, sed in jure differentia est: nam adulterium jure naturali prohibetur, vel ut ait *l. probum, de verborum significat.* Adulterium est natura probum, id est, jure naturali: Lactantius in *Epito. Institut. Corrumpere alienum matrimonium communi omnium gentium jure prohibetur.* Incestum autem non omne committitur jure gentium, sive naturali. Nam aut committitur jure gentium, aut jure civili. Et ut indicat in hac lege, ita evenit, ut incesti crimen, quamvis natura sit gravius, humanius vindicetur, vel ut de eo

tractetur humanius, quam de adulterio, quia omne adulterium est natura probrum: omne incestum non est natura probrum, sed aliud natura, aliud civili jure. Ac primum quidem, ut ostenditur in *l. ult. de condict. sine caus. et l. ult. de ritu nupt.* et in hac lege multis in locis, incestum jure civili committitur inter parentes et liberos cujuscumque gradus in infinitum, atque etiam inter affines, qui maxime parentum et liberorum locum obtinent, ut inter vitricum et privignam: vitricus quasi pater est, privigna quasi filia vel ut Ovidius loquitur de Ponto, *pene filia*, qui et marito privignæ, dicit se esse pene socerum, id est, quasi pene patrem uxoris. *Numina pro socero pene precare tuo,* scribens ad maritum privignæ. Incestum jure gentium committitur similiter inter novercam et privignum, quæ est, vel quæ fuit noverca, quia noverca matris, privignus filii locum obtinet, §. *affinitatis, et §. socerum, Inst. de nuptiis, l. Aristo, de ritu nupt.* Et recte sanctissimus Phocylides.

Μητρυιῆς μὴ ψαῦε γε δεύτερα λέκτρα γονῆος.
Μητέρα δ' ὡς τίμα τὴν μητέρος ἴχνια βᾶσαν.

Id est, *ne attinge novercam, secunda cubilia patris, sed eam cole ac matrem, quæ insequitur vestigia etiam matris*, id est, quæ locum tenet matris. Et pari ratione jure gentium incestum committitur inter socerum et nurum, inter socerum et generum, quia socer et socrus parentum locum obtinent, gener et nurus liberorum, *d. §. affinitatis, et §. socerum l. quia parentis, solut. matr.* Et nurus nomen sive socrus, aut generi, accipitur largissime. Exempli gratia: nurus dicitur non tantum filii uxor, sed etiam nepotis, et usque in infinitum in *l. adoptivus, §. nunc videamus, et l. seq. de ritu nupt.* Ex tranverso etiam jure gentium incestum committitur cum sorore, quod evidenter demonstrat *l. 8. de ritu nupt.* dum matri jungit sororem. Et matrem, aut sororem uxorem ducere moribus prohiberi, id est, jure gentium: mores illo loco ac etiam in *l. sororis eod.* id est, jus naturale, jus gentium. Et quod scripsit Æmilius Probus, Athenienses in matrimonio sorores suas habuisse jure licito, non est verisimile, ut populus Atheniensis adeo bene institutus, eam conjunctionem admiserit contra jus gentium. Si quam barbaram gentem diceres, hoc admitterem, sed Atheniensem populum, nunquam admittam, licet Æmilius Probus id scribat, qui etiam quasi falsi reus a doctissimis viris reprehenditur: quoniam Athenæus et Plutarcus multis in locis referunt Cimonem Ateniensem duxisse sororem in matrimonio, atque ideo exulatum iisse, cum fecisset contra instituta Atheniensium, et omnium gentium instituta, jurisque naturalis. Et recte etiam Phocylides, qui nobis tradidit præcepta juris naturalis.

Μηδὲ κασιγνήτης ἐς ἀποτροπον ἐλθέμεν εὐνήν,
Ne conscendamus cubile infandum sororis:

Igitur ex traverso sive a latere, etiam incestum committitur jure gentium, veluti cum sorore. Et similiter, ut heri demonstravimus, cum sororis filia, et nepte et pronepte in infinitum; quia avunculus est loco parentis. Ergo et cum fratris filia, quia patruus est loco parentis, quod hodie etiam obtinet, §. *fratris, Inst. de nupt. l. nemini, C. eod. tit. l. ult. C. de incest. nupt.* Posset quis ita facile induci, ut existimaret jure gentium incestum committi cum sororis filia, vel fratris, quod tamen non est verum. Nam cum his personis committitur tantum jure civili: cum sorore jure gentium: cum sororis filia jure civili, quod cur ita sit, cras explicabo. Et multum interest sane, utrum jure gentium incestum committatur, an jure civili. Nam error juris gentium, vel ignorantia ejus, non remittitur mulieri. Igitur etiam mulier, cui remittitur error juris civilis, si incestum commiserit jure gentium, nullo modo excusatur obtentu erroris, quia nemo ignorat jus gentium *l. secunda, Cod. de in jus voc.* Et Menander eleganter, οὐκ ἔςι τοὺς τῆς φύσεως λαθεῖν νόμους. *La loy de nature n'est cachée* a *personne.* Ergo mulieri non remittitur error juris gentium, cui tamen remittitur incestum juris civilis. Et ita Papinianus in hac lege ait, mulierem eam pœnam, quam mares sustinere, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit. Et similiter in principio hujus legis, si adulterium committatur cum incesto, veluti cum nuru, vel cum privigna vel cum noverca, non minus puniri fœminam quam marem: neutrum posse obtendere ignorantiam hujus juris. Idem esse, si solum incestum sit admissum, quoniam cum his personis committitur jure gentium. Oportet addere, idem etiam esse, si solum adulterium, non tantum cum his personis, sed cum aliis quibuscumque. Æque ex causa adulterii punitur fœmina, ac masculus, quia est natura probrum similiter, id est, jure gentium, quod nemini licet ignorare. Et hoc est quod ait in princ. *h. l.*

Ex his, quæ diximus, intellexistis, æque puniri fœminam ac marem, si per adulterium incestum committatur jure gentium, vel si incestum tantum committatur jure gentium, veluti cum parentibus vel liberis cujusque gradus, vel inter affines, qui maxime parentum liberorumve locum obtinent, veluti cum privigna, nuru, socru, noverca. Et

idem esse, si adulterium tantum committatur: nam et adulterium jure gentium probrum est, et neque mari, neque fœminæ remitti errorem; vel ignorationem juris gentium, omnes homines præstare debere scentiam juris gentium, neminem non scire adulterari nefas esse, neminem nescire, commisceri his, qui sunt parentum vel liberorum loco, nefas esse. Igitur æque puniri fœminas ac mares in his omnibus, quæ prohibentur jure naturali. Et adjeci cum sorore etiam incestum committi jure gentium, cum sorore scilicet germana. Nam cum sorore patrueli, jure civili aut gentium incestum matrimonium non est, §. *duorum*, *de nupt. l. celebrandis, C. eod.* Quo tamen jure non utimur, et merito quidem: nam verecundia et pudor potissimum spectatur in nuptiis. Et ob id prohibitio nuptiarum est extendenda potius ac coangustanda, nec debemus ea in parte discedere ab institutis majorum nostrorum, qui pudoris inter nos conservandi gratia, et licitas quarumdam personarum nuptias inhibuerunt, et in Phil. 2. Cic. illo loco, *sorore, et uxore tua*, non oportet intelligere germanam, sed patruelem. Et hæc de incesto, quod committitur jure gentium. Restat ut tractemus de incesto, quod committitur jure civili. Incestum committitur jure civili cum sororis filia, vel nepte, vel pronepte, vel etiam hodie cum fratris filia, nepte, pronepte, vel cum amita, vel cum matertera. Cur vero cum his personis incestum contrahitur jure civili, non jure gentium, cum et hæ personæ inter se sint parentum liberorumve loco, §. *item amitam*, *Instit. de nupt. l. sororis de ritu nupt.* Patruus scilicet filiæ fratris pene pater est. Amita filio patris pene mater. Idem licet statuere de avunculo et matertera. Et tamen inter eas personas incestum committitur non jure gentium, sed civili. An verum est, non inter eos omnes incestum jure gentium committi, quia invicem sunt parentum, vel liberorum loco? Sic sane. Sed inter eos tantum verum est, incestum committi jure gentium, qui *maxime* (*ce maxime emporte la saulce*) quive propius sunt parentum aut liberorum loco, ut inter novercam et privignum: noverca mater est propius quam amita, cum sit uxori veri patris, cujus amita est soror. Ac similiter inter vitricum et privignum, inter socerum et nurum inter socrum et generum: nam cum aliis personis (licet quodammodo accedat ad vicem parentum aut liberorum) legibus modo permissæ fuerunt nuptiæ, modo prohibitæ. Et conjunctio earum personarum puta patrui, et filiæ fratris, avunculi et filiæ sororis, amitæ, et filii fratris, materteræ et filii sororis, tota sita est in arbitrio legum, tota est juris posititii, ut Ulp. loquitur, vel ut æque dicunt recte, juris positivi. Et rectissime Accurs. in *l.* 1. §. *initium*, *de postul.* eorum, quæ sunt juris posititii, non admodum quærendam esse rationem. Invenies in Dig. incestum committi cum sororis filia ab avunculo, non a patruo cum fratris filia, *l. ult. de cond. sine causa*, *l. qui in provincia*, *l. aliam*, *l. sororis*, *de ritu nupt. et hujus l.* §. 1. Nullum locum invenies in Dig. de patruo et fratris filia: nam cum ea permissum connubium ex S. C. et auctoritate Claudii, ut Svetonius et Tacitus scribunt. Et ob id Ulpianus in fragm. nonnunquam ex tertio gradu licet uxorem ducere, veluti fratris filiam, non etiam sororis. Hæc distinctio hodie merito sublata est: nam neutram licet ducere ex constitutionibus novissimis. Jure Digestorum, ut ita loquamur, licet ducere fratris filiam, quamvis eodem jure non liceat sororis filiam, nec sit differentiæ ratio ulla, nisi quod jus ita positum sit. Filius tamen fratris eodem jure non potest ducere amitam, sive paterteram, sic vocatur in antiquis inscriptionibus, sicut nec filius sororis materteram, quin admittatur incestum jure civili.

Ad §§. 1. 2. 3. 4. 5. 6. *et* 7.

Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii pœna sufficiat mari, considerandum est: quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia juris, et sanguinis contumelia concurrant.

Quare mulier tunc demum eam pœnam quam mares sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit. Nam si sola juris nostri observatio interveniet mulier ab incesti crimine erit excusata.

3. *Nonnunquam tamen et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent: si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit.*

4. *Fratres denique Imperatores Claudiæ crimen incesti propter ætatem remiserunt, cum alias adulterii crimen, quod pubertate delinquitur, non excusetur ætate. Nam et mulieres in jure errantes, incesti crimine non teneri, supra dictum est, cum in adulterio commisso nullam habere possint excusationem.*

5. *Iidem Imperatores rescripserunt post divortium, quod cum noverca bona fide privignus fecerit, non esse crimen admittendum incesti.*

6. *Iidem Pollioni in hæc verba rescripserunt: incestæ nuptiæ confirmari non solent, et ideo abstinenti tali matrimonio pœnam præteriti delicti, si nondum reus postulatus est, remittimus.*

7. *Incestum quod per illicitam matrimonii*

conjunctionem admittitur, *excusari solet sexu*, *vel ætate*, *vel etiam puniendi correctione*, *quæ bona fide intervenerit*: *utique si error allegetur*, *et facilius*, *si nemo reum postulaverit.*

His cognitis videamus, quæ tractet Pap. in hoc §. 1. *et seq.* usque ad §. *Imperator Marcus.* Cum sororis filia incestum jure civili committitur, et ut ait Pap. in hoc §. 1. *stuprum.* Ergo duplex crimen, incestum et stuprum, vel ut M. Tul. loquitur in Miloniana, *incestum stuprum.* Et quærit Papin. in *hoc* §. 1. an masculo sufficiat pœna adulterii l. Juliæ? nomine adulterii, quod etiam est generale, significans stuprum incestum, ut sæpissime J. C. maxime cum tractant de pœna, dicunt promiscue, adulterium vel stuprum. Si igitur in sororis filiam commissum sit stuprum incestum, quærit Papin. an avunculo sufficiat pœna l. Juliæ, hoc sc. quærit, an mulier quoque similiter puniatur, i. e. an sufficiat marem puniri, si incestum committatur jure gentium: non sufficit marem puniri, utrumque puniri oportet. Videamus tamen, inquit, an sufficiat marem puniri, si incestum jure civili committatur, veluti cum sororis filia. Dubitationem facit, quod duplex est admissum, junctum sc. stupro incestum. Simplex forte non vindicaretur in fœmina. Duplex videtur esse vindicandum, non minus in fœmina, quam in mare. Et hoc significat Papin. in illis verbis, *occurrit, quod duplex admissum est.* Verbo *occurrit*, significatur ratio dubitandi. Item dubitationem facit, quod multum interest, errans committat stuprum incestum, an sciens: nam sciens peccat dupliciter, et quod contumelia afficit sanguinem suum, generisque dignitatem. Quid est incestum? Contumelia, quæ infertur sanguini, vel necessitudini per nefarium aut illicitum coitum.

Peccat etiam sciens in eo, quod contemnat leges, et jura civilia, quæ contemptio eleganter dicitur a Papin. *contumacia juris*: contumax dicitur a contemnendo: nam videtur J. C. παρετυμολογεῖν, in *l. contumacia*, §. 1. *de re judic.* dum ait, *contumax est, qui tribus edictis propositis, etc.* Vox contumax dicitur ab intentione et pertinacia, quod eo nomine videatur significari is, qui intentos habet et defixos oculos in rem aliquam, ut per translationem et contumax videatur dici pertinax quique, ut in jure augurali apud Varronem 6. de ling. lat. erat scriptum, *conspicionem Cortumionem,* id est conspectum intentissimum. Et hæc de sciente. Non potuit de questione proposita respondere sine distinctione inter scientem et errantem. Errans non offendit legem, sed sanguinem tantum inquinat. Igitur, ut revertamur ad quæstionem propositam, si mulier per errorem juris civilis incestum commiserit cum avunculo, excusatur, si existimarit non esse vetitas nuptias: aut certe datur ei venia majoris pœnæ, nec subit eandem pœnam quam mas, qui debet præstare scientiam juris civilis. Quod idem dici potest etiam de minori 25. annis, aliter quam incestum jure gentium committatur, vel adulterium, quod omne etiam contra jus gentium committitur: nam ab adulterio, vel ab incesto jure gentium, neque ætas, neque sexus excusat, *l. auxilium*, *de minor.* Certe, quod maxime notandum est, et si alias militem excuset ignorantia juris civilis, non excusat tamen eum a stupro commisso in sororis filiam, sive eam habuerit in matrimonio, quoniam illicitum est, sive in contubernio, *l. miles* §. 1. *h. tit.* ubi, quam habuit miles in contubernio, Græci appellant Latino vocabulo, *focariam l. mulierem de his quæ ut indign.* quam *lib.* 33. interpretati sumus. Igitur miles, etiamsi erraverit in jure civili, qui error alias solet ei remitti, hoc casu non remittitur, si sororis filiam, vel focariæ, vel uxoris habuerit loco. Et hoc est rectius, inquit id est, honestius. Et maxime notandum, quia vulgo dicitur, errorem juris civilis excusare militem, sane hac in re non excusare. His adjicit Papin. in hoc §. quod etiam est singulare, ut hic auctor noster vix solet unquam quicquam proferre, quod non sit singulare, et præclarum. Adjicit enim, nonnunquam in mare, vel minore, vel majore, humanius tractari incesti, quam adulterii crimen, quod scilicet excusationem mereatur majorem mas, qui incestum admisit, quam qui adulterium, *l. ult. de ritu nupt.* Primum, vel propter ætatem minoris, si per matrimonium jure civili incestum commiserit palam, ut dixi, errans in jure civili, qui tamen non excusaretur a pœna adulterii, vel etiam major 25. annis, si errans in facto (nam majorem error juris civilis non excusat) puta, nesciens eam, quam ducebat uxorem, esse sororis filiam, palam cum ea contraxerit nuptias, quasi jure licito, modo errore comperto protinus eam dimiserit, antequam reus postularetur, quia, qui ducitur pænitentia, id est, qui errore cognito protinus eam dimittit et adversatur, nec voluisse videtur cum ea matrimonium incestum contrahere: erranti in facto venia datur, et mox pœnitenti re cognita, vel majoris pœnæ venia, *l. 4. C. de incest. nupt.* quæ etiam exigit, ut hic error sit acrissimus, non fictus, non simulatus hic error facti. Et eleganter Arist. *in 3. Ethic.* τὸ ἀκούσιον ἐν μεταμελείᾳ εἶναι, *eum quem pœnitet facti*, *nec voluisse videri.* Et eleganter Papin. libro singulari, *de adult.* scripsit. ut ex eis fragmentis didicimus, quæ nuper prodierunt in lucem, *ei qui conjunctione sororis filiæ bona fide abstinuit, pœnam remitti palam est.* Et subjicit rationem: *quia qui errore cognito diremit coitum*,

creditur ejus voluntatis fuisse, ut si scisset, se in eo gradu necessitudinis esse positum, non fuisset tali matrimonio copulaturus. Notanda sunt illa verba, *si scisset se in illo gradu*, id est, si scisset se avunculum, quæ sane sunt de errore facti. Igitur, et quod hic similiter scribit Papinian. contra quam velit Accurs. est accipiendum de errore facti in majore 25. annis. Nec vero mirum est, si hunc errorem facti excuset pœnitentia secuta, antequam reus fieret incesti, si, inquam excuset ab incesto jure civili cum excuset etiam ab incesto jure gentium, ut ostenditur in §. *idem Imperator.* Si privignus novercam uxorem duxerit, inquit, et post bona fide cum ea divortium fecerit, quod scilicet non fecisset ante errorem facti, et ignorantiam necessitudinis, quæ sibi fuit cum illa, sed divortium cum ea fecerit, quod nunc primum cognoverit, ejus se mulieris avunculum esse, error facti eum relevabit a crimine incesti. Excusatio hujusmodi nulla est in adulterio: nam vix possis in adulterio primum constituere errorem facti, nec cetera, quæ posuimus. Incestum quidem est natura gravius adulterio, et ob id incestum non finitur quinquennio, sed vicennio, sicut cetera crimina graviora, cum tamen adulterii crimen finiatur quinquennio, *l. seq.* §. *præscriptione*: incestum igitur est certe natura gravius, quam adulterium, et tamen aliquando tractatur humanius, ut apparet ex præcedentibus. Itemque quod in crimine incesti servi non torqueantur adversus dominos, *l. de* (alias *in*) *incesto, et l. extraneo, de quæstion.* et torqueantur tamen in adulterio, vel in incesto adulterio, *l. si quis viduam, eod. tit. l.* 1. *C. eod. et l. seq.* §. *ult.* Ita vobis sunt enarranda ea omnia, quæ Papin. scripsit in hac. l. a §. *stuprum* usque ad §. *Imper. Marcus.*

Ad §. *Imperator Marcus.*

Imperator Marcus Antoninus, et Commodus filius rescripserunt, si maritus uxorem in adulterio deprehensam impetu tractus doloris, interfecerit, non utique l. Cornel. de sicariis pœnam excipiet. Nam et Divus Pius in hæc verba rescripsit Apollonio: Ei, qui uxorem suam in adulterio deprehensam occidisse se non negat, ultimum supplicium remitti potest, cum sit difficillimum justum dolorem temperare. Et quia plus fecerit, quam qui se vindicare non debuerit, puniendus sit. Sufficiet igitur, si humilis loci sit, in opus perpetuum eum tradi, si qui honestior, in insulam relegari.

Intelleximus ex §. 1. *l. si adulterium, ad l. Jul. de adul.* ab incesto prohibito jure naturali, et ab adulterio, quod etiam natura nefarium est crimen, neque marem excusari, neque fœminam ullo modo: ab incesto stupro, quod prohibetur jure tantum civili, fœminæ remitti errorem juris, vel remitti pœnam ob errorem juris civilis, non mari ob errorem juris civilis, nisi sit minor 25. annis: sed ob errorem facti etiam majori remittitur pœna, si per matrimonium ignarus cognationis et necessitudinis incestum commiserit, et errore comperto mox dissolverit conjunctionem, et correxerit factum. Nunc sequitur in §. *Imperator Marcus*, de viro, qui uxorem necavit deprehensam in adulterio, quod prohibetur l. Julia nominatim; ideoque facit contra l. Juliam, qui deprehensam necat. Sed ex constitutionibus Marci et Commodi, atque etiam Pii Imperatoris, non punitur tanquam homicida, aut parricida l. Cornelia de sicariis, quamvis alias, qui uxorem occidit, teneatur l. Cornelia de sicariis, *l.* 1. *infra ad l. Corn. de sic.* sed ex constitutionibus ut dixi ei, qui deprehensam necavit, remittitur pœna legis Corneliæ, id est, ultimum supplicium, quod mortem interpretamur, quia . ut est in his constitutionibus *difficillimum ei fuit justum dolorem temperare*, Juvenal. 10. Satyr.

> *Exigit iste dolor plus, quam lex ulla dolori*
> *Concessit, etc. . . . .*

Vix enim quicquam leges dolori concedunt, vix dant locum vindictæ. Ex hac causa concedunt aliquid constitutiones, dum de pœna remittunt aliquid, si vir deprehensam occiderit. Remittunt enim ultimum supplicium, aliam tamen pœnam vir sustinebit. Nam humilior, humiliore loco positus, puta plebejus, ut ait hoc loco, damnabitur in opus publicum perpetuum. Contra *l.* 1. §. *ult. sup. ad l. Cornel. de sicar.* ait, eum damnari in exilium perpetuum, non in opus, et exilium accipit proprie pro deportatione. Sed nullum est dissidium. Nam est par pœna deportationis, et damnationis in opus perpetuum, *leg.* 1. *C. de pœn.* Hi, qui in opus perpetuum, id est, publicum damnantur, similes sunt deportatis: nam uterque patitur mediam capitis diminutionem, uterque civitatem amittit, et peregrinus fit. Igitur nihil refert, damnetur in opus publicum aut exilium perpetuum. Honestior autem, veluti positus in dignitate aliqua, relegatur in insulam ad tempus, quæ pœna contingit sine capitis diminutione, relegatio non est capitis diminutio, *l. relegatorum*, §. *sive de interd. et relegat.* Et ita Paulus secundum hæc secundo Sentent. *Maritum*, inquit, *qui uxorem in adulterio deprehensam occidit, quia hoc impatientia justi doloris admisit, levius puniri placuit.* Puniri igitur, sed levius, excusari a majori pœna tantum, puta, *l. Corn. de sicar.* sive *l. Pomp. de parricid.* Et male in eam rem adfertur *l. Grac-*

chus, C. eod. tit. Nam non loquitur de adultera occisa, sed de adultero, in quem plus aliquanto licuit marito, quam in uxorem, quanquam non omnem adulterum potuerit occidere impune, sed infamem personam tantum, veluti ludionem, vel lenonem. Aliam personam si occiderit impetu doloris tractus, exemplo mulieris etiam punietur, sed levius. Et hoc tantum ait *l. Gracchus*. Notandum, quod est in rescripto D. Pii relato a Pap. hoc loco, maritum, qui uxorem deprehensam occiderit, puniri vel deportatione, vel relegatione, non ultimo supplicio, et puniri, non quod se vindicare non debuerit. nam hæc vindicatio fuit permissa, sed quod plus fecerit, quam scilicet vindictæ modus ratioque postulet. Ex quo loco licet nobis interpretari, quod vulgo dicitur ex *l.* 1. *C. unde vi*, unumquemque posse vim, injuriam, contumeliam propulsare, adhibita moderatione inculpatæ tutelæ, id est, cum tutela inculpata, nempe, ut ne quid plus faciat, quam vindictæ ratio desideret, ut si ulciscatur ex continenti in deprehensos, ut vindicet injuriam lecti et domus. Et ita licet omnino ad *l. ut vim, de justit. et jure*, sumere exemplum ex hoc loco, veluti, ut Pap. ait aliquo in loco in fragmentis, *injuriam lecti genialis et domus licet vindicare et ulcisci, cum modo tamen aliquo et pari*. Vindicatio hæc moderata permittitur jure gentium. Nec debemus restringere verbum *vindicandi*, quod usurpatur etiam illo tit. *quando liceat unicuique sine judice se vindicare*. Licet autem se vindicare adversus vim, quæ nobis infertur, vel his, qui nobis cari sunt, *l.* 1. §. *pen. ad l. Corn. de sicar.* Et ad ulciscendam injuriam et contumeliam, veluti, ut ait eleganter Pap. in fragm. *lecti et domus*, quod est appositissimum exemplum ad verbum *d. l. ut vim, de just. et jure*. Potuit igitur se vindicare et ulcisci in adulterio deprehensam uxorem, idque impune potuit jure gentium: sed quia plus fecit, quam debuit, ideo punitur, leviore tamen pœna, quam homicida. Quæres, cur liceat patri filiam deprehensam in adulterio occidere, non marito? Sunt multi loci in hoc tit. quibus ostenditur hoc licere patri ex l. Julia, si modo et adulterum simul occidat uno ictu, si fieri possit, unoque impetu. Et ratio differentiæ optima redditur in *l.* 22. §. *ult. h. t. quia plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit*, id est, efficit, ne occidat filiam, simul ac ne occidat adulterum: non potest enim parcere filiæ, quin parcat adultero. Non est igitur nimia hæc licentia, quæ datur patri, quoniam vix necabit filiam, ac proinde servabitur uterque, et permittitur legibus publicis. Ceterum mariti calor, et ut ait *d. l. impetus, facile decernentis fuit refrænandus*, id est, nullius consilium in ea re capientis, nihil in eo articulo apud se deliberantis. Primum non data ei potestate occidendi cujuslibet adulteri, sed infamis personæ tantum, et nullo modo data potestate occidendæ uxoris. Et similis est ratio Imperatoris Marci Philosophi apud Capitolinum, nolentis severius agi in rebelles; id est, in reos perduellionis, sive majestatis. Non placet, inquit, Imperatori vindicta sui doloris, quæ etsi justior fuerit, acrior videtur semper. Paulatim crevit potestas marito: primum ut dixi prohibitus fuit l. Julia occidere deprehensam: deinde constitutionibus occidenti deprehensam inflicta est minor pœna: post tertio loco in Pauli fragmentis refertur, Marcum Antoninum (is est Bassianus Caracalla) pepercisse omnino ei, qui adulteros impatientia doloris interfecisset, id est, utrumque marem et fœminam. Nam hoc exigitur, ut neutri parcat, vel ut parcat utrique: non inflixit minorem pœnam ei marito, qui occidisset adulterum et adulteram, sed ei pepercit. Et secundum eam auctoritatem Antonini accipiendum, quod est in *l.* 5. §. *si maritus, ad Syllan.* Ignosci marito, qui exequutus est adversus uxorem dolorem suum. Dicit, *ignosci* absolute, quod scilicet ignoscerent sæpe Imperatores maritis, et remitterent omnem pœnam. Sed nondum data est potestas marito occidendæ uxoris, concessa est venia et indulgentia ei aliquando, qui occidisset, non etiam data potestas occidendi, non porrectus est gladius, nisi tandem Novella Majoriani, ut refert Pap. in responsis suis, permissum est marito deprehensum occidere simul cum adultero uno ictu, et æquali ira adversus utrumque sumpta, sicut patri, *l. quod ait*, §. *ult. h. t.* Neque hodie ulla est differentia, si spectas illam Novel. inter patrem et maritum. Nam utrique jus est occidere adulteros, uno ictu modo id fiat, unoque impetu. Et ita Pap. scribit Majorianum revocasse jus vetustius: nam certe ante l. Juliam in severitate prioris seculi licuit marito impune deprehensam occidere sine judicio, ut ex M. Catone refertur apud Gell. Et hoc jure usi sunt posteriores, utimurque hodie. Unde Cassiod. 1. Variarum: *Pro more*, inquit, *pudicitiæ ferrum porrigere maritis, non est calcare legem, sed condere*. Pergamus ad reliqua.

Ad §. *penult.*

Liberto patroni famam lacessere non facile conceditur, sed si jure mariti velit adulterii accusare, permittendum est, quomodo si atrocem injuriam passus esset. Certe si patronum, qui sit eo numero, qui deprehensus ab alio interfici potest, in adulterio uxoris deprehenderit, deliberandum est, an impune possit occidere, quod du-

rum nobis esse videtur : nam cujus famæ, multo magis vitæ parcendum est.

Quod sequitur in §. *pen.* est de liberto, an possit patronum jure mariti adulterii accusare. Quid est *jure mariti* accusare ? privilegiario jure scilicet, ut præferatur omnibus accusare volentibus in judicio damnationis, ut dicitur, ut præferatur omnibus intra sexaginta dies præscriptos l. Julia, et ut uxorem accuset sine metu calumniæ, etiam ex suspicione sola. Quæritur ergo, *an libertus possit patronum jure mariti accusare ?* Dubitatur, quoniam hæc actio irrogat infamiam condemnato. Et ut proponit elegantissime Papinianus, *liberto patroni famam lacessere non temere conceditur:* non potest libertus adversus patronum agere actione famosa, veluti de dolo. Imo nec actione non famosa, si oneret famam aliquantulum, si suggillet aliquantulum, ut si actio ea, quæ non est famosa, habeat mentionem doli vel fraudis, vel vis, non licet ita experiri cum patrono, sed uti oportet aliis verbis : oportet verbis actionem temperare : non denegabitur quidem actio, sed dabitur detracta mentione causæ veluti famosæ. Nullum interdictum est famosum. Et tamen in patronum non datur interdictum unde vi, quia vis mentio fit, sed actio in factum ex eo interdicto, *l. neque unde vi, de vi et vi ar.* Nulla condictio est famosa, *l. ces. de obl. et act.* et tamen condictio furtiva non datur in patronum, quia fit mentio furti. Nulla exceptio est famosa, et tamen non dabitur in patronum exceptio doli, aut vis, metusve causa, *l. licet, de obseq. pat. potest.* An igitur nunquam licet lacessere famam patroni ? non utique facile, non temere. Idemque statui de parente potest. Ceterum ex magna causa etiam famam patroni impetere licet : Actio injuriarum est famosa, et licet tamen liberto agere injuriarum, si atrox fuerit injuria, qua eum excepit patronus, si gravissima pœna servilis, ut si flagris eum vulneraverit, non mediocriter, *l. sed si hac, §. pen. de in jus voc. et l. præt. §. præterea, de inj.* Licet etiam cum patrono experiri de vi armata, non de quotidiana in *l. 1. §. interd. hoc, de vi et vi arm.* Et similiter licet accusare patronum adulterii, quamvis sit famosum, turpissimumque judicium, non etiam occidere deprehensum, licet sit infamis persona, quæ potuerit ab alio impune occidi in ipso actu. Ex hac igitur causa parcit quidem vitæ patroni libertus, non etiam famæ. Et recta est collectio hæc, qua utitur etiam Pap. cujus famæ parcere debemus, multo magis et vitæ. Argumentum valet ad affirmandum, non valet ad negandum, cujus famæ parcere non debemus, nec vitæ parcere debemus. Collectio est vitiosa. Et hæc est sententia §. *pen.*

Ad §. Ultim.

Si quis in honore ministeriove publico sit, reus quidem postulatur, sed differtur ejus accusatio, et cautione judicio sistendi causa promittitur in finem honoris. Et hoc ita Tiberius Cæsar rescripsit.

Quæritur, an crimine adulterii accusari possit is, qui in honore ministeriove publico est, adulterii scilicet commissi tempore honoris ministeriive publici, quibus nominib. significatur magistratus, imperium, potestas, ut *l. 1. ad l. Jul. repet.* si scilicet ministerio publico præfectus fuerit, ut apud Vellejum Paterculum, dum scribit M. Catonem missum fuisse in Cyprum pecuniæ regiæ publicandæ et provinciæ constituendæ gratia sub honorificentissimo ministerii titulo. Et ministerium igitur publicum, honor est, sive magistratus, aut pro magistratu. Et de hac quæstione ita definit Pap. ex rescripto Tiberii Cæsaris, cujus nomine hic locus singularis admodum est, ut is, qui in magistratu vel in potestate aliqua est publica, possit quidem adulterii reus postulari, sed non accusari, non peragi reus: nam differenda est accusatio in finem honoris ministeriive publici, interim interposita cautione judicio sistendi causa ad annum, vel ad diem ; qua finietur honor, promisso vadimonio in finem honoris, in diem finiti honoris. *Si quis*, inquit, *in honore*. Ergo aliud est reum postulari, aliud accusari. Reus postulatur inscriptione libelli. Et ideo in Basil. loco horum verborum : *reus postulatur*, legitur γραφὴν ὑφίσταται. Et ut Asconius Pedianus scribit in secunda contra Verrem, reo apud prætorem interrogato reus fit, id est, defertur, si apud prætorem interrogetur legibus, quod fit lite contestata, et accusatore dicente, *ajo te L. Titium occidisse dolo malo*, vel, *ajo te, cum illa stupri consuetudinem habuisse*, quo negante, inquit, petebatur dies inquirendi criminis a magistratu, et instituebatur accusatio : prius postulabatur reus, quam institueretur accusatio : hic fuit ordo judiciorum publicorum vetus, qui accusat reum, etiam post damnationem postulationem habet, si et ipse alio crimine damnatus sit, reum peragere potest, *l. 5. de public. jud. l. deferre, § 1. de jure fisci :* non etiam, qui reum postulavit tantum, puta, qui subscripsit tantum in crimen, *l. 1. C. qui accus. non poss.* Item abolitione generali, et indulgentia criminum concessa a Principe, non convenitur is, qui reus postulatus, nec dum accusatus est. Et qui eum postulavit, nec profert accusationem, incidit in Senatusconsultum Turpillianum, *l. 2. C. de gener. abol. l. Lucius, inf. ad Turpill.* qui autem accusavit

reum, non incidit in Turpillianum, si non persequatur reum, sive accusationem, *l. si interveniente eod tit.* quia generalis abolitio pertinet ad accusatos, nec post abolitionem jus est persequendæ accusationis, vel instituendæ ab alio, in *l. hos accusare §. hoc beneficio de accusat.* Et ita apparet aliud esse reum postulare, aliud accusare: sicut in causis civilibus, aliud est interrogationem in jure facere, id est, interrogare reum in jure, cum quo acturi sumus, aliud agere. Et postulatio rei, ut diximus, interrogatio rei est quæ fit in jure. id est, apud prætorem, qui legibus publicorum judiciorum nititur. Proinde is, qui in magistratu vel potestate aliqua est publica, neque in jus vocare, neque invitus in jus vocari potest ante annum, id est, antequam magistratu abierit: nam plerumque erant annui magistratus saluberrimo reipub. instituto, non potest agere vel conveniri civiliter, non accusare vel accusari: quod ita constitutum est, non tantum propter honorem, sed etiam propter periculum impressionis, et potentatus, propter periculum judicii corrumpendi, *l. 2. de in jus voc. l. pars, de judic. l. sed etsi per prætorem, §. hæc clausula, ex quibus causis major. l. si reus, jud. solv. l. qui accusare. et l. hos accusare, de accusat. l. nec magistratibus, de injur.* Jure nec magistratui novum opus nuntiari potest, *l. 5. §. si quis ipsi prætori, de novi oper. nunt.* ut Varro apud Nonium Marcellum eleganter: *Prætor noster mihi eripuit pecuniam, de eo quæstum veniam ad annum.* De ea quæstum veniam, id est, ad annum, ad novum magistratum, neque enim intra annum licebat cum magistratu experiri. Et licet ita jus sit merito constitutum, tamen hoc remedio uti solemus, ut publice testemur, nos non posse cum eo agere, qui magistratu fungatur, nos non posse ei nuntiare novum opus, ut in *d. §. si quis* proponitur remedium hujusmodi, quæ protestatio pro petitione cedit, et perpetuat actionem, perinde ac si lis contestata esset, ut *l. 2. de naut. fœn.* vel etiam ex causa criminali cum interim reum postulamus, tantisper dilata accusatione, donec magistratu abeat, ut proponitur in hoc *§. ult.* accusari eum non posse adulterii, reum postulari tantum posse interim. Et e contrario quoque ipse alium non potest accusare adulterii, ne jure mariti quidem, *l. si maritus 2. h. t.* Reum postulare potest, et queri de violato matrimonio, et litem contestari. Denique potest procedere tantum usque ad litis contestationem interim, ut *l. hi tamen. de accus. l. Senatusc. de offic. præs.* Illud hodie singulare est in crimine repetundarum, eoque adegit imperatores judicum rapacitas et avaritia; turpitudo in crimine repetundarum, puta, si dicatur magistratus pecuniam accepisse ob judicandum ob condemnandum vel absolvendum, si dicatur pecunia corruptus dixisse sententiam, ut etiam magistratu nondum finito possit eo crimine accusari, *l. 4. ad l. Jul. rep. C. et Nov. 8. et 86.* Hoc tantum est receptum in crimine illo repetundarum, in crimine illo turpitudinis: nam turpitudo proprie significat αἰσχροκέρδειαν, sordes, avaritiam, ut in *l. Cassius, de Senat.* dum dicitur quidam Senatu motus ob turpitudinem, *pour avoir prins de l' argent.* Tull. 1. ad Attic. *si quæris causam absolutionis, egestas judicum fuit, et turpitudo.* Quamobrem prudentissime Scipio dicebat, non esse creandos magistratus vel eos, qui nihil haberent, vel eos, quibus nunquam satis esset quicquam, id est, neque egenos, neque illiberales. Odio igitur maximo fuit crimen repetundarum, cum cetera non liceat intendere durante magistratu, et hoc liceat. Nec adulterii crimen quidem, quod est contra jus gentium, licet intendere durante magistratu, instituta scilicet accusatione, sed tantum inscripto nomine rei, et interrogato, dum abeat honore ministeriove publico.

Ad L. ult. ad L. Jul. pecul.

Publica judicia peculatus, et de residuis, et repetundarum similiter adversus hæredem exercentur, nec immerito, cum in his quæstio principalis ablatæ pecuniæ moveatur.

Constituemus etiam aliam differentiam inter crimen adulterii, et crimen repetundarum. Crimen adulterii solvitur morte rei, sicut omnia crimina, quibus persequimur nostrum dolorem tantum et vindictam, sive publicam, sive privatam tantum, non pecuniam: non rem familiarem. Hæc crimina non transeunt in hæredes nostros *l. in S. C. §. si propter, ad Turpill. l. ult. ad l. Jul. majest.* excepto semper scilicet illo crimine perduellionis, quod impietatis crimen dicitur. Alia igitur est conditio eorum criminum, quæ pecuniæ persecutionem habent; veluti repetundarum, si magistratus sordes arguantur, et turpitudo: vel peculatus, si dicatur pecuniam publicam cepisse, nec retulisse in publicum, si pecuniam publicam intercepisse, avertisse, abstulisse; vel crimen residuorum, puta si quæstor ex administratione pecuniæ publicæ dicatur aliquid retinuisse, nec parem rationem fecisse. Publica horum criminum actio durat etiam adversus hæredes mortuo reo, et exercetur similiter adversus hæredes, ut ait Papin. in hac *l. ult.* id est, similiter atque in ipsum reum exerceretur, si viveret. Quid hoc est? Hæc publica judicia repetundarum, residuorum, peculatus, similiter in hæredem exerceri, atque in defunctum? Nempe etiam pœnæ persecutionem in hæredem competere in *l. ex judic. de ac.* cum principalis quæstio, ut ait, quod notandum, sit de ablata pecunia. Principalem quæstio-

nem sequitur pœna, alioquin inane esset judicium. *Quid enim salvis infamia nummis?* inquit Juvenal. nihil est reum repetundarum damnari exilio, nisi cogatur etiam pecuniam ablatam restituere, ac porro pœnam inferre, id est, pati bonorum publicationem in partem saltem, *d. l. judic.* Principalis quæstio transit in hæredem proculdubio, quod sit æquum hæredem restituere pecuniam, quam defunctus eripuit injuria, vel intervertit. Si principalis quæstio transit in hæredem, ergo et pœna: nec liberabitur hæres, si simpliciter inferat sive restituat, simplo subducto, super exigetur pœna ab hærede defuncti. Morte autem adulteri, vel adulteræ extinguitur pœna, quia principalis quæstio extinguitur, quæ fuit de injuria lecti. Superest tantum quæstio civilis de dote etiam mortua adultera ante accusationem, ut in *l. ult. C. ad l. Jul. de adult.* Quæ tamen quæstio, quod maxime notandum, jam non disceptabitur apud judicem publicarum quæstionum, sed apud eum, qui de pecuniariis causis cognoscit civiliter. Ita accipienda est *l. def. de pub. jud.* Nam ob adulterium olim pars dotis cedebat lucro mariti: hodie cedit dos tota ex. *Nov. Leonis* 32. Morte autem rei repetundarum, vel residuorum, vel peculatus, pœna non extinguitur, ut dixi, quia principalis quæstio manet, et durat in hæredem: ergo et sequela, quod fuit olim jus vetus, sed aliquandiu fuit intermissum, ut Plin. scribit in epist. *de crim. rep.* illato post mortem rei. Et licet sumere exemplum ex Val. Max. *lib.* 9. *c.* 12. de Cajo Licinio reo repetundarum, qui sudario, quod forte manu tenebat, incluso spiritu, pœnam morte præcurrit, dicens, se non damnatum perire, nec bona sua publicari posse, quod scilicet tum esset intermissum jus vetus, ut crimen repetundarum transiret in hæredem, quia pœna extingueretur morte; sed, ut idem Plinius ait, post longam intercapedinem est reductum, ut pœna repetundarum sequatur hæredem rei, ut principalis quæstio.

Ad L. VII. de Vacat. et excus. mun.

A muneribus, quæ non patrimoniis inducuntur, veterani post optimi nostri Severi Augusti litteras, perpetuo excusantur.

Ex rescripto Severi, quem solet optimum imperatorem appellare, ostendit, inter cetera privilegia, quæ dantur veteranis, id est, dimissis militia et sacramento solutis honesta missione, non etiam ignominiosa, propter honorem et merita militiæ, hoc etiam dari, ut veterani excusentur a muneribus personalibus patriæ suæ, a muner. corporalibus, non etiam a patrimonialibus, id est, ab his quæ patrimoniis et possess. indicuntur, *l. veterani, C. quando prov. non est nec.* Et hoc ait *d. l. 7.* Ergo Pap. in hoc *lib.* 36. tractavit de pœnis, de causis criminalibus. Puto eum incidisse in hunc sermonem, ut exponeret etiam veteranos perpetuo excusari a muneribus personalibus, cum ostenderet etiam in pœnis veteranos separari a plebeis, id est, mitius puniri, quam plebejos, non damnari in opus publicum, vel in metallum, non exuri vivos, non fustib. cedi, sed plerunque relegari in insulam. Quod et datum est filiis veteranorum, *l.* 3. *de priv. vet.* et in *l. bon. C. de pœn.* Et similiter puto in hoc lib. Pap. tractantem de pœnis, scripsisse, quod habuimus in *l.* 13. *de adopt.* ut intelligeremus, filios senatorum adoptivos, post emancipationem non habere privilegium in pœnis, quod constat habere Senatores et Decuriones, et veteranos, et filios eorum. Et eodem respicientem, puto etiam hoc lib. Pap scripsisse, quod est in *l. doli clau. de verbor. obl.* cum scil. scripsisset, sanctionem legum, quæ solet præscribi in ultima parte legum, id est, generalem pœnæ irrogationem, si quis præceptis legum non obtemperaverit, non pertinere ad eas species, quibus in ipsa lege pœna specialiter indicta est, ut in *l. sanctio de pœn.* quia species derogat generi. Id scilicet Pap. confirmasse exemplo clausulæ doli, quæ in stipulationibus etiam subjicitur novissimo loco in *d. l. doli.* Nec pertinet ad speciales cautiones stipulatione comprehensas, quod et hic species deroget generi. Atque ita explicatus est liber 36.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XXXVII. QÆST. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XIX. de dolo.

Si fidejussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus, et Julianus responderunt, quoniam debitore liberato, per consequentias ipse quoque dimittitur.

Ex *lib.* 37. *et ult. quæst. Pap.* initium dabit quæstio difficillima, quæ tractabitur conjuncta *l.* 19. *de dolo*, cum *l.* 54. *ad leg. Aquil.* Quæstio pertinet ad hanc speciem. Certus homo, vel certum animal debetur ex stipulatu, et occiditur: quæritur, *an promissor liberetur, et an promissori in occisorem sit actio legis Aquillæ, et an stipulatori in occisorem sit actio de dolo?* Nec enim stipulatori potest esse ullo casu actio l. Aquil. cum non sit dominus hominis occisi, et actio l. Aquil. competat soli domino. Sunt quinque actiones, quæ

competunt solis dominis, actio l. Aquiliæ, condictio furtiva, arborum furtim cæsarum, finium regundorum, et actio aquæ pluviæ arcendæ. In his autem quæstionibus ita distinguendum est: aut promissor hominem promissum occidit, aut fidejussor ejus, aut extraneus, aut stipulator: et vel occidit ante moram promissoris, vel post moram. Si promissor occidit post moram, postquam moratus est in præstanda stipulatione, vel fidejussor ejus, vel extraneus, vel stipulator, certum est hominem periisse promissori, et eum stipulatori teneri ex stipulatu, quia homo interiit post moram rei: fidejus sorem autem qui occidit, vel extraneum promissori tanquam domino teneri legis Aquil. Tenebitur, inquam, fidejussor vel extraneus, qui occidit etiam post moram rei promissori actione l. Aquiliæ, de homine occiso; in quo judicio tanti homo æstimatur, quanti plurimi fuerit in anno proximo, qui retro computabitur ex eo die, quo occisus homo est. Annus l. Aquiliæ, ad quem refertur æstimatio, retrorsum computatur non prorsum: nam ut ait Accurs. *l.* 55. *ad l. Aquil. in fin.* in verbo *fuisse*, habet lex Aquil. oculos retro: sic et *inf. de servo corr. l. doli* §. *ult.* Aquilius oculos habuit in occipitio, id est, præteritam æstimationem hominis occisi spectavit, non præsentem. Item si promissor ipse hominem promissum occiderit ante moram, tenetur ex stipulatu, quia per eum factum est, quo minus eum dare possit. Itaque periculum, quod suum non fuit ante moram, suum fecit occidendo ipsum, *l. si ex legati causa, l. si servum de verbor. obligat.* Aliud in fidejussore juris est, qui cum hominem occidit, ante moram rei, quia fidejussor stipulatori tenetur de dolo hac actione *l.* 19. *de dolo.* Non ergo tenetur ex stipulatu, quia homine occiso ante moram rei, sine facto aut culpa rei, reo liberatio contigit. Ideoque nec in fidejussorem ei competit actio l. Aquiliæ, cum eum liberavit, sicut nec in extraneum, qui occiderit, qui et ipse tantum tenetur stipulatori actione de dolo, *l. prox. sup.* §. *ult. h. t.* qui ita est conjungendus cum hac *l.* 19. Cum igitur fidejussor occidit hominem promissum, reo contingit liberatio, sicut si extraneus occidisset. Reo autem liberato, per consequentias, ut ait *l.* 19. per sequelas necessarias, et fidejussor ipse liberatur. *Per consequentias*, solent dicere auctores nostri, et alii omnes, *l. sin autem*, §. *sed et is, de rei vind. l.* 7. §. *dubitatum, de interd. et rel. l.* 1. *de auct. tut. l.* 1. §. *idem ait, de injur. l.* 14. *de legib.* Et in hac l. 19. per consequentias, non *per consequentiam*, Quam Græci, ut ex Chrysippo refert Gellius, dixerunt κατὰ παρακολούθησιν. Igitur cum liberato reo (liberatur autem si fidejussor hominem promissum occiderit) etiam fidejussor liberetur, id est, cum sublata principali obligatione, et per consequentias tollatur fidejussoria: ergo non tenetur fidejussor ex stipulatu, quamvis ipse hominem occiderit, et si quod ait hac l. 19. Sed pugnat *l. Stichum*, §. 1. *de solut.* quæ ait, in hac specie fidejussorem teneri ex stipulatu, non de dolo. Sane non tenetur directa actione ex stipulatu, cum liberatus sit per consequentias, sed tenetur utili, ut ait *l. mora, in fin. de usur.* Utili, id est, restitutoria, quæ utique restituetur arbitrio judicis in actione de dolo, ut exposui in *d. l. Stichum*, §. 1. *lib.* 28. *quæst. et l. cum quis* §. *pen. de solut.* Vel etiam sublato illo circuitu, boni prætoris erit, statim restituere actionem ex stipulatu in fidejussorem, *l. pen. de restit. in integr.*

Ad L. LIV. ad L. Aquiliam.

Legis Aquiliæ debitori competit actio, cum reus stipulandi ante moram, promissum animal vulneravit. Idem est, et si occiderit animal. Quod si post moram promissoris, qui stipulatus fuerat, occidit, debitor quidem liberatur. Lege autem Aquilia hoc casu non recte experitur: nam creditor ipse sibi potius, quam alii injuriam fecisse videtur.

Nunc de stipulatore tractemus, qui hominem sibi promissum occidit. Et Papinian. hoc ipso libro in *l.* 54. *ad l. Aquil.* ad quam transeamus modo, ita distinguit: aut stipulator eum occidit ante moram, aut post moram promissoris: si post moram promissoris, promissor quidem liberatur, sed non habet actionem l. Aquil. in stipulatorem, qui servum necavit, quia ut eleganter ait Papin. *stipulator ipse sibi potius, quam promissori injuriam fecisse*, id est damnum dedisse, *videtur*, quandoquidem periculum, quod erat debitoris post moram, in se transtulit occidendo servum promissum. Et hoc quidem est manifestum, si stipulator eum occiderit post moram rei: impune igitur occiderit, et debitori tantum competit liberatio, non actio leg. Aquiliæ. Quid si ante moram stipulator occiderit? Et ut idem Papin. ostendit in *d. l.* 54. *in priori parte*, cujus ratio obscurior est, quamvis homine occiso ante moram ab ipso stipulatore, ab ipso creditore debitor liberatus sit, quod ante moram periculum ejus non fuerit, tamen, quia ei debitori stipulator injuriam fecit potius, quam sibi in hoc casu, ideo tenebitur debitori actione legis Aquiliæ. Et hæc est sententia l. 54. cujus ratio plerisque nulla esse videtur in hac priori parte, in hoc casu, cum occidit stipulator ante moram rei, quia lex Aquilia exigit injuriam cum damno, et damnum cum injuria, non damnum tantum, non injuriam tantum, *l. si quis fumo*, §.

1. *hoc tit.* Nihil autem damni videtur fecisse debitor, cum sit liberatus. In posteriori parte ejus l. puta, cum stipulator servum occidit post moram, liberato debitori non datur actio legis Aquiliæ: non datur etiam liberato stipulatore debitori actio legis Aquiliæ in specie *l.* 18. §. *ult. de dolo.*

Cur in priori parte tamen hujus leg. 54. liberato detori datur actio l. Aquiliæ in stipulatorem, qui hominem promissum necavit? Respondeo, posse debitoris interesse e causa damni, puta quod careat commodo medii temporis, vel acquisitionibus, quas interim fecisset servus: cujus commodi ratio habebitur in actione legis Aquil. ut Græci nominatim notant in hac *l.* 54. *ἐπὶ προσπορισμοῖς τοῦ μέσου χρόνου.* In acquisitione et commodo medii temporis debitori dabitur in stipulatorem actio legis Aquil. Quæ ratio manifestissima est, causave ea damni: sed licet etiam aliam causam damni fingere ex specie *l. seq.* 55. quæ efficiat, ut etiam liberato debitori detur actio legis Aquiliæ in stipulatorem. Et licet in specie *l. seq.* ut ait ipsa lex, nihil differat stipulator ab extraneo, tamen in specie hujus l. 54. sane differt stipulator ab extraneo, quod l. sequens demonstrat dum ait in suo casu nihil differre creditorem ab extraneo, tacite significans in casu, qui præcedit, differre stipulatorem ab extraneo, quod comprobat *d. l.* 18. §. *ult.* Et differentia hæc est, quia si stipulator ante moram hominem promissum occidit, debitori tenetur actione legis Aquiliæ, debitori competit actio legis Aquiliæ, quia solius debitoris interest, vel ratione commodi medii temporis, vel ratione commodi ejus, de quo tractatur in specie *l. seq.* Sed si extraneus ante moram rei hominem promissum occiderit, licet utriusque videatur interesse, debitoris et creditoris, tamen utrique non datur in occisorem extraneum, sed in eum tantum, cujus principaliter interest: et hujus principaliter interest, cujus maxime interest, *l.* 3. §. *sed utrum de minor. l. servo legato*, §. *si testator*, *de leg.* 1. *l.* 19. *C. de liber. caus.* Et stipulatoris magis interest, quam promissoris, cum promissor sit liberatus omnino. Et ideo debitori, cujus principaliter non interest, non occisum fuisse servum, non datur actio legis Aquiliæ, quæ daretur, si qua esset danda de occiso servo: sed stipulatori deficiente actione legis Aquiliæ, cum non sit dominus servi occisi, datur in occisorem extraneum actio de dolo, *d. l.* 18. §. *ult.* sicut in fidejussorem, si fidejussor occidisset ante moram *d. l.* 19. Denique stipulatore occidente solius debitoris interest, extraneo vel fidejussore occidente, stipulatoris potius interest, quam promissoris, quæ consideratio valde notanda est, et jam erit absoluta, si exponatur species *l. seq.* quæ talis est. Quidam promisit disjunctim *Stichum*, *aut Pamphilum*, Pamphilus est 20. Stichus 10. electio est debitoris, quem velit dare: stipulator ante moram occidit Stichum, tenetur debitori actione *l. Aquil.* in id quod interest, nec aliud est in extraneo, qui occidit Stichum: nam etsi extraneus occiderit, similiter tenetur debitori actione legis Aquilæ in id quod interest: quia hoc casu debitoris principaliter interest, qui occiso Sticho, necesse habet dare stipulatori eum, qui superest, puta Pamphilum, qui longe pretiosior est. Ergo vel stipulator vel extraneus, si occiderit Stichum, tenetur lege Aquilia debitori in integram æstimationem Pamphili, quem occiso Sticho necesse habet dare debitor, non deducto pretio Stichi. Dices: imo occiso Sticho adhuc est in potestate debitoris offerre pretium occisi et liberari, quia sine culpa ejus interiit, *l. cum res*, §. *sed si Stichus*, *de leg.* 1. Dicam hoc fortasse judicem admissurum. Et ita loquitur *d.* §. *sed si Stichus*, vel fortassis, inquit, mortui pretium. Ceterum, dicam Pamphilum solum absolute peti posse, et omnimodo præstari debere, si forte debitor non obtulit pretium occisi, vel judex non audierit offerentem. Quo casu tantum videtur debitoris interesse, quanti is est Pamphilus, quem præstare cogitur, et tanti fiet æstimatio et condemnatio, tanti lis æstimabitur, tametsi debitor interim omnino liberetur etiam a præstatione Pamphili, puta Pamphilo postea mortuo suo fato ante moram; quia scilicet verum est in eo anno, qui retro computatur ex lege Aquilia, Stichum tanti fuisse, propterea, quod Sticho dato, debitor servasset sibi Pamphilum, qui longe pretiosior est. Idemque dicendum est, ut similiter docet Paulus in *l. seq.* non tantum, si Stichus occidatur a stipulatore, deinde moriatur Pamphilus sine mora sua morte, sed etiam e contrario, si prior moriatur Pamphilus sine mora intra annum legis Aquiliæ, deinde occidatur Stichus a stipulatore, quia scilicet verum est, eo anno Stichum pluris fuisse, propterea quod datio Stichi liberasset a pretiosiore servo, id est Pampilo. Et in hoc judicio præterita æstimatio hominis occisi versatur, nec minuitur ex post facto. Et hæc etiam species potuit commodissime poni ex *d. l.* 55. ad priorem partem *l.* 54. quia post mortem Pamphili suo fato defuncti, Stichus solus, cum occideretur, erat in obligatione. Et licet tunc debitoris nihil interfuerit, quia tamen interfuit retro, intra annum, cum adhuc erat in rebus humanis Pamphilus, hoc satis est, ut ei debitori etiam liberato, quia occidit Stichum, detur actio legis Aquiliæ in stipulatorem, nec abs re hæc lex subjecta est legi 54. Ex qua ita sumes causam damni præteriti retroacto anno, quæ efficiat, ut et liberato debitori competat in stipulatorem l.

Aquiliæ actio. Quid autem si dicendum, si Stichus sit occisus facto promissoris vel extranei, cum erat promissus Stichus aut Pamphilus, id ego tractavi *lib. 18. ad l. Stichum, §. 1. de solut.*

Ad L. XLI. Sol. Matr.

Si pater ignorans filium devertisse, dotem ex causa promissionis numeravit, non per indebiti condictionem, sed de dote actione pecunia petetur.

Hujus l. ratio, aut vis et potestas vera an adhuc sit explicata liquido, dubito. Loquitur primum lex de filiafamilias non de emancipata: nam dicit, patri soluto matrimonio dari actionem de dote, quæ si filia esset mancipata, daretur soli filiæ non patri, *l. si cum dotem*, §. *eo autem tempore*, *h. t.* Pater igitur pro filia, quam habuit in potestate, dotem genero promisit, eamque numeravit genero: post divortium, cum ignoraret intervenisse divortium inter filiam et generum, Papinianus ait, cum non repetiturum dotem profectitiam condictione indebiti, sed actione de dote. Cur non condictione indebiti? quia scilicet solvit debitam ex stipulatione, cuique inerat tacita conditio nuptiarum, si nuptiæ sequantur, *l. 4. §. de pact. l. stipulatio, de jure dot.* Et semel fuit impleta contractis nuptiis. Et semel exstitisse conditionem satis est, etiamsi non duraverit, veluti, si nuptiæ solutæ sint divortio: videbatur tamen locus esse condictioni indebiti, sed Papinianus non negavit esse condictionem indebiti, quin videretur esse. Cur igitur videatur esse condictio indebiti? quia finita jam causa promittendæ dotis, id est, solutis nuptiis, pater dotem solvit, et solvit tutus exceptione doli, quæ solet parere condictionem indebiti, *l. qui se debere, de cond. causa data*, *l. pen. de cond. ob turp. caus.* quandoquidem, si post divortium ageret gener ex stipulatu, non soluta dote, repelleretur exceptione doli mali, quia in causa res est, ut jam non dos ei dari, sed ab eo restitui debeat, si quam acceperit. Videtur ergo soluta eo tempore, quo indebita erat dos. Cur ergo non repetitur condictione indebiti? Papinianus scribit, patrem habiturum actionem de dote, scilicet solam, patrem repetiturum dotem, quam solvit post divortium, divortii ignarus, actione de dote: rectissime et sapientissime. Alioquin et dote soluta ante divortium, dici posset, iisdem rationibus dotem posse repeti condictione indebiti, quod causa dotis finita sit. Verum sic se res omnis habet. Quod ita solvi, ut nulla obligatione me liberaverim, qui scilicet nec obligatus eram: condictione indebiti repetam, quo soluto me obligatione liberavi, vel mihi prospexi in causam obligationis finita causa obligationis. Id repeto quidem ut indebitum, quod post finitam causam non debeatur, sed id non repeto condictione indebiti, verum id repeto actione ex ipso principali contractu, ut in *l. sed ades*, §. *si quis*, *loc.* Finge: ego domum conduxi in annum, et totius anni pensionem prorogavi, id est, dedi in antecessum, ut loquitur Seneca, *je l'ay avancée, et donnée devant la main*, post sex menses domus corruit, nec possum frui conducta habitatione, repetam pensionem residuorum sex mensium, quam dederam in antecessum: qua actione? nam repetam sane, an ut indebitum condictione indebiti quod residui temporis, quo mihi non licet frui ædibus, pensio non debeatur? minime: verum actione ex conducto, ex principali contractu. Et ita etiam de actione ex conducto, non de condictione indebiti, est accipienda *l. si quis domum.* §. *Imperator*, *eod. tit.* Quem Accursius male videtur hoc loco accipere de condictione indebiti, cum ut in specie hujus l. ita et in specie illius, negandum sit, prorogatam mercedem repeti condictione indebiti, sed actione ex conducto. Igitur et in specie hujus legis, ignorantia divortii non parit condictionem indebiti: error prioris causæ negotii constituendæ dotis possit parere condictionem indebiti forte, ut si putavit pater se promisisset, qui non promisit, qui error non fuit in hac specie. Patrem enim promisisse verum erat, sed etsi non promisisset, quod notandum, et falsa opinione ductus, cum putaret se promisisse, dotem solvisset pro filia, quia solvit pietatis gratia, non haberet condictionem indebiti, *l. cum is*, §. *pen. de condic. indeb.* Pietas paterni nominis exigit dotem filiæ constitui. Igitur merito scripsit Papinianus hic patri non esse condictionem indebiti, licet ignarus divortii dotem solvit, sed esse de dote actionem, quia dotem initio filiæ nomine constituit, quam nec constituam semel ei auferre aut minuere potest, *Novell. 77.* Et dos est, quamvis numerata sit post divortium, quæ fuit promissa ante divortium. Ideoque licet jam non debeatur genero, debetur tamen filiæ, et ut dos petitur adjuncta persona filiæ, non ut indebitum, quæ est mens hujus legis. Recte autem hoc loco Græci ponunt generum auctorem fuisse divortii: nam ignorante patre filiafamil. non potuisset divertere, *Nov. 22. de nuptiis.*

Ad L. Si tacitum XIII. ad L. Falcidiam.

Si tacitum fideicommissum servus injungente domino susceperit, habiturum eum legis Falcidiæ beneficium, quia parere domino debuit, constitutum est. Idem placuit in filio, qui fuit in patris potestate.

Sunt quædam personæ incapaces legibus, id est, quibuscum non est testamenti factio, quæ legata aut fideicommissa aut hæreditates capere non possunt: his legibus quæ appellantur caducariæ, il-

ludunt, et fraudem faciunt sæpe testatores per tacita et secreta fideicommissa; cui fraudi, qui participiant hæredes, puniuntur iisdem legibus, nam fideicommissa tacita, quæ hæredes susceperunt, quibusque se secreto onerant, fisco vindicantur in solidum, ut etiamsi interveniat lex Falcidia, non possit hæres ex eis tacitis fideicommissis retinere Falcidiam, quæ est ex Senatusc. Planciano, *l. pen. de jure fis. l. beneficio*, *hoc tit. l.* 2. *C. eod.* Ergo integra fideicommissa tacita fiscus eripit, nec ex eis retinendæ Falc. jus est, licet as exhaustus sit legatis vel fideicommissis. Verum excusantur hæredes quidam, nec amittunt Falc. tacitorum fideicommissorum: excusantur, puta necessitate potestatis patriæ, vel dominicæ, puta injungente et imperante patre, vel domino, qui hæredis scripti tacitum fideicommissum in se receperunt, eique dandi personæ incapaci, domestica cautione se obligarunt: ergo hi necessitatem habuerunt parendi, ei, in cujus erant potestate, quæ est sententia hujus *l.* 13. *et in l. fraudem* §. *ult. de his*, *quæ ut ind.* Et congruit hoc regulæ juris: nam delinquit quidem filius aut servus, qui tacitam fidem interponit præstandi fideicommissi personæ incapaci, quia est particeps fraudis, quæ fit legibus, sed delictum non est atrox, non est grave, et ad ea delicta, quæ non sunt atrocia, ignoscitur servo vel filiofam. Hæc est regula juris, si patri vel domino obtempraverint. Quod obtinet non tantum in hac specie, sed et in aliis plerisque, *l.* 11. §. *si tutor*, *quod vi aut clam*, *l. si mulier*, §. 2. *rerum amot. l.* 1. *de his*, *qui not. infam. l. Divus*, *et l. filius*, *in prin. ad l. Corn. de fals. et l.* 2. §. 1. *de nox. act. liber.* 2. *in princ. ad l. Aquil.* Alia sunt delicta leviora, alia atrociora. In levioribus necessitas imperii et potestatis excusat delinquentem, *l.* 2. §. *de nox. act.* ibi, *quasi ignoverit*, quia forte periisset, si non paruisset patri vel domino, qui jus imperandi habet. In atrocioribus delictis, veluti in homicidio, in furto, in proditione patriæ perpeti, mori denique satius fuit, quam hujusmodi imperio obtemperare, quia in atrocioribus delictis habetur quilibet pro libero, nec parere cogitur, si compellatur ad facinus, flagitium, obscœnitatem aliquam, *l. servus non in omnibus*, *de obl. et act.* Et non est igitur legitima illa excusatio apud Corn. Tacit. *l.* 3. *adolescentem*, inquit, *crimine civilis belli*, *purgavit patris quippe jussa eum non potuisse detrectare.* Hic prætextus, ut dixi nihil valet in crimine civilis belli, quod ex atrocioribus est, in quibus quilibet debet se gerere pro homine sui juris, suæque potestatis. Et hæc pertinebant ad hanc *l.* 13. Jam pene terram videmus: ex hoc *lib.* 37. *et ult.* restant tantum tres leges, ex quibus est *l.* 19. *de duobus reis*, quam si meministis, *lib.* 27. jam exposuimus *ad l.* 9. *ejusd. t.*

Ad L. CXX. de Verb. oblig.

Si ita stipulatus fuero, hanc summam centum aureorum dari spondes? et si maxime ita exaudiatur ille sermo, si modo centum aureorum est, non faciet conditionem hæc adjectio, quoniam si centum non sint, stipulatio nulla est, nec placuit instar habere conditionis sermonem, qui non ad futurum sed præsens tempus refertur, et si contrahentes rei veritatem ignorant.

Restant igitur ex libris quæst. Papiniani duæ leges tantum, *l.* 120. *de verb. oblig. et l.* 50. *de fidejus.* et ad *l.* 120. notandum est, aliud esse stipulari summam centum aureorum, aliud stipulari hanc summam centum aureorum. Qui stipulatur summam centum aureorum, genus stipulatur, seu quantitatem in genere. Qui hanc summam centum aureorum, speciem stipulatur: his enim verbis demonstrat certam summam, quæ est in conspectu, ut qui in rem agit ex formula, *hanc ego rem meam esse ajo*, in rem præsentem agit; ideoque solet de re exhibenda agi priusquam agatur in rem. Igitur his verbis stipulationis, *hanc summam centum aureorum*, aut hæc verba stipulationis, *hanc summam si est centum aureorum*, sic accipi possunt, hanc summam, quæ est centum aurerorum, vel hanc summam, si modo est centum aureorum. Et licet sic accipiantur hæc verba, tamen conditionem non faciunt. Nam conditio suspendit obligationem: hic sermo non suspendit obligationem, sed vel statim valet stipulatio, si tacita sit summa in conspectu, vel non valet, si tacita non sit. Conditio confertur in futurum tempus: hic sermo confertur in præsens tempus, conditio non confertur in præsens aut in præteritum tempus, quod non ineleganter Marcianus Capella vocat *extans et raptum*: præsens scilicet *extans*: præteritum, *raptum*: futurum autem vocat *instans*, cum tamen alii præsens vocent *instans*, si præsens, quod immineat præterito, ille futurum, quod immineat præsenti. Conditio igitur, ut dixi, non confertur in præsens, vel in præteritum, sed in futurum, et hic sermo, hanc summam centum, confertur in præsens tempus: igitur non facit conditionem, vel ut Pap. ait, non habet instar conditionis, id est, potestatem: *instar* non significat figuram, sed vim et potestatem, τρῷ δρῶσμιν. Et ita etiam idem loquitur *l. sufficit*, *de cond. indeb.* Hic igitur sermo, *hanc summam*, *si est centum*, vel ille, *hanc summam centum* ita acceptus, figuram quidem habet conditionis, sed non instar, id est, potestatem, quia non differt obligationem. Conditio est dies incertus, qui potest existere, vel non: hujus stipulationis dies est præsens, licet contrahentes veritatem rei ignorent, id est, nesciant quanta sit summa. Nam licet hoc ignorent, tamen statim ex

ea stipulatione, vel nascitur obligatio, et actio, vel non nascitur: nam quid sit in re spectatur potius, quam quid sit in animo contrahentium. Igitur si ea summa est centum, licet hoc nesciant contrahentes, statim nascitur obligatio, vel si non sit centum, nulla est obligatio, etiamsi contrahentes eam voluerint postea esse centum, et satis est potuisse scire, licet nescierint, aut scisse alios, licet ipsi nescierint: id est, satis est cognitionem hujus rei non superare captum hominum. Conditio sane differt obligationem atque suspendit, et conditio est, cujus eventus superat captum hominum, et ex hac differentia, ut Græci loquuntur αἱρετικῶν καὶ αἱρετικοφανῶν, id est, conditionalium stipulationum, aut quæ figuram habent conditionalium, ex hac, inquam, differentia, in jure nostro sequuntur innumera, ut patet ex *l. cond. h. t. §. condit. Inst. eod. tit. l. inst. §. ult. de condit. inst. l. cum in præsens, et seq. duab. de reb. cred. l. 3. §. si patronus, de bon. lib. l. cum in secundo, de inj. rup.* ubi memini, me id etiam ex philosophis confirmare. Porro quod diximus ex hac l. nullam esse hanc stipulationem, hanc summam centum, si tanta non sit summa ea, quæ præsens est, quæque demonstretur veluti digito, illis verbis, *hanc summam*, ei obstat *l. si servus legatus, §. quiquinque, de leg.* 1. in quo ait, valere stipulationem, si quis stipulatus sit *centum, quæ sunt in arca*, licet non sint centum, sed quinquaginta tantum, et 50. quæ sunt in arca dumtaxat deberi. Et in hac lege tamen dicitur, nullam esse stipulationem si centum non sint præsentia, cum stipulatio hoc modo concepta est hanc summam centum aureorum, vel hanc ultimam, quæ est centum aureorum, nihil refert, ut Accurs. notat recte: nam est vox, quæ exprimit similem conditionem. Respondeo, hoc modo ex formula stipulationis satis declarari differentiam, quæ est inter hanc et illam legem: cum dico, hanc summam centum aureorum, vel quæ est centum, numerum demonstro, qui si non sit, nihil ago, ut est in hac lege: cum autem dico, *centum quæ sunt in arca*, locum demonstro, quem satis est esse et non esse inanem, ut valcat stipulatio, nec etiam exigitur, ut congruat numerus. Et ita est respondendum.

Ad L. L. de Fidejuss.

Debitori creditor pro parte hæres extitit, accepto cohærede fidejussore: quod ad ipsius quidem portionem attinet, obbligatio ratione confusionis intercidit, aut (quod est verius) solutionis potestate, sed pro parte cohæredis obligatio salva est, non fidejuss. sed hæreditaria, quoniam major tollit. minorem.

Certum est, quod si creditor debitori hæres extiterit, confunditur obligatio aditione hæreditatis, quia in eandem personam concurrit jus crediti et debiti. Quid est confusio? crediti et debiti in eandem personam concursus: ex quo concursu sequitur interitus utriusque: quia idem homo non potest esse creditor et debitor, actor et reus. Confunditur igitur obligatio, si creditor adeat hæreditatem debitoris, vel quod Papinian. hoc loco ait esse verius, obligatio tollitur solutionis potestate, quia ipse sibi creditor adeundo hæreditatem debitoris pecuniam solvere creditur, *l. Granius, h. t. l. si id quod, de lib. leg. l. si ei, §. ultim. de evict.* Aut sane videtur secum pensasse creditor, *l. quæ dotis, sol matr.* id est, creditum pensasse cum hæreditate, et bonis debitoris, et pensatio cedit loco solutionis, *l.* 4. *qui pot. in pign. l.* 15. *rem ratam hab.* His cognitis, finge, quæ est species hujus legis, debitor creditorem hæredem instituit et fidejussorem, quem dederat creditori, ex æquis partibus: uterque adivit: an in totum sublata est obligatio? minime: pro parte creditoris sublata est obligatio confusione, id est, concursu debiti et crediti, vel potius solutione, ut dixi, pro parte fidejussoris non est sublata obligatio principalis, quæ nunc est hæreditaria: fidejussoria sublata est, quia major obligatio tollit minorem, et major utique est principalis et plenior, *l. si duo, de solut. l. debitor, de separat, l. cum reus, h. t. l. fidejussor, C. eod. t.* Ubi igitur in eandem personam concurrit principalis et fidejussoria obligatio, principalis extinguit fidejussoriam, major minorem, quia non potest idem homo esse et debitor principalis et fidejussor, quod tamen hodie jure extraordinario non procedit, ut ostendi in *l. Stichum, §. aditio, de sol.* Namque hodie, quia agitur extra ordinem, si fidejussor debitori hæres extiterit, nihil refert qua actione conveniatur, ut principalis, an ut fidejussor. Nam in judiciis extraordinariis hæ subtilitates negliguntur. Quod autem diximus, confusionem pro solutione esse, recte notat Accursius, non esse perpetuum, et ego ostendi latius in *d. l. quæ dotis.* Confusio non tollit obligationem pignoris, solutio tollit: confusione non liberatur correus, si duo sint rei debendi, et creditor uni hæres extiterit: solutione naturali uterque liberatur, confusione non liberatur reus principalis, si creditor fidejussoris hæres extiterit, vel contra: solutione, id est, si fidejussor solverit, et debitor principalis liberatur. Igitur non per omnia confusio pro solutione est. Laus Deo, qui nos ad finem perduxit hujus laboris.

FINIS QUAESTIONUM PAPINIANI.

JACOBI CUJACII J. C.
COMMENTARIA
IN LIBRUM PRIMUM
RESPONSORUM
ÆMILII PAPINIANI.

Non erit alienum proponere differentiam inter Quæstiones, et Responsa Papiniani, ut in utriusque quam rationem observaverit facilius intelligatur. Ac primum quidem facienda contentio Quæstionum, et Responsorum. Papinianus in quæstionibus tractat, ut ait *l.* 6. §. *si ædes, ff. si servit. vind. Tractat.* hoc est, *disputat:* ut et in *l.* 3. *C. de summa Trinit. Ne quis audeat de fide tractare*, hoc est, *disputare;* unde tractatores posterior ætas dixit, auctore Vincentio Lyrinensi 1. Commonitorio adversus hæreses, Doctores, qui disputationes instituunt agitantque publice. In Responsis autem Papinianus non disputat, sed præcidit de jure quid sentiat, hoc est, respondet vel rescribit abscisse, et respondet quidem præsenti, rescribit absenti, ut in *l. ex contractu, inf. de re judic.* Scævola *lib.* 5. *responsorum*, rescripsisse dicitur. Et hanc quoque verborum differentiam servat Seneca 9. epist. dum ait: *Si quando interveniunt epistolæ tuæ, tecum mihi esse videor, et sic afficior animo, non tanquam rescribas, sed respondeas.* Qua distinctione servata etiam dixeris recte, ex responso promissorem obligari stipulatori, non ex rescripto, quia stipulatio contrahitur verbis, non literis, et inter præsentes, non inter absentes, *l.* 1. *de verb. oblig.* Verum ad rem. Quæstiones, ut aliter rem explicem, sunt uberes quidam diffusique tractatus juris; Responsa sunt tanquam oracula admodum brevia. In quæstionibus Papinianus doctoris; in Responsis Jurisconsulti munere fungitur. Responsa redduntur consultoribus. Quæstiones petentibus non redduntur, sed proponuntur auctoris arbitratu. Denique in Quæstionibus electio est juris auctoris: in Responsis, aut responsorum causis electio est ejus, qui rogat et consulit juris auctores. Quo fit ut in libris quæstionum Papinianus nonnisi difficiles et arduas quæstiones tractet, quia ei pudori fuisset eligere faciles et leves. Ceterum Responsa sunt pleramque facillima, prout res fert et causa, et factum, quod in consultationem deducitur. Nobis autem a facillimis erit ducendum principium, et a *l.* 20. *de offic. præs.* quæ se prima offert ex libro Resp. 1.

Ad L. Legatus XX. de Offic. Præsid.

Legatus Cæsaris, id est, præses, vel corrector provinciæ, abdicando se non amittit imperium.

Hoc loco *abdicare se*, est dicere, nolle se amplius magistratum esse: sicut abdicare se tutela libro regularum Ulp. est dicere, nolle se amplius tutorem esse, quæ abdicatio tutelæ, ut ipso jure nulla est, si tutela fuerit legitima, eodem Ulpiano auctore, ita abdicatio legitimi magistratus sane non valet: ac proinde si præses provinciæ, cui Princeps provinciam decrevit, abdicaverit se, non desinet esse præses, *non amittet imperium*, inquit Papinianus, hoc est, abdicando se nihil agit, videlicet si hoc faciat sine nutu Principis, qui provinciam decrevit: jussu aut consensu populi vel Principis recte se abdicat, *l.* 2. §. *cum placuis-*

set, *de orig. jur.* et ita in auctoribus sæpe legimus, multos se abdicasse magistratu. Contra prohibente vel nolente principe, vel populo, is qui se magistratu abdicat, id est, qui ejerat magistratum, nihil agit, quia publicum munus est, quod ut inviti suscipimus, ita et eo perfungimur. Et sic apud Livium *lib.* 6. *et* 37. conantem se abdicare magistratu prohibet senatus et populus. Ait autem lex *Legatus Cæsaris*, *etc.* Idem tamen est in Proconsule, et quolibet rectore provinciæ, et in magistratu urbano et municipali, sed non quod voluit Bart. etiam idem est in Imperatore. Exemplo sunt Diocletianus et Maximianus, qui se abdicarunt imperio, et in privatam vitam concessere: quod et in summo Pontifice admittit Cœlestini constitutio quædam. Et nihil obstat hoc responsum Papiniani, quia de magistratu est, non de Principe; qui ut Princeps non est magistratus, quia nec jurisdictionem habet, sed cognitionem extraordinariam: unde res cognitionis, quæ scilicet pertinent ad cognitionem Principis separantur ab iis, quæ sunt jurisdictionis et juris ordinarii, quæ sunt magistratus. Plin. in epist. et Sveton. in Claud. *Princeps est major et celsior magistratus*, quod etiam de Senatore dixit Tacitus lib. 3. annal. Et male igitur idem interpres ex hoc responso colligit, Constantinum Imperatorem non potuisse Sylvestro Pontifici cedere imperio Occidentali, quod est donare, et transferre imperium ad curam Pontificis, quia responsum est de magistratu, non de Principe, non de Imperatore. Deinde, quia de abdicatione est, non de cessione: et longe aliud est abdicare se, longe aliud cedere, ut Ulp. lib. regul. ostendit, ubi proditum est: *Legitimum tutorem legitima tutela cedere posse in jure, abdicare se non posse.* Contra *testamentarium tutorem tutela se abdicare posse, cedere in jure non posse.* Cessionem autem illam Constantini Bart. ponit pro certa, quam tamen Nicol. de Cusa Cardinalis pro nulla habet lib. de concordia Cathol. Et etiamsi nostro tempore vir doctissimus (quem honoris causa nomino) Augustinus Steuchus ex professo librum ediderit, quo conatur probare et adserere, illam donationem esse verum, tamen quod deficiatur idoneis legitimisque testibus, id nunquam omnibus probabit. Sed pergamus: quod lex ait, *Legatus Cæsaris*, id omnino exigit, ut exponamus, quis sit hic legatus Cæsaris, quove jure utatur, et quia interpretatur eadem lex, eum esse *correctorem et præsidem Provinciæ*, videamus quid distet Proconsul a Præside: non potest enim fieri, ut jure non distet, qui titulo distat: diversi tituli præbent significantiam diversi juris. Alius est titulus, *de officio Proconsulis*, alius *de officio Præsidis.* Ac primum quidem sciendum est, præsidis nomen modo generaliter accipi, modo specialiter: generaliter pro quolibet rectore cujusvis provinciæ, sive sit Proconsul, sive legatus Cæsaris, sive procurator Cæsaris, qui vicem legati præstet et tueatur, sive Corrector, ut Corrector Lucaniæ, Bruttiorum, sive Consularis, ut Consularis Palestinæ et Campaniæ, sive Præfectus Augustalis, qui regebat Ægypti provinciam: denique omnes rectores provinciarum præsidis appellationem sortiuntur, licet Senatores sint, inquit, *l.* 1. *hoc tit.* quod est, *præsidis nomen non esse indignum Senatore*, sicut Dio *lib.* 53. scribit: *Proprætoris nomen non esse indignum consulari viro*: *quamquam nomen ipsum Præsidis, sit infimi hominis gradus.* Qua de causa et Præsides dicuntur judices ordinarii, milites gregarii et manipulares. Speciali autem nomine in hoc tit. Præsides vocantur legati Cæsaris, legati Imperatores, legati Augusti, ut hoc loco, et *l. hos accusare, de accusat. l.* 4. *inf. de off. adsess. l. non est*, *de manum. vindic.* Hi sunt, quos Princeps mittit in provincias suas: aliæ enim sunt provinciæ Cæsaris, aliæ senatus, ut non tantum Strabo docuit lib. 3. et 17. sed etiam Theoph. noster in §. *per traditionem*, *de rer. divis.* In suas Senatus mittit Proconsules; et Proconsules vocantur, etiamsi sint ex prætoriis, non ex Consularibus, vel ex iis, qui præturam, non Consulatum gesserunt. In suas autem Cæsar mittit Legatos: et ita Legatum Ciliciæ accipere oportet in *l.* 5. §. 1. *de test. l.* 2. *de jure immun.* Legatum Aquitaniæ, *l. milites*, *ff. de cust. reor.* Legatum Lugdunensis provinciæ, *l.* 15. §. *ult. de exc. tut.* ut et Græca etiam antiqua numismata vocant Legatos Proprætores: sic enim esse accipiendum Dio suprad. lib. ostendit, qui eos vocat πρεσβευτὰς ἀντιστρατηγοὺς. Legatos proprætores, qui et simpliciter proprætores dicuntur, etiamsi ex consularibus essent, nempe quia validiores, et ferociores provincias vel agrestiores, quas annuis magistratuum imperiis sine manu militari regi, nec facile, nec tutum erat. Cæsar in suo potestate retinuit: pacatiores autem provincias, quæ regi poterant sine armis, et legibus solis, reliquit Senatui populoque Romano, hac quidem specie, ut levia imperii onera Senatus subiret, ipse solus discrimina bellorum adiret, sed revera, ut arma solus haberet in sua potestate. Qua de causa administratores, sive rectores missos in suas provincias vocavit Proprætores prisco more, quia Proprætores olim bella administrabant, quorum tabernaculum quoque Prætorium appellabatur, ut non tantum Dio eod. loco, et alii plerique scribunt, sed et Justinianus noster *Nov.* 24. *et l.* 2. §. *capta*, *de orig. jur.* Sardinia capta, et redacta in provinciæ

formam, item Sicilia, et Hispania; et Narbonensi Gallia tot fuisse creatos Proprætores, quot provinciæ venerunt in ditionem populi Romani, ut iis præessent cum armis, tum legibus. Et de Sardinia obiter non erit ingratum forte, si admonuero in *l. 2. C. de offic. præfect. prætor. Afric.* quo loco ita scriptum est. *In Sardinia ducem jubemus ordinari, et eum juxta montes, ubi barbaricæ gentes videntur sedere*; quod ante hunc diem nunquam mihi obtigerat animadvertere, omnes libros manu exaratos habere non *barbaricæ gentes*, sed *barbaricinæ* simpliciter, quod esse rectissimum Procopius ostendit, *lib. 2. de bello Vandalico*, dum ait: *Ex Mauritania barbaros quosdam montes obsedisse in Sardinia, et multa in ea passim insula exercuisse latrocinia, quos Vandali debellarunt, expugnarunt, qui*, inquit, *Barbaricinæ dicebantur.* Verum ad rem. Certum est ex Dione, Præsides, id est, legatos Cæsaris, non amplius, quam sex lictoribus et fascibus uti, sed dubitatur de proconsulibus, an plures haberent, an pluribus uterentur, quia pro Consulibus sunt, et consules in urbe utebantur XII. fascibus, et fortasse etiam primum habuerunt fasces XII. ii, qui post consulatum provinciam obtinebant proconsularem, ut Dio significant eodem loco, et M. Tullius de proconsule Macedoniæ, dum scribit in hunc modum: *Ipse cum duodecim hominibus*, inquit, *male vestitis ad portam Capenam pervenit.* At generaliter proditum est in *l. 14. sup. de off. procons.* hodie proconsules non amplius, quam sex fascibus, sex lictoribus uti: unde vere dices et statues, nullas esse provincias hodie, quæ plures quam sex fasces habeant, secundum jus novum; quo sub Imperatoribus populus Romanus utebatur, Egesip. cap. 9. *Plurimi populi*, inquit, *sex fascium virgulis metu coercentur*: quod ita Josephus ἐξ Ῥωμαίων ὑπήκουσι ῥάβδους, qua de causa eos etiam vocabant ἑξαπελέκεις, ut docet Appianus in Syriaco bello. Commune autem hoc est et consulum et proconsulum, ut adjungantur eis legati, quibus mandent jurisdictionem suam, unus, aut plures; prætorio viro unus, consulari tres, et plures adjungi ostendit *l. 4. inf. de offic. adsessor. l. 2. inf. quis et a quo appell. et l. pen. inf. de off. ejus cui mand. est juris.* Non tantum Præsidibus, hoc est, legatis Cæsaris, sed et Proconsulibus, ut idem Dio aperte definit. Itaque licet in titulo *de officio Proconsulis*, addatur, *et legati* (quod accipiendum est, non de legato Cæsaris, sed de legato Proconsulis) et licet non addatur in hoc titulo: *De officio præsidis et legati*: tamen (quo in errore est Alciatus) non ideo existimandum est præsidibus datos non fuisse legatos: sed omissa est mentio legati in hoc titulo, quia de eo nulla sub hoc titulo lex extat, cum de legato proconsulis existant pleræque in tit. *de offic. procons.* Et hos vero legatos, ne cum Dione confundamus cum adsessoribus sive consiliariis præsidum: nam adsessores Præses ipse sibi optat, *l. 10. §. ὁμοίως, inf. de excus. tut.* legati autem ei dantur a Senatu, ut apud Vopiscum in Probo, et Capitolinum in Gordiano, vel a Principe, ut apud Dion. eod. loco. Sed ut finem faciamus, postremo hoc tantum nobis notandum est in aliis plerisque multum distare Proconsules a Præsidibus, hoc est legatis Cæsaris, quod perstringam breviter. Proconsules erant annui magistratus. Præsides, perpetui, quoad Princeps successorem misisset. Proconsules erant κληρωτοί, ut Dio ait, quia, sortito creabantur, nisi cum cœlebs vel orbus in decernenda, vel petenda provincia objiciebatur patri vel marito: nam pater vel maritus præferebatur cœlibi vel orbo, etiam non ducta sorte: Præsides autem erant αἱρετοὶ, electi, quia creatio eorum erat in arbitrio Principis. Item Proconsules non habebant jus gladii, vel chlamidis, id est, stolæ militaris. Præsides habebant jus stolæ militaris atque jus gladii, *l. 6. §. qui universas, h. tit.* Quod est non tantum jus animadvertendi in facinorosos homines, sed etiam accingendi se gladio, quod non habebant proconsules: et consequenter præsidibus erat jus animadvertendi in milites, *l. 21. C. ad exhib. reis, l. 1. C. ad l. Corn. de sicar. l. 3. inf. de re militar.* nam cui jus est gladii, ei est animadversio in milites, sive sit ex Senatorio ordine, sive ex equestri, ut generaliter definit Dio: quæ definitio summe notanda est. Ac præterea proconsules sumebantur ex Senatoribus, Præsides ex Equitibus Romanis, ut Præfectum Augustalem Cæsar mittebat in Ægyptum, non ex Senatoribus, metu, ne res novas moliretur cum populo levi ac seditioso Senator, qui valeret potentia, auctoritate, gratia ac opibus. Qua de causa in notitia etiam imperii Romani legimus, Ægyptum consularem non habere: et in alias quoque provincias sæpe Princeps mittebat Equites Romanos præteritis Senatoribus, ut idem Dio scribit, et de Ægypto Arrianus, et Corn. Tacit. 12. *Annal.* Sequitur ultima differentia: Proconsules statim acque egressi sunt pomerium urbis (pomerium urbis locus est post mœnia, *l. 5. de serv. expor.*) fascibus et insignibus Imperii Romani utuntur, et jurisdictione volontaria, id est, quæ inter volentes exercetur, puta apud eos emancipationes et manumissiones fieri possunt, itemque statim imperium habent atque egressi sunt portam urbis, et jurisdictionem contentiosam, id est, quæ inter invitos exercetur, sed ea jurisdictione non utuntur, nisi in Provincia sibi decreta. Et tantum jurisdi-

ctione utuntur, postquam in provinciam sibi decretam pervenerunt. Interim otiosam jurisdictionem contentiosam habent, otiosum imperium. Et ita explicanda est, *l.* 1. *et* 2. *sup. de off. procons.* Et similiter Proconsules redeuntes e provincia, quoad pomerium urbis ingressi sint, fascibus utuntur, ac ceteris insignibus et ornamentis, et jurisdictionem voluntariam et imperium habent, licet eo non utantur in itinere, usque ad portam urbis, et jurisdictionem contentiosam, et hoc est quod ait *l. ult. de offic. Proc. Proconsul*, inquit, *portam Romæ ingressus deponit Imperium.* M. Tullius 7. *ad Attic.* epist. 7. scribens de Imperio Ciliciæ, quod habuit etiam post reditum, antequam ingressus esset urbem: *Si imperium*, inquit, *mihi molestum erit, utar ea porta, quam primum videro.* Et inde in auctoribus Prætor vel Consul ad portam, id est, qua Proconsul it in provinciam, vel redit e provincia, a porta, hoc est, ex qua Consul exit, qua vel per quam exit e provincia, aut redit e provincia. Præsides autem statim atque cognoverunt venisse successores vel excesserunt provincia, privati fiunt ac deponunt imperium, *l.* 3. *h. t.* ac ne jurisdictionem quidem voluntariam habent, imo nec ea, quæ neque imperii sunt, neque jurisdictionis, si ad officium jus dicentis pertineant, *l. si forte*, *h. t. Si præses provinciæ antequam cognoverit*, inquit, *advenisse successorem, manumiserit, vel tutorem dederit, rata hæc esse:* retro igitur rata hæc non esse, si postquam cognoverit adventum successoris, manumiserit, quod est jurisditionis voluntariæ, vel si tutorem dederit, quod neque est imperii, neque jurisdictionis, *l. muto*, §. *tutoris, de tutelis*, quia ad officium jus dicentis pertinet, ut ait *l.* 1. *de jurisdict. omn. jud.* Et ita omnino Dio supradicto loco, Præsides non ante sumere insignia, quam venerint in provinciam, et mox deponere atque excesserunt provincia: non sunt separanda insignia ab imperio; alioquin falsa essent insignia. Qui negat insignia ante adventum, et imperium negat. Contra, qui jubet ab excessu deponere insignia, certe jubet abire imperio: nec usquam reperio alterum ab altero disjungi et distingui. Et vulgo male idem statuitur esse in Proconsule ex *l. meminisse*, *de offic. procons.* ut scilicet officium Proconsulis duret usque in adventum successoris tantum. Quod dixi durare usque ad pomerium urbis, quia illa *l. meminisse*, hoc nullo modo dicit, sed Proconsulem circumacto anno suo jus dicere posse, quoad successor venerit, quia licet ipso jure desierit esse Proconsul (quia annuus est magistratus) tamen utilitas provinciæ exigit, aliquem esse, per quem provinciales sua negotia expedire possint. Et hic est finis, si tamen dixero, ex hac distinctione summe notanda, vos posse intelligere, quid sit quod est in *l.* 123. *de reg. jur. temporariam permutationem non innovare jus provinciæ.* Nam ut de Augusto scribit Sveton. c. 47. (quod nescio an unquam ante hac bene explicatum fuit) facta sub illo divisione provinciarum, postea, inquit, nonnullas Augustus commutavit, ut Achajam ac Macedoniam, quam sibi retinuerat, Senatui reddidit, Cretam, quam Senatui dederat, sibi recepit. Quod et de Tiberio traditur in Claudio, c. 21. et de Marco tradit Capitolin. eum Proconsulares provincias fecisse plerasque Præsidiales, pro belli necessitate prove tempore præsenti. Cum in provinciam, inquam, mittendus est Proconsul, etsi mittatur legatus Cæsaris mutatione pro belli necessitate facta non ideo provincia illa desinit esse proconsularis, non innovatur jus provinciæ, ea temporaria permutatio non innovat jus provinciæ, id est, non ideo hæc provincia desinit esse proconsularis.

Ad L. Ult. de Offic. Adsessor.

In consilium curatoris reipublicæ vir ejusdem civitatis adsidere non prohibetur: quia publico salario non fruitur.

Curator Reipublicæ non est, ut Accurs. dixit, procurator fisci vel Cæsaris. Aliud enim est Respublica, longe aliud fiscus vel Cæsar. Respublica hoc loco accipitur pro qualibet civitate fundata legibus. Curator ergo Reipublicæ est Curator civitatis cujuscunque, qui et pater civitatis dicitur innumeris locis juris nostri, et Græco nomine λογιςὴς, ut nominatim ait *l.* 3. *C. de mod. mult.* quod maxime ponatur supra rationem operum publicorum, *l.* 1. *C. de ratiocin. oper. pub. et patr. civit.* hoc est *de curatoribus rerum publicarum.* Alius est igitur Curator sive procurator fisci vel Cæsaris, alius Curator Reipublicæ. Uterque tamen jurisdictionem habet, Curator fisci jus dicit inter fiscum et privatum: curator Reipublicæ inter civitatem et privatum. Procurator fisci, qui et *rationalis* dicitur (sicut ille λόγιςὴς) decidit causas ad fiscum pertinentes; Procurator reipublicæ decidit causas pertinentes ad rempublicam. Denique uterque habet jurisdictionem, ergo uterque magistratus est. Quis est magistratus? Is est magistratus quicunque jurisdictioni præest, qui jurisdictionem habet, quam exerceat publice. Ac proinde curator reipublicæ, sive procurator, cum jurisdictionem habeat, adsessores habet, et consiliarios, quorum consilio utatur in causis dirimendis. Omnes magistratus adsessorum solatia requirunt. At dubitatur, an Curatori Reipublicæ, sive civitatis adsidere

possit in consilium vir ejusdem civitatis? Videbatur non posse, quia nec præsidi provinciæ in consilium adsidere potest vir ejusdem provinciæ citra speciale beneficium Principis, *l. 3. h. t. l. si cui 38. inf. ex quib. caus. major.* videlicet ultra tempus constitutionibus concessum. Præsidi, inquam, vir ejusdem provinciæ adsidere non potest sine speciali Principis beneficio ultra tempus constitutionibus concessum, quod est breve tempus, *dict. l. si cui*, hoc est menses quatuor, *l. 10. C. de adsessorib. l. 1. C. Theod. eod. tit.* Et in eum, qui adsederit præsidi in patria sua ultra constitutum tempus sine permissu Principis, est publicum crimen, et pœna, proscriptio et publicatio omnium bonorum, *dict. l. 10.* Cur autem nemo possit in patria sua Præsidi adsidere ratio hæc est: ne apud suos sit gratiosus, ambitiosus, vel calumniosus nimis. Quæ ratio etiam efficit, ut nemo in patria sua præses esse possit sine speciali beneficio Principis. Nec, quod legitur apud Cassiodorum 1. *Variar.* cum patriæ suæ Lucaniæ Correctorem fuisse, id ille obtinuit sine speciali privilegio Principis, quo nominatim derogaretur juri communi, ut ostendit *l. ult. C. de crim. sacrileg. et tit. C. ut nulli patr. suæ admini. sine spec. privil.* Quam constitutionem Dio vel Xiphilinus, qui Dionem in compendium redegit, tribuit Antonino Philosopho Imperatori, quod Cassius adversus eum rebellasset, cum esset Præses in patria sua: idcirco, cum lege cavisse ne quis in patria sua imperium obtineret: ἐνομοθετήσε δὲ πόθε, inquit, μήδένα ἐν τῷ ἔθνει ὅθεν τὸ ἀρχαῖον ἐςιν ἄρχειν, ὅτι ὁ Κάσσιος ἐν τῇ Συρίᾳ τὴν πατρίδα αὐτοῦ ἐχούσῃ ἡγεμονεύων ἐνεόχμωσε. Id est, *constituit autem, ut nemo cum imperio esset apud eam gentem, ex qua ortus esset, propterea quod Cassius, quum in Syria patria sua imperium haberet res novas molitus fuerat.* Eademque ratio facit, ut nemo possit in patria sua officium fiscale administrare, puta, ut non possit in patria sua fungi officio Procuratoris Cæsaris, ut Paulus 5. *Sententiarum* refert *tit. de jur. fisc. In ea provincia*, inquit, *ex qua originem ducit, officium fiscale administrare prohibetur.* Et subjicit rationem, *ne aut calumniosus, aut gratiosus apud suos esse videatur.* Quam rationem etiam attigit Cassiodorus supradicto loco, dum ait: *Gloriosum esse, in patria sua Præsidatu fungi præclare, ubi necesse est, ut vel gratiam cognitio provocet, vel odium longæ contentiones exasperent.* An, inquam, ut hic resumam, quod initio proposui, sicut præsidi provinciæ propter eam rationem non potest adsidere vir ejusdem provinciæ, non poterit etiam curatori civitatis adsidere vir ejusdem civitatis? Et respondet Papin. non idem esse dicendum in adsessore curatoris civitatis: hunc enim sumi posse ex eadem civitate: et hoc distare ab adsessore præsidis, qui ex eadem provincia sumi non potest: et subjicit rationem differentiæ breviter, atque ideo satis obscure. *Quia adsessor Curatoris Reip. publico salario non fruitur.* Quæ ratio ita explicanda est necessario. Curator civitatis sibi optat adsessores ex eadem civitate, quia vix ullos unquam eliceret ex alia civitate, eo quod publico salario non fruuntur, et istius oneris et operæ nullum præmium ferunt. At Præses provinciæ, et similiter Procurator Cæsaris facile potest ex alia provincia adsessores, et consiliarios advocare: quia iis adsessoribus majorum judicum de publico salario constituta sunt, ut patet ex *l. 4. hoc tit. et l. 1. C. de annon.* et ideo debet Præses provinciæ ex alia provincia adsessores accersere publicis salariis, quæ Principes constituerunt adsessoribus majorum judicum, potius, quam ex ea provincia, quam administrat. Hanc quoque rationem Hugolinus sequitur. Cetera Accursii merito quis una litura deleverit, quæ tamen Bartol. valde commendavit.

Ad L. XIV. de in jus. voc.

Libertus a patrono reus constitutus, qui se defendere paratus, pro tribunali præsidem provinciæ frequenter interpellat, patronum accusatorem in jus non videtur vocare.

Sciendum est, si libertus sine venia edicti prætorii patronum in jus vocaverit, teneri patrono actione in factum pœnali in aureos quinquaginta, vel si non sit solvendo ex querela patroni fustibus castigari eum a præfecto urbi, tanquam inofficiosum libertum, quia officium debitum patrono non exhibuerit, quod veniam vocandi eum in jus non petierit, *l. ult. h. t.* Inde quæritur, quid sit dicendum, si patronus libertum fecerit criminis capitalis reum apud Præsidem provinciæ, et libertus Præsidem sæpius interpellet, nullam præcatus veniam, ut compellat patronum rem in judicium deducere, se paratas habere defensiones innocentiæ, an videatur committere in edictum prætoris, quod sine venia frequenter interpellet Præsidem, provocetque adversus patronum? Respondet Papin. nihil eum facere et committere videri contra edictum Prætoris, quod vetat tantum, ne in jus vocentur patroni sine venia impetrata, hanc interpellationem non esse vocationem in jus, libertum in jus vocare patronum sine venia et lacessere prohiberi, non se defendere, maxime in capitali judicio. Quoniam defensionem jus naturale permittit: idem scilicet jus, quod officium exigit a libertis erga patronos, *l. 2. C. eod. tit.* Denique non pro-

hibetur libertus urgere patronum, qui adversus eum accusationem instituit, ut crimen exequatur, nec moras in judicio trahat, ut se reum peragat, quia patronus litem fecit, non ipse. Et probo etiam, quod Accur. not. arg. *l. qui cum major*, §. *si libertus*, *inf. de bon. liber.* libertum retorquentem crimen in patronum, accusatorem non esse, ac proinde audiri, imo et calumniæ puniri patronum desiderantem: quia ignoscendum est ei, qui voluit se defendere provocatus, vitamque tueri suam.

Ad L. XL. de Pactis.

Tale pactum: Profiteor te non teneri, *non in personam dirigitur: sed cum generale sit, locum inter hæredes quoque litigantes habebit.*

Pactum quo debita pecunia remittitur, vel in rem concipitur, vel in personam. In rem concipitur, si generaliter paciscatur debitor, nec petatur pecunia, quam debet. In personam concipitur, si specialiter paciscatur, ne a se petatur, hoc scilicet animo, ut sibi soli prospiciat: et consulat suæ personæ tantum, *l. jurisgentium*, §. *pactorum*, *h. t.* Pactum in rem prodest hæredi debitoris, quia generale est. Pactum in personam non prodest hæredi debitoris, quia specialiter pactum est in personam. Num prodest igitur hæredi, licet cum effectu a debitore peti non possit propter exceptionem pacti personalis, tamen ab hærede ejus peti poterit sine metu exceptionis. Ac similiter pactum in rem emptori prodest, ad quem ea res transit de qua pactus est debitor non petenda generaliter: atque ita pactum illud non tantum prodest successori juris, puta, hæredi, sed etiam successori rei, puta emptori, secundum plurium sententiam, ut ait *l. si tibi*, §. *pactum*, *h. t.* quæ obtinuit. Plurium sententia melior, ut ait Apoll. πολέων μῆτις ἀρείως. Et ita in *Inst.* initio tituli, *de hæredibus inst. Secundum plurium sententiam*. Cum ergo ait *d. l. si tibi*, §. *pactum*, *Secundum plurium sententiam*, pactum in rem etiam emptori prodesse, nedum hæredi, ex diverso significat pactum in personam non prodesse emptori. Et tamen subjicit in eodem §. secundum sententiam Sabini etiam pactum in personam prodesse emptori et donatario, quamvis hæredi non prosit, prodesse, inquam, pactum in personam emptori et donatario, quamdiu vivit is, qui fecit pactum in personam suam: sicut cum filiusfamilias pactus est sibi, pactum prodest patri ejus, ne teneatur de peculio, vel de in rem verso, atque etiam hæredi patris, quamdiu vivit filius, qui pactus est sibi, *l. et hæredi*, *h. t.* Porro in hoc responso proponitur exemplum pacti in rem, quod vocat generale pactum, quod non coarctatur personis paciscentium, atque adeo non tantum paciscentes tenet ex utraque parte, sed etiam hæredes et successores eorum, ut puta, si pactum ita sit conceptum dicente creditore: *Profiteor te mihi non teneri*: pactum est in rem et generale, quoniam his verbis creditor plane abrogat obligationem, et sermonem dirigit in rem ipsam, non in personam: aliter quam si ita pactum conciperet: *profiteor me a te nihil petiturum*, hoc est pactum in personam. At illud, *profiteor te mihi non teneri*, est pactum pro in rem. *Profiteri* est plusquam *confiteri*. Cicero M. Tullio (sic est legendum omnino apud Nonium non pro Manlio) *hic ego non solum confiteor, verum etiam profiteor*. Et pro Cæcin. *Ita confitetur, ut non tantum fateri, verum profiteri videatur*. De confessione igitur frustra hic tractant interpretes, quoniam professio plusquam confessio est. Et hæc verba: *plane profiteor te mihi non teneri*, negant ullam existere obligationem, et habent vim pacti generalis, seu in rem. Aliud est dicendum, si creditor ita dixerit: *Profiteor te mihi pecuniam debitam solvisse*: nam hæc verba non habent vim pacti, neque liberationis, aliter quam si re ipsa pecunia soluta esset, *l. si acceptolatum*, §. 1. *de accept.* His verbis fit apocha, *Profiteor, te mihi pecuniam debitam solvisse*: vel latius, *Luc. Titius profiteor P. Mævium mihi solvisse decem, quæ mihi debet ex testamento Caii Seii. Lutetiæ anno, et die illo*, quæ apocha dicitur professio solutionis, *l. 4. C. de solut.* chirographum solutionis, *l. creditor*, *inf. de act. empt.* quod tamen non liberat debitorem, nisi revera solverit, quod creditor scripsit eum solvisse. Et hoc distat apocha ab acceptilatione. Nam acceptilatio liberat, etiamsi nihil solutum sit, quia pro solutione est: apocha non liberat, sed solutio tantum, cujus fit mentio in apocha. Igitur si solutio nulla intervenerit, apocha nullius momenti est, si modo intra trigesimum diem opposita fuerit querela, vel exceptio non solutæ pecuniæ adversus apocham, secundum *l. 14. in contractibus, C. de non num. pecun.* nam post 30. diem apocha plenam fidem facit.

Ad §. 1.

Qui provocavit, pactus est intra diem certum pecunia, quam transegerat, non soluta, judicatis se satisfacturum: judex appellationis, nullo alio de principali causa discusso justam conventionem velut confessi sequitur.

Debitor certæ pecuniæ creditori condemnatus appellat: mox cum creditore transegit de remittenda parte pecuniæ, ea lege, ut si reliquam par

tem creditori non solveret Kal. proximis, solidam summam præstaret, quæ in condemnationem deducta est (etiam post rem judicatam facta transactio valet, si appellatum sit, *l. 7. in pr. tit. seq.* pecunia de qua convenit, ad diem non soluta, quæ sint partes judicis ejus, ad quem appellatum est, videndum est. An ut disquirat discutiatque, pecunia in condemnationem deducta debeatur, nec ne? an ut disquirat, an ita convenerit inter creditorem et debitorem, ut pecuniæ parte soluta intra diem certam debitor judicato liber abiret: non soluta autem ea parte ad diem, ut in solidum teneretur. Quæritur ergo utrum hoc an illud judex appellationis disquirere debeat? Et respondet Papin. judici appellationis non esse quærendum, an pecunia debeatur, sed de fide transactionis tantum, an inter eos, ut proposuimus, ita transactum sit negotium post condemnationem et appellationem interpositam, et proinde judici appellationis non esse quærendum de principali negotio, sed de transactione tantum, et confessione, quæ transactioni inest, justam esse hujus transactionis conventionem et justam conventionem esse servandam, hoc est, quæ jure non improbatur, ut in *l. epistola*, §. *pactum h. t.* Itaque a judice appellationis damnandum esse debitorem, non tamquam jure damnatum a priori judice, sed tanquam confessum pacto transacto, etiamsi jure damnatus non sit a priori judice: nam confessionem omnem rei, etiam factam in jure sequi condemnatio debet, *l. 5. de confess. l. 5. de custod. reor.* Ex qua condemnatione etiam nascitur actio judicati, cujus in hac specie proculdubio executio pertinebit ad judicem appellationis, qui debitorem tanquam confessum condemnavit, non tanquam jure damnatum priore sententia, quia nec potuit judex appellationis tanquam jure damnatum priore sententia damnare, quia ea de re non cognovit, an jure damnatus esset, sed an pactus et confessus esset. Et vero etiam judex appellationis frustra inquireret in principale negotium, qui habet reum confitentem, *l. proinde*, §. 1. *ad l. Aquil.* nam etsi debitorem judex appellationis tanquam jure damnatum a priore judice damnaret, proculdubio hoc casu jure civili ex opinione interpretum, quam usus admittit, executio judicati non pertineret ad judicem appellationis, sed ad priorem judicem, qui justam sententiam dedit, si modo priori judici suæ sententiæ exequendæ jus et potestas fuerit. Æquum enim est, ut si sententiam major judex ex appellatione pronuntiet esse justam, ejus executio redeat ad eum, qui sententiam dedit, si modo jus habuerit exequendarum sententiarum suarum: nam si sit judex datus, judex delegatus, a quo appellatum sit, redire oportet ad eum, qui dedit, *l. 1. inf. qui et a quo appell.* Rei judicatæ a judice dato legitimus executor est is, qui dedit judicem, ad quem ab eo appellatum est, non ipse judex datus. Non omnis, qui sententiæ dictionem habet, et sententiæ executionem habet: alterum est nudæ cognitionis, alterum jurisdictionis, quam judex datus non habet, *l. a Divo Pio in pr. inf. de re jud.* Et similiter ex Novel. *de sanctiss. episc.* sive ex auth. *si quis litigantium*, *C. de episc. audien.* si ab episcopi sententia appellatum sit ad præsidem provinciæ, et is conservavit sententiam episcopi, eam ipse præses exequetur, *l. episcopale, C. de episc. audient.* quia episcopus suæ sententiæ executionem non habet, hoc est, jurisdictionem non habet, vel forum, ut ait Novella Valentin. *de episc. jud.* sed cognitionem tantum habet et audientiam, sicut judex delegatus. Et inde titulus, *de episcopali audientia*, non *de episcopali jurisdictione.* Et nominatim Sozomenus historiæ ecclesiasticæ lib. 1. c. 9. εἰς ἔργον τὰ κρινόμενα παρὰ τῶν ἐπισκόπων ἄγειν τοὺς ἄρχοντας, hoc est, *res judicatas ab episcopis ad effectum perducere præsides et apparitores eorum.* At si priori judici jus sit exequendæ sententiæ, ut si sit magistratus, cui jus sit exequendæ suæ sententiæ, et ex appellatione major judex ejus sententiam pronuntiaverit esse justam, appellationem injustam, eam ipse non exequetur, sed prior judex. Nec quicquam obstat, qua moti sunt interpretes, una *l. præcipimus* §. *in his autem*, *C. de appellat.* quæ ait, officio judicis appellationis judicatum exequi, quia ille locus non intelligitur, neque loquitur de judicato, quo confirmatur sententia prioris judicis habentis executionem, sed de judicato, quo infirmatur sententia prior, et injusta esse pronunciatur. Quo casu fateor executionem pertinere ad judicem appellationis, qui novam sententiam tulit, non etiam superiori casu. Sed tamen alio jure utimur, ut scilicet utroque casu sibi judex appellationis vindicet judicati executionem, majori scilicet judice, ad quem appellatur commoda executionis præcipiente minori: *Ut piscer sæpe minutos magnus comest.* Male etiam interpretes loquuntur, dum tractant in hoc §. de specie proposita, et dicunt conventionem esse exequendam, cum dicere debeant condemnationem judicis esse exequendam, qui conventionem veluti confessi sequitur, quia nullius conventionis per se executio est: nulla conventio vel obligatio habet executionem forensem paratam citra sententiam judicis, *l. minor* 40. *de minoribus.*

Ad §. Post Divisionem.

Post divisionem bonorum et æris alieni, singuli creditores a singulis hæredibus, non inter-

positis delegationibus, in solidum, ut convenerat, usuras acceptaverunt: actiones, quas adversus omnes pro partibus habent, impediendæ non erunt, si non singuli pro fide rei gestæ, totum debitum singulis offerant.

Sciendum est inter cohæredes fieri divisionem æris alieni hæreditarii duob. modis: vel ipso jure, hoc est, ex 12. tab. pro hæreditariis portionibus, ut *l. 1. C. si cer. pet. l. ult. C. de hæred. act.* Exempli gratia, si sint tres hæredes instituti, primus ex semisse, secundus ex triente, tertius ex sextante, et in ære alieno sint trecenta, pro qua parte singuli hæredes sunt, pro eadem parte ex 12. tab. æri alieno obligantur: atque ita primus debet 150. secundus 100. tertius 50. Vel etiam inter cohæredes fit divisio æris alieni ex conventione ipsorum cohæredum. Et hæc divisio rursus vel fit interpositis delegationibus *l. ut cum pater §. hæreditatem de leg. 2.* Vel fit non interpositis delegationibus nuda conventione sive nudo pacto. Interpositis delegationib. fit, veluti quod omnes hæredes ex 12. tab. pro hæreditariis portionibus debent L. Titio uno in solidum promittente Titio stipulanti ex delegatione cohæredum. Et quod debent Sempronio similiter uno promittente Sempronio in solidum ex delegatione ceterorum: quæ divisio rata est, et omnes tenet etiam creditores, quia novatio obligationis intercessit, quæ obligationem plurium hæredum divisam pro partibus ex 12. tab. omnem transtulit ad unum ex hæredibus in solidum. At divisio æris alieni, quæ fit inter cohæredes non interpositis delegationibus, non facta novatione consentientibus hæreditariis creditoribus, creditores non tenet. Finge, coheredes inter se æs alienum, hoc est; nomina hæreditaria ita divisisse, ut unus solveret nomen Titii in solidum, alter nomen Sempronii, alter nomen Caii in solidum, nec ullam fecisse delegationem. Hoc casu, quia nulla delegatio interposita est, non læditur jus creditorum, et omnibus in singulos hæredes est actio pro hæreditariis portionibus, quia pactio inter cohæredes facta iis noccere non potest, *l. pacto, C. de pact. l. licet. C. fam. ercisc.* *Quint.* declam. 336. *Etiamsi conventione*, inquit, *æs alienum transferatur ad cohæredem, jure tamen et veritate commune est.* Hinc quæritur in h. §. si non interpositis delegationibus ex conventione nuda inter cohæredes facta divisione æris alieni, singuli creditores, perinde ac si interpositæ delegationes fuissent, a singulis hæredibus secundum conventionem hæredum, debiti usuras quisque sui in solidum acceptaverint (quo verbo significatur frequens acceptio, ut in *l. 10. in fin. ff. de ann. legat. et l. 9. in fine, de alim. leg.*) Quæritur, inquam, an illa frequens acceptio usurarum totius sortis, creditoribus postea agentibus adversus omnes cohæredes ex 12. tab. pro hæreditariis portionibus abesse possit, quasi tacite pacti intelligantur, ne agant cum singulis ex 12. tab. divisa actione pro portionibus hæreditariis, sed ut singuli agant tantum in solidum in eum, a quo diu solidi usuras acceptaverunt? Et respondet Papin. obesse creditoribus taciti pacti exceptionem, si velint agere ex legib. 12. tab. si modo totum debitum solvere cuique creditori quisque hæres paratus sit, et offerrat secundum legem conventionis habitæ inter eos. At si solidum quisque hæres solvere paratus non sit, sed pro parte tantum hæreditaria, secundum divisionem legis 12. tab. quæ potior est divisione facta et conventione nuda (lex obligat, conventio nuda non obligat) hoc casu integrum etiam erit creditori uti lege 12. tab. et dividere actiones in omnes pro hæreditariis portionibus.

Et hæc est sententia hujus §. *post divisionem*, quam ita conficies breviter. Pactio facta inter hæredes et creditores hæreditarios expresse vel tacite, qua convenit ut a cohærede quisque creditor suam pecuniam persequeretur in solidum, non interpositis delegationibus, non tollit jus publicum, hoc est legem 12. tabul. qua creditores singulos hæredes possunt convenire pro portionibus hæreditariis, non unum ex hæredibus in solidum, nisi singuli hæredes ex fide pacti singulis creditoribus solidum offerant.

Addatur et alia sententia. Pactionis tacitæ argumentum esse diuturnam acceptationem usurarum totius pecuniæ. Hoc etiam colligunt interpretes ex hoc §. extraneum solvere posse pro debitore creditori invito: sicut ut est certissimum, extraneus potest solvere pro debitore invito, *l. solvere, de solut.* ita etiam possit pro debitore solvere creditori invito: quod non absolute verum est, sed cum hac exceptione, si tacite convenerit inter extraneum et creditorem, ut extraneus sortem solveret pro debitore, puta, usuris ab extraneo pro debitore sæpius acceptis, non aliter.

Ad §. Pater, qui dotem.

Pater qui dotem promisit pactus est, ut post mortem suam in matrimonio sine liberis defuncta filia, portio dotis apud hæredem suum fratrem remaneret: ea conventio liberis a socero postea susceptis, et hæredibus testamento relictis per exceptionem doli proderit: cum inter contrahentes id actum sit ut hæredibus consulatur: et illo tempore, quo pater alios filios non habuit in

fratrem suum judicium supremum contulisse videatur.

Ultimum responsum pertinet ad hanc speciem. Pater in promittenda dote pro filia ita pactus est, ut post mortem suam in matrimonio defuncta filia, partem dimidiam dotis, quam promiserat, necdum dederat, vellet remanere apud hæredem suum fratrem (quem scilicet destinarat hæredem suum facere, cum non essent ei alii liberi) alteram vero partem dimidiam dotis genero præstari jusserat, si filia, ut dixi, moreretur in matrimonio sine liberis: mortua autem filia relictis liberis totam dotem, quæ promissa est, jussit genero præstari. Recte pactus est fratri suo, ut partem dimidiam dotis retineret: quia ut hæredi pactus est, alioquin pactus fuisset inutiliter, quia nemo alteri paciscitur utiliter, nisi patri, in cujus est potestate, vel domino, vel hæredi suo, *l. si pactum, ff. de probat l. avus, ff. de pact. et l. avus, ff. de pact. dotal.* hic pactus est fratri, et futuro hæredi suo. Postea vero pater suscepit liberos, eosque omisso fratre, quem destinaverat facere hæredem, hæredes fecit, et post mortem ejus mortua est filia in matrimonio sine liberis. Quæritur an liberi hæredes scripti possint retinere partem dimidiam dotis? Dubitationis causa hæc est: quod non liberis pactus sit, sed fratri. At Papin. eleganter respondet, liberos petente genero dotem ex stipulatione per exceptionem pacti, sive doli mali, quæ semper est subsidio exceptioni pacti, partem dimidiam dotis retinere posse, quia pater fratri pactus est, non tanquam fratri, alioquin inutile pactum esset, sed tanquam hæredi, quia dixit, *ut remaneret apud hæredem suum fratrem,* et hæredes hodie sunt liberi, quos pater præter spem sustulit, non frater. Ergo liberis danda est retentio partis dimidiæ: quia in paciscendo fratris appellatio demonstrabat tantum, quem sibi hæredem destinaret eo tempore, quo desperabat se habiturum liberos: fratris appellatio demonstrabat, in quem esset collaturus supremum judicium suum. At hæredis appellatio demonstrabat, cui consultum vellet. Summa igitur sententia hæc est: pactum fratri ut hæredi, quem scilicet animo destinaret facere hæredem, nec dum faciebat hæredem, prodesse cuicunque alii hæredi, si frater hæres non fuerit: non tantum filio, quem postea suscepit, sed etiam estraneo, quem postea pœnitentia ductus fecit hæredem, nullo suscepto filio. Hæc est mens Papin. unde male ex h. §. colligunt interpretes, donationem quam orbus contulit in extraneum, revocari postea adnascentibus liberis, quæ est sententia *l. si unquam, C. de revoc. don.* non hujus §. *ult.* quia in specie ejus nulla fit revocatio: sed pactum fratri ut hæredi, consistit in persona cujuscunque hæredis, non in persona fratris, qui non extitit hæres: ergo et in persona hæredis extranei, nedum in persona filii hæredis instituti.

Ad L. IX. de Postulando.

Ex ea causa prohibitus pro alio postulare, quia infamiam non irrogat, ideoque jus pro omnibus postulandi non aufert, in ea tantum provincia pro aliis non recte postulat, in qua præses fuit, qui sententiam dixit; in alia vero non prohibetur, licet ejusdem nominis sit.

Inter genera pœnarum hoc quoque receptum est, ut ex causa advocato advocationibus et postulationibus interdicatur, hoc est, prohibeatur postulare pro aliis, et adesse litigatoribus, *l. moris, de pœnis*, quod est silentium irrogare advocato, *l. 8. hoc tit.* et pœna silentii. At silentium vel irrogatur sine infamia, vel cum infamia. Quod irrogatur cum infamia, aufert jus postulandi pro omnibus, hoc est, jus postulandi ubique gentium, non pro omnibus omnino personis: nam certæ sunt personæ pro quibus etiam infames postulare possunt, *l. 1. §. ait prætor, h. tit.* veluti pro parentibus et patronis etiam infames postulare possunt. Silentium vero, quod irrogatur sine infamia, id est, salva existimatione, non aufert jus postulandi pro omnibus, hoc est, ubique gentium: nam etsi quis sit prohibitus postulare in una provincia salva existimatione, licet non possit in ea provincia postulare, in qua prohibitus est a Præside, poterit tamen in alia provincia, quia non est infamis, licet alia provincia sit ejusdem nominis, ut si sit prohibitus postulare in Mysia inferiori, quæ hodie dicitur Bulgaria, non prohibetur postulare in Mysia superiori, quæ dicitur Servia. Exemplo adsessoris, qui si ortus sit ex Mysia inferiori, licet in ea provincia Præsidi in consilium adsidere non possit, tamen adsidere præsidibus Mysiæ superioris poterit, *l. 3. sup. de offic. adsess. l. 9. inf. de capt. et postlim.* Si sit ortus ex Germania inferiori poterit adsidere præsidibus Germaniæ superioris, quo exemplo etiam utitur *d. l. 3.* Et quæ sit Germania inferior, quæ superior, Dio 53. explicat; superior qua effluit Rhenus, inferior, qua influit in mare Britannicum, et utraque eis Rhenum in Galliis dicitur.

Ad L. ob hæc XX. de His, qui not. infam.

Ob hæc verba sententiæ præsidis provinciæ; callido commento videris accusationis instigator fuisse, pudor potius oneratur, quam ignominia videtur irrogari: non enim qui exhortatur, mandatoris opera fungitur.

Certum est calumniæ damnatum notari infamia ex edicto Prætoris. At quæritur in hac l. 20. an calumniæ damnatus, an notatus tanquam calumniator videatur is, de quo Præses provinciæ ita pronunciavit causa cognita: *Callido commento videris accusationis instigator fuisse.* Verbum, *videri*, est solemne in sententiis, quod primus notavit Budæus: respondet autem Papin. hujusmodi sententiam onerare quidem ejus pudorem et verecundiam apud bonos et graves viros, sed ipso jure ei infamiam non irrogare, quod pronuntiatus sit fuisse instigator calumniosæ accusationis: nam aliud est instigare, aliud mandare. Instigare est exhortari, non calumniari, non mandare alteri, ut calumnietur. Mandatoris quidem eadem pœna est, quæ calumniatoris, sicut mandatoris et homicidæ, *l. non ideo, C. de accusat.* sed non eadem conditio est calumniatoris et hortatoris seu instigatoris ad calumniam faciendam alteri. Opponitur vero huic legi *l.* 1. §. *incidit, inf. ad SC. Turpill.* quæ lex aperte dicit eum, qui instigat accusatorem, si subornatus accusator non potuerit probare quod intendit, teneri Senatusconsulto Turpill. tanquam calumniatorem, denique instigatorem puniri tanquam calumniatorem. Qua in re laborat hic Accursius frustra, cum nihil sit expeditu facilius: illa *l.* 1. §. *incidit*, non loquitur simpliciter de eo, qui instigat, sed paulo post subjicit, *et instruit accusatorem dando probationes, etc.* hic plusquam instigator est, denique hic calumniator est. Papinianus hoc loco agit de nudo instigatore.

Ad L. XVII. de Compensat.

Ideo condemnatus, quod arctiorem annonam tempore ædilitatis præbuit, frumentariæ pecuniæ debitor non videbitur. Et ideo compensationem habebit.

Sciendum est differentiam esse inter Ædilem plebis, et curatorem rei frumentariæ, vel curatorem frumenti coemendi, quem et nostri auctores σιτώνας vocant. Huic de publico datur pecunia, frumenti et annonæ comparandæ gratia, quæ condatur in horrea publica, et erogetur militibus vel aliis, quibus de publico salaria debentur. Hic curator rei frumentariæ, si condemnetur quasi ejus pecuniæ debitor, aut quasi ejus pecuniæ reliquator, quam accepit de publico annonæ coemendæ gratia, an poterit opponere compensationem ejus pecuniæ, quam ei invicem debet respublica vel fiscus? Minime: hoc enim constitutum est in debitore pecuniæ frumentariæ, ut non possit uti ulla compensatione, sed protinus reliquam pecuniam inferre cogatur, *l. aufertur*, §. *ut debitoribus, de jure fisci, l. ob negotium, h. t. l.* 3. *C. eod. tit.* Publica utilitas, sive ratio annonæ publicæ præferenda est utilitati privatæ. At alia est ratio Ædilis: hic enim annonam quam curator rei frumentariæ coemit præbere solet et erogare populo vel militibus, vel iis quibus debentur panes civiles, et si forte condemnatus fuerit, quod præbuerit aretiorem annonam, hoc est, quod eam præbuerit parcius, aut injusto pondere, quod fraudarit annonam publice debitam, ut in *l. vix, de judic.* non prohibetur uti compensatione ejus pecuniæ, quam sibi vicissim respubl. vel fiscus debet: nam compensatio talis inhibita est debitoribus pecuniæ frumentariæ: hic non est debitor pecuniæ frumentariæ, sed arctioris præbitæ annonæ. Et omnino legendum est, ut in Florentinis legitur, hoc loco *Ædilitatis tempore eum præbuisse arctiorem annonam*, ut in Basilicis ἐν τῷ ἀγορανομεῖν: nam quod tentavit Duarenus reponere *edulitatis*, nemo unquam approbavit, quoniam vox est barbara, et decepit eum corruptus Lampridii locus in Alexandro: *cum edulitatem populus Romanus ab eo peteret*: cum sit legendum ex veteribus: *cum vilitatem populus Romanus ab eo peteret* (hoc est, ut annonæ pretia vilia constituerentur) *interrogavit per curionem, quam speciem caram putarent: illi continuo exclamaverunt, carnem bubulam, atque porcinam: tunc ille non quidem vilitatem proposuit*, id est, edictum quo minuebantur ejus annonæ pretia, *sed jussit ne quis suminatam occideret, ne quis lactantem, ne quis vaccam, ne quis damalionem*, et idem auctor in Commodo: *Proposuit*, inquit, *vilitatem, ex qua majorem pecuniam fecit.* Igitur facessat illa vox *edulitatem*, et retineamus, quam posuimus speciem; quendam Ædilitatis tempore præbuisse viliorem annonam, hunc frumentariæ pecuniæ debitorem non esse: et ideo conventum eo nomine habere compensationem pecuniæ, quam sibi Respublica debet ex alia causa.

Ad L. LV. Mandati.

Procurator, qui non res inclusas subtraxit, sed traditas non reddidit, judicio mandati, non furti tenetur.

Sententia est apertissima: meo procuratori dedi res aliquas inclusas in cistam, ut perferret ad Sempronium: non pertulit, sed retinuit cistam, nec tamen aperuit eam, aut fregit, atque adeo res non contrectavit: ait Papinianus, hunc domino non teneri actione furti, quia furtum sine contrectatione non fit, id est, quin res eo loco moveatur, sed eum teneri actione mandati, quod mandati fidem non expleverit: neque vero earum rerum nomine tenetur furti, quia eas res non contrectavit, ut

dixi, neque cistæ nomine, quia lucrandæ cistæ animum non habet, et tamen si res contrectasset, etiam cistæ nomine furti teneretur, etiamsi non fuisset ei animus subripiendæ cistæ, *l. qui sacrum, de furtis.*

Ad L. I. de Jur. aur. annulor.

Inter ceteros alimenta liberto relicta, non idcirco non debentur, quia jus aureorum annulorum ab Imperatore libertus accepit.

§. 1. *Diversum in eo probatur, qui judicatus ingenuus, collusione per alium patronum detecta conditioni suæ redditus, alimenta sibi, quæ tertius patronus reliquerat, præberi desiderat: hunc enim etiam beneficium annulorum amittere placuit.*

Species hæe est: duo vel tres erant patroni plurium libertorum, Primus, Secundus, Tertius. Tertius moriens testamento reliquit legatum libertis suis omnibus generaliter. Post unus ex libertis impetravit jus a Principe aureorum annulorum: quæritur, an hic qui donatus est jure annulorum aureorum a Principe, admittatur ad legatum, quod relictum est libertis, quoniam videtur desiisse esse libertus accepto jure annuli aurei? Sed apertissimum est, quod initio respondet Papinianus, nihilominus eum admitti ad legatum, quia non desinit esse libertinus. Honorem tantum et jura ingenuitatis habet, ingenuus non est; non mutat conditionem nec statum, qui augetur dignitate ingenui, non mutat statum libertini, *l. 33. §. 2. sup. de cond. et demonstrat. l. 2. C. de jure aur. an. l. 1. C. ad leg. Visell.* Ergo cum non desinat esse libertinus, admittitur ad legatum relictum libertis, quia non mutat statum; augetur tamen honore ingenuitatis, et adscribitur in numerum equitum Romanorum. Ideoque hoc jus non dabatur, nisi ditioribus libertis, puta, habentibus in bonis 400. millia sestertium, qui erat census equestris. Arnob. lib. 4. *Pecuniam donare, annulos aureos, et loca priora in spectaculis.* Sveton. in Jul. *Jus annulorum dedit cum millibus quadringentis.* Sed, quod erat difficilius, quæritur in hac lege: si is libertus, qui impetravit jus aureorum annulorum, postea proclamaverit ad ingenuitatem, adserens se ingenuum esse, et neminem patronum se agnoscere, negant patronum, et collusione habita cum Secundo uno ex patronis ingenuus pronunciatus sit: deinde Primus alter patronus detexerit collusionem, ad quam rem detegendam etiam quilibet extraneus admittitur, cui jus postulandi est, *l. 2. §. 1. de collus. deteg.* post detectam collusionem hic, quem res judicata fecerat ingenuum, quia pro veritate habetur, *l. ingenuum sup. de statu homin.* redditur conditioni pristinæ, hoc est, redigitur ad libertinitatem, et fit libertus Primi, qui detexit collusionem, ut *l. pen. C. de collus. deteg.* An ergo admittitur ad legatum relictum libertus, qui impetravit jus annulorum aureorum, deinde e patrono ingenuus pronunciatus est colludente adversario, post detecta collusione redditus est libertinitati, an capiat inter alios? et dicitur non capere, quia videtur renuntiasse testamento, qui curavit se ingenuum pronuntiari. Qua ratione etiam Papinianus ait placuisse Principibus, ut hic etiam amitteret jus aureorum annulorum, quod impetraverat ante sententiam pro ingenuitate dictam per collusionem adversarii: quia etiam affectando ingenuitatem videtur se eo jure abdicasse, videtur deposuisse jus aureorum annulorum, quod etiam confirmat *l. 2. hujus tit. et l. homo, de statu hom.*

Ad L. LXXXI. de Furtis.

Ob pecuniam civitati subtractam, actione furti, non crimine peculatus tenetur.

Finge: curator rei frumentariæ pecuniam civitatis subtraxit et in usus suos convertit: constat eum teneri furti, sicut si quamvis aliam rem civitatis subtraxisset, *l. sed etsi imaginem, §. ult. hoc tit.* Dubitabatur an etiam criminaliter teneretur judicio peculatus? Dubitationis causa hæc est, quia crimen peculatus intenditur tantum in furem pecuniæ publicæ populi Romani, et civitates aliæ privatorum loco habentur, *l. 15. de verbor. signif.* Et sane ita respondet Papinianus, ob pecuniam civitati subreptam eum teneri quidem furti, privata actione et civili, non crimine peculatus, non actione criminali; cui oppone *l. 4. §. ult. ad l. Jul. peculat.* quæ ait evidenter: recte institui accusationem peculatus in eum, qui pecuniam subripuit civitatis cujuscunque, vel municipii: sed addit *d. l. 4.* hoc esse ex constit. Trajani et Adriani, qui scilicet legem Juliam peculatus, quæ erat tantum de pecunia pop. Romani, porrexerunt etiam ad pecuniam civitatis cujuscunque, sicut edictum, *ex quibus causis majores,* certum et exploratum est, constitutiones porrexisse ad quascunque civitates, quod erat tantum de civitate Romana, *l. legatis, ex quibus causis majores.* Igitur necessario hac distinctione utimur, ut dicamus in aliis plerisque causis separandum esse jus a constitutionibus. Papinian. respicit ad jus, hoc est, ad ipsam legem peculatus, quæ tantum est de pecunia pop. Rom. et quod ait *l. 4. §. ultimo, ex constitutionibus,* plane ostendit ipso jure non ita esse, de quo Papinianus respondet. Male Antonius Augustinus has duas leges non pugnare, quia videantur di-

versa proponere, non contraria, quia plane sunt contraria, cum una negat, altera affirmet. Alciati etiam sententia jampridem explosa est, qui metu illius l. 4. adductus, non metuit in hac l. 81. addere negationem, et legere *actione furti, necnon crimine peculatus tenetur*: quod omnino falsum est.

Ad L. I. de Crimine stellionatus.

Actio stellionatus neque publicis judiciis, neque privatis actionibus continetur.

His verbis Papinianus significat actionem stellionatus non venire ex legibus, non esse legitimum et ordinarium judicium, non verti in ea actione crimen legitimum aut pœnam legitimam, ut ait *l.* 3. §. *penult. hoc tit.* pœnam stellionatus nullam esse legitimam, cum nec legitimum crimen sit, hoc est, ordinarium; ut legitimi gladiatores, id est, ordinarii, non catervarii: legitimæ feriæ, id est, ordinariæ, non quæ indicuntur extra ordinem et præter consuetudinem. Publica judicia ex legibus veniunt, ut ait *l.* 1. *de pub. jud.* puta ex l. Julia Cornelia, Pompeja, Fabia, Rhemmia, Visellia. Hæ sunt leges publicorum judiciorum: sed lex Julia est multiplex: ceteræ sunt singulares, hoc est, de certis et specialibus quibusdam criminibus singulæ privatæ actiones, veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni injuria dati, quatuor actiones sunt, quæ etiam veniunt ex legibus certis, vel ex Edictis Prætorum. Et privatis actionibus actionem stellionatus non contineri certissimum est; quia hæ actiones sunt civiles, non criminales. Actio autem stellionatus est criminalis. Qua ratione dubitabatur an actio stellionatus, an judicium stellionatus publicis judiciis posset adscribi: sed eleganter l. 1. *infra de publicis judiciis ait*, non omnia judicia, in quibus vertitur accusatio criminalis, esse publica. Hujusmodi est judicium stellionatus, in quo quidem vertitur crimen, nec tamen est publicum judicium, *l.* 3. *de extra. crim. l. quid ergo*, §. *ult. de his qui not. infam. l. tertia, C. de crimin. stellion.* Privatorum, aut publicorum judiciorum, quæ ex maleficiis nascuntur, pœna est legitima, hoc est, certa lege definita; stellionatus nulla est pœna legitima, ergo stellionatus neque publicum neque privatum crimen est, sed extraordinarium. Extraordinarium crimen est, cui nulla specialis pœna imposita est legibus aut constitutionibus, sed liberum arbitrium est magistratui, qui de eo crimine cognoscit, causa cognita statuendæ pœnæ, *l.* 1. *de effract.* Statuendæ, inquam, pœnæ, quam nulla lex statuit: qua de causa hæc crimina extraordinaria a Rhetoribus in declamationibus dicuntur *crimina inscripta*, quod de eis nulla lex scripta sit, sicut de publicis vel privatis: sed vel sunt inducta moribus, ut de crimine prævaricationis extraordinario dicitur in *l.* 3. *de prævar.* vel etiam constitutionibus adnotata sunt, non imposita certa pœna, quia et inscriptum esse videtur crimen, cujus pœna non adscripta est, etiamsi ipsum crimen sit scriptum, notumve legibus, Stellionatus autem est omne crimen, quod aliud nomen non habet proprium, vel malitiosa quælibet et vafra calliditas, quæ proprio nomine vacat. Exempla multa dat *l.* 2. *hoc titulo.* Est autem hoc crimen, licet publicum non sit, aliquando famosum, ut ait *l. quid ergo*, §. *ult. de his qui not. inf.* sicut crimen expilatæ hæreditatis, licet publicum non sit, est famosum tamen et turpe, *l. si te, C. ex quibus caus. infam. irrogetur*, non ergo sola judicia publica sunt famosa, sed etiam privata quædam et extraordinaria, *d. l. quid ergo*, §. *ult.* Plane præcidit crimen stellionatus esse famosum, et tamen *l.* 2. *hoc tit.* ait crimen stellionatus non esse famosum, sed pœnam, coercitionem extraordinariam habere. Videtur esse ἐναντιοφανές, hoc nemo melius expedivit, quam Joannes vetus interpres, ex *l. infamem, de publ. judic.* quod dicat illa lex quædam judicia, quæ non sunt publica irrogare infamiam, videlicet, ut ait, si ex causa infami descendant ea judicia: si ex ea causa descendant ea judicia criminalia, ea crimina, quæ non sunt publica, quæ in civili judicio condemnato importent infamiam, ut si descendant ex causa furti, quæ in civili judicio, id est, in actione furti proculdubio condemnato importat infamiam: nam actio furti est famosa. Absurdum autem est actionem civilem esse famosam, et criminalem, venientem ex eadem causa non esse famosam, quæ actio asperior est. Itaque rectissime Joannes hac utitur distinctione. Aut crimen stellionatus ex ea causa venit, quæ judicio civili irrogat infamiam, veluti ex causa depositi, et hoc casu crimen stellionatus est famosum: aut venit ex ea causa, quæ in judicio civili non importat infamiam, ut ex causa pignoratitia, vel ex causa empti, vel ex causa indebiti soluti, ut in specie *l.* 1. *et l. tutor*, §. 1. *de pignor. act. et l. cum æs pro auro, de furt. l. si fidejussor*, §. *in omnib. mand. l. statuli.* §. 1. *de statulib.* Et in his tantum causis procedit, quod ait *l.* 2. *h. t.* crimen stellionatus non esse famosum. Causa criminis est inspicienda, hæc crimen famosum facit, vel non facit.

Ad L. XII. ad Municipal.

Et ei contra nominati collegam actionem utilem dari non oportet.

Lex est de magistratibus municipalibus, ut ea

quæ præcedit, et ea quæ sequitur, quibus hæc lex 12. interjecta est; ut in urbe duo erant Consules, qui rempub. administrabant, ita etiam instar consulum in singulis municipiis creabantur quotannis duo magistratus municipales, qui et passim ob eam rem Duumviri appellantur. Duumviri et magistratus municipales idem est. Hi suo periculo rempublicam administrant: qua de causa, et initio magistratus cavent datis fidejussoribus rempublicam salvam fore, quam ipsi administrandam suscipiunt, et sub finem anni (quoniam, ut dixi, annuus est magistratus) ambo suo periculo sibi nominant successores: quam nominationem nunquam non sequitur respublica, vel ordo civitatis, quare fit, ut ea nominatio etiam creatio appelletur: et nominatores creatores vocentur, vel χειροτονητοί: quoniam eam nominationem respublica semper sequitur, quia suo periculo semper sibi nominant successores in sequentem annum. Igitur ex nominatione et laudatione successorum reipublicæ tenentur, perinde atque fidejussores, si quid ii male gesserint in republica, quos sibi successores nominaverunt. Obligatur etiam quisque eorum pro collega suo, quia licet duo sint, unus tamen est magistratus, una respublica, cujus vicem sustinent, *l. magistratus h. tit.* denique pro magistratu municipali sive duumviro obligatur fidejussor et nominator et collega. Sed videamus quo quisque ordine conveniatur. Ac primum quidem, qui ob rem male a se gestam in magistratu, veluti ob pecuniam publicam non idoneis nominibus collocatam debitor est reip. principalis primum convenitur is si solvendo non sit tempore depositi magistratus, fidejussor ejus convenitur, post fidejussorem convenitur nominator, ut in *l. seq.* et ultimo loco, si ab illis res civitatis servari non possint convenitur collega. Igitur fidejussor prius convenitur quam collega, itemque nominator, qui instar est fidejussoris prius quam collega: et ita definit Papinianus in *l. 11.* præcedenti, optima ratione: quia major est ratio conveniendi nominatoris quam collegæ: nominator enim tenetur fidei suæ ratione, quia nominator eum quem nominavit idoneum esse fide sua jussit, atque ita tenetur ex contractu suo et fide data: denique fidem suam pro eo abstrinxit, quem suo periculo nominavit. At collega non tenetur fidei ratione, quia nullam fidem dedit, qui nihil cavit, nihil promisit. At tenetur negligentiæ tantum et pœnæ nomine, quod negligens fuerit in admonendo collega, ut rem bene gereret in observando actu omni collegæ sui, vel etiam, quod rem, quam collega gessit male, non gesserit ipse: quoniam utriusque officium est individuum et commune, ut ait *l. 11. in princ. hoc tit.* negligentiæ pœna hæc est, ut teneatur pro collega, qui male rempub. administravit. In collegam igitur est pœna; in collegam, est culpa; in nominatorem est fidei datæ sive rei persecutio. Et æquius est pœnæ exactionem posteriorem esse: id est, non ante perveniri ad pœnam, quam defecerit omnis ratio servandæ rei, ut in *l. 3. C. quo quisque ord. conven. lib. 11.* Apparet igitur hac in re nominatorem comparari fidejussori: nam ut fidejussor, ita nominator prius est conveniendus, quam collega. Additur in hac l. 12. alia etiam in re comparari nominatorem fidejussori: nam ut fidejussor, qui solidum solvit creditori, adversus alium fidejussorem non habet utilem actionem; qua ab eo recipiat partem pecuniæ solutæ, ut constat ex *l. 5. de fidejuss. l. cum alter. C. eod. tit.* ita nominatori, qui solidum solvit, non datur actio utilis adversus collegam, qui simul cum eo nominaverat successores: et hoc est, quod ait in hac lege: *Et ei, qui nominaverit contra collegam utilem actionem dari non oportere*: et additur, *sicut nec fidejussori dari oportet utilem actionem adversus confidejussorem*: et sic vulgo legitur in hac *l. et ei, qui nominaverit contra collegam utilem actionem dari non oportet*, frustra repetitis ex l. proxima superiori illis verbis, *qui nominaverit*, quæ sunt in extremo legis superioris. Qui vero nominaverit, fidei ratione convenitur. Et subjicitur: *et ei*: frustra additur, *et ei qui nominaverit*, quod satis intelligitur conjuncta lege superiori. Et etiam ea verba, *qui nominaverit*, in hac l. 12. supplevisse interpretem aliquem verum est, cum nec sint in Pandectis Florentinis: in quibus tamen Pandectis Florentinis etiam vocem *nominati*, quæ in eis ita legitur, *et ei contra nominati collegam*, hanc, inquam, *vocem nominati* ex interprete aliquo subrepsisse ostendit Accursii glossa, quæ vocem illam *nominati* supplet, et perperam, quia non contra collegam nominati successoris, sed contra collegam suum nominatori, qui solidum solvit reipub. contra collegam scilicet nominatoris Papinianus denegat utilem actionem. Denique detractis glossis ita legendum hoc loco: *et ei contra collegam actionem utilem dari non oportet.* Ei, hoc est, nominatori, de quo ante egi, sicut fidejussori, qui solidum solvit contra collegam actionem dari non oportet, qua ab eo recipiat partem soluti. Quæ sit ratio mox explicabimus, sed prius opponamus huic responso Papiniani, quod tutori, qui solidum solvit ex culpa communi admissa in administratione tutelæ adversus contutorem est utilis actio pro parte pecuniæ solutæ, *l. 2. §. nunc. tractemus, de tut. et rat. distrah. l. 2. C. de cont. jud.* Item quod duumviro, qui ex causa administrationis in solidum satisfecit reipubl. adversus collegam datur actio utilis, ut est diserte proditum in *l. 2.*

§. *jus reip. de admin. rerum ad civitat. pertin.* Cur ergo fidejussori etiam qui solidum solvit non datur actio utilis adversus confidejussorem? Cur nominatori, qui solidum solvit, quod debetur reipubl. non datur actio utilis adversus connominatorem, id est, collegam suum? Ratio differentiæ hæc est: Quia duo fidejussores et duo nominatores sunt duo rei debendi: singuli debent solidum suo nomine. ipso jure: qui igitur ex iis solvit solidum, solvit suo nomine, ut se liberet obligatione qua tenetur in solidum. Non est igitur quod partem reposcat a collega, cujus nomine non solvit, sed suo tantum qui tenebatur in solidum. At duo tutores, vel duo magistratus non sunt duo rei debendi; quoniam si ambo solvendo sint tempore depositæ administrationis, singuli non tenentur in solidum, sed pro utilibus portionibus, *l.* 2. §. *nunc. tractemus, de tut. et rat. distr. et l. si pupillus, de admin. tut.* Ergo ex iis, qui solidum solvit, non totum solvit suo nomine, quia suo nomine totum non debuit, sed partem suo nomine, partem collegæ nomine solvit. Proinde æquum est ut partem a collega recipiat, quem liberavit, utili actione negotiorum gestorum, quia collegæ negotium gessit non pro se tantum solvendo, sed etiam pro collega.

Ad L. XV. Eod. tit.

Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regressus, ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam ejusmodi meruerunt, durioribus etenim pœnis affectos, ignominia veluti transacto negotio postea liberari. Minoribus vero quam leges permittant, subjectos, nihilominus inter infames haberi. Cum facti quidem quæstio sit in potestate judicantium, juris autem auctoritas non sit.

In primo responso vel in specie primi responsi quæritur: an decurio, qui ex crimine aliquo ad tempus ordine motus est, vel qui ad tempus relegatus est in insulam, aut partem aliquam provinciæ: (nec enim omnis relegatio fit in insulam, sed et in civitatem et regionem aliquam? an, inquam, expleto illo tempore decurionatum recipiat, an reducatur in ordinem, et ad novos honores municipales aspirare possit? Papinianus relegato ad tempus comparat eum, qui ordine movetur ad tempus: quoniam in hac re idem fere jus observatur in utroque, puta, quod proponit initio legis, ut quanto quisque tempore dignitate et decurionatu caruit, tanto regressus in ordinem abstineat novis honoribus civitatis vel municipii, ut si ordine motus sit vel relegatus in biennium, et expleto biennio redierit in ordinem decurionatu adepto vel recepto, non potest capere novos honores antequam aliud biennium fecerit in decurionatu, quem receperit vel adeptus est, quod etiam proponitur, in *l.* 2. *C. de iis qui in exil. dati vel ord. moti sunt lib.* 10. Et ratio hæc est: quia ut novo decurioni non statim patent honores reipubl. ita patere non debent ei, qui recens ex pœna rediit in ordinem, quo exciderat decurionatus pristino honore recepto: nam et hic quasi quodammodo novus decurio est. Aut sane sicut in honoribus petendis et adipiscendis antiquiores præferuntur novis decurionibus, ita æquum est, ut ii, quorum in vita nulla fuit intercapedo dignitatis, præferantur iis, qui dignitatis suæ intercapedinem aliquam fecerunt, deinde reversi sunt in ordinem. Est quidem hæc differentia inter relegatum et remotum ad tempus, quod Senatu vel curia remotus domicilium non mutat, sedem non mutat, *l.* 5. *de Senat.* relegatus domicilium mutat et necessarium domicilium habet in eo loco, in quem relegatus est, ut ait *l. filii*, §. *relegatus, inf. hoc tit.* At in eo, quod dixi ante, quodque Papin. proponit initio hujus legis, jus est commune utriusque, relegati ad tempus, remoti ad tempus, ut post reditum in ordinem tanto tempore abstineat novis honoribus, quanto curia abfuit, nec statim affectet vel appetat novos honores. Commune etiam hoc est utriusque, ut neuter mutet statum, capite minuatur, hoc est, ut neque libertatem neque civitatem neque familiam mutet, *d. l.* 5. *de Senat. l.* 7. §. *sive ad tempus, de inter. et releg.* statum autem dignitatis ut uterque mutet: alius est status capitis, alius status dignitatis: statum capitis non mutant, statum dignitatis mutant, hoc est, habentur infames, *l.* 2. *de Senat. l. penult.* §. *minuitur, de extr. cogn.* Et ratio hæc est: quia nulla ex causa legibus solent irrogari ejusmodi pœnæ, ut reus eat in exilium, vel exeat ordine ad tempus, quæ non sit causa turpis et famosa. Crimen turpe æquum est ut sequatur pœna turpis, quæ importet infamiam: proinde decurio vel relegatus vel ordine motus ad tempus expleto tempore non potest redire in ordinem, quia ordo ille non admittit infamem, ac pro eo est ac si damnatus fuisset in perpetuum. Infamia tempore non aboletur, sed tantum beneficio Principis aboletur, non beneficio temporis: Princeps famæ restituit, quia placitum Principis lex est, et legis est tollere infamiam et restituere famæ. At tempus per se solum non restituit famæ. Infamiæ autem effectus hi sunt: ut in perpetuum privet omni honore et dignitate, ut arceat Senatu, curia, equite, militia, rostris, *l.* 8. *de int. et rel. l.* 4. § *ad tempus, de re milit. l.* 3. *C. eod. titul. l. quisquis*, §. *filii, C. ad l. Juliam majest. l.* 2 *C. de* D.48.22.

dignit. l. 8. *C. de decur.* et ita lege Julia de vi nominatim cavetur, ne damnatus de vi, quem ea lex infamem fecit, fiat Senator, neve decurio (qui et Senator est municipalis, minor Senator :) *neve*, ait, *ullum honorem capiat*, et addit, in *l.* 1. *sup. ad leg. Jul. de vi priv. neve in eum ordinem sedeat*: corrupte : quia lex Julia scripsit , *neve in quatuordecim ordinibus sedeat*. Et hoc est, quod ait Tertullianus libr. de spectaculis. *Damnatos ignominia et cum capitis minutione arceri equite*, et addit etiam lex Jul. *ne judex sit*, *nec judex dari possit*, ut *l. cum prætor* , *de jud. l.* 2. *de Senat.* quæ etiam adjicit, *nec testimonium dicat* , videlicet , qui iudicio criminali notatus est , non quocumque judicio, nam depositi damnatus civili judicio fit quidem infamis, sed a testimonio non repellitur. Adde etiam nec infamem publico judicio quemquam accusare, nec populari actione agere posse, *l. qui accus. de accus. l.* 4. *de pop. act.* nec in consilio magistratibus adsidere posse , *l.* 2. *de off. adsess.* nec postulare posse pro omnibus , *l.* 1. §. *ait prætor*, *ff. de postul.* Et postremo severius puniri infamem, si quid deliquerit quam integræ frontis, non inscriptæ frontis hominem, *l. capitali* §. *ult. de pœn.* Illi sunt effectus infamiæ. Summus ille, ut in perpetuum privet omni honore et dignitate, ut excludat omni honore et dignitate. Nunc hoc adsumamus. At ille decurio ordine motus, vel relegatus, exactus ad tempus, notatur infamia, ergo decurio fieri vel esse non potest : denique in ordinem venire aut redire non potest , et tamen initio posui ordine motum , vel relegatum ad tempus expleto tempore in ordinem reverti: h. e. decurionem fieri vel esse, ac si nunquam desierit. Quid? nunquid a me ipse dissideo? aut qui hoc pono , sine juris auctoribus pono ? minime. Sciendum enim est, non semper notari infamia decurionem, qui relegatur vel removetur ad tempus: notatur quidem infamia, si hanc pœnam relegationis vel remotionis ab ordine, in quam reum judex damnavit, ipsa lex indixerit nominatim : quod est etiam proprium legis. Damnatio est judicis : pœna est legis solius jure ordinario, cum rite et ordine agitur. Etiam notatur infamia is , cui lex graviorem pœnam inflixit , si ei judex extra ordinem hanc tanquam mitiorem pœnam indixerit: ut si cui lex indixerit deportationem , quæ capite minuit , judex indixerit relegationem ad tempus , vel in perpetuum, quæ pœna non minuit statum : nec enim ideo minus, imo, ideo magis damnatum sequitur infamia , quia boni consulere debet humanitatem sententiæ , quæ cum relevat pœna legitima , quæ est acerbior, nec desiderare etiam potest contra legem præterquam sententiam , ut etiam liberetur infamia , quod proponitur in *l.* 3. *tit. seq.* At non notatur infamia is, cui judex duriorem pœnam inflixit, quam lex permittit , ut si quem lex mulctat parte bonorum, eum judex ordine moveat vel releget ad tempus , quæ pœna utique gravior est. Nam graviore pœna videtur cum reo transactum de fama, ut scilicet, urbe vel curia abiret illæsa estimatione, *l. quid ergo* , §. *pœna* , *de his qui notant. infam. l. in servorum*, §. *ult. de pœn. l.* 5. *tit. seq.* Et hoc est , quod ait Papinian. in hac lege : *Veluti transacto negotio* , h. e. *quia severitas sententiœ cum ceteris damnis transigere videtur* , ut ait *l.* 4. *C. ex quibus caus. infamia irrog.* In qua ut hoc obiter admoneam, manifestum est , ubi est, *relegatum* , legendum esse *relegandum*: ubi *damnandum* , legendum esse *damnatum*: quæ commutatio est frequens in auctoribus : nam species hæc est : Proconsulem Possidonium in annum relegandum tantum , damnasse in quinquennium , et damnatum paruisse sententiæ, id est, quinquennium fuisse in exilio , non fuisse refugam pœnæ : nam refugæ pœnæ augeretur pœna : fuisse igitur Possidonium duriorem sententiam passum , quod sit damnatus in quinquennium, cum damnari tantum debuerit in annum : et ideo reversum , ait , inter infames non haberi , licet actio , ex qua damnatus fuerit , famosa sit : *quia severitas sententiæ cum ceteris damnis transigere videtur*. Ergo ille , qui graviorem sententiam patitur , ob hoc quod relegatur summovetur ad tempus, non fit infamis , aut certo expleto tempore videtur liberari infamia, et consequenter decurionatum adipisci vel recuperare , potest relegatus reversus adipisci , si quis locus vacet , non etiam recuperare pristinum decurionatum : ordine autem motus recuperare potest, nisi quis in ejus locum interim sublectus sit : et hæc est alia differentia inter relegatum ad tempus , et ordine motum ad tempus, quæ notatur in *l.* 2. *tit. seq.* notatur etiam in *l.* 5. illo loco : *non ad tempus sit relegatus*, *sed ad tempus sit ordine motus.* Quod ita ponit, quia hac in re inter hunc et illum differentia est. Et hoc etiam satis evidenter ostendit *l. falsi*, §. 1. *ad leg. Corn. de fals.* dum ait : *Exulem post reditum decurionem recte creari* : decurionem , inquam , creari , non decurionem esse, *ordine motum ad tempus post reditum in curiam confestim decurionem esse*, quod est confestim decurionatum recuperare pristinum. At uterque novos honores decurionatus adepto , vel recepto capere potest : tanto tempore post reditum , ut dixi , in curia transacto, quanto pœna functus est et curia abfuit. Secundum hæc quæ certissima sunt multum interest , ex causa famosa judex extra ordinem minorem an majorem pœnam inferat quam lex ferat. Si minorem , non potest efficere , ut damnatum

non sequatur infamia, si majorem, damnatum non sequitur infamia, licet causa criminis sit turpis et famosa, videlicet si judex reum oneraverit pœna non pecuniaria, ut si relegaverit vel ordine moverit, quem lex pecunia tantum mulctabat: nam si enim oneraverit pœna pecuniaria tantum, ut si furem nec manifestum, quem lex 12. tabul. duplo subjicit, damnaverit in quadruplum, damnatum proculdubio sequitur infamia, *d. l. quid ergo*, §. *pœna*. Et hoc est quod ait *l. non poterit, de furt.* non posse præsidem provinciæ efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia, non posse ejus, quem furti damnat, servare existimationem. Quod est generaliter verum, sive furi infligat pœnam legitimam, sive majorem, sive minorem. Rationem autem differentiæ Papinian. proponit elegantissime hoc loco inter minorem et majorem pœnam, non pecuniariam, quam judex infligit, ut non majorem, sed minorem sequatur infamia, quam rationem ex hoc ipso loco alias retulit Marcianus. *Quia facti quidem*, inquit Papinian. *quæstio est in potestate judicantium: juris autem auctoritas non est.* Retulit, inquam, hanc rationem Marcianus in *l.* 1. §. *sed non utique*, *ad SC. Turp.* et sensus hic est: juris auctoritatem non esse in potestate judicis, hoc est, pœnam criminibus non imponi arbitrio judicis, sed constitui lege: judicem pœnam legitimam minuere vel augere non posse: corruptam videri sententiam si sit legibus mitior aut durior. M. Tullius in prætura urbana: *lex est, pœna est*, inquit. *Quid hoc ad eum, qui jus dicit? in pœnis ferendis nullæ sunt partes judicis.* Et ideo quem pronuntiavit judex calumniam, aut furtum fecisse videri, quæ causæ turpes sunt, etiam si ei legis pœnam non indicat nominatim, aut si indicat minorem, nihilominus pœna legis statim reum apprehendit, id est, infamia quæ ipso jure infligitur. Relegatio autem vel ordine motio, quia facti est, ipso jure non infligitur sine executione judicis. Et punitur judex, quod minorem pœnam inflixerit, quodve majorem, ut *l. servos* 8. *in fi. C. ad leg. Jul. de vi*, *l.* 8. *C. Theod. de appellation.* Quod si judex majorem pœnam infligat reo, quam lex permittat, cessat pœna legis, hoc est, infamia, quia non tali pœna adfecto lex irrogat infamiam, sed multo minori. Et plane recessit judex a legis pœna, qui minorem inflixit. At contra non omnino recessit a pœna legis, qui majorem inflixit: nam in majori minor inest, in minori non inest major. Denique pœnam infamiæ sola lex exequitur. Pœnam relegationis vel remotionis ab ordine solus judex exequitur, quia facti res est, et, ut aiunt facti quæstio, hoc est, ut Græci interpretes notant, ἐπεξέλευσις est, in arbitrio judicis, eaque res propterea sæpe judici præbet materiam gratiæ vel ambitionis, *l. eum qui*, *in fine*, *de judic.* non tantum infamia, sed et quælibet alia pœna legis est, sed infamia solius legis infamia juris est. Alia pœna facti, hæc desiderat executionem judicis, infamiæ pœna nullam desiderat executionem judicis. Et hæc est hujus quæstionis sive responsi interpretatio et definitio, cui hoc unum tantum opponitur quod est in *l.* 1. *C. de iis*, *qui in exil. dati et ordine moti sunt*, et *l.* 3. *C. ex quibus caus. infam. irrog.* etiam ordine motum ad tempus mitiore pœna, expleto tempore recipere pristinum decurionatum, addita ratione: *ne pœna, sententia determinata contra fidem sententiæ ulterius porrigatur:* quod etiam idem traditum de relegato ad tempus mitiore sententia, *l. Imperator*, §. 10. *de postli.* At ut respondeamus utendum est eadem separatione, qua ante usi sumus ad *l. ob. pecuniam de furt.* In qua Papinianus ait, *eum qui subripuit pecuniam civitatis cujusdam, non teneri crimine peculatus:* et tamen lex 4. §. *ult. sup. ad leg. Juliam peculat. ait*, *eum teneri crimine peculatus*, sed addit, *ex constitutionibus Trajani et Adriani.* Pap. non respicit ad constitutiones, sed ad jus ipsum, quod semper separaratur a constitutionibus, ut *l. falsa de cond. et demon. l.* 4. §. *deinde*, *ff. de doli exc.* Plane apud Capitolinum Macrinus Imperator jus separabat a constitutionibus, cum id se acturum tenebatur, ut jure non rescriptis ageretur. Et ita quod ante maxime ex Pap. proposuimus, jure ipso verum est: at ex constitutione Antonini aliud est receptum et constitutum, imo ex edicto Antonini, quod est gravius rescripto, ut ait *l.* 3. *h. t.* Cujus edicti pars est in *d. l.* 1. *C. de iis qui in exil. dati sunt: ne posthac*, id est, ne in posterum (quibus verbis abrogat jus vetus quod sequitur Pap.) *pœna temporaria post impletum pœnæ tempus ulterius porrigatur*, *et impediat quo minus quis*, *vel recipiat pristinos honores*, *vel novos adipiscatur.*

Ad §. *In eum*, *qui successorem.*

In eum, *qui successorem suo periculo nominavit*, *si finito magistratu successor idoneus fuit*, *actionem dari non oportet.*

In hoc §. ostenditur, non aliter dari actionem in nominatorem magistratus, quam si magistratus, quem nominavit, non fuerit idoneus eo tempore, quo conveniri potest, id est, tempore depositi magistratus. Responsum est de magistratibus municipalibus sive duumviris, qui annui erant magistratus, et sibi sub finem anni successores nominabant, qui sequenti anno duumviratu fungerentur, et nominabant suo periculo: neque tamen si quid successores male gessissent, ipsi qui nominaverant,

statim conveniri poterant, quia prius sunt excutiendi rei principales, hoc est, duumviri qui Rempub. administraverunt, et ita demum agi potest cum nominatoribus. si principales rei solvendo non fuerint, si ab eis respub. suam servare non possit, aut consequi. Denique prius respublica convenire et excutere debet reum principalem, qui remp. gessit, quam nominatorem vel fidejussorem, ut *l.* 17. §. *filium hoc tit. l.* 5. §. *ult. de adm. rer. ad civit. pertinent. l.* 1. *C. de decur.* Et alia est ratio privati creditoris, alia reipublicæ. Plus sæpe datur privatis, quam fisco vel reipub. quoniam sunt acerbiores exactores, quam privati creditores. In privati creditoris arbitrio est, aut fuit sane in electione, quem prius conveniat, debitorem ipsum principalem, an fidejussorem vel nominatorem, puta, nominatorem tutoris, *l.* 1. *C. de fid. tut. l.* 5. *C. de fidej.* Quod tandem ad extremum Justiniani Novella mutavit, adempta privato creditori potestate electionis, et restituto jure vetustissimo, quo non licebat fidejussores appellare, cum reus principalis erat locuples et idoneus: aut sane, ut Marc. Tul. ait, hoc habuit quamdam δυσωπίαν, fidejussorem appellare, cum reus est idoneus. Est igitur hodie hac in re idem jus privati creditoris et reipublicæ vel fisci, ut excutiantur prius vires rei principalis, quam inquietetur vel fidejussor, vel nominator, aut affirmator, sive laudator, qui veluti fidejussor tenebatur, vel collega.

Ad §. *In fraudem.*

In fraudem civilium munerum per tacitam fidem prædia translata, fisco vindicantur: tantumque alienum interdictæ rei minister de suis bonis cogitur solvere.

Ut intelligatur hic §. sciendum est, munerum civilium quædam esse patrimonialia, quæ prædiis et possessionibus indicuntur; alia esse *corporalia*, sive personalia, quæ personis indicuntur, nec sumptum aut impensam ullam requirunt, sed laborem corporis tantum. Personalia obsequia solvunt tam opulenti quam inopes. Patrimonialia fortunati tantum; quia ipsa non habendi necessitas, ut ait *l.* 4. §. *pen. de mun. et honorib.* inopes satis excusat, etiamsi aliquando locupletes fuerint, ut in *l.* 4. *de iis, qui num. lib. vel paupert. excus. mer. lib.* 10. *C.* inopes sunt, qui non habent prædia: nam opum nomine propie continentur prædia tantum, quæ solo continentur, ut in *l.* 11. §. *si filio, ad l. Falcid. l.* 2. *C. quando et quib. quart. pars debeatur, lib.* 10. Quibus ita præmissis, finge aliquem in fraudem reipub. ut se subtraheret, liberaretve muneribus patrimonialibus, prædia, quæ possidebat, alienasse senatori populi Rom. qui ea munera non agnoscit, et alienasse per imaginariam venditionem, vel, ut Pap. ait, per tacitam fidem, id est, interposita fide servandi sibi ea bona, eorumque bonorum reditus omnes; interposita tacita conventione. Hoc vero genere fraus manifesta facta est reip. cui debentur munera civilia. Et hæc fraus etiam ex Constitutione aliqua plectitur, ut opinor, plectitur videlicet prædiis fisco vendicatis ab emptore, qui tacitam fidem interposuit, servandarum possessionum venditori, et quasi rei illicitæ minister fuerit, eo emptore inferente fisco eorumdem prædiorum æstimationem: uterque punitur venditor et emptor, quia communis est fraus, ut *l.* 1. *ad leg. Fab. de plagiar. l. circumcidere* §. 1. *ad l. Cornel. de sicar. l.* 19. *C. de cursu pub.* Plin. 2. Epist. ep. 11. *Æquissimum est commune crimen emptoris et venditoris, ab utroque defendi, et si diluï non possit, in utroque puniri.* Et placet elegans sententia Cypriani Epist. 68. *Qui junguntur in culpa, in pœna non separentur*: ut similiter in *l. si quenquam, in fi. C. de episcop. et clericis.* Quos par facinus coinquinat et æquat, utrosque similis pœna comitetur.

Ad §. *Ultimum.*

Jus originis in honoribus obeundis, ac muneribus suscipiendis, adoptione non mutatur. Sed novis quoque munerib. filius per adoptivum patrem adstringitur.

Ex responso ultimo hujus legis notandum est, per adoptionem non mutari civitatem, in qua is, qui adoptatur vitam accepit, sed augeri cum alia civitate, ut si te, verbi gratia, Lugdunensem Massiliensis adoptaverit, duæ tibi sunt civitates, quasi bis genito: civem non tantum origo facit, sed etiam adoptio, *l.* 1. *h. t. l. cives, C. de incolis, lib.* 10. *l. in adoptionem C de adopt.* Idcirco non tantum in ea civitate, unde originem ducis, munera civilia facere debes, sed etiam in civitate et patria adoptatoris, quamdiu durat adoptio, ut additur in *l. seq.* Si adoptio emancipatione solvatur, et filius esse desinis adoptatoris, desinis etiam civis esse ejus civitatis, in quam per adoptionem transieras. Denique adoptatus et jus civitatis suæ retinet, et patriam adoptivi patris adsequitur. Patria a patre dicitur, *l.* 1. *C. ubi pupilli. tut.* ut alius est pater naturalis, alius civilis ei, qui adoptatus est, ita duplex est patria, naturalis, et civilis, nec enim adoptio naturalem patriam perimit. Civilis ratio non potest corrumpere jus naturale, originis et sanguinis.

Ad L. XVII. eod.

Libertus propter patronum a civilib. muneribus non excusatur: nec ad rem pertinet, an operas patrono, vel ministerium capto luminibus exhibeat. Liberti vero senatorum, qui negotia patronorum gerunt, a tutela decreto patrum excusantur.

Libertum non excusari a muneribus personalib. reipublicæ, patriæ suæ, propter operas, propter obsequia, vel ministeria, quæ patrono suo debet et præstat, etiamsi, ut ait Pap. quod notandum, patrono, cui Deus cœlum abstulerat, ducatum exhibeat; si duciarius sit patroni luminibus orbi. Utrique servire debet patriæ et patrono, ut *l.* 1. *C. de libert. l.* 1. *C. ad l. Visell.* Patria vero liberto non alia est, quam quæ patrono, ut constat ex *l. filii*, §. *municipes*, *et l. ejus*, *l. assumptio* §. *ult. h. t.* Manumissio quasi natalis dies municipem sive civem facit, *l.* 1. *h. t.* Ælius Gallus apud Festum, *Municeps est*, inquit, *qui in municipio a servitute se liberavit a municipe.* Et hoc quidem, ubi Pap. proposuit initio hujus legis, addit mox veluti exceptionem quandam in §. 1. ut libertus tamen senatoris, qui senatoris negotia omnia procurat, excusetur a tutelis, licet tutelæ etiam sint munera civilia, quod ait esse ex Senatusconsulto. Sed hoc Senatusconsultum juris interpretes strictius acceperunt, puta, ut hanc immunitatem a tutelis habeat unus libertus tantum senatoris, qui ejus negotiis instat, non plures liberti, et ut libertus senatoris maris non fœminæ, *h. e.* libertus clarissimi viri, non clarissimæ fœminæ, *l.* 15. §. *libertus*, *de excus. tut. l.* 15. *C. eod. tit.* et ut immunitatem habeat a tutelis tantum, non a ceteris muneribus civilibus: et rursus libertus, qui ut dictum est, patroni senatoris negotia procurat, non etiam, qui tutelam filiorum ejus administret, *l. libertus*, *eod. tit.* non etiam libertus, qui jus annuli aurei impetravit, qui habetur pro ingenuo, non pro libertino, et ita est proditum in *l.* 1. *et l. cum ex oratione*, §. *ult. eod. t. de excus. tut.* Itaque apparet SC. quod proponitur in hoc §. 1. accipi restricte.

Ad §. Filium.

Filium pater decurionem esse voluit. Ante filium ex persona sua respublica debet convenire: quem pater ex persona filii. Nec ad rem pertinebit, an filius castrense peculium lenium possideat, cum ante militasset, vel postea.

Notandum est, patrem, cujus voluntate filiusf. decurio factus est, qua in re sufficit tacita voluntas, id est, taciturnitas patris, quæ consensum imitatur, eum, inquam, patrem, cujus voluntate filiusfamilias decurio factus est pro filio reipub. obligari ex nuda voluntate atque tacita quasi fidejussione, videl. eorum nomine, quæ filius gesserit in rep. ut *l.* 2. *h. t. et l.* 1. *C. de filiisfam. et quemadmod. pater pro iis teneat. lib.* 10. Sed uti proponitur in hoc §. filium prius conveniri debere ex sua persona ob rem male gestam, quam patrem ex persona filii *l.* 1. *C. de decurion.* sicut ante diximus in *l.* 15. prius esse conveniendum nominatum ad magistratum vel munus publicum, quam nominatorem; prius esse exequendum reum principalem. Ergo in hoc proposito pater non tenetur reip. aliter, quam si filius solvendo non sit; ut si nihil habeat filius in bonis proprium, nihil habeat: sed si eo tempore, quo factus est decurio, habuerit castrense, vel quasi castrense peculium, vel acquisierit post decurionatum, nihil refert, ut ait Pap. quo quidem peculio periculum et damnum pecuniæ reip. sarciatur; et si sufficit, omnimodo liberatur pater, quia reus principalis est idoneus.

Ad §. Præscriptio.

Præscriptio temporum, quæ in honoribus reputandis, vel aliis suscipiendis data est, apud eosdem servatur, non apud alios. Sed eodem tempore non sunt honores in duob. civitatib. ab eodem gerendi. Cum simul igitur utrobique deseruntur, potior est originis causa.

Notandum est legibus esse præscripta tempora certa post depositum honorem municipalem, intervalla certa temporum, ut ait, quibus is, qui perfunctus est honore aliquo municipali, neque repetere cogitur eundem honorem, neque capere novum: hæc sunt tempora quinquennii in repetendo eodem honore. Nam qui eo functus est semel, non cogitur eundem repetere ante quinquennium. In honore autem novo adipiscendo est præscriptum triennium, ut ostenditur in *l.* 2. *C. de munerib. et honor. non continuendis*, hæc obtinent in municipiis vel provinciis. In urbe autem post depositum honorem consulatus, vel præturæ ex Senatusconsulto servabatur quinquennium, puta, ne quis ante quinquennium sortiretur provincias, ut scribit *Dio* 40. *et* 53. *et* 58. Ac ne volens quidem ante quinquennium potest post Consulatum, vel præturam obtinere provinciam. At in municipiis etiam intra illa tempora, quæ dixi, quinquennii vel triennii volentes ad eosdem, vel alios honores accedere possunt, modo non eosdem junctim percurrant atque continuent, nec omni quidem spatio intermisso saltem, et hoc est, quod ait l. 18. quæ sequitur. *Intervalla temporum, de quibus agimus in continuandis honoribus, invitis non etiam volentibus concessa, dum ne quis conti-*

nuet honorem sine intermissione ulla. Ergo qui perfuncti sunt honore aut munere publico, intra ea tempora inviti si vocentur ad eadem vel alia munera publica, ii possunt se tueri præscriptione legibus constituti temporis, cujus immunitate uti licet. Item (ut Papinianus ait in hoc §.) *præscriptio hæc temporum servatur apud eosdem.* Quod male initio Accursius interpretatur de familia ejus, qui semel munere publico, semel honore functus est, cum hoc potius velit, hæc tempora servari apud eosdem, id est, in eadem civitate, ut et in Basil. ἐν τῇ αὐτῇ πόλει, non in alia civitate. Nam si duarum civitatum civis sum, et in una functus sim hoc anno duumviratu vel curatione quadam publica, mox sequenti anno in alia idem honos, idemve munus mihi invito deferri potest. Præscriptio igitur illa temporum pertinet tantum ad eandem civitatem, non ad aliam civitatem. At non omittit Papinianus, quod etiam non potuit omittere, non posse nos eodem tempore, eodem honore in duabus civitatibus fungi: ut ecce non possum duumvir esse in duabus civitatibus. At cum forte in utraque civitate, quæ me civem habet, simul mihi idem honos defertur, quid fiet? Potior erit causa civitatis, ex qua ortus sum, potior erit causa originis: plus debemus patriæ originali et naturali, quam adscititiæ aut civili. In vindicando cive duarum civitatum potiorem causam habet civitas quæ genuit. Et hæc est sententia hujus §.

Ad §. Sola ratio.

Sola ratio possessionis, civilibus possessori muneribus injungendis, circa privilegium specialiter civitati datum, idonea non est.

In hoc §. Papinian. ait, solam rationem possessionis muneribus civilibus injungendis idoneam non esse, citra speciale privilegium, quod civitati dedit Princeps. Hanc sententiam Papiniani male Accursius accipit de personalibus muneribus, cum nominatim loquatur de muneribus possessori injungendis, hoc est, de muneribus quæ possessoribus injunguntur, quæ constat esse patrimonialia, non personalia *l. 6. §. ult. et l. ult. §. patrimoniorum, de mun. et honor.* nominatim ergo loquitur de muneribus, quæ possessori ratione possessionis, tanquam possessori injunguntur, quæ munera patrimonii sunt. Munus patrimonii et munus possessionis idem est. Nec est quod Accursius moveatur *l. form. §. is vero, de censib.* quæ, si hæc Papiniani sententia accipiatur de patrimonialibus muneribus cum ea pugnare videtur, dum ait: eum, qui in territorio alienæ provinciæ vel civitatis agrum possidet, in ea civitate, in qua ager est, tributum soli pendere debere: quod æquum sit agri tributum eam civitatem levare, in cujus territorio possidetur: et tamen Papin. ait: solam rationem possessionis agri non sufficere, ut possessori indicantur munera, quæ possessionibus, possessoribusve indicuntur. Sciendum enim est, munera patrimonalia esse duplicia. Quædam possessoribus prædiorum indicuntur, tam exteris quam civibus et incolis, ut tributiones functionesque solemnes, ut tributa solemnia, quæ debentur fisco, *d. l. forma, §. is vero, et d. l. 6. §. ult. l. ult. §. patrimoniorum, de muner. et hon.* Eadem etiam munera, quæ dixi, omnibus possessoribus injungi, injunguntur et fœneratorib. licet nullum prædium possideant, quod maxime notandum est ex *l. filii, §. ult. hoc tit.* etsi possessionem non habeant. Plerumque fœneratores omne patrimonium in pecunia habent. Ideoque ab iis videntur esse muneribus immunes, quæ possessoribus indicuntur, quia ipsi possessores non sunt: nam possessores cum dicimus, prædiorum possessores dicimus. Et eam ob rem etiam veteri Senatusconsulto fœneratores jubentur duas partes patrimonii in solo collocare, apud Sveto. in Tib. ne fraus fiat solemnibus intributionibus, vel tributis soli. At postea placuit ut fœneratores, tametsi rem soli nullam habeant, perinde atque possessores solemnibus intributionibus fungerentur, *d. l. filii, §. ult.* Quædam alia sunt munera, quæ et possessoribus indicuntur, sed debentur, civitati, non fisco; ut munus exigendi tributi, quod non penditur fisco. Munus exigendi tributi patrimoniale est, quia exactio fit periculo ejus, quem civitas exactorem creavit atque constituit; itemque munus hospitis (quod metatum dicitur) in domum recipiendi, quo etiam non fungimur sine sumptu aliquo et erogatione: hæc munera, quæ civitas indicit, hæc civitatis onera non indicuntur omnibus possessoribus, sed iis tantum, qui cives sunt, vel incolæ, *d. l. 6. §. ult.* Et hoc est quod ait Papin. in h. §. solam rationem possessionis prædii, cui scilicet non est adjuncta causa originis, vel domicilii, seu incolatus, nudam rationem possessionis non obstringere nos iis muneribus, quæ civitas possessoribus indicere potest, quia sola possessio per se neque civem facit, neque incolam; et hoc est quod repetit idem Papin. in §. *sola domus, inf. Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit,* id est, ejus civitatis incolam eum, qui domicilium in ea possidet, non facit, et consequenter non obligat eum sola domus possessio civilibus muneribus, ne iis quidem, quæ patrimonio injunguntur, quod est proditum in *l. 4. C. de incol. et. l. 52. C. Theod. de Decur.* Sedium positio et certa larium collocatio domicilium facit, non sola fundi aut domus possessio:

et hoc est etiam, quod ait lex 35. hoc tit. Sententia legis hæc est, eum, qui in agro demoratur, vel diversatur tantum ad tempus ruris colendi gratia, non esse ejus loci vel civitatis, sub qua ager est, incolam. Qui moratur ad tempus in agro suo in aliena civitate, aut territorio alieno civitatis, non ideo est ejus civitatis incola, quia non utitur, ut ait ἐξαιρέτοις, id est, ejus civitatis muneribus non utitur præcipuis, veluti foro, curia, balneo, spectaculo honoribusque publicis, qui iis utuntur, vel cives sunt, vel incolæ, ut *l. ejus qui*, §. 1. *hoc. tit.* At iis hic non utitur. Ergo neque civis est ejus civitatis, neque incola; et ita etiam explicanda est *l. pupillus* 239. §. *incola*, *de verb. sign.* eum non esse incolam, qui utcunque in oppido moratur, sed qui se in oppidum quasi in sedem suam recepit, qui in eo oppido sedes suas habet; et constitutionem rerum suarum fecit. Et ita etiam explicanda est *l.* 3. *C. de incol.* si legatur negative ut vulgo. Verum huic sententiæ Papin. additur hæc exceptio: *Citra privilegium specialiter civitati datum*; quibus verbis significatur, ex speciali privilegio civitati dato etiam eos obligari omnibus patrimonialibus muneribus, qui neque cives sunt, neque incolæ, si vel unum prædium in ea civitate vel territorio possideant: jure communi non obligari, jure singulari, id est, privilegio obligari, ut in *l.* 6. *C. de incol. l. ult.* §. *præterea*, *de mun. et honor.*

Ad §. Postliminio.

Postliminio regressi, patriæ muneribus obtemperare coguntur, quamvis in alienæ civitatis finibus consistant.

Sententia hæc est: captivitate amissam patriam postliminio recuperari: omni jura recuperari postliminio; ergo et jus patriæ. Sed ait, postliminio recuperari jus patriæ, etiamsi nondum ingressi simus civitatem ipsam, ex qua pater ortus est, sed in finibus consistamus, et in territorio alienæ civitatis in eadem provincia tamen, ut in *l. postliminio*, §. *postlim. de cap. et postlim. revers.* Ideoque statim atque postliminio regressi patriam attigimus, patriæ muneribus obtemperare cogimur, id est, inviti vocamur ad munera civilia: proprie patria, sive, ut Cic. loquitur germana patria est ea, ex qua pater naturalis originem suam duxit, ut *l. assumptio*, §. *si filius*, *h. t.* non ea, ex qua originem nostram duximus, quod aperte est proditum in *l.* 3. *C. de munic. et orig. lib.* 10. Denique non ea, in qua nati sumus, sed in qua pater naturalis natus est. Itaque natus Lutetiæ, si pater sit oriundus a Roma, non Lutetiam, sed Romam habet patriam, Romanus nuncupatur, nisi et ipse pater Lutetiæ natus sit. Patria igitur non est omne natale solum, sed natale solum patris: hoc est jure civili certissimum.

Ad §. Exigendi.

Exigendi tributi munus inter sordida munera non habetur, et ideo decurionibus quoque mandatur.

Munus exigendi tributi, quod est patrimoniale munus (quoniam exactio fit exactoris periculo, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. *exactionem*, *de mun. et honor.*) hoc inquam munus recte decurionibus mandatur, quia non habetur inter sordida et viliora munera. Decurionibus sordida munera non mandantur, veluti obsequium pistrini, vel coquendæ calcis, vel etiam panis civilis, *l. pen. C. de subscriptorib. et arcar. lib.* 10. at munus exigendi tributi, redigendi tributi quod debetur fisco, injungi potest etiam decurionibus. Ergo non est sordidum munus.

Ad §. Ex causa.

Ex causa fideicommissi manumissus in muneribus civilibus manumissoris originem sequitur, non ejus, qui libertatem relinquit.

Dubitabatur cujus originem sequatur is, qui ex causa fideicommissi manumissus est, an testatoris, qui reliquit fideicommissariam libertatem, qui rogavit manumitti; an hæredis vel legatarii qui manumisit? nam in plerisque causis is, qui manumisit ex causa fideicommissi, pro patrono non habetur, tametsi revera sit patronus. Ideo autem in plerisque causis pro patrono non habetur, et jus patroni non habet, quia libertatem non dedit, sed solvit debitam. Is tantum jure civili videtur esse patronus, qui gratuitam libertatem dedit, non debitam. Hic quia libertatem debitam coactus dedit, in plerisque causis jus patroni non habet, *l. nequaquam, de excus. tut. l. qui ex causa, de bon. liber. l.* 1. *C. de lib. et eorum lib.* Attamen in quæstione proposita placet manumissum ex causa fideicommissi, sequi potius patriam hæredis vel legatarii, qui manumisit, et in ea fungi muneribus civilibus, quam patriam testatoris: quia ea fuit mens testatoris, ut manumissoris patriam sequeretur, utque eum solum patronum haberet, nec esset libertus orcinus.

Ad §. In adoptiva.

In adoptiva familia susceptum, exemplo dati muneribus civilibus apud originem avi quoque na-

turalis, respondere Divo Pio placuit: quamvis in isto fraudis nec suspicio quidem interveniret.

Jam diximus in *l.* 15. §. *ult. h. t.* filium adoptivum etiam patris naturalis naturalem originem sequi, nedum patriam patris adoptivi, denique utriusque patris originem sequi. Cur etiam patris naturalis? ratio, quam ibi non exposuimus, hæc est: nam si dicamus patriam patris naturalis amitti per adoptionem, per hanc causam, in fraudem reip. se quisque dabit in adoptionem, ut se subtrahat munerib. patriæ suæ originariæ. Fraude carere adoptio debet, *l. cum ratio, de bon. damn. l. fideicommissum, de cond. et demon:* et Cic. pro domo sua: *Ne qua in adoptione calumnia, ne qua fraus, ne quis dolus adhibeatur.* Et huic adoptioni, aut omni adoptioni videtur inesse fraus, aut suspicio fraudis justa: ut mutet quis familiam suam, ne patriæ suæ naturalis munerib. fungatur, sperans aut existimans per adoptionem mutari etiam civitatem: quod jus non patitur, ne commento adoptionis etiam fraus admittatur. Unde dubitatur cum fraudis suspicio faciat, ut qui se dat in adoptionem, non ideo minus sequatur originem patriæ patris sui naturalis, an nepos ex filio adoptivo natus, susceptus in adoptiva familia, avi naturalis originem sequatur, quia in nepote nato in adoptiva familia ex adoptivo filio cessat suspicio fraudis, cum non sit datus, non adscitus in adoptivam familiam, sed natus. Et eadem ratione mulier per matrimonium longe aliter, quam per adoptionem desinit sequi originem patris sui naturalis, *l. ult.* §. *item rescripserunt, h. tit. l. uni, C. de mulierib. in quo loco mun. sexui congr. et conv. exequi debent.* Quia scilicet nulla potest intervenire suspicio fraudis in votorum festinatione, in nuptiis contrahendis: nec videtur de fraudanda sua civitate potissimum cogitare, quæ per nuptias in aliam civitatem transit. Ideoque per matrimonium mulier amittit naturalem originem sui patris: quia necessario eligit nuptias, et in rem etiam publicam. At in nepote suscepto in adoptiva familia, licet datus non sit, sed natus in ea quoniam hoc res ipsa attulit, natura perfecit, non opera nostra, non commentum nostrum, aut fraus excogitata a nobis, videtur æquum, ut desinat sequi patriam avi naturalis. Sed ut proponitur in hoc §. Divus Pius idem constituit in nepote edito in adoptiva familia, ut scilicet sequatur utramque patriam patris sui, id est, filii adoptivi. Nam ita jus est, ut conditionem patris sequatur filius ex justis nuptiis procreatus. Pater est duarum civitatum civis in hac specie. Ergo et duarum civitatum civis erit nepos ex eo susceptus.

Ad §. Error ejus.

Error ejus, qui se municipem aut colonum existimans, munera civilia suscepturum promisit, defensorem juris non excludit.

Quidam cum falso existimaret, se esse municipem vel incolam certæ civitatis, vel colonum, per errorem ei civitati promisit, se facturum munera civilia, respublica in eo laboraret, et quæreret idoneum, qui ea obiret munera civilia. Denique per errorem promisit, se ea suscepturum munera, ac si deberet his muneribus fungi, tamquam civis vel incola. Ex hac promissione in eum reipublicæ competit actio, sed tueri se potest exceptione doli mali, qui rem indebitam promisit per errorem, quam Papinianus vocat juris defensionem, ut *l. sufficit, de cond. indeb.* Exceptio quid est? defensio juris: poterit ergo se tueri exceptione doli mali: et addatur, ei quoque competere condictionem liberationis, condictionem incerti, ut scilicet eum liberet respublica, et absolvat promissione sua, argumento *l.* 2. §. *aliud juris, ff. de donationib.*

Ad §. Patris domicilium.

Patris domicilium filium aliorum incolam civilibus muneribus alienæ civitatis non adstringit: cum in patris quoque persona domicilii ratio temporaria sit.

Hoc loco necessario repetendum est, quod supra attigi, filium sequi originem patris naturalis, non originem propriam, *l. adsumptio,* §. *filius, h. t. l.* 3. *C. de municip. et orig. lib.* 10. pro qua heri male adduxi *l.* 3. *C. de incolis*, quoniam est *l.* 3. *C. de municip. et orig.* quæ aperte demonstrat, filium sequi originem patris naturalis, non propriam, nisi in ea retineatur jure domicilii, non etiam originem matris. Patria dicitur a patre, ut ostendit *l.* 1. *C. ubi petant. tut.* Patriam a patre dicimus, non a matre, quod etiam ostendit *l. nullus C. de decurionib.* Præter quam si speciale privilegium datum sit civitati, ut eam civitatem sequantur, quibus matres sint ejus civitatis cives, *l. eos qui C. eod. tit.* Alias patrem patriæ non ducimus a matre, sed patriam a patre totam. Et inde notum, quod Virgilius lib. 8. ait:

Gnatum exhortarer, ni mistus matre Sabella
Hinc partem patriæ traheret.

Non est secundum jus, sed poetice dictum, ut et Sidonius Apollinaris docet 4. Epistol. cum ex eo loco Virgilii tentat, et originem matris computari in partem patriæ. Sequitur etiam filius origi-

nem patris adoptivi, ut dixi in §. *in adoptiva*, *et l.* 15. §. *ult.* Domicilium autem patris filius non sequitur, et ita est expressum in *d. l. adsumptio*, §. *filius:* filius civitatem, ex qua pater ejus originem ducit, non domicilium sequitur: hoc Papinian. in §. ita verum esse declarat, ut filius non sequatur domicilium patris, si ipse filius non in ea civitate, in qua pater domicilium habet, sed in alia civitate sibi domicilium fecit. De filiof. loquitur: filiusf. potest domicilium proprium habere ubicunque voluerit, *l.* 3. *et* 4. *hoc tit.* ergo non cogitur sequi domicilium patris, sed quodcunque vult sequitur, et addit rationem Papinian. quia in patris quoque persona domicilii ratio temporaria est, non perpetua; hoc est, incolatus patris non est certus, non est certum domicilium. Filius non sequitur incertam et temporariam sedem patris, sed eam, quam ipse sibi sedem delegerit. Cœli et domicili libera cuique electio est, patrifamilias vel filiofamilias, *l. miles hoc tit.* et ita sive etiam ingenuo sive liberto: nam et libertus si alterius civitatis sit incola, *h. e.* si in alia civitate domicilium fixerit, non sequitur domicilium patroni, originem sequitur. Originis ratio est perpetua, originem patroni sequitur, non domicilium, qui sibi aliud domicilium fecit, *l. ejus qui manumisit*, *h. t.* At filius vel libertus, si alterius civitatis sit incola, tum sane sequitur domicilium patris vel patroni, ut *l. adsumptio*, §. *ult. l. filii in pr. hic.* Et hæc sententia hujus §. Quod dixi initio, originem patris naturalis patriam facere, non originem propriam: ex eo jure nostro, quod est certissimum, non jure quo utimur, velim vos annotare, quoties in jure nostro fit mentio loci, ex quo quis oriundus est (fit autem mentio innumeris locis, *l. adsumptio*, *in pr. l. pen. hujus tit. l. pen. de senat. l.* 7. §. *interdicere*, *et* §. *seq. de interd. et releg. l. Divus, de tut. et cur. datis*) in his omnibus locis oriundi, originis appellationem esse accipiendam proprie pro origine paterna, ut scil. notetur ea appellatione locus originis paternæ, non natale solum, in quo quis natus est. In his omnibus locis retenta propria est significatio verborum aliter, quam sentiat Ant. Augustin. et ut sentit Alciatus significatur locus originis paternæ, non natale solum in quo quis natus est. Nec obstat *l. provinciales*, *de verb. signif.* quæ prima facie videtur esse difficilis, imo falsa, quia et generaliter falsa est, et vera tamen specialiter, *h. e.* non pertinet ea lex ad omnes partes juris, sicut nec ulla lex tituli illius, vel tituli de reg. jur. Et ait, *provinciales esse eos, qui in provincia domicilium habent:* hoc est verissimum, sed subjicit, *eos non esse provinciales, qui ex provincia oriundi sunt*, id est, *qui patrem habent provincialem;* quod generaliter est falsum, ut patet ex superioribus. Specialiter est verum: nam pertinere videtur tantum ea sententia ad eas constitutiones principum, quibus Præses provinciæ, vel Procurator Cæsaris, vel Præfectus cohortis, vel tribunus militum, vel etiam quicunque in provincia meret, et officium aliquod administrat, prohibetur mulierem provincialem uxorem ducere, quia per impressionem sæpe, et potestatem invitas plerumque ducerent uxores nobiliores in ea provincia, ideoque qui officium aliquod administrat in provincia, provincialem ducere non potest, *l.* 3. §. 1. *de don. inter vir. et uxor.* In his Constit. provincialis non æstimatur ex sola origine patris naturalis sine domicilio. Nam ea, quæ oriunda est ex provincia Narbonensi, nec tamen eam provinciam incolit, id est, in ea domicilium non habet, jure ducitur uxor a præside provinciæ Narbonensis, vel ab eo, qui ibi meret, quia cessat ratio potentatus, qui hujusmodi nuptias prohibuit, *l. præfectus*, *de rit. nupt.* neque enim Præses provinciæ, vel qui aliud officium in provincia administrat, quidquam potest in eam, quæ ibi domicilium non habet. Igitur quod ait *l. si quis officium, de ritu nupt.* eum, qui officium administrat in provincia non posse ducere ibi oriundam, vel ibi domicilium habentem, pugnare videtur cum *d. l. provinciales*, quæ pro provinciali non habet eam, quæ provincia oriunda est. Sed brevis distinctio rem expediet. Non potest ducere ex ea provincia oriundam, si in ea habeat domicilium, sed alibi domicilium habentem, licet inde oriunda sit, quasi non habeatur pro provinciali, jure ducere potest. Denique provincialis non est in hac quæstione, quæ ex provincia oriunda est, si in ea domicilium non habeat, si in ea larem non habeat, sed quæ in ea domicilium habeat, licet aliunde oriunda sit: et ita explicanda *d. l. provinciales.*

Ad §. *In quæstionibus.*

In quæstionibus nominatos capitalium criminum ad novos honores ante causam finitam admitti non oportet. Ceterum dignitatem pristinam interim retinent.

His verbis non significat simpliciter nominatos ab indice, sed etiam accusatos capitalium criminum. Nam qui tantum nominatus fuit ab indice, necdum reus postulatus est judicio publico, non prohibetur aut arcetur novis honoribus, *l.* 6. §. *si quis accus. de munerib. et honor.* At qui accusatus est, qui factus ab accusatore reus capitalis criminis, novos honores, quamdiu est in reatu, petere non potest ante causam finitam, antequam purgaverit innocentiam suam, ante sententiam, *l.* 3. §. *quod pater in reatu*, *et l. reus*, *de mune-*

rib. et hon. et. §. 1. *C. de reis post lib.* 11. cum qua puto esse conjungendam *l. reum*, *C. de proc.* quæ etiam reo postulato in causis agendis interdicit procuratoris officio. Tantum igitur abest, ut reus delatus, honore novo fungi possit, ut non possit in litibus ut procurator pro alio intervenire. Recte ait, *Novos honores*: nam pristinum retinet, ut si sit decurio, qui in crimen vocatur, decurionatus honorem retinet, ideoque tormentis et pœnis plebejorum subjici non potest. Et hæc est sententia Papin. Ut priscos honores in crimen vocatus retineat, non novos adipiscatur ante absolutionem, ante finitam litem. Quod jus ex urbe videtur manasse ad municipia: nam apud Sallustium legimus, Catilinam fuisse prohibitum consulatum petere, quod esset reus repetundarum. Et M. Tullius contra Rullum; cum recenseret justas causas repulsarum, quæ tamen non erant exceptæ lege Agraria: *Hac lege*, inquit, *non excipitur adolescentia, non legitimum aliquod impedimentum, non magistratus, non potestas ulla aliis negotiis et legibus impedita, non reus denique, quo minus decemvir fieri possit.*

Ad §. penult.

Sola domus possessio, quæ in aliena civitate comparatur, domicilium non facit. Nominati successoris periculum fidejussorem nominantis non tenet.

Sententia hæc est: fidejussorem magistratus sive duumviri municipalis, qui cavit rempublicam salvam fore, teneri pro iis, quæ gessit magistratus in Magistratu ipso: non teneri autem eum fidejussorem pro eo, quem honore deposito magistratus sibi successorem nominavit: quia scilicet in causam administrationis fidejussit, non in causam nominationis, ut *l.* 2. *C. de per. tut.* Tenetur ergo de administratione magistratus tantum, non ex nominatione, sed ipse solus, qui nominavit tenetur, si res servare non possit ab eo, quem nominavit; ut *l.* 15. §. *in eum, sup.* At notandum, aliud esse in patre, cujus voluntate filius decurio factus est, nam et hic reip. obligatur pro eo, quem filius sibi successorem nominavit in magistratu, *l.* 2. *h. t.* Plenior est obligatio patris quam fidejussoris, quoniam pro eo tenetur pater generaliter, quod gessit filius in rep. et in eo jure Gesti appellatio latissime manat. Pars gesti est nominatio. Ergo cum filius patris voluntate decurio factus sibi successorem nominaverit, eo nomine tenetur etiam pater, quia plus est quam fidejussor, et quasi reus ipse, cum pater et filiusf. pro uno homine habeantur. Et hac distinctione inter fidejussorem et patrem etiam utimur in specie §. ult. ad quem venio.

Ad §. ult.

Fidejussores, qui salvam rempublicam fore responderunt, et qui magistratus suo periculo nominant, pœnalibus actionibus adstringuntur, in quas inciderunt hi, pro quibus intervenerunt. Eos enim damnum Reipublicæ præstare satis est.

Fidejussores magistratus cavent, sive ut loquitur Papin. in hoc §. ult. spondent rempub. salvam fore, *h. e.* damnum præstare, quod re per magistratum male gesta reip. contigerit. Itemque respondisse i. spopondisse intelliguntur nominatores magistratuum, qui suo periculo successores nominant: utitur Papin. ut dixi, *respondendi* verbo; cum etiam in idiotismo nostro utimur aptissime. *Je respons*, *je fay bon pour toy*, quia omnis fidejussor aut quicunque pro fidejussore habetur, tenetur ex responso, aut velut ex responso, quod interroganti responderit, se daturum vel facturum id, de quo interrogatus est. Eodem sensu etiam Greci dicunt ἀντιφωνεῖν, et ἀντιφωνητὴν, *respondentem*: sed nostri auctores eo verbo tantum utuntur in constituta pecunia non fidejussione, quamquam, et fidejussioni conveniret non minus: quam constitutæ pecuniæ respondendi verbum. Ergo fidejussores, et nominatores magistratuum cavent de re pecuniaria, cum caveant remp. salvam fore, non etiam cavent de pœna aut mulcta, in quam inciderit magistratus, qui male administraverit, quia pœna ea est extra remp. et consequenter tenentur tantum reipublicæ iis actionibus, quæ rei persecutionem habent, non actionibus pœnalibus: ut si magistratus pœnæ sit obnoxius, ob interversam pecuniam publicam: eo nomine reip. non tenentur, *l. fidejussores*, *de fidejuss. l. un. C. de per. eorum, qui pro magistr. interven. lib.* 11. Ut autem diximus in §. *penult.* aliud esse in patre, ita jure videmus nos posse dicere, et in hoc §. *ult.* aliud esse in patre, quoniam latior est obligatio patris, cujus voluntate filius decurio factus est: ergo tenebitur pater in pœnam quam incurrit filiusf. culpa sua, qui præstat omne factum filii. Verum trahi velim, quod ait Papin. in hoc §. ult. de fidejussoribus magistratuum, etiam ad fidejussores tutorum: nam et tutela munus civile est, et stipulationis eadem est formula: rem pupilli salvam fore, in qua etiam nominatim dicitur in *l. cum pupillus*, *rem pupil. sal. fore*, id venire tantum, quod venit in actionem tutelæ, quæ rem familiarem pupilli persequitur, ut salva sit pupillo, non pœnam. Ideoque fidejussor tutoris tenetur in ea, quæ veniunt in actionem tutelæ, quæ rem persequitur, non etiam in ea, quæ veniunt in actionem rationibus distrahendis, quæ est

pœnalis in duplum, quoniam non in causam pœnalem se obligavit, sed in causam tantum servandæ rei pupillaris.

Ad L. VI. de Decurion. et eor. fil.

Spurii decuriones fiunt: et ideo fieri poterit ex incesto quoque natus: non enim impedienda est dignitas ejus, qui nihil admisit.

In hac l. 6. respondet Papin. spurios, hoc est, natos ex stupro, ordine decurionum non prohiberi, quia, inquit, *impedienda non est dignitas ejus, qui nihil admisit,* qui innocens est, qui patris, non suo vitio laborat, ut *l. legem, C. de natur. lib. l. 2. §. pen. hoc tit.* quia nec in potestate cujusquam est, quemadmodum nascatur: eademque ratione, nec qui nati sunt ex incesto prohibentur, decuriones fieri. Nascendi conditio infamem non facit, sed vitæ institutique tantum ratio turpis et nocens. Itaque spurii incesti si re et vita honesti sunt, non prohibentur decuriones fieri et Senatores municipales, maxime si deficiant competitores legitime quæsiti: quia id nec sordi erit ordini, cum ex ejus utilitate sit, semper ordinem plenum habere, *l. 3. §. spurios, h. t.* et contra ex inutilitate ejus, et incommodo ordinem paucitate hominum languescere, ut in *l. 32. C. Theod. eod. tit.* denique propter penuriam maxime competitorum, qui legitime quæsiti sunt, vulgo quæsiti recipiuntur in civitatem et curiam: ut et ipse Aristot. ait 3. Politic.

Ad §. Minores.

Minores 25. annorum decuriones facti, sportulas decurionum accipiunt, sed interim suffragium inter ceteros ferre non possunt.

In secundo autem responso ponit minores 25. annis decuriones creari et Senatores municipales, quod tamen non fit temere, ut ostendit *l. non tantum, hoc tit. et l. 3. C. quando prov. non est nec.* sed ex causa, ut si sit inopia civium majorum natu, *l. 1. C. qui, et adv. quos rest. in int. l. 1. C. qui ætate se excus. lib.* 10. vel si minor 25. annis liberos jam quæsierit ex justis nuptiis: nam ex l. Julia et Papia singuli anni per singulos liberos remittuntur, *l. 2. de minor.* ut si tres habeat liberos anno vigesimo secundo decurionatum in patria sua petere potest: nam quot habet liberos, tot etiam legi annnaria deminuuntur anni. Idem etiam dat hujus ætatis hominibus municipii longa consuetudo, *l. ult. in fin. hoc. tit.* aut princeps, ut *l. pen. §. 1. hoc tit.* nonnunquam etiam hoc datur infanti, ut a patre allegatur in ordinem decurionum, ut a patre detur curiæ, quæ datio etiam naturalem filium justum et legitimum facit, et quandoque etiam infantes a patre cooptari in curiam ostendit *l. Lucius, §. Impp. ad municipal. l. 1. C. de mun. et hon. non cont. l. 19. C. Theod. de decur.* Verum ut exponamus dictam *l. pen. §. 1. h. t.* initio ea lex ait, *Plebejos relegatos ad tempus, et reversos finito exilii tempore, non posse allegi in ordinem decurionum sine permissu et indulgentia principis, quæ proficiscatur ex aliqua justa causa*, cujus mox exemplum subjicit in §. 1. Si reversus ab exilio minor sit 25. annis, quamvis eum repelleret a decurionatu, cum exilii causa, quod sustinuit, tum ætatis ratio: tamen permotus princeps vultu et dignitate, quæ in ea ætate potissimum efflorescit, hoc ei permisit, ut decurionatum in patria sua obtineret, peteret, nec expectaret Princeps progressum ætatis ab excellente eximiaque virtute, cujus spem faciebant dignitas, id est, reverentia oris, vultus, indoles. Dignitas, id est, reverentia oris, quæ etiam eo loco definitur certa spes ejus honoris, certa spes bene gerendi magistratus, certa spes bonæ frugis, ut a Græcis indoles definitur καλὴ ἐλπὶς ἐν τῷ νεοτέρῳ. Verum in ea *l. pen. §. 1.* sic lego, *nisi ejus ætatis fuerint, ut nondum decuriones creari possent, et dignitas*, addita subdistinctione, *certa spes ejus honoris*, et alia addita subdistinctione, *id faveret, ut princeps id indulgere possit*: sic denique lego, ut non recedam a Florent. nisi quatenus pro *spem* lego *spes certa.* Certa spes ejus honoris, est definitio dignitatis, quo verbo etiam in eadem significatione usus est Marcus Tullius pro Cœlio: *Quid tribui possit huic ætati? inquit, quid dignitati?* Dignitas oris id efficit, ut Princeps possit indulgere decurionatum minori 25. annis: et hic sensus est l. *l. pen.* elegantissimus: nec in ea lectione quicquam potest demi. Atsi minores 25. annis ex causis supradictis, aut ex aliqua causa, quæ supradicta est, fiant decuriones, Papinianus docet hoc loco accipere quidem eos sportulas et honoraria decurionum sportulas, inquam accipere inter ceteros, quas ordini erogant novi decuriones, ut significat *l. 6. de donat. int. vir et ux. Si mulier, inquit, pecuniam a marito acceptam in sportulas pro cognato suo ordini erogaverit.* Erogantur pro introitu, sicut Plinius ait in *epist. ad Trajanum lib. 10. ep. 48. et 115. de ejectione decurionum,* sicuti pro introitu militiæ in *l. pen. §. pen. et ult. de leg. 3.* pro introitu sacerdotii apud Svet. in Claud. *Erogantur*, inquit, *sportulæ ordini a novo decurione, nisi gratuito ei decurionatus concessus sit:* ut in antiqua inscriptione, quæ sic habet: *Titio ob merita patriæ honorem decurionatus gratuitum decrevit ordo decu-*

rionum et Augustus et plebs universa. Minor igitur 25. annis si forte factus si decurio, accipit quidem sportulas et commoda decurionatus inter ceteros, sed in curia interim suffragium inter ceteros non fert, antequam pervenerit ad justam ætatem, id est, ad 25. annum. Et hæc est sententia hujus responsi, quæ proponitur etiam in *l.* 8. *de mun. et honor.* et quod ante notavi ex *l. pen. inf. hoc tit.* constat dignitatem in adolescente nonnunquam efficere, ut ei Princeps decurionatus honorem indulgeat: quod faciat certam spem bene gerendi hujus honoris, congruit cum eo, quod ait Marc. Tull. 5. Philippica, *ab eximia ætate non esse expectandum progressum ætatis.* Et Plin. in epist. *ab optima indole non exigi annorum numerum,* et Valerianus apud Vopiscum in Probo: *Non expectari ætatem in eo, qui fulgeat virtutibus et moribus polleat.* Et hoc solum est, quod nos adnotare oportet de minoribus 25. annis.

Ad §. *Decurio.*

Decurio etiam suæ civitatis vectigalia exercere prohibetur.

Sequitur in §. *decurio*, Decurionem non posse suæ civitatis vectigalia conducere et exercere, quod etiam est proditum in *l.* 97. *C. Theod. eo. tit.* et videtur ab urbe pervenisse ad municipia: nam in urbe Senatoribus non licebat, neque per se, neque per interpositam personam ab ærario vectigalia conducere, ut Asconius scribit ad orationem in Antonium, et Dio in Adriano, μή τις βουλευτής, μήτε λογιστὴν τελώνης ἔστω, ne quis senator ullum vectigal, ne minimum quidem conducat, vel per se, vel per alium, quia res est indigna Senatore et decurione, qui est Senator municipalis. Qua ratione non possunt Senatores vel decuriones conducere publica vel fiscalia prædia, *l.* 2. §. 1. *de admin. rerum ad civit. pert. l.* 1. *C. quib. ad cond. præd. fisc. acced. non lic.* non licet conducere prædia privatorum, *l. curialis*, *C. de loc. l.* 4. *hoc tit.* nec suscipere procurationem alienorum negotiorum: et quia indignum est, et ne avocentur aut summoveantur muneribus civilibus, *l. si quis procur. C. de decur.* μηδὲ ἐλάχιστα τελωνίζεσθαι. Et conductio est procurationis species, ut eleganter ait Novella Theodosii; ne curia alterius prædium conducat. Conductor est veluti procurator domini.

Ad §. *Qui Judicii.*

Qui judicii publici quæstionem citra veniam absolutionis deseruerunt, decurionum honore decorari non possunt, cum ex Turpilliano SC. notentur ignominia, veluti calumniæ causa judicio publico damnati.

Ex hoc §. intelligimus, infames fieri decuriones non posse, quia decurionatus honor est, quod habuimus in *l.* 15. *ad municip.* Sed ponit exemplum Papinian. in hoc §. in damnatis calumniæ publico judicio legis Remmiæ, qui utique famosi sunt: itemque in accusatoribus damnatis desertionis lege Petronia et SC. Turpilliano, ob desertam judicii publici accusationem non petita venia abolitionis. Et ait Papinianus, *Publici judicii*, quia qui deserit accusationem extraordinariam, non incidit in pœnam SC. Turpilliani, nec si damnetur, notatur infamia, *l. si quis*, §. 1. *ad SC. Turpill.*

Ad §. *Pater qui.*

Pater qui filio decurione creato provocavit, etsi præscriptione temporis exclusus fuerit, si quod gestum est non habuit ratum, muneribus civilibus pro filio non tenebitur.

Ex hoc §. notandum est, Patrem, qui decurionatui filiif. non consensit, civilibus muneribus non obligari pro filio, in id, quod Reip. abest, ob ea, quæ filiusf. gessit in republica, quia huic honori non consensit, ut *l.* 3. *C. ne fil. pro pat.* Et non consentire patrem Pap. ait, si filio decurione creato contrariam voluntatem contestatus sit, ut *l. seq.* §. *ult.* vel ut Pap. si, quod gestum est, ratum non habuit, etiamsi appellaverit a nominatione seu creatione filii ad decurionatum, et forte causam vitio suo perdiderit, per præscriptionem lapsis temporibus appellationis, ut in *l. furti*, §. 1. *de his qui not, infam. l. Herennius*, §. *ult. de evict.* quia etiam necesse non habuit appellare, *l. ult. C. de filiisf. et quemad. pater pro iis ten.* Itaque facile potuit omittere appellationem, nec exequi, cui satis erat contradicere civitati nominanti filium, et vocanti ad decurionatum, apud acta Præsidis, vel alio modo. Et hæc est sententia hujus §. cui tamen prima facie videtur obstare *l.* 2. *C. de filiisf. et quemadm. pater*, dum ait, patrem, qui filio creato decurione appellat, ostendere causam ad se pertinere, hoc est, causam suam facere, cum satis habuerit contestari contrariam voluntatem: quod cum non fecit, appellando causam suam fecit, et reip. tenebitur, si pronuntiatum sit, non juste appellatum fuisse. Sed apparet eam l. 2. esse intelligendam de patre, qui appellavit, cum contrariam voluntatem contestatus non esset: hic sive perferat causam appellationis et vincatur, sive non exequatur, acquiescere et consentire creationi videtur, quia appellando rem suam fecit. At in hoc §. Papinian. ponit, patrem,

quod gestum est, id est, nominationem filii ratam non habuisse, hoc est, contradixisse, ac deinde appellasse, quæ appellatio cum sit supervacua, etiam omittitur impune, ac si non intervenisset.

Ad §. Ultimum.

Privilegiis cessantibus ceteris, eorum causa potior habetur in sententiis ferendis, qui pluribus eodem tempore suffragiis jure decurionis decorati sunt. Sed et qui plures liberos habet, in suo collegio primus sententiam rogatur, ceterosque honoris ordine præcedit.

Papinianus in hoc §. ostendit, quo ordine in curia rogentur sententiæ a decurionibus, et ordo quidem vetus et translatitius, cujus exemplum etiam ab urbe pervenit ad municipalia, hic est, ut antiquiores primi rogentur sententiam, primi proponant arbitrium suum, ut *l. 1. tit. seq.* Sed Papinian. ostendit in hoc §. aliquando præferri etiam juniores, aut novos decuriones, puta eos, qui pluribus suffragiis eodem tempore concordibus honore decurionatus decorati sunt tanquam excellentiores et potiores. Et præferri etiam eos, qui numero liberorum subnixi sunt: nam patres et in sententiis ferendis, et in processu, et concessu, et in albo scribendo præferuntur orbis, *l. in albo, C. eod. tit.* Constat etiam omnino eos præferri, qui specialem suffragii prærogativam habent, quam in Senatu plerumque habuit princeps, ut de Tiberio Tertullianus scribit in Apologetico, *retulisse Tiberium ad Senatum de Christo cum prærogativa suffragii sui.* Constat etiam eos præferri, qui privilegium aliquod summæ dignitatis habent, ut *l. 1. tit. seq.* Sed his privilegiis cessantibus, ut Papinian. ait hoc loco, quæ sunt potiora, sane ordine primi rogantur sententiam, qui plurium consensu decurionatum adepti sunt: et qui liberos habent, hi rogantur post privilegia. Qui primus sententiam rogatur, princeps Senatus dicitur in urbe, et Senator primæ sententiæ: secundus vero senator, dicebatur secundæ sententiæ, aut consularis secundæ sententiæ apud Spartianum in Adriano, et Vopiscum in Aureliano et Tacito: consularis primæ sententiæ.

Ad L. VIII. de Vacat. et excus.

In honoribus delatis neque major annis septuaginta, neque pater numero quinque liberorum excusantur, sed in Asia sacerdotium provinciæ suscipere non coguntur numero liberorum quinque subnixi, quod optimus maximusque Princeps noster Severus Augustus decrevit, ac postea in ceteris provinciis servandum esse constituit.

Ex primo responso hujus legis intelligimus a muneribus civilibus in provinciis excusare numerum quinque liberorum, qui modo incolumes sint, id est vivant, sive bello amissi sint, quoniam in bello amissi pro superstitibus habentur, *l. ult. hoc tit. l. bello, de excus. tut.* quia ut est in Instit. *per gloriam vivere intelliguntur, qui pro Republica ceciderunt*, qui per virtutem bellicam interierunt. Et additur a muneribus civilibus excusare ætatem septuaginta annorum, a muneribus civilibus personalibus, veluti a cura frumenti comparandi, *l. 3. §. quominus, et §. cura, sup. tit. prox.* vel a tutelis et curationibus, et aliis muneribus personalibus, *l. 3. tit. seq. l. si ultra, C. de decur.* et jampridem ostendi in *l. ult. C. qui ætate se excus. lib.* 10. non esse legendum majores lv. annis, sed majores lxx. annis, invitos ad munera personalia non vocari, quia nonnisi hujus ætatis senes a muneribus personalibus excusantur: at ab honoribus municipalibus neque ætas lxx. annorum excusat, neque numerus quinque liberorum, sed neque a muneribus, quæ honoribus cohærent. Excusant quidem a muneribus personalibus, sed non etiam ab honoribus vel munebus quæ honores necessario consequuntur, *l. 2. §. 1. hoc tit. l. 2. §. ult. de decur. l. 1. C. qui num. lib. se excus.* ubi hoc modo legendum est: *Numerus liberorum ab honoribus non excusat*, id est, numerus quinque liberorum: et hoc est, quod ait Papinianus in hoc primo responso: in honoribus delatis, neque majorem annis lxx. neque patrem numero quinque liberorum excusari, qui tamen in re decurionatus, quamvis hic quoque honos sit, multum distat a ceteris honoribus: nam a decurionatu excusat ætas lv. annorum, *l. 2. §. ult. l. non tantum, ff. de decur.* ab aliis honoribus nulla ætas excusat. Distat et in aliis plerisque: nam ab honore ad eundem, vel alium honorem, est certi temporis, puta, quinquennii vel triennii vacatio, *l. 17. §. præscriptio, ad munic.* a decurionatu suscepto ad alium honorem nulla intercapedo est, nulla vacatio, *l. 5. h. t.* item impuberes ex causa ad decurionatum admittuntur, *l. Lucius, §. Imperatores ad municip.* non ad alios honores, nec si sit inopia civium, antequam pervenerint ad justam ætatem, *l. 2. §. ult. tit. seq.* item decurio vel plebejus relegatus ad tempus finito tempore beneficio Principis decurio creari, et in ordinem legi potest, non etiam adipisci novos honores, antequam tantum temporis in curia, in quam allectus est, fuerit, quantum fuit in exilio, quod habuimus supra in *l. 15. ad municip.* At hæc dicere quis posset et obloqui? Si a decu-

rionatu excusatur major lv. annis, et per consequentiam a ceteris honoribus excusatur, quia ceteri honores solis decurionibus deferuntur, non plebeiis, *l. honores*, §. *pen. de decur.* Ergo falsum est, majores lxx. annis non excusari ab honoribus. Equidem facile concedo, majores septuaginta annis, imo quinquaginta quinque annis per consequentiam excusari ab omnibus honoribus si se excusarint a decurionatu: at si quis ad decurionatum vocatus fuerit, antequam excessisset lv. annum, vel cum excessisset, si sua sponte decurionatum suscepit, ut in *d. l.* 2. §. *ult. de decur.* tum sane verum est, quod proponitur in hoc responso, majores lxx. annis, qui scilicet decuriones sunt, non excusari honoribus municipalibus: et adde etiam non excusari muneribus quæ honoribus adhærent, sicut nulli fere erant honores in Rep. sine sumptibus, sine erogatione aliqua, veluti datione sportularum, vel editione muneris, aut venatione, ut sacerdotium provinciæ, honor erat, cui tamen onus in honorem deorum ludorum edendorum adhærebat, ut recte Basilica in *l.* 8. *C. de mun. patrim.* sacerdotium interpretantur, τὸ ἐπιτελεῖν τὰς κυνηγεσίας, *edere munus*, *edere venationem* Et quamvis ab aliis honoribus et muneribus non excuset numerus quinque liberorum; tamen hoc loco Papinianus docet, jure singulari, et speciali numerum quinque liberorum excusare a sacerdotio provinciæ, et hoc primum decrevisse ait Severum Augustum in Asiæ sacerdotio, quod proprio nomine dicebatur Ἀσιαρχία, et qui eo munere fungebantur Ἀσίαρχοι, ut in Act. Apostolorum, *c.* 19. et Ruffinus *munerarios* interpretatur. Et postea, ait idem, Severum constituisse in omnibus aliis provinciis, ut scilicet a sacerdotio cujuscunque provinciæ excusaret numerus quinque liberorum incolumium; et idem constituisse in omnibus sacerdotiis provinciarum, ut in Syriarchia, Bithyniarchia, Cappadocarchia, *l.* 1. *C. de naturalib. lib. l.* 6. §. ἔθνους ἱεροσύνη, id est, *provinciæ sacerdotium*, *de excus. tut.* pro varietate provinciarum varia sunt horum sacerdotiorum nomina, et Alytarchia est speciale nomen sacerdoti, et flaminis civitatis Antiochenæ, *l.* 1. *de offic. Comit. Orient.* ubi hodie, ut arbitror, constat pro *Lycirchiæ* legendum esse *Alytarchiæ*, et similiter ex veteribus, et Basil. in *l. ult. C. de cupressis* Ἀλυταρχία, *l.* 2. *C. Theod. de expensis publicorum ludorum*, *l.* 15. *C. Theod. de jure fisci.*

Ad §. *Non alios.*

Non alios fisci vectigalium redemptores a muneribus civilibus, ac tutelis excusari placuit, quam eos, qui præsentes negotium exercerent. Vacationum privilegia non (vetant) liberos veteranorum.

Sequitur in hoc §. conductores sive redemptores vectigalium fisci, id est, publicanos excusari a tutelis et ceteris muneribus civilibus. Hæc est Constitutio Divorum fratrum, *l. pen.* §. *conductores*, *tit. seq.* et non honori publicanorum hoc privilegium, vel hæc immunitas data est, sed ne in gerendo munere civili minuantur eorum facultates, quæ conductionis nomine tacite fisco obligatæ et subsignatæ sunt, ut ait in *l. pen.* §. *conduct. tit. sequenti.* Idque etiam de iisdem in antiqua inscriptione cautum legi his verbis: *Qui publica redemerit, prædes dato, prædiaque subsignato, duumvirum arbitratu.* Ne igitur publicani patrimonium ex alia causa oneretur, ne minus idoneus fiat exercendis vectigalibus fisci, ideo hæc ei vacatio et excusatio munerum civilium datur, sed iis publicanis tantum, ut ait Papinianus hoc loco, qui præsentes hoc negotium exercent: ac si idem non habeant absentes qui per alios, quibus hoc mandaverint, idem negotium exercent, quod omnino est falsum, *l.* 1. *C. de conduct. vect. fisci*, *lib.* 10. Itaque in Basilicis pro *præsentes*, recte scriptum, *per se*, eos, qui per se negotium exercent, δι ἑαυτῶν, quod est suo nomine officium exercent in *d. l.* 1. dum ait, eos tantum a muneribus et honoribus vacationem habere, qui suo nomine, hoc est, per se a fisco vectigal conduxerunt, non etiam eos habere vacationem ab honoribus et muneribus, qui ab eis publica quædam vectigalia exercenda acceperunt, quoniam ea non exercent suo nomine, sed alieno, puta, publicani nomine, qui solus vacationem habet, quia cum eo solo contraxit fiscus, et in ejus tantum bonis habet tacitam hypothecam conductionis nomine, non etiam in bonis eorum, quibus mandavit vectigalium curam, quæ causa tacitæ hypothecæ facit, ut excusetur a muneribus civilibus, ut initio dixi. Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat *l. decimaquinta*, §. *qui vectigal, de excusat. tut.* quæ ait: *Conductorem vectigalium civitatis a tutelis non excusari*, quia ut breve faciam, non loquitur ea lex de conductoribus vectigalium fisci, de quibus loquitur Papin. sed de conductoribus vectigalium civitatis, in quibus cessat ratio Papiniani: quia in bonis conductoris fiscus habet tacitam hypothecam suo jure, civitatis autem non habet: hæc est differentia inter Rempublic. sive civitatem, et fiscum, *l.* 2. *C. de jure Reipubl. l. simile ad municip.* quæ differentia inducit aliam, ut conductor vectigalium civitatis non excusetur a tutela, vel muneribus civilibus, conductor vectigalium fisci excusetur: et

mox subjicit Papinianus, vacationum privilegia non spectant ad liberos veteranorum. Veterani habent vacationem a decurionatu, et omnibus honoribus et muneribus personalibus, non patrimonialibus, habent vacationem a tutelis et curationibus, a navium fabrica, ab exactione tributorum, quamvis non sit sordidum munus, *l.* 3. *hoc tit. l.* 2. *et* 5. *de veteran. l. ult.* §. *penult. sup. tit. prox.* Est autem hoc privilegium, quod veteranis conceditur, personale privilegium, quia nec ad liberos veteranorum transit, et bene ait, *Vacationum privilegia:* nam alia privilegia, quæ veteranis Constitutionibus conceduntur, transeunt ad liberos eorum, ut privilegium, quod habent in pœnis, ne subjiciantur tormentis aut pœnis plebejorum, hoc transit etiam ad liberos eorum, *l.* 3. *de veteran.* non privilegium vacationis: et in Pandectis Florentinis scriptum est hoc modo, *vacationum privilegia non vetant liberos veteranorum,* id est, non transeunt ad eos, non excusant filios. Ex auctoribus nostris soli Papiniano amicum est abuti verbo prisco; solus dixit *insuperhabere*, pro *negligere*, et solus, *vetare*, pro *transire.*

Ad §. Qui muneris.

Qui muneris publici vacationem habet per magistratus ex improviso collationes indictas recte recusat, eas vero, quæ e lege fiunt, recusare non debet.

Ostenditur in hoc §. quid ei, cui Princeps concessit vacationem publicorum vel civilium munerum, remissum videatur. Et ait Papinian. non videri remissas solemnes et ordinarias intributiones, quæ legibus, vel Senatusconsultis, vel Constitut. injunguntur, ut *l.* 1. *C. de vacat. pub. mun.* ubi his verbis, *merito responsum est*, proculdubio significatur responsum hoc Papin. ut cui concessa est specialiter vacatio munerum civilium, non excusetur a solemnibus muneribus, indictionibus, functionibus, quia nec possunt remitti rescripto principis, *l.* 3. *C. de ann. et trib. l.* 1. *C. de immunit. nemini conced.* Itaque rescripto (*) Principis specialiter certæ personæ data vacatione publici et civilis muneris, videntur tantum remissa onera extraordinaria, quæ ex improviso ad tempus indicuntur, ut munus muniendæ vel sternendæ viæ militaris, *l. qui munerib. sup. tit. prox. l.* 6. *hoc tit. l.* 15. §. *ὁ λαβὼν, de excus. tut.* Beneficium principis non interpretamur latissime in fraudem publicam.

Ad §. Philosophis.

Philosophis, qui se frequentes atque utiles per eandem sectam studiorum contendentibus præbent tutelas, item munera sordida corporalia remitti placuit; non ea, quæ sumptibus expediuntur. Etenim vere philosophantes pecuniam contemnunt, cujus retinendæ cupidine fictam adseverationem detegunt.

Docet, quod est apertissimum, Philosophis dari vacationem a tutelis, et sordidis muneribus personalibus, non a muneribus patrimonialibus, in quibus sumptus maxime postulatur, addita ratione elegantissima: quia, qui hæc munera refugiunt, quæ patrimonio imponuntur, jam produnt se fictos esse, non veros philosophos, quia veri Philosophi pecuniæ studiosi non sunt: idemque proditum est in *l.* 6. §. *Philosophi*, *de excus. tut. l.* 6. *C. de muner. patrimon. l.* 8. *C. de professor. et medic.* eademque ratione utitur in Christianis *l.* 104. *C. Theod. de decurionib.* quæ tamen abrogatur in *l.* 12. *C. de episc. et cleric.* namque ait *d. l.* 104. decuriones, qui clerici fieri malunt, ut Ecclesiæ potius serviant, quam curiæ, non aliter liberari curia, quam si patrimonio suo cedant, et nudi eant in clerum: quia, inquit, animos divina observatione devinctos non decet patrimoniorum desideriis occupari: aut sane, qui iis desideriis occupantur, hoc ipso satis produnt, simulatam esse religionem suam. Notandum maxime quod ait, et usu servatur in omnibus professoribus, philosophisque, hanc scilicet immunitatem dari tantum eis, qui se frequentes, atque utiles per eandem studiorum sectam contendentibus præbent, ut in *d. l.* 6. §. *Philosophi*, qui juvenibus publice prosunt, non aliis: et ita eleganter in *l.* 9. *C. de sacros. eccles.* neminem sub specie muneris, quod minus exequitur, alterius muneris oneribus relevari debere, quod congruit cum *l. pen.* §. *licet*, *tit. seq.*

Ad §. Qui maximos.

Qui maximos Principes appellavit, et causam propriam acturus Romam profectus est, quoad cognitio finem accipiat, ab honoribus et civilibus muneribus apud suos excusatur.

Papinianus in §. *ult.* docet, eum qui Romam profectus est, apud Principem exequendæ appellationis causa, interim excusari a muneribus civilibus patriæ suæ, qui locus est singularis: nec enim puto alibi notari eam ipsam speciem vacationis.

Ad L. VII. de Legationibus.

Filius decurio pro patre legationis officium suscepit: ea res filium quo minus ordine suo legatus proficiscatur, non excusat: pater tamen

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 52.

biennii vacationem vindicare poterit, quia per filium legatione functus videtur.

Sciendum est, legationem publicam esse personale munus, non patrimoniale, quia plerumque solo ministerio ejus, quem civitas mittit legatum de certis rebus ad principem, et sumptu publico peragitur, dato viatico de publico. quod legativum dicitur in *l. ult.* §. *legati quoque*, *de muner. et honor. l. secunda*, §. *ult. l.* 6. *h. t. l. Titio*, *ad municip.* Et hoc quidem munere decuriones funguntur in orbem vice pari, ex περιόδου et περιδρομῆς in *l.* 4. §. *penult. hoc tit.* Ordine nunmquemque decurionum munere legationis fungi debere, hoc proponitur simpliciter initio hujus §. et ita mox explicatur, ut non alias decurio compellatur munere legationis fungi, quam si ii, qui priores in curiam lecti sunt, functi sint eo munere, servandum esse ordinem albi in deferenda legatione, quæ pro civitate suscipitur ad principem. Deinde subjicit veluti exceptionem in eodem §. si legatio desideret, id est, si res propter quam legatio suscipitur, desideret mitti aliquem de primoribus viris civitatis, et ii, quos ordo albi vocat, inferiores sint, non esse servandum ordinem albi, et ita rescripsisse Adrianum, hoc est, non esse mittendum eum, qui ordine prior est, sed eum, qui potior est. Ex quo loco omnino explicanda est *lex honores, in prin. de decur.* dum ait, *honores et munera non ordinationibus, sed potioribus potius injungenda esse.* Ordinationem vocat χειροθονίαν, et hoc vult, non semper spectandum esse, qui priores in ordinem venerint in deferendis honoribus, sed qui potiores sint, quoties ratio postulat mitti aliquem de primoribus viris: alioquin ordo albi et allectionis observandus est. Dixi, plerumque munus legationis decerni sumptu publico dato legativo de publico, non sumptu legati, atque ideo corporis munus esse non patrimonii. Dixi, inquam, *plerumque,* quia aliquando sunt, qui gratuitam legationem obeunt, hoc est, suis sumptibus, non accepto legativo e Republica, *l.* 2. *in fine, et l.* 11. *hoc titulo.* Et hi quidem, qui gratuitam operam præbent Reipubl. hac in parte quemlibet alium suscepta legatione vicarium dare possunt, quem in legationem mittant vice sua, *d. l. undecima.* At qui sumptibus Reipublicæ legationis obeunt munus, non suis sumptibus, alium vicarium dare non possunt, qui legatione fungatur, quoniam eorum opera potissimum electa est, et industria cum sumptu publico: alium, inquam, vicarium dare non possunt, nisi filium suum, *l.* 4. §. *legati, hoc titulo.* Hoc cognito finge: Patrem legatum creatum decreto publico, decreto curiæ, filium suum vicarium dedisse, qui cum legationem obiret sumptu publico, filium legationem suscepisse jure patris, vice patris, an ideo minus filius suo ordine legatione fungatur, cum scilicet pater et filius decuriones sunt? Et respondet Papin. in hac lege, non ideo filium excusari, quo minus vice sua legatione fungatur, et patri, qui filium vicarium dedit: perinde atque si ipsemet legatione functus fuisset, expleta legatione per filium vice patris dari vacationem biennii, sicut constitutum est a legatione ad aliam legationem, vel ad aliud munus, aliumve honorem publicum esse vacationem biennii, ut constat ex *l.* 8. §. 1. *l.* 3. *C. de leg. lib.* 10. *l.* 2. *C. de mun. et honor. non cont.* Patri igitur, quia pro eo habetur, ac si ipsemet legatione functus fuisset, qui filium vicarium dedit, qui legationem explevit, a finita legatione dabitur vacatio biennii, ceterum filio non dabitur: nec excusabitur, quo minus suo ordine legatione fungatur, si les exigat. De hac præscriptione biennii agitur hoc titulo, et aliud est responsum Papin. de ea in *l.* 13. quam nunc ordine explicabo.

Ad L. XIII. eod.

Vicarius alieni muneris voluntate sua datus, ordine suo legationem suscipere non admissa biennii præscriptione cogetur.

Quod definivit Papinian. in filio vicario patris *l.* 7. idem statuit in quolibet vicario jure dato, ut, si decurio, qui gratuitam legationem suscepit, alium decurionem vicarium dederit: hic enim vicarius, qui vice alterius, verbi gratia, hoc anno legatione perfunctus est, non ideo excusabitur anno sequenti, quo minus legatione fungatur, si hoc exigit albi et ordinis ratio, nec poterit se tueri illa præscriptione biennii, quia non suo nomine legatione functus est, sed alieno: non ipse, sed alius, cui indicta erat legatio, legatione functus videtur quemadmodum diximus in *l.* 8. §. 1. *de vacat. mun.* vacationem tantum dari publicanis, qui suo nomine vectigalia exercent. In proposito ita recte dico: vacationem tantum dari legatis, qui suo nomine proprio, propria sua legatione perfuncti sunt. Et hoc ita procedit, ut vicario functo legatione indicta, alteri non detur vacatio bienni. Hoc ita procedit, inquam, si vicarius datus sit sua sponte sine decreto Curiæ: nam si invitus datus sit vicarius ex decreto Curiæ, dico ei dandam esse vacationem bienni, perinde ac si ab initio principaliter ei delata legatio fuisset, quia hoc casu non tam alieno, quam suo nomine videtur legatione functus nimirum, ut obtemperaret Reipub. quæ vicariam istam operam injunxit. Et hoc puto significari in hac *l.* 13. his verbis, *voluntate sua datus:* ac si idem non sit in eo, qui invitus datus est, quoniam is, qui invitus fit vicarius, suo potius nomine vi-

detur rem exequi. Et hæc sunt, quæ continentur in *l.* 13.

Ad L. III. de administrat. rerum ad civit. pertinent.

Curatores communis officii, divisa pecunia, quam omnibus in solidum publice dari placuit periculo vice mutua non liberantur. (Ulpianus) *Prior tamen exemplo tutorum conveniendus est is, qui gessit.*

In primo responso hujus legis agitur de duobus Curatoribus communis officii, communis muneris. Finge, ordinatos fuisse duos curatores frumenti parandi, et omnibus publice in solidum datam fuisse pecuniam, qua frumentum reipubl. coemerent: post, eos inter se pecuniam eam et curam divisisse, quæ data et injuncta erat singulis in solidum. Quæritur, si eo munere unus negligenter aut fraudulenter versatus sit, an alter pro eo conveniri possit? Quod videtur, quia commune fuit et individuum officium, et communiter in solidum omnibus data est pecunia ad annonam civitatis comparandam. Ergo commune periculum esse debet, et communis ratio præstandi damni, quod fecit respublica, ut in *l. Imperator, in prin. ad munic.* Denique singuli reipubl. tenentur etiam nomine collegæ in solidum. Nec quicquam mutat divisio illa, quam fecerunt inter se, quia nec potuit illa divisione facta privatim inter eos convelli jus reipublicæ, *l.* 2. §. *jus reip. h. t.* et ita Papinianus respondet: quod et notat Ulpianus, quæ nota subjicitur huic primo responso, addito tamen hoc modo, ut prius conveniatur, qui rem male gessit ex sua persona, quam qui non gessit ex persona collegæ, et si res ab eo servari non possit, qui rem male gessit si inveniatur non esse idoneus, tum vult, ut eatur ad collegam, ut in *l.* 1. *C. quo quisque ord. conven. lib.* 11. Prius esse excutiendas facultates ejus, qui rempublicam gessit et perdidit, ut fit in duobus tutoribus, quum individua tutela est; et ipsi tutores inter se privata conventione administrationem diviserunt, quia alter non convenitur pro altero statim. Tutor non convenitur pro contutore, inexcusso contutore, qui rem pupilli perdidit, qui gessit, et perdidit, sed ita demum, si contutor, qui rem gessit, solvendo non sit, *l.* 3. *C. de divid. tut. l.* 2. *C. de hæred. tut.* cui definitioni, licet sit certissima, Accursius opponit *l.* 2. §. *ult. de curat. bon. dando.* Cujus sententia hæc est: cum a defuncto relictis multis creditoribus nondum ullus extat bonorum possessor, nec ullus hæres, tum postulatu creditorum bonis defuncti custodiendis curatores dantur, et si res exigat, distrahendis. Finge, plures curatores constitutos bonis: quosdam rem defuncti attigisse, quosdam nihil attigisse, an cogantur creditores prius agere cum iis, qui rem attigerunt, quam cum aliis: minime: sed eorum arbitrio est, quem conveniant: arbitratu suo, illo non servato, quis gesserit, vel non? Sane necessario dicendum est, aliud esse in curatore bonis dato. Et ita est omnino. Ratio enim discriminis hæc est: quia munus civile quale est tutela, injungitur invitis. At ut est expressum in *d. l.* 2. §. *penul.* curator bonis non constituitur, nisi voluntarius, præterquam, si aliud jubeat Princeps ex magna causa. Regulariter non nisi voluntarius. Cum ergo voluntate sua hoc munus suscipiat non invitus, non est, quod ei quidquam indulgeatur, tribuatur beneficium excussionis, quod datur tantum eis, qui inviti munera civilia suscipiunt. Qua de causa *d. l.* 2. §. *ult.* ait: *quoties Princeps ex magna causa invitum curatorem bonis fecit, tum non esse prius conveniendum eum qui nihil attigit*, quod ostendit magnam esse differentiam inter curatorem voluntarium, et coactum. Non omittam quod Papin. proponit in hoc responso, curatoribus rei frumentariæ datam fuisse pecuniam publicam omnibus in solidum. Unde quæret aliquis: an igitur si data sit eis pecunia pro virilibus portionibus et separatis, non sit curæ et administrationis commune periculum? Et omnino dicendum est, non esse prorsus hoc casu commune periculum, et multum interesse, an individuum sit officium, an dividuum, pro dividuis et virilibus portionibus: nam si sit dividuum ipso jure, singuli tenentur pro portionibus virilibus, pro quibus rempublicam attigerunt, *ut l.* 1. *C. quo quisque ordine conveniat.* et si forte unus non sit solvendo, non ante conveniri collegam, quam sit excussus fidejussor et nominator ejus, qui solvendo non est, ut *l.* 2. *C. eod. tit.* At si individuum fuerit officium, ipso jure singuli in solidum tenentur vice mutua, et uno non existente solvendo, statim pro eo alter conveniri potest tanquam correus principalis, etiam inexcusso fidejussore ac nominatore ejus, qui solvendo non est, *d. l.* 2. *et l.* 3. *C. de conven. fisc. deb.* quod etiam receptum est exemplo tutorum, ut patet ex *l.* 4. *C. de magistratib. conven.* Et hoc omnino ita se habet in muneribus civilibus: nam in magistratibus municipalibus, ut in duum viris hac distinctione non utimur, sed sive divisum sit eis injunctum officium, sive pro indiviso, prius sunt excutiendæ facultates rei principalis, et fidejussoris, et nominatoris, quam veniatur ad collegam, ut omnium novissimus collega conveniatur *l.* 3. *et* 4. *C. quo quisque ordine conveniat. l. Imperator, ad municip.* Et ratio differentiæ hæc est: quia in muneribus civilibus, duo collegæ correi sunt de-

bendi, in magistratibus non usque adeo. Quod patet, quia si ambo magistratus sint solvendo tempore depositi officii, non nisi pro parte conveniri possunt, qui tamen si omnino essent correi, possent conveniri in solidum, *l. si pupillus, de admin. tut.*

Ad §. Prædium publicum.

Prædium publicum, in 5. annos idonea cautione non exacta, curator reipublicæ locavit: ceteris annis colonus, si reliqua traxerit, et de fructibus prædii mercedes, quæ servari non potuerint, successor, qui locavit, tenebitur. Idem in vectigalibus non ita pridem constitutum est, scilicet ut sui temporis periculum singuli præstarent.

Ex secundo responso videtur posse colligi: Curatorem reipublicæ, de cujus magistratu memini me ante dicere, hoc ipso libro in *l. ult. de offic. adsess.* fuisse quinquennalem magistratum, quemadmodum in hoc secundo responso Papinianus ponit, eum locasse fundum reipub. in quinquennium: nam et ita in urbe censor, a quo etiam prædia publica locari solebant in quinquennium, olim fuit magistratus quinquennalis auctore T. Liv. lib. 4. Proponit autem Papinianus Curatorem reipub. locasse fundum reipub. in quinquennium, ut solebat fieri, non exacta, ut debuit, a conductore idonea cautione, mercedes recte solvi, exacta quidem cautione, sed non idonea, non locuplete. Ceterum eo quinquennio nihil ex ea causa reip. attulit damni, nihil reipub. abfuit, conductor mercedes persolvit quinquennii: at cum successor Curatoris reipub. in sequens quinquennium eidem eundem fundum locasset iisdem mercedibus, conductor reliqua traxit plurima, debita plurima, nec solvit reip. et de fructibus fundi, qui tacite pro mercedibus pignori obligati sunt, *l. in prædiis, sup. ex quib. caus. pign. tac. contr.* ex iis fructibus, inquam, et hypothecis tacitis mercedes, quas conductor reliquatus est, servari non possunt, denique versatur in damno resp. Quæritur, in id, quod reipub. abest, quis reip. teneatur? Prior ne curator reip. qui auctor est conductionis, et qui a conductore non exegit idoneam cautionem, an posterior curator reip. qui probavit eam conductionem, probavit cautionem alteri præstitam, nec aliam exegit? Et recte respondet Papinianus posteriorem tantum curatorem teneri, quia æquum est sui quemque temporis periculum præstare reipub. Idemque est in duobus conductoribus vectigalium, si unus vectigalia conduxerit in quinquennium, deinde alius successor ejus vectigalia in aliud quinquennium conduxerit, posita eadem specie, quod summe notandum.

Ad §. In eum qui.

In eum qui administrationis tempore creditoribus reipublicæ, novatione facta, pecuniam cavit, post depositum officium actionem denegari non oportet. Diversa causa est ejus, qui solvi constituit. Similis etenim videtur ei, qui publice vendidit aut locavit.

Proponitur hæc species: Curator reip. creditoribus reip. cavit novatione facta; quo genere liberavit rempublicam creditoribus, et in se transfudit omnem obligationem. Quæritur, an teneatur creditoribus etiam post depositum officium? Et respondet teneri, quia obligationem suam fecit, alioquin creditores versarentur in damno, quia jam non possent experiri cum republica, quæ novatione liberata est. Verum addit, diversum esse si curator reip. creditoribus reip. constituerit, se pecuniam debitam soluturum, qua ratione obligatio non novatur. Non novat constitutum sive constituta pecunia, sicut fidejussio non novat priorem obligationem, *l. item illa*, §. *ult. et l. ubi quis de constit. pecun. l. si filiusf. de in rem vers.* Et hic quidem deposito officio liberatur, et potest dici audacter eum quidem deposito officio liberari citra captionem creditorum cum eis sit salva actio in remp. quia constituto non fuit novata obligatio, et quidquid hic constituit se soluturum, constituit tantum reip. id est publico nomine. Idem etiam erit si quid curator reip. vendat publico nomine, vel locet publico nomine, et emptori vel conductori caveat, conductori habere licere, emptori de evictione publico nomine, quia deposito officio emptori vel conductori est salva actio in remp. et æquum est eum liberari, qui invitus munus publicum obiit, nec propriam suam obligationem fecit novationis genere. Huic responso Papin. opponitur *l. procurator, de proc.* ubi ponit lex procuratorem privati hominis vendidisse rem domini, et cavisse de evictione, tum negotia ejus domini gerere desiisse. Quem tamen lex ait deposito officio procuratoris, non relevari onere obligationis contractæ, ex causa venditionis et evictionis postea secutæ.

Dico aliud esse dicendum in procuratore privati hominis, aliud in procuratore reipub. quod probat eadem *lex procurator*, quæ in Florentinis est ex lib. 2. Resp. Pap. in aliis libris omnibus est ex lib. 1. quod magis placet: vindico ergo legem illam *lib.* 1. et consequenter eam conjungo cum hoc §. qui est ex lib. 1. resp. hæc conjunctio quum fit, apparet hanc certe esse differentiam constituendam hac in re inter procuratorem pri-

vati hominis et procuratorem reip. nam et ratio differentiæ est evidens: quia curator reip. invitus creatur, et ideo æquum est ne ultra tempus suæ administrationis teneatur his, quibus publice cavit: at ille procurator negotiorum privati hominis est amicus voluntarius: qua ratione etiam tenetur post depositum officium, quod ultro suscepit: nam cur se huic obligationi immiscuit ultro, et qua ratione curator reip. qui publice constituit se soluturum, vendidit vel locavit non facta novatione post depositum officium liberatur, ita etiam tutor quoniam gerit munus publicum quod defertur invito, deposito officio tutelæ solvitur obligationibus, quas contraxit nomine pupilli, *l.* 1. *C. quam. ex fac. tut. l. cum quidam C. de admin. tut.* nisi tutor, ut diximus, in curatore Reipub. fecerit novationem transfusa in se obligatione, ut est in *l.post mortem, quan. ex fac. tut. et curat.*

Ad §. *Filium.*

Filium pro patre curatore Reipublicæ creato cavere cogi non oportet. Nec mutat, quod in eum pater emancipatum, prius quam curator constitueretur, partem bonorum suorum donationis causa contulit.

In §. pen. ostenditur filium emancipatum non cogi cavere pro patre curatore Reip. Remp. salvam fore, licet in eum pater tempore emancipationis donationis causa partem suorum bonorum contulerit, ut in emancipando moris erat, semper patrem donare aliquid filio: *l. ut liberis, in fi. C. de colla.* donare aliquid quo vitam toleraret, *l.* 2. *et ult. C. de eman. lib. l.* 8. *de bonis proscrip.* et in *l. ult. Cod. Theod. de revoc. donat. et Novella Leonis* 25. Et hujus rei legimus vestigia apud Spartianum in Adriano: *Filium*, inquit, *dato patrimonio emancipaverat.* Alioquin abdicatio potius esset, quam emancipatio. At ut sæpe fit, licet in emancipatum filium multa pater contulerit donationis causa, tamen filius pro eo facto curatore Reipub. fidejubere non cogitur, quia scilicet inter volentes tantum stipulatio contrahitur, et fidejussor obligatur tantum per stipulationem: et sic est in *l. æstimationem* §. *invitus, de muner. et bon.*

Ad §. *Ultimum.*

Pro Magistratu fidejussor interrogatus pignora quoque specialiter dedit: in eum casum pignora videntur data, quo certe convenitur: videlicet postquam res ab eo servari non potuerit.

In hoc §. ult. ostenditur eum, qui pro magistratu fidejussit, et pignora certa dedit, non aliter posse conveniri actione in personam. Itemque non aliter posse exeuti pignora quæ supposuit, et non aliter posse distrahi, quam si res ab ipso magistratu servari non possit, ut ait *l.* 15. §. 1. *et l.* 17. §. *filium, ad municip.* Prius esse excutiendum reum principalem, prius magistratum, quam fidejussorem aut nominatorem, aut pignora, quæ Reipubl. fidejussor opposuit nomine magistratus.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. II. RESPONSORUM ÆMILII PAPIN.

Ad L. XXXI. de Negot. gest.

Liberto vel amico mandavit pecuniam accipere mutuam cujus literas creditor secutus contraxit, et fidejussor intervenit. Etiamsi pecunia non sit in rem ejus versa, tamen dabitur in eum negotiorum gestorum actio creditori, vel fidejussori, scilicet ad exemplum institoriæ actionis.

Huic libro hanc legem vindico, qui *l.* 67. *de procurat. libro* 1. vindicavi. Sunt autem in hac *l.* 31. septem octove responsa, brevia admodum, si verba numeres, sed comprehensione rerum longa atque obscura. Primi responsi species hæc est: liberto vel amico meo mandavi per literas, ut negotia quædam mea gereret, puta creditoris mei, vel pignoris mei liberandi causa, pecuniam mutuam acciperet a L. Titio, non ab homine incerto, ut Glossa ponit, sed ab homine certo, puta, a L. Titio, ut ponit *l. pen. C. de instit. act.* quæ congruit omnino cum hoc responso Pap. Procurator meus libertus ille vel amicus, quem in hac rem procuratorem feci, literas meas ostendit L. Titio, et mox L. Titius meas literas secutus, amicitia et contemplatione mei, negotiorumque meorum, procuratori meo pecuniam credidit. Intervenit etiam quidam amicus meus, qui inspectis literis meis, eas literas secutus pro L. Titio eo nomine fidejussit, me absente et ignorante. At postea ea pecunia non est versa in rem meam, in negotia mea. Finge, periisse pecuniam illam: quæritur, an in me Luc. Titius creditor, vel fidejussor, si ei solverit, negotiorum gestorum agere possit, quod uterque habuerit animum gerendi negotii mei, et me obligandi si non procuratorem meum, utterque intuebatur meas literas, non procuratorem meum? Et creditor quidem videtur in me agere non posse negotiorum gestorum, quia pecunia non est conversa in mea negotia: quod si verum est, creditorem in me agere non posse, sequitur ergo nec fidejussorem, si forte creditori solverit, ea actione uti

adversum me posse, quia negotium meum gessisse non videtur; negotium meum non gessit, qui ei solvit, cui obligatus non sum. Et tamen respondet hoc loco Papinianus, utrique competere utilem actionem negotiorum gestorum ad exemplum institoriæ actionis, *h. e.* quasi institoriam actionem, licet pecunia non sit consumpta in rem meam. Omnis actio utilis dicitur dari exemplum, et ad similitudinem directæ actionis, quia in casu tantum adsimili datur, non prorsus eodem; et dicitur quasi illa esse actio, cujus exemplo datur, ut quasi Serviana: et quasi institoria in hoc proposito, *l. actori*, *C. de reb. cred. l. is cui*, §. *patri*, *ut in posses. legat.* At institoria actio vel quasi institoria quæ dicitur, adjectio sive appellatio est, quæ accomodatur cuilibet actioni legitimæ vel honorariæ: ut institoria actio mandati, institoria actio ex empto; et in hoc proposito institoria negotiorum gestorum, vel quasi institoria negotiorum gestorum: Creditori igitur in me competit actio negotiorum gestorum; quia negotiorum meorum contemplatione pecuniam credidit procuratori meo. Nec quicquam obstat, quod pecunia illa perierit, nec versa sit in rem meam, quia quantum in eo fuit, rem meam gessit, et animo meo obtemperavit; et tenor negotiorum gestorum actione, ad exemplum institoriæ actionis, ut quemadmodum, qui institori meo, quem præposui tabernæ, vel negotiationi, ejus rei contemplatione pecuniam credidit, habet in me actionem institoriam negotiorum gestorum, ita qui procuratori meo constituto mutuæ pecuniæ accipiendæ, credidit pecuniam mei contemplatione, habeat in me utilem actionem, quasi institoriam negotiorum gestorum, quod cum procuratorem veluti institorem videar præposuisse mutuæ pecuniæ accipiendæ. Denique, ut ex contractu institoris teneor, quem habuit cum aliquo ejus negotiationis causa, cui erat præpositus; sic etiam ex contractu procuratoris, veluti institoris teneor, quasi actione institoria, quod etiam Pap. non tantum hoc loco tradit, sed etiam in *l. pen. in prin. de inst. act.* et confirmat *l. pen. C. eod. l.* 6. §. 1. *h. t.* utilem, *inquam*, actionem, h. e. quasi institoriam, non directam, quia cum non præposui ut institorem propter quæstum, sed ut procuratorem propter necessitatem negotii mei, *l.* 5. §. *sed et eum*, *de inst. act. l. Julianus*, §. *si procurator*, *de act. emp.* Qua ratione et ex contractu villici, quem etiam præposui mercibus distrahendis, quasi institoria teneor, non institoria directa, quia eum habui principaliter ut villicum propter fructus percipiendos, non ut institorem, *l. si cum villico*, *de inst. act.* Non datur etiam in hac specie creditori in me actio mandati, quia nihil ei mandavi, sed procuratori tantum meo per epistolam mandavi, ut ab eo pecuniam mutuam acciperet: certum ei nihil mandavi. Non potuit igitur inter me et eum contrahi obligatio mandati; eademque ratione nec fidejussori: qui me absente et ignorante fidejussit, in me potest competere actio mandati, sed neg. gest. tantum, ut in fidejussore infra explicabitur *l. ex mandato* §. 1. *inf. mand.* Alia est species *l. si literas*, *C. mand.* quam hic adduxit Accursius, quoniam proponitur in ea, mandasse me L. Titio, ut tibi pecuniam numeraret in rem tuam, quo casu Titio in te est condictio creditæ pecuniæ, in me est actio mandati, quia auctor fui L. Titio, ut tibi pecuniam numeraret, et ita est explicanda *d. l. si literas.* At in specie proposita hoc loco nihil ponitur me mandasse Luc. Titio: non datur ergo creditori in me actio mandati: neque actio institoria directa, sed quasi institoria sive utilis neg. gest. Quod verum est, etiamsi procurator meus, qui pecuniam mutuam accepit, sit solvendo, qui stipulanti creditori Luc. Titio promiserit, se soluturum eam pecuniam. Nam hoc casu non tantum procuratorem L. Titius ex stipulatione obligatum habet, sed etiam quasi negotiis meis gestis me obligatum habet, ut *l. pen. de inst. act. l.* 6. §. 1. *h. t.* Addita hac ratione, quia creditor ex abundanti, *inquit* hanc stipulationem interposuit, id est, quo magis, sibi cautum esset, non ut me liberaret, non novandi animo. Quæ ex abundanti cautio interponitur, non novat priorem obligationem, *l. pen.* §. *ult. de in rem verso.* Prior autem et principalis fuit obligatio gesti negotii mei, quæ permanet etiamsi procuratorem quoque meum creditor sibi obligaverit per stipulationem. Igitur interposita hujusmodi stipulatione, obligatione hujusmodi, utrumque creditor obligatum habet, me judicio neg. gest. exemplo institoriæ actionis, procuratorem autem meum actione ex stipulatu: at non interposita hujusmodi stipulatione, me solum habet obligatum judicio negotiorum gestorum utili: exemplo institoriæ actionis: procuratorem autem meum non habet obligatum mutuæ pecuniæ nomine, vel alio nomine, quia non procuratorem meum, sed me solum creditor obligare voluit, quas literas meas secutus, quas scripseram procuratori meo, cognita mea voluntate, mox, cognito meo desiderio, pecuniam procuratori meo credidit in negotia mea, contemplatione mei, neque a meo procuratore quidquam stipulatus est. Me igitur solum obligatum habet, quasi negotiis meis gestis: nulla autem mutui obligatio contrahitur; mutua pecunia datur procuratori meo, et nemo ex causa mutui obligatur ea actione, quæ ex mutuo nascitur. h. e. actione si certum petatur, sed propter mutuum quod mei contemplatione intervenit, in me solum datur actio

quasi institoria, cum procuratori meo mei contemplatione pecunia data est; nam si non mei contemplatione procuratori meo mutua pecunia data sit, sive ei mandaverim, ut eam sumeret mutuam, sive non; hoc casu solus procurator tenetur ex causa mutui, et vere contrahitur obligatio creditæ pecuniæ, *l. eum qui*, *C. si cert. pet.* Quod autem dixi de creditore, idem obtinet in fidejussore, quem posui fuisse adhibitum huic obligationi, si fidejussor creditori solverit, et me ab eo liberaverit, cum scilicet fidejussisset mei contemplatione, ut quemadmodum creditori est quasi institoria actio in me, si ei non solverit fidejussor, ita etiam fidejussori si ei solverit, in me competat quasi institoria actio neg. gest. perinde atque si pro institore meo tabernæ præposito fidejussisset, quod et idem Pap. respondet *lib. 3. l. idemque*, §. *idem Pap. mand.* Sed hoc plus est in hoc responso, quam in illo responso libri tertii, quod in hoc responso libri secundi, non tantum fidejussori, sed etiam creditori datur quasi institoria actio: item quod in hoc responso datur indistincte, sive pecunia sit versa in rem meam, sive non: quoniam satis est, quod mihi uterque rem cœpit gerere bono animo et utiliter, etiam si eventus non sit secutus, ut in *l. sed an ultro* §. *ult. l. successori* §. *ult. et l. sive hereditaria*, *h. t.*

Ad §. *Inter negotia.*

Inter negotia Sempronii quæ gerebat ignorans Titii negotia gessit: ob eam quoque speciem Sempronio tenebitur: sed ei cautionem indemnitatis officio judicis præberi necesse est adversus Titium, cui datur actio. Idem in tutore juris est.

Species hæc est: in gerendis negotiis Sempronii etiam Titii negotium gessi ignorans, quod forte permistum erat negotiis Sempronii, sed putavi me tantum gerere negotium Sempronii, cum partim esset Titii. Quæritur: an Sempronio tenear negotiorum gestorum actione, non tantum Sempronii, sed etiam Titii negotii nomine? Titio sane teneor, quamvis non ejus contemplatione negotium gessi, quia reipsa et in rei veritate negotium ejus gessi, et teneor Titio utili actione, ne in damno versetur Titius. At vice versa mihi etiam Titius tenetur utili actione neg. gest. quia æquum est ne verser in damno, quia reipsa Titii negotium gessi: et ex hoc contractu est actio ultro citroque, actio mutua, directa et contraria. Et si Titio teneor, consequens est et vicissim, ubi causa subest, Titium mihi teneri eadem actione; atque ita proditum est in *l.* 6. §. *si Titii servum*, *h. t.* Curavit, ne Titii servus occideretur, cum putarem esse servum Sempronii Reipsa servavi rem Titii, quamvis animus mihi fuerit servandæ rei Sempronii, non Titii, et mihi Titius eo nomine tenetur, ut in *d.* §. *si Titii servum.* Idemque confirmat §. *quid ergo d. l.* 6. *et l.* 15. *in fi. et l. quæ utiliter* §. *ult. h. t. et l. in hoc judicium* 14. §. *diversum*, *comm. divid. et l. si mandavero* 2. §. *si curator*, *mand.* quæ dum ait, ei, cujus negotia gessi ignorans, dari actionem in factum, non aliam significat actionem, quam utilem negotiorum gestorum: nam in factum appellatio non est nomen actionis, sed appellatio, quæ aptatur cuilibet actioni utili, comparatæ ad exemplum actionis in factum. Omnis actio utilis est in factum, et retro omnis actio in factum est actio utilis. Ergo cum inter negotia Sempronii, gessi etiam negotium Titii, et ego Titio teneor, et vicissim Titius mihi utili gestorum negotiorum, etiamsi ignoraverim negotium esse Titii. Quamobrem quod additur in *l.* 6. §. *si quis*, *h. t.* in eadem specie, scientem me gessisse negotium Titii, hoc abundat, ut Accur. sensit recte: nam subintelligitur maxime: nam idem etiam est in ignorante, sed in ignorante Pap. ponit speciem augendæ dubitationis gratia. At idem Pap. in hoc responso ostendit, me non tantum teneri Titio, cujus reipsa negotium gessi, sed etiam Sempronio, cujus contemplatione negotium gessi. Æquum est, me non idem bis præstare, me non utrique respondere in judicio. Ideoque subjicit Papin. quod si mecum agat Sempronius Titiani negotii nomine, non aliter ei me condemnabit judex, quam si mihi caverit, indemnem damno servari me adversus Titium, cui etiam in me est actio negotiorum gestorum. Sic fit, ut idem bis non solvam, remedio cautionis de indemnitate, quam officio judicis mihi præstabit Sempronius, si prior mecum agat neg. gest. At quod dicitur, etiam Sempronio in me esse actionem Titiani negotii nomine, pugnare videtur cum *l.* 5. *in fi. et l.* 6. §. *quid ergo*, *h. t.* quæ negat, eum negotiorum gestorum agere vel conveniri posse, cujus negotium putavi me gerere, cum esset negotium alterius: in hac specie putavi, me gerere negotium Sempronii, cum esset Titii, ergo Sempronio in me nulla competit actio, sed Titio soli in me competit actio, quod utique verum est, si Sempronii nihil intersit: nam omnes actiones nunquam dantur nisi eis, quorum interest, hoc est, quod Marcus Tullius ait: *Dari actionem ex damno et injuria cujusque.* Ei cujus nihil interest non datur actio. At si Sempronii intersit, bene gestum esse negotium Titii, finge, Sempronium fuisse procuratorem negotiorum Titii, atque ita me in rebus Sempronii invenisse etiam res Titii, easque egisse errantem, tanquam Sempronii, non Titii, æquum est hoc casu Sempronio, cujus contempla-

tione negotium Titii gessi, ignorans esse Titii, in me dari actionem negotiorum gestorum oblata cautione indemnitatis. Et ita hic locus accipiendus est, ut suadet, quod subjicit Pap. idem in tutore juris esse, puta, ut si Titius inter negotia Sempronii gesserit etiam negotia pupilli: cujus Sempronius erat tutor, Sempronio teneatur, cujus interest propter officium tutelæ, ita tamen, ut officio judicis Sempronius Titio præbeat cautionem indemnitatis adversus pupillum, cui etiam in Titium competit actio: sicuti viceversa non tantum competit actio Titio in Sempronium, sed etiam in pupillum, si pupillus ex gesto locupletior factus sit, *l.* 6. *in princ. hoc tit.*

Ad §. Litem.

Litem in judicium deductam, et a reo desertam frustratoris amicus ultro egit, causas absentiæ ejus allegans judici: culpam contraxisse non videbitur, quod sententia contra absentem dicta ipse non provocavit. Ulpianus notat. Hoc verum est: quia frustrator condemnatus est. Ceterum si amicus cum absentem defenderet, condemnatus negotiorum gestorum aget; poterit ei imputari, si, cum posset, non appellasset.

Quæstio quæ proponitur in §. *litem*, est de defensore absentis voluntario, cujus duas partes facio. Prima est de defensore ejus, qui litem contestatus est. Secunda de defensore ejus, qui litem contestatus non est. De prima parte primum dicamus. Si reus litem contestatam deserat nec edictis, aut literis judicis evocatus ad judicium adsit, peracto isto ordine edictorum vel literarum, vel denuntiationum, quibus denuntiatus et evocatus sit, si non pareat, si non adsit judicio, contumax est, quia contemnit judicis auctoritatem, quem adierat semel, et apud quem litem inchoaverat: ut Jurisconsultus in *l. contumacia* 53. §. 1. *de re jud.* ait; contumacem esse eum, qui contemnit: et Nonius, hoc nomen venire a contemnendo. Frustrator dicitur hoc loco a Papiniano contumax, quia frustrandi tantum actoris causa judicio abest, ne possit actor litem ad exitum perducere, *l. ult. de procur.* dum scilicet putat litem non posse ad exitum perduci, nisi præsente utraque parte, ut cavetur lege XII. tabularum, *Ne cuiquam lis addicatur, nisi utraque parte præsente.* Qua tamen in re longe opinione fallitur, quia ea lex non sequatur in contumace tergiversatore, frustratore. Nam contra absentem per contumaciam ex eremodicio d. sententia valet. At frustratoris hujus sive contumacis, si extiterit defensor aliquis, qui amicitia ductus, litem quam ille deseruerant, ultro sine mandato redditis judici causis, cur ille absset, suscepit, et nihilominus absens quasi ex eremodicio peracto ordine edictorum condemnatus sit; quæritur, an si ab ea sententia defensor non appellaverit, tanquam culpæ reus et quasi re gesta negligenter, teneatur absenti judicio negotiorum gestorum: quia negotiorum gestor, non tantum dolum præstat, sed etiam culpam sive negligentiam, ut *l. si negotia h. t. l. tutori, C. eod. tit.* Et Papinianus respondet, eum defensorem voluntarium nullam culpam fecisse, et contraxisse videri, quia non appellaverit a sententia dicta contra amicum absentem, cujus ille defensionem susceperat. Et ratio statim apponitur ex nota Ulpiani (qui scripsit notas ad libros responsorum Papiniani) *quia frustrator condemnatus est.* Legamus totam hanc partem legis: *litem in judicium deductam. etc.* Et deinde: *Ulpianus notat, hoc verum est, quia frustrator condemnatus est*: quam rationem, quæ vim et proprietatem omnem hujus responsi continet, interpretes nostri nullo modo interpretantur, qui omittunt per conniventiam rationem legis non sine scelere: cum ratio sit, ut quidam Rhetor ait, anima, medullaque legum, quæ æquum et bonum tuetur. Ratio est elegantissima: qui ultro suscepit defensionem contumacis absentis, eo condemnato, si non appellaverit, nullam culpam contraxit, quia condemnatus est reus, cujus ille, qui non appellavit, susceperat defensionem, ex eremodicio, ex frustratione, ex contumacia, ex desertione litis, hæc omnia idem possunt. Et condemnato ex contumacia ejus appellandi non est, *l. et post edictum*, §. *ult. de judic. l. properandum*, §. *cum autem*, *C. eod. tit. l.* 1. *quorum appellat. non recip. l. ex consensu*, §. 1. *de appell. et Nov.* 82. Est juris certissima regula, et hoc est, quod ait *l. contumacia, de regul. jur.* Contumaciam litis damno coerceri, quia scilicet ad eam litem contumax nullum regressum habet, si condemnatus sit, neque per appellationem, ut fit plerumque neque per restitutionem eremodicii, nisi sit minor XXV. annis, *l.* 7. §. *ult. de minor.* Itaque non culpatur defensor, qui non appellavit, cum non posset appellare. Non potuit appellare, quia reus contumax condemnatus est; et vero reus ipse, non defensor condemnandus fuit, quia cum reo fuit lis contestata, non cum defensore. Defensor supervenit liti contestatæ: et æquum, est, ut cujus quisque litis initium fecit, ejus etiam eventum excipiat, nec unquam accidit, ut alius damnetur, quam qui litem contestatus est. Merito ergo fuit condemnatus reus principalis, non defensor, qui supervenit liti contestatæ, et quia condemnatus est ex eremodicio, ex contumacia, ideo, neque per se, neque per alium appellare potest, quia quod quis non potest per se suo nomine, neque per alium, *l.* 2. *de adm. rerum*

ad civit. pert. l. quæritur, de Carbon. edict. Et hæc est sententia evidentissima hujus partis prioris. Sequitur altera pars, quæ est de defensore absentis, qui litem contestatus non erat. Finge: cum moveret quidam controversiam hominibus L. Titii absentis de proprietate fundi, quem Titius possidebat, quidam absentis possessoris amicus se rei defensioni obtulit ultro, et inter eum et actorem lis contestata est. Si secundum actorem judici videatur danda esse lis, condemnandus est defensor, non possessor, qui abest; quia defensor litem contestatus est tanquam alieni juris vicarius: absens enim nunquam huic judicio adfuit. Et ita ostenditur in *l. 1. C. de sent. et interloc. omn. judic.* lite inchoata et contestata inter actorem et procuratorem, vel gestorem sive defensorem voluntarium, non esse condemnandum eum, qui judicio abfuit, sed procuratorem vel gestorem tantum. Idem ostenditur in *l. minor, et l. Plautius, de procurat. l. alia causa, sol. matrim.* Hoc autem casu si defensor, qui condemnatus est, sententia non appellaverit, culpam contrahere videtur, quod cum possit non apellavit: hæc, inquam, culpa vel ei imputabitur vel repensabitur, si agat judicio directo negotiorum gestorum; vel objicitur ei si cum eo agatur directo judicio negotiorum gestorum. Et hoc est, quod subjicit Ulpian. in hac eadem nota, quam facio secundam partem hujus §. *Ceterum etc.* directo judicio negotiorum gestorum aget voluntarius amicus, et bonæ fidei defensor, licet condemnatus sit, ut recipiat, quod ob rem judicatam solvit, veluti litis æstimationem, quam solvit, sed non etiam ut recipiat sumptus in eam litem factos quia apparuit non fuisse ei rationem litigandi. Et ita est proditum in *l. 5. §. in hac stipulatione, jud. sol.* Et hoc quum condemnatus sit. Nam si vicerit, si causam tenuerit, etiam sumptus litis recipiet, perinde ac si rem defendisset ex mandato rei, si litem ex mandato suscepisset, quo casu, sive vicerit, sive non, recuperat sumptus ad eam litem factos, sumptus litis; quia quidquid fecit, ex mandato fecit. Et ita hic §. explicandus est Male autem Joannes et Accursius statuunt contra ea, quæ diximus, defensorem ultro intervenientem post litem cum reo contestatam, esse condemnandum. Quod est contra manifestissima verba prioris partis, quæ condemnat reum principalem, qui litem contestatus est. Neque quidquam mutat, quod defensor in hac priore parte tantum allegavit causas absentiæ, quia hoc tantum supererat defensioni, quoniam se reus in litis contestatione satis defenderat, vel rem, de qua agebatur: nec si quid superfuisset amplius, id defensor omisisset: denique hoc tantum supererat, ut allegaret causas absentiæ, idque efficeret, ne judex gravem sententiam dare festinaret adversus absentem. Quod cum non obtinuerit, æquum est, ut condemnatio recurrat ad eum, qui litem fecit, et contestatus est. Contra, male Doctores omnes Accursium reprehendunt, scribentem hoc loco, etiam actorem invitum agere compelli cum eo, qui ultro se liti offert et defensioni rei absentis, absente reo paratus satisdare judicatum solvi, ut fit, alioquin non admittetur, non erit defensor idoneus, itemque paratus novare obligationem, et in se transferre liberato absente, pro quo intercedit. Hæc est sententia Accursii, ut actor compellatur cum eo agere, qui se offert defensioni litis, reo absente, et satisdationem offert et novationem: quæ verissima sententia est. Quia justius est ejusmodi defensorem admitti, etiam invito actore, quam absentem quasi contumacem et indefensum gravi condemnatione percelli, a qua non possit appellare, quæ sunt verba *l. exigendi, in fin. C. de procur.* Æquissima est sententia, a qua non debuit dimovere Doctores, *l. si mandatu 1. §. 1. mand.* qua utuntur, quæ nihil huic sententia adversatur. Nam hoc tantum vult, non cogi creditorem novatione facta mutare obligationem restituendo eam in pristinum statum, sive reponendo in priorem personam, a qua obligatio erravit ad defensorem, qui intercessit novandi causa; non dicit creditorem non cogi novare obligationem, puta, judicio accepto cum defensore voluntario satisdante judicatum solvi, et in se transferente principalem obligationem, hoc est expromittente: sed dicit ita forte semel mutatam obligationem rursus mutare creditorem non compelli. Remaneamus igitur in sententia Accursii.

Ad §. Qui aliena.

Qui aliena negotia gerit, usuras præstare cogitur: ejus scilicet pecuniæ, quæ purgatis necessariis sumptibus superest.

Ex hoc §. hoc tantum intelligimus, negotiorum gestorem debere usuras pecuniæ debitæ ob causam administrationis, quam percepit vel percipere potuit. Eam autem dumtaxat pecuniam debere, ac proinde ejus tantum pecuniæ usuras præstari, quæ superest deductis necessariis sumptibus, quos negotiorum gestor fecit in rem alienam. Quod est Papiniani hoc loco, *purgatis sumptibus necessariis*, ut purgatis rationibus in *l. 12. C. de bon. proscript.* Apud Svetonium in Caligula: *Decimo quoque die apud judicem rationes suas purgabat.* Sed adde etiam purgari debere sumptuum usuras, quia et veniunt in contrarium judicium negotiorum gestorum *l. ob negotium, C. eod tit.*

Ad §. Libertos.

Libertos certam pecuniam accipere testator ad sumptum monumenti voluit, si quid amplius fuerit erogatum, judicio negotiorum gestorum ab hærede non recte petetur de jure fideicommissi, cum voluntas finem erogationis fecerit.

Ponit testatorem per fideicommissum rogasse hæredem, ut daret ducenta libertis suis, ad sumptum extruendi monumenti, libertos autem expendisse trecenta, quod forte minore summa non posset extrui monumentum pro dignitate patroni. Quæritur: an quod amplius expenderunt, ab hærede recuperare possint actione negotiorum gestorum, veluti hæreditario negotio gesto? ut *l. hæreditas, de petit. hæred.* Et ait, libertos, neque judicio negotiorum gestorum petere posse, quod amplius erogarunt in extructionem monumenti, *nec jure fideicommissi.* Ita enim habent omues alii libri: male Florentini, *de jure fideicommissi.* Et addit rationem, quæ est communis, hoc est, quæ utramque actionem excludit, negotiorum gestorum, et fidejcommissi; quia *voluntas testatoris finem erogationis fecit:* noluit amplius expendi, dixitque, ut expenderentur ducenta. Quod confirmatur arg. *l. ult. C. eod. tit.* Et inde Joannes recte putat; quod si maudavi tibi, ut mihi fundum emeres octo, et emeris decem, ejus quod superest, tibi repetitionem non esse. Quid tamen fiet, si libertus minus expenderit in extructionem monumenti? Id quod restat hoc casu, constat hæredis commodo proficere, *l. Lucius*, §. 1. *de leg.* 2. Atqui dicitur, non minus erogari posse, quam jussit testator, *l. cum in testamento, de verb. signif.* Sed ut respondeam illi loco, hæredem jussit in monumentum, vel funus certam duntaxat summam expendere, usus hoc articulo *duntaxat*, et hæredem, ait, non videri facere contra voluntatem testatoris, si plus expendat, sed si minus expendat, quia articulus *duntaxat*, qui abest ab hoc §. modum facit in *d. l. cum in testamento.* Non tantum quoad erogare liceat, sed etiam quoad necessarium sit. Et ita hoc mihi explicandum videbatur.

Ad §. Tutoris.

Tutoris hæres impubes filius, ob ea, quæ tutor ejus in rebus pupillæ paternæ gessit, non tenetur: sed tutor proprio nomine judicio negotiorum gestorum convenitur.

Hujus §. quæstio est: Tutor pupilli et hæredis patris, id est, qui hæres extiterat patri, qui quidem pater tutelam cujusdam pupilli, cum moreretur administrabat, hic, inquam, tutor non tantum negotia pupilli sui gessit, sed etiam uegotia ejus, cujus tutelam pater pupilli sui, cum moreretur, administrabat. Quæritur, an ex hoc facto tutoris, pupillus paterno pupillo teneatur? Et respondet Papinianus, non teneri, sed solum tutorem, qui gessit, sui nomine ei teneri judicio negotiorum gestorum, non pupilli sui uomine, quia pupillus ipse nihil gessit in rebus pupilli paterni, nec gerere quicquam potuit aut debuit: atque adeo nec explicare potuit, aut debuit ea, quæ pater iuchoaverat iu rebus pupilli sui, *l. 1. de fidejuss. tut.* Quod pupillus ipse explicare non debuit, ergo nec tutor ejus nomine, ut eum, non se obligaret. Quamobrem pupillo paterno solus tutor obligatur judicio negotiorum gestorum, quod negotium ejus gessit suo nomine, vel si pupilli nomine, quod non debuerit pupilli nomine, quod non debuit nec potuit pupillus ipse. Pupillus non est legitimus administrator rerum alienarum, quia nihil scire intelligitur, *l. ult. de jur. et fac. ign.* Et valde sane corrupta est *l. 3. h. t. in §. pupillus,* quo scriptum est, pupillum si negotia aliena gesserit, teneri judicio negotiorum gestorum in id, quo locupletior factus est ex ea administratione. Quia cum pupillus non sit legitimus administrator rerum alienarum, consequens est, et ex administratione sive negotio, quod gesserit, eum non teneri, quasi nihil egisse videatur, qui quod gerit, nescit. Et sane illo loco pro *pupillus*, esse legendum *pupilli*, manifeste quod præcedit, quodque sequitur, indicat. Quod præcedit: quia cum in edicto prætoris de neg. gestis scriptum esset hoc modo. *Si quis negotia gesserit alterius*, ante eum paragraphum, *Pupillus*, interpretatur hanc vocem, *Alterius*, etiam pertinere ad fœminam, ut sit, *Si quis negotia gesserit alterius*, id est, *maris*, vel *fœminæ.* Idem ostendit etiam, quod sequitur, quia *Alterius* interpretatur pertinere ad furiosum, ut sit *alterius*, sani vel furiosi. Ex quo sequitur in intermedio, id est, in §. *pupillus*, eum interpretari, *alterius*, etiam ad pupillum referri, ut sit *Alterius* pupilli vel puberis, ut scilicet si pupilli negotia gesserim ultro, in eum agere possim, id est, contrario judicio negotiorum gestorum, in id quo locupletiorem eum feci beue gerendo ejus negotium. Aut vicissim si is agat directo judicio negotiorum gestorum, me posse ei imputare quod gessi, quoque locupletiorem eum feci. Mutemus speciem hujus §. Si patri tutori pupilli cujusdam filius non impubes, id est, justæ ætatis, hæres institutus, hæres extiterit, et aliquid gesserit in rebus pupilli paterni post mortem patris, quamvis ipse filius non sit tutor, quia tutela uou sequitur hæredem tutoris: morte finitur: tamen ob ea, quæ gessit iu rebus pupilli paterni non dicemus eum teneri uegotiorum gestorum, sed tutelæ actione, qua defunctus tenebatur, cujus hæres negotia pupillaria gessit, aut gerere

perseverarit, *l. 4. de fidejuss. tut.* etiam finita tutela in hæredem tutoris. Nam non tantum ob ea, quæ gessit defunctus, sed ob ea, quæ ipsemet gerere perseverarit, datur actio tutelæ.

Ad §. Quanquam.

Quanquam mater filii negotia secundum patris voluntatem pietatis fiducia gerat : tamen jus actoris periculo suo litium causa constituendi non habebit, quia nec ipsa filii nomine recte agit, aut res bonorum ejus alienat, vel debitorem impuberis accipiendo pecuniam liberat.

Femina nec filii sui impuberis tutrix aut curatrix esse potest, nisi hoc specialiter a principe impetraverit, *l. ult. inf. de tut,* vel nisi certis conditionibus hodie ex constitutione Valentiniani, *l. 2. C. quan. mat. tut. off. fungi poss.* at regulariter nec filii sui mater tutrix esse potest : at negotia ejus administrare non prohibetur non tamen temere aut passim, sed si forte pater testamento ea commendaverit et commiserit matri, ut plerumque, pietatis maternæ fiducia pater libentius committit matri negotia filii communis, quam extero, et hanc fiduciam habuerit pater de ipsa, cum injunxit matri administrationem negotiorum filii communis quem relinquebat impuberem. Tutorem vel curatorem matrem dare testamento pater non potest : at negotia filii communis ei committere et injungere potuit. Alioquin mater non habet jus administrationis in rebus filii sui impuberis, *l. filiæ, in fin. de solut.* sed ex suprema voluntate patris habet jus administrationis. Nec enim abs re posuit Papin. matrem gessisse negotia filii sui patris voluntate : nam citra voluntatem patris non habet jus administrationis rerum filii vel filiæ. Denique inter matrem et filium non potest esse judicium tutelæ, vel curationis judicium, negotiorum gestorum ex hac causa potest esse ultro citroque. Et consequenter, licet commissa sint matri negotia filii impuberis testamento patris, tamen non potest ea agere omnia, quæ tutoribus permittuntur vel incumbunt. Quod Papin. breviter hoc loco demonstrat exemplis quatuor, aliam scilicet esse causam tutoris, aliam matris, cui pater testamento commendavit negotia filii communis. Primum non potest mater filio impuberi suo periculo litium causa actorem constituere, quod permittitur soli tutori vel curatori, ut litium pupillarium causa actorem constituat, qui eas lites agat, quoties diffusa sunt negotia pupilli, aut dignitas, vel ætas, aut valetudo tutoris id postulat : quod multis locis ostenditur, *l. tutor, quan. ex fac. tut. l. decreto, de adm. tut. §. ult. Inst. de cur. l. 10. C. de appel. l. 10. C. qui dare tut. vel cur. poss.* et in *tit. C. de act. a tut. sive cur. dan.* Et aliquando hic actor a tutore necessario constituitur, ut, puta, si pupillus procuratorem ad lites facere non possit tutore auctore, quod absens sit pupillus, vel quod infans sit *d. l. decreto*: nam ipse tutor sine pupillo, non potest facere procuratorem ad lites, nisi ad eas lites quas ipse tutor jam contestatus est. Ceterum ante litem contestatam, tutor non potest facere procuratorem litis, quia ipse non est dominus litis, sed pupillus, *l. neque, C. de proc.* Sed decreto Prætoris vel Præsidis, si litibus sufficere non possit contestandis pupilli nomine, ei permittitur, ut causæ actorem constituat ad lites, adjutorem ad cetera negotia si id postulat negotiorum multitudo, *l. solet, de tut.* Hoc soli tutori vel curatori permittitur specialiter ex decreto judicis, non permittitur procuratori vel gestori negotiorum alienorum. Ac ne matri quidem ex voluntate patris gerenti negotia filii. Hoc igitur primum ostendit Pap. maxime distare matrem, cui permissa est administratio rerum filia testamento patris, a tutoribus et curatoribus. Sequitur alia differentia. Tutor pupilli nomine recte agit in judicio: recte rem pupilli deducit in judicium, At mater, quæ negotia pupilli gerit, rem pupilli in judicium deducere non potest. Aliæ igitur sunt partes tutoris, aliæ matris, cui hoc commissum est a patre. Aliud officium tutoris, aut curatoris, aliud matris, cui hoc permissum est a patre. Neque vero mirum, si mater non possit negotium pupilli in judicium deducere, quia nec ullam rem alienam potest ultro, nisi parentis nomine ex causa, si non sit alius, qui agat parentis sui nomine, *l. fœminas de proc.* filii autem sui impuberis nomine idem non potest, quia tutorem ei petere potest, qui agat, *l. alienam C. de proc.* Non potest etiam mulier ex mandato, ut procurator agere litem alienam, nisi in rem suam, *l. 4. C. de proc. l. 2. de reg. jur.* Et hac ratione Pap. probat matrem sane actorem pupillo constituere non posse : quia, inquit, nec ipsa filii pupilli nomine recte agit. Actorem non facit, qui ipse agere non potest : judicem non facit, qui ipse judicare non potest. Adducuntur et aliæ differentiæ inter tutorem et curatorem, et inter neg. gest. Tutor rem pupilli legitime alienare potest, si hoc exigat utilitas pupilli, *l. si cum plures §. 1. de adm. tut.* at gestor voluntarius jus alienandi nullum habet. Item tutor debitorem pupilli liberare potest, pecuniam debitam accipiendo, vel rem novando, quod gestor non potest, qui mandatum non habet, aut voluntatem creditoris, *l. vero, §. quod si forte, de solut. l. 22. de adm. tut.* Ergo in specie proposita mater, cui in testamento pater mandavit administrationem negot. filii communis impuberis non potest debito-

rem filii, hæreditarium puta, liberare accipiendo pecuniam debitam: et debitor filii solvendo matri, non recte solvit; hoc est, solutione matri facta non liberatur. Huic sententiæ obstat vehementer *l. filiæ de sol.* Species est elegantissima. Mater negotia filiæ suæ pupillæ gessit ultro, non ex voluntate, aut præcepto patris, sed ipsa se immiscuit negotiis filiæ pupillæ suæ, et res ejus vendendas argentariis dedit, quod tamen jure non poterat, quia nec jus ullum administrandi habebat, ut eadem *l. filiæ* nominatim ait, quæ voluntatem patris, aut mandatum non habebat: Argentarii vero ex mandato matris eas res vendiderunt, et pretium persolverunt, ac pertulerunt ad matrem: quæritur: an recte solverint matri? an jure sint liberati? Et Scævola illo loco respondet, jure liberatos esse. Ergo mater, quæ negotium gerit pupillæ, pecuniam accipiendo debitam pupillo, jure liberat debitores pupilli. Jure, hoc est, jure ipso, quod est contra hunc §. Jure, inquam, quia ut ad Scævolam notat Claudius illo loco, superest illa quæstio, quæ pendet ex jurisdictione, hoc est, quæ officio judicis dirimenda est, ac si diceret: bene ait Scevola, jure liberatos, hoc est, ipso jure, summo jure, quoniam subest adhuc quæstio, quæ pendet ex officio judicis: an scilicet nihilominus argentarii pupillæ condemnandi sint, si scilicet ignoraverint negotia pupillæ fuisse, si existimaverint matris fuisse, quæ mandabat res vendi, et mater non sit solvendo; denique si ignoraverint matrem administrare rem pupillæ, nec habuisse jus administrationis, et falso existimaverint fuisse matris res illas: nam hoc casu melius est, ut dicamus, non esse liberatos, nec liberandos officio judicis, cum mater solvendo non sit, hoc est cum a matre filia rerum suarum pretia recuperare non possit atque servare. Et Scævolæ responso ita demum locus non est, si sciebant argentarii negotia pupillæ fuisse, et matrem non habuisse jus administrationis, et mater solvendo non sit: quia non liberantur, nec enim scientes debuerunt solvere matri inopi et egenæ. At hujus casus inspectio pertinet ad officium judicis, ut eum excipiat a responso. Ergo responso ita demum locus est, si argentarii nescierunt pupillæ fuisse negotium, vel si sciebant, et mater sit solvendo. Unde res omnis, adhibita hujusmodi distinctione, facile expedietur. Aut debitores pupillæ solverunt, quod debent ex causa negotii, quod gesserunt cum matre pupillæ idonea aut locuplete, et recte ei solverunt, et liberati sunt. Aut solverunt ex causa hæreditaria, quia debitores erant patris, cui pupilla ab intestato hæres extiterat, et tunc non recte solverunt matri, cum qua nihil contraxerunt, nec liberati sunt solvendo matri. Hæc distinctio totam rem expediet. In summa autem hoc ait Pap. in hoc §. ut ostendat quantum intersit: an tutela pupillæ permittetur matri, an negotiorum administratio, quantumque intervallum sit interjectum inter hæc duo genera administrationis, inter tutelam et negotiorum gestionem.

Ad §. Ult.

Uno defendente causam communis aquæ, sententia prædio datur: sed qui sumptus necessarios probabiles in communi lite fecit, negotiorum gestorum actionem habet.

Species, §. ultimi hæc est. Lis est de servitute ducendæ aquæ, vel hauriendæ, quæ est communis mihi et tibi, hoc est, quæ debetur fundo communi meo et tuo. Tu eam litem defendisti solus adversus vicinum, qui negabat eam servitutem deberi, et eam obtinuisti: tu igitur commune negotium gessisti. Quæritur, an sumptus in litem factos necessarios ac probabiles a me repetere possis pro parte judicio negotiorum gestorum: in hanc actionem veniunt tantum sumptus necessarii, et probabiles §. *qui aliena*, §. *libertos*, *sup.* hac lege, *l.* 25. *hoc tit.* At videntur in hac specie non venire sumptus, quos tu in eam litem fecisti, quia sententia dicta est tibi, qui eam litem defendisti, non mihi qui cessavi. Ergo non videris gessisse rem communem. Sed hoc Papinianus negat, quia non tibi sententia dicta est, sed dicta est fundo communi, cui debebatur servitus aquæ, non tibi, vel mihi. Et ratione fundi vicisti non minus mihi quam tibi, vicisti etiam mihi, *l. loci*, §. *si fundus*, *si servit. vind.* Ergo æquum est, litis sumptus esse communes, quia victoria est communis. At quod ait Pap. eos repeti actione negotiorum gestorum, id valde pugnat cum *l.* 6. §. *hoc autem*, *comm. divid.* quæ generaliter dat actionem communi dividundo, denegat negotiorum gestorum: ideoque eam opponit Accursius ibid. Illa lex dat actionem commuui dividundo, cum quid necessario actum est in solidum, quod pro parte commode explicari non possit, et ita impensa facta ab uno in rivum aquæ communem, vel in viæ communis eundem locum, Cassius, et Pomponius, qui fuit ex Cassii amicis, dabat actionem communi dividundo impensæ pro parte recuperandæ gratia, vel pro socio, non negotiorum gestorum, *l. cum duobus*, §. *item si in commun. pro soc. l. arbor*, §. *si eundem*, *comm. divid.* quia servitutis causa individua est, et qui diviserit servitutem, eam corruperit: non potuit in causam servitutis fieri ullus sumptus pro parte: quicunque igitur factus est, in solidum necessario factus est. Ergo venit in judicium com-

muni dividundo: nam in judicium negotiorum gestorum id tantum venit, quod gestum est in solidum cum possit experiri pro parte, ut definitur in *d.* §. *hoc autem*. Et ita in proposito casu, cum communis servitutis causa fuerit individua, et necessario fuerit defensa in solidum ab uno, nec potuerit defendi pro parte, videtur sumptus in litem factus esse repetendus judicio communi dividundo, non judicio negotiorum gestorum. Sed hæc opinio Cassii refellitur in *d. l. arbor*, §. *si per eundem*: elegantissima ratione, quia proprie communis nulla servitus est. Duorum proprie non et communis aqua, aut via, quæ ad duos pertinet, sive ad fundum communem. Commune est, quod pro parte indivisa meum est, pro parte tuum: at aqua, vel via, vel quæ alia servitus, unicuique nostrum in solidum competit, non pro parte. Et hoc est, quod ait lex *si duorum*, *ff. de oper. libert.* individuorum nullam esse juris communionem. Servitus, jus est individuum: jus commune dividuum esse nequit, nec cognitione quidem scindi in partes. Et ait *l. arbor*, §. *si per eundem*, *quæ communio juris separatim intelligi potest.* Sensus hic est: Servitus uniuscujusque separatim est in solidum. Ergo inter eos nulla potest esse servitutis communio. Communio et separatio sunt contraria. Atque ubi una est, alia esse non potest et ideo impensa facta servitutis communis tuendæ gratia, quæ debetur prædio communi, et facta ab uno ex sociis non venit in judicium communi dividundo, quia licet prædium sit commune, cui servitus debetur, ipsa tamen servitus non est communis: at venit ea impensa in actionem negotiorum gestorum; quia cum possem rem defendere, quasi mihi in solidum competente jure aquæ, malui defendere communi nomine meo et tuo, te cessante. Quæ species in hoc §. necessario ponenda est, alioquin difficile esset hanc rem expedire.

Ad L. XLII. de Recept arb.

Arbiter intra certum diem servos restitui jussit: quibus non restitutis, pœnæ causa fisco secundum formam compromissi condemnavit: ob eam sententiam fisco nihil adquiritur; sed nihilominus stipulationis pœna committitur, quod ab arbitrio statuto non sit obtemperatum.

Inter duos orta est controversia de quibusdam servis, quos unus eorum possidebat, alter dicebat, sibi deberi ex causa depositi, vel commodati, vel mandati. Et ex compromisso sumptus est arbiter, qui eam litem, eam controversiam dirimeret, qui statueret, an servi essent restituendi petitori. Utrinque ut fit (alioquin inanis et inutilis esset sumptio arbitri) promissa pœna aureorum quinquaginta, si quis arbitri sententiæ non staret; et in compromisso præterea cautum est, ut eum qui arbitri sententiæ non staret, arbiter condemnaret centum pœnæ nomine fisco inferre. Post arbiter jussit servos restitui petitori intra Calendas proximas, et iis non restitutis intra Calendas proximas, jussit, ut compromisso promissum erat, non obtemperantem præstare fisco pœnæ nomine aureos centum. Quæritur, an ex ea sententia fisco pœnæ petitio sit? Et ait Pap. non esse, quod verum est: quia nec ipse fiscus eum arbitrum elegit, quoniam ad fiscum ea res non pertinebat: nec si eum elegisset, ulla actio esset ex sententia arbitri, quia sententia arbitri rem judicatam non facit, *l. 1. C. de rec. arb.* et servatur tantum metu pœnæ, compromissæ qua de causa sine vinculo pœnæ, nihil valet electio arbitri compromissarii: imo nec compromissarius est judex, nisi utrinque pœna compromissa. Sed pœna quinquaginta inter eos promissa, qui compromiserunt in eum arbitrum, ex stipulatu peti et exigi potest ab eo, qui arbitro non paret, qui arbitri sententiæ non stat: pœna fiscalis non fuerat in stipulationem deducta, nec si fuisset deducta, fisco acquireretur actio, quia per liberam personam non acquiritur actio, *l. 1. C. per quas pers. l. solutum*, §. *per liberam de pign. act.* Neque obstat *l. 1. de jure fisc.* quæ ait, fisco deberi pœnam ex contractu privati: quia, ut breve faciam, quod est facillimum, in ea lege non intelligit pœnam, de qua convenerit inter contrahentes, ut fisco inferretur, sed pœnam legitimam, et jure irrogatam iis, qui contraxerunt illicite, et adjudicatam fisco, ut in *l. Senatus, de contr. em.* Ita Græci hoc loco ad eam legem respondent, et in eam ipsam suo loco accipit Accurs. Bartolus aliter, et male.

Ad L. XLIV. de Judiciis.

Non idcirco judicis officium impeditur, quod quidam ex tutoribus post litem adversus omnes inchoatam, reipublicæ causa abesse cœperunt: cum præsentium et eorum, qui non defenduntur administratio discerni, et æstimari possit. Cum postea servus apparuit, cujus nomine per procuratorem fuit actum, absolvi debitorem oportet, quæ res domino quandoque propriam litem inferenti non obstabit.

Sunt duo responsa in hac lege. Ad primum sciendum est in primis, regulariter non valere sententiam, quæ dicta est non præsente utraque parte, non præsentibus omnibus, quos causa contingit, ut ait *l. de unoquoque*, *de re judic.* *De unoquoque negotio præsentibus omnibus, quos causa*

contingit, *judicari oportet*: quod obtinet non tantum in sententia judicis, sed et in arbitri compromissarii, *l. diem*, §. *si quis*, *l. inter*, *de rec. arb.* Et manat ex XII. tab. in quibus ita est, *Præsente ambobus litem addicito.* Hoc cognito finge: plures fuisse tutores pupilli, plures contutores, cum quibus finita tutela pupillus egit actione tutelæ, ut reddant rationes, et litem cum iis omnibus contestatus est. Post litem contestatam judicio tutelæ (ut ponunt Basilica) quidam ex tutoribus Reipub. causa abesse cœperunt, nec ullum defensorem relinquerunt, quæritur, an iis absentibus ceteris præsentibus, judex suo officio fungi et sententiam dicere possit? Dubitationis causa hæc est, quod omnes litigatores præsentes non sunt, et exigat rite judicatum præsentiam omnium, ad quos res pertinet. Et tamen Pap respondet, judicem suo officio fungi posse, et sententiam dicere, non quidem de re absentium, sed de re præsentium tutorum tantum: quia administratio absentium, et præsentium a judice dividi et discerni potest. Ergo et judicari separatim, et sic administratio præsentium recte separatim æstimabitur sententia judicis, pupillo præsente: non prohibetur judex litem dividere, si ita res exigat, idque constitutio Greca Justiniani definit in *l. pen. C. de sent. et interl.* et confirmat *l. cum in una*, *in princ. de ap.* Nec obstat, quod ait *l. nulli*, *C. de jud.* causæ continentiam, id est, πειριοχὴν non posse dividi. Quia non loquitur de judice, sed de litigatore, qui dividit continentiam aut consequentiam causæ: puta qui apud unum judicem agit de proprietate, apud alterum de possessione ejusdem rei, cum apud eundem de utroque agere debeat, *l. ordinarii*, *C. de rei vindic.*

Ad secundum responsum hujus legis hæc pertinent. Certissimum est cum servo nullum consistere judicium, nullam litem; ac proinde servum non posse habere procuratorem litis, *l. servum quoque*, *de procur.* Unde si eum, qui per procuratorem egit de pecunia debita, tanquam de pecunia sibi debita, aut suo nomine, celans tamen, se esse servum (quoniam si palam fuisset in ingressu judicii, eum esse servum, repulsus statim fuisset a judice) eum, inquam, qui per procuratorem de pecunia debita egit, si postea servus appareat, facere, ut debitor absolvatur, cum quo egerat. Creditori autem suo obligatus manet, id est, domino servi, quia absolutus tantum ab observatione judicii, quod nullum est cum servo, non ab obligatione principali qua tenetur creditori suo. Et hæc est sententia hujus secundi responsi. Nullum igitur est judicium, quod postea apparuit fuisse habitum cum servo, vel procuratore servi: sicut etiam nulla est libertas, quam dedit is, qui postea servus apparuit, *l. nulla competit*, *qui et a quib. manu. lib. non fiant.* item nullum est testamentum, quod obsignavit is, qui postea servus apparuit, ut ex contrario sensu demonstrat *l. 1. C. de testam.*

At contra non est nulla sententia, quam dixit ut judex legitimus is, qui postea servus apparuit, *l. Barbarius*, *de offic. Præt. l. 2. C. de sent. et interl.* Nihil est, quod tam facile explicari possit. Respondeo separanda esse, quæ quis sua auctoritate privata constituit, ab iis, quæ publica auctoritate. Si sua auctoritate, ut si manumisit, si testamentum obsignavit, litigavit, nihil egisse videtur, qui postea servus apparuit. Si publica auctoritate, ut si judex creatus a Principe judicavit, rata sunt ea, quæ judicavit, licet postea servus appareat: quia ut judicium infantis suppletur auctoritate tutoris, *l. quamvis pupillus*, §. *infans*, *de adq. poss.* ita, quod ejus judicio deest, suppletur auctoritate Principis, qui etiamsi sciens servum judicem fecit, utique et liberum fecisse videbitur: sed si ignorans, non etiam videbitur fecisse liberum. Ceterum, quia quidquid fecit judex, jure publico fecit: humanius est, ut ait *d. l. Barbarius*, conservari ea, quæ judicavit, vel propter utilitatem eorum, qui apud eum egerunt, et quietis causa finisque litium: ut Cicero suadet, conservari acta Cæsaris, vel otii et quietis causa, quantumvis ipso jure nulla fuerint. Sensus hujus responsi hic est: quod cum eum, qui per procuratorem ejus de debita pecunia, ex suo contractu postea servum esse apparuit, debitor absolvitur, domino autem servi obligatus manet, quia ab observatione tantum judicii, quod nullum est, debitor absolvitur, et ab obligatione παραστάσεως, id est, judicio sistendi, quod nullum est, sed non etiam absolvitur ab obligatione principali, qua tenetur domino ejus servi. Et hanc interpretationem omnino exigit verbum *domino*, quod est in eo responso: nam intelligit dominum ejus servi, qui procuratorem dederat ad petendam pecuniam debitam ex suo contractu.

Ad L. XVI. de Inoffic. testam.

Filio, qui de inofficioso matris testamento contra fratrem institutum de parte ante egit, et obtinuit, filia quæ non egit, aut non obtinuit in hæreditate legitima, fratri non concurrit.

Hujus legis duo sunt responsa. In primo proponitur casus, quo per querelam inofficiosi testamenti (quæ liberis aut parentibus exhæredatis datur) testamentum rescinditur pro parte tantum, hoc est,

testator fit intestatus pro parte tantum, et pro alia parte manet testatus, quod videtur esse παράδοξον nec enim ab initio fieri potest, ut si quis partim testatus partim intestatus, nisi sit miles testator: sed ex post facto fieri potest, veluti per querelam inofficiosi testamenti, ut in casu hujus responsi. Tres sunt fratres, duo præteriti testamento matris, cujus præteritio pro exhæredatione habetur, unius hæres institutus. Contra hæredem institutum egerunt querela inofficiosi testamenti fratres præteriti a matre separatim de parte hæreditatis singuli, et unus obtinuit, et alter non: Testamentum pro parte rescinditur, ita ut habeat hæres testamentarium semissem, alterum semissem præteritus, qui obtinuit in querela tanquam legitimus hæres ab intestato, prorsus excluso fratre, qui non obtinuit. Idem est, si unus ex eis egit querela, alter non egit, repudiandi animo scilicet, ut in *l. seq. et l. si ponas*, §. *ult. h. t.* Denique qui repudiantis animo non agit, vel qui agit et non obtinet, partem non facit fratribus, hoc est, non numeratur in partibus faciendis et pro nullo habetur. Et hoc Papinianus respondet initio hujus legis, qui tamen alio loco, hoc est in *l. Papinianus*, §. *quoniam*, *hoc tit.* dicitur respondisse, diversum esse, si quis non repudiandi animo taceat, et non quæratur de inofficioso testamento, in quo est exhæredatus, quoniam hic partem facit fratri: idque forte huic primo responso etiam subjecerat Papinianus.

Ad §. *Contra tabulas.*

Contra tabulas filii possessionem jure manumissionis pater accepit, et bonorum possessionem adeptus est: postea filia defuncti, quam ipse exhæredaverat, quæstionem inofficiosi testamenti recte pertulit. Possessio quam pater accepit, ad irritum recidit: nam priore judicio de jure patris, non de jure testamenti quæsitum est. Et ideo universam hæreditatem filiæ cum fructibus restitui necesse est.

Ad secundum responsum hujus legis sciendum est: patri præterito testamento filii emancipati, id est, instituto, nec exhæredato, quia ea præteritio pro exhæredatione habetur, competere querelam inofficiosi testamenti, ut patri: ut manumissori autem, si filium in emancipatione manumiserit: quod non faciebat semper pater, qui emancipabat nisi contraxisset fiduciam, ut ipse manumitteret mancipatum alii filium, ut manumissori, inquam, si in emancipationem filii manumissor extiterit, exemplo patroni competit bonorum possessio contra tabulas, *l.* 1. §. *ult. si a paren. quis man. l.* 14. *h. t. l. si a milite*, §. *ult. de testament. milit.* Multum autem interest, quo jure pater præteritus veniat ad hæreditatem filii emancipati. Nam per querelam inofficiosi testamenti aufert totam hæreditatem: per bonorum possessionem contra tabulas, semissem tantum, vel hodie trientem debitum verecundiæ manumissoris. Item si filius emancipatus, qui patrem prætermisit, quod pro exhæredatione habetur, etiam filium suum exhæredaverit, et prior pater egit querela inofficiosi testamenti et obtinuerit, victoria ejus proficit filio exhæredato, patri non proficit, *l.* 6. §. *si quis*, *h. t.* quod non fit quidem directo, quia res inter alios judicata aliis non proficit, sed per consequentiam: propterea quod re judicata, secundum eum, qui egit querela inofficiosi testamenti, testator factus est intestatus, hoc est, rescissum est testamentum. Pater igitur via filio vindicandæ hæreditatis ab intestato, qui in causa intestati præfertur patri: sic fit, ut victoria patris prosit filio, hoc est, nepoti ejus patris, non ipsi patri. At alio casu, si pater prius acceperit bonorum possessionem contra tabulas certæ partis, nihil hoc proficit filio exhæredato, nepoti suo, imo nec patri, si postea filius exhæredatus agat querela inofficiosi testamenti, et obtineat contra hæredem scriptum, aut contra patrem, sive avum suum, qui jure bonorum possessionis contra tabulas partem bonorum filii emancipati occupavit. Victoria filii exhæredati in querela inofficiosi testamenti excludit hæredem scriptum, atque etiam patrem, qui antevertat accipere possessionem bonorum contra tabulas, et uterque filio tenetur in hoc, ut filius habeat assem, hoc est, universam hæraditatem cum fructibus, nisi sint consumpti jam bona fide: et ratio differentiæ redditur a Pabiniano, quia in quæstione accipiendæ bonorum possessionis contra tabulas, de jure tantum patris quæritur, pater jus manumissoris habeat, nec ne? non de jure testamenti. Et si rem obtineat pater, jus suum obtinet, id est, legitimam portionem datam patrono pro beneficio libertatis, non etiam rescindit testamentum, non repellit hæredem scriptum. At in querela inofficiosi testamenti quæritur de jure testamenti, an in ea causa sit testamentum ut rescindi debeat: quod etiam in *l. si impubes* §. 1. *de Carb. edict.* declaratur, qui in querela obtinet, testamentum rescindit, testatorem intestatum facit, et consequenter filius, qui postea in querela obtinet, patrem excludit commodo bonorum possessionis ante acceptæ: quia locum habere non potest hæc possessio bonorum contra tabulas, quæ patrono datur, aut quasi patrono debetur: locum, inquam, habere non potest ab intestato, in hæreditatem legitimam vocato defuncti filio beneficio querelæ inofficiosi testamenti.

Ad L. LI. de Petit. hæred.

Hæres furiosi substituto, vel sequentis gradus cognato fructus medii temporis, quibus per curatorem locupletior furiosus factus videtur, præstabit: exceptis videlicet impensis, quæ circa eandem substantiam tam necessario, quam utiliter factæ sunt. Sed et si quid circa furiosum necessario fuerit expensum, et hoc excipiatur, nisi alia sufficiens substantia est furioso, ex qua sustentari potest.

Sciendum est homini tantum sanæ mentis, non etiam furioso, aut mente capto hæreditatem, aut bonorum possessionem ex testamento, vel ab intestato, legibus aut edictis deferri, *l.* 1. §. *furiosi, de success. edic. l.* 1. *de bon. posses. fur. comp. l.* 1. *C. de suc. ed.* quia deferri dicitur ea hæreditas, vel bonorum possessio, quæ potest acquiri, vel repudiari: atqui acquiri potest, et tantum repudiari utiliter ab homine sano; igitur insano non defertur. Ideoque certum est, hæreditatem neque furiosum acquirere, neque bonorum possessionem accipere jure et ex edicto, neque per se, neque per procuratorem suum. Excipitur unus casus, si suus hæres patri, vel si necessarius hæres domino furiosus existat: existit enim hæres ipso jure etiam ignorans, et sine curatoris autoritate, §. *sui autem, Inst. de hær. quæ ab intest. l. ult.* §. *sin vero perpetuo, C. de cur. fur. l.* 63. *de acq. hær.* ubi additur alius casus, si per eum, quem habet in potestate furioso obvenerat hæreditas, adeuntem jussu curatoris. His duobus casibus exceptis, furiosus, neque per se, neque per curatorem suum hæreditatem acquirere potest, neque accipere bonorum possessionem edictalem, et ordinariam. At decretalem bonorum possessionem, quæ scilicet extra ordinem datur decreto Prætoris vel Præsidis ex causa, non ipso jure, non edicto promittitur, curator furiosi nomine accipere potest, ut interim furiosus fruatur bonis, et inde se alat atque exhibeat, *l.* 2. §. *si quis ex liberis, Senatus. Tertul. l. pen.* §. *nos itaque, C. de cur. fur.* Quæ tamen decretalis bonorum possessio datur temporis causa, quandiu furiosus in ea conditione fuerit, *par provision*: neque enim ideo bona habiturus est, de quibus agitur, perpetuo et directo jure, antequam resipuerit, et præterea mox acceperit edictalem possessionem, vel hæreditatem adierit. Ideoque petita a curatore furiosi bonorum possessione decretali, curator cavere vel satisdare debet hoc modo: *Si furiosus in eodem statu decesserit*, hoc est non resipuerit, *et ex eo aut in eo morbo diem suum obierit, neque adita hæreditate, neque adquisita possessione bonorum edictali; se bona restiturum eis, ad quos ea res pertinet*, veluti substituto furiosi, ad quem, furioso hærede instituto non acquirente hæreditatem ex testamento, hæreditas defertur jure substitutionis vulgaris, quia in hunc casum substitutus est: *Si institutus hæres non erit*, quæ est causa substitutionis vulgaris. Et verum est eum hæredem non esse, qui in eo statu decessit, licet interim nomine ejus curator bonorum possessionem adeptus sit, qui non jure et ex edicto eam adeptus, sed ex decreto temporis causa, quandiu institutus fureret. Non pono igitur, furioso hæredi instituto datum fuisse substitutum in secundum casum, ut Accursius ponit, ad exemplum et similitudinem pupillaris substitutionis, hoc modo: *Si institutus hæres erit, et in eo furore decesserit, ille hæres esto*; non sic pono, datum substitutum in hunc casum, qui dicitur secundus casus substitutionis, *l. præcibus, C. de impub. et al. substit.* ideo autem non sic pono ut ponit Glossa, quia ante Justinianum hoc jure in eum casum furioso substitui non potuit sine speciali venia principis, *l. ex facto, de vulg. subst.* sed pono ei datum fuisse substitutum vulgari modo, hoc est, in primum casum: *si hæres non esset*, ut in *l.* 1. *de bon. poss. fur. comp.* Et Albericus, et Angelus Perusinus ponunt rectissime reprêhenso Ac. Et hujus positionis fortissimum argumentum est in hac lege, quia in lege ponit: *Ab extero quolibet furioso hæredi instituto substitutum datum, non a patre*; ergo in primum casum, *Si hæres non erit*, quæ est vulgaris, non in secundum casum, id est, *l. si hæres erit, et in eo statu decesserit*, nec ex constitutione Justiniani hodie, id est, ex *l. humanitatis C. de imp. et ali. subst. l. ult.* §. *sui autem parentis, C. de cur. fur.* potest a quolibet furioso substitui in secundum casum, sed a patre tantum vel avo, qui furiosum habet in potestate. Aliud etiam hujus rei argumentum rectissime ducitur ex hoc responso Pap. quoniam Pap. in eo alium facit hæredem furiosi, quam substitutum, legitimum hæredem scilicet ab intestato, qui substituto furiosi restituat hæreditatem tantum eam, ex qua furiosus testamento extranei hæres fuit institutus: ergo substituto in primum casum: nam ad substitum in secundum casum, si is datus fuisset furioso, non tantum ea hæreditas pertineret, sed etiam cetera omnia bona furiosi undecumque quæsita, *l. sed si plures*, §. *ad substitutum, de vulg. subst.* nec alium haberet hæredem furiosus quam substitutum, quia substitutio facta in secundum casum nihil aliud est, quam testamentum, sive datio hæredis, *l. Papin.* §. *sed neque impuberi, de inoff. testam.* Ergo his argumentis freti dicamus, curatorem, qui accepit bonorum possessionem furiosi nomine, vel agnoscit, ut fit hodie nuda voluntate sine solemnitate decreti

exemplo tamen decreti Constitutione Justiniani, hoc est, *ex l. ult. C. de cur. fur.* debere cavere in hunc modum: bona restituturum furioso substituto in primum casum: vel ut hodie obtinet ea eadem Constitutione, ipso jure ea bona pertinent ad substitutum in primum casum, id est, ad subtitutionem vulgarem, mortuo scilicet furioso in eadem conditione. Et addamus, vel si non sit furiosus hæres institutus, eique datus substitutus vulgaris, sed cum defuncto esset proximior cognatus, nomine ejus curator decretalem bonorum possessionem accepit, curatorem cavere debere bona restitutum iri cognato sequentis gradus, ad quem ea bona pervenissent, si furiosus defuncto proximior non fuisset; videlicet furioso moriente ante sanitatem receptam, et petitam bonorum possessionem edictalem? nam decretalis finitur sanitate et resipiscentia: eaque finita suo nomine petere debet bonorum possessionem edictalem, aut jure civili hæreditatem adire: aut sane locum faciet substituto vulgari: vel sequentis gradus cognato, *d. l. 2. §. si quis ex liberis, ad Senatus. Tertull.* His cognitis res erit facilior, quæ iis incognitis vix poterat intelligi. Finge: furiosus testamento Lucii Titii hæres institutus est, eique datus est substitutus vulgari modo, ut si is hæres non esset, ille hæres esset: vel L. Titio mortuo ab intestato, furiosus ei proximior cognatus est: deinde ex testamento, vel ab intestato bonorum possessionem curator furiosi agnovit ejus nomine interim temporis causa, et ex illis bonis fructus percepit: postea mortuus est foriosus in eodem statu, et furioso Cajus ab intestato hæres extitit, nunc a Cajo legitimo hærede furiosi, substitutus furiosi vel sequentis gradus cognatus (qui scilicet eum, quem furiosus contigebat primo gradu, contingit secundo) petit hæreditatem L. Titii, quam possidet pro hærede. Justa petitio est, eamque hæreditatem Papinianus ait, Cajum hæredem legitimum furiosi debere restituere substituto vulgari, vel sequentis gradus cognato, cum fructibus medio tempore a curatore perceptis, quibus per curatorem furiosus locupletior est factus. Et recte: *quibus locupletior est factus*, quia bonæ fidei possessor (qualis fuit furiosus, cum ex decreto vel ex Constitutione Justiniani per curatorem bona possideret) eos tantum fructus petitori hæreditatis restituere tenetur, quibus locupletior factus est, *l. illud, §. in bonæ fidei, hoc tit.* Et hoc est, quod ait Pap. initio hujus *l. Hæres furiosi*, etc. quæ verba agnosco esse Papin. At quæ sequuntur stylus prodit esse Triboniani, nempe hæc: *Exceptis videlicet impensis, quæ circa eandem substantiam tam necessario, quam utiliter factæ sunt.* Quibus verbis adjecit Tribonianus, fructus, qui in restitutionem veniunt, ut dixit Papin. esse intelligendos deductis sumptibus, non tantum factis fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque gratia, quod est certissimum, et obtinet in omni parte juris, etiam deductis sumptibus factis in res et corpora hæreditaria, si necessarii vel utiles illi sumptus fuerint, ut in *l. plane, h. t.* Quid si voluptuarii fuerint, ut si in prædiis hæreditariis curator furiosi medio tempore fecerit picturas, vel incrustationes? nihil scribitur de voluntuariis. Unde apparet, cum non dare deductionem sumptuum voluptuariorum, quæ tamen datur bonæ fidei possessori, *l. utiles, h. t.* Et ratio hæc est, quia non debuit curator supervacaneos sumptus facere, supervacuas facere impensas in bona, quæ possedit furiosus temporis tantum causa, in bona restitutioni forte subjecta: dat tamen hæredi legitimo furiosi deductionem sumptuum factorum, furiosi ex eis bonis alendi et exhibendi causa, si eum curator aliunde tueri non potuit et alere. Quoniam et ii sumptus minuunt hæreditatem, nec repeti possunt aut reputari hæredi legitimo furiosi a substituto, vel a sequentis gradus cognato, ut fit in bonorum possessione Carboniana; quæ etiam est decretalis et temporaria: nam finitur pubertate, et datur impuberi, cui fit controversia status et bonorum paternorum, ut interim fruatur bonis, et ex iis toleret vitam suam, qui sumptus, si factus pubes excedat bonis (quod probatum forte fuerit filium eum non esse defuncti) non repetuntur. Interim igitur de alieno alitur, *l. ult. C. de Carbon. edict.*

Ad §. Fructuum.

Fructuum post hæreditatem petitam perceptorum usuræ non præstantur. Diversa ratio est eorum, qui ante actionem hæreditatis illatam percepti hæreditatem auxerunt.

In hoc responso facit differentiam inter fructus perceptos ante petitam hæreditatem, ante illatam actionem hæreditatis, id est, ante litem contestatam, quorum fructuum usuras præstarit ait: et fructus perceptos post petitam hæreditatem, quorum usuras præstari negat. Et hoc intellige de fructibus venditis, et in sortem redactis, ut in *l. 4. de pact. dotal. l. cum qui, de iis quib. ut indig.* nam corpora ipsa fructuum in judiciis usuras non recipiunt, sed pretia tantum et sortes. Rationem autem hujus differentiæ Papinianus non explicat aperte, sed subindicat et innuit eam, dum ait, *fructus perceptos ante petitam hæreditatem ipsam auxisse hæreditatem:* non igitur etiam eos auxisse hæreditatem, qui percepti sunt post petitam hæreditatem. Nam si fructus percepti post petitam hæreditatem non auxerunt hæreditatem, se-

quitur eos non fuisse deductos in petitionem hæreditatis, non fuisse petitos, sed venisse in judicium officio judicis, ut etiam ait, *l. neque, de usur.* Ejus autem, quod officio judicis accedit, alia accessio nulla esse potest: accessionis accessio non est, ne sint infinitæ præstationes, *d. l. neque.* Denique usura usuræ, compendium compendii, commodum commodi non est, ut ait *l.* 5. §. *si indemnitas, de admin. rer. ad civit. pert.* et constat ex multis aliis. Ita fructuum, qui vice accessionis officio judicis veniunt, non deductorum in judicium, non petitorum, alia accessio veluti usura, et quasi fructuum fructus esse non potest. At fructus percepti ante petitam hæreditatem, quia hæreditatem auxerunt, actione hæreditatis petiti intelliguntur, et in judicium veniunt actionis jure et potestate, non officio judicis. Nam hæc verba petitionis hæreditatis, *si paret hæreditatem meam esse*, etiam fructus continent, quibus aucta est hæreditas, tanquam partes hæreditatis, *l. item veniunt*, §. *fructus, h. t.* Denique fructus percepti ante petitam hæreditatem, petita hæreditate, petiti intelliguntur tanquam pars hæreditatis, et rei principalis; et ideo facile accipiunt accessionem usurarum. At fructus percepti post petitam hæreditatem non intelliguntur petiti actione hæreditatis: itaque accedunt hæreditati officio judicis: ex quo sequitur, hujus accessionis aliam accessionem esse non posse. Et hanc quidem rationem differentiæ etiam Irnerius probavit, et Græcus interpres: et quis non probaret Papiniano ipso eam innuente, dum ait, *fructus perceptos ante aditam hæreditatem auxisse hæreditatem*, quod non ait de fructibus perceptis post petitam hæreditatem? Ex hoc discrimine et illius potissimum, quod ponit, sumenda est ratio: nec hanc differentiam quicquam infirmat, quod Accursius objicit ex regula juris: non fieri deteriorem conditionem ejus qui litem contestatus est, quod litem contestatus sit, sed plerumque meliorem, *l. non solet, de reg. jur.* Atqui deteriorem fieri conditionem petitoris, si non præstentur ei usuræ fructuum perceptorum post litem contestatam. Quæ assumptio pernegandα est: nam fieret quidem deterior conditio actoris, si usuræ, quæ ceperint ante litem contestatam, eædem post litem contestatam non currerent, quod etiam non fit; nam lite contestata usuræ non consistunt, sed porro currunt semper, *l. lite, de usuris.* At si post litem cotestatam usuræ non incipiunt, deterior non est conditio actoris: quia ejus res vel jus non minuitur. Quod autem ait Papinianus, fructuum preceptorum post litem contestatam usuras non præstari, in utroque possessore verum est, non tantum bonæ fidei, sed etiam malæ fidei, quia et post litem contestatam omnes incipiunt malæ fidei possessores esse, etiam qui ab initio bona fide possederunt, *l. sed etsi lege*, §. *si ante, h. l.* Omnes igitur præstant fructus perceptos post petitam hæreditatem, etiam ii, qui ab initio bona fide possederunt, ignorantes rem alienam esse: sed eorum fructum usuras, qui percepti sunt post litem contestatam, nec malœ fidei possessor præstat, *d. l. neque* Quod item ait de fructibus perceptis ante litem contestatam, ut usuræ eorum præstentur, etiam aliquatenus in utroque possessore verum est, non per omnia: quoniam id tantum in eo plurimum locum habet, et indistincte sive omnimodo, qui malæ fidei possessor fuerit, nam bonæ fidei possessor non præstat fructus perceptos ante litem contestatam, nisi quatenus ex iis locupletior factus est, ut dixi in primo responso. Et horum quoque fructuum, quibus locupletior factus est ante litem contestatam, usuras non præstat, nisi a die litis contestatæ, quo primum scivit rem esse alienam, *l.* 1. *C. de petit. hæred.* Et eatenus quidem, quod ait de fructibus perceptis ante litem contestatam, etiam dici potest in utroque possessore verum esse. Nec abs re Papinianus nullam fecit mentionem possessionis aut fidei possessoris, quoniam quod ait de omni possessore, aliquatenus verum est, vel etiam per omnia: ut quod ait de fructibus perceptis post litem contestatam, per omnia verum est in utroque. Quod de perceptis ante litem contestatam, aliquatenus tantum, sive ad aliquid, quoniam magis id convenit soli malæ fidei possessori, qui fructus perceptos ante litem contestatam omni modo restituit cum usuris legitimis: et ita scriptum hoc est nominatim in malæ fidei possessore in *l. heredem, et l. eum qui, de his quibus ut indign. l. illud*, §. *prædo, h. t.* ubi ait, prædonem, id est, malæ fidei possessorem, fructuum, qui hæreditatem auxerunt (ii sunt fructus præteriti, qui sunt percepti ante litem motam) fructus præstare, hoc est, usuras fructuum eorum, pretii usuras prædonem præstare. Usura est fructus pretii pecuniæ. Usura est fructus pecuniæ. Idem ait *d. l. neque.* Verum eadem *lex neque* pugnat valde cum eo, quod ait Papin. hoc loco, fructuum perceptorum ante litem contestatam usuras præstari, quoniam ait *l. neque*, nec eorum fructuum usuras præstari, qui ante litem contestatam percepti sunt, qui quasi a malæ fidei possessore ante litem contestatam percepti condicuntur. Non loquitur ea lex de petitione hæreditatis, in qua, si cum malæ fidei possessore agatur, omnimodo veniunt fructus percepti ante litem contestatam actionis jure tanquam rei hæreditariæ: et quia de hæreditatis petitione non loquitur, ideo utitur verbo condicuntur: sed loquitur de condictione fructuum, de condictione sine causa, vel ex

injusta causa, quam scil. intendit is, qui vicit actione proprietatis, id est, actione in rem speciali, ut *l. 3. C. de cond. ex lege*. Quoniam in actionem in rem specialem veniunt quidem fructus percepti post litem contestatam officio judicis, sed non etiam ante precepti, nisi nominatim petiti sint, *l. 2. C. de pet. hær.* sed finito judicio proprietatis, in quo fructuum ratio habita non sit, vel deducta a petitore, qui vicit rem suam esse, deinde extantes fructus vindicantur, consumpti condicuntur a malæ fidei possessore, fructus enim rem certam, hoc est, corpus certum augere non intelliguntur, ut eo corpore petito et ipsi petiti intelligantur. At hæreditatem fructus augere intelliguntur, quia hæreditas est nomen juris, quod scilicet intellectu tantum abstrahitur et percipitur, non sensu. Hæreditas est jus successionis, et hoc jus, augumentum et diminutionem recipit, et sic fit, ut petita hæreditate, quæ ei augumenta accesserunt, etiam petita intelligantur. Differentia autem est maxima inter petitionem hæreditatis et conditionem, de qua loquitur *l. neque*, quia condictio sine causa est actio stricta: petitio hæreditatis est actio bonæ fidei; et in strictam actionem non veniunt usuræ, nisi sint deductæ in stipulationem, *l. Titius de præscr. verb.* Et ideo in conditionem fructuum præteritorum, quæ intenditur adversus malæ fidei possessorem, qui de proprietate victus est, usuræ non veniunt, quia non sunt deductæ in stipulationem, nec possunt deberi, nisi ex contractu. At in bonæ fidei judiciis usuræ veniunt officio judicis citra obligationem ex tempore moræ, ex sola mora, *l. mora*, §. *In bonæ fidei, de usur.* Est tamen notandus unus casus, quo etiam in petitionem hæreditatis non veniunt usuræ fructuum ante litem contestatam perceptorum a malæ fidei possessore, puta si fiscus petat hæreditatem ex causa taciti fideicommissi ab hærede, qui tacitam fidem interposuit incapaci restituendi fideicommissi, qui quidem hæres est loco prædonis, *l. prædonis h. t.* nobis prædo est, quicunque male fidei possessor, non invasor tantum: hoc vero casu benigne decrevit, ut ait Papinianus, Severus Imperator, non admissa superiore distinctione temporis, nec post litem motam, id est, post petitam hæreditatem, nec ante, ex hac causa taciti fideicommissi perceptorum fructuum usuras præstari, *l. eum qui, de his, quæ ut indign.* Benigne hoc decrevit in hoc casu: ergo regulariter aliud esse sequitur, sed in hoc casu noluit nimium favere fisco suo, et cum ea lege *eum qui*, nihil pugnat *l. cum quidam*, §. *in tacito, de usur.* quam objiciunt: quæ non dicit hæredem, qui tacitam fidem interposuit, præstare usuras fructuum, sed præstare usurarum emolumentum, quod scilicet ipse percepit a debitoribus: nam usuræ ab eo collectæ omnimodo restituendæ sunt: fructuum autem collectorum usuræ nequaquam. At rursus, quod ait *d. l. eum qui*, excepto illo casu taciti fideicommissi, malæ fidei possessorem post litem contestatam, hoc est, a die tantum litis contestatæ, præstare usuras fructuum ante litem contestatam perceptorum, hoc congruit cum *l. 1. C. de his, quæ ut indig.* sed non tamen bene congruit cum Senatusconsulto de petitione hæreditatis, quo bonæ fidei possessori hoc tantum datur ut fructuum ante litem contestatam perceptorum, quibus scilicet locupletior factus est, usuras præstet a die litis contestatæ tantum, *l. 1. C. de petit. hæred.* Quamobrem Ulpian. in *l. item veniunt*, §. *ceterum*, *hoc tit.* mirum in modum coarctat eam *l. 1. C. de his*, *quæ ut indig.* quæ idem videtur statuere hac in re in malæ fidei possessoribus quod præcipue Senatusconsultum dedit bonæ fidei possessori. Et eum modum igitur, quem imponit Ulpian. *d. l. 1.* quæ est etiam Severi constitutio ad Celerem, nos oportet addere *d. l. eum qui*, quæ congruit cum eo rescripto Severi. Modus hic est, quem ponit Ulpianus *d. l. 1.* ut locum habeat *d. l. 1.* et quod ex ea tradit Papinianus in *d. l. eum qui*, in iis tantum fructibus, aut rebus, quas malæ fidei possessor vendidit ante litem contestatam, quæ onerarent magis hæreditatem, quam fructui essent, veluti, quod essent res steriles aut tempore perituræ. Harum rerum sive fructuum, quos ex justa causa vendidit malæ fidei possessor non præstat usuras, nisi ex die litis contestatæ. Et ita auctore Ulpiano accipienda est *l. 1.* Aliarum autem rerum vel fructuum, qui usui et fructui esse poterant, qui servari poterant, si eos distraxerit ante litem contestatam malæ fidei possessor, eum usuras præstare statim a die petitionis, nec petitionis tantum, sed a die venditionis si hoc actor malit, aut res ipsas, vel fructus debere præstare, quoniam eas, eosve possidere intelligitur, qui dolo malo dessit possidere. Dolus pro possessione est, ergo districte in eum agi potest, ut eas res, eosve fructus, quos distraxisset, præstet, quasi possessor, ut redimat ab emptore, et præstet, aut si non possit præstare, ut damnetur, quanti in litem juravit actor, hoc est, quanti eas res juratus actor, eosve fructus æstimarit: quod plerunque est immensum pretium, vel infinitum; et hinc apparet, quam distent hac in re bonæ fidei possessores a malæ fidei possessoribus, quamque non sit in utrisque in omnibus, et per omnia, idem jus in hac quæstione.

Ad L. XLVIII. de Rei vindic.

Sumptus in prædium, quod alienum esse ap-

paruit, a bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, neque a domino peti possunt: verum exceptione doli opposita per officium judicis, æquitatis ratione servantur: si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant: etenim admissa compensatione, superfluum sumptuum meliore prædio facto, dominus restituere cogitur.

Quæstio in hac l. est de ratione sumptuum a possessore rei, de qua agitur, factorum ante litem contestatam: in qua quæstione arbitror non esse admodum separandum justum possessorem a prædone, hoc est, malæ fidei possessore, neque petitionem hæreditatis a speciali in rem actione: nam in utroque judicio uterque possessor actori sumptus necessarios et utiles, quos fecit iu eam rem, qua de agitur reputat: vel opposita exceptione doli mali, vel per officium judicis, etiam omissa exceptione doli mali, quia utrique judicio hæc exceptio tacite inest, et si sit omissa, huic rei consulitur aut subvenitur per officium judicis, *l. plane, et l. ult. de pet. hær. l. bonæ fidei, de nox. act. l. sin autem, §. in rem, h. t.* et hoc est, quod ait Papin. in hac lege, *Bonæ fidei possessorem sumptus necessarios et utiles, quos fecit in prædium alienum, quod possidebat bona fide, repetere quidem non posse a domino, qui prædium vindicat, neque ab auctore suo*, id est, ab eo, a quo rem habuit: non posse, inquam, per actionem fructus repetere a domino, vel ab eo, a quo rem habuit, ut puta, ab eo, qui prædium ei donavit. Et caute Papinian. custoditeque loquitur de donatore tantum, quia donator de evictione non tenetur donatario, ideoque nec ei sumptuum nomine tenetur donator, quib. rem donatam meliorem fecit. Donator immunis est omni obligatione atque liber, post perfectam donationem, ab obligatione evictionis, et obligatione ædilitii edicti ob redhibitionis causam. Caute igitur de donatore tantum loquitur, a quo dicit bonæ fidei possessorem petere non posse; nam a venditore prædio evicto procuIdubio eos sumptus consequeretur judicio evictionis, in quod venit id omne quod interest, omnes etiam sumptus, quib. res evicta melior facta est, *l. 9. C. de eviction*, donator non tenetur de evictione in id, quod interest, *l. 2. C. eod. tit.* at venditor tenetur in id omne, quod interest: ergo et in sumptus factos in rem venditam si evicta sit, et si eos bonæ fidei emptor jam sibi non servaverit a domino, qui prædium vindicavit et evicit, nam si eos sumptus a domino repetere non possit, ut Papin. ait per actionem, eos tamen sibi servare potest per exceptionem doli mali, vel per officium judicis, qui judicat de proprietate prædii: repetere igitur eos fructus non potest, reputare potest per exceptionem doli, vel per officium judicis. Et quod ait in hac lege: *Exceptione doli opposita per officium judicis*, est ἀσύνδετον. Servat, inquit, sumptus a domino, qui vindicat rem proposita exceptione doli vel per officium judicis, sunt enim duo remedia, non unum. Et hoc deinde Papinianus ita declarat procedere, si minus sit in fructibus ante litem contestatam perceptis quam in sumptib. Fit enim compensatio concurrentis quantitatis fructuum, et sumptuum, et quod plus est in sumptibus in rem alienam bona fide factis servatur possessori, qui fecit, per exceptionem doli mali, vel per officium judicis, ut dictum est. Et hæc est sententia legis. Ceterum lex hæc, hoc tantum tradit iu bonæ fidei possessore de quo loquitur. Ergo aliud videtur esse in malæ fidei possessore: neque frustra, aut otiosum quicquam unquam Papin. scribit. Et ut aliud sit in malæ fidei possessore, ratio juris stricta suadet, quia prædo de se queri, et sibi non petitori imputare debet, qui sciens in rem alienam impendit, *§. certe, Instit. de rer. divis.* Ideoque iu *l. domum, C. de rei vind.* etiam prædoni tantum datur deductio sive reputatio sumptuum necessariorum, non etiam utilium: sed si utiles sumptus fuerint, hoc tantum ei permittitur, ut asportet et tollat ex eo, quod fecit, quod sine detrimento rei principalis tolli potest, sine læsione prioris status rei. Ergo aliud jus est prædonis, aliud justi possessoris. At initio hujus recitationis, idem constitui esse jus utriusque. Et vero ita est: nam etsi prædonem a deductione sive reputatione expensarum utilium repellat stricta ratio juris, qui sciens prudensque in rem alienam impendit, *d. §. certe, et d. l. domum*, tamen benignus est, ut ait *d. l. plane, de petit. hær.* et prædonem, hoc est, malæ fidei possessorem beneficio exceptionis doli mali, vel officio judicis recipere sumptus, quibus rem meliorem fecit, ne scilicet actor ex aliena jactura lucrum faciat, ne ex alio incommodo suum augeat commodum. Quod ad strictam illam rationem, quæ etiam proponitur in *d. l. plane*, addit eadem lex, atque etiam *l. Julianus h. t.* illo loco, *Nisi forte quis dicat exceptionem malæ fidei possessori prodesse de damno sollicito*, id est, de jactura, qua locupletior actor fiat. Ita vero idem addi potest *d. l. domum, et d. §. certe*, quibus auctor spectat solam rationem strictam juris. Strictæ scripturæ auctoris licet addere benignam interpretationem ex aliis legibus: ita tamen hoc addamus, ut si dominus non habeat unde sumptus utiles possessori refundat, tunc necessario dicamus, quod est in *l. domum*, hoc tantum permitti possessori, ut tollat quæ salva re tolli possunt, qui aliter, quod impendit, servare

non potest: sed possessori non tantum malæ fidei, ut *d. l. domum*, sed etiam bonæ fidei, quando dominus aliunde solvere non potest, *l. sin autem*, §. *in rem petitam, et l. in fundo h. t.* nunc huic legi omnino recte coniungenda est *l.* 65. *hoc tit* quæ est Papiniani, ex eodem libro.

Ad L. Emptor Prædium LXV. eod.

Emptor prædium, quod a non domino emit, exceptione doli mali posita, non aliter domino restituere cogetur, quam si pecuniam creditori ejus solutam, quia pignori datum prædium habuit, usurarumque medii temporis superfluum recuperaverit: scilicet si minus in fructibus ante litem perceptis fuit: nam eos usuris novis duntaxat compensari, sumptuum in prædium factorum exemplo æquum est.

Quod dixit Papinianus in *l.* 48. quam modo exposui, de sumptibus factis in prædium alienum a domino recuperandis, idem in primo responso h. l. 65. statuit de pecunia, quam creditori domini, qui prædium illud habuit pignori obligatum in sortem, et usuras solvit possessor, si modo ea pecunia et usuræ medii temporis (quod uno verbo a nostris solet appellari *Interusurium*) excedant summam fructuum ante litem contestatam perceptorum. Nam fructuum et usurarum admissa et facta compensatione; quod plus erit in usuris, dominus, qui prædium vindicat, possessori restituere cogetur; quia in rem et utilitatem ejus reipsa possessor eam pecuniam expendit, ut in *l. si creditor, de pign. actio.* Denique quod dixit *d. l.* 48. de sumptibus, idem in primo responso hujus tit. statuit de usuris, *ad exemplum sumptuum*, ut ait, *in prædium factorum.* Quibus verbis Papin. plane se refert ad *d. l.* 48. Sed nondum est satis: necesse est etiam explicare speciem hujus primi responsi, quæ positu facilis non est, sed intellecta placebit. Pone: creditori meo prædium meum pignori obligavi in sortem et usuras quas deduxerat creditor in stipulatum: deinde me absente, et ignorante Lucius Titius prædium meum emit, et traditum accepit non a me, non a creditore distrahente jure pignoris, sed ab alio non domino. Ita recte ponit Accurs. tertio loco in prima glossa. Deinde cum L. Titio creditor agit hypothecaria actione: quamobrem L. Titius solvit creditori sortem et usuras debitas, atque ita pignus meum, et meipsum liberavit a creditore, non quidem principaliter hoc animo, ut me liberaret, et rem meam gereret, sed ut sibi confirmaret et optimo jure haberet empti prædii possessionem. Sic vero L. Titius successit in locum creditoris mei, et ideo L. Titio ab eo tempore, quo creditorem meum absolvit, debentur usuræ, quæ creditori debitæ fuissent, si non fuisset absolutus; quare me vindicante prædium a L. Titio, is non tantum mihi reputabit sortem et usuras, quas meo creditori solvit, sed etiam a die solutionis mihi reputabit usuras ejusdem quantitatis, tanquam sibi perinde, atque priori creditori, cujus in locum successit, debita sorte et usuris iisdem: at non reputabit etiam earum usurarum usuras, ut *l.* 12. §. *sciendum, qui pot. in pig. hab. l. secundus creditor, C. de pign.* quia eas usuras magis sui, quam mei negotii gerendi causa solvit, magis rei suæ, quam meæ solvendæ causa. Si magis mei gratia hoc fecisset, usuræ solutæ loco sortis essent, et reciperet usuras in judicio negotiorum gestorum, *l. idem quoque*, §. *si procurator*, *l. qui negotia*, §. 1. *et* §. *ult. mand.* Si magis sui gratia, ut in specie proposita, usuræ solutæ loco sortis non sunt, sed tanquam usuræ, alias non admittunt: quia nihil est, quod magis jus abhorreat quam usurarum usuras. Sunt igitur duo genera usurarum, quæ mihi L. Titius reputare potest: usuræ veteres, quas solvit creditori meo, et usuræ novæ, quæ ei L. Titio deberi cœperunt a die solutionis: ad exemplum prioris creditoris cui successit. Sed hoc interest inter veteres, et novas usuras, quod novas compenset cum fructibus, si quantum est in usuris, tantum sit in fructibus perceptis ante vindicationem prædii: at si quid plus est in usuris, id solum reputat atque deducit. Veteres autem usuras non compensat cum fructibus: nam etsi tantum sit in fructibus quantum in veteribus usuris, quas creditori meo solvit omnimodo earum usurarum deductionem, reputationem, et retentionem habet. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco; *Fructus usuris novis duntaxat compensari*: duntaxat, ut excludat veteres, quas non vult compensari cum fructibus, quod vicem habeant quandam sortis, sed restitui possessori. Male igitur scribitur, ut quidam Codices habent *Nobis*, et recte *usuris novis*, ut in Basilicis, τοῖς νέοις τόκοις, et apud interpretem βασιλικῶν, τόκους καινούς, et in hoc responso, *usurarum medii temporis superfluum*, hoc est, quod plus est in usuris novis, quam in fructibus. Medium igitur tempus vocat, quod intercessit a die solutionis in diem vindicationis prædii, ut Glossa notat recte: quæ ubique etiam est sana et rectissima, præterquam ad illa verba, *a non domino*, ex qua glossa retineri tantum volo, quod ait, *vel die tertio*, id est, tertiam opinionem. Recte etiam Florent. hoc loco habent *ante litem perceptis*, et Basil. πρὸ τῆς προκατάρξεως, male alii, *a lite contestata.* Recte *ante litem*, ut ante litem contestatam in *l.* 48. Ideo autem in utraque ait, fructus perceptos ante litem contestatam pro

modo quantitatis concurrentis compensari cum usuris novis, vel cum sumptibus in rem factis, non quod non et similiter compensentur fructus percepti post litem contestatam, sed quod de illis magis dubitari poterat. Nam fructus percepti post litem contestatam veniunt in actionem in rem officio judicis, qui ipsa pendente lite sunt percepti. At percepti ante litem motam nullo modo veniunt in eam actionem, nisi nominatim petantur, et vindicentur, et tamen licet petiti non sint, jure compensantur. Et sic etiam sumptus hoc loco intelligimus factos ante litem contestatam, *d. l. sin autem*, §. *in rem petitam.* Non quod habeatur etiam ratio sumptuum factorum post litem contestatam, sed quod dubitari magis poterat, de iis qui non in ipsa lite, sed ante litem facti sunt.

Ad §. Ancillam quæ non.

Ancillam quæ non in dotem data, sed in peculium filiæ concessa est, peculio filiæ non legato, mancipium hæreditarium esse convenit. Si tamen pater dotis ac peculii contemplatione filiam exhæredavit, et ea ratione reddita, nihil ei testamento reliquit, aut eo minus legavit, filiam defensio tuebitur voluntatis.

Multum interest filiæfamil. detur aliquid in dotem, an in peculium: nam si datum sit in dotem, statim fit proprium patrimonium filiæ: filiusf. habet proprium patrimonium, castrense peculium aut quasi castrense; filiaf. dotem a patre profectam, quæ statim fit propria filiæf. ut nec auferri possit a patre per exhæredationem filiæ vel alio modo, *l. un.* §. *videbamus*, *C. de rei ux. act.* Exhæredatio non aufert omnia liberis, non aufert jus sepulchrorum *l.* 6. *de relig.* non aufert jus dotis suæ, vel filiæ a parente datæ, *d.* §. *vid. l. dotem de coll. bon.* non aufert adsignationem libertorum, *l.* 1. §. *sed etsi*, *de adsign. liber.* non aufert casum militiæ, *le vacant d'un office*, *Nov.* 22. non aufert etiam ab intestato jura libertorum, ut declarat Justinianus in illa constitutione Græca *de jure patronatus*, quæ desideratur in fine tituli *C. de bon. libert.* Quod autem filiæ datum est in peculium, quandocunque filiæ auferri potest a patre, et ablatum videtur, si exhæredata sit; non legato peculio, nisi, ut ait, exhæredationi sit additum elogium hoc modo: *Exhæres esto, quia sufficit tibi peculium quod dedi.* Idem: si modico legato simile elogium additum sit: *lego tibi quinque, quia abunde sufficit quod dedi peculium*: nam in hoc casu non legatur peculium nominatim per illa verba: *quia abunde sufficit pec. quod dedi inter vivos.* Ergo non potest petere peculium, sed si id hæredes vindicent a filia potest retineri, non potest peti, sed retineri per exceptionem doli mali ex voluntate defuncti; quoniam, inquit, filiam tuetur voluntas defuncti. Denique legati, quod nominatim non est relictum, petitio non est, non enim debetur: retentio tamen ejus est ex conjectura voluntatis defuncti per exceptionem doli mali, ut *l. ult.* §. *avus*, *de doli exc.*

Ad L. IV. de Servitut. rust. præd.

Pecoris pascendi servitutes, item ad aquam appellendi, si prædii fructus maxime in pecore consistat, prædii magis quam personæ videntur: si tamen testator demonstravit cui servitutem præstari voluit, emptori vel hæredi non eadem præstabitur servitus.

Illud in primis præsumendum est: Servitutes aut personarum esse aut prædiorum: eorumque vel urbanorum vel rusticorum, *l.* 1. *l. quoties*, *de ser.* aut in rem esse, aut in personam, ut ait *l. Cajus*, *de annuis legat.* Quæ prædiorum servitutes vel in rem sunt, prædiis, quæ personarum, personis debentur: et quæ prædiis debentur, sequuntur emptorem prædiorum, hæredemve, ad quem ea prædia pervenerunt, hoc est, successorem omnem: nam emptoris nomine hoc loco, ut in XII. tabulis significatur quilibet successor rei; hæredis autem nomine significatur successor juris. Quæ vero servitutes personis debentur, cum personis extinguuntur, nec ab eis transeunt in emptorem vel hæredem, quod hæc lex ostendit, et *l. cum fundo*, *et l. pen. h. t. l. usus aquæ*, *de usu*, *et hab. l. pater*, *de serv. leg. l. non solum* §. *tale*, *de lib. leg.* Item, ut aliam differentiam ostendam, servitus prædii tantum præstatur possessori vicini prædii, vicinæ possessionis, *l.* 5. *h. t.* illo loco, *Jus esse non posse, nisi fundum vicinum habeat:* denique ita est: in fundo tuo non possum habere servitutem prædialem, nisi vicinum fundum habeam, quia eam servitutem fundus fundo debet, non homo homini, non persona personæ, nec constitui utiliter potest, nisi inter affines fundos, confines fundos. At servitus personæ etiam ei præstatur, qui nullam vicinam possessionem habet, *l. Mela* 14. §. *ult. inf. de alim. leg.* Potest autem eadem servitus modo esse prædii, modo personæ, nec ulla est quæ semper sit prædii, hoc est, quæ non possit esse personalis, quod Pap. in hac l. demonstrat in jure sive servitute pascendi pecoris, vel ad aquam appellendi, quod numeratur quidem inter servitutes prædiorum, *l.* 1. *hoc tit.* tamen personalis esse potest, non solum prædialis. Illa servitus prædialis est, si, ut inquit Papinianus, fructus prædii maxime in pe-

core consistat: prædii scilicet in quo est pecus, cujus pascendi vel ad aquam ducendi jus vicino testator legavit: nam lex est de servitute legata: et *maxime* hoc loco idem est, ac si dicat, maxima ex parte, ut in *l. fundo legato, de inst. vel instr. leg.* Legato fundo instructo cum omni instrumento deberi venationis instrumenta, si quæstus fundi ex maxima parte in venatione consistat. Et ita hoc loco *maxime*, id est, maxima ex parte, si maxima pars fructuum prædii cogatur a pecore, si maximus reditus prædii sit a pecore, si nullus fere sit alius fructus prædii, quam fructus quem tollit pecus, atque tollitur ex pecore, fructus pecoris, ut si id prædium sit saltus et pastio pecuaria, ut in *l. de grege, de inst. vel inst. leg. l. si quis aveas. de usufr.* Nam si et in eo saltu quædam particula aratur pastorum aut custodum gratia: Ælius Gallus apud Festum ait, eam rem non perimere nomen saltus, quia satis est maximam partem prædii non alii rei esse utilem, quam pascendo et sustinendo pecori. Denique saltus est prædium, cujus fructus maxime in pecore consistit, id est, maxima ex parte: nam non mutat nomen saltus particula agri quæ aratur. Quamobrem recte dicemus, pastus servitutem impositam vicino agro, cum pecori in saltu constituto majore pabulo opus esset, aut servitutem appellendi pecoris ad aquam aut fontem vicini, ad aquam vicinam, qua forte saltus caret, esse servitutem saltui debitam non personæ, et ut Pap. ait, magis esse prædii, quam personæ. Τό *maxime* respondet τῷ *magis*. Uterque articulus in comparando est, et huic servituti etiam adjungi potest, ut tugurium vel casam pastoralem habere liceat in agro vicino, in quam, si hiems ingruerit, pastores se recipiant, *l. 6. in fine h. t.* ubi hiems sumitur, ut Græcis χειμών, pro vi ventorum aut imbrium. At notandum est, quod diximus, fructus vel reditus fundi, veluti saltus in pecore consistere, nihil aliud esse, quam fundi reditum constare ex fœtu pecorum, lana, lacte, vellere, villis et ceteris, quæ sunt in pecorum fructu, *l. in pecudum, de usufr.* Sicuti reditum fundi ex melle constare in *l. si reditus, de inst. vel instr. leg.* est fundi reditum consistere in apibus, et fit in ea lege mellis mentio tantum, qui olim, ut scribunt auctores rei rusticæ, cera et propolis fuit exigui æris, exigui pretii, nihilque ex apum fructu fuit in pretio præter mella. At non est omittenda hoc loco distinctio, qua Jurisconsultus utitur in *l. de grege*, quam attuli, *de fundo inst. et instr. leg.* cum quæritur an instrumento fundi legato debeatur pecus, quod in eo fundo est? Primum enim instrumento fundi non cedit pecus, quod in fundo eo paterfamilias habuit pascendi causa, si id comparavit in hoc, ut ex eo fundo ipse fructus perciperet, quæstum faceret et negotiaretur, ut ex eo scilicet ferret agnos, vitulos, hinnulos, lanam, et similia, quæ sunt in pecorum fructu, vel ex eis instrueret suas epulas, ut ait *Paul. 3. Sentent. tit. de legatis.* Pecus, quod ea causa, aut eo fine comparatum est, non est instrumentum fundi, sed patrisfamilias instrumentum, et instructo quidem legato, quoniam est plenius, legato cedit, *l. 2. C. de verb. signific.* Ceterum instrumento non cedit. At si pecus in eo fundo habuerit paterfamilias, ut ex eo fundo aliquem fructum perciperet, quem alioqnin nullum perciperet (finge eum fundum esse saltum incultum et sylvestrem) si, inquam, fructus fundi maxime in pecore consistat, hoc casu, placet pecus cedere instrumento fundi, quoniam manifestum est, paratum id esse instrumentum fundi causa (nam et hoc casu pecus habetur pro instrumento fundi, ut *l. cum quæreretur §. ult. de leg. 3.*) ut per gregem ex fundo caperetur fructus aliquis, *l. fundi instrum. de instr. et inst. leg.* Idemque est si pecus in fundo habeatur stercorandi fundi causa. Nam et hoc casu pecus habetur pro instrumento fundi, *ut d. l. cum quæreretur, §. ult. d. l. 2. C. de verb. signific.* Et Paulus eodem loco, *Instrumento fundi legato, deberi pecora stercorandi fundi causa parata.* Sed addendum, deberi etiam ea pecora, per quæ ex fundo fructus tollatur, qui alioqnin nullus tolleretur. Et ita est explicanda distinctio *d. l. de grege*, quæ erat satis difficilis. Ac præterea in hac lege notandum est, quod in ea est præcipuum: etiamsi fructus prædii in pecore non consistat, ut si sit ager frumentarius, qui et sine pecore fructus fert, jus pascendi vel appellendi pecoris ad aquam, quod in eo fundo est, etiam prædii magis esse, quam personæ: jus pascendi oves, quibus ager meus stercoratur, magis prædii esse, quam personæ; altero casu, videlicet, si paterfam. in eo fundo pecus habuerit stercorandi fundi causa: nam si jus pascendi boves in vicino agro, quibus ager meus colitur jus est agri mei, ut *l. 5. h. t.* consequens etiam est agri mei jus esse pascendi oves, quibus ager meus stercoratur, quia stercoratio pars culturæ est. Breviter sic statuamus: Pascui servitutem, et appulsus pecoris duobus casibus esse prædii servitutem, si prædium non aliunde fructus habeat, quam ex pecore, ut si sit saltus et pastio; et altero casu, si sit ager cultus, qui tamen pecore illo stercoretur, cujus pascendi vel ducendi ad aquam jus constituitur. At cum testator, qui pascui servitutem legavit, vel appulsus pecoris, certam personam demonstravit: ut Pap. ait, cui servitutem præstari voluit, usum sive jus personale, non præ-

diale legasse videtur, ideoque ad emptorem vel hæredem transmitti non potest, quod cohæret personæ legatarii, et cum ea extinguitur. Idemque est si ita personam demonstraverit, ut declaret, se ei soli servitutem præstari velle, ut si dixerit: *Hæres meus L. Titium vicinum meum pecus suum in meo fundo pascere sinito*, si hoc dixerit simpliciter, si modo appareat ita sensisse testatorem, ut hoc jus non egrederetur personam L. Titii: forte, ut proferam argumenta voluntatis defuncti, quia prædio vicini, hoc est, L. Titii nulla tali servitute opus est, quoniam in eo forte nullum est pecoris genus. Hoc enim casu personæ non prædio servitutem legasse videtur, si modo et personæ usui esse possit: ut si L. Titius pecus habeat in alio agro forte remotiore a conspectu, ex utilitate æstimamus omnia vel ex necessitate, vel ex voluptate, vel amœnitate: quæ servitus neque prædio neque homini usui aut voluptati esse potest, quæ nullam utilitatem habet, aut voluptatem, plane inutilis est, *l. quotiens*, *de servitut.* cui nihil obstat *l. si fundo*, *eod.* in qua tamen Labeo ait, servitutem aquæ lege venditionis imponi posse fundo vendito, ut scilicet ex eo fundo venditori liceat aquam ducere in alium fundum proximum, quem retinuit, tametsi ea servitus venditori vel fundo, quem retinuit venditor, utilis non sit: *Quædam enim*, inquit, *habere possumus, quamvis ea nobis utilia non sunt.* Est vexata ab omnibus lex mirum in modum, sed nihil erit facilius ea, si modo conjungatur cum eo, quod idem Labeo scribit in *l. Labeo h. t.* Ubi cum scripserit nondum inventa aqua servitutem aquæ constitui posse, quia scilicet queri et inveniri et scaturire potest: et nondum ædificato ædificio servitutem imponi posse, quia scilicet ædificari quandoque potest, *d. l. Labeo.* Similiter dicemus ita esse accipiendam sine controversia, *d. l. ei fundo* ut aquæ nondum utilis aut necessariæ servitus constitui possit, quia scilicet quandoque utilis esse potest propter spem utilitatis. Spes pro te est, qua ratione et in infante et in agro squallido et sterili prorsus recte constituitur usnsfructus propter spem futuræ utilitatis; sæpe fundus sterilis fit industria nostra fertilis longaque cultura, *l. arboribus* §. *ult. l. de illo*, *l. si infantis de usufr.* Quæ autem servitus prædii, ut hoc quoque statuam, causam meliorem, aut amœniorem tantum facit, aut factura est, ut prospectus, qui non meliores sed amœniores fundos facit, *l. 2. sup. tit. prox.* et nonnunquam aqua, *l. h. jur. in princ. de aqua quot.* Sane utilis est servitus prædii; quæ autem hoc non facit, non valet, ut servitus prædii, sed valere potest, ut servitus personalis, ut est in *l. ut pomum*, *de ser.* ut mihi liceat poma decerpere ex arbore vicini, vel ut mihi liceat spatiari in agro vicini, aut cœnare, servitus imponi non potest prædialis: quia nihil hoc pertinet ad utilitatem prædii: sed quæ tantum pertinet ad nonnullam utilitatem, ad voluptatem hominis, ea servitus valet, ut personalis, non potest valere, ut prædialis: quia meliorem non facit, aut voluptuosiorem, vel gratiorem causam prædii, quod semper exigitur in prædiali servitute, *l. 5. et 6. h. t.* Jus etiam personæ potest esse quælibet servitus, quæ prædii servitus est ex voluntate defuncti, ut hæc lex ostendit in servitute pascui et appulsus, itemque *l. Mela* §. *ult. de aliment. leg.* In servitute aquæ haustus, si relinquatur homini non habenti vicinum fundum, et in servitute appulsus pecoris, si eidem quoque homini relinquatur, vel in jure gestandi, ut possit vehi sella gestatoria in fundo Lucii Titii, qui vicinus non est, id est, cujus prædio vicinum fundum nullum habet, quem possideat. Idem est si relinquatur tibi jus in meo torculari uvas premendi, qui meo fundo vicinum non possides, vel etiam, ut in area mea tibi liceat fruges terere vel exprimere, ut in *d. l. Mela* §. *ult.* in illo loco: *Nam et haustus aquæ;* ubi legendum est hoc modo: *nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus est servitus:* addita subdistinctione, quæ vulgo deest: *personæ tamen ejus, qui vicinus non est non inutiliter relinquitur*, ut hic sit sensus: aquæ haustus sicut pecoris ad aquam appulsus est servitus prædii. Personæ tamen, hoc est, ei qui vicinus non est non inutiliter relinquitur: hic denique sensus est: inutilem servitutem prædio, si personæ non sit inutilis cui relinquitur, soli personæ relictam videri. Et ita in specie, *l. pen. hic.* aqua personæ relinquitur. Est lex Græca, qua proponitur frater fratri legasse digitum aquæ, quia solebat aquæ modulus digito institui rotundo, vel quadrato, ut est apud Frontinum, et in antiqua inscriptione Suessæ, *ut digitus aquæ in domum ejus flueret commodisque publicis, ac si decurio, frueretur.* Et jus illud aquæ ait esse personale *l. pen.* quod neque emptorem, nec hæredem fratris sequitur. Personale, inquam esse, non ut Alciatus docuit, quia testator dixit, δίδωμι καὶ χαρίζομαι: quoniam hæc sunt vulgaria verba legatorum, sicut *Do*, *lego*, ita Δίδωμι καὶ χαρίζομαι, ut in donatione illa, quæ fuit subrepta pervincendæ securitatis Theodosii causa, eidem Theodosio a Pulcheria sorore, per quam ei Theodosius dono dabat uxorem suam quod soleret temere subscribere porrectis quibuscunque libellis, in ea, inquam, ita fuit scriptum: δίδωμι καὶ χαρίζομαι τῇ γλυκυτάτῃ ἀδελφῇ μου τὴν γυναῖκα μου: δίδωμι καὶ χαρίζομαι. Sed ratio cur in *l. po-*

nult. aqua sit servitus personalis hæc est, quia dixit testator, *ut aquæ digitum duceret in domum suam*, εἰς τὸν οἶκον αὐτοῦ, *vel quocunque vellet*; quæ verba demonstrant omnino testatorem non donasse digitum aquæ domui, vel certo prædio, sed personæ, quia permisit ei, ut quocunque vellet duceret eum modulum aquæ. Et ita in *l.* 1. §. *præterea Labeoni*, *de aqua quot. et æsti.* Interdictum illud pertinere etiam ad aquæ ductus, qui fundi non sunt, quia quocunque duci possunt. Unde manifestum est aquam, quæ quocunque duci possit vel aquæ jus quocunque ducendæ, personale esse, non prædiale jus.

Ad L. XI. Finium regund.

In finalibus quæstionibus vetera monumenta, census auctoritas ante litem inchoatam ordinati sequenda est: modo si non varietate successionum, et arbitrio possessorum fines, additis vel detractis agris, postea permutatos probetur.

Hoc responso Pap. ostendit in lite de finibus regundis probationes finium sumi ex antiquis monumentis, et monumenta intelligit, quæ sunt in agris sculpta, saxis vel ære prisco, quæ constitutio Tiberii Imperat. de lege agrorum et limitum apud Julium Frontinum ait, publicam fidem tenere: et sic Siculus Flaccus de conditionibus limitum: illam tantum fidem agrorum videri, quæ tabulis æris manifestatur, continentibus formas agrorum, quas tabulas, qui fregit, tenetur *l. Julia peculatus l. qui tabulas*, *ad l. Jul. pecul.* quia publica monumenta sunt publicæ res. Sumi etiam Papinianus ostendit hoc loco, probationes finium, et terminari litem finium regundorum ex tabulis census acti ante litem contestatam de finibus, quia et hæc publica monumenta sunt, quibus continentur agri cujusque et eorum agrorum fines, *l.* 4. *de censib.* Et hæc quidem omnia monumenta in causa finium potiora sunt testibus; ut Senatus censuit, *l. census*, *de probat.*, nisi scilicet probetur, ut Papinianus ait hoc loco, postea antiquos fines, qui in publicis monumentis continentur, fuisse permutatos, vel varietate successionum vel possessorum, vel novo possessorum consensu, additis vel detractis agris, et confusa agrorum pristina facie, quæ verba etiam usurpat *l.* 2. *C. fin. reg.* Ubi sane, dum ea lex ait, *additis vel detractis agris alterutro*, placet quod Accursius notat ἀρχαικῶς apud aliquos scriptum *Alterutro*, non tantum quod *alterutri*, sed ut ipse ait, ὑπωθέροθεν: id est, *alterutrubi*, ut dicimus *utrubi.*

Ad L. XXXII. Famil. ercisc.

Quæ pater inter filios non divisit, post datas actiones vice divisionis ad singulos pro hæreditaria portione pertinent: modo si cetera quæ non divisit, in unum generaliter non contulit, vel res datas non sequuntur.

Dixit superiori lege possessionum fines aliquando perturbari, aut permutari possessorum arbitrio et consensu: hoc plerunque fieri ait Aggenus Urbicus in Frontinum: *quum veteranus miles unam possessionem, quæ ei fuerat adsignata pro emerito, filiis suis dividit in tres aut quatuor portiones, pro numero liberorum distinctas terminis, quos veteres comportionales appellarunt, quod vice tabularum intercidendis portionibus inter filios defigerentur*, ex quo loco Urbici emendandum est, quod est scriptum in supradicta constit. Tiberii. *Est et aliud monumentum*, inquit, *quod proximis ædibus vix unus*, pro *vix unus* emenda *veteranus*, ut ita legamus: *veteranus quas miles, vel consors*, hoc est, *socius*, *condidit*, *in portionibus suis*, *vel ad progeniem futuram hæredibusve suis* (*justi testamenti loco*) hæredibus justis, loco et vice instrumentorum tabellarumque. Et ad eundem modum Papin. in hac lege ponit, patrem habentem plures liberos, non fecisse quidem testamentum, quod Accurs. finxit frustra, sed non facto testamento inter filios divisoris arbitrio functum, singulis dedisse res et actiones certas, nomina certa dedisse, id est, adsignasse, non tradidisse, ut ait *l. si cogitatione*, *C. fam. ercisc.* quæ cum ista consentit: officium arbitri est adsignare portionem consortibus cohæredibusve, *l. servum communem*, *C. eod.* Ubi portiones adsignatas intelligere oportet adsignatas ab arbitro famil. erciscundæ, non, ut glossa ait, lege XII. tabularum, quia lex est de servo communi, at lege XII. tabul. divisio fit nominum sive actionum, non servorum vel aliorum corporum aliarumve rerum *l.* 6. *C. eod.* Porro officio arbitri functus est pater, qui in vita filiis suis portiones adsignavit, quas post mortem suam haberent in suis bonis, facta inter eos divisione bonorum et actionum suarum; quæ utique divisio rata est, tanquam supremum judicium patris, *l. si filia*, §. *si pater*, *hoc tit.* quia tametsi neque codicillorum jure censeatur, sed sit judicium tamen minus solenne minusque legitimum, aut justum, si spectas solemnia juris, tamen est patris suprema voluntas, cui non tantum filios obtemperare necesse est, etiamsi ab intestato patri succedant, sed etiam accepto arbitro familiæ erciscundæ arbitrum in adjudicandis bonis sequi oportet eam voluntatem patris, *d. l. si cogitatione*, *l. quoties*, et *l. filii*, *C. eod.* Denique non tantum eam volun-

tatem, quæ portiones fecit inter filios sequi debent filii, si modo eis satisfactum sit, quod attinet ad portionem legitimam, sed etiam arbitrum sumptum ad adjudicationem faciendam. Ita tamen eam voluntatem, et divisionem patris sequi debet arbiter sive judex familiæ erciscundæ, ut Falcidiam cuique liberorum servet intactam et illibatam, si forte aliquis minus legitima portione habere deprehendatur, quia nec judicio patris filius non impius legitima portione defraudari possit. Sed necesse est, rem explicari apposita specie. Finge: duos esse filios Primum et Secundum. Patrem facta divisione inter vivos Primo erogasse, sive adsignasse deuncem, aut quod deuncem efficit. Secundo autem adsignasse unciam tantum, quæ portio est minor legitima portione, quoniam in hac specie, legitima portio debita filio est sescuncia, *une once et demie*. Nam legitima portio est quarta pars ejus, quod filius haberet ab intestato. Secundus quid haberet ab intestato concurrente fratre? Semissem tantum. Semissis autem quarta est sescuncia. Sescuncia igitur est legitima portio in proposita specie. Deinde mortuus est pater intestatus, quia illa divisio non est testamentum: mortuo patre filii ab intestato succedunt patri ex æquis partibus, id est, singuli ex semisse, sed Primo Secundus veluti jure fideicommissi, videtur restituere debere quincuncem, ut uncia tantum ei supersit, et primus habeat deuncem, secundum divisionem supremi judicii patris, quod qualecunque sit, hoc est, et si solemne non sit, observari oportet, *d. l. si cogitatione*, in qua ita est legendum, *Si cogitatione futuræ successionis*, vel cogitatione commortalis naturæ, *officium arbitri dividendæ hæreditatis præveniendo pater communis suo, vel qualicunque judicio suam declaravit voluntatem* eam esse sequendam omnimodo, et vim habere fideicommissi. Quamobrem etsi Secundus ipso jure sit ab intestato hæres ex semisse, tamen debet Primo restituere quinque uncias, ut illi expleat deuncem, secundum voluntatem supremam patris. Quod ita posita specie si statuamus: certe erit iniquissimum: nam ita Secundo superfuerit uncia tantum, quæ minor est portione legitima. At Secundo consulitur duobus modis, uno, si filius accuset eam voluntatem patris tanquam inofficiosam, quod minus ei legitima adsignaverit, cujus rei instituta querela, plane rescindet totam eam voluntatem et divisionem, et æquabuntur filii in successione, *l. parentibus, C. de inoffic. test.* Altero modo consulitur Secundo, si ut quilibet extraneus ultra unciam retineat semunciam, quæ deest legitimæ portioni, exemplo Falcidiæ ait ut *l. si cogitatione*, quia non proprie ex ipsa lege Falcidia retinetur ex Fideicommissis. sed ex legatis tantum, verum retinet ultra unciam et semunciam, exemplo Falcidiæ ex Senatusconsulto, ut ait *l. filii, eod. tit.* id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quod hodie inest Senatusconsulto Trebelliano, quodque legem Falcidiam, quæ minuebat legata tantum ad modum dodrantis, porrexit etiam ad fideicommissa, *l. successores, C. ad leg. Falcid. l. 1. §. hodie, si plus quam per leg. Falc. §. sed quia hæredes, Inst. de fideicomm. hæred.* Et hoc secundo remedio tum filio, in quem minus contulit pater, uti commodum erit, cum exclusus erit primo remedio, vel tempore (nam querela inofficiosi finitur quinquennio) vel alio modo: nam perit multis modis. Alioquin ei est consultius uti primo remedio, quia primo aufert semissem integrum; secundo sescunciam tantum, non semissem. At ponamus quod est in hac lege, Patrem inter filios aliquid indivisum reliquisse, non omnia divisisse jura vel corpora, sed aliquid indivisum reliquisse, quid fiet illo, quod indivisum reliquit? utrum id inter filios dividet arbiter famil. erciscun. pro hæreditariis portionibus, hoc est, pro virilibus portionibus, pro quibus patri ab intestato ipso jure hæredes extiterunt: an vero pro modo rerum ei adsignatarum? Hæc est quæstio legis, et respondet Papinia. judicio famil. erciscundæ, id quod indivisum remansit ad eos pertinere, et inter eos dividi pro hæreditariis portionibus, *d. l. si cogitatione ait, pro virili portione*, quod idem est, quia ex æquo ab intestato hæredes patri extiterunt, sed hoc ita procedere Papin. ait, et ostendit etiam *d. l. si cogitatione*, quæ istius veluti commentarius est, si nulli filio pater id, quod indivisum reliquit, generaliter adsignavit. Nam si post distributiones multarum rerum et actionum, pater subjiciat generaliter, *Cetera ad illum filium meum pertinere volo*, quod indivisum pater reliquit, illi filio adjudicabitur in solidum, nec veniet in divisionem cum fratribus. Item, ut ait Papinianus hoc loco, si id, quod indivisum reliquit pater, tacite sequatur quæ uni adsignata est, veluti villa fundum sequitur tacite, *l. fundi ususfructus quib. mod. ususf. amit.* ad eum villa, quæ relicta est indivisa, in solidum pertinebit, cui fundus adsignatus est. Male Græci hoc loco ponunt exemplum in peculio. Nam peculium non sequitur legatum aut venditum servum, *l. si legatus, de pecul. leg. l. 3 de evict.* nisi legetur nominatim. At villa sequitur fundum venditum, vel legatum tacito intellectu, quia pars est fundi, *l. si ita, in fin. de instr. vel inst. leg.* peculium non est pars servi. Male etiam iidem Græci interpretes pro exemplo ponunt, στρώσεις ὑποζυγίων. id est, *ornamenta jumentorum*, quoniam ad hæc levicula Papinianus non videtur respexisse; ac præterea legata aut vendita jumenta, nisi id di-

ctum sit nominatim sane ornatus non sequitur, *l. ædiles*, §. *vendidit*, *de ædil. edic.* et male etiam Accurs. exemplum ponit in pullo et equa; nam legatam equam pullus non sequitur, nisi qui post moram editus est, *l. equis de usur.* Sicut nec legatas oves sequuntur agni non legati nominatim, *l. legati*, §. *ult. de leg.* 3. et illa adsignatio patris, quæ fit vice divisionis, habet legati, aut saltem fideicommissi vim. Ad hæc etiam notandum est, primum responsum hujus legis, sine ulla distinctione uno ductu esse legendum hoc modo: *quæ pater inter filios non divisit*: ut sit: *quæ post divisionem actionum et rerum indivisa restant*, subintelligo *rerum*, atque suppleo ex fine legis; initio ait, *datas actiones*, in fine ait, *datas res*, et has igitur et illas datas sive adsignatas: verbo *divisionis*, addo subdistinctionem, quod et Accursius notat recte initio glossæ ad verbum, *post datas*, mox tamen transit male in aliam sententiam.

Ad L. ult. eod.

Arbitrio quoque accepto, fratres communem hæreditatem consensu dividentes pietatis officio funguntur, quæ revocari non oportet, licet arbiter sententiam jurgio perempto non dixerit, si non intercedat ætatis auxilium.

Superiori lege actum est de divisione facta a patre; in hac l. ult. agitur de divisione hæreditatis paternæ facta a fratribus mutuo consensu post acceptum arbitrium famil. ercisc. pendente judicio, pendente lite, quam si fecerit, ut ait Papinian., fratres pietatis officio functi sunt missa lite omni. Ambros. lib. 5. de fide: *Bona pietas arbitros refugit etiam in divisione patrimonii.* Rata autem est ea divisio, rata transactio litis cœptæ inter fratres, vel jurgii potius. Mavult Papinianus hoc loco mitiore verbo uti inter fratres, *jurgii*, quam *litis*, ut inter vicinos quoque et inter maritos jurgium esse dicitur potius, quam lis, lenitate verbi tristitiam rei mitigante. Divisio patrimonii plerunque fit transactionis genere, ut in *l. cum putarem*, *hoc tit*, *l. qui Romæ*, §. *ult. de verb. obl. l. tres fratres*, *de pact.* Rata, inquam, est ea divisio et transactio, etiamsi nulla sit secuta sententia arbitri. Res transactione finita nihil pertinet ad arbitrum, sive judicem. Confessionem quidem patris sequi debet sententia judicis: jusjurandum item, quod patri judex detulit, sequi debet sententia judicis: at transactionem habitam inter partes pendente lite, nullam sequi necesse est sententiam judicis; denique additur, eam transactionem, sive divisionem factam inter fratres pendente judicio, etiamsi sententiam non dixerit judex, rescindi non posse, nisi beneficio ætatis, si quis eorum fuerit minor 25. annis: nam beneficio ætatis restituuntur adversus transactiones et divisiones, ut in *tit. C. si adv. division. et transact.*

Ad L. II. de Distract. pign.

Fidejussor conventus officio judicis adsecutus est, ut emptionis titulo prædium creditori pignori datum susciperet, nihilominus alteri creditori, qui postea sub eodem pignore contraxit, offerendæ pecuniæ quam fidejussor dependit, cum usuris medii temporis facultas erit. Nam hujusmodi venditio transferendi pignoris causa, necessitate juris fieri solet.

Hæc l. est de re eadem a debitore duobus creditoribus diversis temporibus pignori obligata ex diversis contractibus et causis: in quo pignore certissimum est potiorem esse priorem creditorem, quia id pignus posterior creditor, neque priori creditori auferre potest, neque ei, qui emerit a priori creditore distrahente pignus jure conventionis: sed hoc tantum juris habet posterior creditor adversus priorem, cum ambobus idem pignus datum est vel positum, ut priori creditori etiam invito solvat omnem pecuniam, quæ ei debetur, atque ita in jus et locum ejus succedat, et sibi pignus servet, retrahat atque confirmet, *l.* 12. §. *si simpliciter*, *et* §. *pen. sup. tit. prox.* ut solvat, inquam, priori creditori pignoratitio omnem pecuniam, vel eam offerat, obsignet et deponat tuto in loco, veluti in tabulario civitatis, aut sanctuario Principis, aut in æde sacra, quod pro solutione est, *l.* 9. *C. de solut.* Denique posteriori creditori est jus auferendi priori creditori quod dependit. At si prior creditor pignus vendidit jure conventionis, posteriori creditori non est jus offerendi emptori pretii, quod dependit priori creditori, atque ita non est ei jus avocandi pignoris ab emptore, oblata et deposita pecunia, quam dependit priori creditori, jure suo distrahenti pignus. Et hoc ostendit *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. *et* 2. *C. si antiq. cred. pign. vend. et l.* 1. *C. si pign. pig. datum sit.* Igitur posterior creditor habet jus offerendi priori creditori, sed non etiam jus offerendi ei, qui a priore creditore emerit. Et ratio hæc est, quia sera nimis est oblatio, quæ fit post perfectam venditionem pignoris jure creditoris. Hæc enim est extrema linea et extremus finis: pignoris venditione perimitur pignoris causa facta jure creditoris, quia rei dominium mutatur. His cognitis finge, quæ est species hujus *l.* 2. priorem creditorem, qui et pignus, et fidejussorem acceperat sui crediti servandi causa, egisse cum fidejussore actione ex stipulatu, et officio judicis fidejussorem obtinuisse, ut solu-

tam omnem pecuniam, hoc est, sortem et usuras prior creditor acciperet, veluti pro pretio pignoris et titulo emptionis pignus in se transferret, et transcriberet: denique ut venderet pignus fidejussori, etiam in actione stricta, qualis est ex stipulatu, aliquid potest officium judicis, ut patet ex hac lege. Nam etiam in actionem strictam ex æquitate, hoc est, officio judicis veniunt fructus percepti post litem contestatam *l. videamus*, §. *si actionem*, *de usur. l.* 8. *de re judic.* Sed ad rem: ex ea specie, quam proposui nascitur hæc quæstio, cum ut dixi prior creditor fidejussori vendidit pignus soluta ab eo omni pecunia, propter quam pignus tenebatur: an hoc casu posteriori creditori sit jus offerendæ pecuniæ fidejussori, quam priori creditori solvit, veluti pro pretio, ut quod pignus emit a priori fidejussor, posteriori præstet, atque restituat? Et videtur posteriori creditori non esse jus offerendi fidejussori, quia pignus a priore creditore accepit titulo emptionis, quia actionis titulo pignus tenet, et quia, ut dictum est initio, posteriori creditori non est jus auferendi emptori pignus. Sed tamen aliud respondet Papinian. hoc loco, et Martianus in *l.* 5. §. *ult. hoc tit.* nempe posteriori creditori esse jus offerendæ pecuniæ, quam fidejussor solvit priori creditori cum usuris, scilicet non tantum, quas fidejussor solvit priori creditori, sed etiam cum usuris novis, quæ fidejussori debentur a die solutionis sive emptionis quia locum subiit prioris creditoris cui præstandæ usuræ fuissent, *l. secundus, C. de pign. l. emptor. de rei vind.* Debet igitur posterior creditor offerre totam pecuniam, ut sibi confirmet pignus, hoc est, sortem et usuras cum veteres, tum novas: alioquin imperfecta oblatio est, nulliusque momenti, id est, nihil posteriori creditori proficit ad transferendum pignus in se, ut hic eleganter Papinian. respondet; et addit, nihil huic sententiæ obstare rationem dubitandi, quam attuli, titulum emptionis, quo fidejussor pignus tenet: nam ea emptio simplex emptio non est, sed emptio pignoris habendi causa. Et ut multum interest, emptio simplex sit, an emptio contracta dotis causa, *l. quoties, de jur. dot.* quod latius explicat initium 17. Obser. Et item interest multum donatio simplex sit collata in filiumfam. an donatio facta divisionis causa, *l. si filia*, §. *si pater*, *fam. ercisc.* ita multum interest simplex emptio sit contracta dominii adquirendi causa, an sit emptio contracta pignoris habendi causa, quia hæc fit non tantum dominii adquirendi causa, ait *l.* 6. *h. t.* quæ tamen est plerumque finis emptionis, ut dominium adquiratur, *l. pen.* §. *ult. de contrah. empt.* quam fit servandi sibi, et habendi pignoris causa: et fit etiam hæc venditio pignoris habendi causa, non tam sponte prioris creditoris, quam necessitate juris, ut ait Papin. hoc loco, quia non est aliter quicquam laturus prior creditor a fidejussore, quem elegit atque convenit, quam si jus pignoris ei vendiderit et transcripserit, *l.* 2. *C. de fidejuss.* ut Glossa recte interpretatur illa verba, *necessitate juris.* Longe igitur dissimilis hæc emptio est, quæ fit pignoris causa, ab emptione simplici et mera. Id igitur inspicitur in emptione mera, quod scriptum est instrumento emptionis, hoc est, sola et nuda emptionis causa, quia nec alia est causa, quæ inspici possit. At in emptione facta pignoris causa, non tam quod scriptum est, quam quod actum est, inspicitur, ut eleganter ait *l.* 3. *C. plus val. quod agit. quam quod sim. conc.* Id autem actum est, non ut fidejussor pignus emeret simpliciter, sed ut pignus obtineret et servaret debitori, cui fidem etiam suam obstrictam habet jure mandati, quia mandato ejus fidejussit, ergo principaliter facta hæc venditio est, ut ipse fidejussor pignus haberet, et bona fide servaret debitori, et interim locum prioris creditoris subiret, quem absolvit. Et cum priori creditori potuerit posterior creditor offerre, consequens est, ut etiam possit offerre fidejussori, qui loco prioris creditoris substitutus est. Denique ita concludamus et statuamus: posterior creditor non habet jus offerendi simplici emptori, cui prior creditor sua sponte pignus vendidit jure conventionis. Et hæc sit una conclusio: sequitur alia. Posterior creditor habet jus offerendi emptori pignoris causa, cui scilicet prior creditor pignus vendidit, cum cogeretur pignus in eum transferre. Et ratio differentiæ hæc est: quia hac emptione necessaria jus pignoris non perimitur: illa autem emptione voluntaria et simplici sane jus pignoris perimitur. Est etiam alius casus, quo eadem ratione emptori pignoris secundus creditor offere potest pecuniam, quam solvit, et pignus ab eo auferre, de quo casu est *l.* 5. *h. t. l.* 1. *C. si antiq. cred.* Et casus hic est. Si debitor ipse vendat pignus, non simpliciter, scilicet, sed ut ex pretio priorem creditorem dimittat, et loco ejus emptor succedat. Nam et hoc casu, quia simplex venditio non est, posteriori creditori jus est offerendi emptori, quia, ut ait *l.* 3. nihil refert debitor rem priori creditori obligatam alii obliget, an vendat prioris creditoris dimittendi gratia. At si alii obliget, ut scilicet facta versura, et ab eo accepta pecunia dimittat priorem creditorem, non est dubium posteriorem creditorem huic, a quo debitor versuram fecit; qua dimitteret priorem creditorem, et illum admitteret in prioris creditoris locum, a quo versuram fecit, jus habere offerendæ pecuniæ, et transferendi in se pignoris, *l.* 12. §. *a Titio*, *sup. tit. prox.* Ergo et æquum est, etiamsi debitor pignus vendat, ut

dimittat priorem creditorem, et in locum ejus submittat emptorem pignoris, ut huic emptori, qui successit loco prioris, ut in *l. 3. C. de iis, qui in loc. prio. cred.* perinde atque ipsi creditori priori, posterior creditor habeat jus offerendæ pecuniæ, totius scilicet pecuniæ cum usuris omnibus medii temporis, veteribus et novis.

Ad L. VII. de Usuris.

Debitor usurarius creditori pecuniam obtulit: et eam cum accipere noluisset, obsignavit, ac deposuit. Ex eo die ratio non habebitur usurarum. Quod si postea conventus ut solveret, moram fecit: nummi steriles ex eo tempore non erunt.

Initio hujus legis ostenditur, debitorem certæ pecuniæ sub usuris, quem vocat debitorem usurarium ex eo die non debere usuras, ex quo pecuniam obtulit creditori, et eam cum creditor accipere nollet, obsignavit in sacculo, et deposuit tuto in loco, quia scilicet depositio pro solutione est. Ergo desinunt currere usuræ, ac si soluta esset pecunia in manum creditoris, quod et ostenditur multis locis juris, *l. 1. in fin. h. t. l. si creditori, et l. acceptam, C. eod. tit. l. tutor pro pupillo, §. ult. de adm. tut.* Mar. Tul.6. ad Atticum, *Consistere,* inquit, *debuit usura, quæ erat in edicto meo, deponere volebant.* Significat depositionem pecuniæ sistere usuram, et 53. Epist. ad famil. *Ajunt,* inquit, *se depositam pecuniam habuisse, id velim cognoscas, et si cognoveris eos, neque ex edicto neque ex decreto depositam habuisse, des operam ut usuræ Curio instituto tuo conserventur.* Quia scilicet depositæ pecuniæ non debentur usuræ, non depositæ debentur: sed necesse est, ut tota pecunia, quæ debetur, sit deposita et obsignata, quoniam depositio partis non retardat totius pecuniæ usurarum præstationem, non sistit usuras totius sortis, *l. tutor, §. 1. h. t.* verum addit Papin. in hac l. quod si post obsignationem totius pecuniæ publice factam, debitor a creditore interpellatus et conventus, ut pecuniam solveret, moram fecerit, ex tempore moræ præstabit usuras, quas, præstabat ante obsignationem et depositionem. Posterior mora debitoris purgat priorem moram creditoris, qui noluit accipere oblatam pecuniam, ut in *l. illud, de per. et comm. rei vend.* Sed hoc loco, ne fallamur, ponamus necesse est, debitorem post depositionem pecuniæ pecuniam recepisse, nec perseverasse in depositione et oblatione, quod tamen omnino exigitur, *l. ita quis, §. Seja, de verb. oblig.* nam si debitor in depositione perseveraverit, si depositam pecuniam loco non moverit, creditor eum convenire non potest, cui solvisse intelligitur, sed habet tantum utilem actionem depositi in depositarium, ut si sit deposita in æde sacra, in æditunm, vel etiam habet earum pecuniarum utilem vindicationem in possessorem quemlibet, ut ostendit *l. acceptam, in fin. C. eod.*

Ad L. XX. de Tut. et rat. distrah.

Alterius curatoris hæredem minorem, ut majore pecunia condemnatum, in integrum restitui placuit. Ea res materiam litis adversus alterum curatorem instaurandæ non dabit, quasi minore pecunia condemnatum, si non sit ejus ætatis actor, cui subveniri debeat, sed æquitatis ratione suadente, per utilem actionem ei subveniri, in quantum alter relevatus est, oportet.

Primi responsi species hæc est. Minor 25. annis duos curatores habuit, quorum unus decessit relicto hærede alio quodam minore 25. annis, alter curator superest, vivendo vicit alterum, egit autem adolescens utili actione neg. gestorum, quæ solet dari in curatorem. Ea, inquam egit cum curatore superstite, et cum hærede alterius curatoris, et ita egit vel jam factus major, vel cum adhuc esset minor 25. annis, nondum finita curatione: nam et manente curatione, manente administratione, hæc actio intenditur recte in curatores vel hæredes eorum, ut quæque res salva adolescenti esse desinit, *l. 4. §. ult. l. 16. §. ult. h. t.* Et cum hac actione adolescens, ut dixi, egisset cum curatore superstite et cum hærede curatoris mortui, judex quidem curatoris mortui hæredem, qui minor erat ætate, ut posui initio, majore pecunia condemnavit, curatorem autem superstitem minore pecunia, cum debuisset utrumque pari pecunia damnare, nec ab ejus sententia appellari potuit: finge, judicasse cum vice Principis. Post vero hæres curatoris mortui beneficio ætatis, quoniam erat minor ætate, adversus sententiam judicis, qua majore pecunia damnatus erat adolescenti, in integrum restitutus est, quod de negotiis gestis lis restauraretur, et iterato eadem re disceptata, et diminuta condemnatione ipse relevaretur. Relevandi verbo utitur Papinian. et sane in integrum restitutio nihil aliud est, quam relevatio lapsi captive minoris ætate: quo etiam verbo in idiotismo utimur, significantes restitutionem in integrum. At inde quæritur: an hærede defuncti curatoris relevato onere sententiæ beneficio restitutionis in integrum, adolescenti, qui egit neg. gest. restauretur etiam lis adversus curatorem superstitem, quem dixi minore pecunia condemnatum, ut majori condemnetur causa retractata ex integro? Et hoc quidem justum est, si egit negotiorum gest. cum esset adhuc minor 25. annis. Nam et ipse quoque adversus sententiam judicis, qua curator minor condemnatus

est, in integrum restitui potest, ipse restituitur adversus curatorem, hæres autem alterius curatoris restituitur adversus ipsum, id est, minor adversus minorem, quod fit recte, cum uterque eadem in re captus non est, *l. 1. C. si major. fac. alien.* At si adolescens jam factus major egit negotiorum gestorum, et obtinuit sententiam quam dixit, in eo cessat auxilium ætatis, quia major factus egit neg. gest. Veruntamen, ut ostendit Papin. æquum est ex hac causa, quæ justissima est, ex generali clausula, *Si qua justa causa videbitur*, quæ est in edicto *ex quibus caus. major.* relevato hærede alterius curatoris pro modo ejus, in quo relevatus est, etiam majori, qui egit negotiorum gest. dari utilem actionem adversus curatorem superstitem, id est, adversus eum restitui et instaurari litem, in quantum hæres alterius curatoris relevatus est. Et utilem actionem Pap. vocat actionem restitutoriam neg. gest. sicut muliere subducta, quæ intercessit pro alio, facta novatione subducta et liberata beneficio SC. Vellejani, vel etiam minori 25. annis, qui expromisit pro alio, subducto beneficio restitutionis in integrum, dicitur dari in veterem debitorem, qui novatione fuerat liberatus, dari, inquam, utilem et restitutoriam actionem, *l. quamvis §. si convenerit, §. si Marcellus, si mulieri, l. aliquando § ult. ad SC. Vellej. l. si Titius, in fine, de fidejuss. l. ult. de min.* Omnis actio restitutoria est utilis, quia ex æquitate datur, ut Pap. ait, æquitate suadente, non vero directo jure, non mero jure competit: et hæc est sententia primi responsi, explosa merito Accursii sententia.

Ad §. Non idcirco.

Non idcirco actio, qua post 25. annos ætatis intra restitutionis tempus adversus tutorem minore pecunia tutelæ judicio condemnatum redditur, inutilis erit, quod adolescenti curatores ob eam culpam condemnati sunt. Itaque si non judicium a curatoribus factum est, per doli exceptionem curatores consequi poterunt eam actionem præstari sibi.

Sequitur alterum responsum, quod est in eadem lege, et quod etiam Ulpianus nominatim in testimonium vocavit, ipsius Papiniani verbis in *l. si minoris, de administ. tut.* prolatis; ideoque responsum etiam eo loci interpretatum erit facilius dare operam responso, cujus interpres est Ulpianus et enarrator. Species hæc est. Finita tutela, adolescens curatores accepit, ut fit, qui etiam curatoribus adsistentibus litē, et auctoribus egit tutelæ adversus tutorem, cumque minore pecunia condemnavit culpa curatorum, qui minus deduxerant in petitionem, in tutelæ judicium, quam pupillo deberetur, et ob hoc adolescens, id est, ob culpam curatorum egit cum curatoribus utili actione negotiorum gest. in id, quod interest, tutorem pecunia minore condemnatum esse, et curatores condemnavit per judicem: quæritur, an curatoribus condemnatis, per quos res adolescentis servari potest, quoniam sunt solvendo, etiam salva sit et integra adolescenti restitutio in integrum adversus tutorem, restitutio litis, restauratio litis post legitimam ætatem intra annum utilem, ut olim obtinuit, et hodie obtinet intra quadriennium continuum, et ad summum intra 29. annos et respondet Papinian. etiam condemnatis curatoribus ob culpam, adolescenti salvum esse beneficium restitutionis in integrum adversus tutorem minore pecunia condemnatum, et actionem neg. gest. vel actionem judicati, qua res adolescenti servari potest a curatore, non excludere beneficium restitutionis in integrum, ut *l. etiam ei, §. Imperator, de minorib. l. ult. C. si tutor, vel curator.* Neque obstat *l. in causæ 4. de minor.* quæ ait: non competere restitutionem in integrum minori, si ei alia actio sit, si minori alia actio sit, prætorem se non debere interponere: huic est actio judicati, qua suum servare potest. Ergo non est restitutio in integrum. Abutuntur plerique omnes ea lege, et Accurs. sæpissime non animadvertens, eam legem non loqui de qualibet actione, quæ suppetat minori 25. annis, sed de jure dicendi, ipso jure nullum esse contractum, ipso jure nullum esse negotium, quod cum minore gestum est, ut in edicto de dolo his verbis: *Si alia actio non sit.* Constat etiam contineri jus dicendi, nullum est negotium gestum cum minore, aut cum pupillo, si gestum sit sine tutoris auctoritate, nec locupletior sit factus, nullum est ipso jure. Nullum est etiam negotium, si minoris prædia venierunt sine decreto, nullum ipso jure: ubi munitus est ipso jure, nihil indiget auxilio restitutionis in integrum, nec Prætor suam operam interponit in re non necessaria, quod exemplis demonstrat *d. l. in causæ, et l. 3. C. de tut. et curat. qui non satisd. et l. 2. C. de præd. min.* quo etiam casu, hoc est, si ipso jure munitus sit, non dicimus etiam districte minori non posse dari restitutionem in integrum, sed non esse omnino necessariam, ut *d. l. 2.* nam quid erit vitii, etiamsi tutus ipso jure restituatur in integrum? Breviter ea lex loquitur tantum de ratione, hoc est, de jure dicendi negotium ipso jure nullum, quo casu verum est, minori supervacuam esse restitutionem in integrum. At si alia actio competat in eundem, vel in alium, qua minor suum conservare possit: non ideo est supervacua statim et inutilis restitutio in integrum, ut in proposita specie, etiam condemnatis curatoribus, adolescentique parata in eos

actione judicati, adolescenti salva est restitutio in integrum adversus tutorem, neque est inutilis, ut Pap. ait: quod sic ostenditur, quoniam, si curatores condemnati nondum judicatum impleverint, et actione judicati conveniri cœperunt, per exceptionem doli mali conventi actione judicati consequuntur, ne prius solvant, quod in condemnationem deductum est, quam eis adolescens cesserit auxilio restitutionis in integrum, quod habet salvum, quoniam auxilium restitutionis in integrum, ut transmitti in successorem potest, *l.* 6. *de in integr. restit.* ita et cedi procuratori in suam rem *l. quod si minor, in princ. de minorib.* Denique per exceptionem doli mali curatores hoc assequentur, ut habeant actionem tutelæ utilem, et restitutoriam adversus tutorem, nomine adolescentis impetrata restitutione in integrum. Atque ita restitutio in integrum maxime est utilis minori, ut scilicet eam cedat curatoribus condemnatis, qui alioquin non sint facturi judicatum, aut ne id faciant opposita doli mali exceptione consequentur, si conveniantur actione judicati. Verum Ulpianus in *d. l. si minori*, addit ad Pap. verbum *provocantes*, ita scilicet, ut curatores provocantes, id, quod dixi, consequantur per exceptionem doli mali. Quid hoc est, *provocantes?* Provocat quicunque agit, et agit non tantum actor, sed etiam reus, *l.* 1. *de excep.* Agere est commune verbum actoris et rei, sicut et rei nomen est commune utriusque, et provocandi quoque verbum, uterque, dum de jure suo experitur, provocat et proclamat ad judicium. Et ita verbum *provocantes*, illo loco accipitur sine ulla dubitatione, rejectis glossarum commentis, de appellatione a sententia, qua tutor vel curatores condemnati sunt, neque enim dicit Pap. hoc curatores consequi per appellationem, sed per exceptionem doli mali: qui excipit, provocat. Et inde apparet etiam post sententiam exceptionem peremptoriam, qualis est doli mali in actione judicati opponi et provocari posse. Nam etiamsi dicatur in *l.* 2. *C. sent. resc. non posse*, et *l.* 8. *C. de except.* exceptionem peremptoriam opponi ante sententiam, tamen evenit innumeris casibus, ut opponatur etiam post sententiam in actione judicati, ut in hac specie, et in *l.* 1. §. *non tantum, h. t. l. si fidejussores*, §. *ult. de fidejuss. l. tantum, ad Senatusc. Macedon. l. Nesennius*, §. *ult. de re jud. l.* 1. *C. de jur. et facti ign.* vis videre, quam hoc sit verum? Etiam lex 2. *de except.* ait, exceptionem excludere id, quod in condemnationem deductum est, quod, quid aliud est, quam exceptionem opponi post sententiam, post condemnationem in actione judicati, quod non potest accipi, nisi de exceptione peremptoria: nam dilatoriam certum est omnino opponendam esse ante litem contestatam. Quærit autem Ulpianus in *d. l. si minori*, quoniam Pap. ita posuit speciem, ut diceret condemnatos quidem fuisse curatores, sed nondum judicatum fecisse, nec vero cogi facere, nisi primitus eis cedatur auxilium restitutionis in integrum adversus tutorem, quærit, inquam, quid sit dicendum, si jam curatores judicatum fecerint, et ait Ulpianus, hoc casu non videri adolescenti salvam esse restitutionem in integrum adversus tutorem, quia nihil ei abest cum curatores, quod ejus intererat, persolverint, et si forte petat restitutionem in integrum adversus tutorem, postquam rem consequutus est a curatoribus judicatis, non de damno erit sollicitus, quod nullum fecit, sed de præda et lucro, quam ob rem non est comparata restitutio in integrum, comparata est damni præstandi, et sarciendi nomine, non prædæ faciendæ causa. Præda est bis idem exigere ab eodem, vel ab alio. Sed dici tamen potest, ut subtiliter concludit Ulpianus, etiamsi curatores judicatum fecerint, nec quicquam absit adolescenti, salvum ei esse auxilium restitutionis in integrum adversus tutorem, non quidem, ut ejus commodum ad eum redeat, cui nihil abest, sed ut eo jure et auxilio cesso curatoribus, si hoc velint, curatores a tutore minoris condemnato consequantur, quod eis abest, hoc est, quod adolescenti ex sententia persolverunt; nam et eo nomine tenetur, adolescens curatoribus contraria actione neg. gest. ut eis cedat restitutionis auxilium, et utilem actionem tutelæ adversus tutorem, *l. Stichum*, §. *si mandato, de solut.* Igitur dicemus, ut dicit *l. cum is, de fidejuss.* ideo adolescentem, cui curatores satisfecerunt, habere auxilium restitutionis in integrum, quia tenetur ad hoc ipsum, ut id auxilium, et eas actiones, quæ eo auxilio instaurantur, cedat curatoribus suis: habet restitutionem, habet actionem utilem, non propter se, sed propter curatores, ut eis cedat, si velit: nam cogi non potest, nisi contraria actione neg. gest. quia jam judicatum fecerunt.

Ad L. VI. de Fidejuss. et nominator.

Pupillus contra tutores, eorumque fidejussores alter judex datus est. Officio cognoscentis conveniet: si tutores solvendo sunt, et administratio non dispar, sed communis fuit: portionum virilium admittere rationem ex persona tutorum.

Species legis hæc est; plures erant tutores, qui singuli datis fidejussoribus singulis, caverunt rem pupilli salvam fore: finita tutela, contra eos tutores simul atque fidejussores a prætore judex datus est. Potuit hoc jure adolescens a tutoribus, et a fidejussoribus partes petere divisis actionibus apud

eundem judicem, potuit partem a tutoribus petere, partem a fidejussoribus tutorum. Hodie cogeretur totum petere prius a tutoribus, qui sunt rei principales; sed ante Nov. Just. potuit scindere actionem, et partem petere a reo principali, partem a fidejussoribus, *l.* 3. §. *ult. de duob. reis*, *l. grege*, §. *etiam, de pignor. l. reos*, *C. de fidejuss. l.* 1. *C. de fidejuss. tutor.* sic igitur finita tutela pubertate, adolescens accepit judicem contra tutores et fidejussores partem scilicet petens a tutoribus ejus, quod sibi abesse ostendit ex administratione tutelæ, partem a fidejussoribus, ac priusquam is judex adiretur, et apud eum lis contestaretur, vita functus est: si post litem contestatam vita functus fuisset, non mutaretur judicium, quia non est integrum mutare actionem post litem contestatam, nisi ex magua causa, *l. edita*, *C. de eden.* Non mutaretur ergo judicium, non mutaretur actio, quæ cœpit in tutores et fidejussores eorum; sed non mutata actione in locum demortui judicis, alius judex daretur, qui substitutus judex dicitur, *l. si judex*, *l. mortuo*, *de judic. l. pen. C. de ped. jud.* At quoniam ille judex, quem pupillus acceperat contra tutores simul atque fidejussores, vita functus est ante litem contestatam, licet pupillo vel adolescenti judicium actionemque mutare, et, ut fecisse proponitur, alium judicem accipere contra fidejussores solos in solidum, omissis tutoribus: quo casu quæritur in hac lege pro qua parte quisque eorum fidejussorum condemnandus sit? An unus damnari possit in solidum, si alii rei judicatæ tempore solvendo non sint, licet fuerint tempore litis contestatæ? Et respondet Pap. eum in condemnatione fidejussorum modum, eamque legem esse servandam, quæ servaretur in tutoribus, si conventi fuissent tutores. Conveniuntur autem fidejussores ex persona tutorum, ut ait iu fine legis; ut pater, qui intelligitur fidejussisse pro filio decurione, dicitur conveniri ex persona filii, *l. libertus*, §. *filio*, *ad municip.* ita fidejussor quilibet dicitur conveniri ex persona rei principalis. Ergo ad eum modum legemque, qua tenetur reus principalis, perinde et fidejussores tutorum easdem reputationes habent quas tutores, *l.* 5. *hoc tit.* Et ad eam rationem usurarum pupillarium revocantur, ut eas præstent, ad quas tutores revocari solent, *l.* 3. *h. t. l.* 10. *rem pupil. salv. for.* Et similiter fidejussores tutorum eandem condemnationem sustinent, si contra eos solos sumptus sit judex, quam sustinerent tutores, si conventi fuisset actione tutelæ. At tutores, si conventi fuissent, etsi eorum administratio fuisset indivisa et commune periculum administrationis, si tamen omnes solvendo sint litis contestatæ tempore, inter eos dividetur actio pro virilibus portionibus, *l.* 1. §. *nunc tractemus*, *de tut. et rat. distr.* quia divisionem actionis tutelæ inter tutores, qui initio litis locupletes suut et idonei, æquitas ipsius actionis, quæ est bonæ fidei, desiderat maxime, cum ob id pupillus non distringatur diversis judiciis, quandoquidem ex Constitutionibus omnes tutores ad unum judicem mittuutur, *l.* 2. *de quibus ad eund. jud. l.* 5. *C. arb. tut.* Et propterea, si conveniantur plures tutores, quorum indivisa non dispar fuerit administratio, et quidam solvendo sint initio litis, æquum est inter eos dividi actionem tutelæ, ut singuli teneantur tantum in virilem portiouem. Ergo etiam conventis fidejussoribus eorum tutorum, qui conveniuutur ex persona tutorum, licet non eadem actione, ut puta tutelæ, sed ex stipulatu, inter eos est dividenda actio pro virilibus portionibus exemplo tutorum, ut quæ divisio fit in actiono tutelæ, eadem fiat in actione ex stipulatu, qua fidejussores conveniuntur. Denique tutores habent beneficium divisionis, etiamsi indivisa eorum administratio, individuum officium fuerit, si modo omnes solvendo sint litis contestatæ tempore. Ergo fidejussores eorum idem beneficium habent. Recte autem ponit Pap. plurium tutorum plures fuisse fidejussores, singulos tutores siugulos fidejussores dedisse, tot fuisse fidejussores, quot tutores: nam si unius tutoris plures fidejussores fuerint, non habent beneficium dividendæ actionis: et ratio hæc est, quia non est æquum, pupillum sive adolescentem distringi adversariis, litibusque plurimis suæ tutelæ causa, cum non ipse contraxerit cum tutore, qui fidejussores dedit, sed in eum inciderit ignorans, omnino nesciens quid ageretur: qua de causa et actio tutelæ non dicitur esse ex contractu, sed quasi ex contractu, idque ostenditur in *l. ult. in fin. rem pup. salv. fore.* Distringeretur autem pupillus, si dividenda ei esset actio in plures fidejussores, si divisum illi agendum esset cum singulis: quia, non ut tutores omnes ad eundem judicem mittuntur, ut aute dixi, quod ita constitutum est ex constitutionibus, nou ita etiam fidejussores plures: si divideuda esset actio, ad eundem judicem non mitterentur, sed ad diversos, atque ita distringeretur pupillus, *d. l. ult. in fin.* ideoque si plures sint fidejussores unius tutoris, pupillus agit in solidum, quocum vult; nou est distringendus, sed iu unum fidejussorem, quem elegit, ei danda est actio in solidum, ut eum condemnet in solidum, sicut in tutorem, qui unicus est, ageret in solidum; ita in quemlibet fidejussorem unius tutoris agit in solidum, excepto casu l. sequentis, quæ explicabitur lib. 3. Et non tantum agit in solidum, sed etiam eum condemnat in solidum, quia non habet beneficium divisionis, vel etiam, si pupillus egerit cum omnibus fidejussori-

bus unius tutoris. Finge duos fuisse; si egerit cum duobus, et post litem contestatam unus factus sit non solvendo, alterum proculdubio damnabit in solidum, etiamsi initio litis ambo solvendo fuerint, quia et unius eligendi et condemnandi in solidum pupillo jus, potestasque fuit. Fateor alio agente, fidejussores habere beneficium divitionis ex epistola D. Adriani, notissima etiam hodie tabellionibus, si omnes solvendo sint litis contestatæ tempore, etiamsi desierint esse ante litem judicatam: at pupillo agente in plures fidejussores unius tutoris, nego tutoris fidejussores habere beneficium divisionis, *d. l. ult.* si fuerint, ut diximus, fidejussores plures plurium tutorum, ut tutores habent beneficium divisionis, et habebunt quoque fidejussores eorum, quoniam ex persona tutorum conveniuntur, pro tutoribus condemnantur: quæ est sententia hujus legis summe notanda.

Ad L. XX. ad Senatusc. Sillan.

Hæres qui veneni causam persequitur, res hæreditarios urgentes ordinare, salvis probationum indiciis non prohibetur.

Ut intelligatur hæc lex, sic statuo, aliam esse quæstionem veneni, aliam necis per vim illatæ, quod patet ex l. seq. Quid vero interest veneno quis necatus sit, an vi, clam, vel palam? hoc maxime, quia si per vim dominus a familia necatus esse dicatur, Senatusconsulto Sillania. cavetur, ut non possit hæres, si nolit sibi hæreditatem eripi a fisco, ut non possit, inquam, adire hæreditatem, vel quoquomodo acquirere ante quæstionem habitam de servis, qui sub eodem tecto locove fuerunt, quo tempore dominus per vim occisus est, et ante sumptum supplicium de noxis: post habitam quæstionem, post sumptum supplicium, et ultam necem defuncti, tunc adire hæreditatem potest ejus, qui necatus est, cum effectu adire potest, non ante. Quod si veneno a familia dominus clam necatus esset, hæres non prohibetur adire hæreditatem, aut petere bonorum possessionem, quia Senatusconsultum Sillanian., loquitur tantum de domino per vim occiso; non de occiso clam vi carminis aut veneno. *l. 1. §. occisorum, l. necessarios, §. ult. hoc tit. l. 9 C. de iis quib. ut indig.* Et consequenter, ut ait Papinianus in hac lege, hæres res hæreditarias urgentes, inquit, ordinare potest, ut puta luere pignora pretiosa, quæ sunt ex bonis defunti, vel reficere ædificia, quæ ruinam minantur. vel servos hæreditarios pascere, aut in opus rusticum mittere, aut distrahere res hæreditarias, quæ magis onerant hæreditatem, quam fructui sunt. Hæc sut urgentia negotia hæreditaria. Urgentia hæc faciendo, sane videtur hæres se pro hærede gerere, atque ita sibi adquirit hæreditatem. Nam gestio pro hærede, est species adquirendæ hæreditatis, videlicet si hoc fecerit animo hæredis, ut declarat *l. pro hærede, de adquir. hæred.* verum ait, hæredem qui veneni causam persequitur, res hæreditarias urgentes ordinare non prohiberi Senatusconsulto, quod non pertinet ad causam veneni: et non prohiberi *salvis probationum indiciis.* Nec enim potest distrahere, aut manumittere servum hæreditarium probationi idoneum, ne subducatur quæstioni. Et breviter, pendente causa veneni, quam hæres persequitur, ut debet, urgentia negotia hæreditaria tractare potest, et necessaria, non omnia negotia hæreditaria, quandiu pendet quæstio l. Cornel. de venef. tametsi adierit hæreditatem; ut potest pendente causa veneni, quod notandum. Nam hoc est præcipuum in hac lege. Si adierit, inquam, pendente causa veneni, non potest tractare, nisi ea negotia hæreditaria, quæ urgent maxime. Quid enim, si ipsum hæredem apparet infudisse venenum? quid si causam veneni non pertulerit? si deseruerit? vel quid, si pertulerit lusorie, et persunctorie? quibus casibus hæreditas fisco vindicatur. Igitur interim melius est res hæreditarias integras servare, quia fiscus venire potest; et eas tamen tractare interim, quæ urgent. Et hæc distinctio fit inter causam veneni, et causam per vim illatæ necis, cum dominus a familia necatus fuisse dicatur, ut si per vim, prohibeatur hæres adire ante causam peractam; si veneno, non prohibeatur adire et tractare, quæ urgent etiam nondum peracta causa veneni. Nam si quis dicatur necatus ab extraneo, non utimur hac distinctione. Nam sive necatus sit veneno, sive per vim, hæres non prohibetur statim adire hæreditatem sibi delatam, licet postea debeat ulcisci mortem defuncti, ne ei ut indigno hæreditas auferatur. Ceterum statim adire potest, quod Azo sentit recte, et probat *l. ejus, qui §. ult. de jure fisci, l. eum, qui, §. bonis, de his quib. ut indig.* Neque quidquam obstat *l. 6. et l. 9. C. eod.* quoniam non pertinent ad hunc casum, cum quis est occisus ab extraneo, sed sunt aptandæ ad casum Senatusc. Sillaniani, cum quis dicitur occisus a familia sua, hoc est, a servis suis, ubi distinguimus fuerit occisus per vim an clam. At non distinguimus si dicatur occisus ab extero.

Ad L. XLI. de Mortis. caus. donat.

Quod statuliber uni ex hæredibus de peculio dedit: ei qui accepit, in Falcidiæ rationem venit, et in hæreditatis petitione, item ex Trebelliano restituitur. Ex peculio autem videtur

dari, quod statuliber donatum accepit, et dedit. Et quod ab alio nomine ipsius eo præsente datur: prope est, ut ab ipso datum intelligatur.

Constat in quartam partem hæreditatis quam per legem Falcidiam, aut exemplo legis Falcidiæ per Senatusconsultum Pegasianum, et hodie Trebellianum, hæres habere debet, ea tantum imputare hæredem, quæ quasi hæres hæreditario jure capit, non etiam ea, quæ capit jure legati, quasi legatarius, vel jure fideicommissi, quasi fideicommissarius, *l. si a me tibi, ad l. Fal.* non imputat etiam hæres in quartam ea, quæ capit mortis causa veluti conditionis implendæ causa, ut si quis hæres institutus sit ex parte: vel si cui legatum relictum sit, aut data libertas testamento sub conditione, si hæredi aut cohæredi dederit decem, ea decem hæres neque jure legati capit, neque jure fideicommissi, sed mortis causa, et ea non imputat in Falcidiam, quia non ea capit jure hæreditario, imo nec jure testamenti, *l. 8. si quis omiss. caus. test.* sed dicitur generaliter ea capere mortis causa, quod et ei capio obveniat per occasionem mortis testatoris. Ergo multo minus imputabit in Falcidiam hæres mortis causa capionem, hoc est quod ei datur conditionis implendæ gratia. Et hoc ostendit aperte *l. in ratione, §. tametsi, et l. in quartam, in princ. et in fi. et l. id autem, ad leg. Falcid.* Et quod aliter scriptum in *d. l. in quartam, §. pen.* iis fere verbis: *sed et quod implendæ conditionis causa, fideicommissum hæredi datur in ea causa esse admittendum, sciendum est*, ut scilicet in quartam imputetur: nam hic est sensus: id, inquam est, falsum et subdititium. Nam et a Basilicis, et Pandect. Florent. abest: et prodit falsitatem in eo etiam satis verbum fideicommissi. Quoniam id, quod hæredi datur implendæ conditionis causa, non est fideicommissum, sed generali nomine, quia non habet proprium, appellatur mortis causa capio, *l. 31. h. t.* et inter hanc mortis causa capionem, et fideicommissum longa differentia est: Fideicommissum invitus præstat, qui eo oneratus est: mortis causa capio sive adimpletio conditionis dandi esto in arbitrio ejus, cui est imposita conditio dandi, nec invitus dare cogitur, et accipere, quod ei relictum est sub ea conditione, *d. §. tametsi.* Item de fideicommisso hæres detrahit Falcidiam ex Senatusconsulto Pegasiano, non de mortis causa capione, *l. 1. §. item si ita legatum, et l. acceptis, ad l. Falcid.* et in dicto §. *item si ita legatum*, ait, *mortis causa capionem, non imputari in Falcidiam,* quæ verba sunt alio sensu accipienda, quam quo nos deinceps frequenter, dicturi sumus imputari aliquid, vel non imputari in Falc. et quod Pap. ait in hac lege, id, quod statuliber de peculio dedit hæredi, imputari in Falcidiam. Duobus modis dicimus aliquid imputari in Falcidiam. Uno, cum numeratur inter ea, quæ patiuntur Falcidiam, quæ minuuntur lege Falcidia: ut in *d. §. item si, l. si a servo, et l. si quis, l. si a me eod. t.* quod et hoc loco ita accipiendum esse in *d. §. item si ita legatum*, Accurs. notavit hoc loco, licet id explicet incondite et ineleganter. Ergo dum ait in *d. §. item si ita legatum, mortis causa capionem non imputari in Falcidiam*, hoc est, ex ea hæredem non deducere Falcidiam, altero autem modo, quo sensu locuturi sumus deinceps, imputari aliquid in Falcidiam, id est, numerari inter ea, quæ hæredi explent, conficiuntque Falcidiam. Et hoc sensu etiam dicimus, mortis causa capionem imputari hæredi in Falcidiam, exceptis certis casibus, de quibus infra tractabimus. Sicut et priori sensu in §. *item si*. mortis causa capionem non imputari hæredi in Falcidiam, hoc est non detrahi ex ea Falcidiam excipiendus est casus *l. pen. C. eod. tit.* excipiendus etiam hic casus, si servus data et adscripta sit libertas sub conditione, si extraneo dederit ex periculo suo, quod fuit in bonis testatoris mortis tempore, *l. 44.* eod. tit. Ceterum illa juris definitio, ut ea tantum hæres imputet in Falcidiam id est, ut ea tantum hæredi expleant Falcidiam, quæ jure hæreditario capit, est generalis et certissima, quam tamen omnes Interpretes nostri tantum admittunt in Falcidia sive quarta, quæ per legem Falcidiam ex legatis deducitur, non etiam in quarta, quæ per Senatusconsultum Pegasianum, et hodie Trebellianum ex fideicommissis deducitur, et cruciant se in invenienda ratione differentiæ, quæ nulla est. Nam hunc ego jampridem depuli, et profligavi omnium Interpretum errorem, docens per omnia esse legata exæquata fideicommissis: et quod scripsit Ulpianus in *l. 1. de legat.* 1. non scripsisse eum in omnibus casibus existimo, deducto argumento ex inscriptione, sed in causa legis Falcidiæ tantum, in qua non vult deduci, aut separari legata a fideicommissis. Sed cum quæritur, quæ hæres computet in quartam sive in legem Falcidiam, quid imputet, inquam in quartam, sive detrahat, ex legatis, sive ex fideicommissis, indistincte respondendum est, ut eas tantum res computet in quartam, quas capit jure hæreditario. Nam constat et in quartam Pegasianam, quæ ex fideicommissis detrahitur, hæredem non computare, quæ capit jure legati, *l. filium, C. fam. ercisc.* nec quod capit causa mortis, sive conditionis implendæ gratia, *d. §. tametsi.* Ergo nulla est differentia omnino inter hanc, et illam quartam hanc quæ ex fideicommissis Senatusconsulto Pegasiano, et illam, quæ ex legatis lege Falcidia detrahitur:

quia verum est: in neutra computari alias res, quam quæ jure hæreditario obveniunt hæredi. Et in hac re per omnia esse exæquata legata fideicommissis. Et *d. l. in quartam,* quæ in illum errorem sola omnes induxit, ut putarent faciendam esse differentiam inter quartam, quæ ex legatis detrahitur, et quartam, quæ ex fideicommissis, ne te decipiat: sic tibi me auctore accipienda est, ut ostendam modo plane atque dilucide explicata tota *l. in quartam*, quæ lex ait: *In quartam hæreditatis, quam per legem Falcidiam hæres habere debet, imputari eas res, quas jure hæreditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causa accipit, nam hæ*, inquit, *in quarta non imputantur.* Primum accipe legem Falcidiam latissime, prout dilatata et extensa est Senatusconsultis vel constitutionibus: nam quæ erat tantum de legatis, Senatusconsulto Pegasiano porrecta est ad fideicommissa, et constitutione Severi ad mortis causa donationem, non ad mortis causa capionem, ut in hanc quartam unde detrahatur, hæres computet tantum ea, quæ jure hæreditario capit optima ratione, quia omnis quarta, sive sit ex legatis, sive ex fideicommissis, sive ex donatione mortis causa, est quarta hæreditaria, hoc est ex his omnibus debet habere hæres salvam quartam hæreditatis. Et si omnis quarta est quarta hæreditatis, ergo in eam tantum imputatur, quod velut ex bonis hæreditatis, ex bonis defuncti jure hæreditario capitur. Non ergo computantur in quartam, sive ex legatis, sive ex fideicommissis vel aliunde detrahatur, ea quæ hæres capit jure legati, vel fideicommissi, vel condictionis implendæ causa, quæ extero jure capit, ut ait *l. a patre, C. de collat.* Et subjicit eadem lex: *Sed in fideicommissaria hæreditate restituenda, etc.* quia articulus Sed decepit interpretes. Sed non est discretiva particula superioris sententiæ atque regulæ, sed conjunctiva, ut in auctoribus nostris et exteris sæpissime articulus (*sed*) non facit differentiam inter quartam, quæ detrahitur ex legatis, et quartam quæ detrahitur ex fideicommissaria hæreditate alteri restituenda: verum conjuncta scriptura JC. ut regulam initio propositam aperiat exemplis, ait, *In fideicommissaria hæreditate restituenda detracta quarta, sive legati, sive fideicommissi verbis quid datum sit hæredi,* scilicet habenti cohæredem, alioquin non posset legari hæredi, hoc est: si quid præcipuum prælegatum præceptionis titulo ei relictum sit, præceptionis nomine, quoniam id capit duplici jure, partem a seipso jure hæreditario, partem a cohærede jure legati aut fideicommissi, *l. legatum, § 1. de leg. 1. l. in fideicommissariam, §. ult. ad S. C. Trebell. l. cum qui, §. ult. de his quib. ut indign.* cum imputare in Falcidiam partem, quam jure hæreditario capit a seipso, non partem quam a cohærede capit jure legati, ut in *d. l. filium, C. fam. ercisc. et l. quod autem, ad l. Falc.* secundum regulam propositam in tio *l. in quartam.* Item si aliquo deducto, vel retento, vel accepto, non demonstrata persona, a qua acciperet hæres, ut si dixerit: *Rogo te acceptis ducentis restituere hæreditatem meam L. Titio:* denique si quo deducto, vel retento, vel accepto simpliciter hæres rogatus sit restituere hæreditatem, id quod deducere, vel retinere, vel accipere jussus est, imputat in Falcidiam, quia id totum a seipso jure hæreditario ex bonis mortui capit, *l. deducta §. acceptis, ad SC. Trebellian.* His traditis, quibus exemplis planior fit regula proposita initio *l. in quartam,* regulam illam magis ac magis explicans ut in quartam, quæ detrahitur ex legatis, aut fideicommissis imputentur ea tantum quæ hæres capit quasi hæres jure hærditario, non adventitia lucra. Ad extremum *d. l. in quartam:* regulam illam magis atque magis explicans, quod dixit initio, ea quæ hæres capit conditionis explendæ causa non imputari in quartam, id posito exemplo familiari magis dilucidum reddit in fine legis. Et nihil est prætcrea in *l. in quartam.* Versus penultimus spurius est, ut dixi. Verum ad hoc notandum est, quosdam esse casus, quibus etiam id, quod hæres accepit condictionis explendæ causa hoc est, quibus mortis causa capionem imputat in quartam. Unus casus est in *d. §. tametsi*, si non figura conditionis hæres jussus sit accipere certam pecuniam a fideicommissario Trebelliano, ut si testator non dixerit in hunc modum: *Rogo te hæres restituere illi hæreditatem, si tibi mille dederit,* sed dixerit hoc modo: *hæres, rogo te illi restituere hæreditatem, acceptis ab eo* 1000. quæ verba non habent figuram conditionis, et acceptis ab eo 1000. titulo emptionis, veluti pretio restitutæ hæreditatis, si hoc sensisse testatorem appareat, hæres eam pecuniam computabit in quartam: quia pretium est loco hæreditatis, et pretium habet vice hæreditatis. Alter casus est in *l. acceptis. eod. tit.* si etiam citra figuram conditionis, aut titulum emptionis acceptis a Cajo 100. quæ scilicet continebant quartam hæreditatis, rogatus sit Cajo restituere hæreditatem: nam perinde est, ac si dixisset, accepta quarta restituas ei hæreditatem. Igitur etsi a 100. acceperit de manu Caii, tamen de hæreditate capere videtur, et consequenter, ea computat in quartam. Tertius casus et ultimus est in hac *l.* 41. si quis servus, liber esse jussus, implendæ conditionis causa hæredi dederit de peculio suo: finge, servum liberum esse jussum sub conditione, si hæredi dederit 100. et hæredi decem de peculio dederit, quod tamen ei prælegatum non erat.

Nam etsi peculium quod servo testamento manumisso prælegatum non est, ad hæredem pertineat, *l.* 1. *C. de pec. ejus, qui lib.* tamen receptum est statuliberum, id est, servum, cui relicta est libertas sub conditione dandi decem hæredi, conditionem libertatis implere posse de peculio suo, sive hæredi, sive alii dare jussus sit, *l.* 3. §. 1. *et* §. *cum igitur*, *l.* 13. §. 1. *de statul.* Et ratio hæc est quia visum est prudentibus, id esse concedendum servo, ut libertatis causa de peculio quasi de patrimonio suo libertatis conditionem impleret, *l. si decem eod.* Nam peculium quasi patrimonium servi est, *l. hinc quæritur*, §. 1. *l. peculium, de pecul.* Et ut ex peculio, quod pertinet ad venditorem servi, servus se redimere potest, *l.* 4. §. 1. *de manum.* cur non etiam concedamus servo testamento manumisso sub conditione dandæ certæ pecuniæ hæredi, ut ex peculio suo, licet pertineat ad hæredem, impleat conditionem et perveniat ad libertatem? Id prudentes, ut ait *d. l. si decem*, existimarunt posse concedi servo sine injuria dominorum. Quod autem ita servus dat hæredi de peculio implendæ conditionis causa, Papin. ait hoc loco, hæredem imputare in Falcidiam, totum scilicet quod accepit, si sit hæres ex asse, vel pro parte sua, si sit hæres ex parte, ut Glossa notat recte ex *l. id autem, ad l. Falcid.* Id vero hanc rationem habet, quia cum peculium quod prælegatum non est servo manumisso testamento, ipso jure pertineat ad hæredem, id quod ex eo capit hæres de manu statuliberi non mortis causa capere, sed jure hæreditario habere intelligitur, *d. l. id autem.* Ergo merito id imputabit in Falcidiam; et id eum habere jure hæreditario patefacit, et probat adjiciens, *id quod hæredi de peculio dat statuliber implendæ conditionis causa, venire in petitionem hæreditatis*, ut in *l. nec ullam*, §. *sed etsi in fi. de pet. hær.* Ergo hæreditarium esse; item venire in restitutionem hæreditatis ex SC. Trebelliano: ut ait Pap. hoc loco: Ergo hæreditarium esse, et proficisci ex hæreditate defuncti, et ab hærede pro hærede possideri: denique jure hæreditario capi, jure hæreditario haberi. Qua ratione et id etiam supra legitimum modum non capit, qui ex hæreditate testatoris solidum capere non potest, *l. qui conditionis*, §. 1. *h. t.* Ergo est ex ea hæreditate, et merito computatur hæredi in quartam. Et hoc cum ostendisset Papinianus in hac lege subjicit, *ex peculio datum videri, quod statuliber ab alio donatum accepit ac dedit, et, non tantum, quod ipse dedit hæredi conditionis implendæ causa, sed et quod alius dedit, nomine ipsius, præsente eo.* Quibus verbis Papinianus nihil aliud significat, quam quocunque modo peculium acquisitum statuliber habuerit, ut ait *l.* 13. §. 1. *de statulib.* ex eo enim dare posse hæredi conditionis implendæ causa, et quod dederit hæredi imputari in Falcidiam quasi hæreditarium peculium quasi hæreditariam pecuniam. Nec obstat huic sententiæ Papiniani *l. quod conditionis* §. 1. *h. tit.* quæ negat ex hæreditate esse id, quod dedit statuliber ex eo, quod quæsivit post mortem testatoris, vel quod alius pro eo dedit de suo post mortem testatoris, quia scilicet non fuit in bonis, quæ testator habuit mortis tempore, non fuit in hæreditate, quam reliquit moriens. Et sane verissimum est, nec aliter sentit Papin. nec enim quocunque tempore peculium habuerit acquisitum vivo an mortuo testatore, vult, quod ex eo dedit hæredi imputari in Falcidiam, quocunque tempore id quæsierit, sed quocumque modo acquisitum habuerit, dummodo id jam acquisitum habuerit mortis testatoris tempore, vel donatum sibi ab alio, et relatum in peculium, vel aliunde quæsitum, quod deinde det ipsi post mortem testatoris conditionis implendæ causa, vel alius nomine ipsius præsente eo. Si alius pro eo daret de suo, frustra desideraretur ejus præsentia: at si alius det de peculio ejus, et nomine ejus, exigitur præsentia ejus, ut ipse dedisse videatur, sicut conditione cautum est, si decem hæredi dederit: alioquin non videretur impleta conditio, quæ uti concepta est, ita impleri debet, *l. qui hæredi, de condit. et demonst.* hæredi dare jubetur: ergo alii dando non implet conditionem, et ipse dare jubetur: ergo alius dando non implet conditionem, nisi det nomine ejus præsente eo, quia prope est, ac si ipse daret. Præsente me, quod fit meo nomine et tacente, ego facere videor: præsente me, si quis stipuletur mihi, ego stipulari videor, et valet stipulatio, *l. si procuratori, de verb. oblig. l. si dictum*, §. *si præsente, de eviction.* denique quod alius pro eo dedit de suo, vel quod ipse dedit, non ex peculio suo, quod habuerit mortis tempore extra hæreditatem est, et hæredi, qui id accepit mortis causa non imputatur in Falcidiam, ut *l. si mortis*, §. 1. *qui, et a quibus man.* Quod autem ipse, vel alius pro eo dedit, eo præsente ex peculio, quod habuerit mortis testatoris tempore, quia id hæres intelligitur capere jure hæreditario, debet etiam id computari in Falcidiam.

Ad L. XXII. de Appell.

Ad principem remissa cognitio, ab eo circumduci potest qui remisit.

Pertinet hæc lex, sicut et *l.* 26. *h. t.* ad illam partem tituli hujus, quæ est de relationibus, non ad partem de appellationibus, ut Glossa putat, quæ tota delenda est in hac lege. Nam judex cau-

sam, de qua non pronuntiavit, nec pronuntiare audet certas ob causas, certis quibusdam rationibus, per relationem remittit et rejicit ad Principem, *la renvoye au conseil privé.* Et ut quamlibet interlocutionem mutare judex, tollere et circumducere potest, *l. quod jussit, de re jud. l. dicere, de recept. arb.* ita et illam interlocutionem, qua censuit causam esse remittendam ad cognitionem Principis, mutare et circumducere potest. Et hoc est, quod ait, *Ad principem remissam cognitionem ab eo circumduci*, hoc est, obliterari, *posse, qui remisit.* Denique cum, qui rem ad principem remisit cognoscendam, mutata voluntate ipsam causam disceptare posse, si modo ab ejus notione non sit prorsus aliena. Basilica sic interpretantur: ὁ δικαστὴς ἀναπέμψας βασιλεῖ διάγνωσιν ὑποθέσεως δύναται τέμειν αὐτήν. *Judex, qui remisit ad Principem cognitionem causæ, eam ipse dirimere potest*, nec transmittere ad principem, ut initio constituerat, et dixerat utrique parti. Verum addit *l. 26. h. t.* hoc fieri debere consentientibus partibus, non invitis, si forte eorum intersit, Principem causæ disceptatorem habere. Et idem statuere licet, si quis judex quos censuerat remittendos non ad Principem, sed ad Præfectum urbi, vel alium judicem, non quod causa ad ejus cognitionem non pertineat, quia tunc plane non potest se interponere, sed debet causam remittere ad competentem judicem, sed cum etiam notio ad eum pertinet, ut Divum Marcum legimus apud Julium Capitolinum Curatoribus regionum, et viarum dedisse potestatem, ut vel ipsi punirent, vel ad Præfectum urbi puniendos remitterent, et eos rejicerent, quia ultra vectigalia quicquam ab aliquo exegissent, ut Præses quoque provinciæ, militem, de quo statuere potuisset, si voluisset, criminis reum aliquando remitti ad ducem suum, vel magistrum militum, *l. 3. de milit. l. de militibus, de custod. reor. l. ult. de accusat. l. 1. C. de exhibend. reis*: ut et Præses provinciæ eum, qui deliquit in sua provincia, de quo sane potuit statuere, interdum remittit ad Præsidem provinciæ, ex qua ille oriundus est, *l. non dubium, §. ult. de custod. reor.* Verum in ea sententia perstare non cogitur, sed de eo etiam, quem remittendum censuit ad alium judicem, cum et ad ipsum notio pertineat, postea mutata sententia decernere potest.

Ad L. CCXIX. de Verb. signif.

In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad hæredem ejus qui suscepit, pertineret; jus hæredum ad legatarium quoque transferri potuit.

Curatores reip. vel magistratus municipales, agrum civitatis vectigalem, hoc est, quem solent municipes dare in emphyteusin, qui contractus est satis frequens, aut jure emphyteutico locari solitum, locaverunt in perpetuum, ea lege, ut ad hæredes conductoris pertineret, soluto Reip. annuo vectigali et canone. Certissimum est, in hoc contractu hæredem intelligi in infinitum per multas successiones, ut in *l. 65. et 70. h. t.* Igitur certum est jus ἐμφυτεύσεως, ex lege hujus conventionis, sive contractus transferri in hæredem hæredis et ulteriores hæredes, aut honorum possessessores, quia loco hæredum sunt. At quæritur, an transferri etiam hoc jus prædii vectigalis, sive jus emphyteuticum possit in legatarium, puta conductore, vel hærede ejus legante fundum vectigalem alteri, quo genere non legat proprietatem, quæ Reipubl. est, sed jus emphyteuticum, quod in eo agro habet. Et respondet Pap. ex hac conventione, et jus emphyteuticum posse transferri in legatarium, idque aliquatenus confirmat *l. si dominus 71. §. ult. de leg. 1.* Nec obstat, quod in lege locationis, facta est mentio hæredis tantum, non legatarii, et quod ut hæreditatis nomine non continetur legatum, *l. si Titius, de leg. 3.* ita hæredis nomine non videtur contineri legatarius; ergo lex conventionis non continet legatarium, ac proinde emphyteusin non posse transferri in legatarium. Etsi enim ita est si spectes verba; tamen ex mente contrahentium, quæ verbis potior est, Pap. ait, jus emphyteuticum etiam in legatarium posse transferri, quia id actum videtur inter contrahentes, quod fit vulgo in locandis et conducendis agris vectigalibus, ut perpetua ea locatio esset, utque transiret in quemlibet successorem ex supremo judicio defuncti emphyteuticarii. Et hæc est sententia legis. Alciatus putat, etiam hoc jus in specie proposita posse transferri in donatarium. Ego subsisto: quia facile mihi persuadeo, videri quidem contrahentes, qui hæredi caverunt, etiam cavisse aliis successoribus, qui modo hæredi similes essent ut legatario vel fideicommissario, quia ut hæres est successor ex voluntate ultima et judicio defuncti; sunt in hoc similes, hæres et legatarius, in ceteris dissimiles, fateor; quia hæres est successor juris, legatarius successor rei. At non credam eos cavisse per omnia dissimili successori ab hærede, ut puta donatario vel emptori, qui successor est ex contractu, vel ex liberalitate viventis, non ex ultima voluntate, *l. de accessionibus, de divers. et temporal. præscri.* Non nego, quin jus emphyteuticum possit alii donari, aut vendi salvo jure vectigalis, *l. 1. C. de fund. patrimon. lib. 11.* Sed dico in specie proposita, neque ex verbis, neque ex mente contrahentium esse, ut, quod ad hæredem pertinere cavemus, pertineat etiam ad successores hæredi dissimiles per omnia. Et quod

dicitur statuliberum, qui hæredi dare jussus est, emptori dando, cui hæres vendidit, implere conditionem, hoc lex XII. Tabul. nominatim induxit favore libertatis, *l. statuliberum*, §. *ult. de statulib.* et Ulpianus lib. regul. eod. tit. Porrexit lex nomen hæredis ad emptorem, et emptoris rursus nomen produxit ad omnem dominum statuliberi: proinde et hæredis quoque nomen produxit, et pertulit ad legatarium, et donatarium, et emptorem, et omnem omnino, qui quomodo dominium in statulibero nactus est, ut ei dando, qui hæredi dare jussus est, adipisceretur libertatem. Legis est augere, et producere vim, et significationem verborum. Hæc est lex ultima hujus libri. At hoc nondum est explicasse leges sumptas ex eo libro, sed explicandi etiam sunt loci, in quibus Pap. libro 2. responsor. ab aliis auctoribus citatur.

Ad §. *Sed et quod Pap. L. VII. de Minoribus.*

Sed et quod Pap. libro 2. *Respons. ait, minori substitutum servum necessarium, repudiante quidem hæreditatem minore necessarium fore: et, si fuerit restitutus minor, liberum nihilominus manere: si autem prius minor adiit hæreditatem, mox abstentus est, substitutum pupillo servum cum libertate, non posse hæredem existere, neque liberum esse, non per omnia verum est, nam si non est solvendo hæreditas, abstinente se hærede, et Divus Pius rescripsit, et Imperator noster, et quidem in extraneo pupillo, locum fore necessario substituto, et quod ait liberum manere, tale est, quasi non et hæres maneat, cum pupillus impetrat restitutionem, posteaquam abstentus est; cum enim pupillus hæres non fiat, sed utiles actiones habeat, sine dubio hæres manebit, qui semel extitit.*

Ulpianus in *l.* 7. §. *sed et quod Pap. de minorib.* refert, Pap. hoc libro 2. tractasse hanc speciem. Finge: quidam extraneus L. Titium minorem XXV. annis puberem vel impuberem, hæredem instituit, et vulgariter ei substituit cum libertate Stichum servum suum hoc modo: *L. Titius hæres esto, si L. Titius hæres non erit, servus Stichus meus liber et hæres mihi esto.* Hæc est substitutio vulgaris. Minor repudiavit hæreditatem, et abstinuit hæreditate, et confestim servus vocatus est ex substitutione vulgari, et defuncto factus hæres necessarius, simul ac factus est liber, quia cum libertate ei fuit relicta hæreditas, nec sine libertate potuit relinqui. At postea minor restitutus est in integrum rescissa repudiatione, vel abstentione, ut hæreditatem obtineret, quam consulto repudiavit. Papin. ait, jure restitutionis in integrum eum ablaturum servo bona hæreditaria, quæ occuparet jure substitutionis; non etiam libertatem, quæ semel ei obtigit ex testamento, sed ablatis bonis nihilominus, inquit, liber remanebit. Et itam Pap. respondit, quem reprehendit Ulpianus vel calumniatur, quasi voluerit Pap. quod sane non credo voluisse, propterea quod tantum scripsit liberum eum manere: liberum quidem eum manere, sed non hæredem scripsisti, inquit, Ulpianus, liberum eum manere, non adjecisti etiam eum hæredem manere. Ergo existimasti eum hæredem non manere; quod falsum est, quia hæres manet, qui semel exstitit secundum regulam juris, semel hæres, est in perpetuum hæres, *l. ex facto*, §. *ult. de vulg. subst. l. ei, qui solvendo, de her. inst.* Ergo liber et hæres manet ipso jure, sed habet tantum nudum nomen hæredis, quia hæres est sine re, propterea quod minor ei rem abstulit per restitutionem in integrum; aut jure et nomine sane heres est, et Prætor minorem in integrum restitutum non potuit facere hæredem, quia Prætor non facit hæredem, sed bonorum possessorem, §. *quos autem*, *Inst. de bon. poss.* Ergo minorem restitutum non facit hæredem, sed tantum tuebitur eum tanquam hæredem, non datis directis actionibus, sed datis utilibus actionibus, quia non est hæres, sed ut qui extitit ex substitutione, non est hæres, sed quasi hæres, ideo utiles, id est, quasi hæreditariæ actiones ei dantur, *l.* 2. §. *interdum, de vulg. substit.* At quid dicemus e contrario, si prius minor 25. annis adierit hæreditatem, mox abstentus sit beneficio restitutionis in integrum? Et hoc casu Pap. respondet, servum substitutum non posse ad hæreditatem venire ex substitutione vulgari, quia ea substitutio perempta est aditione hæreditatis instituti, *l. post aditam*, *C. de imp. et aliis subst. l.* 6. *C. de legat. l.* 13. *C. de fideicom.* nec restituto minore adversus aditionem, restituitur substitutio, quæ interiit semel. Non est regressus, ut Dialectici dicunt, a privatione ad habitum; et consequenter respondit Pap. eum servum non posse pervenire ad libertatem, quia ei relicta est a gradu substitutionis, et a semetipso, ut sublato eo gradu per aditionem plane sit necesse etiam extingui libertatem. Et alia est ratio *l.* 2. *de manum. test.* quia in ejus legis specie servo substituto vulgariter, libertas relicta fuit: et a primo et a secundo gradu, ideoque licet repellatur a secundo gradu, h. e. a substitutione vulgari, tamen non repellitur a libertate, sed ad eam pervenit ex primo gradu, quia utroque relicta fuit. At in proposito casu fuit tantum relicta libertas a secundo gradu, et ideo aditio minoris, qui adivit ex testamento, ex institutione, exclusit servum tam

hæreditate, quam libertate. Exclusit etiam legitimum hæredem, quia ubi extitit hæres ex testamento, removetur legitimus. Consequens est igitur, ut in proposito casu fiscus vocetur ad ea bona, tamquam vacantia, ut in *l. ult. de success. edic.* At hoc quoque responsum vellicat Ulpianus, dicens non esse per omnia verum, esse partim verum, partim falsum. Nam in proposito casu, si hæreditas solvendo non sit, et ideo periculum sit ne bona veneant a creditoribus defuncti nomine, quod olim defuncto irrogabat infamiam (id est certissimum, ex oratione pro Quintio, et ex Instit. duobus aut tribus locis) ex rescripto Divi Pii, et Anton. servum substitutum minori etiam post aditionem minoris, qui postea se abstinuit, vocari ad hæreditatem jure singulari, famæ defuncti conservandæ causa: ne scilicet, nullo existente hærede, nempe excluso servo substituto aditione instituti ipso jure, et pariter excluso legitimo hærede, et fisco utique non vindicaturo hæreditatem, quæ non est solvendo, ne bona veneant defuncti nomine, sed servi potius nomine: vocari servum non tam ex substitutione, quæ expiravit ipso jure, quam ex illo rescripto: sicut ex Novell. Iustiniani, *de hæred. et. Falcid.* alio casu jure singulari post aditionem substitutus vocatur. Et fit igitur servus ille liber, et hæres veluti ex testamento, quia rescriptum illud hæredem facere potest. Princeps hæredem facere potest, et vere facit, tanquam ex testamento, sed reipsa non magis hæreditatem quam infamiam consequitur, ut ait *l. 3, C. Theod. de inoffic. test.* quoniam servi nomine bona veneunt, atque ita servus infamabitur, idemque liber nuper factus. Et sane a responso Papiniani hic casus excipiendus est, ergo huic responso non est locus aliter, quam si solvendo sit hæreditas. Locus est elegantissimus, cetera sunt facilia.

Ad L. XX. de Minorib.

Papinianus lib. 2. Responsor. ait: exuli reverso non debere prorogari tempus in integrum restitutionis statutum: quia abfuit, cum potuerit adire prætorem per procuratorem. Nec dixit, vel præsidem ubi erat. Sed quod idem dicit, et indignum esse propter irrogatam pœnam, non recte. Quid enim commune habet delictum cum venia ætatis? si quis tamen major 25. annis intra tempus restitutionis statutum contestatus postea destiterit; nihil ei proficit ad in integrum restitutionem contestatio, ut est sæpissime rescriptum.

Idem ex eodem libro citatur in *l. 20. eod.* in hac specie: minor 25. annis circumscriptus in negotio aliquo, deinde ex delicti causa relegatus in exilio consumpsit legitimam ætatem, et tempora petendæ restitutionis in integrum: quæritur, an reversus ab exilio possit restitui in integrum post tempora petendæ restitutionis in integrum, ob id, in quo circumscriptus fuit ante relegationem, prorogato ei tempore restitutionis in integrum, quo affuerit? (ut Florentiæ scriptum est prisco more, *affuit* pro *abfuit*, quod non intellexit Accursius, et ita in *l. curator, de tut. et cur. datis*, curator pupillo dari potest, si tutor ejus *affuerit* pro *abfuerit* sine dubio) Respondet autem Papin. non posse eum restitui in integrum redeuntem, hac ratione, quæ etiam proponitur in relegato in *l. sed etsi per procuratorem*, §. 1. *quib. ex caus. major.* quia imputatur relegato, cur non intra tempora petendæ restitutionis in integrum per procuratorem eam petierit a Prætore: nam relegatus potuit facere procuratorem ad petendam restitutionem in integrum, cur non fecit? Per procuratorem eam obtinuisset a Prætore; non adjecit a Præside, ubi erat, ubi pœna fungebatur. Et recte hoc non adjecit, nec reprehenditur, ut Glossa existimat ab Ulpiano, quia hoc non adjecit, quia nec potuit a Preside provinciæ, in quam relegatus erat impetrare restitutionem ex negotio gesto in urbe, et non in ea provincia: ergo non dixit ei imputari, qui non petierit restitutionem a Præside provinciæ, in quam relegatus erat, sed quod eam non petierit sibi dari in urbe ipsa, et civitate quam retinuit a Prætore per procuratorem suum. Verum Papinianus addit aliam rationem; quia indignum est, eum restitui propter pœnam exilii ei irrogatam, quod scilicet in exilio consumpserat tempus petendæ restitutionis. Hanc secundam rationem reprehendit Ulpianus: quia causa restitutionis separata est a causa pœnæ: et non obstat ullo modo altera alteri, sed causæ restitutionis obstat sola temporis preteriti ratio.

Ad §. Papinianus L. VIII. de Inoff. test.

Papinianus libro 2. Respons. ait, contra veterani patrisfamilias testamentum, esse inofficiosi querelam, etsi ea sola bona habuit, quæ in castris quæsierat.

In hoc §. ex libro 2. Responsor. Papiniani refertur, quod est facillimum; primo, contra testamentum veterani patrisfamil. in quo exhæredavit filium, posse filio exhæredato dari querelam inofficiosi testamenti, etiamsi is veteranus habuerit tantum bona castrensia, de quibus sit testatus jure communi, non jure militari intra annum missionis, quod est certissimum. Et caute ait: *veterani patrisfamil.* Nam contra filiifamil. testamen-

tum, qui testatus est de castrensi peculio non daretur querela inofficiosi testamenti, *l. ult. C. eod. tit.*

Ad §. Unde ead. l.

Non male Papin. lib. 2. responsor. refert, si hæres fuit institutus, et rogatus restituere hæreditatem: deinde in querela inofficiosi non obtinuit: id quod jure Falcidiæ potuit habere, solum perdere.

Est etiam facile, quod est in §. *unde*: qui egit querela inofficiosi testamenti, et non obtinuit, perdit id omne, quod ex testamento ferre potuit jure legati, aut fideicommissi, vel jure Falcidiæ, vel alio modo ut in §. *meminisse*, *ead. l.* Finge, filium fuisse hæredem institutum, et rogatum post mortem patris restituere hæreditatem L. Titio: est institutus, sed nihilominus agere potest querela quasi exhæredatus, quod mox rogatus sit hæreditatem restituere alteri: et forte non sufficiet Falcidia legitimæ portioni. Finge, fuisse hæredem ex parte tantum, et rogatum partem restituere confestim, et ideo egisse querela adversus fideicommissarium, quod eum posse probat *l. 1. C. de inoff. testam.* sed non obtinuisse, quid fiet? Perdet ne Falcidiam? sic videtur, ut in *l. 5. §. pen. de his, quib. ut indig.* perdet Falcidiam, ut nihil ferat ex testamenti causa, ex testamento, qui testamentum in vanum accusavit et quantum in ipso fuit, evertit. Dodrans autem servabitur fideicommissario, nec cedet fisco, non fiet hæc injuria fideicommissario, ut ei fiscus auferat dodrantem, sed fiscus aufert tantum filio, qui non obtinuit quadrantem, id est, Falcidiam, ut indigno.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. III. RESPONS· ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. LXVIII. de Procur.

Quod procurator ex re domini, mandato non refragante, stipulatur, invito procuratore dominus petere potest. (*).

Hujus legis est unus tantum versus, maxime tamen operosus. Primum enim, quia in Basilic. *lib. 8. tit. 2.* sententia hujus legis negative concipitur hoc modo: *Quod procurator ex re domini non refragante mandato stipulatur, invito procuratore, dominus petere non potest*; videndum est, utra sit verior, negativa an affirmativa. Etiam videndum est, quid sit ex re domini stipulari; et cur adjecta sint illa verba, *non refragante mandato*: et procurator, qui proponitur stipulatus aliquid ex re domini, utrum sibi sit stipulatus an domino? an quidquam intersit sibi, an domino stipulatus sit? ac præterea videndum est, quo referantur, quidve significente illa verba, *invito procuratore?* Prima et principalis quæstio, quæ profligabit ceteras omnes, est de veritate scripturæ, quoniam non affirmative, ut vulgo, sed negative legitur in Basilicis: *Invito eo dominus petere non potest*, his verbis, ἄκοντος αὐτοῦ ἀπαιτεῖν ὁ δεσπότης οὐ δύναται. Pro negativa facit omnino *l. possessio quoque*, §. *ult. de acquir. poss.* quæ de procuratore loquitur, qui rem emit ab aliquo mandato aut voluntate domini, nec distinguit ex pecunia domini emerit, an pecunia sua vel aliena; ergo loquitur etiam de procuratore, qui rem emit ex pecunia domini, ut fit plerumque, ex re domini, et stipulatus est duplam evictionis nomine; et tamen lex ait, re evicta actionem evictionis contra venditorem domino non dari invito procuratore: utitur iisdem verbis idem auctor, re evicta actionem ex stipulatu de dupla non dari domino invito procuratore, hoc est, sine cessione procuratoris, ut ipsa lex interpretatur. Ceterum cogitur eam cedere per actionem mandati, et tamen eam actionem procurator paravit ex re domini, id est, ex pecunia domini empta re, et paravit sibi, atque quæsivit eam actionem, quia emit sibi: alioquin si domino emisset, nihil egisset, *l. multum. C. si quis alt. vel sibi*: quia si domino emisset, neque sibi emisset, quia noluit sibi emere, et cessat voluntas ejus, qua cessante sibi non emisset, nec domino jure prohibente, quia alteri liber homo emit inutiliter: et quod ait *d. l. multum*, ei est simile, quod proponitur in *l. si genero, C. de jur. dot.* Pro negativa etiam facit, quod si ex re domini parata actio procuratori domino competit invito procuratore, semper per procuratorem domino acquirerentur actiones: quia quicquid procurator gerit, id omne consistit in re domini, in administratione rerum domini: et nihil interest, ex re dicatur, an in re, *ut l. homo liber*, §. 1. *de acq. rer. dom.* et Græci hoc loco, ἐν τοῖς πράγμασι τοῦ δεσπότου, at regula juris est, per procuratorem non semper nobis acquiri actiones, *l. 72. h. t. non semper*, hoc est plerumque non acquiri, ut in *l. solutum* §. *per liberam*, *de pig. act.* Initio ait, *per liberam personam, veluti per procuratorem plerunque non acquiri actionem*: et in fine, *non semper adquiri actionem*, sicut etiam in *l. 5. C. de cont. stip. non semper ex nuda pactione actionem nasci*, quæ regula juris esse dicitur in *l. jurisgentium*, *de pact.* Regulæ juris constituntur ex iis, quæ fiunt plerunque, ἐπὶ τὸ

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. cap. 9 lib. 1.*

πλεῖστον. Tertio loco confirmatur etiam negativa hoc argumento: jure singulari receptum est utilitatis gratia, propter crebrum et necessarium usum creditæ pecuniæ, propter quam, et pleraque alia singularia recepta sunt in credita pecunia, ut ait *l. singularia*, *de reb. cred.* ut scilicet ex causa creditæ pecuniæ indistincte, sive ea pecunia fuerit domini sive procuratoris, ut patet ex *l.* 126. §. *Chrysogonus*, *de verb. oblig.* ut inquam, ex ea causa domino ipso jure sine ulla cessione, ut ait *l.* 2. *C. per quas pers. nob. adq.* ut inquam, ex ea causa domino ipso jure sine cessione procuratoris eo invito acquiratur actio creditæ pecuniæ, si modo ejus nomine credita sit: ipso jure dominus invito procuratore habet actionem creditæ pecuniæ si certum petetur ex numeratione, sive condictionem ex mutui causa; ergo jure communi si nomine suo non domini procurator pecuniam domini det mutuam, vel etiam si ex alia causa procurator ex pecunia domini sibi quærat actionem non domino; ea domino sine cessione procuratoris et mandato non competet, *d.* §. *Chrysogonus*. At specialiter etiam ea negativa confirmatur ex eod. §. *Chrysogonus*. Nam ex illo §. patet, etiamsi libertus rem agens patroni sui patroni mutuam pecuniam dederit et stipulatus sit, patrono eam pecuniam reddi, neque patrono acquiri actionem ex stipulatu, quia alteri liber homo stipulatur inutiliter, qualis est libertus, qui juri nostro subjectus non est, neque bona fide nobis servit; neque acquiri liberto actionem ex stipulatu, qui non sibi est stipulatus: denique stipulando patrono nihil egit, vel etiamsi libertus stipulatus sit, ut ille §. ponit, in usuris, quas ait libertum sibi stipulatum videri, hoc casu patrono sine cessione liberti non datur actio ex stipulatu. Ceterum libertus compelli potest, ut eam cedat per actionem mandati, ut in *d. l. possessio quoque*, §. *ult.* At sine cessione ex stipulatione procuratoris sibi facta, dominus suo jure nullam actionem habet, etiamsi ejus pecunia fuerit, quam negotiatus est libertus. Denique ille §. ostendit, ex re domini sibi liberto stipulante invito patrono, non dari actionem, et quod ille §. ait de usuris, id confirmat exemplum, quo utitur Glossa hoc loco, dum stipulari ex re domini interpretatur stipulari fructus vel usuras ex re domini: fructus veluti partem fructuum, vel certam pensionem locato prædio domini colono partiario, vel constituta pecuniaria mercede, certoque pretio (alii enim colunt nummis, alii colunt parte frugum locatori data, qui dicuntur coloni partiarii) vel etiamsi stipuletur usuras pecunia domini fœnori occupata, ut vult Accurs. si stipulatur ex re domini. Et usurarum exemplum, ut dixi, confirmat ille §. *Chrysogonus*. Confirmare etiam Theoph. videtur in §. *de iis*, *Inst. per quas personas nobis acquir.* Bartolus hoc loco male rejicit illud exemplum usurarum, quod ex pecunia domini usura non proveniat: non provenit quidem pecuniæ usura natura, *l. si navis*, *de rei vindic.* *l. usura*, *de verb. signific.* Quia pecuniam pecunia naturaliter non generat; qua ratione Aristoteles dicit, usuram esse contra naturam; sed provenit usura tamen jure obligationis, et quasi fructus reditusve pecuniæ est, *l.* 3. *de usufr. ear. rer.* *l. alumno*, *de alimen. leg.* Ergo recte dices ex re domini stipulari procuratorem qui credita pecunia domini stipulatur usuras, quia usuræ pecuniæ fructus esse intelliguntur jure civili. Addamus etiam alia argumenta, ne videamur temere illam negationem admittere. Confirmatur belle negatio in libris Basil. ex eo quod, ut ex re mea mihi liber homo acquirat actionem, quam sibi ut quæreret satagit nominatim, hoc tantum receptum est jure civili in libero homine, qui mihi bona fide servit, qui se putat esse servum, me etiam existimante eum esse servum, qui quod stipulator sibi ex re mea, mihi acquirit. Et hoc constitutum est, ut ait *l. justo*, *de usurp. et usucap.* in eo tantum homine, qui bona fide nobis servit, adeo ut nec per liberum hominem, quem filium meum, et in mea potestate esse existimo, mihi ex re mea acquiratur actio, *l. per eum*, *in princip. de acquir. possess.* et ratio explicatur in *d. l. justo*, cur per liberum hominem, quem possidemus ut servum, acquiramus ex re nostra, et tamen per liberum hominem, quem possidemus, ut filiumfamil. non acquiramus ex re nostra. Unde restat et per procuratorem meum non acquirere me actionem ex re mea. Et postremo cum negationem corroborem tot testimoniis, et argumenta adfirmativa nuda sint, et destituta omni adminiculo, dicamus veriorem esse negationem. Et, ne qua dubitatio redeat, legem hanc esse accipiendam de procuratore, qui ex re domini stipulatur partem fructuum locato fundo domini, vel qui stipulatur usuras, credita pecunia domini, vel qui vendita re domini, stipulatur pretium dari sibi soli, ut *l. liber homo*, §. *ult. de stipulat. serv.* vel qui pecuniam domini mutuo dat suo nomine, et sibi reddi stipulatur. De procuratore igitur hanc legem loqui dicamus, qui ex re domini stipulatur, non refragante mandato, hoc est, etiamsi hoc faciat voluntate domini vel mandato: ut scilicet, id, quod stipulatus fuerit, volente domino ex re domini, dominus invito procuratore, id est, sine cessione actionis ex stipulatu petere non possit. Ex quo etiam apparet (*) loqui Papinianum de procuratore, qui sibi stipulatus est ex re domini, aliоquin non posset cedere actionem, et cessionis

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 9.

significatio inest illis verbis *invito procuratore*: atque ideo non loqui Pap. de procuratore, qui domino stipulatur. Multum enim interest domino stipuletur, ut custodite ait *l. 5. C. de contrah. stipulat.* an sibi stipuletur etiam ex re domini. Nam si domino absenti stipuletur, nihil omnino agit, ut ait *l. 5. C. de contrah. stipul. l. 5. C. de inutilib. stipul.* Quoniam si præsenti stipuletur, præsens ipse stipulatus videtur, et valet stipulatio, eique actio competit quasi ex suo stipulatu, ut diximus in *l. quod statulib. de mort. caus. donat.* Alioquin qui domino, licet ex re domini, absenti, stipulatur, nihil omnino egit, et prorsus inutilis stipulatio est, *l. quæcunque, de obl. et act.* exceptis casibus certis, quibus ex æquitate datur domino utilis actio; quos adnotare hoc loco non est necesse, quoniam tota quæstio est de procuratore, non qui domino stipuletur sed qui sibi stipulatur. Procurator etiamsi stipuletur ex re domini, et voluntate, jussu, mandato domini absentis, non nihil agit, quia sibi acquirit actionem, eamque domino cedere debet, et præstare cogitur actione mandati; alioquin domino ipso jure, neque directa, neque utilis competit actio procuratore stipulante sibi ex re domini. Et hoc quidem regulariter verum est, et hæc etiam lex habet formam, et speciem regulæ; sed quidam sunt casus, quibus et sine cessione domino competit actio utilis causa cognita, etiamsi sibi procurator stipulatus sit, si stipulatus sit, ut fit, ex re domini, ut servatur in omnibus stipulationibus Prætoriis utilitatis causa, quoniam eas plerumque interponimus per procuratorem, veluti stipulationem judicatum solvi, vel de rato, vel damni infecti. *In prætoriis stipulationibus*, inquit, *l. 5. de præt. stip.* (cujus pars est *l. damni §. ult. de damn. inf.*) *non ergo in conventionalibus, sed in Prætoriis hoc observatur*, inquit, *contra regulam juris, uti causa cognita non passim domino detur utilis actio*, licet procurator suo nomine stipulatus sit; idque probat *l. in causa. §. ult. et l. seq. h. t.* Additur etiam alius casus in *d. l. 5. de præt. stip.* cum scilicet dominus ex contractu procuratoris ad exemplum institoriæ actionis, tenetur actione ex contractu, licet sibi contraxerit procurator, et sit procurator solvendo, nam cum is procurator veluti institor est; ex contractu ejus, omisso procuratore, ei, qui cum eo contraxit, est utilis actio institoria in dominum, quam exposui ante lib 1. in *l. liberto, in prin. de neg. gest.* Hoc vero casu æquum est, ut etiam ex contrario domino detur actio utilis in eos, qui cum procuratore contraxerunt, maxime si procurator non sit solvendo, h. e. si rem a procuratore servare non possit, ut in *l. Julianus, §. si procur. de act. emp. l. 1. in fi. et l. 2. de inst. act.* Est etiam tertius casus singularis, si procurator militis, pecuniam militis mutuam det et sibi reddi stipuletur, nam receptum est favore militiæ, ut et sine cessione militi competat actio utilis creditæ pecuniæ, *l. si pecuniam, de reb. cred.* sicut in tutore et curatore est receptum favore minorum, ut si pecuniam pupilli crediderint et sibi stipulati sint, vel si ex pecunia pupilli sibi emerint fundum, ut pupillo detur repetitio creditæ pecuniæ etiam invito tutore vel curatore, sine ulla cessione, vel utilis vindicatio rei emptæ sua pecunia, *l. 2. quando ex fact. tut.*

Ad L. XXXII. de Neg. gest.

Fidejussor imperitia lapsus, alterius quoque contractus, qui personam ejus non contingebat, pignora vel hypothecas suscepit: et utramque pecuniam creditori solvit existimans indemnitati suæ, confusis prædiis, consuli posse. Ob eas res judicio mandati frustra convenietur, et ipse debitorem frustra conveniet, negotiorum autem gestorum actio utrique necessaria erit. In qua lite culpam æstimari satis est, non etiam casum: quia prædo fidejussor non videtur; creditor ob id factum ad restituendum judicio, quod de pignore dato redditur, cum videatur jus suum vendidisse, non tenebitur.

Sunt in hac lege duo responsa Papin. quorum primo adjungemus aliud ex eod. lib. quod est in *l. 2. inf. de pignorib.* secundo adjungemus aliud ex eod. lib. in *l. 25. depos.* In ponenda specie primi responsi interpretes nullo modo inter se conveniunt: aliam speciem ponit Paulus Cast. aliam atque aliam incertus atque incostans Odofredus, ceteri quique suam, nec ulli eam tenere videntur, propterea quod nec verba ejus legis tenent, quod apparet potissimum in illis verbis, *confusis prædiis*, quæ sic Paulus interpretatur, *retentis prædiis, repetitis*, quod, quis non rideat? alii, *confusis prædiis*, id est, *confuse obligatis*; alii *confusis prædiis*, h. e. *confuse liberatis et repignoratis*. Species verissima hæc est: creditor, cui debebat quidam pecuniam ex duobus contractibus sub diversis pignoribus vel hypothecis prædiorum, in unum tantum contractum fidejussorem accepit, non in utrumque contractum. Dico eum fidejussorem accepisse in unum contractum, non in utrumque. Pignora autem singula, sive prædia singula, pignori accepisse in singulos contractus, non eadem in utrumque contractum: nam si eadem prædia pignori creditor accepisset in utrumque contractum, fidejussor conventus non posset ulla pignora in se transferre, aut compellere creditorem, ut in se transferret nisi soluta utraque pecunia, quia

in utramque pecuniam eadem pignora tenentur creditori, et ita est proditum in *l. 2. C. de fidejussor.* At si singuli contractus sua habuere pignora, potuit fidejussor soluta pecunia, in quam fidejussit, ejus contractus pignora ad se traducere, non soluta altera pecunia, in quam non fidejussit, et ita debuit versari in illo negotio, quia fidejusserat in unum contractum, tantum, debuit solvere pecuniam ex eo contractu debitam, atque ita ad se traducere pignora ejus contractus, de altero contractu, aliisve pignoribus non curare. At, ut ponitur in hac l. fidejussor imperitia lapsus, ex utriusque contractus causa, quamvis in utrumque non fidejussisset, utramque pecuniam solvit creditori, atque ita utriusque contractus pignora, utraque prædia a creditore suscepit titulo emptionis, ut fit, *l. 2. l. §. ult. de distrah. pign.* In quo fuerit imperitia lapsus, valde diligenter quærunt interpretes, non animadvertentes Pap. ipsum, in quo ipse fidejussor fuerit imperitia lapsus, solvendo utramque pecuniam, et liberando utraque pignora, satis demonstrare, dum ait, *existimans indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse*; in quo est imperitia lapsus, aut cur est imperitia lapsus? Quia, inquit, existimavit indemnitati suæ confusis prædiis consuli posse: non erravit in facto, ut quidam volunt, non ignoravit, se in unam tantum causam fidejusssisse, non in utramque, sed minus perite suæ indemnitati prospexit, dum existimavit, se id quod solveret creditori melius servare posse, confusa ratione utriusque pecuniæ, et utriusque hypothecæ utrisque prædiis communi calculo subjectis, quam discrete et separatim habita ratione contractus et hypothecæ cujusque. Imperite: quia non potuit confundere et commiscere diversorum contractum causam. Itaque quod solverit creditori suo nomine ex contractu in quem fidejussit, id ex pignoribus tantum ejus contractus sibi servare poterit per vindicationem, et retentionem eorum pignorum, quasi in locum creditoris successerit, non etiam per vindicationem, aut retentionem pignorum alterius contractus, quæ in eam causam non tenerentur: quod autem solverit ex altero contractu, in quem non fidejussit, id neque poterit servare ex pignoribus ejus contractus, in quem fidejussit, quia in hanc causam obligata non sunt, neque ex pignoribus ejus contractus in quem non fidejussit, quia tametsi soluta pecunia ex eo contractu debita, in quem non fidejussit, pignora titulo emptionis acceperit, ut posuimus, ea tamen ut extraneus quilibet emptor accepit, et alius quidem extraneus emptor ea teneret jure dominii, quasi empta a creditore jure conventionis, vendente pignora jure suo; quoniam hoc casu evenit, ut docent Inst. ut qui non est dominus pignorum, puta creditor, transferat dominium eorum in emptorem. At ipse fidejussor, neque ea pignora jure dominii tenebit, quia non tam adquirendi dominii causa emit, quam ut suæ indemnitati confusis prædiis consuleret, neque tenebit etiam ea jure pignoris, quia ut extraneus emit, cum ei non debuissent ea pignora esse curæ, propterea quod in eorum causam non fidejusserat, et extraneus emptor pignorum tantum abest, ut succedat in pignus, id est, in jus pignoris, ut solvat potius et extinguat pignus: denique extraneus emptor, aut in dominium succedit, aut nullo jure succedit. Igitur fidejussor neque caute, neque perite consuluit sibi, qui utraque pignora redemit soluta utraque pecunia ut confusis et commixtis utrisque pignoribus alia aliis subsidio essent servandæ fidejussori indemnitatis causa quod fieri nequit, quia non potest fidejussoris arbitrio confundi, quod divisit, et distinxit conventio contrahentium, unde nec actione mandati contraria potest fidejussor sibi servare solutam pecuniam ex contractu, qui personam ejus non contingebat, hoc est, in quem non fidejusserat, nec mandatum ei erat, ut fidejuberet, quia res ea extra causam mandati est; extra negotium mandati, quod est gestum inter eum et debitorem, qui ei mandavit, ut fidejuberet in unum contractum tantum, non in utrumque, ut unius contractus tantum esset sponsor non utriusque, ut de uno contractu curam susciperet, non de utroque. Et similiter cum eo fidejussore debitor eadem ratione, oblata ea pecunia, non potest agere mandati directo judicio, ut ea pignora recipiat, quæ fidejussor ultro redemit, cum ejus contractus onus fidejussorem non respiceret; denique quantum attinet ad eum contractum, cujus nomine fidejussor non intercessit, frustra cum fidejussore agit mandati, frustra agitur inepta actione et incongrua, inepta actio inanis est. Et utique in hac causa, quia cessat mandati actio ultro citroque, utrique est necessaria actio negotiorum gestorum, ut ait; debitori, quia negotium ejus est, ut pignora ejus contractus recipiat oblata pecunia fidejussori, quam ultro solvit creditori, negot. gestor. actio utrique necessaria est; debitori, ut pignora servet; fidejussori autem, ut pecuniam, quam ex causa ejus contractus solvit ultro recuperet a debitore. Potest tamen dici, fidejussorem habere retentionem pignoris, non tanquam pignoris jure, ut ante docui, sed per exceptionem doli mali, quod cui datur actio neg. gestorum, multo magis sit danda exceptio, ut *l. invitus*, §. 1. *de reg. jur.* Nam et si quis sola amicitia ductus pignora amici sua pecunia liberaverit, neque eorum dominium, neque in eis jus hypotecæ adipiscitur, sed pecuniam, qua solvit pignora repetere potest actione neg. gestorum, vel si pignora possideat,

exceptione doli se defendere, ut non ea restituat debitori, antequam pecunia, quæ ea liberavit, ei restituta sit, *l. res*, *C. de pignor.* 1. *quibus mod. pign. vel hypot.* In actione autem neg. gest. qua fidejussor convenitur, ait Pap. fidejussorem culpam præstare, si culpa ejus ea pignora perierint, negotiorum gestorem, non tantum dolum, sed etiam culpam præstare, *l. si negotia h. t.* fidejussor ergo conventus actione directa neg. gest. ut ea pignora reddat, si perierint culpa ejus, condemnabitur in æstimationem litis, quia in hoc judicium negot. gest. venit culpa, sed non venit etiam casus fortuitus, casus improvisus, casus major. Itaque hic fidejussor culpam quidem præstabit, sed non casum fortuitum, quia est possessor bonæ fidei, qui stulte et imperite existimavit, suæ idemnitati consuli posse, confusis utrisque pignoribus: stultitia est imperitiave, non mala fides. Malæ fidei possessor præstabit etiam casum fortuitum, ut *l.* 6. §. *e si quis h. t.* Et hoc est, quod ait Pap. fidejussorem non præstare casum fortuitum, scilicet, quia prædo fidejussor non est. Imperitus est, non prædo, id est, malæ fidei possessor. Et hæc quantum attinet ad pecuniam et pingora ejus contractus, qui personam ejus non contingebat. Sed quantum attinet ad pecuniam et dignus ejus coutractus, qui personam ejus contingebat, hoc est, in quem fidejusserat, non est dubium esse ultro citroque mandati actionem, *l. si mandavero*, §. 1. *mand. l.* 1. *C. de dolo.* Ubi *de dolo*, hoc est, mandati, cui, cum sit bonæ fidei, ut omni actioni bonæ fidei inest actio et exceptio de dolo, quod ita esse accipiendum perspicue docet *obs.* 5. *cap.* 37. Sed addatur etiam hujus rei comprobandæ gratia, *l.* 2. *de pignor.* quæ est ex eod. ubi ait, *fidejussorem teneri mandati qui solvit pecuniam, atque ita pignora suscepit, et in hanc actionem mandati etiam venire culpam*, sicut ante dixi eam venire in actionem neg. gest. Adjicit autem Pap. in hac lege: creditorem, qui jus pignorum vendidit, ut initio posuimus, non teneri debitori pignoratitia actione, ut pignora ei restituat: cum ei omnis pecunia soluta sit a fidejussore quia suo jure ea vendidit, atque ita suum recepit; non teneri etiam ea actione pignoratitia fidejussorem, qui pignora emit, sed mandati tantum ut ea pignora restituat. Idem Pap. eodem libro scribit in *d. l.* 2. quia, cum dixisset, fidejussorem teneri actione mandati reo principali, et in eam actionem venire culpam, exemplo creditoris, inquit, conventi, scilicet pignoratitia actione, cum pignora non vendidit, et offertur ei omnis pecunia, *l. sicut*, *C. de pignor.* Subjicit non etiam exemplo creditoris fidejussorem teneri pignoratitia actione licet in locum ejus successerit, quia hæc non est successio universi juris veluti hæreditas, sed successio in rem tantum et speciale jus pignoris, quæ est sententia dictæ *l.* 2.

Ad §. Ignorante.

Ignorante virgine mater a sponso filiæ res donatas suscepit: quia mandati vel depositi cessat actio, negotiorum gestorum agitur.

Species hæc est in §. ult. hujus legis. Sponsus matri virginis sponsæ, ignorante virgine, res, quas ei donabat pro munere sponsalitio, tradidit matri puellæ: puella cum matre non agit actione mandati vel depositi, ut munera sponsalitia sibi reddat, quia nullum tale negotium intercessit inter filiam et matrem: et nihil ageret, inepte ageret, atque adeo frustra ageret in matrem mandati, quia non mandavit, ut ea munera acciperet a sponso; frustra etiam depositi ageret, quia non ea filia deposuit apud matrem, sed recte ageret neg. gestorum, quia mater negotium ignorantis virginis gessit suscipiendo munera sponsalitia. Neque obstat huic responso *l.* 25. *depos.* quæ dicit: *patrem, qui ea munera susceperat de manu sponsi, puellæ emancipatæ teneri actione depositi, ut ea restituat*; non obstat, cum sit conjungenda cum hoc §. ult. quia ea est ejusdem ex eodem libro, sed dicta l. 25. est accipienda de filia, eademque sponsa, qua sciente et præsente patre sponsalitia munera ei oblata accepit de manu sponsi die sponsaliorum, vel post eum diem: videtur enim filia, quæ præsens erat, patri ea munera dedisse in depositi causam, cum ea dedit patri sponsus nomine sponsæ, præsente sponsa, ut in *l. quod statuliber, de mort. causa donat.* Vis videre, quam fuerit præsens puella et sciens? Lex ait, res fuisse oblatas puellæ. Offerimus tantum præsenti, ceterum fuisse traditas patri, tanquam, ut præsumimus, in depositi causam, et ideo hæredem patris filiæ teneri ait, non tantum ad exhibendum, ut ea munera exhibeat filiæ vindicaturæ, sed etiam actione depositi, quia fuisse deposita apud patrem intelliguntur. Hæc enim verba *l.* 25. *hæres ejus, ut exhibeat, recte convenietur etiam actione depositi*; sic Græci recte interpretantur, ut hæres patris non tantum teneatur ad exhibendum, sed etiam depositi.

Ad L. XLV. de Judic.

Argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet: nec in hoc dilationem, nisi ex justa causa dari, ut ex provincia codices adferantur. Idem in actione tutelæ placuit.

Hujus legis duæ sunt partes: utraque probatur,

ibi quemque conveniri posse, ubi contraxit, etiamsi domicilium ibi non habeat. In prima parte sic ait: *Argentarium, ubi contractum est, etc.* in qua parte comparat argentarium tutori, actionem tutelæ, qua tutor tenetur, actioni in factum, qua argentarius tenetur ex edicto Prætoris: uterque, ut actus sui et administrationis rationem edat et reddat; utriusque officium est publicum et virile, non muliebre, ut de officio tutelæ scriptum est in §. 1. *Instit. de excus. tut. l.* 16. *de tut. et rat. distrah.* et de officio argentarii in *l. argentarius*, §. 1. *et l. pen. de eden. l. si ventri*, §. *in bonis, de rebus auct. jud. poss.* officio tutoris incumbit, ut actus sui rationes diligenter conficiat, et pupillo edat finita tutela: ceterum, si eas non exhibeat, pupillo hoc nomine tenetur actione tutelæ. Edere rationes actus sui est exhibere librum rationum, et tutelam restituere, indemnemque pupillum præstare, *l.* 1. §. *officio, de tut. et rat. distrah. l. quidam, de eden. l. Lucius Titius* §. *tutelæ, de administr. tut.* Officio etiam argentarii sive trapezitæ incumbit, cum soleat non sine magno quæstu, multarum sæpe pecunias tractare, et cautiones, et rationes nummarias sane omnium, qui fidem ejus quasi publicam sequuntur (nam fides mensæ argentarii, fides publica est) officio, inquam, ejus, incumbit, ut rationes actus et professionis suæ diligenter conficiat, ut perscribat quas, cujus pecunias, qua die, quove Consule dederit, erogaveritve fœnori occupando vel alio modo, quas item acceperat, quas crediderit, quas obligarit nomine facto, hoc est, contracta obligatione nominis, quæ præcipue contrahebatur cum argentariis apud mensam in foro, ubi argentarii tabernas positas habeant: et inde *l. si plures de pact.* argentarii, inquit, quorum nomina simul facta sunt, hoc est; cum quibus simul contracta est obligatio nominum: quæ species erat obligationis literarum, sive scripturæ mensæ; ad quam obligationem nominum refero, *l. non figura verborum, de oblig. et act.* quoniam est ex Pauli 5. ad edictum, quo tractavit de hac obligatione nominum, quam ait non tam figura verborum contrahi, aut non tam scriptura contrahi, quam oratione, quam exprimit scriptura, ut plenissime eod. libro tractavit de rationibus argentariorum sive mensariorum et tapezitarum. Incumbit officio argentarii, ut perscribat, quas pecunias solverit, quas receperit, sive constituerit se soluturum pro alio, et ut eas rationes edat iis, ad quos pertinent, hoc est, quos earum rationum contextus maxime contingit, ut eis instruant se, et tueantur causam suam quam habent, vel cum ipso argentario vel cum aliis. Hoc incumbit igitur officio argentarii: quod si non præstat, et maxime, si decernente Prætore, ut edat rationes, postulanti morem non gerat, si eas non edat, aut si malitiose et perperam edat, in eum datur actio in factum ex edicto Prætoris de edendo, per quam damnatur, quanti interest actoris, rationes sibi editas esse. Et hæc omnia probantur aperte in *l.* 4. *l.* 6. §. *rationem, et* §. *ex hoc edicto, l.* 9. *in princip.* §. *nummularios, l.* 8. §. 1. *l. argentarios*, §. *cum autem, de eden.* At, ut in aliis perseveremus, confert inter se argentarios et tutores, si plures tutores simul administrarunt tutelam, omnes debent rationes edere actus sui, aut unius editioni subscribere: Idem placet in pluribus argentariis, qui tractarunt rationes ad alios pertinentes voluntate eorum, *l.* 6. §. 1. *h. t. de eden.* Item tutor, ibi ubi tutelam gessit conveniri oportet tutelæ judicio, *l. hæres*, §. 1. *h. t. l. neque*, §. *ult. de procurat. l.* 1. *C. ubi de rat. ag.* et ut eleganter Theodosius Imperator in novel. 2. *de amota militantibus fori præscriptione*, ait, veteres leges specialiter fori præscriptioni contractus et negotia gesta et delicta subtrahere, hoc est, non utitur suo foro, non utitur privilegio sui fori, qui in alieno foro contraxit, in aliena provincia, aut negotia gessit alterius, aut in ea deliquit delictum aliquod. Et hoc est, quod dicunt vulgo, nos sortiri forum ratione contractus vel quasi contractus, vel delicti. Unde si Senator populi Romani in provincia contraxerit, ex eo contractu, in ea provincia conveniri potest, *l. interdum*, §. *ult. hoc tit.* Alioquin reñcitur in urbem, in qua domicilium dignitatis habet, *l. pen. de Senatuscons.* Marcus Tullius 13. Epistol. ad fam. *feceris mihi pergratum, si eos, quando cum Senatore res est, Romam rejeceris.* Item legatus ex provincia missus Romam, vel quis alius provincialis homo, si Romæ contraxerit, Romæ conveniri potest ex eo contractu, nec habet jus revocandi in domum suam, *il n' a pas droict de renvoy*, id est, non habet præscriptionem fori, *l.* 5. §. *omnes l. si legationis, l. non alias, in princ. l. cum furiosus*, §. *ult. h. t.* Et sic tutor ibi conveniri potest, et debet, ubi tutelam administravit, atque ita quasi contraxerit cum pupillo, etiamsi domicilium habeat alibi, nec potest posita hac præscriptione fori, ad forum, judicemque suum revocare, sed ibi judicium tutelæ pati debet, ubi tutelam administravit, ibi tutelæ rationes edere pupillo et reddere. Ac similiter argentarius ubi argentariam mensam exercuit et administravit, ibi conveniri potest et compelli rationes edere per metum actionis in factum, *l.* 4. §. *ult. de eden. l. hæres*, §. 1. *h. t.* etiamsi, forte fugitans litem, dicat se habere in alia provincia librum rationum. Neque enim hoc prætextu differendum est judicium tutelæ in tutorem, si dicat tutor, se librum rationum

non habere ad manus et in promptu, in mundo, ut veteres loquebantur, non esse differendam actionem in factum ideo, quod dicat se ad manum non habere rationum codices, se non habere in hac provincia, non esse hoc prætextu differendas actiones, nisi ex justa causa. Et hoc est: quod ait Pap. hoc loco, *argentarium, ubi contractum est*, hoc est, ubi argentariam fecit, et administravit, ubi hanc artem quæstuariam exercuit, conveniri oportere. *oportere*; quia sicut si ipse ibi conveniatur judicium recusare non potest, ubi argentariam fecit; ita nec ipse potest compelli alibi edere rationes, quam quo loco mensam habuit et exercuit, *l.* 4. §. *ult. de eden.* Nec in hoc, inquit, dilationem dari, ut ex provincia codices rationum adferantur, nisi ex justa causa cognita, ut in Basil. τῆς αἰτίας διαγινωσκομένης: idemque servari in actione tutelæ, quia plerique aut tutores, aut argentarii morandi tantum aut frustandi causa simulant, se alibi rationes habere. Itaque animadvertere debet judex, an verum sit, eos rationes habere in alia provincia, in eam bona fide translatas, an dolo malo eas in aliam provinciam transtulerint, trahendi negotii gratia; ut si sint revera et bona fide translatæ in aliam provinciam, tum spatium eis detur, et dilatio ad eas perferendas, ut *l.* 5. *de eden.* Omnis dilatio datur causa cognita, pro tribunali, quod est legitimum sedile judicis, *l.* 4. *de dilat.* Glossa hoc loco male existimat, hæc verba Papin. *ut ex provincia codices adferantur*, esse posita pro exemplo justæ causæ, et rectius Albericus *ex juxta causa*, si codices, inquit, alio sint translati ex necessitate: ut neget Pap. ob causam perferendarum rationum ex provincia dari dilationem tutori vel argentario nisi ex justa causa, ut puta, si in aliam provinciam ex necessitate, non dolo malo translatæ fuerint.

Ad §. Nomine pupillæ.

Nomine pupillæ tutoribus in provincia condemnatis, curatores puellæ judicatum Romæ facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia hæres extitit.

Species hæc est: Mater, quæ in provincia domicilium habet, Romæ mutuam pecuniam accepit, et contraxit, forte de mensa argentarii, filia pupilla ei hæres extitit, quæ etiam in provincia domicilium habuit. Creditor, qui mutuam pecuniam dederat matri in urbe nomine pupillæ, tanquam hæredis debitoris, convenit tutores ejus in provincia: actor sequitur forum et domicilium rei; est certissima regula juris, non potuit creditor eos tutores nomine pupillæ convenire Romæ, quia Romam non venerat. Et quod dicitur ibi quemque conveniri, ubi contraxit, ita verum est, si ibi inveniatur, non aliter, *l. hæres, in prin. hujus tit.* Ei autem creditori, qui in provincia egit cum tutoribus nomine pupillæ, tutores condemnati sunt, deinde finita tutela antequam puella judicatum fecisset, antequam solvisset creditam pecuniam Romæ matri suæ, et pupillæ constitutis curatoribus, si curatores ejus Romæ inveniantur, ait eos Romæ judicati actione conveniri posse, quia et ibi potuissent conveniri, si inventi fuissent, principali actione pecuniæ creditæ nomine. Nam ubi defunctus contraxit, aut hæres ejus, aut nomine hæredis tutores vel curatores conveniri possunt, *d. l. hæres, in prin.* Et hæc est sententia hujus §. Unde notandum est, condemnatum in provincia posse conveniri Romæ judicati actione, si et ibi judicari et condemnari potuit ab initio. Et sic executio judicati in provincia fiet Romæ captis pignoribus, ut fit, si quæ ibi puella habuerit, nec requiritur jussus Præsidis, qui tutores condemnavit; quia quo loco quis conveniri potest principali actione, si alio loco condemnatus sit, conveniri etiam potest actione judicati: actio judicati nihil aliud est, quam executio judicati; alioquin is, qui condemnatus est in provincia, si Romæ conveniri non potuit, neque judicati agi ibi potuit, vel e contrario aliquo loco agi judicati, et alibi dicta sententia ad effectum perduci non potest, quam quo lata est sententia, sine jussu ejus, qui sententiam tulit, ut in *l. a Divo Pio*, §. 1. *de re judic.* dum ait, *sententiam Romæ dictam Præsides in provincia exequi posse, si jussi fuerint* inquit, hoc est, si rogati fuerint. Nam jubere, ut est in Panegyrico Plinii, est adulationis, non imperii verbum, et verbum precarium non directum: ut cum dicimus: *jubeo te salvere.* Non potest Præses extra Provinciam suam pignora capere in causam judicati, quod ipse judicavit, ut nec mittere creditores in possessionem aliorum bonorum, quam quæ sub ejus jurisdictione sunt, *l. cum unus*, §. *pen. de reb. auct. jud. possid.* sed potest rogare per literas alium judicem, sub quo sunt alia condemnati bona, ut ea pignori capiat sui judicati exequendi gratia. Illud est notandum etiam ex hoc §. quod dixi probari in utraque parte, contractus rationem sive causam esse excipiendam a præscriptione, fori, hoc est, præscriptionem fori sive revocationem ad forum suum non habere eum, qui alio loco convenitur, si modo in eo loco contraxerit, aut quasi contraxerit.

Ad L. XVII. de Relig. et sumpt. fun.

Sed si nondum pater dotem recuperaverit, vir

solus convenietur, reputaturus patri, qui eo nomine præstiterit.

Sciendum est ei, qui mulierem funeravit suis sumptibus, non donandi animo, non pietatis causa, sed quasi alienum negotium gerens, dari actionem funerariam, de recuperandis sumptibus factis in funus mulieris. Actio est Prætoria, et privilegiaria, *l. pen. et ult. hoc tit.*, *l. quæsitum, de reb. auct. jud. possid.* et datur hæc actio cessante alia actione, ut patet ex *l. si quis*, §. *Labeo ait*, *hoc tit.* datur, inquam, cessante alia actione et deficiente ad similitudinem actionis negotiorum gestorum, *d. l. si quis*, §. *Idem Labeo, eod. in fin.* quia et negotium defuncti gerere videtur, et cum defuncto quasi contrahere, cum eo, cui funus et justa fecit, non cum hærede ejus, ut est eleganter scriptum in *l.* 1. *hoc tit.* Nam si eum hærede ejus quasi contraheret, si in funerando defuncto haberet animum gerendi negotii hæredis, cessaret hæc actio funeraria, et in hæredem ei competeret actio negotiorum gestorum, cujus contemplatione justa defuncto fecit: sed quia negotium potius defuncti fecit, ipsius negotium gerere videtur, et cum eo quasi contrahere, ideo cessat hæc actio negotiorum gestorum: quia hæc actio negotiorum gestorum est tantum de negotiis gestis, quæ cujus, cum is viveret, vel cum moreretur fuerunt, in qua tamen veniunt etiam, ea quæ negotiis cœptis illo vivo post mortem accesserunt, ut fructus, partus, fœtus, acquisitiones servorum, *l.* 3. §. *hæc verba*, *de neg. gest.* Non ergo, ut patet ex illo loco, est actio negotiorum gestorum de negotiis, quæ post mortem alicujus geri cœperunt. Hoc autem negotium funeris defuncti geri cœpit post mortem: ergo ex eo non est ipsa actio negotiorum gestorum: sed ad exemplum ejus necesse fuit ex ea causa inducere, et dare propriam actionem, quæ funeraria dicitur et funeratitia passim in hoc tit. Et in proposita specie, cum quis funus duxit mulieris suis sumptibus, ei datur actio funeratitia, de impensa funeris consequenda, in eum, ad quem dos mulieris pervenit. In patrem, si dos fuerit profectitia, et supervixerit filiæ pater: in maritum si dos fuerit adventitia: in extraneum si fuerit dos receptitia, quia æquissimum est, ut ait *l. prox. sup.* æquissimum visum est veteribus, mulieres quasi de patrimoniis suis, de dotibus funerari; quia et olim fere omne patrimonium mulierum consistebat in dotibus, *l. assiduis*, *C. qui pot. in pign.*, nempe lege Voconia impediente, ne mulieres ditescerent, et dante frœnos huic sexui: sicut Cato apud Livium 34. pro l. Oppia: *Date*, inquit, *Quirites frænos impotenti naturæ, et indomito animali*: et paulo post: *exemplo simul pares esse cœperint, superiores erunt.* Quia igitur fere omne patrimonium mulierum consistebat in dotibus olim, ideo in hanc sententiam itum est consensu omnium jurisperitorum, ut de suis dotibus funerarentur, etiam si alia bona habeant, etiamsi hæreditatem habeant, ita scilicet ut si hæredem habeant, hæres pro portione conferat in funus mulieris is etiam, qui dotem ejus lucratur, similiter, pro rata conferat in funus mulieris, licet non sit hæres, modo dotem lucretur: imo et cum hæreditas mulieris non est solvendo, funeris impensa non sumitur ex inopi hæreditate et minus idonea: sed ex dote, hoc est, repetitur ab eo, qui dotem lucratus est morte mulieris, non ab hærede, *l.* 20. §. *pen. l.* 22. *et* 23. *h. l.* Nunc finge: dotem mulieris esse profectitiam, esse profactam a patre, et patrem filiæ supervixisse, extraneum mulieri funus fecisse suis sumptibus: pater si dotem recuperaverit a genero, tenetur extraneo, qui fecit impensam funeri, funeratitia actione: quod si pater nondum dotem recuperavit, ei maritus tenetur eadem actione, qui dotem habet, necdum restituit patri, et quod eo nomine præstiterit extraneo, reputabit patri agenti de dote, hoc est, repetenti dotem profectitiam judicio rei uxoriæ vel ex stipulatu: reputabit, id est, eo minus patri restituet ex dote, ut *l.* 29. §. 1. *h. t.* et hæc est sententia hujus l. 17. reputare, *c' est rabattre*, ut *l. si merces*, §. *si vicino loc.* Si vicino ædificante obscurentur lumina cœnaculi, quod tu mihi locasti, vel si ostia aut fenestras cœnaculi corruptas tu non restituis, et mecum agas de pensione debita, reputationis, inquit, ratio habenda est, *je pourray rabattre*, et eo minus præstare de pensione. Ex diverso autem, si pater, antequam dotem profectitiam recuperaverit, aliquid impenderit aut præstiterit in funus filiæ *l.* 30. *h. t.* ait id patrem recipere a marito actione de dote, puta rei uxoriæ actione, vel ex stipulatu, hoc est, eo amplius recipere ex dote, eo ampliorem dotem recuperare a genero. Impensa enim funeris, ut ait lex sequens, æs alienum dotis est.

Ad L. LVII. de Cond. indeb.

Cum indebitum impuberis nomine tutor numeravit, impuberis condictio est. §. 1. *Creditor, ut procuratori suo debitum redderetur, mandavit: majore pecunia soluta, procurator indebiti causa convenietur. Quod si nominatim, ut major pecunia solveretur, delegavit: indebiti cum eo (qui) delegavit erit actio, quæ non videtur*

perempta, si frustra cum procuratore lis fuerit instituta.

Si tutor nomine pupilli per errorem solverit indebitam pecuniam, puta majorem pecuniam, quam pupillus debuit, initio hujus l. Papin. ait condictionem indebiti pupillo competere, cujus nomine tutor indebitum solvit aut plus debito: nec distinguit suam an pupilli pecuniam tutor solverit, unde potest conjectura capi, quasi nihil intersit suam an pupilli pecuniam solverit, modo solverit pupilli nomine: quod etiam confirmat *l.* 6. §. *ult. hoc tit.* Sed hoc ita intelligi debet, si pupillus pubes factus ratam solutionem habuerit, aut si quasi re bona fide gesta eam pecuniam tutor pupillo reputaverit in judicio tutelæ, ut tum pupillo condictio indebiti competat. Nam si pupillus solutionem eam non fecerit ratam, si eam pecuniam tutor pupillo non imputarit in reddendis rationibus, ipsi tutori hoc casu datur non pupillo: datur, inquam, tutori utilis condictio indebiti, utilis, non directa, quia non suo nomine, sed pupilli solvit. Et ad hunc casum est referenda *l. ult.* §. 1. *hoc tit.* Eadem vero est ratio tutoris et procuratoris. Nam si procurator nomine domini solverit per errorem bona fide indebitam pecuniam, domino ratum non habente, quod gessit procurator, ipsi procuratori datur utilis condictio, indebiti, *l.* 6. *in princ. hoc tit.* domino autem ratum babente, quod ita per errorem gessit procurator, ipsi domino competit condictio indebiti, perinde atque si ipse solvisset, *l. si per ignorantiam*, *C. eod. t.* sicut si procurator suam vel domini pecuniam, (nihil refert) nomine domini crediderit, domino agnoscenti et approbanti nomen competit condictio creditæ pecuniæ. Ut in *l. certi*, §. *si nummos*, *de reb. cred. l.* 126. §. *Chrysogonus*, *de verb. obl.* Reprobante vero domino nomen, quod fecit, quodve contraxit procurator sua vel domini pecunia nomine domini, nulla competit domino condictio, sed procuratori domini competit utilis condictio creditæ pecuniæ, *l.* 4. *C. si cert. pet.* Eadem est ratio conditionis indebiti et condictionis creditæ pecuniæ: eadem est ratio mutui et promutui. Indebiti solutio est promutuum, hoc est, quasi mutui datio, *l.* 4. §. *is quoque*, *de obl. et act.* Et hæc cum tutor nomine pupilli, vel procurator nomine domini indebitam pecuniam solvit, suam vel pupilli vel domini, vel cum hanc vel illam credidit, nomine pupilli vel domini. Quid autem dicemus e contrario, si quis tutori nomine pupilli quasi debitam pupillo, aut procuratori, nomine domini, quasi debitam domino, solverit per errorem? hæc est quæstio §. 1. hujus legis. Finge: creditorem mandasse debitori, ut debitam pecuniam solveret suo procuratori, procuratorem vero suum delegasse, ut eam pecuniam acciperet de manu debitoris sui, et debitorem procuratori per errorem solvisse majorem pecuniam, puta 100. cum deberet 50. tantum. Quæritur, in quem, ei qui solvit, competat condictio indebitæ pecuniæ, condictio superflui, quod solvit indebitum? utrum ei competat in procuratorem qui accepit an in dominum, qui mandavit ut solveret procuratori? Illud quidem est comperti et explorati juris, quod hic Papinianus notat, in dominum competere condictionem indebiti, si nominatim procuratorem suum delegavit, ut illa 100. acciperet, hoc est, majorem pecuniam, quam sibi debebatur: quam actionem, quæ ei, qui solvit competit in dominum, repetitionemque indebiti soluti eleganter Papin. ait non perimi, si debitor elegerit initio procuratorem (quod notandum est) et cum eo frustra egerit condictione indebiti, hoc est, si victus fuerit, quod inepte ageret in procuratorem ea actione, quia hæc debuit experiri in dominum, qui specialiter procuratorem delegarat, ut ab eo acciperet 100. idest, altero tanto amplius quam deberet: quo casu condictio indebiti est in dominum absque dubio, non in procuratorem. Si tamen frustra elegerit procuratorem, et succubuerit, non ideo intelligitur amisisse actionem sive condictionem: ineptæ aut inanis actionis electione, non amisit ideo condictionem in dominum. Ineptæ actionis electio actori non consumit actionem aptam, rei et proposito negotio competentem, *l. fidejuss. de neg. gest. l. tutor*, §. *adolescens*, *de adm. tut. cap. examinatam*, *extr. de judic.* Miror quod Glossa in *l.* 1. *si mens. fals. mod. dix.* quæsierit: an, qui ineptam actionem proposuit, et causa cecidit, possit agere actione propria et conveniente rei? Et respondet quidem posse: recte id: nec tamen sciverit tot locis auctorum eam sententiam comprobari posse, ut hoc §. 1. *et supradictis ll. et supradicto cap.* Verum si nominatim creditor procuratorem in hoc non delegarit, ut majorem pecuniam acciperet, sed simpliciter, ut pecuniam debitam acciperet, quam ei debitor numeraret, eam acciperet a debitore, cui mandaverat etiam creditor, ut eam pecuniam suo procuratori exsolveret: hoc casu Papin. ait, debitori procuratorem teneri condictione indebiti: quod utique verum est, ut Glossa supplet rectissime, si dominus ratum non habeat, quod gestum, quodque solutum plus debito est. Priore casu quum nominatim mandavit, ut 100. acciperet, quæ major pecunia est: etiamsi ratum non habuerit dominus, omnino tenetur condictione indebiti, quia nec necessaria est ratihabitio, ubi mandatum speciale intercessit. Hoc vero casu, cum simpliciter mandavit, ut pecuniam a debitore acciperet procurator, ut debitor

numeraret procuratori, et numeraverit majorem pecuniam per errorem, dominus non aliter tenetur condictione indebiti, quam si ratam solutionem fecerit: quia non intelligitur mandasse, ut plus debito acciperet. Ergo si ratum habuerit, in dominum dabitur condictio, debitor dominum condemnabit: si vero ratum non habuerit, ut est verisimile, etiam ratum non habiturum solutionem, solventi competit condictio indebiti in procuratorem solum, *l.* 6. §. *idem Labeo*, *et* §. *Celsus*, *hoc tit. l. si indebitum*, *rem rat. hab. l.* 6. §. *item quæritur*, *et de neg. gest.*

Ad L. XL. de Pignorat. act.

Debitor a creditore pignus, quod dedit frustra emit: cum rei suæ nulla sit empio, nec si minoris emerit, et pignus petat, aut dominium vindicet: ei non totum debitum offerenti, creditor possessionem restituere cogetur.

Hujus l. tria sunt responsa, quibus licebit addere quartum ex l. pen. Ad primum responsum sciendum est, actionem pignoratitiam, quæ de restituenda possessione pignoris proponitur, debitori non aliter dari, quam si totum debitum solvat, vel offerat in judicio, ut in *l. si rem*, §. *ult. hoc tit.* vel eo nomine creditori satisfaciat, *d. l. si rem*, §. *omnis*, *l. hæredes*, §. *idem observatur*, *fam. ercisc.* Et hoc est, quod dicitur, individuam esse pignoris causam, *l. rem*, *de evict.* quia nec parte majore pecuniæ soluta, ullo modo ullave ex parte pignus liberatur, et vel propter unum assem qui explendo debito superest, nexum tenetur ipsum pignus in solidum, *l.* 6. *C. de dist. pign.* Universa pecunia soluta creditori vel oblata, ut dixi, pignus liberatur, et creditor actione pignoratitia cogitur restituere naturalem, sive corporalem possessionem pignoris, quæ apud eum est, quia pignus solam possessionem naturalem, quæ etiam corporalis dicitur, ad creditorem transfert, ut in §. *ultim. hujus leg. et l.* 35. §. *ult. hoc tit. l.* 5. §. *ult. ad exhib.* Inde quæritur hoc loco, quid sit dicendum, si debitor a creditore pignus vendente suo jure, pignus minoris emerit? Finge: in summa debiti esse centum, et debitorem pignus emisse 50. id est, altero tanto minore pecunia, an potest repetere possessionem pignoris actione pignoratitia? an potest dominium ejus vindicare? Pignus enim manet in dominio debitoris, et eo liberato in arbitrio est debitoris, utrum malit agere in personam actione pignoratitia, et pignus petere a creditore, an agere in rem actione, et dominium vindicare, *l. nec creditores*, *C. eod.* Verum ad quæstionem propositam videmur posse respondere, alterutra actione debitorem uti posse, quia a creditore pignus minoris emit et pretium numeravit, videlicet, si creditori per omnia satisfecerit dato illo pretio, ex *d. l. si rem*, §. *omnis*, in qua dicitur: nasci pignoratitiam actionem, et competere debitori, si creditori satisfecerit pretio aliquo: ergo, etiamsi pretio minore, et sive hic creditor ab ipso debitore ceperit, sive ab extraneo emptore, et hoc ei satisfuerit, contentus fuerit, quo casu, nec quod amplius ei debetur a debitore petere potest, *l. a D. Pio*, §. *si pig. de re jud.* Nam ut et alio modo ait *d.* §. *omnis*, si creditor, ut voluit, sibi cavit, *s' il a assurance à son plaisir*, competit debitori actio pignoratitia, licet creditor in hoc deceptus sit: in hoc, hoc est, in reipsa, non circumscriptus dolo adversarii, ut in *l. 7. in fine*, *de exceptio.* si fraus fuerit in re, non in persona debitoris. Et ita videmur posse non absque ratione quæstioni propositæ respondere. Attamen Papin. longe aliud respondet hoc loco, nempe creditorem, neque pignoratitia actione, neque rei vindicatione posse compelli restituere possessionem pignoris, nisi debitor totum debitum offerat, hoc est, etiam id quo minoris emerit. Sed ne obstet, quod ante dixi, hoc ita intelligi debet, si creditori non satisfaciat pretium, quo debitor pignus emit, et velit, quod amplius debetur, sibi præstari: nec enim compellitur venditioni stare, quæ nulla est, quia debitor emendo pignus, emit rem suam: et rei suæ emptio nulla est, quod constat ex innumeris locis juris. Itaque si debitori agenti pignoratitia, rem vindicanti creditor opponat hanc exceptionem: si non ea res pignori data, nec dum soluta omnis pecunia est, quæ dicitur exceptio pignoratitia, *l.* 6. §. *idem scribit*, *commun. dividun.* frustra debitor replicabit de ea re minori pretio empta, quia emptio ipso jure nulla est, ut nec ex empto agere possit de ea re sibi præstanda. Et quia (quod notandum est) si extraneus a creditore pignus emisset minore pretio, quæ emptio valeret, semper in reliquum sortis debitæ debitor creditori tenetur, *l. quæsitum*, §. *ult. de distra. pignor. l. adversus*, *C. de oblig. et action.* Æquum vero est, in quo debitor tenetur alio emente minoris, et in eo teneatur ipse, cum emit minoris, nec eo creditori satisfecit. Quod autem dicitur, rei suæ emptionem non valere, hoc est (quia rei nomen proprietatem significat et dominium) hoc, inquam, est proprietatis sive dominii rei suæ emptionem non valere. Nam si hoc agatur, ut debitor possessionem naturalem, quæ est apud creditorem pignoratitium sive hypothecarium emat vel conducat certo pretio, forte ut in judicio possessorio, quod habet cum alio, potior sit: nec enim semper dominus in judicio possessorio potior est, *l. ad probationem,*

C. de loc. hoc vero casu emptio vel conductio rei suæ valet, ut *l. si emptione*, §. *rei suæ*, *de contrah. empt. l.* 35. §. *ult. l.* 37. *hoc tit.* creditori salva manente causa pignoris vel hypothecæ. Et errat vehementer Glossa hoc loco, quæ ait venditionem, emptionem possessionis pignoris factam debitori a creditore non valere. Imo valet ut probavi ante: et male Glossa pro se adducit, *l. servum meum*, *de cond. ind.* quæ de emptione proprietatis rei suæ loquitur, non de emptione possessionis. Illud maxime observandum est, Papinianum in hoc primo responso loqui de debitore, qui pignus emit jure suo vendente creditore, qui emit minori pretio: nam si tanti emit quanti est summa, quæ creditori debetur, licet initio non valeat, pretio tamen soluto pignus liberatur, quod mox idem Papinianus ostendit in secundo responso hujus legis, cujus species talis est.

Ad §. *Debitoris.*

Debitoris filius, qui manet in patris potestate, frustra pignus a creditore patris peculiaribus nummis comparat, et ideo si patronus debitoris contra tabulas ejus possessionem acceperit, dominii partem obtinebit. Nam pecunia quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur.

Filius, quem pater libertinæ conditionis habuit in potestate, cum pater L. Titio deberet certam pecuniam sub pignore, pignus jure suo vendente L. Titio, id ab eo emit de peculio profectitio, hoc est, ex re patris. Peculium filii profectitium est res patris, hoc est, in bonis, in patrimonio patris revera: in quasi patrimonio filii, quamdiu patitur pater. Emit autem pignus ex pecunia peculii profectitii tanti, quanti erat summa debita L. Titio. Post filius in testamento patris jure exhæredatus est, nec potuit rescindere testamentum per querelam inofficiosi testamenti. Hoc enim cum Accursio ponamus, licet reticeat Papinianus, satis tamen suggerit, dum ponit, Patrono patris prætetito dari partis debitæ verecundiæ patronali, id est, legitimæ patronalis bonorum possessionem contra tabulas in hæredem, scriptum: quæ non daretur in filium hæredem scriptum, nec exhæredatum rescindentem testamentum per querelam, §. *sed nostra*, *Institut. de success. libert.* At ponamus, filium fuisse exhæredatum cum effectu, quæ res etiam ei peculium aufert, *l. emptor*, §. *ult. de rei vindic.* Exhæredatio aufert jus et nomen hæredis, et jus peculii, hoc ut dixi, licet non dicat Papin. ut omnia bene conveniant, ponamus necesse est. Multa nobis Papin. subintelligenda et subaudienda reliquit, et plus habet in recessu quam in fronte, ut est comprehensione rerum brevis. Aut sane ponamus: præmortuum fuisse filium, patrem supervixisse, et testamentum fecisse, inque eo extraneum instituisse, patronum omisisse. Aut ponamus, quod etiam nimis obscure notat Glossa: patrem filium instituisse ex parte, adjecto cohærede extraneo, et filium repudiasse hæreditatem patris, ejusque portionem accrevisse cohæredi extraneo: quoniam hoc etiam casu patrono competit in cohæredem, qui assem habet portionis debitæ, bonorum possessio, *l.* 20. §. *ult. de bon. libert.* Pono filium fuisse institutum ex parte: nam si institutus filius liberti ex asse repudiaverit, tum patronus non vocatur in partem, sed in assem, *l.* 6. §. *pen. l. quærit*, §. *ult. eod. l. sive libertus*, §. *ult. de jure patron.* Atque hic postremus casus non conveniet huic responso, quo tantum agitur de bon. possessione contra tabulas, quæ patrono datur in partem bonorum liberti, hodie trientem, olim semissem. Ita vero posita congruente specie ad hoc responsum, quæritur: an in pignore, quod filius emit ex re patris, sive ex peculio profectitio, patronus jure bonorum possessionis contra tabulas habeat in pignore partem dominii: nam portio debita patrono deducitur ex singulis rebus, quæ in bonis liberti fuerunt tempore mortis, sicut Falcidia in *l. Plautius, ad l. Falcid.* sicut legitima portio, quæ natura debetur liberis et Falcidia quælibet, deductio quælibet, *l.* 6. *de pecul. leg.* Omnis deductio partis fit ex singulis corporibus, nisi aliud convenit, ut fit plerumque inter eos, quorum res est. Et ad hanc quæstionem Papinianus respondet hoc loco, etiam in eo pignore patronum habiturum partem dominii. Bonorum possessio tribuit dominium, *hoc est*, effectum dominii tuitione Prætoris, *l.* 1. *de bon. poss.* Et ratio hujus responsi hæc est: quia filiusf. emendo pignus ex re patris, in cujus potestate erat, id neque dominii sui facere potuit, neque patris, in cujus dominio jam erat, quia pignus semper manet in dominio debitoris, et hoc distat a fiducia, antiquo genere contractus. Denique emendo neque pignus suum fecit, neque patris, cum jam prius patris esset. Proinde nulla et supervacua emptio est. Ceterum liberatum pignus intelligitur, quia tantum in pretium dedit, quantum erat in debito. Et in fine hujus responsi, illo loco *nam pecunia, quam filius ex re patris in pretium dedit, pignus liberatur*, ne fallamur, *nam*, non est particula causalis, quia etiam pignore non liberato patronus in eo haberet partem dominii, sed, *nam*, est conjunctio repletiva, ut Grammatica loquitur, et accipitur pro *ceterum*, ut sæpe in libris nostris, ut sit sensus emptionem pignoris non valere, pignus tamen liberari: *ceterum pignus liberatur etc.*

Et recte loquitur Papin. de filiofamil. Nam si filius emancipatus emisset suis nummis pignus, jure suo vendente creditore, valeret emptio, nec in eo patronus haberet partem dominii, quia desiisset esse in liberti bonis. Recte etiam loquitur de peculio profectitio. Nam si filiusf. pignus emisset ex peculio castrensi, quod in re ejus est, non patris, æque valeret emptio pignoris, nec in eo quicquam juris patronus haberet, quod et Glossa notat rectissime: tota Glossa hujus responsi est rectissima.

Ad §. ult.

Soluta pecunia, creditorem possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet: nec quicquam amplius præstare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit; domino solvente pecuniam, quam debuit, secundi pignoris neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur.

In tertio responso, sive §. ult. ostenditur, pignus quidem a creditore alii creditori suo pignori obligari posse, quod Græci dicunt μετενεχειριάζειν, idque constat ex *l. grege*, §. *cum pignori*, *de pign. l. 1. C. si pign. pign. dat.* Sed si debitor, qui dedit pignus primo suo creditori solverit omnem pecuniam, utraque obligatio pignoris perimitur, et creditor primus debitori tenetur pignoratitia actione, ut pignoris possessionem restituat tantum, non ut quicquam amplius præstet, id est, (quod etiam Glossa intelligit) non etiam, ut liberet pignus a secundo creditore. Et ratio hæc est: quia ipso jure liberatur pignus, quod etiam in id duntaxat temporis dedisse intelligitur secundo creditori, quoad pignus in sua persona consistat, ubi desinit in sua persona consistere pignus, soluta omni pecunia, etiam desinit consistere in persona secundi. Nihil est apertius hoc responso: ei tamen opponitur *l. petenti h. t.* quæ dicit, creditorem primum debitori teneri, ut pignus liberet a secundo creditore. Sed necesse est, ut res intelligatur, apponi speciem ad *l. petenti.* Hæc est species, quæ frequenter occurrit. Creditori repetenti pecuniam, quam ei debebam, cum præ manibus pecuniam non haberem, ut eum a me dimitterem et placarem quoquomodo, dedi res certas, ut sub earum pignore pecuniam, qua se indigere dicebat, conquireret et sumeret ab alio creditore: aut eas creditor meus soluta pecunia postea recipit ab alio creditore, et mihi, maxime offerenti debitum, tenetur ad exhibendum ut restituat eas res, non pigneratitia actione: quia eas res non pignoravi, sed permisi tantum, ut pignoraret alteri: aut res illæ meæ sunt apud creditorem creditoris, et hoc casu creditor meus mihi tenetur, sed non ad exhibendum, quia eas res non tenet: non pigneratitia, quia, ut dixi, eas res ei non pignoravi, non commodati actione, ut in specie *l. si ut certo*, §. *nunc videndum*, *sup. tit. prox.* quia eas res etiam ei non commodavi liberaliter et benigne, sed coactus dedi, ut tantisper eum placarem, ne me acerbius exigeret, et ut earum beneficio aliunde pecuniam sumeret, verum offerenti mihi pecuniam debitam creditor tenetur, ut eas res liberet a suo creditore, et mihi reddat, tenetur, inquam, mihi propria actione, ut ait *l. petenti*, hoc est, actione præscriptis verbis quasi ex novo et proprio contractu, quasi ex negotio proprii contractus, ut ait *l. rogasti*, *de præscrip. verb.* Et hæc est sententia *legis petenti*; verum vis nosse, quam nihil obstet huic tertio responso? Hoc responsum est de pigneratitia actione, quod negat soluta omni pecunia, creditorem quicquam amplius præstare quam possessionem naturalem pignoris, etiamsi secundo creditori obligavit: ergo non teneri eum pignus liberare a secundo creditore, quod etiam evanuit ipso jure. Illa autem *l. petenti*, non est de pigneratitia actione, sed de propria quadam actione præscriptis verbis. Item in hoc responso primus, et secundus creditor fuere pigneratitii creditores. In illa *l. petenti*, secundus creditor tantum fuit pigneratitius, non primus: et præterea in illa pignus datum est secundo creditori voluntate debitoris, in hoc responso non item. Proinde in illa l. maxime oblato debito creditori primo, pignus non solvitur, quod nexum est voluntate debitoris: in hac pignus solvitur omnimodo, quod nexum non est secundo creditori voluntate debitoris.

Ad L. XLII. eod.

Creditor judicio, quod de pignore dato proponitur, ut superfluum pretii cum usuris restituat, jure cogitur. Nec audiendus erit, si velit emptorem delegare: cum in venditione, quæ fit ex facto, suum creditor negotium gerat.

Ostenditur in hac lege creditorem, qui pluris pignus vendiderit, quam sibi debebatur, debitori teneri actione pigneratitia, quam Papinianus noster solet appellare actionem, quæ de pignore dato proponitur, ut hoc loco, et *l. 2. de pign. l. fidejussor*, *de neg. gest.* Creditorem igitur, qui pluris vendidit pignus debitori teneri actione pigneratitia, ut id, quo plus vendidit pignus, hoc est, superfluum pretii restituat debitori cum usuris, inquit Papinianus, puta, iis, quas ex superfluo pretii percepit, si id forte fœnori occupavit, vel

quas non percepit, si in reddendo superfluo pretii moram fecerit, vel si id in usus suos convertit, *l.* 6. §. *ult. et l.* 7. *hoc tit.* Nec distinguit Papinianus, creditor pretium ab emptore acceperit, necne. Ergo sive acceperit pretium ab emptore pignoris, sive nondum acceperit, de superfluo reddendo debitori tenetur actione pigneratitia, ut *l. ult. C. de distract. pignor. l. in fraudem*, §. *si plus*, *de de jure fisci.* Ubi creditor nondum pretium accepit, non est audiendus, inquit, invito debitore, si velit ei emptorem pignoris delegare, puta, ut promittat debitori, se id, quo plus emit ei præstiturum. Delegare enim proprie est, vice sua alium reum, alium debitorem, qui expromissor dicitur, sive intercessor novandi causa, creditori dare, *l. delegare*, *de novat.* Et in hac specie debitori creditor, qui pluris pignus vendidit, in superfluum pretii debitor est, ille vero creditor: et ita quoque hoc loco verbum delegare Græci accipiunt in Basil. dum ajunt, ὑπόχρεων ποιῆσαι τῷ χρεώστῃ τὸν ἀγοραστὴν, hoc est, *emptorem substituere debitori*: eidemque creditori, scilicet in superfluo pretii, quod ei creditor restituere tenetur, idque fit stipulante debitore, et emptore promittente superfluum se ei soluturum: quo genere creditor liberatur a debitore quasi novata obligatione. Sed ut initio dixi, invitus debitor non cogitur mutare creditorem, si malit sibi superfluum pretii solvi a creditore, eodemque venditore pignoris. Invitus non recedit ab actione pignoris, quam habet in venditorem pignoris: invitus non novat eam obligationem neque commutat cum obligatione ex stipulatu in emptorem pignoris. Et hoc est, quod ait Papin. *nec audiendus erit si velit emptorem delegare.* Et ratio, qua utitur Papin. hæc est, *quia*, inquit, *in venditione quæ fit ex facto*, *creditor suum negotium gerit.* Sic habent Pandect. Flor. *quæ fit ex facto*, sed perspicuum est scribi debere, *quæ fit ex pacto*, ut in §. *contra autem creditor*, *Instit. quib. alien. lic. vel non*, hoc est, quæ fit jure conventionis, *l.* 5. *de distract. pign. l. contractus*, *l.* 7. *C. eod. t.* In venditione igitur pignoris, quæ fit ex pacto, creditor suum negotium gerit, non debitoris negotium, ut in *l. creditori*, §. *sciendum*, *qui pot. in pign. hab.* Si gereret negotium debitoris, non suum, nec ulla ejus culpa interveniret, æquum esset liberari eum delegando emptorem, esset iniquum eum teneri ultra quam ut deleget emptorem, si nulla culpa in eo argui possit, qui negotium alienum gessit, non suum. Et hæc est sententia hujus legis. Objicitur ei *l.* 24. §. *si vendiderit, h. t.* quæ dicit, nondum soluto pretio pignoris creditori, non esse cogendum creditorem actione pigneratitia ad solutionem superflui, sed vel expectare debitorem debere, quoad emptor pignoris solvat pretium, vel si nolit expectare, mandandam ei esse et cedendam actionem ex vendito adversus emptorem: actionem pretii: periculo tamen venditoris, creditoris periculo, qui vendidit, ut si forte non vincat debitor adversus emptorem, semper ei sit salva actio superflui adversus creditorem, atque ita periculum litis institutæ ex mandato creditoris adversus emptorem ipse creditor subeat. Mandare autem est delegare, non minus, quam vice sua alium reum creditori dare, ut *l. cum indebitum, de cond. ind. l.* 11. *C. de donat.* Ergo auditur creditor, qui delegat, hoc est, qui mandat actionem adversus emptorem pignoris. Sed ut respondeamus: inter hæc duo genera delegationum multum interest: nam delegatio emptoris liberat creditorem, quia novatur obligatio et substituitur vice creditoris alius debibitor superflui: et ideo merito non satisfacit ea delegatio debitori; quæ liberat creditorem principaliter obligatum ad solutionem superflui: non satisfacit, inquam, creditor debitori delegato emptore, hoc solo quod emptorem delegare paratus est, quia hoc facit se exonerandi et absolvendi causa. Altera delegatio, h. e. cessio, sive mandatum actionis ex vendito adversus emptorem non liberat creditorem et satisfit debitori, si eam suscipiat periculo creditoris, h. e. salvo regressu, si non obtineat adversus creditorem. Plane hoc modo quis dicat ei non satisfieri, interim dum non vult expectare quoad emptor solvat. Et ita mihi videntur clarius, et certius in concordiam adduci posse hæ duæ leges hac differentia posita inter delegare emptorem, et delegare sive mandare actionem in emptorem: quæ est quarta solutio Accursii, cetera facile refelli possunt. Ita vero demum mandata actione adversus emptorem periculum litis pertinet ad creditorem, si creditoris culpa arguatur, quod tardius pretium exegerit ab emptore pignoris, et interim emptor lapsus sit facultatibus. Nam si culpa a creditore abest, ut puta, si fortuito et repentino casu emptor suas facultates amiserit paulo post emptionem pignoris, de superfluo pretii nulla superest quæstio, cum debitor maneat obligatus creditori: quia ut ait *l. quæsitum de distract. pign.* ex necessitate facta venditio pignoris non liberat debitorem nisi pecunia percepta ab emptore pignoris: ubi ex necessitate fieri dicitur venditio pignoris, non quod fiat invito creditore (nec enim creditor invitus cogitur vendere pignus, *l.* 6. *in pr. hujus tit.* sed quod tunc maxime creditor decurrat ad venditionem pignoris, cum aliter rem suam servare non potest, sicut in *l.* 2. *de distr. pign.* necessitate juris dicitur venditio fidejussori fieri, quod aliter a fidejuss. suum creditor consequi non possit, *l.* 2. *C. de fidejuss.*

Ad L. XIX. de Instit. act.

In eum, qui mutuis accipiendis pecuniis procuratorem præposuit, utilis ad exemplum institoriæ dabitur actio : quod æque faciendum erit, et si procurator solvendo sit qui stipulanti pecuniam promisit.

Hujus legis sunt quatuor responsa. In primo responso ostenditur; quod si procuratorem præposui, ut mutuam pecuniam acciperet mei causa, et accepit, creditori in me non datur actio institoria directa, quia procurator ille institor non est meus, cum non sit quæstui faciendo, seu quæstuariæ negotiationi præpositus, sed dari creditori in me utilem actionem ad exemplum institoriæ actionis, ut idem Papinianus respondit *lib. 2. l. liberto in princ. de neg. gest.* et confirmatur *l. in omnibus, de præt. stip. l. si mutuam, C. de instit. act.* Et verum illud est, etiam si procurator qui mutuam pecuniam accepit, et eo nomine stipulanti creditori cavit, solvendo sit, ut ab eo creditor suam pecuniam facile recuperare possit si procurator solvendo sit, ut ait hoc loco, et probat *l. 6. §. 1. de neg. gest.* hoc latius exposui in *d. l. liberto.* Inde assumes, quæ ad hunc locum pertinent. Illud tamen addendum, ut quemadmodum utili institoria actione creditori dominus tenetur, qui procuratorem præposuit mutuis pecuniis accipiendis : et similiter quemadmodum utili actione institoria emptori dominus tenetur, qui procuratorem præposuit vendendæ certæ rei, ut in *l. Julianus, §. si procur. de action. emp.* ita ex diverso dicamus, creditorem vel emptorem domino teneri ex *d. §. si procur.* utili actione, sive extraordinaria. Omnis actio utilis est extraordinaria : sed in hoc est differentia summe notanda, quod creditori dominus tenetur ut dixi, quasi institoria actione, etiam si rem creditor servare possit a procuratore, quia principaliter cum domino contraxisse intelligitur, qui nomine ejus procuratore credidit. At ex diverso domino creditor non tenetur utili actione, si dominus a procuratore suo rem servare possit exemplo institoriæ, *l. in omnib. de præt. stipul. l. 1. in fi. et l. 2. h. t. l. 1. §. sed ex contrario, de exercit. act.* quia scilicet principaliter dominus cum procuratore contraxit, nec alio auxilio indiget, si procurator solvendo est.

Ad §. Si Dominus.

Si dominus, qui servum institorem apud mensam pecuniis accipiendis habuit, post libertatem quoque datam, idem per libertum negotium exercuit, varietate status non mutabitur periculi causa.

Notandum est, dominum teneri jure Prætorio in solidum institoria actione ex contractu servi institoris, quem præposuit mensæ nummulariæ ad pecunias accipiendas in omnem causam, ut argentarii sive nummularii solent: et teneri non tantum ex contractu habito cum illo institore in servitute, quandiu servus mansit, sed etiam ex contractu habito cum eo post libertatem in eodem actu, perseverante patroni voluntate : varietatem sive mutationem status non mutare causam periculi, hoc est, ob mutatum statum institoris non desinere eorum, quæ gerit, periculum ad dominum pertinere ex edicto, de institoria actione. Manumissione sola non desinit quis esse institor : et hæc est sententia hujus responsi. Objicitur, quod dispensator Calendario præpositus, hoc est, pecunis exigendis et fenerandis est institor, ut in *§. ult. hujus leg. l. 5. §. ult. h. t.* et tamen manumissione desinit esse dispensator, *l. si quis servo, de solut. l. pen. de reb. cred. §. item si adhuc, Inst. de mand.* At ut respondeamus, non est novum quendam institorem separari a ceteris institoribus. Magister navi præpositus est institor, et tamen separatur passim in jure, ac præcipue in tit. *de exercit. act.* a ceteris institoribus propter singularia quædam, quæ in eo recepta sunt, ut et illo Horatii loco, *seu vocat institor, seu navis Hispanæ magister*, institor separatur ab institore, et sic dispensator, licet institor sit, separandus est a ceteris institoribus. Nam et morte domini finitur dispensatoris officium, *l. pen. de reb. cred.* Non morte domini officium institoris facientis mercaturam, aut mensæ negotium exercentis, *l. 11. in pr. l. 17. §. si impubes, h. t.* Ac similiter manumissione officium servi dispensatoris finitur, non officium institoris. Et ratio varietatis consistit in utilitate et necessario usu commerciorum, quo omnis hominum vita eget, vel mensæ argentariæ, quæ negotia exercentur per institores : nec tanti est dispensatio sive fœneratio pecuniarum cujusque, ideoque facilius dispensatio finitur, quam commercii aut mensæ cura, quod maxime notandum.

Ad §. Tabernæ.

Tabernæ præpositus a patre filius, mercium causa mutuam pecuniam accepit. Pro eo pater fidejussit : etiam institoria ab eo petetur, cum acceptæ pecuniæ speciem, fidejubendo negotio tabernæ miscuerit.

Notandum est ex tertio responso, Patrem teneri ex contractu filii, quem proposuit tabernæ, h. e.

mercibus exercendis : teneri institoria actione, ut si filius ille mercium causa mutuam pecuniam accepit, ex ea causa pater tenetur creditori in solidum institoria actione. Res est apertissima. An etiam institoria actione tenetur, si apud creditorem, qui filio institori mercium causa credidit, mercium gratia fidejusserit pro filio? Et breviter: an tenebitur institoria, si fidejusserit pro filio? quia obligatio valet, sicut cum dominus fidejubet pro servo, *l.* 1. §. *quid ergo, quod jussu*, *l. si domino, ad SC. Vellej.* Respondet Papinianus; patrem non ideo minus teneri institoria actione, quia fidejubendo pro filio institore non novavit obligationem. Si novasset, utique cessaret institoria actio, ut in *l. habebat*, §. 1. *hoc. tit.* Sed ei obligationi miscuit aliam ex stipulatione, sive fidejussone, quæ nunquam novat principalem obligationem: fidejubendo miscuit tabernæ, negotio, τῇ πραγματείᾳ, acceptæ pecuniæ speciem, *hoc est*, creditum, τὸ δάνειον (et ut usurpem verba *l.* 5. §. *pen. de exercit. act.* licet sint scripta alia de re) pater non transtulit obligationem, sed adjecit. Erit igitur in arbitrio creditoris utra actione malit experiri in patrem, institoria, an ex stipulatu, ex fidejussonis causa.

Ad §. *servus.*

Servus pecuniis tantum fœnerandis præpositus, per intercessionem æs alienum suscipiens, ut institorem dominum in solidum jure prætorio non adstringet. Quod autem pro eo, qui pecuniam fœneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur, cui pecunia creditæ contra eum, qui delegavit, actio quæsita est.

Differentiam facit Papinianus in §. *ult.* inter expromissionem, quæ fit novandi animo per intercessionem, et eam, quæ fit per delegationem: et nisi rem quis acute inspiciat, vix assequetur sensum Papiniani. Videamus quemadmodum fiat expromissio per intercessionem, et quemadmodum per delegationem. *Per intercessionem* fit in hac specie: Servus pecuniis tantum fœnerandis, sive Calendario præpositus est, non alii negotio, is servus novandi animo suscepit in se æs alienum, quod Titio Cajus debuit: quæritur, an ex hoc facto, ut institor obliget dominum actione institoria (legendum *ut institor*, non *ut institorem*) et respondet, non obligari dominum ex ea causa. Rectissime: quia ea res nihil pertinet ad causam Calendarii, et institoria actio non porrigitur ad ea, quæ institor contraxit extra eam rem sive causam, cui præpopositus est institor, *l.* 5. §. *non tamen, hoc t.* Hæc pars est apertissima. Videamus quemadmodum fiat expromissio *per delegationem*: fit autem hoc modo. Servus Calendario tantum præpositus, cum rogaretur a L. Titio mutuam pecuniam dare sub fœnore, qua se Lucius Titius liberaret a suo creditore, a quo urgebatur: si is servus institor non numeravit pecuniam Lucio Titio, sed creditori ejus delegatus ab eo, cavit de solvenda pecunia, quam ei debet Lucius Titius, facta novatione et suscepta in se obligatione Lucii Titii: denique institor rogatus fœnerare pecuniam, non numeravit, sed delegatus cavit creditori, a quo urgebatur is, qui mutuam pecuniam rogabat: hoc perinde est, ac si ei, id est, Lucio Titio pecuniam numerasset: quod patet, quia domino ejus in L. Titium est actio creditæ pecuniæ, perinde atque si institor pecuniam numerasset, quia L. Titius videtur ab institore pecuniam accepisse, eum delegando. Denique ex hoc facto institore domino adquiritur condictio creditæ pecuniæ: ergo æquum est, ut ex eo obligetur actione institoria: si ex actu institoris, et quæritur actio, æquum est, ut etiam ex eo contractu institoria teneatur. Hæc est ratio inducendæ actionis institoriæ, *l.* 1. §. 1. *h. t.* Denique ex eo contractu dominus obligabitur ei, cui institor delegatus est. At priore casu facta expromissione per nudam et simplicem intercessionem, ex actu institoris, qui simpliciter intercessit pro alio non rogatus fœnerare pecuniam, nulla domino acquiritur actio: ergo neque ex eo actu obligatur institoria actione. Res est aperta, si modo illo loco hujus §. *Qui fœneravit*, non accipias *fœneravit*, ut Interpretes in patiendi significatione, in qua nunquam accipitur, sed ut frequentissime in Pandectis Flor. si accipias *Qui pro cui*; innumeris locis ita scribitur: *Qui id fecit*; pro *Cui id fecit*: ergo qui pecuniam fœneravit, id est, cui intelligitur fœnerasse: intelligitur autem fœnerasse ei, qui eum delegavit creditori suo, unde etiam nascitur competitque domino actio creditæ pecuniæ. Denique qui delegat debitorem, pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem, de fidejuss.* Et similiter, qui delegat creditorem sive fœneratorem, credere et fœnerare paratam pecuniam accipere creditur, *l.* 12. *et* 13. *de novat.* Et hoc est, quod ait, *Quod pro eo cui pecuniam fœneravit*: promittendo sc. ei, cui delegatus est, *per delegationem promisit*, *a domino petetur.*

Ad L. XXVII. ad Senatusc. Vellejan.

Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum et uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non submovetur.

Quod attinet ad hanc legem, sciendum est Se-

natusc. Vellejanum irritas facere intercessiones mulierum; quas deceptæ facilitate sua, aut fragilitate faciunt pro aliis, conventis mulieribus ex causa intercessionis, quam fecerunt pro alio, data exceptione, qua repellant actorem, apud quem intercesserunt, si uti beneficio velint SC. Vellejani. Nec enim invitis ipso jure hoc beneficium datur: dato denique eo non utuntur mulieres, nisi profiteantur, se velle uti proposita exceptione S. C. Vellejani. Et intercedere mulier videtur pro alio, non tantum si fidejubeat vel expromittat, vel constituat pro alio, vel rem suam pignori obliget pro alio palam et aperte, sed etiam si tertio rem gerat intercedendi animo, fingens se rem suam agere, *l.* 4. *et* 19. *C. eod. t.* Ut si cum alius accepturus esset mutuam pecuniam, ipsa intervenerit, et acceperit suo nomine, quam mox alii annumeraret et crederet, sane intercedere videtur pro alio. Et hoc casu mulieri ita demum subvenitur data exceptione Senatusconsulti adversus creditorem, si creditor non ignoraverit, quid ageret, quidve moliretur mulier, ut in *l.* 11. *et* 12. *et* 19. §. *ult. hoc tit.* et in *l. seq.* §. *ult.* Nam si creditor ignoraverit mulierem rem alii gerere, et bona fide ei pecuniam crediderit, tanquam in rem suam, et in usus suos, licet mox acceptam eam pecuniam marito suo crediderit, cui tacite rem gerebat, cessat Senatusconsultum Vellejanum, et creditori propter bonam fidem ejus mulier obligatur cum effectu: et hoc est, quod ait in principio hujus legis. *Bona fide personam mulieris in contrahendo secutus, ob ea, quæ inter virum et uxorem accepta pecunia gesta sunt, exceptione Senatusconsulti non summovetur.* Et confirmatur *l. vir uxori*, §. 1. *hoc tit.* Verum objicitur *l.* 13. *C. eod. tit.* quæ dicit: eum qui mala fide credidit mulieri non ignarus in usum mariti eam sumere mutuam pecuniam, non submoveri except. Senatusc. Vellejani, licet sciverit quid mulier ageret. Sed, ut statim respondeam, ratio hæc est: quia in specie hujus legis mulier non fuit interposita vel submissa a marito, ut vice locove ejus mutuam pecuniam acciperet, sed ultro in usum mariti sciente creditore, mutuum accepit: quo casu cessat Senatusconsul. Vellejanum. At si fuisset mulier interposita a marito pecuniæ accipiendæ gratia, quam ipse erat accepturus (qui est casus, de quo tractamus in hac lege) et hoc scivisset creditor, proculdubio summoveretur exceptione Senatusconsulti Vellejani non si hoc ignorasset: hoc casu est constituenda differentia inter creditorem scientem et ignorantem non illo casu *d. l.* 13. Item objicitur, quod est in prin. *d. l. vir uxori*, *h. t.* Si mulier, quæ nil debet marito, creditori mariti ex delegatione ejus promiserit, submoveri creditorem exceptione Senatusc. Vellejani, etiam si bona fide secutus sit personam mulieris, existimans eam esse debitricem mariti. Sed eadem lex respondet, multum interesse, utrum quis cum muliere ipsa primum contraxerit credita pecunia, an cum marito, vel cum alio primum, deinde ei mulier delegetur ab eo, cum quo primum contraxit. Nam hoc casu a creditore curiositas et diligentia exigitur, ut perquirat mulier, quæ delegatur, debitoris debitrix sit nec ne: et aliis casibus quibusdam certis curiosos esse creditores oportet, id est, inquirere oportet, in quam rem rogentur pecuniam mutuam *l.* 1. §. *sed si acceperit*, *de in rem verso*, *l. ult. de exerc. act.* Et ita cum is, qui principaliter contraxit cum creditore, delegat creditori mulierem tanquam debitricem suam, debet creditor qui mulieris fidem sequitur, aut sequi vult, prius scrutari an vere sit debitrix delegantis, alioquin submovebitur exceptione Vellejani si conveniat mulierem. Priore vero casu, cum quis roganti mulieri pecuniam credidit ab initio (qui est casus hujus legis) non exigitur, ut perscrutetur et quærat quid de ea pecunia mulier factura sit, alioquin nemo fœminæ auderet credere pecunias incertus animi muliebris, *l.* 11. *h. t.* M. Tull. pro Rab. Post *non debuit is, qui dabat, quo ille pecuniam insumeret, quærere*. Et ideo hoc casu dicimus creditorem non summoveri exceptione SC. Vellejani, si ignoraverit mulierem rem alii administrare, et ita demum submoveri, si sciverit, quid mulier ageret.

Ad §. Cum Servi.

Cum servi ad negotiationem præpositi, cum alio contrahentes personam mulieris, ut idoneæ sequuntur, exceptione S. C. dominum submovet: nec videtur deterior causa domini per servum fieri, sed nihil esse domino quæsitum, non magis quam si litigiosum prædium servus, aut liberum hominem emerit.

Sententia hæc est: Mulier intercessit pro eo, qui cum servo institore contraxit, puta, pro emptore mercium, cum servus mercaturis faciundis præpositus esset, ex hac causa domino per servum acquiritur actio ex vendito in emptorem mercium, et actio ex stipulatu in mulierem, quæ fidejussit pro emptore: sed in emptorem adquiritur actio efficax, in mulierem actio inefficax et inanis per Senatusconsultum Vellejanum. Ita est omnino. Verum potest objici: per servum domini deteriorem conditionem fieri non posse, *l. melior*, *de regul. jur.* Deteriorem vero fieri accepto non idoneo fidejussore, puta, muliere, et adquisita actione inani. Huic objectioni respondet Papin. hoc loco, et negat deteriorem fieri conditionem domini, eo quod

servus non acceperit idoneum fidejussorem, atque ita adquisierit inutilem actionem et inanem: eum enim facere conditionem domini deteriorem, qui facit, ut dominus quod habet non habeat, non qui facit, ut dominus quod non habet, nec habeat, ut qui non adquirit dominium certæ rei vel possessionem, *l. ult. C. de ac. poss.* vel, quod idem est, qui adquirit inutiliter, puta, qui emit liberum hominem aut fundum litigiosum, quæ emptiones inutiles et irritæ sunt, quibus exemplis hic Papinianus utitur rectissime: et similiter, qui personam mulieris pro alio fidejubentis sequitur, quæ intercessio inutilis est. Et ita recte diximus in *l. hæres*, §. *ult. de pet. her. lib.* 2. post litem contestatam petitori hæreditatis non præstari usuras fructuum, nec tamen eo fieri deteriorem conditionem actoris, qui litem contestatus est, contra regulam juris: quia fieret per litis contestationem deterior conditio actoris, si per causam litis contestatæ desinerent deberi usuræ, quæ ante deberi cœperunt. Verum hoc non fit *l. lite, inf. de usur.* sed quæ non cœperunt deberi ante litem contestatam, nec per litem contestatam incipiunt deberi, quo genere non fit deterior conditio actoris, sed neque melior. Denique aliud est non facere conditionem meliorem, aliud facere deteriorem. Qui non facit meliorem, non facit etiam deteriorem.

Ad §. Uxor.

Uxor debitricem suam viro delegavit, ut vir creditori ejus pecuniam solveret, si fidem suam pro ea quam delegavit, apud virum obligaverit, locum exceptio Senatusconsulti non habebit, quia mulier suum negotium gessit.

Species hæc est: Uxor quæ Lucio Titio debebat aureos 100. marito suo mandavit, ut L. Titio creditori suo eam pecuniam solveret, ex quo tutus esset maritus, uxor delegavit ei debitricem suam, quæ ei totidem debebat puta 100. ut scil. marito stipulanti promitteret, se eam pecuniam soluturam novata obligatione tam mulieris quam etiam sua: qua ex causa mandati uxor marito tenebatur, quæ mandaverat marito ut solveret Titio, et uxor pro ea muliere, quam delegavit marito suo, fidejussit apud maritum. Quæritur, an adversus maritum si conveniatur ex stipulatu possit se tueri exceptione Senatusconsulti Vellejani? Et recte respondet non posse, quia pro suo negotio fidejussit, non pro alieno, *l. si dominus, hoc tit.* Illam quoque mulierem, quæ pro uxore expromisit, non uti auxilio SCti Vellejani certissimum est, quia debitrix fuit uxoris, quæ eam expromittere jussit, quæ eam delegavit, et intercessit in rem suam, quia erat debitrix uxoris. Et mulieribus intercedentibus in rem suam non succurritur, *l.* 2. 13. 22. *et* 24. *in princ. hoc tit.* Non omnis fidejussio aut expromissio intercessio est: ut prima facie intercessio est, non secunda, ut puta, si fiat in rem suam, non in rem alienam.

Ad L. XVIII. de Compensat.

In rem suam procurator datus, post litis contestationem si vice mutua conveniatur, æquitate compensationis utetur.

Si procurator absentis conveniatur ob proprium debitum, quæro an possit actori compensare, quod is non sibi, sed domino absenti debet? Et certum est, non posse compensare id, quod domino absenti debet, eum, qui suo nomine convenitur, sed id tantum, quod sibi debet vice mutua non alii, *l. ejus, C. eod. tit.* Compensatio est computatio vice mutua debitæ quantitatis. Et e contrario, si debitor conveniatur a procuratore creditoris, eadem ratione non potest compensare actori, quod sibi procurator debet, qui agit nomine alterius, sed id tantum, quod vice mutua ei debet, is cujus nomine procurator agit, ut in tutore proditum est, *l. pen. hoc tit.* Et hoc in procuratore in rem alienam est verissimum indistincte, sive jam litem contestatus sit nomine domini absentis, sive non. At in procuratore in rem suam quid dicemus? de hoc agitur in principio hujus legis: procurator in rem suam est veluti emptor nominis, cautionis, obligationis, vel is cui donatum nomen aliquod, et mandata actio creditæ pecuniæ, actio nominis: hic est procurator in rem suam, cui mandatum est, ut ageret in rem suam, ut sibi haberet, quod ferret ex condemnatione, tanquam emptum vel donatum, et in procuratore in rem suam, hæc lex dum ait, *in rem suam procurator datus post litis contestationem, etc.* ostendit in eo esse faciendam distinctionem temporis hoc modo, ut si post litem contestatam procuratorio nomine procurator datus in rem suam conveniatur a reo ob proprium debitum, compensare possit, quod domino actor debet, non si conveniatur ante litem contestatam, a reo ob proprium debitum. Et ratio hæc est, et ut sit necesse est, quia licet sit datus procurator in rem suam, tamen non ante intelligitur res sua esse, et sibi suo nomine deberi quasi principali creditori, quam litem inchoaverit, ut suam, et contestatus fuerit. Objicies merito, imo et ante litem contestatam rem suam esse, et utilem actionem habere suo nomina procuratorem datum in rem suam, *l.* 6. *et* 7. *C. de oblig. et action. l. procuratoris, de procur.* Nec procurator datus in rem suam potest vocari, etiamsi res sit integra, puta, ante litem contestatam non potest revocari, qui

factus est procurator ad agendum in rem suam, quia revocaretur emptio aut donatio perfecta, quod fieri nequit, et in eo valde errat Glossa, dum putat ante litem contestatam (tota glossa delenda est) posse revocari procuratorem in rem suam. Et *l. 3. C. de novat.* quam adducit, est de procuratore in rem alienam, non in suam, ut scilicet non possit revocari procurator in rem alienam his tribus casibus: si jam litem contestatus sit, si partem pecuniæ acceperit, si denuntiaverit creditori ut solveret. His tribus casibus non potest revocari, quia res non est integra. Hi tres casus nihil pertinet ad procuratorem in rem suam, quoniam is nullo modo, nullove tempore revocari potest, non magis quam emptio aut donatio, cujus causa eum procuratorem fecit in rem suam. Sic igitur colligo; etiam ante litem contestatam res videtur esse procuratoris dati in rem suam, quia revocari non potest, et habet utilem actionem suo nomine. Adde, et quia potest etiam ante litem contestatam alium facere procuratorem ad agendum, quasi principalis creditor: et quia si moriatur ante litem contestatam transmittit actionem ad hæredem suum, *l. ille, C. de donat.* Cur non idem esse dicimus in procuratore in rem suam, etiamsi litem contestatus non sit, quia et ante litem contestatam hæc omnia habet? Difficile est, imo impossibile huic argumento respondere, et laudo plurimum Paulum Castrensem, qui fatetur, quamvis Papinianus dicat, *post litis contestationem:* tamen et ante litis contestationem, procuratorem in rem suam per omnia haberi pro domino rei, et creditore principali, ac proinde etiam compensare posse, quod ab eo a quo convenitur ob proprium debitum potest petere, ut procurator in rem suam. Sed his verbis, *Post litem contestatam*, Papinianus proponit difficiliorem casum, in quo plus inerat dubitationis: quia dubitari poterat, an etiam id, quod jam petitum est in judicio lite contestata, postea compensari possit dimissa petitione, dimisso priore judicio? sed placet etiam id compensari posse, ne fiat contra regulam juris, quæ non patitur litis contestatione deteriorem fieri conditionem actoris, *l. non solet, de reg. jur.* Et ita est proditum in *l. 8. h. t.* Hoc igitur initium hujus l. consentit cum l. 8.

Ad §. Creditor.

Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo debet, quamvis creditor ejus, pro eo, qui convenitur ob debitum proprium velit compensare.

Peto a Lucio Titio quod mihi debet: meus creditor paratus est pro L. Titio compensare, quod ei debeo ut L. Titium dimittam; an cogor admittere compensationem? Minime, quia ejus tantum pecuniæ justa compensatio est, quam actor debet reo, non alii, *l. ejus C. eod. tit.* Sed si creditor meus velit gratificari L. Titio debitori meo solvat pecuniam pro illo: compensatio illa non est pro solutione, sed justa compensatio tantum ut *l. 6. qui pot. in pign. hab.*

Ad L. XXV. Depos.

Die sponsaliorum, aut postea, res oblatas puellæ, quæ sui juris fuit, pater suscepit. Hæres ejus ut exhibeat, recte convenietur etiam actione depositi. Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut tantumdem redderet, depositam, ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque judicio depositi condemnandus est.

Duæ sunt partes hujus legis. Primam exposui in *l. fidejussor, §. ult. de neg. gest.* Secunda pars est apertissima. Ego deposui apud te sacculum pecuniæ non obsignatum: videor tibi facere potestatem utendi pecunia et convertendi in usus tuos, quia non obsignavi sacculum pecunia plenum, ut scilicet tu mihi tantundem reddas, vel etiam palam pecuniam non obsignatam apud te deposui, ut non eadem, sed tantundem in genera mihi redderes: si eam convertisti ad usus tuos, aut est mutuum, aut depositum. Quæritur, utrum sit? quod magni interest scire. Nam si est mutuum, nec post moram ejus pecuniæ debetur usuræ, quia non sunt deductæ in stipulatum, *l. 3. C. de usur. l. qui negotia, mand. l. Titius, de præscrib. verb.* si est depositum, ut in bonæ fidei judicis fit, debentur usuræ ex mora: depositum est contractus bonæ fidei, *l. mora, §. in bonæ fidei, de usur.* Et respondet Papinianus potius depositum esse, licet nonnihil degeneret a depositi conditione; quæ talis est, ut eadem pecunia reddatur in specie, quæ deposita est, non eadem quantitas in genere, ut fit in mutuo. Denique depositum est nonnihil accedens ad mutuum, sed tamen quod depositi jure potius censendum sit: secundum hoc dicit, ex mora ejus pecuniæ deberi usuras.

Ad L. VII. Mandati.

Salarium procuratori constitutum, si extra ordinem peti cœperit, considerandum erit; an laborem dominus remunerare voluerit, atque adeo fidem adhiberi placitis oporteat, an eventum litium majoris pecuniæ præmio contra bonos mores procurator redemerit.

Nonnunquam procuratori litium salarium constituitur remunerandi laboris gratia. Constituitur au-

tem non tantum pactione, sed etiam pollicitatione certæ quantitatis, puta, solo domino offerente et promittente, non interrogato, se daturum salarium certum, si bene rem gesserit et utiliter. Regulariter ex pollicitatione actio, aut persecutio non est, sed excipiuntur casus quidam in tit. *de pollicit.* et hic etiam casus: si dominus procuratori suo salarium polliceatur, et is, cui constitutum est salarium, appellatur salariarius in *l.* 10. §. *idem Labeo hoc tit.* Non omnis procurator est salariarius, sed is tantum, cui constituit dominus salarium. Unde apparet procuratori non esse petitionem salarii, si ei constitutum non fuerit: quare maxime distat ab advocato: nam advocato honorarii petitio est, etiamsi ei cautum non fuerit, *l.* 1. §. *in honorariis, de extraord. cog.* Et ratio differentiæ hæc est, ut infra demonstrabitur plenius, quia officium procuratoris constituitur mandato, quod est gratuitum, advocati officium non est gratuitum. Petit autem procurator salarium, quod ei constitutum est non per actionem, sed per persecutionem, id est, extra ordinem, cognitione Prætoris vel Præsidis, ut omnia salaria et honoraria constat pertinere ad cognitionem Prætorum vel Præsidum, et extra ordinem peti persecutione extraordinaria, *d. l.* 1. ut fideicommissa Ulpianus *lib. sing. Reg.* scribit non peti per actionem, sed in urbe cognitionem esse consulum vel Prætoris fideicommissarii: in provinciis autem præsidum provinciarum, hoc est, extraordinariam persecutionem fideicommissorum, ut in *l. pecuniæ*, §. *persecutionis*, *de verbor. signif.* Nec dicas cum interpretibus procuratorem salarium petere, quod ei constitutum est per actionem mandati ex *l. prox. in princ.* quia causa salarii nihil habet commune cum causa mandati, cum lite, cujus executio procuratori mandatur; et nominatim in *l.* 56. §. *salarium hoc tit.* dicitur, procuratorem actione mandati non petere, ut sibi salarium constituatur: qui locus etiam probat, quod initio diximus, salarium constitui pollicitatione nuda, ut *l. ult.* §. *ult. de oblig. et act.* ubi mulier quædam ita scribit ad quendam: *Veni huc, tibi quamdiu vivam præstabo aureos decem: veni, et præstabo tibi salarium*, id est, *decem annuos.* Quæritur: an ex ea scriptura, si ille venit, possit petere salarium? Respondit Scævola illo loco, judicem æstimare debere ex causis et personis, an sit danda actio, id est persecutio extraordinaria, actionis nomine accepto latissime. Nam posset mulier eum vocare turpi ex causa, ex qua non esset danda persecutio salarii. Denique ut posuimus initio, verum est salarium constitui nuda pollicitatione, et peti non actione proprie, sed persecutione extraordinaria, hoc est, interventu ipsius Prætoris vel Præsidis, non ut fit in judiciis ordinariis a Prætore vel Præside accepto speciali judice. Et quod ait *l. prox. supr. Si remunerandi causa honor intervenerit*, id est, si salarium, sive honorarium procuratori constitutum fuerit remunerandi laboris causa, esse mandati actionem, eo non significatur salarium peti actione mandati, sed etiam si salarium interveniat, nihilominus ex negotio gesto esse ultro citroque mandati actionem: salarium non esse mercedem, sed honorarium, sive honorem: alioquin salariarius non esset procurator, quia procurator constituitur per mandatum, et mandatum nisi gratuitum nullum est *l.* 1. *h. t.* Nam, inquit, originem ex officio et amicitia trahit: hominum autem charitas et amicitia gratuita est contraria officio, contraria amicitiæ merces. Hinc manifestum est, quam distet officium procuratoris, ab officio advocatorum: qui ut Seneca ait in Hercule furente,

> *Clamosi rabiosa fori jurgia vendunt*
> *iras et verba locant.*

Nec ducuntur amicitia, ut procuratores, sed quæstu. Non loquor de procuratoribus hujus temporis rapacissimo hominum genere: sed de amicis, qui nobis absentibus rogatu nostro libenter suscipiunt defensionem litium nostrarum, et nobis suam operam accomodant. Officium advocati, non est amici officium, sed procuratoris, et sic vocatur a Marco Tullio *amicus voluntarius:* et negotiorum gestor sine mandato, procuratori est adsimilis. Locatio est si interveniat merces, et pretium operæ; non si interveniat modicum salarium honoris gratia, *l.* 7. *si mens. fals. mod. dix.* si interveniat ἀντίδωρον, et quod interveniat salarium, honorarium, ἀντίδωρον, non ideo minus est mandatum, non ideo minus est ultro citroque actio mandati. Et hoc est, quod ait *l. prox. in pr. Si remunerandi gratia honor intervenia*t. id est, ἀντίδωρον, *nihilominus ultro citroque esse actionem mandati.* Non ex ea constitutione salarii, quæ alia res est, sed ex ipso contractu: non ergo petitur salarium procuratori constitutum actione mandati, vel qua alia actione ordinaria, sed petitur extra ordinem, ut ait hæc lex. Et in *d. l.* 56. §. *ult.* proditum est, *extra ordinem*, id est, cognitione Prætoria vel præsidiali, ut *l.* 1. *C. eod. t.* non accepto speciali judice a magistratu, ut fit in judiciis ordinariis, quia jure ordinario Prætor non cognoscit nec judicat, sed dat judicem specialem in quaque lite: at salario petito extra ordinem, Pap. ait hoc loco, considerandum esse, hoc est, prætorem vel Præsidem, apud quem petitur salarium, debere animadvertere, utrum vere salarium dominus constituerit remunerandi laboris gratia, ut ejus petitionem admittat: an vero malo more atque per-

verso procurator eventum litis redemerit, puta, interposita cautione hujusmodi, quæ damnatur etiam in advocatis, ut si vinceret, feret tertiam vel dimidiam partem litis, quæ plerumque majoris pecuniæ est, quam salarium quod tenue esse solet atque modicum, cum honoris tantum gratia detur. Exiguum est semper, quod defertur tantum honoris ergo. Hæc pactio longe egreditur modum salarii solemnem, et est contra leges, contra bonos mores, nec ex ea Prætor vel Præses petitionem admittere potest *l. 20. C. mand. l. litem, C. de procur. l. proxima, §. ult. sup. h. t.* quæ etiam ait idem esse (quod notandum) si procurator ex eventu litis de proprietate rei, qualis fuit ea de qua ibi agitur, pactus sit sibi dari certam quantitatem, puta, quingentos aureos: quæ forte adæquent dimidiam, aut tertiam partem litis. Nam quid refert partem paciscatur, an quantitatem parti parem ? nec cum interpretibus ulla nobis unquam est in hoc constituenda differentia.

Ad L. LVI. Mandati.

Qui mutuam pecuniam dari mandavit, omisso reo promittendi, et pignoribus non distractis, eligi potest: quod uti liceat, si literis exprimatur, distractis quoque pignoribus ad eum creditor redire poterit. Etenim quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt.

Si creditor ex mandatu alterius L. Titio pecuniam crediderit sub pignorib. vel hypothecis, certum est hoc jure creditorem posse omisso debitore principali, et omissis pignoribus mandatorum convenire, qui mandavit, ut pecuniam crederet, quod obtinuit ante Nov. Just. *de fidejuss. et mandat.* Nam ex ea Novella non potest creditor eligere mandatorem, sed creditori jus electionis, quod erat vetustissimum, adimit Justinianus. At servato jure veteri fingamus ita convenisse, atq; etiam ut ait hoc loco, literis cautum fuisse, forte facto nomine, ut *l. non figura, de oblig. et act.* vel mandato contracto per epistolam, ut *l. 1. h. t.* convenisse, inquam, ut liceret creditori, omisso reo principali, et omissis pignoribus eligere mandatorem, quod hoc jure utique liceret, etiamsi nihil de eo convenisset. Inde quæritur: si creditor non eligat mandatorem, ut conventio permittit, sed eligat pignora, et minoris distrahat, an possit reliquum, quod credito deest, a mandatore petere ? et potest quidem jure communi, *l. reos, C. de fidejus.* sed quia convenit hoc tantum, ut omisso debitore, et omissis pignoribus possit eligere mandatorem non etiam, ut electis pignoribus possit redire ad mandatorem : quod omissum est in conventione, videtur creditori non licere, et minor esse electio per missa conventione, quam sit electio permissa jure communi: imo jus comune conventione restringi et coarctari. Sed aliud sequitur Pap. hoc loco quia conventio illa ex abundanti facta est, cum ipso jure ita se res haberet: igitur supervacua conventio est, et facta in hoc tantum, ne quis dubitaret de mente contrahentium, an in jure electionis jus commune servari voluissent. Denique ut appareret perspicue, eos velle sequi jus commune, et permittere electionem creditori, et quæ dubitationis tollendæ gratia, εἰς ἀναίρεσιν ἀπορίας, contractibus inseruntur, jus commune non lædunt, quæ sententia etiam reperitur in *tit. de reg. jur.* Ergo in specie proposita jus commune per omnia servatur, non tantum in casu conventione expresso, sed etiam in non expresso, in omni casu. Valde notandum est hodie (quia sublatum est jus electionis Novella Justiniani) illam conventionem, ut liceat creditori omisso reo principali eligere mandatorem, non esse supervacuam, quia aliud Novella constituit, et esse justam vel quod consentiat etiam cum jure veteri, quo contrahentes etiam post Novellam, si velint, uti possunt. Quidni ? nec Novellæ locus est, aliter quam si aliud non convenerit. Hodie igitur, quia illa conventio non est supervacua, etiam accipiemus stricte, nec aliud permittemus creditori, quam quod in ea scriptum est, ut omittat reum principalem si velit, et eligat fidejussorem vel mandatorem ut conventio ea quam minimum recedat a Novella: denique quod in ea erit omissum, pro omisso habebitur.

Ad §. Fidejussor.

Fidejussor, qui pecuniam in jure obtulit, et propter ætatem ejus, qui petebat obsignavit, ac publice deposuit, confestim agere mandati potest.

Fidejussor conventus a creditore minore xxv. annis, debitam pecuniam ei obtulit in jure, hoc est, dixit se habere pecuniam in manu, et se paratum esse eam recte solvere, et ita in jure, ad tribunal Prætoris obtulit ei pecuniam, sed non tradidit, metu, ne minor eam perderet, et perdita pecunia restitueretur in integrum adversus solutionem sibi factam, et rursus cogeret fidejussorem sibi solvere eandem pecuniam: hac ratione motus fidejussor obtulit minori pecuniam debitam, non tradidit, sed obsignavit et deposuit in æde sacra, ut in *l. 7. de minor. l. 64. de fidejuss.* Quæritur: an confestim possit fidejussor agere mandati adversus reum promittendi, quod mandatu ejus fidejusserit? et respondet posse, nimirum, quia obsignatio, et depositio

pro solutione est, cum nunquam sit fidejussor eam pecuniam recuperaturus.

Ad §. Non ideo.

Non ideo minus omnis temporis bonam fidem explorari oportet, quod dominus post annos 5. provincia reversus, mox reipublicæ causa profecturus, non acceptis rationibus mandatum instauraverit. Cum igitur ad officium procuratoris pertinuerit, quicquid ex prima negotiorum gestorum administratione debuit ad secundam rationem transferre, secundi temporis causa priorem litem suscipiet.

Dominus profecturus in provinciam, Romæ procuratorem rerum suarum reliquit L. Titium, et reversus ex provincia post quinquennium, mox Reip. causa in alium locum profectus est non acceptis rationibus quinquennii a procuratore: videtur tacito intellectu restaurasse mandatum, quia neque exigit rationes, neque accepit. Non ponit id, dominum instaurasse specialiter, sed tacite, quod discesserit non acceptis rationibus. Nec sentit Pap. reditione domini ex provincia revocari mandatum: revocatur enim reditione rationum quasi actu peracto, negotio confecto, non reditione domini ex provincia in urbem. Verum ut duæ sunt profectiones, ita quasi instaurato mandato duæ intelliguntur esse administrationes, et pro ratione profectionum distinguenda sunt tempora administrationis negotiorum absentis, sive procurationis negotiorum absentis, ita ut, quod ex prima administratione procurator domino se non debere non ignorat, id a seipso exigat, et transferat in rationem secundæ administrationis, ut scilicet quod in aliorum persona præstare debet, id præstet in suam, ut *l. si neg. h. t.* Denique, ut quod debet ex prima administratione, id transferat in secundam, quæ cœpit a secunda profectione domini. Quamobrem in lite de secunda administratione veniet etiam ratio primæ administrationis, quasi translata in secundam, nec videbitur procurator liberatus prima, quod sit ei restauratum mandatum non accepta ratione primæ, imo in omni contractu, ut ait *l. si mandati §. 1. h. t.* In utraque administratione utroque tempore se bona fide rem gessisse probare et præstare debet: et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. Salarium

Salarium incertæ pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque judicio mandati, ut salarium tibi constituat.

Ex hoc loco (ut solent Imperatores uti libentius Pap. quam ceteris) sumpta est *l. salarium, C. eod. t.* sic legenda. *Salarium incertæ pollicitationis peti non potest.* Sententia hæc est: salarium incertum, quod pollicetur dominus procuratori, puta hoc modo; feres non leve præmium, si bene gesseris rem meam, neque posse peti extra ordinem, ut solet peti, cum jure constitutum est, nec actione mandati, ut scilicet constituatur certum atque præstetur. Denique constitutio salarii incerti, nullius momenti est. Interdum et tutori constituitur salarium a Prætore, a testatore, vel a judice, ut eo contentus non deprædetur pupilli bona, ut Demosthenes in Aphobum 1. orat. ait, patrem constituisse salarium tutori filii: sed exigimus, ut etiam salarium, quod tutori constituitur, sit certum; alioquin nihil agitur, *l. a tutoribus, §. ult. de administ. tut.* Votum quoque incertæ pecuniæ pontifices censent non valere apud Titium Livium 35.

Ad §. Sumptus.

Sumptus bona fide necessario factos, etsi negotio finem, adhibere procurator non potuit, judicio mandati restitui necesse est.

Procuratur ad litem vel ad negotium sumptus fecit necessarios bona fide, eventus rei non est sequutus, non potuit optatum negotio finem imponere, an ideo non restituentur ei sumptus bona fide facti? Imo vero restituentur etiamsi eventus non responderit, ut in *l. ex mandato. h. t. et l. 4. l. 11. C. eod. t.* Idem est etiam in tutore, *l. 3. §. sufficit, de contr. jud. tut.* non idem est in negotiorum gestore, qui non rogatus, ultro se offert defensioni litis alienæ, et causa cadit. Hic quod ex condemnatione præstiterit sane recuperat, quia bona fide accessit ad negotium alienum: sumptus litis non recuperat, quia debuit exploratius litem alienam non rogatus defendendam suscipere, quod Glossa recte notat et exponit: et memini me tradere *lib. 2. ad leg. liberto de negot. gest.*

Ad L. LXXXII Pro socio.

Jure societatis per socium ære alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint.

Ponit unum ex sociis mutuam pecuniam accepisse, et cum quæreretur, an ex ea causa, alter socius obligatus esset; respondet Pap. non esse obligatum eo nomine alterum socium, nisi pecunia versa sit in rem et in arcam communem: quod non ita est accipiendum, ut dicat alterum socium eo nomine creditori, qui mutuam pecuniam dedit alteri, socio non obligari aliter, quam si pecuniæ versæ sint in rem aut arcam communem: neque enim hoc

sentit Pap. quia etiamsi pecunia, quam socius mutuam accepit, versa sit in arcam communem, alter socius eo nomine creditori non obligatur, cum quo nihil contraxit: sicut quum quis alius mutuam pecuniam sumit, et eam mox vertit in rem meam, ego creditori non teneor condictione, quæ de mutuo dato proponitur, vel qua alia actione, *l. cum qui, C. si cert. pet.* Non quærimus in credita pecunia, ad quem ea pecunia pervenerit, sed quis eam mutuam rogarit, quis contraxerit, ut hic solus obligetur. Etiam Seneca 5. de benef. *Pecunia ab eo petitur, cui credita est, quamvis illa ad me aliquo modo pervenerit.* At semper excipio ab hac definitione argentarios socios, in quibus jus hoc esse consuetudine receptum Cornificius scribit *secundo ad Herennium*, ut quod, quis argentario expensum tulerit, id a socio argentarii in solidum repetere possit. Nec mirum, cum e diverso, quod quis argentario acceptum tulerit, id socius argentarii in solidum repetere possit, ut aperte dicitur jure singulari esse constitutum in *l. si unus ex argent. in princ. sup. de pact.* Hoc jure singulari in argentariis tantum sociis receptum est, non in ceteris sociis; falsum igitur, quod Cynus et Baldus generaliter statuunt, socium communi nomine mutuum in solidum accipientem, alterum socium obligare creditori in solidum conditione creditæ pecuniæ, hoc est, creditorem, quod uni ex sociis expensum tulerit, id ab altero socio, cum quo non contraxit, in solidum repetere posse, quod receptum tantum est in argentariis sociis propter necessarium usum argentariorum et mensæ, propter utilitatem publicam, *l. quod prius, depos.* sicut et pleraque alia constat esse recepta singularia in argentariis ex Novel. 136. Verum quod attinet ad sententiam hujus responsi, hæc verba Papiniani: *Jure societatis*, aperte demonstrant, hanc esse Papiniani sententiam ut nomine æris alieni, quod socius fecit atque contraxit, ei socio alter socius, non obligetur, nisi in communem arcam pecuniæ versæ sint: nam hoc casu, quum pecuniæ in communem arcam versæ sunt, socio qui mutuam pecuniam sumpsit, alter socius obligatur, et tenetur actione pro socio, ut ejus pecuniæ reputationem admittat in distrahenda societate, et deductionem ex arca communi, in quam ea pecunia versa est, videlicet, si præsente die pecunia debeatur: vel si debeatur sub conditione, aut in diem, ut alter socius pro sua parte, ei qui mutuam pecuniam sumsit caveat de indemnitate, et hac denique ratione fiat, ut quod in arcam communem versum est, ex communi arca solvatur, *l. 27. et 28. hoc tit.* Omnis societas habet arcam pecuniamque communem sicut omne collegium et omnis universitas, *l. 1. §. quibus. quod cujusque univer.* At si ea pecunia, quam unus ex sociis mutuam sumpsit, versa non sit in arcam communem, alter socius ei non obligatur jure judicioque societatis, hoc est, actione pro socio. Atque ita apparet, quod unus ex sociis pecuniam mutuam sumpserit non hoc quæri in hac lege, an alter socius creditori teneatur actione creditæ pecuniæ, sed hoc quæri tantum, an alter socius teneatur socio actione pro socio, ut nomen quod fecit socius, ratum habeat, patiaturque dissolvi ex arca communi, quod nequaquam faciet, nisi pecuniæ versæ sint in arcam communem societatis.

Ad L. LXXXIII. de Contr. empt.

Æde sacra terræ motu diruta, locus ædificii non est profanus: et ideo venire non potest.

Certum est loci sacri vel religiosi emptionem nullam esse *l. 6. in pr. l. 22. l. 51. h. t. §. ult. inst. de emp. et vend.* quia scilicet res sunt divini juris non humani. Et ideo Pap. ait in hac lege, si ædes sacra corruerit, si terræ motu, aut vetustate areæ, quæ superest, emptionem non esse, quia area sacra permanet, nec diruto edificio mutatur jus et conditio soli. Et hoc quidem est ex Pap. nominatim relatum in *inst. §. locus, de rer. div.* et confirmantur etiam Epistola Trajani ad Plinium: *Si*, inquit, *sacra ædes esset, licet collapsa sit, religio ejus occupavit solum.* Victoria quidem locus desinit esse sacer, aut religiosus, non ruina ædificii, victoria fit profanus *l. cum loca, de rel. et sum.* quod etiam M. Tullius indicat libro de signis: *Has tabulas*, inquit, *M. Marcellus cum omnia victoria sua profana fecisset, tamen religione impeditus non attigit.* Et Virgilius in 12. Æneid.

Quæve loca Æneadæ bello fecere profana.

Locus etiam, quem mortui illatio religiosum fecit, profanus fit mortui reliquiis translatis in alium locum, *l. cum divers de relig.* quam translationem ait lex impetrari debere, a Principe scilicet vel collegio Pontificum, ut in *l. ossa, eod. tit.* Et legenda est ad hanc rem Epist. Plini ad Trajanum, de transferendis mortui reliquiis. Nec omittam, quod additur in *d. l. cum in diversis*. Si in diversis locis sepultum sit, utrumque locum non esse religiosum, quod unius hominis sepultura, plura sepulchra efficere non possit, sed eum locum esse religiosum, in quo quod principale est conditum et inhumatum est, vel ut in ead l. dicitur, *ubi quod est principale conditum est, id est, caput cujus imago fit, unde cognoscimur.* Sic enim recte in Florentinis est scriptum *principale caput, cujus imago fit*, non reliqui trunci: in pompa funebri

scilicet circumfertur imago vultus tantum, quod inde cognoscamur potissimum. Et hanc rationem etiam affert Ari. Problematum parte secunda, διὰ τῆς τὸ προσώπου τὰς εἰκόνας ποιοῦνται, ὅτι μάλιστα γινώσκεται: et ita recte illo loco *principale*, id est, caput, cujus imago tantum fieri soleat, quod inde cognoscimur potissimum.

Ad. §. Intra maceriem.

Intra maceriem sepulchrorum hortis, vel ceteris culturis loca pura servata, si nihil venditor nominatim excepit, ad emptorem pertinet.

Sepulchra olim, quod nemo ignorat, erant divitibus propria et privata in agris suis et suburbanis, servis autem et inopibus erant communia atque publica; quæ ad urbem puticuli, ad municipia culinæ, quia ex 12. tabulis jus non erat, nec fuit unquam jure civili populi Romani sepeliendi vel urendi in urbe, *l. mortuum, C. de relig. l.* 8. §. *Divus, inf. de sepul. viol.* Sepulchra autem propria qui habebant in agris suis, plerumque macerie circundare solebant, intra maceriem relictis hortis aut vineis, aut aliis culturis aut ædificiis. Et ipsa quidem sepulchra erant religiosa, quatenus corpus vel ossa condita erant, quatenus corpus humatum erat, nec enim totus locus sepulturæ destinatus, et forte, ut posui, maceria reclusus, religiosus erat, nec qua fines sepulchri finiti erant in frontem et in agrum, et in abitum quaqua versus, ut est in *l.* 2. §. *sepulchrum, sup. de relig.* ut Celsus definit. *Non totus locus est religiosus, qui sepulturæ destinatus est, sed catenus duntaxat, quatenus humatum est.* Loca igitur sepulchris cohærentia vel adjacentia ædificia, horti, vineæ, ceteræque culturæ, etiamsi positæ sint intra maceriem sepulchrorum, loca sunt pura, id est, profani juris, *l. locum C. eod. tit.* Et huc maxime pertinent antiquæ sepulchrorum inscriptiones Romæ: *Agrum sive hortum cum ædificio macerie inclusum posteris suis, et libertis libertabusque suis dominus consecravit.* Et Neapoli: *Hujus monumenti jus, quia maceria clusum est cum taberna et cœnaculo hæredem non sequitur, nec intra maceriem humari quemquam licet.* Hæc autem loca pura, quæ sunt intra maceriem sepulchri emptorem fundi sive agri totius sequi Pap. ait, si ea venditor nominatim non exceperit. Nec mirum cum et sepulchri locus sequatur emptorem si exceptus non sit. Nec obstat quod dicitur loci sacri nullam esse venditionem, quia etiam non ipse locus sepulchri veniit, sed emptioni majoris partis accessit, puta agri totius *l.* 22. 23. 24. *h. t.* ut rei suæ nulla emptio, sed si fundi portiuncula sit mea emendo fundum totum et partem meam videor emere, *l.* 15. *t. seq.* Sic igitur locus sepulchri vendi specialiter non potest, accedere tamen potest venditioni majoris partis. Et ita eleganter Ambrosius lib. 1. de Abrahamo: *Sæpe*, inquit, *cum alienationibus possessionum, venales fiunt quæ in iisdem locis sunt sepulturæ.* Sed hoc ita in sepulchro procedit, si ad sepulchrum venditori vendito agro aut fundo aditus nullus supersit. Finge, sepulchrum esse in meditullio agri, nam si venditori sit aditus ad sepulchrum, fac sepulchrum positum secundum viam publicam, jus sepulchri venditor retinent etiam si id non exceperit in vendendo fundum, *l. si mercedem*, §. 1. *inf. de act. emp.* In qua cum ita Labeo scripssisset: *Si fundum vendidisti, in quo sepulchrum habuisti, nec sepulchrum tibi nominatim excepisti, parum eo nomine tibi cautum habes*: notat Paulus, *minime: si modo ad sepulchrum inter publicum transit*, hoc est, si habeat aditum ad sepulchrum venditor fundi, qui non excepit sepulchrum, si habeat aditum per viam publicam, non amittit jus sepulchri. Ceterum excepto sepulchro in venditione fundi vel nominatim vel tacite ut dixi, cum venditori superest aditus ad sepulchrum. Denique excepto tantum sepulchro, non videntur excepta loca pura, quæ sunt intra maceriem sepulchri. Et hæc est sententia Pap. dum ait, intra maceriem sepulchrorum hortis vel ceteris culturis.

Ad Leg. ult. de in diem addict.

Prior emptor post meliorem conditionem oblatam, ob pecuniam in exordio venditori de pretio solutam, contra secundum emptorem citra delegationem jure stipulationis interpositam agere non potest.

Sententia l. hujus hæc est. Si venditor emptori fundum in diem addixerit, hoc est, si ea lege fundum ei vendiderit, tradiderit, ut si alius intra certum diem meliorem conditionem venditori offerret, ut puta, si pretio adjiceret, fundus esset ineptus, et dominium ejus abiret a priore emptore: hac lege interposita, alio, intra eum diem pretium adjiceute, eique venditore fundum addicente, prior emptio irrita constituitur, et inter emptorem priorem et venditorem ultro citroque est actio empti et venditi, nimirum venditori in priorem emptorem est actio venditi, ut fundum restituat, et fructus medio tempore perceptos, *l. item quod, l. Imperator*, *h. t.* Et retro, priori emptori in venditorem est actio empti, ut pretium restituat, quod ei prænumeravit, et sumptus necessarios, quos in rem emptam fecit medio tempore, *d. l. Imperator.* Priori, inquam, emptori eo nomine est actio in venditorem, non in poste-

riorem emptorem, qui meliorem conditionem obtulit. Prior in posteriorem nullam habet actionem, quia nihil cum eo contraxit: nullam, inquam, habet actionem, nisi posteriorem emptorem priori venditor delegaverit, et is posterior emptor novactione facta priori promiserit se redditurum pretium, quod solverat venditori, et sumptus in rem necessario factos. Et hoc est, quod ait Pap. in hac lege: *Citra delegationem jure stipulationis interpositam priori in posteriorem nullam esse actionem.* Delegatio peragitur per stipulationem, delegato scilicet promittente stipulanti ei cui delegatus est, *l.* 11. *inf. de nov. l.* 1. *l. pen. C. eod.* Delegare est jubere debitorem nostrum, quod debet nobis, expromittere (quod verbum significat novationem) creditori nostro stipulanti, quo genere sit novatio obligationis, hoc est, in proposita specie liberatur posterior emptor a venditore, et obligatur priori emptori: potest etiam citra delegationem in posteriorem prior agere de pretio venditori soluto, si posterior constituerit se id soluturum, quod solverat venditori, *d. l. pen. C. de novat.* sed hoc genere non fit novatio, *l. item, l. ubi quis de const. pec. l. si filiusfam. de in rem verso, l.* 3. §. 1. *de admin. rer. ad civit. pert.* Potest etiam priori emptori venditor cedere actionem ex vendito adversus posteriorem emptorem ob pretium, quod fecit posterior emptor, *l. ult. C. quando fiscus, vel priv.* sed hoc etiam genere non fit novatio obligationis, *l.* 3. *C. de nov.* Pap. igitur hoc loco eum tantum casum expressit, quo fieret novatio obligationis.

Ad L. pen. de Peric. et comm. rei vend.

Habitationum oneribus morte libertorum finitis, emptor domus ob eam causam venditori non tenetur si nihil aliud convenit, quam ut habitationes secundum defuncti voluntatem super pretium libertis præstarentur.

Duo sunt responsa in hac lege. Prioris species hæc est. Quidam in testamento liberis suis legavit habitationem in domo illa, quam post mortem testatoris hæres vendidit sub onere præstandæ habitationis libertis secundum voluntatem testatoris: habitatio sive habitationis legatum, quod libertis relictum est, finitur morte libertorum, quia jus est personale, quod non transit in heredem, *l. si habitatio, sup. de usu, et habit.* Unde quæritur, an finito onere habitationis morte libertorum, quicquam hæres ab emptore domus exigere possit: hac ratione, quod minoris domum vendiderit propter onus habitationis, et nunc eo onere sublato morte libertorum, debeat ei præstari, ut intendit, quanto pluris ea domus nunc valet? Et respondet Pap. ob eam causam venditori emptorem non teneri, quia nihil sibi eo nomine cavit, et de se queri hæres debet, qui in eum casum sibi non caverit. Opus est cautione sive conventione speciali, puta, ut remoto onere habitationis pretio aliquid adjiciat emptor; alioquin, si hoc non convenit, commodum finitæ habitationis pertinet ad emptorem domus secundum regulam hujus tituli, ut post perfectam venditionem omne periculum, et omne commodum pertineat ad emptorem, et sic legato, quod notandum, usufructu domus, et hærede vendente proprietatem, postea mortuo fructuario consolidationis commodum dicerem pertinere ad emptorem proprietatis, non ad venditorem.

Ad. §. Ante pretium.

Ante pretium solutum dominii quæstione mota, prætium emptor solvere non cogetur; nisi fidejussores idonei, a venditore ejus evictionis offerantur.

Sententia hæc est: actione ex vendito non cogi emptorem, cui res tradita est fide habita de pretio, solvere pretium venditori, si ei fiat statim in ipso limine sive exordio emptionis, controversia dominii ab extraneo quodam, nisi paratus sit venditor emptori dare secundum auctorem, hoc est, fidejussorem idoneum evictionis nomine. Hæc est sententia posterioris responsi; cujus auctoritas tacite refertur et comprobatur in *l. si post, C. de evict.* alias venditor non satisdat, sed repromittit tantum nuda cautione ob evictionem, nisi aliud convenerit nominatim, *l.* 4. *l. empt. l. si dictum, inf. de evict. l.* 1. §. *stipul. de præt. stip.* quod etiam olim in venditionibus caveri nominatim solebat, ne venditor daret fidejussores evictionis nomine, sed contentus esset emptor nuda repromissione: id, hodie etiamsi omissum sit pro cauto habetur, et transit in jus commune, ut non aliter satisdet de evictione venditor, quam si id nominatim convenerit inter emptorem et venditorem. Varro 5. de lingua Latina: *Caveri lege certum est ab iis, qui prædia venderent vadesve darent, evictionis nomine, ne poscerentur.* At in casu proposito, cum in ipso limine venditionis movetur emptori quæstio dominii, statim venditori emptor exprimit et extorquet satisdationem per retentionem pretii, si cum eo venditor agat ob pretium ex vendito, nempe opposita exceptione doli mali, et ideo ponit Pap. hoc loco: ante solutum pretium dominii quæstionem motam, quia post solutum pretium nulla ratio est venditori extorquendæ satisdationis. Ait, *domini quæstione mota*, sed idem est, si emptori moveatur quæstio hypothecæ, ut *d. l. si post, in fin.* Valde etiam notandum est, quod ait Pap.

ejus evictionis, non omnis evictionis generaliter, sed ejus evictionis, quæ intentatur in ipso limine contractus: quod aperte demonstrat hoc casu, non generalem evictionis satisdationem extorqueri venditori, sed specialem ejus evictionis quæ fit in ipso limine contractus, quo nihil est certius ex illis verbis *ejus evictionis*: ut plane sint resupini Doctores, qui hoc loco concertant generalis an specialis evictionis nomine sit satisdandum emptori in hac specie. Non est autem aliena hæc sententia Pap. ab hoc tit. *de peric. et com. rei vend.* quia a regula hujus tituli excipitur periculum evictionis, *l. 1. C. de peric. et comm. rei vend.*

Ad L. XLI. de Actionibus empti.

In venditione, super annua pensitatione pro aquæductu infra domum Romæ constitutam, nihil commemoratum est. Deceptus ob eam rem ex empto actionem habebit. Itaque si conveniatur ob pretium ex vendito, ratio improvisi oneris habetur.

Species l. 41. hæc est: domus Romæ constituta veniit: quæ debuit fisco, vel ærario annuam pensitationem pro aquæ ductu, id est, pro forma aquæ ductus, quæ transibat infra eam domum, κάτω τῆς οἰκίας, *subtus eam domum*. Ut in *l. cum servus*, §. *hæres*, *de leg.* 1. Fuit hujus pensitationis mentio pro forma aquæ ductus sive pro aquæ forma, quod idem est, ut in *l. si pendentes*, §. *si quid cloacarii*, *de usuf. l. 1. C. de aquæ ductu lib.* 11. Quibus locis etiam ostenditur, possessores per quorum prædia aquæ ductus transit pensitare certum tributum, aquæ ductus reficiendi et purgandi, causa, et inde agrimensores, qui de limitibus agrorum scripserunt, Mago et alii quidam: *aquarum*, inquit, *ductus per medias possessiones diriguntur, qui a possessoribus ipsis vice temporum repurgantur, propter quod levia tributa persolvunt.* In domo autem illa, quæ veniit, si venditor non dixerit emptori quod sciebat aut scire poterat et debebat domum huic oneri esse subjectam pro aquæ forma, decepto emptori, qui id ignorabat, tenetur actione ex empto, ut vel præstet emptori, quanto minoris empturus esset, si id ita esse scivisset, ut in *l. si minor*, *C. eod. tit.* Quæ lex idem esse statuit, si venditor dixerit sciens vel ignorans, minus esse tributum aliudve quoddam, vel minorem esse capitationem prædii; quod notandum illo loco Capitationem dici etiam de prædiis, tributum soli etiam, Capitationem appellari, ut in *l. ult. Cod. Theodos. sine censu vel reliquis fundum comparari non posse*. Ergo lex ait, quod si venditor minus id tributum dixerit, quod majus esse postea inveniatur, sive sciverit, sive ignoraverit onus prædii, aut oneris quantitatem certam, emptori tamen teneatur, quanto minoris actione ex empto. Ergo in hac specie emptori in venditorem, qui reticuit onus ædium, competit actio ex empto quanto minoris, vel ut adjicit, si venditor agat cum emptore domus ob pretium, opposita exceptione doli mali, ut fit in secundo responso, *l. pen. de peric. et comm. rei vend.* habebitur ratio improvisi oneris quod veluti esse improviso emersit, cum ante latuisset emptorem domus, hoc est, quanto minus ex pretio consequeretur venditor. Et hæc est sententia hujus legis, cui merito potest opponi lex *si sterilis*, §. 1. *h. t.* Quæ differentiam facit inter venditorem ignorantem et scientem: ita, ut si venditor sciens de tributo non dicat, quod debet prædium quod vendit, istius reticentiæ causa emptori teneatur ex empto: ignorans autem si de tributo nihil prædixerit, ut non teneatur ex empto: et tamen ante nos indistincte diximus teneri venditorem, sive scierit, sive ignoraverit: sed ita est, si quod ignoraverit, scire debuerit aut potuerit, si justa non fuerit ignorantia ejus, non si justa fuerit ignorantia, ut in exemplo proposito in *d. l. si sterilis* §. 1. Si domus hæreditaria erat, quam hæres vendidit post aditam hæreditatem. nam qui succedit in jus alterius, ignorantiæ habet justam causam, nec statim scire potest conditiones, et jus rerum hæreditariarum, atque ita plane ignorans, qui vendidit domum hæreditariam, et nihil dixit de tributo, quod debet, ignorantia eum excusat: at qui scire debuit, aut potuit pro sciente habetur, ut *l. pen. sup. ad Senatusc. Macedon. l. si Titius*, *de fidejussor. l. 1.* §. *causa*, *de ædil. edic.* ubi ait, venditorem teneri, quia potuit vitia rei venditæ nota habere, ut Marcus Tull. eadem de re scribens 3. *de offic.* unus, quia scire debuit, alter quia scire potuit: utrumque idem potest. Et ita Græci in *l. pen. de condict. causa data*: illo loco: *Cum sciret, se invito domino uti*, hæc supplent, γινώσκων, ἢ ὀφείλων εἰδέναι, *sciens vel scire debens*, quia hæc sunt paria. Nec vero alia est ratio, cur nunquam ignorantia excuset venditorem vasorum, si vasa non sint integra, quod generaliter dicitur de omnibus vasis, non de doliis tantum in *l. Sed addes*, §. 1. *loc.* sed etiam de omnibus vasis *l. 6.* §. *sed si vas*, *h. t.* ut si vasa vendita sint vitiosa, si non sint integra, ut semper eo nomine venditor emptori teneatur, etiam habens justam ignorantiæ causam, quoniam in venditionem aliarum rerum, quæ non sunt integræ, ignorantia aliquatenus excusat, *l. Julianus h. t.* Ignorantia in venditione vasorum, numquam excusat, quoniam integra ea præstare semper debet, quo jure utimur. Integra vasa semper præstare debet venditor, quia scilicet scire po-

test facile, aut scire debet quæ vasa habeat integra vel non. Non est adferenda hæc, ratio, quam alias audivi aliquem adferentem; quod in doliis curandis soleant optimi patresfam. adhibere summam curam et diligentiam, quod soleant ea picare et defricare, et insolare, ut non possint non vitia doliorum nota habere, quoniam hoc ita proditum est in quocunque vase, et singulare est in venditione vasorum.

Ad L. II. de Pignor. et hypoth.

Hæc lex exposita est supra ad *l. fidejussor* 32. *de neg. gest.*

Ad L. II. Qui potior. in pign.

Qui generaliter bona debitoris pignori, accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur: quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit. Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his quæ generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conditione, secundus creditor in pignore postea dato, non tam potior quam solus invenietur.

Hujus legis duæ sunt partes. Primæ partis sententia hæc est: duo sunt creditores hypothecarii ex diversis contractibus, alter prior altero, seu antiquior altero, et priori sive antiquiori generaliter omnia bona debitoris pignori seu hypothecæ obligata sunt, posteriori autem creditori specialiter ex eis bonis certum prædium: quæritur, uter in eo prædio potior sit? Is, cui id generaliter, an is, cui specialiter obligatum est? Et respondet Pap. privilegio temporis in eo prædio priorem esse eum, cui generaliter omnia bona obligata sunt, etiamsi omisso illo prædio possit ex aliis bonis redigere suam pecuniam; mavult redigere ex prædio et repulso posteriore creditore, cui tantum id prædium specialiter et nominatim obligatum erat. quia scilicet in generali hypotheca prioris inest specialis: proinde quasi singulæ res debitoris pignoratæ sunt, *arg. l. si chorus*, *in pr. de leg.* 3. Est autem in arbitrio creditoris ex rebus sibi obligatis, quibus velit, electis ad suum commodum pervenire, *l. creditore*, *de distr. pign.* Et cum hoc responso Pap. congruit etiam *l. generaliter, C. de distract. pign.* Nec ab eo discrepat *l.* 2. *C. de pign.* quam objicit Acc. hoc loco, quoniam in *dict. l.* 2. non ponitur eadem species generalis hypothecæ in priori creditore, et specialis in posteriore, qualis ponitur in prima parte hujus responsi, ut perperam illa lex hujus legis primæ parti objiciatur, quæ non eandem sed aliam speciem continet. Non eadem igitur in *l.* 2. *C. de pignor.* ponitur species, quæ in prima parte hujus responsi, sed ea ipsa species, quæ mox a Pap. subjicitur in secunda parte hujus legis, videlicet primæ hipothecæ specialis et puræ, ac secundæ hypothecæ generalis et conditionalis in priore creditore, in posteriore autem specialis tantum, in specie idem constituit *d. l.* 2. quod Pap. hoc loco. Est autem species talis. Priori creditori specialiter res quædam pignoratæ sunt, subdita conventione sive hypotheca generali sub conditione, ut si ex iis rebus, quas specialiter creditor pignori accepit, integram pecuniam redigere non posset, tum cetera bona præsentia et futura persequeretur, quæ conventio vulgaris erat; hoc est, vulgo adjici solebat in hypothecis. Speciali hypothecæ solebat subjici generalis sub conditione, ante *l. et quæ nondum*, §. 1. *de pign. l.* 9. *de distr. pign.* Et quod hac conventione vulgo agitur, agique solebat, ut ita demum generali hypotheca ea creditor utatur, si specialis, quæ praecessit non sufficiat, id etiam actum semper intelligitur, ubicunque speciali hypothecæ subjicitur generalis, etiamsi omissa sit illa conditio, ut *d. l.* 2. *C. de pignor.* Quia quod vulgo fieri solet, si sit omissum suppletur, et subintelligetur: atque ideo æquale jus in bonis omnibus, quæ volet eligere, creditor exercere potest, sed plus æquum bonum est, ut excutiat specialem hypothecam, quoniam ita sensisse intelliguntur contrahentes, hoc est, egisse tacite, quod vulgo agi solet expresse in contrahendis hypothecis. Pono igitur priori creditori res certas specialiter fuisse pignori nexas, et si ea res non sufficerent redigendo seu servando debito, cetera bona generaliter: posteriori autem creditori ex ceteris bonis specialiter fuisse obligatas res certas, et ita posita specie, si priori creditori specialis hypotheca non sufficiat, hoc est, si existat conditio generalis, in ceteris bonis, prior potior est posteriore; at si priori sufficiat specialis, hoc est, si deficiat conditio generalis, posterior in speciali sua hypotheca ex ceteris bonis non tam potior, ut eleganter Papinian. ait, quam solus habetur, non concurrente alio creditore, quia deficit conditio hypothecæ generalis factæ priori creditori. Et hæc est sententia secundæ partis hujus l. in qua illo loco, *Ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his quæ generaliter accepit servari non potuisset;* manifestum est, pro *generaliter*, esse scribendum *specialiter*, ut in marginis spatio quidam adnotavit, alias legi *specialiter*, non *generaliter*, et profecto rectissime: alioquin ita poneret convenisse Papin. ut ita demum cetera bona pignori haberentur, quæ verba *Cetera bona*, demonstrant generalem hypothecam, ut *l.* 1. *de distract. pign.* Ut

igitur ita demum generali hypothecæ locus esset, si de generali hypotheca pecunia servari non posset, quæ conventio esset inepta et ridicula: Accurs. cum illo loco legit *generaliter*, in secunda parte hujus legis ex depravata scriptura hausto errore, perperam ponit in priori creditore præcessisse generalem hypothecam, quod ponit etiam male in *d. l. 2. C. de pign.* Non est omittendum huic responso Papiniani locum esse non tantum si inter priorem et posteriorem creditorem sit controversia de jure hypothecæ, puta priore contendente, se etiam in generali hypotheca esse potiorem, in posteriorem negante, hac ratione, quia sufficiet specialis, quæ præcessit, cujus intentio posterioris, scilicet melior et verior est; sed etiam huic responso locum esse, si lis sit inter debitorem et creditorem, qui casus frequenter contingit, puta creditore, qui habet specialem et generalem hypothecam agente statim ex generali hypotheca, et debitore negante, jus esse creditori persequi generalem hypothecam, quandiu specialis justa et idonea est, et sufficit servando æri alieno: quod æquius est, licet subtili jure omissa conditione illa, creditor æquale jus habet in omnibus bonis, quia generali hypothecæ, quæ subjicitur speciali, semper inest tacita conditio, si specialis idonea non sit, quia quod vulgo agi solet pro acto habetur. Observandum est etiam, secundam partem hujus legis esse exceptionem primæ partis. Primæ enim partis definitio hæc est, priorem creditorem habentem generalem hypothecam præferri posteriori habenti specialem. Et exceptio secundæ partis hæc est; nisi prior creditor habuerit etiam specialem hypothecam, quæ præcesserit generalem, et convenerit tacite vel expresse, ne uteretur generali, si sufficeret specialis, et sufficiat specialis: hoc enim casu in alia speciali hypotheca, quam posterior creditor habet, posterior creditor, ut ait, non tam potior, quam solus habetur, quia sufficiente priori creditori sua hypotheca speciali, cetera bona ei non tenentur, ergo posteriori soli tenentur, quæ ex ceteris bonis ei specialiter obligata sunt: denique in eis posterior creditor est solus. Cui dicto Pap. Accurs. objicit *l. idemque*, §. *si tibi*, *h. t.* ubi si tibi generaliter obligaverim bona futura, quæ habiturus sum, et Titio specialiter fundum certum, quem acquisiturus sum, nondum acquisivi, acquisito fundo illo lex ait, utrumque creditorem concurrere in pignore fundi, non solum in eo haberi Titium cui specialiter fundus obligatus est; nec te item solum haberi, tametsi ex pecunia debitoris tibi soli obligata, in quam habuisti generalem hypothecam, eum fundum debitor comparaverit, quæ est sententia *d.* §. *si tibi.* Sed Acc. recte respondet in *d.* §. *si tibi*, duobus creditoribus, tibi et Titio simul eodem tempore ita fuisse nexa pignora, ut proposuimus, idcirco concurrere in persecutione fundi. In specie autem hujus legis separatim diversis temporibus priori creditori res certas fuisse obligatas specialiter, etsi hæ specialiter obligatæ non sufficerent, res ceteras generaliter: posteriori autem creditori ex ceteris rebus res certas specialiter, et non concurrere utrumque in ceteris rebus, quia si deficit conditio generalis hypothecæ in persona primi, id est, si specialis hypotheca fuit idonea, sed et si exstitit conditio generalis hypothecæ, id est, si specialis hypotheca non fuit idonea, dicemus utrumque creditorem non concurrere, sed meliorem esse causam prioris, quia quum conditio extitit, pignoris obligatio retrotrahitur atque recurrit ad præteritum tempus, quo de hypotheca sub conditione convenit, et pro eo habetur, ac si ab initio pure contracta fuisset, ut probat aperte *l. potior*, §. 1. *h. t.*

Ad L. III. de Distr. pign.

Cum prior creditor pignus jure conventionis vendidit, secundo creditori, non superesse jus offerendæ pecuniæ convenit. Si tamen debitor, non interveniente creditore pignus vendiderit, ejusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri, quod ad alium creditorem de nummis ejus pervenit, et usura medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit, an denuo pignori obligetur.

Legis 3. *de distract. pign.* duæ sunt partes. Prioris sententia hæc est. Certum est, posteriori creditori esse jus offerendæ pecuniæ creditori priori cum interusurio, id est, cum usuris medii temporis, ut scilicet posterior in pignore, quod utique diversis temporibus obligatum est, potiora jura habeat adimpleto priori et absoluto, *l.* 12. §. *simpliciter*, *et* §. *pen. qui pot. in pign. l.* 1. *C. eo l. t.* At si prior creditor ex pacto pignus distraxerit, posteriori creditori non est jus offerendæ pecuniæ emptori, et auferendæ rei sibi olim pignoratæ, quia venditione pignoris rite facta jure creditoris, pignoris obligatio omnino perimitur in persona omnium creditorum, et res in emptorem transit libera, optimo jure. Et hoc quidem proponitur in prima parte hujus legis, et in tit. *C. si anter. cred. pign. vend.* Et aliis plerisque locis. At in secunda parte ostenditur, aliud esse dicendum, si debitor ipse, qui est dominus pignoris, non prior creditor pignus vendiderit, ut ex pretio satisfaceret priori creditori: nam hoc casu posteriori creditori jus est cum interusurio offerendæ pecuniæ emptori, quæ ex arca emptoris pervenit

ad priorem creditorem, quia emptor in prioris creditoris locum successit, et venditio pignoris facta a debitore non perimit jus pignoris secundi, *l.* 12. *C. de distr. pig.* Sicut nec si debitor versura facta tertio creditori accepta pecunia idem pignus obligaverit primi creditoris dimittendi gratia, jus secundi non perimitur, sed tertius creditor in locum primi succedit, et secundo jus est offerendi tertio, *d. l.* 12. §. *a Titio stip. qui pot. in pig. hab.* Hoc vero agitur semper, ut tertius succedat in locum primi, quando primi dimittendi gratia pignus ei obligatur, non etiam, si simpliciter debitor a tertio creditore versuram faciat primi dimittendi gratia, non obligato ei eodem pignore, quia licet ejus pecunia primis dimittatur, tamen non potest succedere in jus primi sine conventione expressa pignoris, *l.* 3. *quæ res pig. obl. pos.* Atque ita, ut ait lex, melior est conditio emptoris quam tertii creditoris: nam qui emit pignus a debitore primi creditoris dimittendi gratia, omnino succedit in jus et locum primi: qui autem credit pecuniam debitori primi creditoris dimittendi gratia, non aliter succedit in locum primi, quam si de pignore convenerit, ut tertius succederet in jus pignoris. Non est omittendum postremo, quod in hac secunda parte hujus legis ait, dum tractat de venditione pignoris facta a debitore, dum ait. *Si tamen debitor non interveniente creditore.* Unde notandum est, venditione pignoris a debitore facta auctore creditore, interveniente creditore, et quodammodo vendente pignus per interpositam personam debitoris, quo magis ei satisfiat, ut ait *l. sicut* §. *illud, t. seq.* perinde esse, atque si ipse creditor jure suo pignus vendidisset, et posteriori creditori non esse jus offerendæ pecuniæ emptori, quia utriusque pignus perimitur ita facta venditione. Ubi autem interveniente creditore animo remittendi pignoris debitor pignus vendit, aut obligat tertio creditori, non est necesse secundum offerre pecuniam emptori, vel tertio creditori, quia neque hic, neque ille succedit in locum primi, sed primo consentiente venditioni aut obligationi pignoris, ac pignus suum remittente, ipso jure secundi causa melior efficitur *l. Paulus*, *in princ. tit. seq.* Et ex his potest intelligi, quam sit verum, quod est in titulo de reg. juris: aliud esse vendere, aliud vendenti consentire, ad quam regulam creditor vendendo pignus etiam secundi pignus perimit, consentiendo autem vendenti debitori, pignus secundi non perimit. Et hæc sufficiant ad hanc legem, de qua etiam diximus lib. 2. *ad l. h. t.*

Ad L. IV. de Naut. fœn.

Nihil interest trajectitia pecunia sine periculo creditoris accepta sit, an post diem præstitutum, et conditionem impletam, periculum esse creditoris desierit. Utrubique igitur majus legitima usura fœnus non debebitur. Sed in priore quidem specie semper, in altera vero discusso periculo nec pignora, vel hypothecæ titulo majoris usuræ, tenebuntur.

Illud in primis sciendum est, regulariter creditæ pecuniæ periculum pertinere ad debitorem, qui mutuam pecuniam accepit, et hoc esse, quod ait *l. incendium*, *C. si cert. pet.* Incendium ære alieno non liberare debitorem, de quo solo ille titulus est: debitorem enim intelligit creditæ pecuniæ, non qualemcumque debitorem, et æs alienum non quodcunque debetur quacunque ex causa, sed quod debetur ex crediti causa: alioquin falsa ea definitio esset. Et eodem sensu *l. ult. C. de naut. fœn.* naufragium non liberare debitorem, hoc est, debitorem creditæ pecuniæ; debitorem corporis certi quis nescit liberari naufragio vel incendio, si corpus debitum perierit sine culpa ejus ante moram? At debitorem creditæ pecuniæ nullus casus liberat, etiamsi confestim acceptam pecuniam incendio vel naufragio perdiderit nec converterit in usus suos. Hoc vero utique verum est, nisi ita convenerit, ut pecuniæ creditæ periculum pertineret ad creditorem ipsum, non ad debitorem, id est, ut amissa ea pecunia incendio vel naufragio, vel quo alio casu majore, creditor jus crediti amitteret, nec quod credidisset repeteret. Hæc conventio justa est, ut fieri solet, quum impendet aut subest amittendæ pecuniæ creditæ, et periculi metus aliquis, ut quum athletæ vel gladiatori descensuro in arenam fœnerator mutuam pecuniam dat, qua se exerceat, ornet, et exhibeat, et comparet ad pugnam ea lege, ut si non vicerit, nihil referat, nihil reddat. Quæ lex sive pactio periculum quod fuisset debitoris, transfert in creditorem, et justa pactio est: vel quod etiam (quod fit frequentius) quum negotiatori trans mare navigaturo fœnerator mutuam pecuniam dat, qua instruat navem, vel comparet merces ea lege, ut si naufragium fecerit, nihil reddat; neque vero solent navigaturi negotiatores a fœneratorib. mutuam pecuniam sumere, nisi sub hac lege ut periculum, quod metuitur ex navigatione maris, fœneratores in se recipiant qua de causa cum dicimus nauticam pecuniam vel trajectitiam vel maritimam, eam dicimus quæ periculo fœneratoris mutuo datur. Verum istud onus suscepti periculi fœnerator compensat cum usuris, quas contra sibi pacisci et cavere potest in infinitum, quantumvis licet maximas: in hunc casum scilicet si navis salva redierit, vel si ad portum appulerit quem petit: sive perierit navis, aut pecunia,

vel merx ex pecunia comparata, ut sibi perierit, nec ibi sit repetitio pecuniæ. Olim potuit sibi pacisci infinitas usuras pro pretio suscepti periculi, ut Paulus scribit 2. *Sentent. tit.* 14. Infinitas quum dicimus, hoc dicimus, ut possit sibi pacisci duas, tres, quatuor, quinque centesimas, ut de fœneratore quoque est apud Juvenalem:

Quinas hic capiti mercedes exigit.

Id est, ut quinas sortis centesimas exigit, idem possit sibi pacisci usuras ultra duplum, quoniam regulariter ubi usuræ æquaverunt sortem, ut si sors sit centum, et usuræ jam effecerint centum, quod est duplum, hoc est, alterum tantum, consistunt usuræ nec ultra excurrunt, sed tamen pro præmio suscepti periculi creditori debentur etiam ultra duplum. Hoc quidem obtinuit jure veteri, de quo est hæc lex: nam hodie ex constitutione Justiniani, is qui credidit mutuam pecuniam suo periculo, qui credidit nauticam pecuniam, non potest sibi pacisci vel stipulari infinitas usuras, sed usuram centesimam tantum, quæ scilicet in centenos aureos quotannis reddit duodenos, et centesimo mense æquat sortem, non ut Accurs. arbitratur duodecimo mense, cujus opinio jamdudum explosa est. In idiotismo centesima usura est *au denier huict. et tiers.* Proinde ex constitutione Justiniani, qui credit pecuniam suo periculo, non potest sibi cavere usuras majores centesimis, ergo nec ultra duplum: nam usuræ, quæ accipiunt taxationem certam, puta finem centesimæ, vel bessis, vel semissis usuræ, semper etiam duplo finiuntur, id est, ne altero tanto amplius sorte inferantur aut debeantur. Denique ubi æquaverint sortem usuræ, quod deinde usuris supernumeratur, imputetur in sortem, minuat sortem, deducatur ex sorte. Et hoc quum creditor suscepit pecuniæ periculum: nam non suscepto pecuniæ periculo, creditor nullas usuras, sibi pacisceretur utiliter sine stipulationis vinculo, *l.* 3. *C. de usur.* quia mutuæ pecuniæ usuræ non debentur ex pacto nudo sine vinculo stipulationis. At jure veteri adhibita stipulatione non potuit sibi cavere, nisi centesimam usuram creditor, qui non recipiebat in se pecuniæ periculum. Centesima usura fuit olim legitima usura in omnibus causis *l.* 2. *C. Theod. de usur.* Idemque patet ex §. *pen.* hujus legis, et ex *l. si pro mutua*, *C. si cert. pet.* in illo loco, *Usurarum tit. legitima tantum recte petitur*, sic legendum. Et legitimam vocat, quam paulo ante dixit centesimam. Ergo centesima usura, est legitima usura. At hodie creditur, qui non recepit in se periculum, non potest stipulari sibi centesimam usuram, sed semissem tantum, ante bessem, aut trientem, secundum distinctionem Justin. in *l.* 3. *C. de usur.* Nec tamen ultra duplum hodie ut olim, ut in hac *l.* §, *pen. l. si non sortem*. §. *sup. duplum*, *de cond. ind. l. pen. C. de usur.* Pro mercede autem et pretio suscepti periculi olim, ut dixi, creditor sibi infinitas usuras, et supra duplum cavere potuit: hodie centesimas tantum et intra duplum, et cavere sine stipulatione pacto nudo, ut in *l. seq. et l.* 7. *h. tit.* quod etiam hodie locum obtinet. His cognitis non erit difficile, quod scribit Papinian. in hac lege; si modo, ut oportet, id omne, quod scribit accipiamus secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justinianum. Primum ait Papinianus: *Trajectitiæ sive nauticæ pecuniæ, cujus periculum creditor noluit suscipere, nunquam fœnus ei deberi majus legitima usura*: hoc est majus centesima usura, quia usura major centesima legibus non permittitur, nisi repensandi suscepti periculi gratia. Ergo qui periculum non suscepit, ei non potest deberi fœnus majus centesima legitima, et vulgari sive communi usura. Item si nauticæ pecuniæ periculum susceperit creditor ad diem tantum et conditionem certam, non in omne navigationis tempus, puta si navis perierit intra trigesimum navigationis diem, intra certum diem, ut in *l.* 6. *h. t.* Papin. ait, hoc casu ante diem ei potest deberi usura major centesima, si de ea convenerit, puta, duæ, aut tres, aut quatuor centesimæ in infinitum: post diem vero periculi, quia periculum esse desiit creditoris, non possunt ei deberi usuræ majores centesima, nec ultra duplum. Addit Papinianus: *Nec pignora, nec hypothecas titulo majoris usuræ teneri*, qua de re dubitari poterat, nam pignoris retentione sæpe servamus usuras, quas alio remedio consequi non possumus, veluti usuras mutuæ pecuniæ creditæ ex pacto nudo, si et in eas pignus acceptum sit. Nam etsi non possint peti ex pacto, tamen servabuntur per retentionem pignoris, *l. per retentionem*, *et l. pignor. C. de usur.* Et similiter retentione pignoris secundum quasdam leges veteres, ut refert Justinianus in *l. pen. C. de usur.* usuræ poterant servari supra duplum, sed non etiam usuræ majores centesimis poterant servari per retentionem pignoris, *l. pretii*, *C. man.* nec hodie, nec olim, nisi ex quibusdam legibus servari poterant usuræ supra duplum per retentionem pignoris, *d. l. pen.* Et hoc est, quod ait Papinian. *titulo majoris usuræ*, hoc est, titulo illegitimæ usuræ, non posse retineri pignus vel hypothecam, non posse servari illegitimas usuras per retentionem pignoris: illegitimas esse, quæ dupli finem excedunt, vel finem centesimæ. Sequitur §. penultimus.

Ad §. penult.

Pro operis servi trajectitiæ pecuniæ gratia secuti, quod in singulos dies in stipulatum de-

ductum est, ad finem centesimæ, non ultra duplum debetur.

Incipit §. penultim. ab his verbis: *pro operis servi*, et in Basil. et Flor. (nam antea perperam hæc verba aptabantur superioribus) cujus §. sententia hæc est: cum creditor non susceperit periculum totius navigationis, sed verbi gratia Roma in Salonæ portum tantum, ut in specie *l. pen. C. eod tit.* qui portus est in Dalmatia, et cavet, ut salva nave in eum portum delata, sibi fænebris pecunia reddatur Salonæ cum usuris gravissimis, de quibus convenit, tum solet etiam servum, qui naviget, cum debitore mittere prosequendæ pecuniæ nauticæ gratia, ut nave salva delata in portum sua die, servus eam pecuniam exigat cum usuris, ac si tardius solvat debitor eam pecuniam, in hunc casum solet stipulari certam summam pœnæ nomine in dies singulos. *In hunc casum*, hoc est, si non ut convenit sua die servo pecunia reddatur, *l. trajectitiæ de oblig. et act. l. qui Romæ*, §. *Callimachus*, *de verb. obl.* Stipulatur autem hanc pecuniam, hanc pœnam pro operis servi, atque adeo in dies singulos, quia operæ sunt diurnum officium, *l. 1. de oper. libert.* pro operis, inquam, servi, quibus caret propter moram debitoris, qua de causa, et stipulatio operarum dicitur in extremo hujus legis. Hæc autem stipulatio operarum, sive pro operis, quia interponitur discusso periculo post diem et conditionem, in quam creditor periculum suscepit, et vice usurarum cedit plerunque, ut *l. pœnam*, *sup. tit. prox.* Non potest excedere finem centesimæ, quæ legitima usura est, neque finem dupli, hoc est, altero tanto sorte major esse non potest, quia stipulatio in id tempus confertur, quo periculum desiit esse creditoris, qua de causa etiam stipulatio exigitur, nec pactum nudum ad augendam obligationem quicquam proficit. Sic apertissima videbuntur esse hæc verba, *Pro operis servi trajectitiæ, etc.* quia stipulatio confertur in tempus, quo periculum desiit esse creditoris, hoc est, post diem periculi, ut jam non possit deberi nisi centesima, quæ est communis usura, et intra duplum.

Ad §. ultimum.

In stipulatione fœnoris post diem periculi separatim interposita, quod in ea legitimæ usuræ deerit, per alteram stipulationem operarum supplebitur.

Post diem periculi creditor, vel pœnam stipulatur pro operis servi nauticæ pecuniæ exigendæ gratia secuti debitorem, vel stipulatur usuras, vel stipulatur utrumque, ad finem tamen et modum legitimarum usurarum ut si post diem periculi stipulatus sit bessem usurarum, qui stipulari potuit centesimam, quoniam hæc erat vulgaris et legitima usura, subdita alia stipulatione pro operis servi, poterit supplere, quod centesimæ usuræ deest, puta, trientem; idemque est e contrario, si quod primum pro operis servi stipulatus est, minus sit centesima, nimirum quod deest centesimæ, suppleri potest per alteram stipulationem usuræ trientis. At si vel stipulatio usurarum, quæ interposita est ab initio sufficiat ad centesimam, si per eam creditori caveatur centesima usura, ei stipulationi non potest subjici altera, quia supplendæ tantum usuræ legitimæ, non etiam augendæ, alteram stipulationem subjici lex concedit.

Ad L. XV. de Fundo dot.

Dotale prædium, cujus vir possessionem retinuit post literas ad uxorem emissas, quibus dotis non fore prædium declaravit in matrimonio defuncta muliere, virum retinere placuit: quia mulier actionem ex pacto non habuit.

Legis 15. *de fundo dot.* eadem est sors, quæ fuit superioris legis, quoniam neque hanc, neque illam glossæ, vel commentarii intellexerunt. Dotale prædium in hoc titulo, sive fundus dotalis est, cujus dominium marito per traditionem acquisitum est, *l. 13.* §. *dotale hoc tit. l. 5. inf. sol. matrim.* Ergo et in hac lege sic potius accipiamus dotale prædium, quod traditione, non ut Glossa, et commentarii, quod conventione sola constitutum est. Fateor constitui etiam conventione sola, ut in *l. si ego 9. et l. si rem*, *de jure dot. l. creditor*, §. *prædium*, *de act. emp.* Sed in lege de fundo dotali, de qua est hic titulus, tantum id prædium dicitur dotale, cujus lex alienationem prohibet, quod traditione constitutum est, et in specie hujus legis, etiam traditione constitutum fuisse, vel ex eo apparet: quod ait, maritum post literas ad uxorem misssas, quibus prædium dotale, dotis nomine non fore declaravit uxori, ait, eum maritum possessionem prædii retinuisse. Si possessionem retinet, ergo etiam ante tradita ei fuit. Denique species legis hæc est: maritus intercetera prædium sibi traditum a muliere accepit in dotem, dos adventitia fuit, id est non profectitia a patre mulieris, vel desiit esse profectitia morte parentis, qui dotem dederat: deinde per literas ad uxorem scriptas, maritus declaravit, id prædium se non habiturum in dotem, quod tamen in dotem acceperat, quæ literæ pro nuda pactione habentur, *l. qui negotia*, *ff. mand.* Si modo uxori gratum fuerit, quod maritus scripsit: hoc vero tantum maritus scripsit et declaravit per literas, ceterum uxori prædium non restituit, sed retinuit possessionem ejus; resti-

tutio prædii dotalis inutilis fuisset, quia instar donationis obtineret, *l.* 1. *C. si const. matrim. dos sol.* Et donatio inter virum et uxorem constante matrimonio non valet: donatio autem, ut semper obtinuit ante Justinianum, re, non nudo consensu, aut nuda pactione perficitur, re, id est, traditione, non nudo consensu nudove pacto, quo jure etiam utimur, et vulgo dicimus: *donner, et retenir ne vaut*, nec utimur nova constitutione Justin. ex qua donatio perficitur sicut emptio nudo consensu. In hac specie igitur maritus, qui non restituit dotale prædium, sed id dotis non fore tantum scripsit, nihil donavit uxori, quia nihil tradidit, sed ut dixi hoc tantum pactus est per epistolam, ne prædium datum in dotem, doti esset, ex quo pacto solo non desiit esse dotale, nec mulier ex eo pacto, ut ait Papinianus, actionem habet propter regulam juris, ne ex eo pacto nudo obligatio nascatur vel tollatur. Unde sequitur, mortua in matrimonio muliere, maritum, quamvis pactus sit doti non fore, prædium id retinere jure dotis, nec restituere hæredi mulieris, quia dos fuit adventitia et mortua in matrimonio muliere, dotem adventitiam constat ipso jure remanere apud maritum, et remanere semper, ut ait Ulpianus *lib. sing. reg. tit. de dot.* Semper, id est, sive exstent liberi ex eo matrimonio, sive non extent. Et hoc quoque probant multæ admodum leges, *l. mulier, de cond. instit. l. Celsus, de usurpationib. l. ei, qui mortem, de his, quibus ut indig. l.* 5. *de bonis damnat. l.* 23. *de evict. l. si ab host.* §. *ult. sol. matrim. l.* 1. *C. si advers. dot.* Ex alienis auctoribus etiam Cornutus in Persium: *Dos*, inquit, *a cive Romano data, non patrio dicta nomine, id est*; dos adventitia, *si repudium non intervenerit, post mortem mulieris remanet apud virum.* Et imperitiæ arguuntur, qui hoc nesciunt in *l. si filia* 20. *in pr. fam. erc.* idemque procedit in dote profectitia præmortuo patre, qui dotem dedit, superstite filia et genero: nam si postea filia moriatur in matrimonio, æque dos illa remanet apud maritum, quia desiit esse profectitia morte patris auctoris dotis: quod idem Ulpian. scribit eo loco, et probat *l. cum patrem, C. de jure dot.* Dixi autem mortua in matrimonio muliere, dotem illam ipso jure remanere apud virum, quoniam etiamsi vir pactus non sit de dote lucranda in casum mortis mulieris, ipso jure ita se res habuit ante Justinian. Imperatorem. Et quod hoc loco Greci interpretes fingunt, tale pactum intervenisse, et ex pacto maritum retinere prædium dotale, hoc est ex constitutione Justiniani; quæ vetat mortua in matrimonio muliere citra speciale pactum, dotem cedere lucro mariti, sed jubet eam restitui hæredi mulieris, *l. un.* §. *illo proculdubio, C. de rei uxor. act.* Hoc inquam, Græci affingunt ex constitutione Justiniani, quia jure veteri supervacuum est tale pactum, cum ipso jure ita se res habeat. Ceterum recte adduut Græci, *Si quo casu ejus prædii possessio ad hæredem mulieris pervenerit*, id eum per exceptionem alterius pacti, ne prædium dotale esset retinere posse, quia ex pacto, etiamsi non nascatur actio, nascitur tamen exceptio jure prætorio, quod est notissimum, et ob id ipsum Papinianus posuit in hac lege, virum prædii possessionem retinuisse, et actionem tantum denegat hæredi mulieris, qua prædium repetat ex pacto, quoniam nec mulier ipsa habuit: et ita hæc lex explicatur, Accursii omni glossa obliterata.

Ad L. VII. de Fidejuss. et nom.

Si fidejussores, qui rem salvam fore pupillo caveant, tutorem adolescens ut ante conveniret, petierunt, atque ideo stipulanti promiserunt se reddituros, quod ab eo servari non potuisset; placuit inter eos qui solvendo essent, actionem residui dividi: quod onus fidejussorum susceptum videretur. Nam etsi mandato plurium pecunia credatur, æque dividitur actio. Si enim quod datum pro alio, solvitur, cur species actionis æquitatem divisionis excludit?

Plures sunt fidejussores unius tutoris, qui caverunt rem pupilli salvam fore, ii fidejussores finita tutela adolescentem rogaverunt (quo verbo constat, contrahi mandatum, *l.* 1. §. *rogatus, mand.* Et apud Virgil.

. . . *Orans mandata dabat.*

Verbum *oro*, vel *rogo*, mandatum perficit, verbis *rogo* et *recipio*, perficitur mandatum, si qui rogatus est recipiat se facturum, quod rogatus est. Denique verbo *oro*, et *rogo*, mandatum perficitur.) Fidejussores igitur finita tutela adolescentem rogaverunt, et impetrarunt, ut prius tutorem excuteret et conveniret, et ideo stipulanti adolescenti promiserunt, se reddituros, quod a tutore servare, et consequi non potuisset, propter ejus inopiam. Potuisset autem statim ab initio finita tutela adolescens convenire unum ex fidejussoribus in solidum dimisso tutore sine metu exceptionis epistolæ Adriani, quæ inter plures fidejussores dividit actiones, ut singuli conveniantur non in solidum, sed in partem virilem, quoniam huic epistolæ non est locus inter fidejussores unius tutoris, id est, fidejussores unius tutoris non habent beneficium divisionis, *l. ult. rem pupilli salv. fore.* Et alia est ratio *l.* 6 *hoc. t* ut docui *lib.* 2. *sup.* ex qua ducta est. At in hac specie, quia adolescens maluit convenire tutorem dimissis fidejussoribus, et quasi novatione facta post pubertatem

a fidejussoribus stipulatus est sibi reddi id, quod a tutore servare non posset: si agat ex hac stipulatione posteriori, in id forte, quod a tutore servare non potuit, quæ actio residui dicitur hoc loco, fidejussoribus uti licet beneficio divisionis, et desiderare, ut pro parte virili tantum singuli conveniantur, si omnes, ut epistola D. Adriani exigit, solvendo sint litis contestatæ tempore. Et ratio cur hoc casu fidejussores habeant beneficium divisionis, quod non haberent, si convenirentur ex priore stipulatione, rem pupilli salvam fore, hæc redditur a Papiniano hoc loco, quia videtur adolescens onus fidejussorum suscepisse cum electo tutore, ab eis denuo stipulatus est residuum, id est, quanto minus a tutore consequeretur. Onus, inquam fidejussorum videtur suscepisse, puta, si quis eorum rei judicatæ tempore non esset solvendo, inopia ejus oneraret adolescentem non ceteros confidejussores, sive collegas, quid id promiserunt novissime, quod adolescens a tutore consequi non posset, et quod si ita promiserunt, non pro tutore id promiserunt quasi fidejussores, sed in rem suam, sive pro se, quoniam adolescenti mandaverunt, ut prius tutorem excuteret, *l. si mulieri dederim, ff. ad Senatusc. Vell.* Igitur nunc plures mandatores sunt in rem suam, non plures fidejussores tutoris. Placet autem non tantum inter fidejussores debitoris, sed etiam inter mandatores, puta, quorum mandato pecunia credita est, vel quid aliud factum est, dividi actionem ex epistola D. Adriani. Fateor epistolam tantum fuisse scriptam de fidejussoribus, sed ex æquitate, quæ eadem est in mandatoribus, atque in fidejussoribus, et ex auctoritate Papin. epistola Divi Adriani porrigitur etiam ad plures mandatores Nam, hæc est ratio Papin. si plures mandatores creditori, quod dedit pro alio solvunt, aut solvere coguntur actione mandati, perinde atque fidejussores actione ex stipulatu, cur diversa species actionis æquitatem divisionis excludet? cur æquitas divisionis non valebit in omnibus actionibus, vel mandati, vel ex stipulatu, vel aliis, quæ dantur in eum, qui pro alio obligatus est, et solvere tenetur? quæ verba Papin. ipse Justinianus usurpat in *l. ult. C. de const. pec.* Desinit etiam epistolam D. Adriani pertinere ad plures reos constitutæ pecuniæ; ergo et ad omnes, qui pro aliis pecuniam solvunt, sicut et illud, ut sortis tantummodo damnum agnoscant, non usurarum. Pertinet ad omnes, qui pro aliis pecuniam solvunt, ad omnes intercessores, *l. quæro, ff. locat.* Quod ergo dicitur, singulos mandatores teneri in solidum, non pro virilibus portionibus, *l. ult. sup. quod jussu, l. si mandati. §. Paulus et l. seq. §. duob. mand.* id sane in mandatoribus excludit beneficium divisionis, sive beneficium epistolæ D. Adriani, non admittit, licet in dicto §. *Paulus*, subjiciat pluribus mandatoribus simpliciter condemnatis, quorum rogatu pecunia credita erat, dividi sententiam in personas, quoniam id obtinet in omnibus reis condemnatis, *l. 1. et 2. si plur. una sentent. condem. sint.* Sed primus Papin. hoc loco auctor est producendæ epistolæ Divi Adriani etiam ad mandatores. Hoc debetur soli Papin. cui et hæc laus tribuitur ab omnibus, quod auxerit et locupletarit jus civile: et quod mandatores fidejussoribus conjunguntur in *d. l. ult. C. de constit. pecun.* quasi omnibus competat beneficium epistolæ D. Adriani. Sane quod ad mandatores attinet, non est ex ipsa epistola, sed ex interpretatione Papin. cujus etiam ratio proponitur iisdem verbis in *d. l. ult.* Quandoquidem in ea loco horum verborum: *Æquitatis enim ratio diversas species actionis excludere nullo modo potest*, ex hac lege nostra omnino est legendum: *Æquitatem enim divisionis diversa species actionis nullo modo excludere potest*, id est, qui pro alio solvere tenentur, quacunque actione conveniantur, sive mandati, sive ex stipulatu, sive ex constituta pecunia, sive qua alia, impetrare possunt, ut conveniantur singuli, non in solidum, sed pro virilibus portionibus, latius accepto beneficio Epistolæ Divi Adriani.

Ad L. XXVIII. de Donat.

Hæreditatem pater sibi relictam filiæ sui juris effectæ donavit: creditoribus hæreditariis filia satisfacere debet, vel si hoc minime faciat, et creditores contra patrem veniant, cogendam eam per actionem præscriptis verbis, patrem adversus eos defendere.

Ait in *l. 28. de donat. Hæreditatem pater sibi relictam, etc.* Est elegantissimum responsum. Pater donavit filiæ emancipatæ hæreditatem Titii, a quo hæres institutus erat: filiæ emancipatæ, quia filiæf. donasset inutiliter. Id donando autem usus est nomine *hæreditatis*, quod est juris nomen, quo scil. continentur omnia jura et actiones omnes, quas hæres habet in alios, vel quibus ipse aliis obstrictus est. Continet *hæreditatis* nomen non commoda tantum, sed etiam incommoda et onera hæreditaria; denique omnia jura continet, quæ defunctus habuit, vel quæ alii habuerunt in defunctum, bonave defuncti, et funeris impensam, ceteraque onera, quæ hæredi incumbunt, neque enim semper est lucrativum hoc nomen, sed sæpe etiam detrimentosum *l. 8. §. 1. de legat. 2. l. hæreditatis appellatio, de verb. signif.* Nihil autem interest, donaverit hæreditatem, an vendi-

derit, an legaverit. Nam et emptorem, et donatarium, et legatarium vicem hæredis, id est vicem suam obtinere vult, qui scilicet vendit, vel donat, vel legat hæreditatem sibi relictam ab alio, nihil inquam interest donaverit hæreditatem an vendiderit, nisi quod ad speciem actionis attinet, sive modum et rationem compellendi emptoris hæreditatis, vel donatarii, vel legatarii ad subeunda onera hæreditaria: nam si vendiderit, actione ex vendito compellit emptorem hæreditatis, ut se damno indemnem servet, et defendat adversus creditores hæreditarios, *l. 2. C. de hær. vel act. vend.* A creditoribus hæreditariis emptor compelli non potest ad solutionem, quia nihil cum eis contraxit, vel quasi contraxit, et venire dumtaxat possunt creditores hæreditarii adversus venditorem, qui quasi contraxit cum eis adeundo hæreditatem, quia hæres est, et hæres manet, etiamsi hæreditatem vendiderit: nec potest, qui semel hæres extitit, desinere esse hæres. Igitur cum eo sunt acturi creditores hæreditarii, sed vel pro eo illis satisfacere debet emptor hærediiariis, vel cavere de indemnitate adversus eos, aut præstare id quod interest actione ex vendito. Si donaverit hæreditatem, donatarium in idem compelli actione præscriptis verbis, ut defendat, ut ait hoc loco, donatorem adversus creditores hæreditarios, vel præstet donatori id quod interest. Nam actio præscriptis verbis semper concluditur in id quod interest dari fierive, quod convenit. Hoc igitur nomine donatori in donatarium est actio præscriptis verbis, quasi scilicet præscriptis verbis proprii contractus negotio gesto, qui nomine vacat, hoc actum sit inter donatorem et donatarium hæreditatis, ut donatarius susciperet onera hæreditaria, quod utique satis agit expressim donator, cum dicit se hæreditatem donare: nam *hæreditatis* nomen etiam onera comprehendit. Donat igitur non tantum lucra, sed etiam onera utraque conjunctim. Id vero non agit, qui donat res simpliciter, vel bona, vel corpora hæreditaria quia hæc nomina non sunt nomina juris, quamobrem cum cui donatæ sunt res hæreditariæ, vel bona, vel corpora hæreditaria, non sequuntur onera hæreditaria, nisi ex incontinenti donator id nominatim paciscatur, quo etiam nomine eo casu donatori in donatarium est actio præscriptis verbis, ut impleat pactum, *l. cum res*, *l. legem*, *C. de donat. eod.* Quod tamen pactum necesse non est adjici, si hæreditatem donaverit, inest enim satis verbo hæreditatis. Creditores autem hæreditarii nullam actionem habent in donatarium, quia, ut ante dixi, nihil cum eis contraxit, vel quasi contraxit donatarius. Quod si quis legaverit hæreditatem Titii sibi relictam per retentionem hæreditatis, ex ordine legatarius ab hærede compelli potest, ut caveat defensum iri hæredem adversus creditores hæreditarios, ut *l. cum filius*, §. *Lucio*, *de leg. 2. l. qui concubinam*, §. *cum ita*, *de leg. 3.* vel omisso isto ordine, omissa ista cautione, si eam hæreditatem hæres legatario præstiterit, vel si quo casu inconsulto hærede possessio ejus hæreditatis ad legatarium pervenerit, adhuc æquum est hæredi dari condictionem incerti, qua condicat vel possessionem, quæ sine voluntate ejus, vel per imprudentiam ejus ad legatarium pervenerit, vel qua condicat cautionem omissam, ut in *l. qui exceptionem*, §. *pen. de cond. indeb. l. 21. ad Senatusc. Treb. l. hoc Senatusconsultum*, §. *1. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* Et ex his apparet verum esse, quod initio proposui, nihil interesse donaverit quis an vendiderit, vel legaverit hæreditatem alteri, quod ad effectum attinet: interesse, quod attinet ad genus actionis, quo res ad eum effectum perducitur.

Ad L. LI. de Fidejuss.

Inter eos fidejussores actio dividenda est, qui solidum, et partes viriles fide sua esse jusserunt: diversum erit verbis ita conceptis: solidum aut partem virilem fide tua esse, jubes? *tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere convenit.*

In hac lege plura sunt responsa Papin. quæ fere omnia pertinent ad beneficium divisionis ex epistola Divi Adriani: hoc beneficium divisionis, id est, dividendæ actionis, in personas competit pluribus confidejussoribus, qui ab initio singuli se in solidum obligaverunt, si omnes solvendo sint tempore litis contestatæ, quo eum eis creditor agit: hoc eis dedit epistola Divi Adriani, id est, D. Pii, ut patet ex *l. 49.* §. *quod si duo*, *in fin. tit. hujus.* Quod etiam relatum fuisse ex ea epistola in edictum Prætoris, atque adeo idem beneficium fuisse confidejussoribus propositum edicto prætoris, docet Paulus 1. *Sent. l. de fidejus. et spons.* Quod etiam docuimus in *l. 7. de fidejus. tut.* fuisse porrectum ad plures mandatores, et ad plures reos constitutæ pecuniæ, et uno verbo ad omnes, qui pro aliis pecuniam exsolvunt, et docebimus inferius, Novel. Just. etiam fuisse idem beneficium porrectum ad duos vel plures conreos debendi, ad plures debitores principales, qui singuli obligati sunt in solidum, et pro se in solidum solvere tenentur: recte autem hoc beneficium dari confidejussoribus, qui singuli in solidum obligati sunt. Nam si ab initio singuli se obligaverint, in partem virilem tamen, nihil indigent isto beneficio, quod ipsi jam sibi patefecerint initio contrahendæ obli-

gationis, de quo satis sibi caverint et prospexerint. Et hoc est quod ait initio hujus legis: inter eos fidejussores, qui in solidum et partes viriles, conjunctim fide sua esse jusserunt: ut vulgo dicitur: *Chacun pour soy, et un seul pour le tout*, dividi actionem pro virilibus portionibus ex epistola D. Adriani, quia manifestum est singulos ab initio se obligasse in solidum. At si disjunctim in solidum aut partes viriles fide sua esse jusserint, quia in disjunctivis stipulationibus semper quod minus est adsumitur, quo minuitur obligatio debitoris, manifestum est ab initio singulos intervenisse in partem virilem tamen, quia cum disjunctim promiserint in solidum aut in partem virilem, utique sunt semper adsumpturi partem virilem, nec igitur ad hanc speciem quicquam pertinet epistola D. Adriani, cum satis hac in re fidejussores sibi prospexerint.

Ad §. Fidejussor.

Fidejussor, qui partem pecuniæ suo nomine, vel rei promittendi solvit: quo minus residui divisione facta portionis judicium accipiat, recusare non debet. Eam u. quantitatem inter eos, qui solvendo sunt, dividi convenit, quam litis tempore singuli debent. Sed humanius est, et si alter solvendo sit litis contestationis tempore, per exceptionem ei qui solvit succurri.

Sequitur in §. 1. *Fidejussor qui partem, etc.* Recte itaque dixi initio, tempore litis contestatæ spectari, an omnes fidejussores solvendo sint, ut si omnes confidejussores solvendo sint, dividant inter se actionem, qua conveniuntur a creditore: nam et quantum debeatur tempore litis contestatæ spectamus, ut quod eo tempore debitum apparuerit, dividatur inter confidejussores, qui eo tempore idonei fuerint ex epistola Divi Adriani. Finge duos fidejussisse apud creditorem in viginti pro uno debitore, et unum solvisse partem suam virilem ante litem contestatam; id est, solvisse 10. suo nomine, vel nomine debitoris principalis, nihil refert, deinde residuum peti ab utroque. Quæro an is, qui solvit partem suam, recte conveniatur in partem residuam? quod videtur, quia eam quantitatem ex epist. Divi Adriani inter fidejussores, qui solvendo sunt, dividi placet, quam litis contestatæ tempore singuli debent, litis contestatæ tempore singuli in hac specie debent decem in solidum. Ergo etiam objecto creditori beneficio epistolæ D. Adriani singuli recte conveniuntur, et condemnantur in quinque. Et sane ipso jure ita se res habet; sed Papinianus ait esse æquius et humanius, φιλάγαθον, ut est in Basil. ut dicamus eum, qui solvit pro sua parte ante litem contestatam, etsi non liberetur ipso jure, sed pro altera parte etiam maneat obligatus, quia ab initio se obligavit in solidum, liberari tamen eum, si alter solvendo sit per exceptionem doli mali, ut in *l.* 15. §. *ult. hoc tit.* Eo scilicet, quod solvit toto imputato in partem suam, ut est in Basilicis, ἵνα λογισθῇ αὐτῷ τὸ ἴδιον μέρος; non etiam eo, quod solvit imputato in partem utriusque sive quod idem est, non deducto de sorte eo quod solvit, ut ait *l.* 57. *inf. de solut.* Quoniam si id quod solvit decederet de sorte, de summa, non de parte ejus sola qui solvit, solutio partis, quam facit unus ex fidejussoribus suo vel debitoris nomine, non ei soli proficeret, sed etiam confidejussori, id est, uterque liberaretur pro parte dimidia, et uterque in alteram partem dimidiam maneret obligatus. Atqui solutio ei soli proficit, qui eam fecit, quia solus ipse liberatur, non quidem ipso jure, sed per exceptionem doli mali. Atque ita quod is solvit, non dicemus decedere de summa, sed de parte summæ, quæ eum contingit. Et ita quod ait *d. l.* 57. eum solum liberari, intelligere debemus ut liberetur per exceptionem. Sicut in *l. qui res.* 98. §. *mihi Romæ, et l. qui hominem, §. stipulatus, de solut.* Dicitur eum liberari, quod est scriptum simpliciter, et intelligendum, eum liberari per exceptionem, non jure ipso, alioquin illæ leges pugnarent cum aliis multis, sicut et *d. l.* 57. cum hoc §. et restat igitur confidejussorem hoc casu solum pro sua parte obligatum manere, et hoc recte notat *d. l.* 57. cujus tractatio est acutissima. Verum etiam, si unus ex fidejussoribus solverit partem dimidiam nomine debitoris principalis, non suo, quod et Papinianus proposuit initio hujus §. nomine debitoris, nomine rei promittendi, tanquam debitoris negotium gerens, quia cum fidejussor solvit partem nomine debitoris, id perinde habendum est, ut ait *d. l.* 57. atque si e converso reus ipse solveret eam partem nomine illius fidejussoris. Quamobrem sive suo, sive rei debendi nomine unus ex fidejussoribus solverit partem, ipse solus, qui solvit, liberatur per exceptionem, quæ est sententia hujus §. Et quod ait de duobus confidejussoribus idem hodie obtinet in duobus correis debendi, quia et iis dedit beneficium divisionis Just. in Nov. 99. Ante Justinianum unus ex reis debendi secundum jus digestorum solvendo partem, omnino non liberatur, neque ipso jure, neque per exceptionem: sed in reliquum obligatus manet, etiamsi alter correus solvendo sit, *l. si ex toto* §. 1. *de leg.* I. Nisi si ita convenerit ne quid amplius ab eo ultra eam partem creditor peteret, ut in specie *l. si creditor, C. de pact.* Quo sane casu correus, qui solvit partem suam, liberatur omnino per exceptio-

nem pacti, vel doli mali, quæ concurrit semper cum exceptione pacti, liberatur, inquam, per exceptionem pacti, etiamsi alter correus solvendo non sit. At unus ex fidejussoribus liberatur solvendo partem, etiamsi nihil convenerit, ne quid ab eo amplius peteretur, si modo alter confidejussor solvendo sit, vel etiam, si id convenerit, licet alter solvendo non sit, ut in *d. l.* 15. §. *ult.* Et præterea animadvertendum est in hoc §. agi de fidejussore, qui solvit partem suam, partem virilem, ut in *d. l.* 37. Nam si minus virili solvit, recte Glossa sentit, non omnino eum liberari, sed in id quod deest parti virili obligatum manere, nisi scilicet pactus sit cum creditore, ne quid amplius ab eo peteretur, ut in specie d. l. 15. §. *ult.* Quod si plus solverit portione virili, proculdubio et ipse liberatur pro sua parte, quia suam partem utique solvit, et quando plus solvit, tanto minus etiam a confidejussore peti potest. Et stulte Angelus hoc loco seductus Glossa in verbo *solvit*, quæ tantum loquitur de eo, qui minus virili, non qui plus solvit, ait, *eum qui plus solvit, non liberari*, et argumento istius Glossæ, quæ hoc nunquam cogitavit, se advocatum Florentiæ vicisse apud judicem certe imperitissimum, quo etiam nomine a ceteris Angelus reprehenditur.

Ad §. Duo.

Duo rei promittendi separatim fidejussores dederunt: invitus creditor inter omnes fidejussores actiones dividere non cogitur; sed inter eos duntaxat, qui pro singulis intervenierunt. Plane si velit actionem suam inter omnes dividere, non erit prohibendus: non magis quam si duos reos pro partibus conveniret.

Recte dixi initio hujus legis, beneficium divisionis dari confidejussoribus: ii sunt, qui pro uno vel pluribus debitoribus in causam unius contractus, unius obligationis fidejusserunt simul, vel separatim, nihil interest. Et ii sunt confidejussores, ut patet ex *l.* 48. *h. t.* Nam si fidejusserint in causam diversorum contractuum, diversarum stipulationum, quibus debitores separatim obstricti sunt, licet ex omnibus contractibus una eademque pecunia debeatur in solidum: tamen confidejussores non sunt. Diversorum contractuum, quibus debitores principales tenentur, fidejussores, confidejussores non sunt, *l.* 42. *h. t.* et ideo indulgendum non est eis auxilium divisionis. Finge, duo sunt rei debendi ejusdem pecuniæ, qui singuli stipulanti creditori separatim eam pecuniam se reddituros promiserunt, et singulos quoque fidejussores in singulas stipulationes singuli separatim dederunt: hi fidejussores, quia non sunt confidejussores, singuli in solidum conveniri, prout elegerit creditor, et condemnari possunt: nec inter eos invito creditore dividetur actio, quæ inter confidejussores divideretur invito creditore. At volente creditore nemo dubitat, quin, ut inter reos debendi actio dividi potest parte petita a singulis, *l.* 3. §. *ult. sup. de duob. reis*, *l. reos*, *C. de fidejuss.* ita etiam possit creditor sua sponte dividere actionem inter fidejussores reorum, tametsi confidejussores non sint, quæ est sententia hujus §. Adnotandum tantum est, hodie, quia etiam rei debendi invito creditore habent beneficium divisionis ex Nov. 99. ex persona reorum etiam beneficium dividendæ actionis habituros fidejussores eorum, argumento *l. pupillus, sup. de fidejus. tut.* Et vero ita est.

Ad §. Creditor.

Creditor pignus distrahere non cogitur, si fidejussorem specialiter acceptum omisso pignore velit convenire.

Excepto responso hujus §. cetera omnia sunt de beneficio divisionis, cujus sententia hæc est, brevis et facilis; creditorem, qui pignus et fidejussorem accepit, omisso pignore posse prius convenire fidejussorem, quod notatur utique eum servare debere hodie ex Novella 4. si pignus possideatur ab extraneo, ut scilicet prius conveniat fidejussorem, quam persequatur pignus quod extraneus possidet, atque distrahat, non si pignus ab ipso debitore possideatur: nam prius debet excutere pignus, quod debitor ipse possidet, quam experiri cum fidejussore, ex eadem Novella. Quod autem ait in hoc §. creditorem omisso pignore fidejussorem convenire posse, et addo, debere, si pignus possideatur ab extraneo, et supradicta Nov. ita verum esse ait, si fidejussor simpliciter, si ἁπλούστερον acceptus sit, id est, si non acceptus in id tantum, quod ex pignore redigi non possit, ut in *l. omissis*, *C. de fidejussor.* et ita etiam simpliciter acceptus fidejussor dicitur in *l. reos*, *C. eod. tit. et l.* 2. *C. de fidej. tut.* Hoc vero casu, cum fidejussor acceptus est in id, quod ex pignoris distractione servari non possit, prius debet excuti pignus, quam fidejussor indistincte, propter conventionem, sive pignus possideatur ab extraneo, sive ab ipso debitore.

Ad §. Cum inter.

Cum inter fidejussores actione divisa, quidam post litem contestatam solvendo esse desierunt; ea res ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinet, nec auxilio defendetur ætatis actor. Non enim deceptus videtur jure communi usus.

Finge: divisa est actio inter confidejussores,

quod quidem desiderare possunt implorato beneficio epistolæ Divi Adriani quandocumque ante rem judicatam, quia peremptoria defensio est, *l.* 10. *C. de fidejussor.* videlicet, si omnes solvendo erant litis contestatæ tempore, vel eo ipso tempore, vel post litem contestatam ante rem judicatam, desiderabunt dividi actionem, et singulos damnari in partem virilem tantum. Finge, inquam, omnes fuisse solvendo tempore litis contestatæ, et inter eos fuisse divisam actionem sed post litem contestatam unum ex eis ad inopiam pervenisse. Quæritur, quem inopia istius oneret, actorem, id est, creditorem, an fidejussorem? Et definit inopiam ejus, qui lapsus est facultatibus suis, post litem contestatam onerare creditorem ipsum, non confidejussorem, licet creditor minor fuerit 25. annis. Quod habuimus etiam in *l.* 7. *de fidej. tut.* Nec poterit minori ex hac causa dari restitutio in integrum adversus fidejussorem, quia restitutio datur minori decepto tantum: deceptus autem non videtur, qui jure communi usus est: quam sententiam Pap. usurpat Imperator, ut solet sæpe libenter hoc auctore uti, in *l. ult. C. de in integr. restit.* quæ lex constat tantum hac sententia: *Non videtur minor circumscriptus, qui jure communi usus est.* Et ibidem Græci notant esse antiquam regulam, παλαιός τίς ἐστιν διατάξεως κανών. Et sane antiqua est cum sit posita suo tit. *de reg. jur. antiq. l. nihil consensus*, §. 1. Jus autem commune est, sive jus publicum, ut dividatur actio inter fidejussores, qui sunt solvendo litis contestatæ tempore. Minor divisit actionem inter fidejussores, qui erant solvendo litis contestatæ tempore: non videtur deceptus et circumscriptus, licet postea quidam ex eis exuti sint facultatibus. At si ab initio minor inter eos divisisset actionem, qui tempore litis contestatæ solvendo non erant, hoc casu fateor ei subveniri beneficio ætatis per restitutionem in integrum, quia hoc casu jure communi non est usus, quia imprudens inter inopes divisit actionem, ut *l. seq.* §. *inter h. l.* Et potest quidem ad *l. ult. C. de in integr. rest.* poni species congrua ex hoc §. sed propior est et legi conformior species, quæ conficitur ex *l. mulier, C. de jur. dot. et l. ult. C. de magistrat. con.* si conjungantur cum *d. l. ult. de in integr. rest.* Secundum quod paritas inscriptionis et subscriptionis in omnibus requirit. Et species hæc est. Mulier 25. annis minor, consensu justi curatoris dotem marito dedit vel promisit pro modo facultatum suarum, et dignitate mariti familiæque suæ, non potest restitui adversus dotem vel dotis promissionem, quia in ea constituenda usa est jure communi. Recte data, recte promissa dote pro modo patrimonii sui auctore curatore, proinde auxilio ætatis non defendetur, quo minus ab ea dos exigatur, ut ait *d. l. mulier.* Licet culpa scribæ, qui inventarium bonorum ejus fecit, ei curator in minorem, quam dos fuerit, quantitatem caverit, dato fidejussore rem puellæ salvam fore, quo nomine propter culpam scribæ, puellæ quidem est adversus scribam actio in factum in id, quod interest ex Senatusconsulto de quo in *d. l. ult.* et in toto tit. *de magist. conven.* Sed non etiam restituitur mulier adversus dotem semel jure communi constitutam pro viribus patrimonii, et consensu curatoris legitimi, quæ tamen restitueretur, si ultra vires et contra jus commune dotem constituisset, vel promisisset. *l. si causa*, §. 1. *ff. de minor.* Jus commune est, ut mulier dotem constituat pro viribus patrimonii sui, et curatore auctore, si minor sit: hoc quæ fecit, non restituitur in integrum. Quæ secus fecit, id est, cavit dotem supra vires patrimonii sui, qui aberravit a jure communi, restituitur in integrum. Potest etiam ad eandem regulam positam in *d. l. nihil consensu*, §. 1. quem ex verbis et inscriptione scimus pertinere ad restitutionem minorum, potest, inquam, ad eam quoque poni congrua species ex hoc §. sed propinquior est quæ sumitur ex *l. in causæ* 11. §. 2. *de minor.* Quoniam utraque est ex eodem Ulpiani libro, et species hæc est: adolescens sive minor xxv. annis paulo minore pretio fundum suum rite vendidit, nempe ex decreto Prætoris, et curatore auctore, paulo, inquam, minore pretio, non tamen infra dimidium justi pretii: nam hic casus semper excipiendus est, an potest adversus eam venditionem restitui in integrum, quasi deceptus? Minime; quia in ea venditione facienda jus commune observatum fuit, licet reipsa deceptus sit paulo minore pretio accepto: nam jus commune est, ut liceat venditori quod minus est pluris vendere, si possit, et emptori quod pluris est minoris emere, *l. si voluntate, C. de rescind. vend.* Et in pretio constituendo possunt emptor et venditor citra dolum malum reipsa se invicem circumvenire, hoc est concessum naturaliter sive ἐμπορικῶς, ut ait Novell. 97. c. 1. Hæc scilicet est natura contractus emptionis et venditionis, ut vendat unus quanto pluris, emat alter quanto minoris potest, et sibi quisque rem suam bene gerat citra dolum malum, ideoque prætextu minoris pretii, nec a minore jure facta venditio rescindi potest per restitutionem in integrum, quia non videtur captus et circumscriptus, qui jure communi usus est.

Ad §. Bonis.

Bonis damnati fidejussoris fisco vindicatis, inter fidejussores actio postea si dividi cœperit, ut hæredis, ita fisci rationem habere oportet.

Notandum est beneficium dividendæ actionis

non tantum confidejussoribus dari, sed etiam hæredibus eorum, si ex eorum persona conveniantur, ut *l.* 27. *sicut, et l.* 49. §. *quod si duo*, *h. t.* Et non tantum hæredibus, sed etiam quibuslibet successoribus eorum, ad quos bona eorum pervenerint: ergo etiam fisco, si fiscus occupaverit eorum bona, ut puta, si unius fidejussoris bona confiscata sint ex causa delicti, et creditor agat cum fisco quasi successore illius fidejussoris, vel cum altero confidejussore, si omnes solvendo sint litis contestatæ tempore. Fiscus semper est solvendo, et ideo nunquam dat fidejussorem, *l.* 2. *de fun. dot. l.* 1. §. *si ad fiscum. ut leg. nom. cav.* Fiscus, inquam, si ceteri fidejussores solvendo sint, implorato beneficio epistolæ Divi Adriani, potest desiderare, ut singuli pro parte conveniantur, atque etiam ut ipse tantum pro parte conveniatur ex persona damnati fidejussoris: nam est perpetuum, quod dicitur in *l. fiscus, de jure fisci*, fiscum, qui in jus privati succedit, jure privati uti. Ceterum in hoc §. hæc verba, *damnati fidejussoris*, sic exaudire oportet: *damnati* ex crimine scilicet aliquo, ea pœna, quam sequitur publicatio bonorum, veluti morte, aut metallo, aut deportatione. ut *l.* 1. *ff. de bo. dam. l. bona, de jure fisci*, et expunge Glossam hoc loco, quæ dixit, etiam damnatum et confiscatum fidejussorem, si vivat; id est, si ultimo supplicio damnatus non sit, sed vel metallo, vel exilio, a creditore conveniri et condemnari posse: quod omnino est falsum, quia damnatione illa tota obligatio perinde ac morte contra eum extinguitur, *l.* 47. *h. t.* et transfertur in fiscum, et ita Bartolus recte, et alii at non omnino recte quod ajunt ad fiscum non transire stipulationem conditionalem, qua verbi gratia deportatus tenebatur, si post deportationem conditio stipulationis extiterit, cum tamen transeat in hæredem, si post mortem promissoris conditio exstiterit, *l. quoties, in fi. et l. novatio tit. seq.* Et ita dicunt, fiscum non esse per omnia hæredis loco, et hanc esse differentiam inter fiscum et hæredem: partim admitto hanc differentiam, partim non admitto. Admitto, si conditio extiterit ante aditam hæreditatem, ut loquuntur illæ leges, vel antequam fiscus agnoverit damnati bona, et ratio differentiæ hæc est: quia eo tempore quo cedit, committiturve stipulatio conditionalis, id est, eo tempore, quo conditio exstitit, necesse est ut sit persona, cui debeatur, alioquin stipulatio conditionalis, existente conditione committitur inutiliter, si eo tempore, quo conditio extitit, non sit persona, cui debeatur, aut deberi possit, ut *l.* 58. *in fi. h. t.* At conditione exsistente ante aditam hæreditatem, est persona, quæ obligetur, puta, hæreditas jacens, id est, nondum adita, quæ in nostro jure personæ vice fungitur, *l.* 22. *hoc tit.* At antequam fiscus bona agnoverit, nulla est hæreditas, nullave successio, aut nulla hæreditas potest esse capite diminuti, quæ personæ vice fungatur: et ideo inutiliter committitur stipulatio existente conditione, antequam fiscus agnoverit bona; quia non est persona ulla, ne fictitia quidem, in quam stipulatio committatur verum post aditam hæreditatem, vel agnita bona existente conditione stipulationis. Non admitto eam differentiam, quia cessat superior ratio diversitatis, propterea quod fiscus, qui agnovit bona, vice hæredis est, *l.* 2. *C. ad leg. Jul. de vi.* Hoc igitur casu nulla est differentia inter hæredem et fiscum. Falso etiam tentat aliam esse differentiam inter hæredem et fiscum, quasi in hæredem transeat et transferatur judicium cœptum a defuncto: in fiscum autem non transferatur judicium cœptum a defuncto, vel ab eo, cujus bona postea publicata sunt, quam eruunt ex *l. si constante*, §. *ult. ff. sol. mat.* Quæ tamen non dicit, expirare judicium, quod ad fiscum attinet: judicium, scilicet dotis, quo soluto matrimonio egit mulier adversus maritum, si interim pendente judicio dos mulieris publicata sit, non dicit, inquam, expirare judicium, quod ad fiscum attinet, sed quod ad mulierem tantum, quæ cœperat agere de dote, quæ publicata est, id enim judicium peraget fiscus, nec ante occupabit dotem quam constiterit, cedere an debuerit lucro mariti, an restitui mulieri, qua de re cœptum erat judicium inter maritum et mulierem soluto matrimonio, quod sane transferetur in fiscum, si fiscus contendat dotem fuisse mulieris, atque adeo ad se redire jure confiscationis.

Ad L. XXVII. de Novationibus.

Emptor cum delegante venditore pecuniam ita promittit, quiquid ex vendito dare facere oportet, *novatione secuta*, *usuras neutri post insecuti temporis debet.*

Hujus legis species hæc est: Luc. Titius emptorem sibi obligatum ex causa venditionis delegavit mihi creditori suo, ut quod sibi debet ex ea causa, id novatione facta promitteret mihi stipulanti, hoc modo: *Quicquid te Lucio Titio, ex vendito dare facere oportet, id mihi dari fieri spondesne?*

Finge autem, emptorem Lucio Titio venditori debuisse pretium, et usuras pretii post diem traditionis rei venditæ, ut in *l. Julianus*, §. *ex vendito*, *ff. de action. empt.* Ex ea stipulatione, quæ novandæ obligationis causa interposita est, mihi quidem usuræ præteriti temporis debebantur,

quæ venditori debebantur: sed quæritur, an etiam in futurum mihi usuræ pretii debeantur, aut si mihi non debeantur, quod est verius, quia mihi in futurum non cavit, an debebuntur venditori? Et respondet Papin. post factam novationem usuras insecuti temporis neutri deberi, id est, neque venditori deberi, qui in universum recessit ab obligatione empti venditi, sive quia in ejus, in venditoris scilicet persona, omnino novata est obligatio empti venditi; neque etiam deberi creditori, quia futuri temporis usuras stipulatus non est. Unde generaliter constituamus: post novationem obligationis usuras non currere, ut ait *lex* 18. *h. t.* Et hoc inter cetera distat novatio voluntaria, quæ fit per stipulationem, a novatione necessaria, quæ fit per litis contestationem, alio vice debitoris judicium accipiente, et contestante litem; quæ novatio dicitur necessaria, quia judicium redditur in invitos. Hoc autem ideo dicimus distare novationem voluntariam a novatione necessaria, sive litis contestatione, quia lite contestata usuræ currere non desinunt, *l. lite, sup. de usur.* quæ est conjungenda cum dicta *l.* 18. *h. t.* quæ aliud statuit in novatione voluntaria, qua interposita negat currere usuras. Sunt et multæ aliæ differentiæ inter novationem voluntariam, et novationem necessariam. Perit privilegium exigendi, quod habuit creditor facta novatione voluntaria, si modo abjiciendi privilegii animum habuerit, non etiam facta novatione necessaria, *l.* 29. *h. t. l. quæsitum, in fi. inf. de bon. auctor. jud. pos.* Facta novatione voluntaria pignora liberantur et hypothecæ, si hoc agatur, ut agitur plerunque, non etiam novatione necessaria, *d. l.* 18. *et l.* 30. *h. t. l.* 1. *C. etiam ob chir. pec. pign.* Item novatione voluntaria fidejussores, et mandatores liberantur, *l.* 4. *C. de fidei.* non etiam facta novatione necessaria, *l.* 27. *et* 28. *C. eod.* Ac postremo stipulatio pœnalis, ut puta, si creditor stipulatus sit pœnam, si ad diem pecunia soluta non esset, ea stipulatio perimitur facta novatione voluntaria, *l.* 15. *h. t.* non facta novatione necessaria, *l.* 90. *sup. de verb. oblig.* Non omittam, quod in formula stipulationis propositæ hoc loco, *Quidquid ex vendito, dare facere oportet*, Basilica, *facere*, interpretantur παρασχεῖν, non male imo rectissime: nam præstare facere est, *l. ex empto in princip. sup. de act. emp. l. si mandatu meo, §. quoties sup. mandati.*

Ad L. XXXVI. de Jure fisci.

Prædiis a fisco distractis, præteriti temporis tributum eorundem prædiorum onus emptorem spectare placuit.

Hujus legis sententia hæc est: eum, qui emit prædia a fisco, quæ quondam privati hominis fuerunt, debere præstare tributum, non futuri temporis tantum, sed etiam præteriti, quod ea prædia scilicet fisco debent, et nihil refert fiscus ea prædia vendiderit jure hypothecæ vel jure successionis, possessore damnato et confiscato, an possessor ipse vendiderit: nam emptor debet semper reliquum præteriti temporis, reliquum tributorum si prædia possideat, quoniam hæc tributa sive vectigalia ipsa prædia debent, non personæ, *l. Imperatores, sup. de publ. l.* 2. *C. de ann. et trib. l.* 10. Demosthenes in Timocratem, εἰσφορὰς ὀφείλειν τὰ κτήματα, οὐ πρόσωπα, *tributa possessiones debere, non possessores.* Aut quod idem est, *Possessores debere nomine possessionum, possessores quoscunque.* Et Theodosius Imperator in Novella, cujus thema tale est: *Neque domum divinam, neque Ecclesiam, etc. omnem censum agrorum esse, non personarum*: omnem censum, inquit, id est, omne tributum. Omne tributum proinde sequitur quemcunque possessorem agrorum. Unde in hac lege, tributum eorundem prædiorum onus est, ἐπεξήγησις, tributum, quod scilicet est eorundem prædiorum onus. Ac eadem ratione, cum dixisset *d. l. Imperatores*, emptorem, et quemlibet possessorem prædiorum reliqua, sive præteriti temporis tributum, solvere debere subjicit, *emptori tamen si ignoraverit, prædia esse obnoxia reliquis quamplurimis, qu' il y eust beaucoup d' arrerages.* Emptori, inquam dari actionem ex empto adversus venditorem, ut vel præstet venditor, quanto minoris empturus erat, si id non ignorasset, ut in *l. si minore, C. de act. emp.* Nam in *d. l. Imperatores* pro *exemplo*, jam olim ostendi esse legendum, *ex empto*: et hoc ipso libro idem Pap. scripsit de actione ex empto, quod venditor celaverit emptorem onera tributorum. Idem scripsit Pap. in *l. in venditione, de act. emp.* cum qua hanc legem non inepte conjunges.

Restant adhuc loci, ad quos nunc veniamus, quibus alii auctores sumunt testimonia ex hoc lib. 3. Responsorum, in quibus Pap. citatur.

Ad §. Si quis Titio L. X. ff. mand.

Si quis Titio mandaverit, ut ab actoribus suis mutuam pecuniam acciperet, mandati eum non acturum Pap. libro tertio Responsorum scribit; quia de mutua pecunia eum habet obligatum, et ideo usuras eum petere non posse, quasi ex causa mandati, si in stipulationem deductæ non sunt.

In *l.* 10. *§. si quis Titio, et §. idem Pap. et §. si cui mandavero, mand.* proponuntur tria responsa Papiniani nominatim ex hoc *lib.* 3. *Respon.*

5. Primi species hæc est. Cum me Titius rogaret mutuam pecuniam, ei mandavi, ut acciperet ab actore rerum mearum hanc pecuniam, id est, servo meo dispensatore, et accepit. Quæritur utrum mihi Titius ex causa mandati teneatur, an ex causa mutui, quod magni interest scire, ut in *l. qui negotia* 45. *mand.* quia ex causa mandati usuræ (nam judicium est bonæ fidei) peti possunt, etiamsi in stipulatum deductæ non sint. Ex causa mutui, quia est stricta actio, citra vinculum stipulationis usuræ peti non possunt, *l.* 3. *C. de usur. l. Titius, de præsc. verb. l.* 10. §. *sed utrum, de in rem vers.* Quæ fuit etiam causa dubitandi apud eundem Pap. hoc ipso libro in specie legis 25. §. *ult. depos.* esset ne actio depositi in hac specie, an actio creditæ pecuniæ: quoniam depositæ pecuniæ usuræ debentur etiam ex pacto nudo, creditæ autem pecuniæ non debentur ex pacto nudo sine stipulatione. Et in specie quidem proposita in *d.* §. *si quis Titio*, Pap. respondet, Titium, qui mandato domini pecuniam ab ejus actore accepit, non mandati actione domino teneri, sed condictione, quæ de mutuo dato proponitur quia nihil refert ipse Titio eam pecuniam numeraverit, an actor, qui rem ejus pecuniariam tractabat omnem, et ideo Titius usuris, etiamsi quid de iis convenerit inter dominum et Titium, non obstringitur citra stipulationem, quia non id agebatur, ut mandati contraheretur obligatio, sed creditæ pecuniæ, cujus usuræ non debentur citra stipulationem. Quod autem refertur ex eodem libro Papin. in *d.* §. *idem Papinianus.*

Ad §. Idem Papinianus, ff. eod.

Idem Papinianus libro eodem refert fidejussori condemnato, qui ideo fidejussit, quia dominus procuratori mandaverat, ut pecuniam mutuam acciperet: utilem actionem dandam, quasi institoriam, quia et hic quasi præposuisse eum mutuæ pecuniæ accipiendæ videatur.

Idem Papinian. scripserat in lib. 2. *l. liberto, in princip. de negot. gest.* videlicet de actione quasi institoria negot. gestorum, quia dominus, qui procuratori mandavit, ut pecuniam mutuam acciperet in negotia sua, tenetur non tantum creditori, qui pecuniam mutuam dedit, sed etiam fidejussori si solverit. Et jam hujus responsi partem in hoc libro habuimus et exposuimus satis in *l. pen. in princ. de inst. act.* Eique potest adjungi, quod ex eodem libro 3. refertur in *l. Julianus* §. *si procurator, de act. emp.* Dominus procuratori suo mandavit, ut rem aliquam suam venderet: vendidit et cavit emptori evictionis nomine, dominus tenetur emptori quasi institoria actione ex empto, etiamsi procurator, qui cavit emptori, solvendo sit, *d. l. pen.* Contra quoque emptor domino tenetur actione ex vendito, quod tamen ita demum verum est, si procurator, cui mandavit rem vendendam, non sit solvendo, ut exposuimus in *d. l. pen.* et patet ex *l.* 1. *et* 2. *de instit. act. l. in omnibus, de præt. stip. l.* 1. §. *sed ex contr. de exer. act.* et in *d.* §. *si proc.* Observandum est, actionem, quæ venditori competit, appellari *ex vendito*, quæ emptori *ex empto.* Sed quæ venditori competit appellatur interdum etiam *ex empto.* Id fit imperfecto quodam genere loquendi *ex empto* pro *ex vendito empto.* Nam perfecta oratio est; actio *ex vendito empto.* quæ venditori competit, actio *ex empto vendito*, quæ emptori competit, et sic in *l.* 1. *C. si servus ext. emi. se mandav.*

Ad §. Si cui mandavero, ff. eod.

Si cui mandavero, ut a Titio stipuletur, potero cum eo cui mandavi, agere mandati, ut eum accepto liberet, si hoc velim, vel si malim in hoc agam, ut eum deleget mihi, vel si cui alii voluero. Et Papin. libro eodem scribit, si mater pro filia dotem dederit, eamque mandante filia, vel illico stipulata sit, vel etiam postea, mandati eam teneri, quamvis ipsa sit quæ dotem dederit.

Species §. *si cui mandavero, versic. et Pap.* hæc est: si mater pro filia dotem dederit, et filia mandante *illico*, id est, initio dandæ dotis, vel *postea*, id est, ex intervallo, stipulata sit mater, genero divortio facto dotem sibi reddi, quia stipulata est mandatu filiæ, mandati actione filiæ tenetur, quamvis ipsa dotem dederit de suo, vel ut liberet virum per acceptilationem, si quidem filia malit eum sibi obligatum esse, quam matri, atque ita liberatum eum a matre, velit mutata sententia sibi stipulanti promittere in casum divortii, ut in *l. pen. de negot. gest.* Vel etiam mater tenetur filiæ mandati actione, ut virum deleget sibi, vel alii cui voluerit, vel divortio facto, ut cedat sibi actionem ex stipulatu, vel si jam dotem exegit, ut sibi eam præstet, *l.* 59. *in princ. ff. mand.* Et notandum, quod ait Pap. in eo responso, filia mandante matrem, quæ dotem dederat pro filia donandi animo, stipulatam dotem sibi reddi, et stipulatam vel illico tempore dandæ dotis, vel intermisso spatio: nihil referre igitur, statim stipulata sit, an postea: unde apparet filiam, aut matrem mandatu filiæ etiam ex intervallo recte stipulari dotem sibi reddi, nec necessarium esse, ut ea stipulatio interponatur initio contractus dotis: filia quandocumque dotem a se datam, vel pro se datam recte stipulatur sibi reddi divortio facto: at mater, quæ dotem dedit, non recte eam stipularetur ex

intervallo sine mandatu filiæ cui dos adquisita jam est. Idque patet ex *l. ob res*, §. 1. *de pact. dot.*

Ad §. Papinianus quoque L. LII. Pro socio.

Papinianus quoque libro tertio Responsorum ait Si fratres parentium indivisas hæreditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quæsierint in commune non redigetur.

Si duo fratres consortes socii sint, qui patris hæreditatem inter se pro indiviso habeant communem, non omnia bona sua, quod quis aliunde adquisivit, quam ex ea hæreditate, id Pap. respondet in commune non redigi. Rectissime: nam e contrario, quod quis eorum amisit ex bonis suis propriis, ex aliis bonis suis, id communi hæreditati non reputat, *l. ex parte*, §. *filius*, *fam. ercis.* Et ita jam ante Ulpianus docuit ex rescripto severi. Si duo sint argentarii socii, quod quis eorum vel adquisivit extra causam mensæ argentariæ, id in commune non redigi. Ergo etiam, si quis eorum amiserit ex aliis bonis suis, id non imputari mensæ communi, ut sit eadem ratio inter eos tam lucri, quam damni. Denique idem jus esse in ceteris sociis omnibus, qui sunt socii non universorum bonorum, sed certorum, certæ rei, negotiationis, professionisque, quod est in argentariis sociis qui tantum sunt socii mensæ argentariæ, et in ceteris qui argentariis sunt similes, quales erant coactores et nummularii, ii sunt parvi argentarii, qui partem tantum officii argentarii exsequuntur, quod de nummulariis liquet ex *l. quidam*, §. *pen. ff. de edendo*, et de coactoribus etiam manifestum est, qui, postquam argentarii pro aliis auctionem fecerunt, ostiatim cogunt pecunias sive pretia quæ fecerunt, qui licitati sunt, ut fit hodie, qui et collectarii dicuntur in *l. quisquis*, *C. si cert. pet.* Ii sunt dicunturque etiam quodammodo argentarii, ut in Glossis Philoxeni interpretatur etiam argentarius, comactor, quod etiam verbum Latinum pro coactor, et etiam apud Hesychium, Κομάκτωρ, qua voce quid significetur non interpretatur, sed dicit eam vocem tantum esse apud Rhinthonem in Medea. Sane est coactor, sive argentarius, sive argentarii minister, vel adsecla: illius Rinthonis auctoritae etiam Hesych. utitur in verbo Καλάβρια, et Athenæus duobus in locis. Fuit poeta Tarentinus, similis Rabelesio nostro, qua de causa nebulo vocatur a Columella *lib.* 8. *cap.* 16. Et Varr. *lib.* 3. *de re rust.*

Ad §. Item ex facto eadem l.

Item ex facto consultum respondisse se ait, libro tertio Responsorum: Inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat, ut locis emptis pecunia Victoris, monumenta fierent opera et peritia Asiani: quibus distractis, pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit. Erit pro socio actio.

Ait in hoc §. Papin. recte contrahi societatem inter duos, uno conferente pecuniam, altero conferente artem tantum, vel operam suam, ut in hac ipsa lege 52. §. *si in cocunda*, *et l.* 1. *C. eod. t.* §. *de illa*, *Inst. de societ.* Marcus Tullius pro Roscio Am. *Non est captiosa*, inquit, *aut inique societas, ubi alter corpus, alter disciplinam in societatem adfert.* Exempla sumuntur ex dicto §. *si in coeunda.* Si pastori pascenda mea pecora dedi, ea lege, ut fœtus essent communes, ego confero rem, pastor operam tantum, et rata est societas, ut *l. si pascenda, C. de pact.* Item si politori meum agrum poliendum dedi, εἰς ἐργάσαι, ut est in Basil. ut poliret meum agrum, ea lege, ut fructus essent communes: et addit rationem in §. *si coeunda*, cur justa sit societas, ubi unus confert rem vel pecuniam, alter artem vel operam suam? *Quia*, inquit, *pretium artis operæve est levamentum*, sic jampridem ostendi, esse legendum trajectis literis, pro *velamentum.* Pretium autem artis operæve est levamentum, *Esse levamentum*, id est, æquamentum, libramentum et amussim, ut apud Non. Marcell. Varro *lib.* 2. *Plaut. quæst.* Amussim esse examen, et levamentum. Denique pretium artis vel operæ facere libramentum, æquilibrium, quod levamentum dicitur, et tantum pollere artem, quam pecuniam vel rem, quam alter confert. Est et aliud exemplum in specie §. *item ex facto*, de qua Pap. se ex facto consultum respondisse ait. *Ex facto*, quod Theophilus noster in §. *ult. de fid. hæred.* interpretatur, φάκτου συμβάντος, et sæpe hoc modo auctores nostri loqui solent, significantes otiosam quæstionem non esse, sed usum forte natæ rei ita tulisse, ut de ea re quæreretur. Species vero illa est hujusmodi.

Inter me et te convenit, ut loci quidam extra urbem mea pecunia emerentur: in quibus, cum esses faber, tua arte et opera fabricarentur monumenta et conditoria mortuorum, et monumentis venditis (constat enim pura monumenta, quæ nondum ulla religio occupavit vendi posse, *l.* 6. §. *ult. de relig.*) Convenit igitur inter nos, ut venditis monumentis ego pecuniam, quam contuli in emptionem locorum, reciperem cum accessione certa (nam in hoc §. recte scriptum est, *cum certa quantitate* in Flor. et in Basilicis: σὺν ἑτέρᾳ δηλῃ ποσότητι) ut igitur ego reciperem pecuniam, quam contuli in emptionem locorum cum accessione cer-

ta, tu haberes residuum pretii, quod ex venditione monumentorum redigeretur. Contuli pecuniam, tu fabrilem operam tantum: et videtur inter me et te recte contracta societas distrahendorum monumentorum. Et ex hoc negotio est ultro citroque actio pro socio. Nec omittam in hoc §. illo loco, *Bellicum Asianum*, recte scribi *Vellicum*, ut et in *l. Julianus*, §. *per contrarium*, *de act. emp.*

Ad §. *Idem Papinianus ead. l.*

Idem Pap. eodem libro ait, si inter fratres voluntarium consortium initum fuerit, et stipendia celeraque salaria in commune redigi judicio societatis; quamvis filius emancipatus hæc non cogatur conferre fratri, inquit, in potestate manenti quia etsi in potestate maneret, præcipua ea haberet.

Subjicitur statim in §. *idem Pap. eodem lib.* aliud responsum. In quo proponitur differentia una inter societatem voluntariam, et necessariam. Voluntariam contractus conciliat, et ex ea nascitur actio pro socio: necessariam fortuna conciliat, et ex ea non nascitur actio pro socio, sed communi dividundo, sicut ex voluntaria utraque actio. Ex necessaria communi dividundo tantum, non pro socio, ut si duobus communiter hæreditas, vel legatum obveniat, *l.* 31. *et seq. h. t.* Utramque societatem significat M. Tull. in Quintiana, his verbis: *Socius cui cum te voluntas congregasset, aut fortuna conjunxisset.* Et infra, *Cum eo tu voluntariam societatem coibas, qui te in societate hæreditaria fraudarat.* Et sic voluntariam societatem in *l. verum*, §. *in hæredem*, *h. t.* quod est, in hoc §. *voluntarium consortium*. In quo differentia quam initio proponi dixi, hæc est. Si societas sit necessaria, sive hæreditaria inter fratres, ut puta, si patri simul hæredes exstiterint, frater emancipatus fratri in potestate manenti, id est, qui fuit in potestate patris morientis, non confert castrense, vel quasi castrense peculium, sed id sibi habet, retinetque præcipuum, *l.* 1. §. *nec castrense*, *ff. de collat. bon.* Quia etsi mansisset in potestate patris, id præcipuum retinuisset, nec adquisiisset patri. Ex quo generaliter definies, ea quæ sui non adquirunt patri, nec emancipatos conferre fratribus suis, cum quibus vocantur ad successionem patris, quod est verum. At si inter fratres coita sit voluntaria societas omnium bonorum, etiam castrensia, aut quasi castrensia bona in commune conferuntur, aut conferre coguntur actione pro socio. In castrensibus bonis, exempli gratia Pap. hoc loco numerat stipendia militaria: in quasi castrensibus cetera salaria, quæ merito officii aut dignitatis tribuuntur de publico, *ut l. ult. C. de inof. test.* Et hæc est sententia §. *idem Papin.* Sequitur aliud ex eodem libro Pap. relatum in *l.* 4. §. *eleganter*, *de lege commiss.*

Ad §. *Eleganter*, *L. IV. ff. de Leg. commissor.*

Eleganter Papinianus libro tertio Responsorum. scribit: statim atque commissa lex est, statuere venditorem debere, utrum commissoriam velit exercere, an potius pretium petere, nec posse si commissoriam elegit, postea variare.

Lex commissoria est pactum, quod venditoris causa adjicitur emptionis venditioni, *l.* 2. *h. t.* puta, ut si ad diem condictum emptor non solvat pretium, res sit inempta, qua lege commissa, id est, pretio ad diem non soluto, in arbitrio est venditoris ea lege eove pacto uti, aut non uti: nam si hoc malit, potest pretium petere post diem lege commissoria comprehensum, et non ut lege commissoria secundum regulam juris, ex qua licet contemnere et remittere cuilibet ea, quæ sua causa introducta sunt, *l. pen. C. de pact.* sed si semel ei legi renuntiarit venditor, si semel constiterit ea lege, sive pactione non uti, et post diem pretium petierit, postea variare, et ex pœnitentia eam legem sive pactionem exercere non potest, ut in *l.* 7. *h. t.* cujus responsi hanc dico esse rationem. Quia non potest iterum variare, qui semel variavit. Semel variatio admittitur in quibusdam causis jure nostro, bis non item. Et in hac specie variare non potest venditor, qui jam variavit semel, cum legem commissoriam, quæ placuerat initio venditionis post diem lege commissoria comprehensum, non exercuit. Et spisse, aut vix permittitur unquam cuiquam, ut bis variare liceat: et præterea, quia venditor variare et mutare sententiam non posset sine injuria emptoris, cui a venditore semel electo, et petito pretio post diem jus emptionis firmo et perpetuo jure acquisitum ac confirmatum est.

Huic responso simile est, quod proponitur etiam ex eodem libro in *l.* 1. *de serv. export.* Si venditor servi hanc legem dicat in venditione, ut is servus exportetur ab emptore, nec Romæ moretur, ubi venibat, venditor hanc legem remittere potest emptori et servo, quia propter ejus securitatem dicta lex fuit, ne periculum subiret, quod metuebat a servo nequissimo, cujus oculos ferre vel conspectum non poterat. Denique unusquisque potest remittere, quod sui causa sibi cavit, et ex hac lege l. *de ser. export. et d. l.* 4. §. *eleganter de lege com.* sumes duo aptissima exempla ad illam regulam juris, ut unusquisque possit renuntiare iis, quæ pro se introducta sunt, sed in hoc exemplo posteriori dicemus etiam venditorem, si semel emptori permiserit servum Romæ retinere, non

posse variare, et ad eam legem redire, ne variatio bis admittatur, quod absurdum est, ne injuria fiat emptori. Præterea in testimonium vocatur etiam Pap. ex eod. lib. in *l. creditor* §. *si qui potior. in pig. hab.*

Ad §. *Sciendum L. creditor. XII. ff. qui pot. in pign.*

Sciendum est secundo creditori rem teneri etiam invito debitore tam in suum debitum, quam in primi creditoris, et in usuras suas, et quas primo creditori solvit. Sed tamen usurarum quas primo creditori solvit, usuras non consequitur. Non enim negotium alterius gessit, sed magis suum. Et ita Pap. lib. 3. responsorum scripsit. Et verum est.

Hujus §. sententia hæc est: si duo sint creditores, quibus idem pignus datum et obligatum sit, et posterior creditor priori oblata pecunia cum usuris in locum prioris successerit, et pignus sibi confirmarit, in quo ante oblationem non erat potior, retinet id non tantum in suum debitum, et in usuras sibi debitas, sed etiam in id debitum, easque usuras, quas priori creditori solvit, et ob utramque summam recte pignus distrahit etiam invito debitore, ut in *l.* 5. *in princ. de distrah. pign.* Ceterum in usuras usurarum, quas solvit priori creditori, pignus non tenetur, quod est caput istius responsi, et confirmatur *l.* 2. *C. de pignor. et hypothec.* Ratio autem est hæc, cur pignus non teneatur in usuras usurarum quas solvit priori creditori, quia in solvenda sorte, et usuris priori creditori debitis, posterior creditor magis suum, quam debitoris negotium gessit. Gessit quidem reipsa negotium debitoris, quia solvendo eum liberavit a priori creditore, sed animum tamen habuit gerendi sui negotii, id est, confirmandi sui pignoris. Et ideo sortis quidem solutæ priori creditori usuræ currunt in persona posterioris, quæ currerent in persona prioris, si ei satisfactum non esset, sed non currunt etiam usurarum solutarum usuræ. At si quis alius non creditor negotium soli debitori gerens solvisset creditori sortem et usuras ei debitas, non tantum sortis, sed et usurarum solutarum usuras reciperet judicio negot. gestorum, quia omnis pecunia quam pro alio solvit ultro vice sortis fungitur, ut fit etiam in specie *l. qui negotiationem*, §. *ex duobus*, *et* §. *ult. de administrat. tut.*

Ad §. *Si impuberis, L. Illud quæritur de evict.*

Si impuberis nomine tutor vendiderit: evictione secuta, Pap. lib. 3. Responsorum ait, dari in eum cujus tutela gesta sit, utilem actionem, sed adjicit, in id demum, quod rationibus ejus acceptolatum est. Sed an in totum, si tutor solvendo non sit, videamus, quod magis puto. Neque enim male contrahitur cum tutoribus.

Si tutor pupilli nomine rem vendiderit ex utilitate pupilli et bona fide, sic enim est ponendum ex *l. cum plures*, §. 1. *de adm. tut.* idemque tutor forte emptori caverit de evictione, secuta post finitam tutelam evictione, quærebatur, quis emptori ob evictionem teneretur, tutor qui vendidit, et cavit, an adolescens, cujus nomine venditio facta est? Et respondet Papin. adolescentem teneri utili actione ex empto evictionis nomine. Et utique sine dubio adolescens eo nomine emptori tenetur in id, quod rationibus ejus acceptolatum est, et ut dicam vernacule, *Jusques à la concurrence de ce qu' il a receu du prix de la chose vendue, jusques au concurrent de la chose vendue per la reddition du compte, jusques a la reddition du compte.* Imo vero adolescentem teneri in totum evictionis nomine, maxime si tutor solvendo non sit. Qua in re magna est differentia inter procuratorem, qui si vendiderit et caverit, finita procuratione nullo modo liberatur ab emptore, et tutorem, vel alium, qui fungitur invitus munere publico. Procurator munere voluntario fungitur, quam in rem velim vos relegere, quæ dixi *lib. I. ad l.* 3 §. *in eum, de adm. rer. ad civ. pert.*

Ad §. *ult. Servo CXIII. de Leg. I.*

Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam (veluti vestes: aut si qua alia supervacua, ut in funus impendantur) non valere, Pap. libro tertio Responsor. scribit.

Martianus in hoc §. ait Pap. respondisse, ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam non valere: ut si jubeant vestes, vel quæ alia impendi supervacua in funus, aut (ut fiebat antiquitus) comburi secum vestes suas. Et inde hoc tacite consequitur hæredem non esse indignum, qui his voluntatibus non obtemperat, quæ ineptæ sunt; alioquin indignus est hæres jure veteri, qui non exequitur justam voluntatem defuncti. Et tamen videretur posse objici, quod in justas impensas funeris numerantur etiam vestiaria, ut in Basil. est scriptum in *l. funeris*, *sup. de relig.* et quod pro vectigali datur: denique, quod in justas impensas funeris numerantur vestes, in *l.* 14. §. *funeris*, *eod. t.* Et apud Virg. 6. Æneid.

Purpureasque super vestes velamina nota, conjiciunt. Sed hic Papin. tantum respondet de vestibus, quæ consumuntur supervacue et superva-

cue comburuntur, ut in funere Achillis apud Homerum Odyss. ω, et apud Lucianum in Nigrino idem refertur.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. IV. RESPONS. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. IX. de Senatorib.

Filiam Senatoris nuptias liberti secutam, patris casus non facit uxorem, nam quæsita dignitas liberis, propter casum patris remoti a Senatu, auferenda non est.

Hæc verba, ut intelligantur, sciendum est, ex *l. Julia, et Papia, de maritandis ordinib.* libertinam non esse justam uxorem Senatoris, vel filii, aut nepotis Senatoris, non esse justas nuptias inter libertinam et Senatorem aut Senatoris liberos *l. 23. et 44. de ritu nupt.* Et contra, non ex eadem quidem lege Julia, ut plerique inconsiderate, sed ex SC. et oratione Divi Marci, filiam quoque ae neptem Senatoris non esse justam uxorem libertini hominis *l. 27. et 42. eod. t.* Unde quæritur hoc loco: an tamen filia Senatoris, quæ libertino nupsit fiat justa uxor, si postea pater ejus Senator esse desierit, puta, si ob crimen aliquod Senatu motus sit, et rescribit Pap. eam non fieri justam uxorem, quia etsi pater ejus desierit esse Senator, ipsa tamen non desinit esse Senatoris filia: nec enim dignitas natalium semel quæsita liberis ejus aufertur ob casum patris, quod est æquissimum. Cui tamen responso obstare videtur, quod ex contrario dicitur in *l. 27. eod. t. de ritu nupt.* libertinam, quæ nupsit Senatori fieri justam uxorem, si maritus Senator esse desierit, si Senatu propter turpitudinem aliquam remotus fuerit. At revera nihil obstat: est enim idem juris in utroque casu, sive Senator, aut Senatoris filius duxerit libertinam, sive filia Senatoris nupserit libertino; nam ut priore casu convalescunt, justæque fiunt nuptiæ, si vir clarissimam, id est, Senatoriam dignitatem amittat; ita et posteriore casu justæ fiunt nuptiæ, si filia Senatoris eam dignitatem amittat, ut si profiteatur impudicitiam apud Ædiles, si corpore quæstum faciat, *l. 47. eod. t.* At quandiu manet dignitas integra, injustæ nuptiæ sunt, sive filia Senatoris nupserit libertino, sive filius Senatoris duxerit libertinam: integra autem eis dignitas manet, etiamsi pater, a quo eam dignitatem habent, ea dignitate exciderit. Nota aspersa patri, non pertingit filium vel filiam: denique non facit justas nuptias, quas filius vel filia Senatoris contraxerit cum libertinæ conditionis hominibus.

Ad L. IV. de Offic. adsess.

Diem defuncto Legato Cæsaris, salarium comitibus residui temporis, quod a legatis præstitutum est, debetur: modo si non postea comites aliis cum eodem tempore fuerunt. Diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.

Hæc lex celebratur plurimum, et vexatur ab interpretibus, necdum explicatur, et est repetitio brevis *l. 19. §. ult. locati.* Constat inter omnes, Legatum Cesaris in hac lege esse Præsidem provinciæ, et Comites in hac lege esse adsessores et Consiliarios, quos ex Italia secum Præses ducit in provinciam, Comites sedendi. Est autem, quod notandum in hac lege, ἐπαλλαγὴ numerorum, quia cum de Præside loquitur, initio ait, *Legato Cæsaris*, deinde plurativo numero, *Legatis*, non est existimandum alium esse legatum, alios legatos, sed de præsidibus aut de Præsidum comitibus, sive adsessoribus tota lex agit, et sunt frequentissimæ in jure nostro ἐπαλλαγαὶ. Constat etiam ex *l. administrantes, §. 1. de excus. tut.* Comitum, sive Adsessorum certum fuisse numerum, quem Præsidi jus erat ducere in provinciam, ne multi gravarent fiscum: publico enim salario Adsessores fruebantur, ut ex contrario demonstrat *l. ult. h. t.* Ideoque in commentarium Principis, vel in ærarium referebantur, *l. abesse, ex quib. cau major. Is estoient couchez en l' estat.* Et erat ei adversus fiscum vel adversus Rempublicam petitio salarii extraordinaria, ut *l. 1. §. sed etsi Comites, et l. 4. de ext. cogn.* uno loco dicuntur Comites, altero, juris studiosi, ut in *l. 1. h. tit.* Quoniam omnes Adsessores magistratuum erant Jurisconsulti, et Juris studiosi et Juriscons. idem est, sicut σοφοὶ, et φιλόσοφοι, idem est. Defuncto autem Præside provinciæ (quæ est sententia hujus legis) ante annuum tempus, (erat enim plerunque annuus magistratus, vel ante id, quod decreta provincia ei lege, aut SC. finitum erat) defuncto, inquam, Præside ante legitimum tempus provinciæ, et administrationis suæ, Pap. docet hoc loco Comitibus, sive Adsessoribus defuncti Præsidis deberi totius legitimi temporis salarium integrum: *Salarium*, inquit, *residui temporis, quod a legatis præstitutum est*, sic Florentiæ: sed affirmo esse illo loco parvam quandam transjectionem literarum duarum, et legendum: *residui temporis, quod Legatis præstitutum est*, ut sit residui temporis, quod præstitutum, et finitum ac definitum est Legatis, id est, præsidibus, ut provinciam administrarent: nec enim præstitui salario unquam dici-

tur, sed præstitui dicitur tempus tantum, *l.* 1. *de jure deliber.* Et ita Marc. Tull. Proconsul. Ciliciæ epistola 8. lib. 2. et 7. lib. 15. Ad Fam. optat, nequid accedat temporis an id, quod lege, et SC. ei præstitutum et finitum erat, nequid temporis accedat ad annuum munus: ne ut ait alio loco, lib. 2. tempus provinciæ prorogetur: unde et in fine hujus legis agit de Præside, qui ante tempus præstitutum scilicet successorem accepit: proinde nihil est certius quam præstitutum dici de tempore præsidatus, non de salario. Ita vero demum residui temporis salarium deberi ait Comitibus sive Adsessoribus, si residuo tempore aliis præsidibus operam suam non accomodaverint, si otiosi fuerint, quia per eos non stetit, quo minus injuncto munere fungerentur, sed per casum præsidis, sive absentiam, ut veteres loquebantur, quo argumento in *d. l.* 19. §. *pen. loc.* Defuncto præside, vel alio quocunque qui conduxerat operas exceptoris, id est, scribæ sive, notarii, vel operas alterius, nihil refert, ut in *l. qui operas, eod. tit.* Defuncto, inquam, eo qui conduxerat operas exceptoris, sive librarii in certum tempus, dicitur exceptori deberi mercedem integram, si modo residuo tempore mercedem ab alio non acceperit, et alii operas suas non locaverit. Et in fine legis Papin. ostendit rectissime in Adsessoribus præsidum sive Comitibus aliud esse dicendum, si præses vita defunctus non sit, sed ante tempus præstitutum, et præfinitum successorem acceperit, quoniam hoc casu Adsessoribus ejus residui temporis salarium non debetur, et ratio hæc est: quia datio successoris et præsidem, et Comites ejus expunxit ærario sive tabulario Principis, in quod relati erant, perinde ac si legitimum tempus explevissent: hæc est sententia hujus legis. Non quærit lex, an etiam hæredibus Præsidis defuncti debeatur salarium residui temporis, nam et præsides erant salariarii, de eo vero non quærit, quoniam certissimum erat, deberi salarium residui temporis: potest tentari etiam, Adsessoribus defunctis, hæredibus eorum deberi salaria etiam residui temporis, sicut proximis sacrorum scriniorum, qui et literarum et juris periti erant non minus quam Adsessores, proditum est deberi salarium totius temporis hæredibus eorum, si moriantur in *l* 11. *C. de prox. sacr. scrinior. lib.* 12. Itemque defunctis fisci patronis ejus anni, quo defuncti sunt, integrum salarium transmitti in hæredes eorum, *l. post duos*, *C. de advoc. divers. jud.* Et idem obtinuisse audio hæredes Eguinarii Baronis adversus consilium istius civitatis, fretos auctoritate Accurs. in *l.* 1. §. *Divus de extr. cogn.* Ubi censet Doctoribus Juris defunctis, ejus anni, quo defuncti sunt, integrum salarium hæredibus eorum transmitti debere: quod tamen ego nolim temere porrigi ad omnes salariarios, quia hoc privilegii loco concedi solet, et in honorem memoriæ defuncti. Certe qui locavit operas suas in annum, si interim moriatur, non transmittit in suum hæredem totius anni mercedem, sed neque miles totius anni stipendium, *l.* 41. *C. de re milit.* neque scriba quæstoris missi in provinciam, ut fuisse pronuntiatum refert Plinius 5. Epist. in ea que incipiat, *Amas.* Ergo etiam dicam, procuratori meo si constituero salarium, eo defuncto hoc anno, hæredibus ejus residui temporis salarium non deberi, neque item advocatis totius causæ honorarium, si decesserint ante peractam causam, quoniam hoc tantum in advocato constitutum legimus, ut si quid perceperit honorarii nomine, id hæredes ejus restituere non cogantur, quia per eum non stetit quamdiu vixerit, quo minus causam perageret, *l.* 1. §. *ejus de extraord. cognit.* Nec item si legatus provincialis in legatione decesserit, antequam reverteretur in patriam, sumptus, qui proficiscenti ei prorogati sunt, viaticum quod ei prorogatum est, vel legativum quod dicitur, hæredes ejus nec restituere tenentur, ut in *l. legatus*, §. 1. *de legation.* Denique quod Legatus provincialis, vel advocatus acceperit in antecessum, *d' advance*: sive quod idem est, pro mutuo, et ut Græci dicant ἐν πρηχρεια: quod prorogatum ei fuerit; si interim moriatur ante expletum injunctum munus, hæredes ejus id restituere non tenentur. Ceterum si nihil prorogatum sit, non possunt etiam petere residui temporis salarium, quoniam hoc tantum proditum est, ne cogantur restituere tantum quod prorogatum est defuncto: non restituunt ergo quod defuncto prorogatum est. Obstat quod si prorogata sit nautæ vectura, nave amissa restituit actione ex locato quod ei prorogatum est, sive datum pro mutuo, *l.* 15. §. *item ff. loc.* et in antecessum, ut Seneca loquitur. Ac similiter, si prorogata sit pensio domus, domo combusta, repetitur pensio quæ prorogata est pro rata temporis, quo habitare non licuit, *l.* 19. §. *si quis cum in annum eod. tit.* Hæc vero non sunt contraria iis, quæ diximus, non repeti ab hæredibus defuncti advocati vel legati provincialis, quod eis sui laboris remunerandi causa prorogatum est. Quoniam superioribus casibus per advocatum, aut legatum provincialem non stetit quandiu vixit, quo minus injuncto munere fungerentur, idcirco ab ejus hæredibus nihil repetitur. Inferioribus autem casibus per locatorem operarum vel ædium stat propter casum et amissionem rei, sive navis vel ædium, quo minus fidem contractus impleat. Et multum interest, interierim ego, an res mea. Nam si quo interierim, recte dicis per me non stetisse,

qui quamdiu vixi fidem servavi, quæ non potest perduci ultra vitam meam, quoniam opera mea fuerat electa, quæ non est eadem in hærede meo. At si res mea interierit, vel quid aliud me vivo acciderit, quod me impediat fidem contractus implere, si modo adversarius meus id non effecerit, non attulerit impedimentum, recte dices per me stetisse, quod per adversarium stetisse dicere non potes. Et rectissime Accursius in *l. pen. C. de cond. ob caus. dat.* Pecuniam datam ob causam, ut fieret aliquid, non repeti, si casus fortuitus et fatalis, quo minus ea causa sequeretur non culpa accipientis pecuniam, impedimento fuerit, ut ait lex pen. Hoc ita verum esse, ut ipse interpretatur; si casus is contigerit in persona dantis ab eo, qui accepit, nihil posse repeti, non si is casus contigerit in persona accipientis pecuniam. Sed male subjicit hanc exceptionem non obtinere, nisi in advocatis ut in *l. 1. §. dominus, de ext. cognit.* quoniam hac in re advocati nihil habent præcipuum, et debuit dicere, *nisi accipientis mors contigerit.* Nam et hoc casu non potest repeti datum ob causam causa non secuta propter casum accipientis.

Ad L. LIV. de Ædilitio edicto.

Actioni redhibitoriæ non est locus, si mancipium bonis conditionibus emptum, fugerit, quod ante non fugerat.

Ait, *Bonis conditionibus emptum mancipium*, quæ verba Accursius non intelligit, qui modo interpretatur, *mancipium fuisse venditum a bono quodam viro et probo*, et modo, *fuisse venditum mancipium probum et frugi*; modo, *venditorem excepisse fugam mancipii, quæ contingeret post venditionem*, quæ commenta omnia refellet perspicua et vera interpretatio, quam paulo post subjiciam. Sicut et quod stultior quidam in *Institutionib. tit. de iis, qui sunt sui vel ali. jur.* Quo loco jubetur dominus servum, quo flagitiose utitur, vendere bonis conditionibus: *bonis conditionibus venditum*, interpretatur, *justo pretio venditum*, nec audit Theophili interpretationem, quo nullus melior, aut antiquior Institutionum interpres, opponentem bonis conditionibus duras conditiones, quibus servus, qui venit, oneratur, ut si veneat ea lege et conditione, ut exportetur in longinquam provinciam, si veneat ἐπ' ἐξαγωγῇ, si veneat ea lege et conditione, ut nunquam manumittatur ab emptore, vel in vinculis habeatur; quæ conditiones duræ solent imponi servis nequam, *l. 25. de statuliber.* Iis conditionibus sunt oppositæ bonæ conditiones, quæ non sunt duræ, quæ non onerant emptum venditum mancipium. Bonis conditionibus dicitur emptus, cui non sunt impositæ duræ conditiones. ut si servus venierit simpliciter, nec tanquam fugitivo imposita sit lex, ut vinculis, et in nervo et compedibus habeatur. Et ita quidem simpliciter venditus servus si fugerit apud emptorem, qui ante non fugerat apud venditorem, cuique etiam in vendendo nulla tanquam fugitivo conditio imposita fuerat, venditor eo nomine actione non tenetur redhibitoria emptori, puta ut reddat pretium, quæ est sententia hujus legis, *et l. 3. C. de ædil. action.* Quam cum adducit Accursius hoc loco, in hoc solo bonus est Accursius. Et generaliter, vitia sive casus, qui cœperunt post venditionem, ad emptoris periculum non venditoris pertinent *l. Lucius, de evictión. l. 1. C. de per. et comm. rei vend.* Si venditus servus fugerit ex pristino vitio, quod hauserat apud venditorem sive contraxerat, neque id nominatim venditor exceperit, aut contra affirmaverit, eum fugitivum vel erronem non esse, proculdubio eo nomine venditor emptori tenetur actione redhibitoria, si etiam post venditionem fugerit more suo pristino, ac pridem inveterato, et ingenerato vitio. Cum autem dubitatur, vitium fugæ antiquius sit venditione, necne, hac in re deficientibus indiciis antiquioris fugæ, servi responso tormentis elicito credendum est *l. 58. §. ult. hoc tit.* Quia in se interrogatur, non in dominum, vel pro domino, *l. 7. de probat.*

Ad L. XV. de Ritu Nuptiarum.

Uxorem quondam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privignæ maritus fuit.

Hæc lex est de nuptiis prohibitis ratione affinitatis, quæ quondam intercessit inter aliquos. Nam quamdiu manet affinitas, quæ contrahitur ex nuptiis, id est, quamdiu manent nuptiæ, certum est nuptam ab affine duci non posse. Ideoque quum tractatur de nuptiis prohibitis ratione affinitatis, tractatur tantum de iis, quæ prohibentur in venerandam memoriam affinitatis, quæ fuit inter aliquos, et docet in hac lege, non tantum inter eam quæ nurus aut socrus, et eum, qui socer vel gener fuit, vetitas esse nuptias, sed etiam inter eam, quæ nurus fuit vel socrus loco, non revera nurus aut socrus, et eum, qui generi fuit aut soceri loco non vere gener aut socer, ac primum quidem eam, quæ fuit uxor quondam privigni, non esse vitrico justam uxorem. Quia quum privignus vitrico fuerit filii loco, sequitur eam, vitrico mariti, fuisse nurus loco, non nurum, sed nurus loco, et vicissim illi vitricum, non socerum, sed soceri loco

fuisse: et vice versa, novercam non esse justam uxorem marito quondam privignæ suæ, quia cum privigna fuerit novercæ loco filiæ, sequitur maritum privignæ, fuisse novercæ generi loco, et vicissim illi novercam socrus loco, et ideo nec debere eam in ejus manum convenire, ut Papin. scripsit hoc loco, et quidam codices retinuerunt, ut Tribonian. mutavit cum hoc loco, tum in *l. ex parte*, §. 1. *de verb. oblig.* convenire in matrimonium, quod conventione solemni in manum nuptiæ contrahi desiissent. Hæc vero in sententia hujus legis quam interpres Harmenopuli non animadvertit ab eo referri 4. Epitom. tit. περὶ τῶν ἐκτριγένειας συναπτοοένον. At hæc Papiniani sententia hodie abrogata est decreto Innocentii in *cap. non debet*, *ext. de consanguin. et affin.* quo in primo tantum genere adfinitatis nuptiæ prohibentur, non in secundo vel tertio. Et personæ, de quibus in hac lege agitur, sunt in secundo genere adfinitatis, non in primo. Quod ut intelligatur, sciendum est: tria esse genera affinitatis: possis facere quatuor vel quinque, sed rei propositæ cognoscendæ, satis erit tria facere. Primo genere cognati uxoris, sunt adfines marito, et vicissim cognati mariti sunt adfines uxori, et ii sunt proprie adfines, maritus et uxor non sunt adfines, cognati uxoris, et cognati mariti non sunt adfines, sed cognati uxoris sunt marito adfines: et retro, cognati mariti, sunt adfines uxori: ii sunt proprie affines. Secundo autem genere affines uxoris ex aliis nuptiis, quæ ante nupserat, sunt marito secundo adfinium loco, et vicissim adfines mariti ex aliis nuptiis, sunt uxori secundæ affinium loco, ut in specie hujus legis, nurus uxoris marito est nurus loco, et gener mariti, uxori est generi loco. Itaque personæ, de quibus hic agitur non sunt adfines primo genere, sed affinium loco secundo genere. Tertio autem genere adfinitatis uxor secunda quondam generi mei uxoris mihi est adfinis loco: nam privigna est mihi affinis primo genere, maritus privignæ est mihi affinis secundo genere, non gener, sed quasi gener. Uxor autem secunda istius quasi generi est mihi adfinis loco tertio genere. Denique in tertio genere constituendo quatuor personæ interveniunt, in secundo tres, in primo duæ. Quamobrem a Græcis primum genus dicitur ἐκ διγενέιας, secundum, ἐκ τριγενέιας, tertium ἐκ τετρακιγενέιας, quod interveniant quatuor personæ. Sic etiam in tertio genere mulieri est adfinis maritus secundus, quondam nurus sui mariti: nam privignus fuit ei affinis primo genere, uxor ejus secundo, quasi nurus: maritus autem secundus istius, quasi nurus tertio. Et olim quidem erant vetitæ nuptiæ, non tantum primo, sed etiam secundo et tertio genere adfinitatis. Secundo vetantur in hac lege, et amplius in canone *et hoc* 35. *quæst.* 2. *et* 3. quum dicitur, *Non posse matrimonium contrahi cum relicta patris uxoris suæ*, id est; cum noverca uxoris quondam suæ, neque cum relicta fratris uxoris suæ, id est, cum fratria: sic vocantur uxor fratris, id est, cum fratria uxoris suæ, neque cum relicta filii uxoris suæ, id est, cum nuru uxoris suæ, qui casus est expressus in hac lege. Vetabantur etiam olim et vetantur et tertio genere adfinitatis in *c. de propinquis*, *ead. caus. et quæstione.* At ex supradicto decreto Innocentii, illi canones antiquantur in *d. c. non dicitur*, et vetantur nuptiæ in primo tantum genere adfinitatis usque ad tertium gradum inter eos, qui proprie sunt adfines: nam ceteri non sunt adfines, sed loco adfinium, et recta quidem linea, sive directo limite in infinitum vetantur utroque jure inter eos; qui parentum et liberorum locum obtinent, ut puta inter vitricum et privignam, inter privignum et novercam; inter socerum et nurum, inter socerum et generum, quæ appellationes latissime patent, quia excrescunt veluti in pronurum et abnurum. Et sic de ceteris ut in *l. prox. sup. hoc t. l.* 4. *de grad. et affin.* In transverso autem limite vetamur tantum ducere quondam uxorem fratris, vel quondam uxoris sororem, *l. fratris*, *l. pen. et ult. C. de incest. nupt.* Jure Pontificio, prohibitio extenditur ad quartum quasi gradum, quia proprie nulli sunt gradus affinitatis, numerandi, scilicet non civili more, ut in causa hæreditatum et tutelarum, sed Pontificio more, id est, ut tardius procedant gradus jure Pontificio, quam jure civili. Cujus rei explicatio nihil amplius desiderat, et ita, ut cognati defuncti usque ad quartum gradum non ducant eam, quæ defuncti uxor fuit: quo gradu defuncto sum cognatus, eodem sum affinis ejus uxori. Et ex hac disputatione patet, quanta sit differentia, quam tamen auctores juris Pontificii plerumque confundunt genera et gradus affinitatis: et liquet etiam ex ea quid sit, quod Innocentius in *c. non debet*, permittit nuptias in secundo et tertio genere affinitatis contra jus vetus et contra hanc legem: nam et jure civili latius patebat prohibitio nuptiarum, propterea quod in nuptiis contrahendis non tam spectatur quid licet, quam quid deceat, ut *l.* 14. *h. t.* In nuptiis contrahendis naturale jus et pudor inspiciendus, et sola honestatis ratio est idonea.

Ad L. XXXIV. de Ritu Nuptiarum.

Generali mandato quærendi mariti filiæfamilias, non fieri nuptias, rationis est. Itaque per-

sonam ejus patri demonstrari, qui matrimonio consenserit, ut nuptiæ contrahantur necesse est.

Sciendum est filiamfam. non esse justam uxorem, si nupserit sine consensu patris, in cujus potestate est, unde quæritur hoc loco, an nuptiis, videatur consensisse pater, si dederit filiæ mandatum quærendi mariti, et illa optaverit, atque ita junxerit sibi matrimonio aliquem, an justæ sint nuptiæ? Minime, quia debuit eum, quem optaverat prius demonstrare patri, deinde facere nuptias consensu patris: neque enim illo generali mandato data fuit potestas faciendi nuptias, sed querendæ conditionis tantum, ut Græci notant iis verbis: ζητεῖσαι μόνον ἐπέτραψεν. Qui etiam recte ponunt mandatum fuisse filiæ non proxenete sive parario, in quo id multo certius erat verum. Et ipsi filiæ dato ejusmodi mandato quærendi mariti non intelligitur ei permissum, ut nuberet inconsulto patre, et ita respondit Papinianus. Hoc responsum singulare est, in quod tamen inquiri possit, an justæ sint nuptiæ, quas contraxit filiafamil. non adhibito patre, non consentiente patre, si eas pater posuerit in arbitrio filiæ, si generaliter mandaverit, ut nuberet cuicunque vellet: et dico, etiam hujusmodi mandato, eas nuptias filiæ permissas videri tantum, quas verisimile est, specialiter patrem permissurum fuisse, ut de generali hypotheca dicitur in *l.* 6. *de pignor.* Non ergo cum impari, cum ignobili et infami. Nullus est adeo generalis sermo a quo racite quædam non excipiantur ex mente loquentis, *l. si cui, de servit.* multa dicuntur ὑπέρβολικῶς, a generali hypotheca quædam excipiuntur, *d. l.* 6. et a generali mandato gerendorum negotiorum, *l. mandato, de procurat.* Et a generali quoque mandato quærendæ conditionis, vel contrahendarum nuptiarum.

Ad §. Primum.

Ream adulterii, quam vir jure mariti postulavit, non prohibetur post abolitionem uxorem denuo ducere, sed etsi non jure mariti ream postulavit, jure contractum matrimonium videbitur.

Certum est maritum qui uxorem, quam dimisit, et damnavit adulterii judicio publico, domum reduxit, teneri pœna legis Juliæ de pudicitia, qua et quicunque alius tenetur, qui duxit damnatam adulterii, *l. mariti*, §. 1. *ad leg. Jul. de adult. l. castigati, eod. tit.* Et injustæ sunt nuptiæ; injusta uxor: denique neque ducere, neque reducere licet damnatam adulterii: recte damnatam: nam si maritus postulaverit tantum adulterii uxorem, inchoata accusatione, nec peregerit ream, sive damnaverit, sed ab accusatione destiterit, pœnitentia ductus, petita abolitione, quod exigit *lex abolitionem, C. ad l. Jul. de adult.* hoc casu non prohibetur eam reducere, *l. sine metu, Cod. eod.* Nec interest, ut ait hæc lex jure mariti eam postulaverit, quod est jus privilegiarium, quo uti potest maritus a repudio, intra 60. dies utiles, et sine inscriptione, an postulaverit eam jure publico, sive jure extranei post 60. dies et cum inscriptione, ut in *d. l. abolitionem*, *et l.* 6. *eod. tit.* nam quoquo jure eam postulaverit, satis est ante damnationem, si impetrarit abolitionem, id est, veniam omittendæ accusationis temere institutæ, et reducendæ uxoris. Prioris pars hujus responsi est de eo, qui uxorem postulavit ream adulterii jure mariti, posterior de eo, qui postulavit jure extranei, illo loco; *sed etsi non jure mariti ream postulavit.* Et ex priori parte hujus responsi, in posteriore sunt repetenda illa verba: *post abolitionem*, veluti ἀπὸ κοινοῦ. Quoniam utroque casu idem juris est, ut postulatam adulterii jure mariti, vel jure extranei possit reducere petita abolitione.

Ad §. inter Privignos.

Inter privignos contrahi nuptiæ possunt, etsi fratrem communem ex novo parentum matrimonio susceptum habeant.

Privignos quos vocat hoc loco Theophil. ἀλλιλοπρογόνους in §. *mariti, inst. de nupt.* puta, filium uxoris ex alio marito, et filiam mariti ex alia uxore, ii inter se contrahunt justas nuptias; ut patet ex hoc §. et ex *d.* §. *mariti*, *et l. Titio*, *de verb. obligat.* Inter se contrahunt justas nuptias, tametsi ex novo parentum matrimonio fratrem communem susceptum habeant privignum scil. uterinum, et privignam germanam, quo casu evenit, ut frater ille communis susceptus ex novo parentum matrimonio possit dicere nupsisse sororem suam fratri suo, itemque ut alteruter ex privignis possit dicere, fratrem, aut sororem fratris sui, id est, fratris illius communis, non esse sibi fratrem aut sororem, quia comprivigni inter se non sunt fratres, non sunt cognati vel affines, sane nec affines sunt: quia cognati viri uxori tantum adfines sunt, non cognati uxoris: et flexa vice, cognati uxoris viro tantum sunt adfines, non cognati viri; et ut glutine duo tigna junguntur, sic nuptiis duæ cognationes junguntur, ita tamen, ut extrema tantum et oræ vel fines conjungi et copulari dicantur. Et hoc est, quod ait *l.* 4. §. *adfines de grad. et aff.* alteram cognationem ad alterius finem, id est, extremitatem accedere posse, non in totam cognationem irrepere et infundi. Quamobrem comprivigni inter se non sunt adfines, sed

neque consoceri, id est, pater mariti et mater uxoris, ideoque inter se matrimonio jungi possunt: neque item filius mariti et mater uxoris: idcirco et ii matrimonio inter se jungi possunt, *l. ult.* §. *gradu*, *de grad. et aff.* Et generaliter duo cognati duobus cognatis jungi possunt, avunculus et nepos ex sorore duabus sororibus in *c. quod super*, *ext. de cons. et aff.* Sed quod notandum, non sunt cognati et adfines utique semper, quibuscum matrimonium contrahere non possumus, ut ii de quibus dicebamus in *l.* 15. *h. t.* non sunt proprie adfines, et tamen inter eos ex sententia Papin. vetitæ sunt nuptiæ, quia sunt loco adfinium, eorum scil. qui parentum et liberorum locum habuerunt. Ergo prohibitio nuptiarum non semper est idoneum argumentum cognationis et adfinitatis, et imposito quoque propriorum nominum cognationis, vel quasi adfinitatis, licet nulla subsit vel intercedat, non est idoneum argumentum adfinitatis, ut Janitrices, quæ dicuntur propria appellatione, id est, quæ duobus fratribus in eandem familiam nupserunt, quæ ab Homero et Callimacho dicuntur εἰνατέρες inter se non sunt affines, quæ dicuntur a Græcis, nam Latini non habent proprium nomen ἀλλῆλοι, id est, duarum sororum viri inter se non sunt adfines.

§. ult. h. l. expositus est in d. l. 9. de Senat.

Ad L. LXII. eod. de Ritu Nuptiar.

Quanquam in arbitrio matris pater esse voluerit cui nuptum filia communis collocaretur, frustra tamen ab ea tutor datus eligetur. Neque enim intelligitur de persona tutoris cogitasse, cum ideo maxime matrem prætulit, ne filiæ nuptias tutori committeret.

Quod est initio legis 62. explicatur simul cum §. ult. Si pater in test. filiæ tutorem dederit, et nuptias ejus, cum nubilis foret ætatis permiserit arbitrio matris, eam mater nuptum collocabit quum volet pro dignitate familiæ et natalium, sed non poterit tamen, licet generaliter filiæ nuptias in ejus potestate fecerit pater, eam collocare tutori ei dato, ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ. Pater potuisset tutori destinare aut despondere filiam, *l.* 36. *h. t.* mater non poterit, quia tantum abest, ut hoc voluerit pater, ut ideo maxime ejus rei arbitrium permiserit matri, ne sibi vindicaret tutor, id commisit matri, ne committeret tutori filiam. Justæ non sunt nuptiæ inter tutorem et quondam pupillam, quamvis adulta est, antequam tutor rationes reddiderit, et præterea exierint tempora petendæ restitutionis in integrum. Denique justæ non sunt nuptiæ inter eum, qui tutor, et eam quæ pupilla ei fuit, nisi post 29. annum secundum novam constitutionem Justiniani. Et hoc est, quod ait in §. *ult.* tutorem, qui rationes curatori reddidit, pupillam suam ante constitutum tempus ætatis, id est, ante 29. annum ex Constit. Justiniani, intra quem puella in integrum restitui potest adversus tutorem, et rationes tutelæ retractare, etiamsi curatori redditæ fuerint, olim intra 15. annum et annum utilem, ut in *l. filius*, §. *pen. de lib. et post. l. si patris*, *C. de interd. matr.* Hodie intra 29. annum, quia pro anno utili Justinianus substituit quadriennium continuum in *Const. Cod. de temp. in integ. rest.* Ergo ait, tutorem etiamsi rationes tutelæ curatori reddiderit, ante constitutum tempus ætatis, id est, ante 29. annum, pupillam suam, uxorem ducere non posse, etiamsi ex alio matrimonio jam susceperit liberos, et post susceptos liberos eum maritum amiserit. Denique sententia hæc est, neque virgini, neque mulieri ante constitutum tempus petendæ restitutionis in integrum, tutorem conjungi posse.

Ad §. Mulier.

Mulier liberto viri ac patroni sui mala ratione conjungitur.

Quod autem ait in §. *mulier*, mulierem liberto viri, ac patroni sui mala ratione conjungi, hunc habet sensum, quem Glossa non percepit. Justas non esse nuptias inter mulierem et libertum mariti defuncti, quod ostendit *l.* 3. *C. de nupt.* Et hoc est, quod ait, *mulier liberto viri mala ratione conjungitur*, mala ratione, οὐκ εὐπρεπῶς, malo more, *l. cum servus, in fine, mand.* et quod ait *Patroni sui*, non est patroni mulieris; sed viri mulieris, ejusdem patroni liberti: et ita hic versus accipiendus est.

Ad L. XXXI. de Jure Dotium.

Quod si non divortium, sed jurgium fuit: dos ejusdem matrimonii manebit.

Ut intelligatur lex 31. quæ uno tantum versu constat, sciendum est, post divortium redintegratis, et renovatis nuptiis, et reducta uxore non damnata adulterii, tacite dotem renovatam videri, eam quæ fuit in priore matrimonio, nisi nominatim aliud actum et conventum fuerit, ne eadem dos esset in secundo matrimonio, quæ fuit in primo: si nihil actum sit in contrarium tacite eadem dos renovata intelligitur, quia mulier indotata in matrimonium rediisse non creditur, ut *l. prox. sup. l.* 40. *h. t.* Quod utique verum est, etiamsi medio tempore mulier alii nupserit, deinde ab eo diverterit et renovarit nuptias cum priore marito, *l.* 64. *h. t. l. pen.* §. *uxor, sol. matr.* Aliud tamen erit

dicendum, si post divortium dos, aut dotalia instrumenta mulieri reddita fuerint, quod *l.* 40. *hoc tit.* significat his verbis: *non revocatis instrumentis.* Pro quibus Basilica: *καὶ μήπω ἀνακαλεσαμένη τὰ προικῷα*; id est, *necdum revocatis instrumentis.* Aliud enim dicendum est, si post divortium maritus mulieri caverit de reddenda dote, ut in *d. l.* 64. quoniam his duobus casibus renovato matrimonio tacita dos non renovatur, quæ reddita est, vel quæ cauta, sed opus est expressa renovatione dotis, ut res omnis restituatur in pristinum statum: et hæc quidem quum verum divortium intercessit, et post divortium restauratum est matrimonium: at si non verum divortium fuit, si non divortio, sed jurgio potius abacta uxor fuit, si frivusculum, quod Græci *ἀψιμαχίαν*, vel *ἀψιμανίαν*, *brevem iram*, *brevem offensam*, Papin. ait in hac lege, hoc casu post jurgium reconciliata et reversa uxore, idem matrimonium esse videri, ergo et dotem esse eandem, quasi nec dum functam omnibus oneribus matrimonii, quod ex *l.* 33. *supra*, *tit. proximo*, sic intelligi debet: si non longo tempore jurgium illud sive dissidium duraverit, et interim res manserit integra, puta, neque reddita dote neque aliis nuptiis mediis interpositis. Effectus autem ejus sententiæ quis est? quem nostri non explicant, hic est. Quod post jurgium etiamsi aliud actum et conventum sit, puta, ne eadem dos maneret, quod convenire plerumque solet, et pacisci vir cum uxore, quam vult reducere, ut eam facilius reconciliet sibi: si igitur hujus rei gratia paciscatur, ne eadem dos maneat, si velit uxor ad se reverti, nihilominus eadem dos maneat, et si data sit retineri, si promissa, peti potest, infirmata illa conventione, quæ donationis instar obtinet. Donatio autem inter eos, qui nec desierunt esse mariti, ob leve jurgium sive dissidium non valet, *l. si liberis inf. tit. prox. l. vir mulieri, de don. int. vir. et uxor.* Denique hæc est differentia inter divortium et jurgium: quod post divortium si restaurato matrimonio id actum sit inter contrahentes, ne eadem dos maneret, ne restauraretur, rata est conventio, quasi donatione facta medio tempore, quo inter eos nullum fuit matrimonium: post jurgium autem si reversa uxore, vel ut reverteretur idem convenit, conventio nullius momenti est, quia desiit esse uxor, et uxori maritus donat inutiliter. Donat autem uxori, qui manente matrimonio donat ei dotem, restituit ei dotem, vel paciscitur, ne dos data, dos sit amplius, sed ut eam uxor habeat, quasi rem propriam pleno jure: ad hanc quæstionem pertinet, quod scribit Ulpianus *lib. sing. reg. tit. de dotibus.* Dos, quæ semel functa est, amplius fungi non potest, id est, quæ semel fuit dos et desiit esse amplius dos esse non potest, nisi aliud matrimonium sit id est, si ante verum divortium fuerit, non si ante jurgium, et ait, *dotem functam*, ut Paulus primo Sent. *functionem dotis pacto mutari non posse.*

Ad L. LXIX. eod. de Jure Dot.

Cum post divortium, viro sciente, mulier in possessionem prædiorum, quæ in dotem promisit, longo tempore fuerit; convenisse tacite videtur, ne dos quæ promissa fuerat petatur, et si petere eam cœperit, pacti exceptione a muliere repellitur.

Initio hujus legis speciem aliter Accurs. aliter Græci ponunt. Accurs. mulierem prædia in dotem promisisse et tradidisse, Græci melius: promisisse, non tradidisse, et divortio facto, eorum prædiorum, quæ promisit mulier in dotem, petitionem marito competere: Græci, quia ita convenerat: ut divortio facto maritus dotem lucraretur, Accursius melius, quia culpa mulieris factum divortium erat, ex utraque causa marito competit petitio prædiorum dotalium, etiam post divortium. Sed cum Accursio melius erit ponere, *culpa mulieris factum fuisse divortium*, sicut e contrario; ubi dos mulieri restituenda est, ponitur culpa mariti factum divortium, *l. si socero a genero*, §. *Lucius*, *inf. sol. matr.* Neque vero pacto solo dotem lucraretur maritus, non interveniente culpa mulieris: nec enim valet pactum, si convenerit, ut dirempto matrimonio bona gratia, vel culpa mariti, maritus dotem lucretur, ut docet recte Accursius in *l.* 1. *de dote præleg.* Ponamus igitur culpa mulieris factum fuisse divortium, ideoque marito competere petitionem promissæ dotis, sicut retentionem traditæ dotis. Eo etiam casu traditæ dotis haberet retentionem, quæ species congruentior est. Alioquin, si non fuerit factum divortium culpa mulieris, dotem promissam petenti marito mulier objiceret exceptionem doli mali, et diceret: *Dolo facis, qui petis, quod si dedero, mox a te repetitura sum*, ut in d. §. *Lucius*, nimirum, quia divortio facto sine culpa mulieris, dos ad mulierem redit. Imo in hac specie recte desiderabit mulier, quæ promisit dotem divortio facto sine vitio et culpa sua, ut maritus eam liberet per acceptilationem, *l.* 41. §. *ult. hoc tit.* Dum soluto matrimonio ponit generum dotem promissam a socero petere, sane congruam speciem apponi oportet, quia soluto matrimonio dos pertinet ad maritum, et ita vero, ut dixi, posita specie in principio hujus legis, divortio facto culpa mulieris, dos pertinet ad virum, non ad mulierem, et a viro exigitur, præterquam in casu ibidem exposito, si post divortium sciente et tacente marito ea prædia mulier

longo tempore possederit, id est, decem annis inter præsentes, aut viginti inter absentes, ut Græci interpretantur, quia hoc casu marito petenti dotem obstat exceptio pacti, quia diuturna taciturnitas mariti, tacita pactio est, quæ convenisse videtur, ne dotem peteret, et taciti pacti eadem vis est, quæ expressi, *l.* 2. 3. 4. *de pact.* Et in proposito expressi vel taciti vis hæc est, ut ne in dotis causa fuisse videatur, quod in dotem promissum est, ut in *l. ult.* §. *ult. tit. seq.*

Ad §. *Mulier.*

Mulier pecuniam sibi debitam a Sejo cum usuris futuri temporis in dote promittenda demonstravit. Eas, quoque dicis portionem esse, quarum dies post nuptias cessit, rationis est.

Mulier ante nuptias promisit in dotem nomen L. Titii, id est, pecuniam sibi debitam a Lucio Titio, et usuras futuri temporis, id est, quas in futurum deberet Lucius Titius, et ait, quod mirum est, Papinianus eam promissionem sive conventionem valere, et ex ea conventione usuras ejus pecuniæ fieri portionem dotis, quoniam placuit, ut non tantum nomen doti esset, sed etiam usuræ nominis futuri temporis: usuras, inquam, non eas tantum, quarum dies cessit post promissionem ante nuptias, sed etiam eas, quarum dies cessit post nuptias, quoniam in dotem dicta est illa pecunia sine distinctione ulla cum usuris futuri temporis. Denique id actum est, ut in dotem esset ea sors et usuræ futuri temporis cujuscumque. Et vero si fiat ut convenit, id erit iniquum et falsum, quod ostendo manifestissima ratione: quia si post nuptias usuræ sortis datæ in dotem computantur in dotem, dos nulla constituitur, propterea quod usuris post nuptias insecuti temporis imputatis in dotem, nulli supersunt fructus, aut quasi fructus dotis, qui serviant oneribus matrimonii. Dos est repensatio, sive pretium onerum matrimonii, ideoque *repensatrix* a Martiano Capella appellatur. *Nondum*, inquit; *est repensatrix data*, id est, nondum data est dos: dos quæ est sterilis, et quæ non servit oneribus matrimonii, nulla est, *l.* 76. *in fine*, *hoc tit.* dos, quæ nullos fructus adfert viro, nulla est, quia non habet functionem suam. Denique sicut in dotem dato fundo, et fructibus futuri temporis nulla dos est, *l.* 4. *tit. sequenti*, ita nomine dato in dotem cum usuris futuri temporis nulla dos est. Aliud esset, si vel fructus tantum vel usuræ certæ pecuniæ datæ essent in dotem, tanquam sors quædam, cum hoc ageretur, ut pro oneribus matrimonii maritus nihil ferat, quod est contra naturam et functionem propriam dotis, nisi evidenter probetur id quoque actum inter contrahentes, ut et fructus et usuræ fundi vel nominis cederent sortis loco, et contentus esset maritus eo, quod redigeret ex usuris fructuum venditorum, vel ex usuris usurarum, vel etiam, nisi uxor in se receperit onera matrimonii, ut *d. l.* 4. Nam cum ita placuit, ut nulla subiret onera maritus, sed mulier sua onera expediret, se aleret et suos homines suis sumptibus, tunc sane valet conventio, ut non tantum sors, sed etiam usuræ et fructus sint in dotem, et restituantur mulieri soluto matrimonio. At cum onera matrimonii sustinet maritus, et datur fundus in dotem, inutiliter paciscitur uxor, ut etiam fructus fundi sint in dotem, idemque dato nomine in dotem, si caveat, ut et usuræ ejus nominis, in futurum quæ cederent, sint in dotem, nisi id actum sit, quod ante retuli, quod cum non ponatur actum in hoc §. sed simpliciter Lucii Titii aut Seii nomen cum usuris futuri temporis promissum in dotem, puto Papin. respondisse hoc modo, *eas quoque usuras dotis portionem esse, quarum dies, post nuptias cessit, rationis non est.* Rationis non est: nam hoc sermone uti solent negative, ut in *l.* 1. *C. quo quisque ord. conven. vos damno onerari, rationis non est*, et Marcus Tullius in Epistol. *De Volusio quod scribis, non est id rationis.* Et ita in *l.* 2. *de bon. eor. qui ante sentent.* perspicuis argumentis observ. 6. docet esse legendum, *rationis non est.* Sensus igitur responsi Papin. dignissimus hic erit, nomine L. Titii cum usuris futuri temporis promisso in dotem, eas usuras, quarum dies ante nuptias post dotis promissionem cessit, portionem dotis esse, quo tempore nulla maritus subiit onera matrimonii, sed non eas quoque usuras portionem dotis esse, quarum dies post nuptias cessit, ne dos sit sterilis, ne mulier indotata: rationis igitur non est, eas etiam usuras, quarum dies post nuptias cessit, dotis facere portionem.

Ad §. *Usuras.*

Usuras dotis in stipulatum cum dote post divortium deductas, ex die secundi matrimonii non esse præstandas, placuit, quia nec sortis exactio locum habere cœpit. Medii autem temporis debebuntur.

Speciem hoc quoque loco Græci aliter ponunt, aliter Accurs. Græci initio contrahendi matrimonii mulierem stipulatam soluto matrimonio dotem sibi reddi et usuras certas, quo tardius sibi dos redderetur. Rectius Accursius, id stipulatam mulierem post divortium, quod verba Papin. probant manifesto, et restaurato matrimonio ac dote, actione ex stipulatu peti non posse usuras dotis,

pro ratione ejus temporis, quod restaurationem matrimonii insequutum est, quia nec sors, id est, dos ipsa, quæ in stipulatum deducta fuit, restaurato matrimonio peti potest, *l. 15. sup. h. t. l. si mulier diverterit, inf. sol. matrim.* Denique tota stipulatio perempta est renovato matrimonio, tota stipulatio reddendæ dotis cum usuris certis ubi cessat petitio sortis, cessat etiam usurarum, *l. lecta, de reb. cred. l. 77. h. t.* Certum igitur est, post renovatum matrimonium extingui stipulationem dotis et usurarum, atque adeo post restaurationem matrimonii, insecuti temporis usuras peti non posse. At, ut subjicit, *medii temporis usuræ debebuntur*, medii temporis, quod scilicet fuit inter primum et secundum matrimonium, quo etiam dos ipsa peti potuisset, usuras peti posse a die divortii in diem repetiti et renovati matrimonii, et peti posse quasi debitas, quod dies earum cesserit. Peti, inquam, posse, etiam post secundum matrimonium, quæ est sententia hujus §.

Ad §. in domum.

In domum absentis uxore deducta, nullis in eam interea ex bonis viri sumptibus factis, ad exhibitionem uxoris promissas usuras, reversus vir improbe petit.

Pater filiæ nomine secutis nuptiis promisit, se genero daturum dotem certam, et quoad eam dotem solvisset, usuras certas ad educationem filiæ suæ, ad exhibitionem filiæ suæ; ut loquimur, *pour l' entretenement*, uxoris ejus; quibus scilicet uxoris gener uxorem suam pasceret, vestiret, tueretur, et homines ejus, id est, servos ei datos a patre, quos Cato vocat *receptitios servos*, quos ipsa mulier sibi retinet, nec dat in dotem, retinet sibi, et recipit inter bona πγράφερνα. Sicut receptitii sunt servi extra dotem non dotales, sive παράφερνοι: denique socer genero promisit usuras certas, quibus uxorem suam tueretur et exhiberet, hominesque ejus, ceteraque onera uxoris expediret. Deinde filia absenti viro nupsit, quod fieri potest, si deducatur in domum viri absentis: nam consensus solus facit nuptias, et deductio in domum viri, et ita mulierem nubere absenti ostendit *l. 5. sup. de rit. nupt.* Et cum esset in domo viri, non ex bonis viri, sed ex suis, vel patris bonis onera sua expedivit, se exhibuit et suos. Papinianus ait, reversum maritum dotem quidem petere posse, sed usuras dotis improbe petere, id est, petenti obstare exceptionem doli mali, quia usuræ ei ad exhibitionem uxoris promissæ erant, ut in *l. pen. ff. de acquir. hæred.* Et ipse uxorem non exhibuit de suo, nullamque in eam fecit impensam. Et cum hoc responso congruit aliud ex eodem libro, quod est in *l. in insulam, §. usuras, inf. sol. matrim.* Quod suo ordine explicabitur. At hic vero quæritur, quid sit dicendum, si pater vel quis alius, qui viro dotem promisit pro muliere, non promiserit etiam usuras, an usuræ dotis viro debeantur? et videntur non deberi, quia, etsi ex parte mulieris actio ex stipulatu de dote sit bonæ fidei, ex parte tamen viri est stricti juris, qua in re hallucinatur Accursius in *l. de divisione, ff. sol. matrim.* Et in judiciis strictis usuræ non veniunt, aut debentur citra stipulationem, *L. Lucius Titius, ff. de præscr. verb. l. 10. §. si cui mandavero, mand.* Verum favore nuptiarum, ut hoc loco Stephanus Græcus interpres respondet, recte constitutum est, ut et sine pacto vel stipulatione trientes usuræ dotis marito debeantur, non quidem statim a contracto matrimonio, sed post biennium a die contracti matrimonii, *l. ult. §. præterea, C. de jur. dot.* Ex stipulatione deberentur statim a die contracti matrimonii, ipso jure non debentur, nisi post biennium. Item ad hæc quæritur quid sit dicendum, si exhibuerit quidem et aluerit uxorem maritus suis sumptibus, sed usurarum promissarum quantitas superat sumptus. An residuum promissor dotis retinere, aut promissori restitui debeat, si solutæ dotis usuræ fuerint? Et in hac re placet distinctio legis *creditor, §. si inter, ff. mand.* ut si per exhibitionem filiæ, quam suæ curæ fecerat data certa pecunia genero mandaverit tanquam procuratori vel dispensatori, patri residui petitio sit, si usurarum quantitas excedat summam exhibititionis, ut in *l. pen. §. 1. de leg. 2.* At si nihil socer genero mandaverit, sed usuras tantum ei promiserit in exhibitionem filiæ, residui ex usuris, quod gener non consumpsit in uxorem, nulla petitio est. Quæ est elegans distinctio *d. §. si inter.*

Ad §. Gener.

Gener a socero dotem arbitratu soceri certo die dari, non demonstrata re vel quantitate, stipulatus fuerat: arbitrio quoque detracto, stipulationem valere placuit. Nec videri simile, quod fundo non demonstrato, nullum esse legatum, vel stipulationem fundi constare, cum inter modum constituendæ dotis et corpus ignotum differentia magna s t: dotis etenim quantitas pro modo facultatum pa ris, et dignitate mariti constitui potest.

Si genero stipulanti socer promiserit, se certo die daturum dotem arbitrio soceri, vel, si gener a socero stipulatus sit sibi dotem dari arbitrio soceri, quæritur an sit utilis stipulatio, quoniam videtur in soceri arbitrio positum, an debeat, et

quantum debeat dotis nomine, quod esset inutile et inane. Itemque videtur esse stipulantio incertæ et ignotæ rei: cum simpliciter stipulatur dotem non demonstrata re vel quantitate certa, sed dotem dari simpliciter arbitrio soceri? At verius est, non esse inutilem stipulationem, quasi ignotæ et incertæ rei, quia ignota res in stipulationem non deducitur, cum stipulationi inseritur arbitrium boni viri, quod semper certum et exploratum est; sicut æquitatis ratio semper est certa, cujus bonus vir est arbiter, atque sacerdos. Illa enim verba, *arbitrio soceri*, non pro libero et dissoluto arbitrio, sed pro arbitrio boni viri accipienda sunt, ut in *l. 3. C. de dotis promis. l. 1. ff. de legat.* 2. ut scilicet dotem socer constituat pro modo suarum facultatum, et dignitate mariti. Hic est constituendæ dotis modus, quem patres servare debent atque tutores et curatores, ut in *§. seq. et l. quæro, sup. h. t.* Plus adjicit Papin. etiam detractis illis verbis, *arbitrio soceri*, valere stipulationem, licet nulla res aut quantitas certa demonstrata fuerit, sed simpliciter socer genero dotem promiserit. Cui sententiæ, sive responso obstat *l. 1. C. de dot. promiss.* quæ stipulationem dotis nullam esse ait, si mulier marito stipulanti dotem promiserit, non demonstrata re aut quantitate certa. Obstat etiam quod dicitur, non valere stipulationem fundi, vel legatum fundo non demonstrato, *l. ita stipulatus, inf. de verb. obligat. l. si domus, de leg.* 1. Quibus objectionibus quemadmodum respondendum sit hoc loco, Papin. submonet satis. Ex eo igitur dicamus, quod etiam omnes Græci interpretes dixerunt; et Accursio in mentem venit, multum interesse, an pater dotem promittat pro filia, ut in hoc § an mulier ipsa, quæ nuptum it, dotem promittat pro sese, ut in *d. l. 1. C. de dot. promiss.* Nam pater debet dotem filiæ tanquam æs alienum, *l. qui liberos, sup. de ritu nup. l. ult. C. de dot. promis.* Et quantum debeat non est incognitum, non est incertum vel obscurum: debet enim et cogitur extra ordinem dotem filiæ constituere pro modo patrimonii sui et dignitate generi. Et hanc utique dotem, huncve modum dotis semper promittere intelligitur pater, qui pro filia simpliciter dotem promittit, non ergo dotem incertam. At quia nulla est dos certa, quam sibi ipsi mulier constituere debeat, aut cogatur, sed in arbitrio ejus est, quam aut quantam velit marito dare vel promittere, modo omnia bona sua, ut in *l. 72. h. t. et l. 4. C. eod.* modo exiguam pecuniam, modo nullam, maxime si cui abunde suppetat prima dos formæ. Ideo mulier dotem promittendo simpliciter, non adjecta re vel quantitate certa, nihil agit, quia quantum promiserit non apparet, et leviculæ rei præstatione defungi potest, quam sibi solam dotem esse dicat. Qua ratione etiam, si quis promittat aut leget fundum simpliciter, inanis stipulatio, inane legatum est, quia ignotum corpus promissum, aut relictum est, et ad rem omnium vilissimam atque levissimam et ridiculam redigi ea promissio, idve legatum potest. Dos simpliciter promissa a muliere, vel ab extraneo non a socero redigi potest ad obolum, fundus ad cespitem, glebulamque fortuitam: ut in Laurea Tullius scribit,

Fundum Varro vocat, quem possim mittere funda.

Quamobrem si mandem, ut mihi quemvis fundum emas, inane mandatum est, *l. Quintus 48. in fi. ff. mand.* ubi legendum, *Ut mihi quemvis fundum emas*, non *tibi*, in Flor. etc. Basil. recte, *Mihi.* Igitur si mandem, ut mihi quemvis fundum emas, ridiculum est mandatum, quia mandato defungi potest emptione rei ridiculæ, modici pulveris, aut cœni, quod solo contineatur modo. Fundi finitio non est naturalis, sed posititia et arbitraria, *l. quod in rerum, §. pen. de leg.* 1. fundus est, quantumcumque libitum homini terrulæ fundum vocare. Ita vero demum inutilis est stipulatio, ut legatum fundi non adjecto nomine vel demonstratione certa, si promissor vel testator nullos fundos habuerit in bonis: nam si quos constitutos vel finitos habuerit, valebit stipulatio et legatum, et ex eis fundis unum præstabit heres vel promissor, quem elegerit, ut in *l. si domus, de leg.* 1. Et ita est accipiendum, quod in *l. ubi autem non apparet, ff. de verb. obl.* inter stipulationes utiles numeratur stipulatio fundi sine propria appellatione vel demonstratione, quæ vice appellationis fungatur, cum scilicet plurium fundorum possessor simpliciter stipulanti fundum promittit: nam si cui nullæ opes, aut res soli sunt, fundum promittat, inanis stipulatio est, quia redigi potest ad rem ridiculam præstatio ejus stipulationis. Nec alia est ratio domus simpliciter promissæ ab eo, qui nullam domum habet; nam etiam promissio domus redigi potest ad præstationem vilissimam, inutilissimam liminis sive tugurii. Verum longe alia est ratio hominis sive servi promissi, quam fundi vel domus: nam qui hominem promisit, simpliciter obligatur, sive homines habuerit in bonis, sive non. Idemque in legato, *l. legato generaliter, ff. de legat.* 1. Quia naturalis est finitio hominis, quæ arbitratu nostro mutari non potest, nec sunt in manu corpora deridicula, quæ pro homine obtrudi possint, non pusillæ etiam illæ et vanæ homuncionum species, qui sub terra videntur fodinis Germaniæ, et laborantium idem

quod operarii sed nihil promoventium, quos etiam manu prehendere impossibile est.

Ad §. Nuptiis.

Nuptiis ex voluntate patris puellæ cum filio tutoris jure contractis, dos pro modo facultatum, et dignitate natalium recte per tutorem constitui potest.

Ut pater debet filiæ dotem constituere pro modo facultatum suarum, et dignitate sua, atque mariti, quod dixit in superiori §. ita pupillæ tutor vel curator, quod ostendit in hoc §. et in *l.* 6. *h. t.* Pater dotem constituit de suis bonis: tutor vel curator de bonis puellæ, *l. si curatores, C. de admin. tut.* At sciendum est ex oratione M. Commodi et ex SCto tutorem vel curatorem pupillam suam vel adultam sibi vel filio suo despondere, aut matrimonio jungere non posse, nisi pater puellæ cum moreretur id se velle demonstrarit vel designaverit: nisi, inquam, cum filiæ suæ maritum destinaverit vel despondèrit, *l. tutor: et l. non est, ff. de ritu nupt. l. si patris, C. de interd. matr.* Et secundum hoc Papinian. in hoc §. ponit, nuptias ex voluntate, id est, ex ultima voluntate patris puellæ jure contractas fuisse cum filio tutoris. Dotem autem a tutore puellæ fuisse constitutam ante nuptias, id est, antequam nubilis esset, antequam finita esset tutela, quæ nubili ætate finitur, id est, ætatis puellæ anno XII completo. Ideo pono a tutore dotem puellæ fuisse constitutam ante nuptias, nondum finita tutela. Nihil quidem refert dos præcedat an sequatur nuptias, *l.* 7. §. 1. *hoc tit.* et Paulus 2. Sentent. tit. de dotib. *Dos*, inquit, *aut antecedit aut sequitur nuptias. Et ideo vel ante nuptias vel post nuptias dabitur: sed data ante nuptias*, *earum expectat adventum*: nihil igitur refert, an dos data sit ante nuptias, an post nuptias. Sed dubitatur in hac specie, an a tutore jure constituta sive data sit: constat jure contractas esse nuptias: de dote quæritur an etiam jure constituta sit, quæ constituta est a tutore, qui est pater mariti: quamobrem constituta videtur in rem tutoris, et regula juris vetat, ne tutor auctor fiat in rem suam, *l.* 1. *ff. de auct. tut.* Et tamen Papin. respondet; etiam ab eo tutore, qui est pater mariti destinati, ultima voluntate patris puellæ, recte dotem constitutam videri, siquidem legitime constituta sit, id est, arbitratu boni viri, pro modo facultatum et dignitate natalium. Et hoc, ut arbitror, favore dotium atque nuptiarum admittitur, præsertim cum in dote constituenda tutor non tam rem suam filiive sui egerit, quam boni viri officio functus sit, servato dotis modo legitimo, quo officio et illo remoto quilibet alius, vel tutor specialiter datus ad dotem constituendam, vel curator fungi debuisset.

Ad §. Patrona.

Patrona dotem pro liberta jure promissam, quod extiterit ingrata, non retinebit.

In hoc §. proponitur alius favor dotium et matrimonii, ut quamvis propter ingratitudinem liberti, vel libertæ, libertas quæ ei data est, et quæcunque donatio revocari possit et rescindi, ut constat ex tit. Cod. *de liber. et eor. lib.* et ex tit. *de revoc. donat.* Non tamen possit revocari dos, quam patrona dedit viro pro liberta sua, quoniam vix posset revocari sine injuria et offensa viri, qui sustinet onera matrimonii, quique fiducia dotis matrimonium cum ea contraxit, et forte dote revocata divortio eam abigeret. Quod etiam confirmat *l. dotem, C. de jure dotium.* Eademque ratione, si mulier intercedendi animo, pro alia muliere dotem promiserit, et forte res etiam suas viro eo nomine obligaverit, ex hac causa non juvatur Senatusconsulto Vellejano, *l. si dotare*, *et l. ult. C. ad Senatusc. Vellejan.* Multa alia, quæ favore dotium et nuptiarum introducta sunt, colligere licet ex *l.* 9. §. *si res*, *et l.* 74. *hoc tit. l.* 1. *l. Cajus, inf. sol. matr. l. ult. sup. de. ser. cor.* et aliis plerisque locis. Et placet valde quod ait *l. ult. C. ad Senatusc. Vellejan.* favore dotium: et antiquos juris conditores severitatem legum sæpe mollire solitos. Denique quod est in hoc §. et in §. *nuptiis*, favores sunt et studia propensa juris auctorum erga dotes mulierum.

Ad §. Cum res.

Cum res in dotem æstimatas, soluto matrimonio reddi placuit; summa declaratur, non venditio contrahitur. Ideoque rebus evictis, si mulier bona fide eas dederit, nulla est actio viro, alioquin de dolo tenetur.

In hoc §. subnotatur una differentia inter dotem æstimatam et inæstimatam: si res æstimatæ dentur in dotem, vera venditio contrahitur, *l.* 18. §. *si ante*, *hoc t. l.* 5. *ff. loc.* Non quidem simpliciter venditio contrahitur, sed cum hoc adjuncto, *dotis causa*: nam venditio dotis causa, non eodem jure est, quo venditio simpliciter contracta, *l.* 10. *hoc t.* Ideoque evictis rebus, quæ æstimatæ in dotem datæ, id est, quæ venditæ sunt dotis causa, mulier viro tenetur ob evictionem, quasi venditrix, actione ex empto vel ex stipulatione duplæ, quæ in venditionibus evictionis nomine interponi solet. Verum divortio facto, quod evictionis nomine ab ea maritus consequutus fuerit, si dos lucro ejus non

cedat, id mulieri restituere tenetur, etiam si exsuperet æstimationem rerum datarum in dotem, quia bono et æquo non convenit virum lucrari ex damno mulieris quicquam. *d. l.* 16. Et hoc de rebus æstimatis. Sin vero res inæstimatæ dentur in dotem, eis evictis, mulier viro non tenetur ob evitionem, quia dos non venditio contracta est: imo nec ulla actione marito tenetur, nisi scilicet, cum necesse non haberet, ultro marito caverit de evictione, ut in *l.* 25. *hoc t.* vel, nisi dotem dari promiserit, antequam daret. Quia dedisse non videtur quod promisit, quæ dedit quod marito habere non licuit, ut in *l.* 1. *C. eod. tit.* His duobus casibus exceptis, evictis rebus dotalibus, quæ inæstimatæ sunt, nulla actione mulier marito tenetur, si modo bona fide eas res marito dederit in dotem. Nam si mala fide, quasi sciebat esse alienas, nec permansuras apud virum, dederit in dotem, tenetur de dolo: non dicit teneri actione de dolo directa, quia famosa est actio, et in uxorem, vel eam, quæ uxor fuit, viro famosa actio non datur, in memoriam honoremque pristini matrimonii *l.* 1. *et* 2. *rer. amot.* Et perperam Græci hoc loco: *In eam, quæ fuit uxor, post desiit esse per divortium, dari actionem famosam*, quia illæ leges aperte ostendunt, nec in eam, quæ fuit uxor, dari famosam actionem, veluti furti ex antegesto, id est, ex eo quod gessit in matrimonio: ex post gesto non negarem dari. Tenetur ergo de dolo, quæ mala fide, sciens res alienas esse, viro dedit dotem, non directa actione doli, sed in factum verbis temperata, ut ait *l. non debet, de dolo.* Idque definit aperte *l.* 1. *C. eod. tit.* Levior est verbis actio in factum, quæ rem gestam tantum narrat, nec nominatim notat dolum, reipsa tamen est de dolo. Ponit autem hoc loco Papinianus unum casum, quo etsi æstimatæ sint res datæ in dotem, tamen pro inæstimatis habentur. Puta, si convenerit, ut eædem ipsæ res, quæ æstimatæ sunt, soluto matrimonio redderentur, eadem ipsa corpora, quæ æstimata sunt, quoniam hoc casu apparet res fuisse æstimatas, non ut venditio contraheretur, sed ut quanti essent maritus animadverteret, ut earum valor sive dignitas declararetur, ut in *l. si inter, C. eod. tit.* ut in *l. cum pater, §. pater, de legat.* 2. Et ita explicandus §. *cum res.*

Ad §. *In dotem, et* §. *ult.*

In dotem rebus æstimatis, et traditis, quamvis eas mulier in usu habeat, viri dominium factum videretur. §. ul. *Partum dotalium ancillarum dotis esse portionem convenit, ideoque frustra pacisci virum, ut inter uxorem et se partus communis sit.*

In §. penultimo notatur alia differentia inter dotem æstimatam et inæstimatam. Datis in dotem rebus æstimatis, quia vera venditio contrahitur, et earum dominium soli marito acquiritur ex causa emptionis, et acquiritur soli dominium, etiamsi eas res relinquat in usu mulieris. Finge esse animalia, aut vestes, quæ datæ sunt æstimatæ in dotem, et eas maritum ultro relinquere in usu uxoris, eas uxorem usu deterere; dominium acquiritur viro: atque ideo periculum etiam, si usu mulieris deteriores fiant, pertinet ad virum, *l. æstimatæ, ff. sol. matr.* nisi aliud pactum sit, ut in casu *l.* 1. *C. sol. matrim.* Periculum rerum æstimatarum pertinet ad virum, etiamsi atterantur usu uxoris: ergo et commodum omne, quod ex eis rebus percipitur, aut percipi potest, pertinet ad virum, cujus periculo ancillæ sunt, ut cujus sit commodum, ejus etiam sit incommodum. Finge datas esse in dotem ancillas æstimatas, partus earum (quæ est sententia §. ult.) pertinet ad virum, cujus periculo ancillæ sunt, cujusque in dominio sunt solius, et generaliter sive dos sit æstimata, sive inæstimata, si id actum sit, ut periculum ancillarum dotalium pertineret ad virum, partus ancillarum sunt mariti, *l.* 18. *sup. hoc tit.* Et hæc de rebus æstimatis. Inæstimatarum autem rerum, quas mulier dedit in dotem, dominium non est solius mariti, sed etiam mulieris, ut ait *l.* 75. *hoc tit.* Æstimatarum dominium est solius viri pleno jure et firmo atque perpetuo, ut nunquam redeat ad mulierem sine facto viri: inæstimatarum autem rerum non est viri perpetuo jure, sed divortio facto, aut mortuo marito, dominium ad mulierem redit, et periculum quoque dotis inæstimatæ, id est, corporum, quæ inæstimata sunt data in dotem, pertinet ad mulierem, *l.* 10. *in princ. hoc tit.* Ergo et commodum dotis inæstimatæ, quæ proprie dos est, pertinet ad mulierem, itaque recte in §. ultimo hujus legis subjicitur, *Ancillarium dotalium*, ergo in æstimatarum, sicut in *tit. de fundo dotali*, ergo inæstimato. Quoniam æstimatus non est dotalis: ancillæ æstimatæ non sunt dotales. Ancillarum igitur dotalium inæstimatarum partus pertinere ad uxorem, cujus periculo sunt ancillæ, et pertinere quasi partem dotis, nec cedere lucro mariti, quia ut hodie constat inter jurisconsultos, partus ancillæ non est in fructu; et fructus tantum dotis lucratur maritus, suos facit pro oneribus matrimonii: operæ ancillarum et mercedes operarum sunt in fructu, *l.* 3. *de oper. serv. l. mercedes, de pet. hæred.* Et ideo lucro mariti cedunt constante matrimonio, nec possunt esse pars dotis: sicut nec fundi dotalis fructus possunt esse pars dotis, nec nominum dotalium usuræ possunt esse pars dotis, ut dixi in §. 1. quia usuræ vicem fructuum obti-

tinent, *l. usuræ*, *sup. de usuris.* Ut autem non valet conventio hæc, ut rei dotalis fructus sint pars dotis, veluti operæ mancipiorum dotalium, ut sint pars dotis, nec vice mutata valet conventio, ut partus mancipiorum, quos constat non esse in fructu, non sint pars dotis, vel sicut proponitur in §. *ultimo*, ut partim sint dotis, partim mariti proprii, id est, communes sive partiarii, quia hæc conventio dotem minuit, et mera donatio est, quam facit uxor viro, ut lucrifaciat sibi et habeat partem partuum, hoc est, partem dotis; quod est inutile, quia inter maritos vetitæ sunt donationes, sicut si paciscatur maritus, ne dotis sit, quod semel doti dictum est, sed id sibi habeat mulier atque recipiat, inutilis conventio est, quia donationis instar obtinet, a viro collatæ in uxorem, cum post dotem datam paciscuntur, ut mulier sit indotata, ut quod doti dixit, desinat esse in dotem, *l. si liberis*, *et l. quæris*, *tit seq. l. vis mulieri*, *de don. int. vir. et uxor.*

Ad L. XXVI. de Pactis dotalib.

Inter socerum et generum convenit, ut si filia mortua superstitem anniculum filium habuisset, dos ad virum pertineret: quod si vivente matre filius obiisset, vir dotis portionem uxore in matrimonio defuncta retineret. Mulier naufragio cum anniculo filio periit: quia verisimile videbatur ante matrem, infantem periisse: virum partem dotis retinere, placuit.

Quod ad primum responsum attinet species hæc est. Pater cum filiæ nomine dotem daret, pactus est cum genero, ut mortua in matrimonio filia superstite anniculo filio ex eo matrimonio procreato, dos tota apud virum remaneret: mortua autem in matrimonio filia sine liberis, præmortuo forte jam ante anniculo filio, ut dotis pars tantum dimidia ad virum pertineret, altera sibi redderetur. Finge: matrem et anniculum filium simul naufragio periisse, vel ruina, vel incendio, vel aggressura latronum (non refert): quæritur utrum tota dos ad virum pertineat quasi præmortua uxore, an pars dimidia duntaxat quasi præmortuo filio? Res videtur esse dubia et difficilis, quia non apparet quis prior excesserit e vita, mater an infans: si constaret priorem matrem decessisse, dos tota pertineret ad virum ex pacto dotali, si infantem, pars tantum, quid fiet? quid statuemus? Et Papin. respondet, verisimile esse, tenellum infantem spiritum posuisse confestim, matrem diutius pertulisse casum naufragii, et filio supervixisse: et ideo partem tantum dotis ad virum pertinere, partem socero esse reddendam. Et sane quod statuit Papin. hoc semper verisimile et credibile est, non in infante solum, sed etiam in impubere quolibet, quoniam omnis ea ætas tenerrima et infirmissima est, ut non possit diu colluctari cum morte, *l. si mulier*, *inf. de reb. dubiis.* Res sive quæstiones dubiæ vel ambiguæ plerumque præsumptionibus justis explicantur, ut in *l. si fuerit*, *in fi. de reb. dubiis*: et præsumptio hæc justa semper et probabilis, et verisimilius est, prius mori impuberem quam patrem, aut matrem. Ergo in impubere et patre pariter mortuis, vel impubere et matre pariter mortuis uno casu repentino, nullus est labor, quia semper verisimile est, prius mori impuberem. In filio pubere major est quæstio, quoniam in eo, cum extinguitur una cum patre aut matre, quod magis præsumamus, non habemus: et ideo patre vel matre et filio pubere commorientibus, non quod vero similius sit frustra spectamus, sed quid sit humanius. Et quærimus secundum regulam juris, ut in rebus dubiis benigniorem interpretationem sequamur. Aliquando autem humanius et benignius est credere sive fingere matrem aut patrem supervixisse filio puberi, ut in *l. qui duos*, §. *si cum filio*, *ff. de reb. dub.* Si pater libertinus cum filio naufragio vel ruina perierit superstite patrono, cujus reverentiæ et verecundiæ debetur legitima hæreditatis liberti mortui intestati sine liberis. Et hoc casu, quum incertum est, quis prior vita decesserit, libertus an filius ejus, quem si constaret posteriorem decessisse, excluderetur patronus per filium quasi superstitem patri libertino, legitima hæreditate liberti: et ideo benignius est credere patrem libertinum supervixisse filio, ne in re dubia et sub incerto temere hæreditate legitima patronus excludatur, quæ ei defertur mortuo liberto sine liberis. Et forte verissimum est in reipsa eum esse mortuum sine liberis: puta, præmortuo filio. Itemque in *l. ex facto*, §. *si quis*, *ad Senatus. Trebel.* Si hæres rogatus restituere hæreditatem sub conditione, si sine liberis decederet, suscepto filio simul cum eo naufragio perierit, vel alio casu superstite fideicommissario, dicemus patrem supervixisse filio, ne in re adeo obscura, dubia et incerta temere pronunciemus contra fideicommissarium, et eum excludamus fideicommisso, quod forte in rerum natura certum est ei jure deberi, quod filius ante patrem mortem obierit. In re dubia benigniorem interpretationem esse sequendam. Benignius autem esse, non fraudari patronum vel fideicommissarium hæreditate, aliter quam si liquido probetur filium supervixisse: aliquando vero contra, humanius est credere, non patrem supervixisse, ut illis duobus casibus, sed filium puberem. Et placet quod ait *l. cum pubere*, *de reb. dub.* humanius esse credere filium supervixisse: in his quæstionibus igitur non est quærenda alia ratio quam humanitatis, ubi

præponderat magis, et prout suggesserit, vel credere patrem supervixisse, vel filium, non patrem: atque ita fortunam servasse ordinem naturæ, seniore prius extincto. Humanius autem est ita credere, filium supervixisse non passim, ut patet ex superioribus casibus, sed si hic casus sive species proposita, aut res, qua de agitur, suadeat aut non dissuadeat, ut in *d. l. qui duos*, §. *cum bello.* Si cum filio patre eodem momento temporis interierit superstite matre et agnatis, benignius est credere, hoc est, fingere et dicere ordinem naturæ servasse fortunam, ut in dubio matri faveamus, quæ in luctu est magno propter amissum maritum et filium potius quam agnatis. Item in *d. l. qui duos*, §. *ult.* si cum filio testamento patris ex asse hærede instituto pater simul perierit, favorabilius est dicere diutius vixisse filium, ut bona paterna filius transmittat ad hæredes suos, quasi hæres extiterit patri ex testamento, et non simul cum patre, sed post patrem mortuus sit, quod tamen non dicerem dato filio cohærede vel substituto, quoniam non abs re ille §. *ult.* ponit filium hæredem institutum ex asse: nec dati substituti mentionem facit: nam dato cohærede filio vel dato substituto, in dubio benignius est non eripere cohæredi jus accrescendi, vel substituto jus substitutionis, quod forte revera obtigit: æque naturæ ordinem servatum dicas, id est supervixisse filium, si mater, quæ stipulata est dotem sibi reddi se vivente, mortua filia in matrimonio, cum filia simul moriatur, *fere puncto temporis, ut ait Lucretius*, ne in dubio temere maritus fraudetur lucro dotis, quoniam ex contrario ita intelligitur inter eum et socrum, ut præmortua matre dos remaneat apud virum, ut in §. *cum inter hac lege*: et benignius est favere marito quam hæredi mulieris. *l. quæ de pariter mor.*, *ff. de reb. dub.* Idem dicas in proposita specie, quia Pap. de infante tantum loquitur, non de filio pubere et matre simul defunctis. Dicam igitur filio pubere et matre pariter defunctis humanius esse credere filium supervixisse, ut dos universa apud patrem ejus remaneat, secundum conventionem habitam inter socerum et generum, quam initio proposui. Et ita vides commortuis patre vel matre et filio pubere prout nos movet benigna ratio, trahi nos in diversam sententiam, et modo statuere, supervixisse parentem, modo supervixisse filium: et ita cum uxor et maritus simul perierint, modo dicimus maritum supervixisse, ne dotis lucrum auferatur hæredi mariti, ut in *d. l. qui duos*, §. *si maritus, et l. si possessor*, §. 1. *de relig.* ubi, ut hoc obiter admoneam, errore fallitur Acc. non intelligens ea verba, *Proportione dotis*, nimirum ea sic accipiens, ut ex pacto in specie ejus legis, lucretur maritus portionem dotis, portionem tantum non totam dotem, cum longe alia sit mens ejus legis, quæ ea de re pactionem nullam habitam ponit, sed de ea igitur statuit secundum jus commune. Statuit, inquam, secundum jus commune, quod dotem adventitiam præmortua uxore maritus lucratur in solidum, atque etiam profectitiam si pater non supersit: et quum ambo simul perierunt, lex ait, priorem uxorem periisse videri, ideoque dotem totam pertinere ad hæredem mariti, nimirum perempti post uxorem, sed pro portione id est, ἀναλόγως, sive pro rata, pro portione eum debere conferre in funus mulieris. Quoniam in funus mulieris non tantum confert hæres qui mulieri extitit, sed etiam non hæres, qui modo commodum dotis percipiat, ad quem modo dos mulieris pervenerit, et ita etiam hæc verba *pro portione* accipiuntur in *l.* 1. §. *ult. l.* 20. §. *libertus*, *ff. de bon. libert.* Sed pergamus ad alia: modo benignius est uxorem credere marito supervixisse quum ambos simul idem casus oppressit, puta, si quid maritus uxori donaverit, hoc casu dicam, uxorem supervixisse, ne in re dubia temere infirmetur donatio, quia forte et revera posterior mortua est, atque adeo confirmatur donatio morte mariti, quæ antecessit, *l. cum hic status*, §. *si ambo*, *de donat. inter vir. et uxor. l. si is cui*, *ff. de don. caus. mort.* Ergo varie de iisdem quæstionibus respondeamus, secundum speciem, quæ proponitur, prout humanitatis suggerit ratio, nec hujus rei alia definitio est certior. Denique in iis quæstionibus primum spectamus quid sit verisimilius et sequimur, si id appareat, ut quum mater et infans naufragio simul perierunt, sane verosimilius est, subito periisse infantem, deinde matrem: et hoc sequimur, quod probabile et verisimile est: quod si id non appareat, spectamus quod est humanius, et, ut est in regula juris: *Rapimus occasionem, quæ præbet benignius responsum.* Nam deficiente probabilitate, aut verisimilitudine, quæ sunt benigniora semper et omnino in dubiis præferenda sunt, et ut est in historia Nicetæ, ἐν τοῖς ἀδήλοις χρὴ ῥέπειν πρὸς τὸ φιλάνθρωπον. Et hac quidem ipsa benignitatis ratione ducti trahimur in diversas sententias, prout res fert de qua agitur, modo ut statuamus filium supervixisse, modo patrem aut matrem, cum ambo simul perierint.

Ad §. Vir dotem quam, etc.

Vir dotem, quam ex pacto filiæ nomine retinere potuit, si lapsus errore non retinuit: filiam, quæ patris sola matri pro parte hæres extiterit, apud arbitrum divisionis non improbe do-

tis perperam a patre solutæ præceptionem desiderare constitit.

Species secundi responsi hæc est : Inter virum et uxorem convenit, ut divortio facto, uno pluribusve filiis relictis ex eo matrimonio, dotem maritus retineret ; quæ conventio valet, *l. 1. ff. de dote præleg.* Divortio facto una filia communi relicta, vir qui filiæ nomine poterat retinere dotem ex pacto dotali, per errorem facti eam dotem mulieri restituit : mulieri restituisse Cyrillus ponit, et alii omnes interpetes Græci. Et vulgo quoque hoc loco ita legitur : *Dotis perperam a patre matri solutæ.* Deinde pater moriens filiam ex asse hæredem scripsit. Mater autem, paulo post etiam moriens eandem filiam hæredem scripsit ex parte. Agit filia fam. ercis. de bonis maternis dividundis cum cohærede sibi a matre dato. Pap. ait, in hoc judicio per arbitrum divisionis, per arbitrum familiæ ercisc. filiam præcipere dotem integram, quam matri per errorem pater restituerat, cum potuisset et debuisset eam retinere filiæ nomine, deinde præcepta dote reliqua bona materna erunt ab arbitro inter eos dividenda, pro portionibus hæreditariis. Ponit autem filiam a patre hæredem institutam ex asse. Cur ? Quoniam si ei cohæredes pater adjecisset, ut fecit mater, ipsa filia in judicio familiæ erciscundæ dotis præceptionem non haberet, certe non dotis integræ, quia patri non extitit hæres ex asse, neque forte partis, quia dotis functio et præstatio spisse aut vix scinditur ; neque id actum est ut ejus esset retentio pro parte tantum. Ceterum melius erit, hæredes patris cum filia cohærede agere condictione incerti, id est, possessionis condictione, quam 'retinere potuit, et per errorem non retinuit, quasi indebito soluto, ut in *l. qui excep. §. si pars, de cond. indeb.* Ex hoc responso intelligimus dotis, quam divortio facto pater errore lapsus restituit matri, cum posset eam ex pacto retinere, communis filiæ nomine, filiam si patri ex asse, matri ex parte hæres extiterit in judicio familiæ erciscundæ, ejus præceptionem desiderare posse : hanc vero præceptionem desiderabit filia ex persona patris, quia etsi pater a matre, id est, ab uxore sua hæres institutus fuisset ex parte, in judicio familiæ erciscundæ, haberet præceptionem dotis temere restitutæ uxori post divortium, sive perperam, id est, per errorem : ergo et ex persona patris filia, quæ patri hæres extitit ex asse, et matri ex parte, in arbitrio divisionis, sive dividendæ familiæ maternæ, habebit ejus dotis præceptionem. Unde notandum est, cum qui retentionem habet, non petitionem, ut habuit pater in hac specie hæredemve ejus, si eam retentionem omiserit, restituta re, rursus ejusdem rei possessionem nactum retentione uti posse aut præceptione, si quo casu contigerit, ut eam desiderare possit, quia præceptio retentionem imitatur. Petitionem autem nullam habere eum, qui retentionem tantum habuit. Ac ne eum quidem habere quasi indebito soluto, condictionem certi, de qua intelligenda *l. ex quib. ff. de cond. indeb.* dici tamen posse, eum hæredemve ejus habere condictionem incerti, id est, 'possessionis, quam retinere potuit, et errore lapsus non retinuit, ut in *l. qui exceptionem, §. si pars, ff. de cond. ind. l. hæres, ad Senatusc. Treb.* Cur autem Papin. ponat filiam hæredem a patre institutam ex asse, si quæras, dicam hanc esse rationem, quia si a patre sicut a matre fuisset hæres instituta ex parte tantum, dotis præceptionem non haberet in judicio divisionis, quia eam habet ex persona patris. Nam etsi filiæ nomine pater pactus sit, ut dotem retineret, sibi tamen pactus est, non filiæ. Pater autem non nisi totius dotis retentionem sive præceptionem habuit, nec potuit partem retinere, partem restituere. Hæc inconstantia rejicitur, et in hæreditatibus, et in legatis, et in conventionibus hæreditas scindi non potest, *l. 1. de adquir. hæred.* legatum scindi non potest, *l. 4. de leg. 2.* conventio scindi non potest, *l. in commodato, §. pen. ff. commod.* quia non tantum solutio, sed etiam exactio partis, multa habet incommoda, *l. 4. ff. fam. ercisc.* Denique, ut debitor non solvit partem invito creditore, ita creditor non exigit partem scisso credito invito debitore.

Ad §. Cum inter.

Cum inter patrem et generum convenit, ut in matrimonio sine liberis defuncta filia, dos patri restituatur : id actum inter contrahentes intelligi debet, ut liberis superstitibus filia defuncta dos retineatur, nec superabitur portio dotis additamenti causa data, si postea nihil aliud conveniat.

Proponit inter socerum et generum convenisse, ut in matrimonio defuncta filia sine liberis dos socero redderetur, nihil præterea. Plus actum, minus dictum intelligitur. Nam ex contrario Pap. colligit id actum, ut superstitibus liberis defuncta filia in matrimonio, maritus dotem retineret. Et ita pater, vel extraneus, qui pro muliere dotem dedit, si pactus sit dotem sibi reddi in casum mortis, recte dicitur ἐκ τῆς ἀντιδιαστολῆς, sive ex contrario sensu id actum videri, ut in casum divortii non ei sed mulieri dos redderetur, ut in *§. ult. h. l. et l. cum dotem, in pr. sol. matr.* Eodem argumento Pap. utitur in interpretatione legis Juliæ de vi in *l. 1. sup. de offic. ejus cui mand. est jurisd.* ut quod a lege nominatim cavetur, ut

is prætor judexve quæstionis, cui forte obtigerit quæstio de vi publica aut privata, possit eam, si proficiscatur, mandare. Ex contrario argumentatur Pap. a præsente eam non posse mandari. Et similiter Paul. atque Ulp. in *l. ex eo, de testib. l. qui testamentum*, §. *mulier*, *ff. qui testam. fac. poss.* ex eo, quod lex Julia de adulteriis, vetat adulterii damnatam testimonium dicere, colligunt ex contrario, etiam mulierem in judiciis testimonii dicendi jus habere. Eodem argumento utimur in testamentis, ut in *l.* 12. §. *idem respondit, domo instructa, de instruct. vel instrum. leg.* quod is, qui legavit domum instructam, excepit tamen argumentum et tabulas rationum, ex coutrario, cetera omnia eum legasse videri, quæ sunt in supellectili, quibus in ea domo paterfam. fuit instructior. Et eodem fere modo M. Tull. pro Balbo: *Si exceptio*, inquit, *facit ne liceat, ibi necesse est licere, ubi non est exceptum.* Utimur eodem argumento in sententiis judicum, ut in *l.* 3. *C. ex quib. caus maj.* cum proconsul decurionem biennio jubet abstinere ordine decurionum, ἐκ τῆς ἀντιδιαςολῆς quæ verba ipsa eo loci Basilica usurpant; apparet post biennium judicem remisisse decurionatus prohibitionem; non est igitur mirum, si in conventionibus eodem argumento utamur, admittamus et approbemus. Et tamen id non admittitur, si quid dictum sit vel scriptum ex abundanti, ut in specie *l. qui mutuam*, *ff. mand.* exposita lib. 5. Quod ex abundanti convenerit, ut omisso pignore mandator eligi posset, non ideo prohibetur creditor electo pignore ad mandatorem redire: ex abundanti scriptura nullum dicitur idoneum argumentum. Item hoc argumentum ex contrario admittitur in casu eodem, non in diverso, ut in specie legis *Cebius*, *h. t.* Si conveneris inter socerum et generum, ut defuncta filia in matrimonio sine liberis partem tantum dotis gener retineret, fateor ex contrario sive κατὰ τὴν ἀντιδιαστολὴν, ut et eod. loco Basilica loquuntur, id tacite actum videri, ut defuncta filia in matrimonio, qui est idem casus, superstibus tamen liberis, totam dotem gener retineret, non etiam divortio facto, quoniam hic casus diversus est. Illud etiam argumentum admittitur, quod sensum efficiet consentaneum et congruum, non absurdum et dissentaneum, et longe alienum a vero aut mente scriptoris, ut Pap. lib. sign. *de adult.* in fragmentis collectis a Lucino Rufino: quod lex Julia de adulteriis patri potestatem facit cum adultero occidendi filiam, quam habet in potestate, id ait, ex contrario non præstare argumentum, ut eam potestatem occidendi filiam lex Julia dederit non habenti eam in potestatem, quoniam certum erat jampridem, eam potestatem patri dedisse legem Regiam, id est Romuli. Sed id potius arguit adjectum esse in lege Julia, ut videretur pater, qui sensus est congruentior, majore æquitate ductus occidisse adulterum, qui nec filiæ suæ pepercerit. Postremo additur in hoc §. si dos fuerit ampliata post nuptias, quod fit recte, *l. si inter*, *h. t.* pacta dotalia facta initio matrimonii, eadem, nisi aliud convenerit, servari in augmento dotis, in additamento dotis, ut in *l. etiam*, *C. de jure dot.* Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. *Convenit.*

Convenit, ut mulier viri sumptibus, quoquo iret veheretur, atque ideo mulier pactum ad literas viri secuta, provinciam, in qua centurio merebat petit, non servata fide conventionis, licet directa actio nulla competit, utilis tamen in factum danda est.

Species hæc est: Inter virum et uxorem pacto nudo in urbe convenit, ut mulier viri sumptibus quocunque iret, veheretur: post maritus, cum in provincia centurio mereret stipendia, scripsit uxori ut ad se veniret. Illa pactum ac literas viri secuta (sic Græci legunt recte non ad literas) provinciam petitit, id est, ut succurram Accursio, in provinciam profecta est, Basilica πρὸς αὐτὸν ἀπεξῆλθε, profecta, inquam, suis sumptibus non sumptibus viri. Quæritur: an de sumptibus recipiendis cum viro agere possit? Et videtur non posse, quia ex pacto nudo non nascitur actio, adeoque nec directa eo nomine mulieri dabitur actio. Sed æquum est dari utilem in factum prætoriam, quod est singulare responsum Pap. Cujus ratio hæc est, quia et citra illam conventionem, sive remota illa pactione, ut eundem Pap. huic responso subjecisse patet, ex *l. si quis pro uxore de don. inter vir. et uxor.* ubi in hanc rem Ulpianus allegat quartum respons. Pap. remoto, inquam, illo pacto, ut uxor quocunque iret, sumptibus viri veheretur, maritus uxori semper præstat sumptus itineris, quod modo faciat consensu mariti, atque ideo inter onera matrimonii numerantur etiam viatica, et sumptus itinerarii, nec pro uxore facti tantum, sed etiam pro hominibus ejus, sive ministeriis, sumptus omnes viatica, vecturæ, vectigalia, sive portoria pro itinere aut transitu pontis, ut in *l. cum in plures*, §. *pen. loc.* Seneca 2. *de Tranquill. vitæ*: *Cogitans*, inquit, *et in pontibus quibusdam pro transitu dari.* Ludovicus Augustus et Lotharius Cæsar in suis legibus, *ut nullus ad palatium, vel in hostem pergens, tributum, quod transituras vocant, solvere cogatur.* Recte autem dixi, dari uxori in specie proposita utilem actionem in factum prætoriam, quæ est omnium actionum extremum subsidium, quoniam

cessat civilis actio præscriptis verbis, ut Isidorus recte notavit. Nec enim ita conventio habita est, *do ut eas ad me*, ex quo contractu nasceretur actio civilis præscriptis verbis, sed *quocunque ibis dabo*, quæ pactio nuda est, quia neque datione ulla, neque facto sumpsit effectum, sed dictum est tantum; *quocunque ibis dabo sumptus quos feceris in itinere*. Igitur pactio nuda fuit, ex qua civilis in factum præscriptis verbis nunquam datur actio, sed prætoria tantum, casibus certis exceptis a regula, ne ex pacto nudo nascatur actio. Igitur male Cyrillus et Anastasius dari uxori actionem præscriptis verbis, quæ ex contractibus tantum datur, qui ex datione vel facto sumpserunt effectum, non ex pactis nudis, non etiam ex contractu, *facio ut des* ut docet *l. naturalis, ff. de præscrip. verbis.* At recte idem Cyrillus, cessare etiam in hac specie actionem mandati, quia non fuit animus mandati contrahendi, cum miles per literas uxorem rogavit ut ad se veniret, denique ex hoc pacto esse tantum utilem actionem in factum, de sumptibus recuperandis, et subintelligo prætoriam, non civilem.

Ad §. Filia cum pro se.

Filia cum pro se dotem promitteret, pepigit, ut si in matrimonio sine liberis decessisset, matri suæ dos solvatur: pacto filiæ nulla matri quæritur actio: si tamen hæres puellæ matri pecuniam dotis solverit, viro contra placita petenti dotem, obstabit exceptio.

Quinti responsi species hæc est: Mulier viro stipulanti promisit dotem, et pepigit, ut si in matrimonio sine liberis moreretur, si in matrimonio *illiberis* decederet, ut Tertullianus loquitur, matri suæ dos solveretur; mortua ea in matrimonio sine liberis, ex hac conventione nulla matri quæritur vel competit actio vel exceptio, quia prorsus inutile est pactum, vel conventio quælibet, quæ fit alteri absenti, *l. quo tutela 73. §. ult. de diver. reg. jur.* Et nec stipulationi dotis pactum incontinenti subjectum format actionem: hoc enim tantum receptum est in bonæ fidei contractibus, non in stipulationibus, *l. jurisgent. §. quinimo, de pact. l. in bonæ f. C. eodem.* Et quod dicitur in *l. lecta, ff. de rebus credit.* pacta facta incontinenti stipulationi inesse, hunc intellectum habere ea ipsa lex ostendit, ut insint stipulationi ex parte rei, id est, ut pariant exceptionem, non etiam ex parte actoris, ut pariant actionem, sive inesse stipulationi, ut actori noceant, non ut prosint. Verum post mortem filiæ, hæres extraneus quem sibi filia testamento fecerat hæredem, ultro et bona fide matri dotem solvit, tum maritus cum hærede agit ex stipulatione dotis, et intendit dotem sibi dari oportere, Papin. ait, marito petenti dotem obstare exceptionem, quod contra placita eam petat, nec exprimit, quæ exceptio petenti marito obstet. Sed recte Cyrillus interpretatur, obstare exceptionem doli mali, quia infringit fidem pactam inter eum et uxorem, ut dos matri, id est socrui, solveretur. Non obstat exceptio pacti, quia nihil sibi hæredive suo filia pacta est, sed obstat exceptio doli mali, quæ tuetur naturalem æquitatem, *l. 1. §. pen. l. qui æquitate, ff. de doli except.* Et omne judicium, cui opponitur hæc exceptio, bonæ fidei judicium facit, *l. Seja de mort. cau. don. l. 3. C. de except.* Naturali autem æquitati conveniens est, ne hæres, qui bona fide dotem solvit matri ex voluntate viri et uxoris, id est, ex pacto convento inter eos, iterum eam dotem marito solvere cogatur, sed etiam hæres filiæ, quia sciens solvit, non ignarus rei indebitæ: condictionem non habet adversus matrem, quia sciens solvit, et hæc actio errantib. tantum datur: exceptio doli mali, vel ut eleganter idem colligit est φυσικώτερα καὶ οὐ πάνυ ἐξετάζει τὴν ἀκρίβειαν. Exceptio autem pacti juris civilis regulis, et subtilitati magis adstricta est: denique latius patet, diffunditur exceptio doli mali, et sæpe ubi cessat pacti, non cessat doli mali exceptio. Ad hæc quæritur quid sit dicendum, si hæres filiæ nondum cuiquam solvit dotem, quam quæstionem movet Accursius? et contra quam respondet verius esse arbitror, hoc casu marito competere actionem ex stipulatu, eique petenti dotem, nullam exceptionem obstare, neque doli mali, ne hæres bis exigatur, quia nondum quisquam solvit, neque pacti, quia nihil hæredis interest matri solvi. Et falsum est, quod ait Accursius illo casu, marito non dari petitionem dotis, sed matri dari utilem ex stipulatione filiæ. quam fingit intervenisse, cum tamen Papinianus filiam tantum matri pepigisse dicat. Id vero Accursius probat, adducto principio constitutionis *de rei uxoriæ actione*, in quo ea de re nullum verbum, nulla suspicio: item adducta *l. cum dos, h. t.* quæ de patre, et filiaf. loquitur, per quam patri adquiri potest: non de matre et filia, per quam matri adquiri non potest. Forte voluit Accursius in medium adducere casus, quos notavi in *dict. l. cum dos*, quibus ex stipulatione patris post obitum ejus filiæfa. utilis quæritur actio, et nepoti, vel nepti ex stipulatione avi, *l. quocunque, §. si ita quis, ff. de verb. obligat. l. pater, C. de pact. conven. l. Cajus, sol. matr.* Sed hoc tantum jure singulari datur summis affectionibus parentum erga liberos, ut *d. l. Cajus, in fin.* non vice versa liberorum erga parentes.

Ad §. Ultimum.

Pater si filia nupta mortem obiisset, dotem dari stipulatus est: constante matrimonio capitali crimine damnatus est, divortio secuto, vel morte viri soluto matrimonio stipulationis conditio deficit: quod si mulier in matrimonio decesserit, ex stipulatu fisco dotis actio quæritur. Post verum autem divortium renovatis nuptiis, non committitur fisco stipulatio, licet defuncta sit in matrimonio filia, quoniam ad primas nuptias pertinet.

Pater dotem datam pro filia stipulatus est sibi reddi in hunc casum, si filia in matrimonio decederet, si filia nupta mortem obiret: in casum omissum, id est, in casum divortii aut mortis viri, in quem pater stipulatus non est, proculdubio dos est reddenda filiæ, ut in *l. si cum dotem solu. matr.* In casum autem mortis filiæ, dos reddenda est patri aut hæredi ejus, aut fisco, inquit, si forte constante matrimonio pater capite damnatus sit, et confiscatus fuerit, quia fiscus loco hæredis est, *l. inter eos*, §. *ult. de fidejuss. l.* 2. *C. ad l. Jul. de vi.* at finge inter virum et uxorem verum divortium intercessisse; veroque non ficto divortio solutum matrimonium fuisse, deinde renovatum, et secundo matrimonio defunctam filiam. An et hoc casu, cum pater confiscatus est, dos fisco reddenda est, actione ex stipulatu? Minime, quia ea stipulatio, qua pater stipulatus est sibi dotem reddi, si filia in matrimonio mortem obiret, pertinet ad primum matrimonium tantum, non ad secundum. Itaque vero divortio facto expirabit ea stipulatio, ut in *l. dotis, de jure dot.* Nec ex ea patri aut hæredi ejus, ergo nec fisco ulla actio competere potest. Recte ait Papin. *verum divortium.* Aliud enim est, si simulatum fuerit et imaginarium divortium in fraudem stipulatoris, *l.* 3. *C. de repud.* Quia renovatum deinde matrimonium, non aliud est matrimonium, sed idem, quod fuit ante, et mortua filia ante virum, proculdubio stipulationi locus est. Aliud item dicendum eadem ratione, si jurgium fuerit, quoniam reversa uxore, idem matrimonium esse intelligitur, *l.* 31. *de jur. dot.* Jurgium, vel frivusculum; ut vocat Ulpianus in *l. cum hic status*, §. *si divortium, de don. inter vir. et ux.* a fribulo, quod frivolum Isidor. 9. *Originum*, per diminutionem sit *frivusculum*, ut ab osculo, ocusculum interpres antiquus Horatii, dum suave interpretatur amoris osculum. Eo igitur nomine significatur frivolaria rixa, frivolaria noxia, unde nostri *noise*, ut Ausonius loquitur.

Sæpe, inquit, *in conjugiis fit noxia si nimia est dos:* et Petronius, *in mediam noxiam*, id est, rixam, *profertur.* Et Donatus in Eunuchum: *ad explendam Venerem longiore noxia adversus virginem utendum fuit.* Hic vero §. ult. hujus legis non est in Basil. credo, quia ei quodammodo derogatur in Novell. 22. quæ vult, ut non jure consistat divortium, etiam si sit verum et serium, quod fecerit filia sine consensu patris viventis adhuc, metu, ne id fecerit in fraudem patris: sed confiscato patre hoc beneficium, quod Novella dedit patri integri status, sane nolim transferri in fiscum, cum nec ad hæredem patris transferatur, et personale beneficium sit.

Ad L. LIII. de Don. inter vir. et uxor.

Mortis suæ causa genero, vel nurui frustra socerum donare convenit; quia mortuo socero nuptiæ non solvuntur, nec interest an pater filium, vel filiam exhæredaverit: divortii species, eadem ratione diversa est.

In hac lege duo sunt Papiniani responsa. Quod ad primum attinet, sciendum est propter matrimonium non tantum virum uxori, vel contra uxorem viro frustra donare quia jure civili, quo etiam hodie utimur, ea donatio improbata est: sed etiam eadem ratione, id est, propter matrimonium, ut ait *l. cum hic status*, §. *oratio, h. t. prætextu matrimonii*, ut ait *l. vitricus, hoc t.* Frustra donare socerum nurui vel genero, si filium vel filiam in potestate habeat et contra generum, vel nurum frustra donare socero, si uxorem suam vel maritum suum in potestate habeat, ut in *d.* §. *oratio*, *et l.* 5. *C. eod. t.* Ratio hæc est: quia jus potestatis, vinculum potestatis unam personam facit, patris et filii, vel filiæ, ut quod donat socer genero vel nurui, quodve donum sive munus accipit a genero sive nuru, id filius, vel filia, qui quæve in ejus potestate est conjugi donare, vel ab eo accipere intelligatur. Jus igitur potestatis donare, vel ab eo accipere intelligatur. Jus igitur potestatis causam præstat inhibendæ donationis etiam inter socerum, et generum vel nurum. Vis videre quam hoc sit verum? Socrus genero vel nurui, vel contra gener vel nurus socrui donare non prohibetur, quia hic jus potestatis non vertitur, nulla enim fœmina familiæ potestatem habet, et inter socrum vel generum vel nurum donationem non prohiberi constat ex *l.* 3. §. *socrui, hoc t. l.* 26. *C. eod. tit. l.* 12. *C. de donat. ante nupt.* Et hæc quidem dicimus de donatione directa, quæ fit inter vivos; hanc dicimus prohiberi inter supradictas personas, inter maritos, scilicet socerum, socrum et generum vel nurum, si socer filium vel filiam in potestate habeat.

Nam si non inter vivos, sed mortis causa vir uxori, et contra uxor viro donaverit, donatio valet quia in id tempus excurrit donationis eventus, quo

vir et uxor esse desinunt morte donatoris soluto matrimonio, *l.* 1. *hoc tit.* neque enim mortis causa donatio perficitur antequam mors donatoris insecuta fuerit, *l. non videtur, inf. de mortis caus. donat.* Eademque ratione nurus vel gener mortis suæ causa socero donare non prohibetur, quia donatio confertur in tempus soluti matrimonii morte nurus vel generi. At quæritur, an etiam contrario valeat donatio, si socer mortis suæ causa nurui, vel genero donaverit ? Et *l.* 26. *in fi. h. t.* ait valere donationem, quod non est usquequaque verum, sed ita demum, si filius vel filia ante socerum vita decesserit, postea socer non mutata voluntate, quoniam donationis effectus excurrit in tempus soluti matrimonii morte filii vel filiæ. Et ita hoc ipso libro Responsorum Papinianum scripsisse Ulpianus refert in *d.* §. *oratio*, et appingendum esse videtur responso hujus legis, quo ex diverso dicitur, donationem non valere, quam socer mortis suæ causa contulit in nurum vel generum, videlicet si socer decesserit superstite filio vel filia, nec soluto matrimonio, quia morte soceri non solvitur matrimonium, atque ita ejus donationis effectus excurrit in tempus constantis matrimonii, cujus ratione initio diximus, eam donationem prohiberi, et ut recte Accursius ait in *l.* 1. §. *Celsus, de dote preleg.* eo casu, id est, quum moritur socer ante filium vel filiam, donatio quam fecit nurui vel socero mortis suæ causa, accedit donationi inter vivos potius quam legato, aut donationi causa mortis. Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco: *Mortis suæ causa genero, vel nurui socrum frustra donare convenit.* Et recte ait, *mortis suæ causa*: nam mortis filii, vel filiæ causa non frustra donat socer nurui vel genero, quia donatio confertur in casum soluti matrimonii, *l.* 11. *de mort. causa donation.* Non tantum mortis nostræ causa recte donamus, sed etiam mortis alienæ causa, *l.* 5. *C. eod. tit.* Et addit Papinianus hoc loco: *Nihil interesse an socer filium, vel filiam exhæredaverit*, hoc est, non valere donationem mortis sua causa facti nurui vel genero, si constante matrimonio socer mortem obierit, etiamsi filium vel filiam exheredaverit. Et ratio hæc est, quia jus potestatis exheredatione non tollitur, sed jus filii tantum, sive jus sui hæredis, *l.* 1. §. *post suos, de suis, et leg. hæred. l. si posthumos*, §. *si filiam, de liber. et posthumis.* Et jus potestatis præstat causam improbandæ donationis: non igitur spes successionis, cum et exhæredatis libertis, nec succedentibus, etiam improbetur donatio. Denique non spes successionis improbandæ donationis a socero factæ causam præstat, ut Odofredus sentit male in *l.* 3. *hoc. tit.* dum scribit, ideo socerum frustra donare nurui, quod ipse maritus, quia socero debeat, succedere, donare videatur; sed causa improbandæ donationis prima, est matrimonium, deinde jus potestatis: unde si in emancipando filio vel filia, vel post emancipationem filii aut filiæ, socer nurui vel genero donaverit mortis suæ causa, vel inter vivos, proculdubio donatio valet, quia jus potestatis cessat, aut solutum est, non etiam, si id fecerit tempore exhæredationis, vel post exhæredationem filii vel filiæ: tunc enim donatio non valet, quia jus potestatis manet interim, nec solutum est exhæredatione. Dixi in emancipando filio vel filia, vel post emancipationem, quia si post donationem, quæ non valet ab initio, emancipaverit filium vel filiam, donationis vitium emancipatio non corrigit, *l. cum hic status*, §. *si consocer, hoc tit.* sicut nec divortium postea secutum, nec mors donatarii, licet solvat matrimonium, vitium emendat donationis ante factæ, *d. l. cum hic status*, §. *si divortium*, et *l. ideo*, §. 1. *hoc t.* Et multo minus id emendabit post sequuta exhæredatio. Idem Papinianus subjicit hoc loco: Divortii tamen causa omnino permissam esse donationem inter socerum et nurum vel generum, sicut inter virum et uxorem, qui cum discedunt bona gratia plerunque se mutuis muneribus afficiunt, et donatio valet, quæ ita fit divortii causa, id est, sub tempus divortii, non cogitatione futuri divortii costante adhuc matrimonio. Valet igitur donatio divortii causa facta, non tantum inter maritos, sed etiam inter socerum et nurum vel generum: valet indistincte, quia fit sub ipsum tempus solvendi matrimonii, id est, sub divortii tempus, *l.* 12. *hoc tit.* Et hoc est, quod Papinianus ait: *Divortii species eadem ratione diversa est*, diversa scilicet est causa divortii a causa mortis soceri. Nam ex hac causa socer nurui vel genero frustra donat, id est, in causam mortis suæ contingentis manente matrimonio, et filio vel filia superveniente. Ex illa autem causa, puta divortii, indistincte recte donat, et hoc ait: *In utraque species, sive causa fieri eadem ratione.* Dices, an igitur eadem ratio efficit contrarium, an eadem ratio infirmat et confirmat donationem soceri? Sic sane, eadem in genere, nempe ratio matrimonii, sed non eadem in specie, sed contraria: in donatione mortis causa ratio constantis matrimonii, in donatione divortii causa, ratio soluti matrimonii. Et eodem sensu dicitur in *l. inter*, §. *sacra*, *de verbor. oblig. liberandi et obligandi.* Contrariorum unam eandemque causam esse, non quidem prorsus eandem; sed eandem, si in contrarium agatur, ut ait *lex* 153. *de regul. jur.* in qua, *utrumque in contrarium actum*, ait illa lex 153. ut ecce, consensus obligationem efficit et liberationem, sed obligationem consensus primus, liberationem dissensus, id

est, consensus secundus et contrarius, *l. prout*, *de solut.* Res una obligationem efficit, et liberationem, sed obligationem res data, liberationem res reddita. Verbis item obligatio acquiritur et liberatio, sed obligatio stipulatione, liberatio acceptilatione, *l:* 8. §. *acceptum, ff. de accept.* Utraque fit verbis et stipulatio et acceptilatio, et sic in specie dicti §. *sacræ*, rei promissæ qualitas obligationem facit et liberationem, sed obligationem, si talis sit, ut dari possit, veluti res profana, liberationem si talis sit, ut dari non possit, veluti res sacra, et ita explicandus est hic §.

Ad §. *Res in dotem.*

Res in dotem æstimatas consentiente viro mulier in usu habuit. Usu deteriores si fiant, damni compensatio non admittitur: easdem res non potest mulier sibi, quasi donatas, defendere ex illis verbis, quibus donationes ei a viro legatæ sunt, cum ejusmodi species neque donari, neque auferri videtur.

In secundo responso hujus legis Papinianus docet, res æstimatas in dotem datas, etiamsi consensu mariti eas uxor in usu habeat, non ideo minus perfecte mariti fieri quasi ex causa emptionis, ut in *l. cum post*, §. *pen. de jure dot.* ex eodem libro, cui istud responsum commodissime coaptari potest. Igitur rerum æstimatarum, quæ datæ sunt in dotem, etiamsi eas uxor in usu habeat, dominium perfecte marito adquiritur: et ideo, si ea res perierint, aut deteriores factæ fuerint attritu uxoris, damnum est mariti, ut in *l. æstimatæ*, *inf. solut. matrim. l.* 10. *in princip. sup. de jur. dot.* Nec potest maritus compensare damnum cum dote, vel cum fructibus perceptis post diremptum matrimonium, ut fit in specie *l. si constante*, §. *pen. inf. sol. matrim.* ob damnum illatum aliis rebus mariti, et ob res donatas et amotas, et impensas, *l. rei* §. 1. *l. fructus*, §. *ob donationes, eod. tit.* Et addit Papinianus, etiam usu earum rerum uxori permissu, non videri eas res uxori donatas, idque apparere ex legato rerum donatarum, quod vulgari modo ita relinqui solebat. *Quæ unius uxori dedi, donavi*, *l. si quando*, *de leg.* 1. Eo enim legato non continentur, quæ in usum maritus uxori concessit, nisi nominatim adjectum sit, *quæque ei in usum concessi*, in *l. uxori*, §. *uxori*, *de legat.* 3. *l. uxori*, *ff. de auro*, *et arg. leg.* Quod in usum conceditur, inquit, Papinianus in fin. legis, *neque donari*, *neque auferri videtur*, neque donari a viro, neque auferri ab uxore. Nam ut non intelligitur amissum quod ablatum alteri non est, sicut recte est in Florent. scriptum, *ablatum, non ablatum*, *in l. nec utilem*, *ex quibus caus. maj.* ita nec ablatum intelligitur, quod amissum, puta donatum non est, et ita sunt intelligenda hæc duo responsa.

Ad L. XLII. Sol. Matr.

In insulam patre deportato, qui dotem pro filia dedit, actio dotis ad filiam pertinet. Post divortium quoque patre damnato, qui dotem consentiente filia non petierat, æque dotis actio mulieris est.

Primum responsum hujus legis est, de dote filiæfam. profectitia, id est, quam pater dedit, cujus quidem dotis divortio facto bona gratia, aut culpa mariti vel morte mariti soluto matrimonio, certum est repetitionem patri, qui eam pro filia dedit, competere, non soli quidem, sed adjuncta persona filiæ, id est, volente et consentiente filia: quia communis res est, et communis actio est, *l.* 2. §. 1. *l.* 3. *h. t. l.* 2. *et l. filiæ*, *C. eod. tit. l. Titia*, §. *qui invita*, *inf. de leg.* 1. *l. pater inf. ad l. Falcid. l. qui hominem*, §. *si gener. ff. de solut.* Et hæc quidem ita si pater vivat: nam si pater obierit ante vel post divortium, vel ante mortem mariti, aut post mortem mariti, nondum repetita dote, soli filiæ dotis repetitio competit, etiamsi exhæredata sit a patre, non competit hæredi patris, vel extraneo, vel suo, puta, fratri filiæ, sed competit soli filiæ, *l. un.* §. *videamus, et* §. *et hoc ex rei uxor. C. de rei uxor act.* Idemque est si pater ante vel post divortium, vel mortem viri, nondum repetita dote consentiente filia, in insulam deportatus fuerit, atque adeo expulsus civitate et confiscatus. Nam deportatio in insulam, est civitatis et bonorum amissio, et mors civilis, et perinde atque si pater excessisset e vita naturaliter, hoc quoque casu, cum in insulam deportatus est, Papinianus docet hoc loco dotis repetitionem soli filiæ competere, non fisco, quia dos est proprium patrimonium filiæ, *l.* 3. §. *ergo*, *de minorib. l.* 16. *de relig. l.* 4. *C. in quibus caus. pignus tac. contr.* Proprium, inquam, patrimonium filiæ, quod neque hæres, neque quasi hæres aut successor patris ei auferre potest; imo ne pater quidem ipse qui dedit, invita filia. Fiscum non sequuntur, quæ hæredem non sequuntur: nam si hæredem non sequuntur, consequens est, non computari ea in bonis confiscatis. Bene autem Papinian. ait: *qui dotem consentiente filia non petierat:* quoniam, si ante deportationem patri filia consenserit, ut dotem peteret, mox deportatus sit in insulam, et ad peregrinitatem redactus atque egestatem, quasi successione actio translata est in fiscum, actio est fisci, non filiæ, et ita est proditum nominatim a Martiano in *l.* 10. *de bonis*

damnat. quem titul. jam pridem restituimus ex Basilicis, qui valde mutilus erat. Actio autem dotis est fisci, eo casu, sicut Græci interpretes recte notant, ea conditione scilicet, ut notant ad illam l. 10. ut fiscus vice patris, quemadmodum cavetur Novel. 97. dotem conservet mulieri, quam recuperavit judicio dotis, eamque mulieri quandoque restituat, vel redintegranti matrimonium: vel nubenti alii. Neque huic sentent. quidquam obstat *l. si marito*, §. *si voluntate*, *hoc tit.* quæ hoc loco imposuit Accurs. quod dicat, *ad exactionem dotis dato procuratore voluntate patris et filiæ, et re judicata secundum procuratorem, judicati actionem postea mortuo patre dari filiæ, non hæredi patris:* ergo nec datur fisco, postea damnato patre, sive mortuo civiliter: cui nos ita respondemus: judicato novari actionem dotis, judicato novari priorem actionem, ut est proditum generaliter in *l.* 3. §. *pen. C. de usur. rei jud.* Denique actionem dotis transferri in actionem judicati, re secundum dotem judicata, et licet filia consenserit patri in actionem dotis, ut ea ageret per procuratorem non tamen consensit in actionem judicati, non consensit patri in actione judicati nova. Ideoque filiæ est salva actio judicati, in quam non consensit: nec quæ permisit priorem actionem videtur etiam permisisse posteriorem, et novam, sicut in *l. si procurator meus*, *ff. de procur.* Si te feci procuratorem, ut ageres ex stipulatu meo nomine, et viceris, actio judicati mihi dabitur, non tibi, quia non feci etiam te procuratorem in actionem judicati. At similiter filia quæ consensit patri in actionem dotis, non intelligitur consensisse, nisi id probetur etiam in actionem judicati, ideoque filiæ potius quam hæredi patris dabitur actio judicati.

Ad §. *Fructus.*

Fructus ex prædiis, quæ in dotem data videbantur, bona fide perceptos, et mulieris oneribus ante causam liberalem adsumptos, quamvis servam fuisse postea constiterit, peti non posse placuit. Sumptus vero necessarios et utiles in prædia, quæ dotalia videbantur factos, compensatis fructibus perceptis, ad finem superflui servari convenit.

Species hæc est: liber homo cum aliena ancilla, quam existimabat esse liberam, errore lapsus contraxit matrimonium, et ab ea prædia quædam peculiaria forte, vel sui domini, in dotem accepit. Neque dos est, neque matrimonium: unde quæritur an fructus ex ea quasi dote a viro bona fide percepti, et quasi in matrimonii onera, consumpti, cognito statu mulieris, et domino prædia vindicante, ut potest, *l. Proculus*, *ff. de jur. dot.* an domino restituendi sint fructus? Item an impensæ in in res quasi dotales a viro factæ, in prædia quasi dotalia domino prædia vindicanti reputari possint? Et respondet Papinianus fructus compensandos esse cum impensis necessariis, et utilibus factis in prædia, quæ dotalia videbantur, et si quid sit superfluum, in impensis, id est, si minus sit in fructibus, plus in impensis, superfluum impensarum viro servari per officium judicis, vel per exceptionem doli mali, ut in *l.* 23. *hoc tit.* sicut fit in quolibet bonæ fidei possessore, *l. sumptus*, *et l. emptor*, *de rei vindic.* exposita a nobis lib. 2. Quid vero si plus sit in fructibus, minus in impensis? An superfluum fructuum domino reddi oportet? Respondeo fructus extantes esse restituendos, quatenus impensas exsuperant: consumptos non esse restituendos, aut eorum æstimationem, ut fit in quolibet alio bonæ fidei possessore, *l. certum*, *C. de rei vind. l. quæsitum*, *ff. de acquir. rerum domin. l.* 4. §. *post litem*, *ff. fin. regun. d. l.* 4. §. *lana*, *ff. de usurp. et usucap.* Et hæc, si injustum fuerit matrimonium: nam si justum matrimonium fuerit, impensæ factæ in res dotales non compensantur cum fructibus, sed fructus omnes ejus temporis, quo stetit matrimonium, cedunt lucro mariti pro oneribus matrimonii. Impensæ autem necessariæ ipso jure minuunt dotem, vel tota dote soluta imprudenter, condicuntur, ut in *l.* 5. §. *si dos*, *tit. seq.* Et utiles impensæ repetuntur actione mandati, vel negotiorum gestorum ex Constitutione Justiniani *de rei uxoriæ actione*, et illæ solæ impensæ cum fructibus compensantur, quæ factæ sunt fructuum quærendorum gratia in annum, non in perpetuam rerum dotalium utilitatem, *l. fructus*, §. *ult. hoc tit. l.* 3. *tit. seq.*

Ad §. *Usuras.*

Usuras numeratæ dotis ex stipulatu pater in matrimonio defuncta filia, si petat: gener, qui residuæ dotis promissæ fœnus stipulatus est, ita demum ad finem vice mutua debitæ quantitatis, compensationem opponere juste videtur, si propriis sumptibus uxorem suam exhibuit. Alioquin si patris sumptibus exhibita sit, inanis usurarum stipulatio compensationi non proderit.

Tertii responsi species hæc est: pater pro filia genero promisit dotem certam, puta, mille, numeravit autem partem tantum, *partem*, id est, *quingenta*, stipulatusque est mortua in matrimonio filia, eam partem sibi reddi, et quo tardius redderetur usuras certas. Contra quoque gener, de patre sive socero, quoad residuam dotis partem solvisset, id est, residua quingenta, stipulatus est sibi dari usuras certas. Mortua in matrimonio fi-

lia pater agit cum genero actione ex stipulatu, dotemque numeratam petit et usuras. Gener ei opponit compensationem quantitatis usurarum, quam vice mutua sibi debet pater ex stipulatione residuæ dotis. Quæritur an justa ea compensatio sit? Et respondet Pap. esse justam, si modo maritus sustinuerit onera matrimonii, et suis sumptibus constante matrimonio uxorem exhibuerit. Et sane, adeo justa est ea compensatio, ut et jure Pontificio, quod usuris, quantum potest, adversatur, approbentur usuræ, quæ pensant onera matrimonii. Nam etsi eodem jure improbetur ἀντίχρησιν, quia vicem usurarum obtinet, c. 1. *et cap. contestatus*, *ext. de usur.* ἀντίχρησις, id est, pignus contractum ea lege, ut fructus pignoris creditor lucrifaciat vice usurarum, nec imputet in sortem: tamen eo jure ea conventio approbatur, si dotis promissæ nomine marito detur pignus eadem lege, id est, ἐν ἀντιχρήσει, marito, inquam, sustinenti onera matrimonii *cap. salubriter*, *eod tit.* ubi illo loco, *Non numerata dote*, velim vos emendare *numeranda dote*. Eademque ratione invenio in *c.* 1. *exi. de feudis*, recte beneficiarium, sive vassallum dare beneficium, sive feudum domino pignori, ea lege, ut fructus lucrifaciat, si modo dominus onera vassalli, vel servitia, quæ vassallus obire debet, in se recipiat. At in specie proposita, si non mariti, sed patris sumptibus mulier exhibita et educata fuerit constante matrimonio, Pap. ait, inanem esse stipulationem usurarum a genero interpositam; quia inest ei semper hæc conditio, si maritus exhibuerit et aluerit uxorem, et ministeria ejus, ut idem Pap. docuit in hoc libro in *l. cum post*, §. *in domum*, *sup. de jure dot.* Denique usuræ residuæ dotis intelliguntur genero promissæ ad exhibitionem uxoris, ergo uxore non exhibita non debentur, et inanis ea stipulatio est, ut nec compensationi prosit. Proinde vir patri præstabit usuras tardius redditæ dotis. Viro autem pater nullas præstabit, vel feret expensas.

Ad §. *Ultimum.*

Ad virum uxore post divortium reversa, judicium acceptum ex stipulatione, quam extraneus, qui dotem dederit, stipulatus fuerit, non dissolvitur, nec officio judicis absolutio continetur.

Notandum est ad hoc responsum, multum interesse mulier dotem dederit, an extraneus pro muliere. Nam si extraneus dederit, et in casum divortii stipulatus sit dotem sibi reddi, quæ dos receptitia vocatur, divortio facto, committitur stipulatio, et ex ea semel parta actio invito stipulatore non extorquetur: semel acceptum ex ea judicium non dissolvitur, neque ipso jure, neque officio judicis, neque remedio actionis: licet interim pendente judicio renovatum matrimonium fuerit, ut in *l. stipulatio*, *de jure dotium.* At si mulier ipsa dederit dotem, et divortio facto bona gratia, vel sine culpa sua egerit de dote, quod potest, etiamsi nihil stipulata sit, post reintegraverit cum eodem viro matrimonium pendente judicio dotis, judicium dotis, etiamsi contestatum sit, dissolvitur, quod est in *l.* 19. *h. t.* Dissolvitur ipso jure judicium rei uxoriæ, quod jam contestatum est, ut *d. l.* 19. vel quod post reconciliationem instituitur, ipso jure nullum est, quia judicium rei uxoriæ est bonæ fidei, et judicis bonæ fidei tacite inest exceptio doli mali, *l.* 21. *h. t.* ut necesse non sit eam opponere. Judicium autem ex stipulatu, quia olim erat strictum, non solvitur, aut submovetur ipso jure, sed opposita exceptione doli mali demum, ut in *l.* 13. *sup. de jur. dot.* hodie ipso jure, quia Justinianus actionem ex stipulatu de dote fecit bonæ fidei. Ea vero lex 13. cum sit Modestini ex libr. singul. de differentia dotis, facile credo Modestinum post verba l. 13. subjecisse, aliud esse dicendum in dote data ab extraneo: atque ita fecisse differentiam inter dotem datam a muliere, et dotem datam ab extraneo: cujus ratio hæc est. Quia jus quæsitum extraneo per divortium invito, ei mulier auferre non potest redintegrato matrimonio, sicut in *l. ult. ff. de pact.* Si per rerum principalem, qui pactus est de non petenda pecunia, fidejussori ejus sit quæsita exceptio pacti, ea fidejussori a reo principali postea auferri non potest, si forte paciscatur in contrarium de petenda pecunia, sicut in *l.* 2. *C. de pignor.* Si primo obligavi generaliter omnia mea bona: deinde secundo specialiter prædium ex meis bonis, specialis hypotheca non derogat generali, quia primo ex generali jus quæsitum est. Jus autem sibi quæsitum mulier remittere potest, quod etiam remisisse intelligitur redintegrato matrimonio, qua ratione etiam placet judicium rerum amotarum solvi redintegrato matrimonio, *l. ult. ff. rer. amot.* Ex quo titulo etiam breviter est explicanda lex 27.

Ad L. XXVII. Rerum amotarum.

Rerum amotarum actio ob adulterii crimen, quo mulier polluta est, non differtur.

Sententia hæc est, propter adulterii crimen, quod dimisse uxori interdit maritus (quia non dimissam non potest accusare adulterii, sed prius debet eam dimittere, deinde accusare) non differri judicium rerum amotarum, quod contra eam semel instituit, aut parat instituere, judicium civile, quia ea actio civilis rerum amotarum nihil præjudicat criminali. Puto hoc scripsisse Pap. de actione rerum amo-

tarum πρὸς ἀντιθιαστηλνὺ, ad differentiam actionis de dote, quia judicium de dote sane differtur propter crimen adulterii, quo post divortium maritus postulavit uxorem, *l. adulterii, C. ad l. Jul. de adult.* quia scilicet actio dotis, quæ civilis est præjudicat judicio criminali. Nam si judicio dotis judicabitur secundum mulierem, nempe, ut dos ei restituatur, quasi sine culpa ejus divortio facto utique præjudicabitur, eam non esse adulteram, quia adultera dote mulctatur. Denique prejudicabitur judicio criminali, quod non est ferendum, quia gravius est judicium. Breviter dicamus actio de dote differtur propter crimen adulterii, non actio rerum amotarum.

Ad L. XXVI. de Testam. tut.

Jure nostro tutela communium liberorum matri testamento patris, frustra mandatur, nec, si provinciæ præses imperitia lapsus patris voluntatem sequendam decreverit, successor ejus sententiam, quam leges nostræ non admittunt, recte sequetur.

In hac lege tria sunt responsa, quæ sola explicare liceat. Ad primum responsum notandum est: tutelam esse virile, non muliebre officium, adeo ut nec matri testamento patris filiorum communium tutela mandari nec mandata decreto judicis confirmari possit, nec si forte Præses imperitia lapsus eam confirmaverit, decretum ejus, sive sententia rata est, quia est contra leges juraque civilia, nec recte fecerit successor Præsidis, si eam sententiam sequatur quæ ipso jure nulla est, male eam probet. Et hæc est sententia primi responsi. Ad quod notandum est: decreto tantum Principis matri postulanti tutelam filii impuberis posse mandari, id que constat ex *l. ult. de tut. l. 2. §. quid si pater, ad SC. Tertull.* in illo loco: *Nec legitime tutelam mater administrat*, legitime, id est, ex decreto Principis, hoc sensu, ut quæ filio impuberi neque tutorem petit, neque ipsa legitime tutelam administrat, id est, ex decreto Principis, amittat jus succedendi filio impuberi. Idemque constat ex *l. 2. C. quod mul. tut. offic. fungi poss.* Et olim quidem mater tutelam filii postulare, et impetrare potuit a Principe, non nisi deficientibus testamentaris tantum tutoribus et legitimis, *d. l. 2. et l. 3. eod. t.* hodie non nisi deficientibus testamentariis tutoribus, quia legitimis tutoribus, id est, agnatis mater præfertur, ut in hæreditatibus ex SC. Tertull. sic et in tutelis, ex Nov. 118. Verum ex supradictis ll. et aliis prerisque Nov. Justiniani, debet prius mater, quæ affectat tutelam filiorum, renuntiare beneficio SC. Vellejani de intercessionibus mulierum: nam auctoritas tutoris in negotiis pupilli intercessio est, *l. 15. C. de admiuist. tut. l. 6. C. de curat. fur.* quæ auctoritas interposita a matre inanis et inutilis esset, nisi renuntiasset SC. Vellejano. Debet quoque ea mater vidua permanere, alioquin tutela removetur, idemque est in avia ex Novella Justin. Nulla tamen lege, aut constitutione adhuc effectum est, ut contra hoc Pap. responsum jure pater in testamento matri filiorum communium tutelam mandarit, utve mandatam Prætor vel Præses jure confirmarit: sed contra nulla etiam lex vel constitutio vetat quin possit mater negotia filii gerere et attrectare, ut voluntarius procurator, ut negot. gestor ex patris ultima voluntate, ut lib. 2. latius exposuimus ad *l. libert. §. pen. de negot. gest.*

Ad §. Honoris causa.

Honoris causa tutor datus non videtur, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia gerenda mandavit, rationes accipere voluit.

Honorarius tutor est is, qui honoris tantum, non oneris causa datus est, ut otiosus observaret gerentes tutelam, non gereret ipse κατὰ τιμὴν, ut ait *l. 15. §. ὁ τῆς πόλεως, de excus. tut.* Denique qui honestatur nomine tutoris, non munere: nam et tutelæ delatio honor est, hæreditas, hæredisve institutio honor est: sicut legatum honor est, eadem ratione dictus honorarius, qua in constitutionibus Codicis sæpe honorarii Prætores vel Consules vel Quæstores, qui nudum habent nomen honoris sine re, qui non versantur ἐν τοῖς πράγμασι, in administratione Reipubl. unde vulgo aliam faciunt dignitatem, legitimam et ordinariam, id est, ἔμπρακτον, quæ in actione consistit, aliam honorariam, quæ nihil agit, *l. 2. C. Th. ad l. Jul. repet.* Et honorarium vinum, quod honoris causa offertur, Cato de innocentia sua: *Cum essem in provincia legatus, quamplures ad Prætores et Consules vinum honorarium dabant, nunquam accepi ne privatus quidem.* Honorarius autem tutor est is, quem pater a ceteris tutoribus, quibus negotia pupillaria gerenda mandavit, rationes exigere, et accipere jussit, quoniam hunc plane totum voluit versari in actione tutelæ, quem posuit supra rationes omnium, id est, totius tutelæ. Qui est honorarius tutor, debet quidem ab iis, qui negotia gerunt assidue, quod est sæpius rationes exigere, etiamsi hoc ei non injunxerit pater, *l. 3. §. 1. de adm. tut.* Sed cum id nominatim injunxit, ut non modo sæpius, sed in singulos actus singulorum administratorum rationes excuteret, sane honorarius tutor non est, quæ est sententia hujus legis. Imo vero ex tutoribus nullus est minus otiosus, quam qui rationes exigit, tractat, dispungit, conficit, hoc est, tu-

telæ summum negotium, quod qui attingit, non potest non attingere, et cetera omnia. Effectus autem hujus legis est, quia honoraria tutela in numerum trium tutelarum, qui numerus excusat a quarta tutela, non computatur, hoc est, honoraria tutela et otiosa non computatur in oneribus, licet quandoque ad honorarios administratorum periculum redundet, *d.* § ὁ τῆς πόλεως, *et l. si quis tutor*, §. 1. *de ritu nupt.* Item quia prius excutiendæ sunt facultates ejus qui gessit et administravit tutelam. quam honorarii tutoris, *d. l.* 3. §. 1. Et ob id intererat scire, quis esset honorarius tutor.

Ad §. *Ultimum.*

Propter litem inofficiosi testamenti ordinandam, exhæredato filio, cui tutorem pater dedit, eundem a Prætore confirmari oportet: eventus judicatæ rei declarabit, utrum ex testamento patris, an ex decreto Prætoris auctoritatem acceperit.

Sciendum est, patrem etiam exhæredato filio, quem habet in potestate, testamento tutorem dare posse *l.* 4. *h. t.* At finge, filium a patre immerito exhæredatum, non habuisse patrem justas causas irascendi filio, et removendi eum hæreditate sua, et filium per querelam inofficiosi testamenti patrem intestatum facere, testamentum rescindere velle: querela inofficiosi testamenti hoc jure, quod obtinuit ante Nov. Justin. 115. rescindit omnia, quæ in testamento sunt scripta, et testatorem prorsus intestatum facit, id est, non tantum hæredis institutionem rescindit, quæ solum et quasi fundamentum testamenti est, sed etiam tutelam, et legata, et fideicommissa, et libertates, et tabulas pupillares, quia re judicata secundum filium exhæredatum, qui questus est de judicio patris, totum testamentum præsumitur esse hominis male sanæ mentis, idcirco corruit totum, *l. Pap.* §. *sed nec impub. et* §. *si ex causa*, *et l. qui repudiantis*, *de inoffi. test.* At quæritur utrum filius exhæredatus, qui, cum sit pupillus solus, ex eo litigare non potest sine auctoritate tutoris, utrum agat querela inofficiosi testamenti auctore tutore testamentario, an auctore tutore legitimo. Finge patruum filio extare legitimum tutorem futurum ab intestato: videtur testamentarius auctor esse non posse, quandiu testamentum in ea causa est, ut rescindi possit per querelam: videtur etiam legitimus auctor esse non posse, quandiu spes est, ut judicetur secundum testamentum contra filium exhæredatum sed quia potest etiam testamentum non rescindi filio non obtinente in querela, et contra, potest etiam rescindi filio obtinente, sub incerto tutius est eundem tutorem, qui testamento datus est non per se auctorem fieri ad eam litem, sed ex decreto Prætoris pupillo dari. *Dari* ait lex proxima quæ sequitur, hæc lex, *confirmari*: nam et qui confirmat, dat, *l. pen.* §. *sed cum veteres*, *C. de necess. hær.* Dari igitur et confirmari a Prætore tutorem testamento datum ad ordinandam litem inofficiosi testamenti, ut, quemadmodum ait lex proxima, sine ullo præjudicio justus tutor auctor pupillo ad eam litem fiat. Justus autem tutor, antequam de jure testamenti judicetur, et de meritis filii exhæredati, interim sane est testamentarius, eum aditam esse hæreditatem defuncti ex eo appareat, quod agatur querela inofficiosi testamenti, quæ non nascitur ante aditam hæreditatem, *l. Pap.* §. *si conditionis*, *de inoffic. test.* Et hoc distat a bonorum possessione contra tabulas, quæ datur filio prætérito, non exhæredato, et datur ut vulgo dicebant Juriscons. *contra tab. contra test.* contra lignum, etiam ante aditam hæreditatem nullo ex tabulis testamenti existente hærede, *l. illud*, *et l. quod vulgo*, *de bon. possess. contra tab.* Eventus autem istius judicii de inofficioso testamento, ut subjicit Pap. declarabit, is qui auctor ad eam litem pupillo fuit, utrum ex testamento, quo scriptus est et institutus tutor, an ex decreto Prætoris, quo confirmatus est, auctoritatem acceperit. Si non vicerit filius exhæredatus, ex testamento videbitur tutor auctoritate accepisse: si vicerit, ex decreto Prætoris ad eam litem tantum. Nam testamento rescisso per querelam, proculdubio ei succedit legitimus tutor, ut in *l. si filiæ*, *h. t. l. si impuberi*, *de tut. et cur. datis.* Non est omittendum, hodie nullum esse locum quæstioni propositæ in hoc §. quia ex supradicta Novella Justin. testamento rescisso per querelam, cetera firma manent, cetera omnia indistincte, hoc enim est verius, id est, tutela, legata, fideicommissa, libertates, secundæ tabulæ, sola hæredis institutio rescinditur. Itaque in questione proposita tutor testamentarius plane auctor esse potest filio exhæredato agenti querela inofficiosi testamenti, nec indiget confirmatione Prætoris aut Præsidis, quia etiam rescisso testamento, tutor manet, et hoc est, quod dicitur vulgo: *Ex causa exhæredationis sive præteritionis, quæ scilicet pro exhæredatione habeatur*, ut si mater vel avus maternus silentio præterierit filium vel filiam, id est, si neque instituerit, neque exhæredaverit nominatim, solam institutionem vitiari: cetera quæ sunt scripta in testamento, manere: nam ea Novella pertinet tantum ad exhæredationem vel præteritionem, quæ pro exhæredatione est, non etiam ad veram præteritionem, ut si pater filium præterierit, quo casu totum testamentum corruit, et re-

scinditur per bonorum possessionem contra tab. exceptis legatis quibusdam, * quæ certis personis relicta sunt, puta, liberis, aut parentibus, aut uxori, vel nurui dotis causa, ex edicto de legatis præstandis.

Ad L. XXVIII. Eod.

Qui tutelam testamento mandatam excusationis jure suscipere noluit, ab his quoque legatis summovendus erit, quæ filiis ejus relicta sunt: modo si legata filii non adjectione propria, sed in honorem patris meruerunt.

In *l.* 28. *de testam. tut.* sunt tria responsa. Ex primo intelligimus: tutorem filio impuberi testamento datum, si cum in arbitrio ejus esset, uti vel non uti excusatione, et immunitate sua, quam forte habet, nec prohiberetur legibus omissa excusatione ultro tutelam suscipere, maluerit tamen se excusare a tutela, indignum esse legato, quod ei eodem testamento relictum est, quia nisi aliud evidenter testator expresserit fidei remunerandæ causa, et quo libentius tutelam susciperet, legatum ei, ut tutori relictum videtur, *l.* 33. *inf. de excus. tut.* Quamobrem si repudiat onus tutelæ, indignus est emolumento legati, quo provocatus est ad tutelam suscipiendam; nec quidquam ad rem facit, quod se excusavit. Id vero legatum, quamvis ei veluti indigno auferatur; tamen non cadit in fiscum, ut plerunque solent ab indignis legata hæreditatesque transferri in fiscum, sed transfertur in pupillum, cujus utilitatem tutor deseruit repudiata tutela jure excusationis, *l.* 5. §. *amittere*, *de iis quibus ut indig. l. pen. C. de leg.* quod ita accipi debet, si pupillus patri suo hæres extiterit, alioquin pupillo exhæredato, legatum non transfertur in pupillum, sed in hæredem patris etiam extraneum, *l. tutor petitus*, §. 1. *de excus. tutor.* Hoc autem loco Pap. ostendit, tutorem, qui se excusat tutela, non tantum repelli a legato, quod ei relictum est, sed etiam ab eo, quod filius ejus relictum est, modo si relictum fuerit in honorem ejus, et contemplationem, et gratiam, non propria adfectione filiorum, quia et hoc quoque ei relictum videtur, quod ejus contemplatione filius ejus relictum est, ut dos profectitia intelligitur, non tantum, quæ data est a patre, sed etiam, quæ data est ab extraneo contemplatione patris, *l.* 5. §. 1 *de jur. dot.* Seneca 5. de Benef. *Sed ut tanquam Jurisconsultus respondeam, mens spectanda est dantis beneficium: ei dedit, cui datum voluit, si in honorem patris dedit, pater accepisse videtur beneficium.* Iisdem verbis Pap. hoc loco: *modo si legata filii non adjectione propria, sed in honorem patris meruerunt.* Ad hæc præter eos casus, qui vulgo notantur, quibus tutor, quamvis tutela se excusaverit, non repellitur a legato, sibi vel suis, sui contemplatione relicto, puta, si per eum culpamve ejus non fiat, quo minus tutelam admiministret, vel si non ei, ut tutori, sed alia adfectione legatum relictum sit, qui casus, et a me supra subnotati sunt. Notandus est alius casus, quem vulgo non animadvertunt, quo etiam tutor, qui se excusavit non repellitur a legato, videlicet, si antequam repelleretur pupillus decesserit, quod *l. amicissimos*, *inf. de excus. tut.* significat his verbis ex contrario sumptis: *Si adhuc viveret pupillus.* Et ratio est aperta, quia non ante legatum amittit, quam ei auferatur, et causa auferendi sublata est morte pupilli. Eadem *l. amicissimos* ostendit, non repelli eum tutorem a substitutione pupillari, si pupillo suo substitutus fuerit in hunc casum; si impubes decesserit: quia *non est verisimile: (ut ait) tunc demum eum testatorem substituere voluisse, si et tutelam suscepisset*, cum substitutionem illam contulisset in casum finitæ tutelæ, id est, in casum mortis pupilli. Sed recte animadvertit primus Ludovic. Rom. in consilio 207. hoc hodie post Nov. Theod. de tutorib. cujus pars est in *l. sciant*, *C. de legit. hær.* ita verum esse, ut non excidat substitutione pupillari, si substitutus, qui se excusavit tutela, alium tutorem pupillo petierit, et dari curaverit intra annum vivo pupillo. Verum, inquam, est ut non excidat substitutione pupillari, si tutorem pupillo petierit, alioquin excluditur substitutione pupillari, *d. l. sciant.* Verum quod idem Romanus ait, repelli quoque eum a substitutione precaria, id est, a fideicommissaria hæreditate, relicta in eundem casum mortis pupilli, et repelli, non quod non petierit ei tutorem, sed quod recusaverit onus tutelæ. Quantum ad illam rationem, fateor eum non repelli ea ratione a substitutione precaria, sive fideicommissaria hæreditate, *l. ult. inf. qui pet. tut.* Nec enim ob non petitum tutorem amittit quis bona patris, quæ deferuntur substitutione precaria, sed bona pupilli tantum ex constitutione Severi, quæ certum est deferri substitutione directa, quam pupillarem appellamus. Quantum vero ad hanc rationem non susceptæ tutelæ Romani nos scriptura fallit, quia hæc ratio repellit tutorem tantum a præsenti lucro, a præsenti legato, quo invitatus est ad tutelam suscipiendam, non a lucro futuro post tutelam finitam, id est; post mortem pupilli, quia non est verisimile, id ei relinqui hujus rei causa, quod etsi dicta *l. amicissimos*, ponat tantum in substitutione directa, tamen eadem ratio intervenit in precaria, de qua dixi ante, quia utraque confertur in tempus

mortis pupilli. Præterea quod idem auctor scribit hodie tutorem, qui se excusat, etiam legatum amittere, quod ei, non ut tutori relictum est, quo magis tutelam obiret, sed alia adfectione, contra quam traditum sit in *l. tutor petitus*, §. 1. *et l. Nesennius*, *et l. seq. inf. de excus. tut.* Quod inquam, ait tutorem, qui se excusat, omne legatum amittere quacumque affectione relictum, etiamsi relictum sit ut cognato, non ut tutori, non fidei remunerandæ causa: id ait se dicere propter primam Novellam Justiniani, quæ non tantum hæredis, sed etiam legatarii et fideicommissarii non obtemperantis voluntati testatoris, contumaciam ita punit, et indevotionem ita mulctat, ut indignum eum faciat hæreditate, legato, fideicommisso quod ita statuit propter eam Novellam, id vitiosum est, quia ea Novella punit tantum eos, qui legata, aut fideicommissa, aut libertates aliis relictas, post admonitionem judicis intra annum solvere detractant, non eos, qui onus sibi injunctum veluti tutelam suo privilegio subnixi, refugiunt, quia hoc faciunt jure publico, ut ait *l. Jurisperit.* §. *ult. de ext. tut.* Legatorum vero, aut fideicommissorum, aut libertatum præstationem nullo jure refugere possunt. Itaque horum separata ratio est, in quibus tamen ille vult idem jus servari. Et præterea Novellæ constitutiones semper sunt strictius accipiendæ, certe nunquam porrigendæ ad casus, quorum ratio sit diversa, ut in proposito jam satis ostendi esse diversum: quia tutelam refugio meo jure, meo privilegio, et jure publico fretus, legatorum, aut similium præstationem nullo jure refugio. In hunc errorem, et illum, et Bartolum, et Doctores omnes primus induxit Jacobus Belvisius summus aretalogus et commentator novellarum.

Ad §. Verbis.

Verbis fideicommissi manumissus, non jure tutor testamento datur: post libertatem itaque redditam, ex voluntate testatoris ad tutelam vocatur.

Ait in hoc responso, servum proprium vel alienum, cui relicta est libertas verbis fideicommissi pure, testamento tutorem datum filio impuberi, non jure datum. Cur? quia scilicet, cum tutor detur verbis directis veluti: *ille tutor esto*, *illum tutorem do*. *l.* 1. *l. seq.* et Theophilo auctore in *t. qui test. tut. dar. poss.* et ab ipso testatore tutor protinus proficiscatur, ut ait lex 7. h. t. eo modo quem proposui, tutela servo defertur, antequam ei libertas obtigerit, quod fieri non potest, quia servus justus tutor non est: ergo etiamsi postea ab hærede præstetur fideicommissaria libertas, quæ relicta est, non jure datus tutor videbitur quia vitium tutelæ dationis, quod fuit initio, non emendatur ex post facto obtingente libertate, sed nihilominus *ex voluntate testatoris ad tutelam vocabitur.* Quibus verbis, ut in §. ult. Pap. significat, eum post acceptam libertatem ex causa fideicommissi confirmandum esse tutorem decreto Prætoris. Confirmatio sequitur voluntatem defuncti, et corroborat, quod ab initio non valebat. Et sane ita est: *Omnem non jure datum tutorem indigere confirmatione.* Et ita est accipiendus hic §. non esse jure datum: ergo indigere confirmatione, hoc necessario consequitur. Et idem opinor esse, si servus sine libertate tutor datus sit, quia etsi huic quoque tacite videatur relicta fideicommissaria libertas, *l. si hær.* §. *ult. h. t. l. etsi non adscr. C. de fid. libert.* tamen non jure datus tutor videtur. At observandum est maxime hoc interesse tutor datus sit sine libertate, an adscripta libertate fideicommissaria: quia ex tutelæ datione non præsumitur data ulla libertas, cum expressim data est fideicommissaria, quia ut vulgo dicitur, expressum facit cessare tacitum, in *l. cum ex filio*, §. *filio, de vulg. subst.* Et merito reprehenditur Acc. qui hoc loco: *Cui etiam nominatim data fideicommissaria libertate, servo tutori dato:* in eodem adsumit directam libertatem ex tutelæ datione. Et in ceteris quoque omnibus Acc. glossa in hunc §. ineptissima est, ideoque deleatur tota. At si servus tutor datus sit sine libertate, si sit proprius servus testatoris, potest defendi ex tacita voluntate testatoris, directam libertatem ei competere, ut in §. 1. *Inst. qui test. tut. dar. poss.* Quam si adserat sibi atque vindicet, jure tutor datus videbitur, sed si adserat sibi fideicommissariam libertatem proprius non alienus servus, non jure tutor datus videbitur, et confirmatione indiget: est in arbitrio servi proprii testatoris, vel hanc vel illam sibi libertatem adserere, et defendere, ut fit in specie *l. si quis servo*, *ff. de man. test.* Quod Thalæleus sentit in dicta *l. etsi non adsc.* dum ait, *Eum qui abnuit fideicommiss. libertatem non continuo abnuere directam, et utrius maluerit servo proprio adsertionem esse.*

Ad §. Ultimum.

Impuberi liberto patronus frustra tutorem dabit: sed voluntatem ejus, si fides inquisitionis congruat, Prætor sequetur.

In tertio responso ponitur alius casus, quo tutor non jure datus ex inquisitione confirmatur decreto Prætoris, habita inquisitione prius de moribus et facultatibus, ut si liberto impuberi patronus tutorem dederit, quod jure non facit, quia patri tan-

tum habenti filium in potestate lex duodecim Tab. permisit tutoris dationem. Et hoc est, quod ait *l. impub. de adm. tut.* tutelam testamento mandari jure patriæ potestatis. Sed is tamen, quem patronus tutorem dederit liberto impuberi, si fides inquisitionis congruat, confirmabitur decreto Prætoris. Quod ita est accipiendum, si patronus libertum hæredem instituerit, et quasi in rem magis, quam in personam tutorem dederit, ut *l. 4. t. seq.* non si exhæredaverit, quia nec a matre tutor datus filio exhæredato, sive præterito confirmatur *l. 4. h. t.*

Ad L. Ultim. ad legem Juliam de adulteriis.

Defuncta quoque socru, gener incesti postulabitur, ut adulter post mortem mulieris.

Sententia hæc est: ut post mortem mulieris adulteræ, adulterii accusari potest a quocunque marito vel extraneo sive mulier mortua sit in matrimonio, sive in divortio, *l. si miles, §. adulter, l. vim, §. in matrimonio, h. t.* Ita post mortem socrus gener, post mortem nurus vitricus, post mortem novercæ privignus, incesti accusari potest. Et quamvis in aliis multæ sint et magnæ differentiæ inter adulterium et incestum, puta quod incesti commune crimen adversus duos simul intentari possit, non adulterii, *d. l. vim, §. duos, et §. seq.* quod in crimine adulterii servi torqueantur in caput domini, non in crimine incesti, *l. 4. et l. 17. de quæstion.* quod crimen adulterii tollatur præscriptione quinquennii, incesti, non nisi præscriptione communi vicennii, *d. l. vim, §. præscript.* quod ignorantia juris civilis excuset incestum, juris naturalis adulterium nunquam, quia jure naturali probrum est, et jus naturale nemini licet ignorare, *l. adulterum, h. t.* Hac tamen in re qua de agitur in *l. ult.* ut ex ea pater, hæc duo crimina nihil inter se distant, quia generaliter proditum est, crimine, quod duorum est, aut plurium commune, extincto in persona unius (extinguitur autem morte) non extingui in persona alterius, *l. 1. C. si reus, vel accus. mort. fuerit.* Ex locis autem ex quibus alii Juriscons. ex hoc libro Papin. testimonia sumunt, restat unus tantum in *l. 15. §. Pap. ff. loc.*

Ad §. Papinianus, L. XV. Locati.

Papinianus lib. 4. responsorum ait si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit ubertas; nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem, etiam ejus annis quo remisit exigendam. Hoc idem et in vectigalis damno respondit. Sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum: quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur etsi superiores uberiores fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

Initio ostendit aliquando propter sterilitatem agri, quam vocant ἀφορίαν, sterilitatem anni, colono pensionis dandam esse remissionem, quam nos appellamus *rabais.* Est verbum juris, Columella primo de re rustica, cap. 7. *Nam ubi sedulo cogitur ager, plerunque compendium, nunquam (nisi si cœli major vis, aut prædonis incessit) detrimentum affert, eoque remissionem colonus petere non audet.* Plin. 9. Epist. 37. *Nam priore lustro, quanquam post magnas remissiones, reliqua creverunt.* Et 10. Epist. 24. *Præterea continuæ sterilitates cogunt me de remissionibus cogitare.* Datam autem uno anno remissionem propter sterilitatem Pap. respondit, nihil nocere eam remissionem domino, si sequentibus annis contigerit ubertas, quæ superioris anni sterilitatem et damna compenset? sed hoc casu, domino esse integram petitionem totius pensionis superioris anni, ut in *l. licet, C. eod. t.* Et subjicit Pap. idem esse in vectigalis damno, id est, si propter sterilitatem prædii emphyteutici dominus emphyteutæ vectigalis, id est, canonis emphyteutici remissionem dederit, Basilica loco illorum verborum. *Idemque est in vectigalis damno*, ajunt, τοῦτο γὰρ καὶ ἐπὶ ἐμφυτευτικοῦ ἐςιν. Ad §. 9. leg. 19. loc. vide sup. ad *l. 14. de officio adsess.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. V. RESPONSORUM ÆMILII PAPIN.

Ad L. VI. de Confirm. tut. vel curat.

Si filio puberi pater tutorem, aut curatorem dederit, contra inquisitionem prætor eos confirmare debebit.

Hujus legis verba secundum Florentinam editionem, qua nulla est melior, hæc sunt: *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi curatorem dederit:* Recte: verum plenior esset oratio, si dixisset, *aut impuberi, vel puberi curatorem:* denique hoc modo: *Si filio puberi pater tutorem, aut impuberi vel puberi curatorem dederit:* nam ita se res habet. Pater vel avus paternus filio puberi vel nepoti puberi, non jure dat tutorem in testamento, quia lex XII. tab. a qua parentes viri-

lis sexus, et per virilem sexum descendentes, qui liberos habent in potestate, acceperunt jus dandi tutoris, ea lex sentit de tutore dando liberis impuberibus ætate parvis, qui per ætatem se defendere nequeunt, non de tutore dando puberibus: ergo puberibus jure non dantur tutores, quia tutoris datio juris est, sive legis, nec quicquam licet ultra fines lege præscriptos de dandis tutoribus. Non dant etiam parentes liberis impuberibus vel puberibus jure curatorem in testamento, *l. peto*, §. *mater*, *de leg.* 2. Quia lex XII. tab. de tutore testamento dando loquitur, non de curatore, de tutela, non de curatione, illo loco: *tutelave suæ rei.* Proinde tutor quidem vel est testamentarius, vel legitimus, vel dativus: curator autem vel legitimus, vel dativus, nullus testamentarius. Et sicut in *l. ventri*, *de tut. et cur. dat.* dicitur, ideo ventri magistratum curatorem dare posse, non tutorem, quod de curatore constituendo edicto prætoris comprehensum sit, videlicet in titulo de ventre in possessionem mittendo; et vero in edicto prætoris non potuit comprehendi, de tutore dando, vel constituendo, quia neque directo hæredem prætor, neque tutorem facere potest, vel confirmare per se solus, sed ut bonorum possessorem pro hærede habet, sic curatorem pro tutore. Et ad eundem modum dicimus, ideo curatorem testamento neque impuberi, neque puberi jure parentem dare, quia lex XII. tabularum tutorem tantum dare permittit, *l.* 1. *et* 20. *sup. t. prox.* Summa hæc sit: non jure dari testamento patris tutorem filio puberi, sed impuberi tantum, quem habet in potestate: non jure item dari curatorem testamento puberi vel impuberi: verumtamen non jure datum tutorem vel curatorem confirmari posse decreto prætoris vel præsidis, id est, causa cognita: neque enim prætor semper sequitur voluntatem patris, non semper confirmat tutorem, vel curatorem non jure datum a patre, *l.* 8. 9. 10. *h. t.* sed aliquando rejecto tutore, vel curatore a patre non jure dato, alium tutorem deficiente legitimo constituit, ut in *l.* 39. §. 1. *et* 2. *de admin. tut.* quæ est secunda lex hujus libri. Denique non confirmat tenere prætor tutorem, vel curatorem non jure datum a patre, non sine decreto. At confirmat sane eum sine inquisitione, *l.* 1. *h. t.* Eadem ratione et sine satisdatione rem pupilli salvam fore, eum ad tutelæ administrationem admitti, *l.* 3. *h. t.* Ratio hæc est, quæ traditur in Institutionibus *t. de satisd. tut.* quia fides et diligentia ejus satis ab ipso parente approbata est, ut de ea nihil amplius inquiri oporteat, vel caveri satisdato, et recte *l. amicissimos inf. de excus. tut.* ait, parentes, id est, patrem, avum, proavum, patronum amicissimos, et fidelissimos tutores liberis eligere solere. Longe alia est conditio matris et parentum, qui per matrem conjuncti sunt, ut avi, proavi materni, quoniam ab iis liberis nunquam jure datur tutor vel curator, sed neque datus confirmatur sine inquisitione, *l.* 2. *h. t. l.* 4. *sup. t. prox.* Cur ita? an propter reverentiam debitam patri? minime. Primum enim reverentia debetur matri, et æque præstanda est omnibus parentibus cujuscumque sexus et gradus, sive cognationis, non propter reverentiam patri debitam (ut quidam insanus ait). Nam omnibus parentibus debetur reverentia. Deinde hanc reverentiam observant liberi, non magistratus: ex quorum inquisitione et arbitrio, non jure dati a parentibus tutores vel curatores confirmantur. An igitur, ut certatim volunt Glossæ et commentarii omnes, propter infirmitatem consilii, et judicii mulieris, quasi non valeat mater consilio satis ad tutorem filiis eligendum? Et hanc quoque repudio rationem: nam et idem, quod in matre, jus est in avo aut proavo materno, in parentibus lineæ maternæ: et consilium quoque matris, hac in re non admodum improbari ex eo apparet, quod a tutore, quem illa dederit, si modo per inquisitionem idoneus sit pronuntiatus, satisdatio non exigitur, *l.* 2. *h. t.* sicut nec ab eo, quem pater dederit. Ratio differentiæ verior hæc est, quia majores nostri plus semper tribuerunt judicio et decreto eorum, qui potestatem habuerunt in liberos, quasi jure suo et imperio decernerent quidquid præceperint, voluerint; quidquid præceperint de pecunia et tutela suæ rei, ut nec fas esset magistratui temere ab eo recedere, quod ipsi decrevissent, non magis quam a legibus ipsis: hujusque juris vestigium remanere aliquod etiam soluta potestate et agnitione per emancipationem, quia et filio emancipato datus tutor a patre, qui jure non datur, cum non sit in potestate dantis, confirmatur tamen ἁπλῶς, id est, sine inquisitione, §. *ult. inst. de tut. l. Nesennius*, *de excus. tut.* Et quod maxime notandum, cum finita patris adoptivi potestate per emancipationem, dicatur ex pristino jure nullum vestigium retineri, *l. in omni*, *de adop.* hic e contrario demonstrat, finita potestate patris naturalis, ex jure pristino quædam vestigia retineri. Et sane jure prætorio jus successionis retinetur, finita potestate patris naturalis, non adoptivi, §. *minus*, *Inst. de hær. quæ ab intest.* Et non tantum per filiumfamilias, sed etiam per filium emancipatum recte pater servum suum manumittit. Et fingitur idem esse homo, quod ad manumissionem attinet, non tantum pater et filiusfamilias, sed etiam pater, et filius emancipatus, tametsi solutum sit vinculum potestatis, *l.* 1. §. *ult. C. comm. de succes.* Et hoc quoque retinetur,

quo de agimus, ut tutor a patre datus filio emancipato sine inquisitione confirmetur, perinde ac si filiofamilias non jure datus esset. Non omittam in hoc tractatu de confirmando tutore, maxime notandum esse, confirmatos tutores testamento datos etiamsi dativi potius esse censeantur, quam testamentarii (quia, qui confirmat, dat, ut diximus in *l.* 26. §. *ult. sup. t. prox.*) tamen pro testamentariis haberi, et ideo legitimos tutores excludere, ut in *l.* 3. *h. t. et d. l.* 26. §. *ult.*

Ad L. III. de Admin. et per. tut.

Tutores qui post finem tutelæ per errorem officii durantes eorum administrationem retinuerunt: nominum paternorum periculum, quæ post pubertatem adolescentis idonea fuerunt, præstare cogendi non erunt: cum actionem inferre non potuerunt.

In hac lege sunt plurima responsa. Primi responsi species hæc est: tutor extraneus post finem tutelæ, id est, post pubertatem adolescentis sive pupilli quondam, per errorem forte, dum putat officium suum protendi ultra pubertatem, in rerum administratione perseveravit. Quæritur an agnoscat, et præstet periculum nominum paternorum, id est, quæ fecit et contraxit pater pupilli, cui pupillus hæres extitit, si ea nomina deteriora facta sint, post finitam tutelam pubertate pupilli, facultatibus scilicet lapsis debitoribus patris post finitam tutelam, qui tempore finitæ tutelæ in facultatibus idonei et locupletes: et si quidem tutor non perseverasset in administratione, proculdubio periculo eximeretur, post finem tutelæ nominibus factis deterioribus, *l. cum post mortem in princ. inf. h. t.* At in proposita specie, quia in administrationem perseveravit, quia rerum administrationem retinuit post pubertatem pupilli, hoc magnam dubitationem facit, et nihilominus Papin. cum, etiamsi post pubertatem perseveravit in administratione, eximit periculo nominum paternorum, si modo tempore finitæ tutelæ debitores paterni, idonei et locupletes fuerint. Et ratio Papiniani hæc est, quia non potest ei imputari, quod debitores paternos post finitam tutelam non exegerit, cum eos non potuerit exigere finito officio tutelæ, nec adsumpto alio officio novo curatoris, vel procuratoris, actionem, inquit, non potuit inferre: nullam exigendi facultatem habet; qui nullam actionem intendere potest, *l.* 6. §. *ult. de neg. gest.*

Posui initio tutorem fuisse extraneum, non abs re: nam si fuit cognatus pupillo vel affinis, vel libertus, in eo cessat Papin. ratio, quia etiamsi nullum sit ei injunctum officium, quod tribuat administrationem rerum pupilli vel adolescentis, tamen finita tutela, sine mandato potuit agere adversus debitores pupilli præstita cautione de rato, *l. sed et hæ personæ*, *ff. de procur.* Et ideo imputatur ei, si non egerit adversus debitores pupilli, cujus sua sponte negotia administrabat post finitam tutelam, *l.* 8. *sup. de neg. gest.* Quod et Accurs. recte notavit hoc loco, ratio est evidens. Observandum est etiam Papin. loqui de nominibus paternis, id est, quæ pater pupilli fecit, *de ce qui il luy estoit deu.* Nam si ea nomina fecerit tutor ipse, quocunque tempore deteriora fiant, in potestate adolescentis est, ea non agnoscere, ut periculum ad tutorem pertineat, qui ea contraxit, *l. cum quæretur, sup. h. t.* Item observandum est, Papin. loqui de nominibus paternis, quæ ut ait, *post pubertatem adolescentis idonea fuerunt*, id est, de debitoribus paternis, qui post pubertatem adolescentis idonei fuerunt, sive qui aliquandiu idonei fuerunt eo tempore, quo pupillus adolevit, aut pubes factus est, id est, finitæ tutelæ tempore, sed postea desierunt esse idonei. Nam si durante tutela idonei esse desierunt, cessante tutore, dolo malo vel nimia negligentia, nec exigente debitores paternos, proculdubio periculum pertinet ad tutorem, *l.* 2. *C. arbit. tut. l. periculum de reb. cred. l. ult.* §. *pen. de administ. rerum ad civit. pert.*

Ad §. *Curator.*

Curator a patre testamento datus impuberis negotiis se per errorem immiscuit: postea a prætore tutoribus aliis datis, periculum futuri temporis ille, qui postea nihil gessit, non præstabit.

Repetamus memoria primum, quæ diximus in *l.* 6. *de confir. tut.* non jure dari curatorem impuberi testamento patris, imo nec puberi. At finge: datum curatorem impuberi testamento patris per errorem, dum se jure datum putat, secundum voluntatem patris se negotiis pupilli immiscere; post non confirmari quidem eum a prætore, sed alium tutorem pupillo dari: an si alio tutore pupillo dato, curator ille hoc cernens continuo deserat negotia pupilli, quibus se immiscuerat per errorem, an futuri temporis periculo, quo nihil gessit, adstringitur? Et respondet Papin. non adstringi, quia eum ab administratione Prætor exclusit substituto alio tutore sive administratore præteriti temporis, quo gessit negotia impuberis, antequam alius tutor daretur: non est dubium periculum ad eum pertinere, si quid male gesserit: quod si antequam alius tutor daretur, suum errorem ille curator cognoverit, et ideo errore comperto mox

deseruerit negotia pupilli, quæ cœperat attingere, in §. *seq.* ostenditur.

Ad §. Qui se negotiis.

Qui se negotiis impuberis non jure tutor datus, secundum patris voluntatem immiscuit, errore comperto tutorem a prætore constitui consultius petet, ne forte, si rem cœptam deseruerit, fraudis vel culpæ causa condemnetur: non idem servatur, si quis ultro negotium alienum gesserit, cum satis abundeque sufficiat, vel in una specie per amici laborem domino consuli.

In hoc §. ostenditur, eum doli vel culpæ nomine teneri, si tutorem non petierit a prætore constitui in locum suum, si alio tutore non petito negotia deseruerit, quæ cœperat. Et ea re eleganter Papin. in §. *hoc* docet, differentiam esse inter eum, qui quasi curatore ex necessitate officii ad aliena negotia accedit, et amicum voluntarium, qui ultro suscipit gerenda aliena negotia. Quoniam hic, id est, negotiorum gestor, ea deserere quandoque impune potest, etiam non subrogato alio in locum suum, *quia*, inquit, *satis abundeque sufficit vel in una specie per amici laborem domino consuli.* Quæ verba ipsi Imperatores usurpant, ut assidue Papin. verba usurpant tanquam principis Jurisconsultorum in *l. tutori*, *C. de neg. gest.* Curator autem vel quasi curator, non potest negotia, quæ cœpit, deserere, non subrogato alio, nec intermittere: huic necessitas officii et muneris, ut ait *d. l. tutori*, finem administrationis facit: finis autem est legitima ætas: illi autem, id est, negot. gestori finem administrationis facit propria voluntas, videlicet ut Græci interpretantur, εἰ μὴ βούλεται, puta, si non omnia negotia amici absentis ad curam suam revocaverit, sed quæ sederent animo suo. Gestori est liberum scindere administrationem rerum alienarum, non tutori vel curatori, vel procuratori ex mandato generali.

Ad §. Hæres.

Hæres institutus, qui non habuit substitutum priusquam hæreditatem adiret quam impuberi restituere debuit, vita decessit. Cum hæreditas in Italia esset, scriptus autem hæres in provincia vita decessisset, tutores provincialium rerum culpæ nomine condemnandos existimavit: si causam testamenti non ignorantes utilitatem impuberis deseruerunt: nam hæreditatis in provincia fideicommisso restituto, causam quidem juris expediri potuisse. rerum autem administrationem ad eos recidere debuisse, qui tutelam in Italia suscepissent.

Species hujus §. hæc est. Quidam L. Titium, qui domicilium habebat in provincia Lugdunensi, ex asse hæredem instituit, atque ita ei cohæredem non dedit, quia instituit ex asse, nec ei etiam directo substituit quemquam, sed ab eo petiit verbis precariis, verbis fideicommissi, ut restitueret hæreditatem Mævio, qui erat impubes, et agebat sub pluribus tutoribus, quoniam erat locupletissimus, et ditissimus, aliis administrantibus res Italicas, aliis administrantibus res ejus provinciales sitas in eadem provincia Lugdunensi, in qua degebat, sive domicilium habebat hæres scriptus. Finge, alios fuisse tutores datos rebus impuberis, quæ erant in Italia, alios rebus, quæ erant in provincia Lugdunensi, ut in §. *rerum*, *inf. l. pupilli*, *sup. de tut. et cur. dat.* Hæreditatem autem illam fuisse in Italia, hæredem ut dixi, domicilium habuisse in provincia, ibique eum vita decessisse, priusquam eam hæreditatem adiret, et impuberi restitueret, culpa tutorum, qui per judicem eum hæredem oneratum fideicommisso restituendo impuberi, non coegerunt adire et restituere hæreditatem, dum vixit, quoniam Papin. ponit pro certo in hac specie, morte hæredis intercidisse fideicommissum, sive fideicommissariam hæreditatem relictam impuberi, quod etiam confirmat *l. ille quo*, *in fi. ff. ad SC. Trebell.* Et hoc posito et concesso, quærit tantum Papinianus, qui tutores culpæ nomine impuberi teneantur, quod hæredem, dum vixit, non coegerunt adire et restituere hæreditatem impuberi, utrum tutores rerum Italicarum, an tutores rerum provincialium. Nobis tamen prius videndum est, et diligenter dispiciendum, cur morte hæredis fideicommissum interciderit, quoniam in eo ex interpretibus cæcutiunt multi: nam etsi neque cohæredem neque substitutum habuerit hæres in hac specie, a quo sustineatur testamentum post mortem hæredis scripti, et a quo fideicommissum peti possit, tanquam ab eo tacite repetitum ex rescripto Severi et Antonini, de quo *l. licet*, *de leg.* 1. *et l. si Titio et Mævio*, §. *ult. de leg.* 2. *et l.* 4. *ad SC. Trebell.* tamen plerisque videtur, licet non sit cohæres aut substitutus, a quo impuberi possit servari fideicommissum hæreditatis, id posse servari ab hærede hæredis legitimo vel testamentario. Quod ego fieri posse nego, quia primus hæres ex ea hæreditate nihil juris transmisit in hæredem suum, cum nec eam hæreditatem adierit: hæreditas non adita, non transmittitur. In casu autem *legis pen.* §. *ult. C. ad SC. Treb.* quo §. Accursius utitur in contrariam sententiam in *l. eam quam*, *C. de fideicommiss.* ad quam nos hoc loco rejicit, in ea,

inquam, I. hæres primus adierat eam hæreditatem, sed antequam eam restitueret fideicommissario, vita decesserat, quo casu si nullum hæredem reliquerit, ipso jure utiles actiones in fideicommissarium transeunt, perinde atque si hæres restituisset hæreditatem, ex beneficio dictæ leg. pen. quia utique non interciderat fideicommissum, quandoquidem hæres adierat. Si vero hæredem reliquerit, eadem ratione is hæres hæredis fideicommissario tenebitur, *l. quamvis* §. 1. *l. si ejus*, §. *si quis ad SC. Trebell.* quia in hæredem hæredis transmissa est hæreditas subjecta fideicommisso, transmissa, inquam, per aditionem primi hæredis, quam intervenisse ponimus. Male etiam idem Accurs. in *d. l. ille a quo*, §. 1. ait, hæredem hæredis teneri adire et restituere fideicommissario hæreditatem, si vel primum hæredem prætor jusserit vel præses adire hæreditatem, quamvis priusquam adiret, et antequam obtemperarit jussui prætoris, decreto prætoris, vita decesserit, quem errorem haurit ex *l. 4. C. ad Treb.* In qua tamen aperte proponitur hæredem coactum adiisse, nec dicitur fideicommissario teneri hæredem hæredi, qui coactus adiit, sed dicit fideicommissario teneri cohæredem. Et hæc est species *d. l.* 4. quam apponi necesse est, quoniam male posita fallit multos. Species hæc est: Quidam aviam suam et fratrem ex partibus hæredes scripsit, et aviam rogavit ut portionem suam cuidam extraneo restitueret: avia repudiavit hæreditatem calliditate et fraude, ut ait *l.* 4. id est, in fraudem fideicommissarii, ut nepoti suo, eidemque cohæredi, a quo extraneo nominatim fideicommissum relictum non erat, potius accresceret portio institutionis suæ repudiata hæreditate, quam adita hæreditate ad extraneum perveniret ex causa fideicommissi, in gratiam nepotis ejusdemque cohæredis sui: quid inde factum est post repudiationem aviæ? Ut D. Pius fieri posse rescripsit contra reg. jur. *l. nam quod*, §. 1. *ad Treb. l.* 2. §. *ult. de suis et leg. hær.* Postulante extraneo, prætor aviam coegit adire, quod est contra regul. juris, ut qui repudiavit, postea adeat, sed hoc prætor facit, et inducit propter fideicommissarium, ne decipiatur. Postulante igitur extraneo prætor ut licet ex D. Pii rescripto, aviam coegit adire, et adivit igitur reipsa: sed priusquam se pro hærede gereret defuncta est, ex eo colligit non adiisse eam, dum scilicet, putat idem esse adire, et pro hærede gerere. Qua in re fallitur. Nam licet pro hærede gestio per se consistat, et pro hærede gestione acquiratur etiam hæreditas, tamen omnem aditionem sequitur pro hærede gestio. Si igitur avia coacta adierit hæreditatem, et priusquam pro hærede gereret, id est, priusquam attingeret res hæreditarias, et hæreditatem restitueret fideicommissario ex SC. Treb. vita defuncta sit: quæritur an interciderit fideicommissum? quod videbatur dicendum prima fronte, quia neque id cohæres, a quo nominatim legatum aut fideicommissum relictum non est, neque hæres hæredis, quia ad illum portio illa hæreditatis non pervenit, quoniam statim a repudiatione accrevit cohæredi, et nemo fideicommisso oneratur in id, quod ad eum non pervenit, sed quatenus pervenit tantum. Verum recte placet in ea lege cohæredi portionem illam hæreditatis accrevisse cum onere fideicommissi: quoniam post rescriptum Severi et Antonini, de quo dixi ab initio, quo ab instituto, si hæres non existat, ad substitutum hæreditas transit cum onere fideicommissi, quasi tacite repetito fideicommisso a substituto, et similiter cohæredi exemplo substituti repudiata cohæredis portio accrescit cum onere fideicommissi, ut in *d. l. si Titio et Mævio*, §. *ult.* Et quidem cum onere integri fideicommissi in specie proposita, sine deductione Falcidiæ, quia avia, cujus portio ei accrevit, coacta adiit: et placet coactum adire, atque adeo adeuntem periculo fideicommissarii amittere Falcidiam ex *SC. l.* 4. *et l. qui totam, ad SC. Treb.* Verum aliter quam ponatur species in ea *l.* 4. *C. ad Trebell.* Si antequam avia cogeretur adire, vita decesserit, ex eodem rescripto dicemus cohæredi accrescere portionem hæreditatis cum onere fideicommissi, salva Falcidia tamen, et a repudiatione cohæredi protinus non accrescere portionem repudiatam, quoniam ea repudiatio convelli potest, et infirmari avia coacta adire post repudiationem, et ita est explicanda *d. l.* 4. Ex iis omnibus concludamus, in specie hujus §. hærede mortuo ante aditam hæreditatem fideicommissum intercidere, quia neque cohæredem, neque substitutum habuit, qui debere possit fideicommissum tanquam a se repetitum, neque hæres hæredis, ad quem ea hæreditas non pervenit, fideicommissario tenetur, puta nec si jus deliberandi de adeunda, vel non adeunda hæreditate, primus hæres in eum transmiserit, secundum constitutionem *l. cum in antiquioribus*, *C. de jure delib.* Qui est alius error Accursii, quia jus illud deliberandi est res hæreditaria, non est ex ea hæreditate, quæ subjecta est fideicommisso, sed ea lege datur hæredi hæredis. Beneficium est legis quod datur hæredi hæredis morientis intra annum ante aditam vel repudiatam hæreditatem, ut scilicet mortuo primo hærede intra annum, dum deliberat et consultat de adeunda vel repudianda hæreditate sibi delata, aut dum deliberare præsumitur ea de re, mortuo, inquam, eo intra annum, eadem deliberatio permittitur hæredi ejus, sed invitum non obligat ad aditionem aut præstationem fideicommissi. Beneficium est legis, non commodum quod manet ex ea

hæreditate. Denique concludamus in specie hujus §. fideicommissum non posse servari a cohærede vel substituto, qui nullus est, nullo modo etiam posse servari ab hærede hæredis, qui obiit antequam adiisset hæreditatem. Nunc dicere quis posset aut tentare alia ratione, quia superiores exclusæ et submotæ sunt, fideicommissum non intercidere, quia hærede scripto non adeunte, atque ita ab intestato vocato hærede legitimo, deserto et destituto testamento, id fideicommissum hæres legitimus præstare debet, quod tentari potest inscite ex *l.* 2. §. *ult. de suis et leg. hæred.* quem locum Bartolus appellat scabiosum, propterea quod aperte ille locus ostendit, hærede scripto, qui rogatus est restituere hæreditatem, repudiante eam, transire ad legitimum hæredem cum onere fideicommissi, quod est mirum, quia hæres legitimus non est rogatus, quia fideicommissum relictum in testamento ab hærede scripto, non videtur repetitum ab hærede legitimo, nisi sit nominatim repetitum, vel nisi sit relictum simpliciter, id est, generaliter, ut in *l. eam quam*, *C. de fideic.* Puta hoc modo, bona mea post mortem hæredis instituti ad illum pertinere volo, quæ verba comprehendunt omnem hæredem et testamentarium et legitimum, vel etiam, nisi in testamento sit adjecta clausula codicillaris, quæ est in *l. ult. C. eod.* Quid ergo dicemus, aut quomodo interpretabimur dictam legem 2. §. *ult. de suis et leg. hæred.* Dico aliam esse speciem illius legis, et aliam hujus §. In specie hujus §. non ponitur hæredem scriptum repudiasse hæreditatem, sed antequam adiret vel repudiaret vita decessisse. In illa specie *d. l.* 2. §. *ult.* ponitur hæredem scriptum repudiasse hæreditatem, quod fit semper in fraudem fideicommissarii, ut in *l.* 4. *C. ad Treb.* Et in gratiam legitimi hæredis, vel cohæredis: ideoque hoc casu ad legitimum hæredem hæreditas transit cum onere, cui hoc struxit callide hæres scriptus: sicut eadem ratione in *d. l.* 4. transit ad cohæredem cum onere: et similiter igitur ad legitimum hæredem cum onere, cui fraus structa est in necem fideicommissarii, aut cujus in rem legitimi hæredis repudiatio facta est, cui profuit, cui bono fuit, et quidem sine deductione Falcidiæ, si post repudiationem hæres scriptus coactus adierit, ut in *d. l.* 4. vel salva Falcidia, si post repudiationem non fuerit coactus adire, ut in *d. l.* 2. §. *ult.* In qua dicitur potuisse cogi adire, non fuisse coactum. Et ut intelligatur species quam apponi necesse est *d. l.* 2. §. *ult.* præmittendum est, quod in §. *penult.* proditum est, repudiante hærede scripto ex asse ab intestato, proximum agnatum testatoris vocari ad legitimam hæreditatem, non qui fuit proximus utique semper tempore mortis testatoris, sed qui fuit proximus, cum certum esse cœpit, testatorem intestatum decessisse: quod in §. *ult.* declarat posita specie hujusmodi: hæres scriptus rogatus alii restituere hæreditatem, eam repudiavit, an statim ab intestato vocatur, qui proximior est defuncto tempore repudiationis? Minime, quia nondum certum est intestatum decessisse testatorem, propterea quod fideicommissarius ex rescripto D. Pii etiam post repudiationem potest cogere hæredem ut adeat, et interim fieri potest, ut moriatur, qui erat proximior tempore repudiationis. Quod si ita eveniat, ad posteriorem, id est, ad ulteriorem agnatum legitimam hæreditatem deferimus, cum onere tamen fideicommissi, quia in fraudem alterius et ejus gratiam hæres testamentarius repudiavit, qui fideicommisso oneratus erat. Denique ex iis apparet, non posse sustineri in specie hujus legis fideicommissum, quasi debeatur ab hærede legitimo, quia hæres testamentarius non repudiavit, sed antequam repudiaret, vel adiret, decessit, quo casu hæreditas transit ad legitimum sine onere fideicommissi. Quod autem ad quæstionem propositam attinet, nullus est labor. Recte Papin. respondit, tutores rerum provincialium culpæ nomine pupillo teneri, quod hæredem eum, dum vixit, non coegerunt adire hæreditatem. Nam etsi ea hæreditas fuerit in Italia, non in provincia, tamen hæredem potuerunt cogere. Et vero ii soli debuerunt hæredem cogere ad aditionem et restitutionem ex Senat. Trebel. quia ea restitutio juris est, non facti, id est, non est restitutio corporum hæreditariorum, quæ etiam non erant in provincia, sed in Italia, sed est restitutio jurium sive juris universi, quod defunctus habuit: et uno verbo restitutio transfert omnia jura in fideicommissarium, etiam si res hæreditariæ præsentes non sint, *l. restituta*, *et l. postulante*, §. *sed et in hujusm. ad SC. Trebell.* Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, *causam juris restituto fideicommisso expediri potuisse in provincia, auctoribus tutorib. provincialib.* in provincia, inquam, in qua hæres oneratus fideicommisso domicilium habuit: nam fideicommissariæ hæreditatis restitutio petitur, ubi hæres domicilium habuit, *l. fideic.* §. *pen. de jud.* Et restitutio fit verbo tenus ipsi pupillo tutore auctore, vel fit tutori, si pupillus absit vel fari non possit, ut in *l. pen. C. ad Trebell.* quia et in restitutione exigitur vox fideicommissarii, ut desideret suo periculo adire hæreditatem, et hoc si fecissent tutores provinciales, si causam juris expedissent, deinde causa facti, id est, administratio rerum hæreditariarum recidisset ad tutores Italicos, quoniam bona erant in Italia. Denique cum causa juris expediri debuerit per provinciales, quoniam hæres in provincia domicilium habuit,

non per Italicos, soli provinciales in culpa sunt non Italici.

Ad §. adversus.

Adversus tutorem, qui pupillum hæreditate patris abstinuit, actionem denegari non oportet creditori, qui cum ipso tutore contraxit; quamvis tutor pecuniam in rem impuberis converterit.

Hujus §. species hæc est: Pupillus patri hæres extitit, tutor expediendorum negotiorum hæreditariorum gratia in rem pupilli nomine pupilli mutuam pecuniam creditorem rogavit: creditor cum tutore contraxit, et ei mutuam pecuniam dedit, quam mox vertit in eam rem, in quam sumpserat. Post pupillus se abstinuit hæreditate patris, quod potuit auctore tutore, etiamsi se jam immiscuisset hæreditati, *l. necessariis, de acquir. hæredit.* Certum est post abstentionem, pupillum creditori non teneri, quia in rem ejus versum esse desiit, postquam se abstinuit omni re paterna, et versum non videtur, quod non durat versum, *l.* 10. §. *versum, de in rem verso*, tamen pupillus, si se non abstinuisset, teneretur creditori utili actione creditæ pecuniæ *l.* 3. *C. quando ex facto tut. pupil. ten. l.* 2. *C. de curat. fur.* quia pecunia credita est nomine pupilli, et processit in rem utilitatemque pupilli: at per abstentionem liberatur, quia desinit res ejus esse, in quam versa pecunia est: unde quæritur, an saltem creditori tutor teneatur? et Papin. respondet, creditori tutorem teneri hac ratione, quia creditor cum tutore principaliter contraxit, personam ejus fidemque secutus non pupilli. Et licet non ignoraret in rem et utilitatem pupilli rem geri, tamen tutorem solum sibi obligari voluit, quem non est cur dicamus liberari abstentione pupilli: denique abstentionem pupillum liberare utili actione, tutorem non liberare directa et principali actione creditæ pecuniæ, quamvis tutor sumpserit eam pecuniam et insumpserit in rem pupilli, et res ea pupilli esse desierit per abstentionem, quia in contrahenda mutui obligatione non inspicimus, in cujus rem vel nomen pecunia accipiatur et vertatur, sed quis accipiat et cujus contemplatione ea detur et numeretur, *l. eum qui*, §. *ultim. si cert. pet.* Et hic creditor solum tutorem contemplatus est. Quod Papinianus scripsit his verbis; *cum tutore contraxit*, proinde tutorem sibi principaliter obligari voluit, non pupillum, et ideo liberato pupillo per abstentionem, quod res ejus esse desierit, non liberatur tutor, qui principaliter contraxit. Et hæc est sententia hujus §. cui nihil omnino obstat *lex* 2. *h. t* quæ post condemnationem tutoris conventi a creditore hæreditario, si pupillus se abstineat hæreditate ait, *nec in tutorem, nec in pupillum dandam esse actionem judicati.* Quia scilicet in ea specie tutor conventus est, et condemnatus ex causa hæreditaria ex contractu patris, cui pupillus hæres extiterat, quo casu abstentio pupilli liberat utrumque, pupillum et tutorem, et tutorem etiam si pupilli nomine pro pupillo satisdederit creditori hæreditario, quia ea obligatio pendet ex causa hæreditaria. At in specie hujus §. tutor tenetur ex suo proprio contractu, et origo obligationis non venit ex causa hæreditaria, sed a tutore ipso primo, qui cum pecunia indigeret ad expedienda negotia pupilli, pecuniam mutuam sumpsit; et cum eo solo creditor negotium contrahere voluit. Quæres quid dicendum si creditor pecuniam numeravit tutori contemplatione pupilli, quid si creditor animo obligandi pupillum tutore auctore et contemplatione ejus declaravit, se pecuniam credere tutori in rem pupilli? Sane hoc casu solus pupillus tenetur actione negotiorum gestorum, *l. si pupillus*, §. 1. *de neg. gest.*. Indistincte sive versa sit pecunia in rem pupilli, sive non, ut fusius explicui *lib.* 2. *ad l. liberto; in pr. ff. de negot. gest.* nec abstentione hæreditatis paternæ pupillus liberabitur, quia ea obligatio non est hæreditaria. quam creditor non cum patre, sed cum ipso pupillo contraxit.

Ad §. Curatores.

Curatores adolescentis, mutui periculi gratia, cautionem invicem sibi præbuerunt, et in eam rem pignora dederunt cum officio deposito solvendo fuissent, irritam cautionem esse factam, ut pignoris vinculum solutum apparuit.

Plures sunt curatores adolescentis, quorum cum sit commune et individuum officium; commune etiam mutuumque periculum administrationis est, *l.* 3. *C. de divid. tut.* Sicut est receptum in omnibus iis, qui sunt collegæ in eodem officio, *l.* 2. *eod. l.* 11. *ad munic.* Fac curatores sibi invicem datis pignoribus cavisse mutui periculi gratia: si quid alter pro altero quandoque adolescenti præstaret, deposito officio certum est mutuum periculum finiri, si tempore depositi officii omnes curatores solvendo sint. *l. Æmilius, inf. hoc tit. l.* 2. *C. de divid. tut.* Ergo et de mutuo periculo, quia interposita mutua cautio est inter curatores, consequens est eam finiri et interire, pignoraque dissolvi, et pignoratitiæ actioni locum esse discusso mutuo periculo. Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad §. Tutor datus.

Tutor datus adversus ipsam creationem provocavit, hæres ejus postea victus, præteriti temporis periculum præstabit. Quia non videtur levis culpa contra juris auctoritatem, mandatum tutelæ officium detrectare.

Ponit initio hujus §. Papinianus, tutorem a creatione appellasse protinus. Creatio, nominatio, datio, ordinatio, idem est. An igitur protinus tutor a creatione appellare potest, antequam se excusaverit, et excusatio repulsa et reprobata fuerit, siquidem Accursio aliud judicium est hoc loco scribenti, a creatione sola non appellari contra manifestam sententiam *l.* 20. *hoc tit. et hujus* §. *l. pen. de tut. et curat. dat. l. cum in una*, §. *tutor*, *de appell.* Quibus omnibus locis ostenditur recte, datum tutorem statim appellasse: necesse quidem non habet statim appellare, atque datus et creatus est: *necesse non habet*, sic loquitur *l. tutores*, *C. de excus. tut. et l.* 13. *in princ. inf. de excus. tut.* Neque creati, inquit, a magistratibus, neque dati testamento necesse habent appellare. Et necesse non habent, post ordinem videlicet, quem hac in re constituit constitutio Divi Marci separans tutelam a ceteris muneribus civilibus, puta, ut ad cetera munera civilia vocatus statim appellare necesse habeat: ad tutelam vocatus, necesse non habeat statim appellare, sed possit intra constituta tempora allegare excusationem immunitatem suam, et tum demum appellare, cum non fuit recepta causa excusationis suæ, idque patet ex *d. l.* 13. Post igitur eum ordinem, tutor non habet necesse statim appellare, sed neque prohibetur tamen, si velit eo jure, quod obtinuit ante ordinem D. Marci, statim a creatione appellare prolata causa excusationis suæ. Et quod ait *l.* 1. §. *si quis tutor, ff. quando appell. sit:* qua nititur Acc. frustra tutorem appellare ante repulsam excusationem; hoc est supervacuam, et non necessariam esse appellationem, ut de suo hærede dicitur scripto in testamento, aut vocato ab intestato, in eo esse supervacuam, et non necessariam aditionem, *l.* 7. *sup. de inof. test. l. in suis, ff. de suis, et legit. hær.* cum tamen possit adire, si velit tanquam extraneus, *l. si duo*, *de acquir. hær. l. si filius*, *de collat. bon. l.* 4. *C. de inst. et subst. l. ult. C. de rep. hæred.* Et similiter eidem suo hæredi præterito, non esse necesse petere bonorum possessionem contra tabulas, quam tamen petit sæpe, nec perperam, *l. is, qui in potestate* 1. *de leg. præst.* Finge igitur in specie hujus §. tutorem a creatione appellasse, et pendente appellationis causa mortem obiisse, post victum ejus hæredem fuisse, qua ex causa ait, præteriti temporis, quo cessavit administratio tutelæ, periculum præstare hæredem tutoris, si quid mali per moram appellationis pupillo acciderit. Quod confirmat etiam *l. si quis tutor*, §. *ult. ff. de ritu nupt. l.* 20. *h. t. l.* 2. *ff. si tut. vel cur. app.* Et morte tutoris ideo finitur lis, sive causa appellationis, ut sciatur, medii temporis periculum hæres prestare debeat, necne. Durat igitur lis propter periculum medii temporis, sicut alias dicitur, morte hominis petiti non finiri litem, propter periculum evictionis; ut sciatur, an sit commissa stipulatio evictionis nomine, *l. utique, ff. de rei vindic.* Iniquum autem est, ut periculum medii temporis non redundet ad hæredem tutoris, quia, ut perleganter Pap. ait, *Non videtur levis culpa contra juris auctoritatem mandatum tutelæ officium detrectare.* Ad quam rationem male hoc loco Albericus notat, ideo Pap. dicere: *quia non videtur levis culpa:* quia, inquit, ex levi culpa tutoris hæres non tenetur, quod est manifesto falsum, quia cum hoc tantum proditum sit de culpa hæredis propria, culpa levi, id est, ut ei non imputetur, *l.* 4. *inf. de fidejuss. tut. l.* 4. *inf. de magistr. conven.* quæ agit de culpa hæredis, non de culpa tutoris. Hoc ex contrario argumentum præstat, hæredi tantum imputari culpam tutoris: idemque est in hærede magistratus. Et abundat negotio in *l.* 2. *C. de magistr. conv.* sicut, et in *l.* 1. *C. de hæred. tut.* eam abundare Basilica patefaciunt, et Observatio 13. Non tenetur quidem hæres ex quolibet dolo vel culpa lata tutoris, si nihil ad eum ex eo pervenerit, et ita est accipiendus §. *aliquando*, *Inst. de per. et tem. act.* ut licet actio, quæ in hæredem datur, ex contractu descendat, tamen in eum non veniat dolus defuncti, si nihil ex eo ad eundem pervenerit, quia ex delicto defuncti hæres non tenetur, ad quem nihil pervenit: et in actione ex contractu delictum vertitur cum doli mali nomine agitur. Et ideo non est æquum hæredem teneri commodati, depositi, mandati, tutelæ, neg. gest. id est, ex contractu, sive versetur dolus malus defuncti: neque enim ex quolibet dolo malo, aut lata culpa defuncti tenetur hæres, sed ex eo tantum, quo cum detrimento pupilli tutor captavit lucrum sibi, vel alii, et auxit rem suam vel alienam, ut in *d. l.* 1. *C. de her. tut.* De quo solo dolo, quo scilicet minuitur res pupilli vel dilapidatur, est accipiendum quod legimus, sæpe ex contractu hæredem teneri in solidum, vel pro parte hæreditaria ob dolum malum defuncti, etiamsi nihil ad eum pervenerit, *l. ex depositi, l. ex contractu, ff. de oblig. et action. l. si hominem*, §. *datus*, *ff. depos. l. ad ea* §. *ult. de reg. jur.* Neque enim hæres ex contractu venienti actione tenetur ob quemlibet dolum de-

functi, quia dolus delictum est, *d. l. ex contractu*, nisi quid ad eum pervenerit ex eo, vel nisi eo nomine lis fuerit contestata cum defuncto, ut in hoc §. *et d. l.* 1. At ex levi culpa tutoris proculdubio hæres tenetur, quia ibi nullum delictum versatur. Alioquin ex contractu non tenetur, nisi hoc admittatur ex conventione. Et præterea hoc loco non levis culpa est, non quælibet, οὐ τυχοῦσα, nec enim puto Pap. respexisse ad culparum gradus, latam, levem, levissimam, sed tantum hoc voluisse, non quamlibet esse culpam, *n' estre pas peu de cas,* detrectare mandatum officium tutelæ, cunctari et trahere moras, atque ideo eo nomine merito teneri tutorem, vel si interim decesserit pendente lite, hæredem ejus.

Ad §. Rerum.

Rerum provincialium tutores, in urbe causas appellationis impuberum agentes, rerum Italicarum curatores ut impuberibus constituantur, ad officium suum revocare debent: alioquin, si prius in provinciam redierint, dolum aut culpam eorum in ea quoque parte judex conveniet.

Species hæc est: Tutores pupillo dati sunt in provincia rerum provincialium tantum; qui et in Italia patrimonium habuit. In provincia tantum tutores rerum provincialium accepit, quia nec a Præside provinciæ potuerint dari tutores rerum Italicarum. Officio tamen horum tutorum incumbit, ut si quando in urbem venerint forte agendæ causæ appellationis pupilli, ut dum in urbe agunt rem pupilli, et dum ipsis commissum est, procurent, antequam redeant in provinciam, pupillo curatores dari rerum Italicarum: curatores, quia tutorem habenti vix tutor datur, et ita in *l.* 5. *C. in quib. caus. tut.* Tutore rerum provincialium desiderante sibi curatores adjungi, qui administrent res Italicas, sed non male ex hac causa etiam propter diffusum patrimonium pupilli desiderabit ei tutores dari rerum Italicarum, *l. propter, de exc. tut.* Nam quod dicitur, habenti tutorem non dari tutorem, id ita procedit, ut non detur earumdem rerum, sed aliarum. Hoc vero, si prætermiserit tutor, cum in urbe agit causam appellationis pupilli nomine, merito a judice condemnandus est doli vel culpæ nomine.

Ad §. Patruus.

Patruus testamento fratris filio tutor datus cum in Italia domicilium haberet, tam Italicarum rerum quam provincialium administrationem suscepit: atque ita pecuniam ex venditionibus Romæ refectam, in provinciam trajecit, et in calendarium pupilli convertit: tutor in locum ejus Romæ substitutus administrationem pecuniæ, quæ non pertinet ad tutelam suam, suscipere non cogitur.

Hæc proponitur species: Qui in Italia domicilium habet tutor, testamento simpliciter sive generaliter datus est impuberi opulentissimo, qui bona habebat tam in provincia quam in Italia, et ut datus tutor esse intelligitur ad universum patrimonium, *l. propter §. ult. de exc. tut.* ita universi patrimonii administrationem suscepit; id est, tam provincialium quam Italicarum rerum. Post, autionem fecit Romæ quarundam rerum pupilli, quas habuit in Italia, et pecuniam ex ea venditione redactam vexit in provinciam et in calendarium pupilli convertit, id est, fœnori pupilli nomine occupavit. Transtulit scilicet pretia quarundam rerum Italicarum in provinciam, migravit ipse quoque transtulitque domicilium in provinciam, quod necesse est ponamus eum fecisse secundum, quod jus patitur, puta, ex rescripto et indulgentia Principis, non ignorantis, eum ejus pupilli tutelam suscepisse, quæ mutatio domicilii non fiebat arbitrio cujusque, ut hodie, sed ex permissu Principis tantum, causa Principi probata, cur vellet mutare domicilium, vel etiam ex jussu illius, veluti deducta colonia, *l.* 12. §. *ult. ff. de exc. tut. l.* 4. *C. de jur. fisc.* Tutor ergo testamento datus relicta Italia, in qua domicilium habuit, migravit in provinciam, et in eam quoque transtulit pecuniam redactam ex venditione quarundam rerum Italicarum facta Romæ. Qua de causa Romæ in locum ejus tutor substitutus est, quod is abiisset Italia, nec sufficeret utrique patrimonio administrando, ut in *d. l. propter, §. ult.* Notandum, rerum Italicarum tutorem Romæ dari, ut in §. *rerum, sup.* Inde vero quæritur, an ejus pecuniæ, quæ trajecta est in provinciam periculum pertineat ad tutorem postea constitutum rebus Italicis? Causa quærendi et dubitandi hæc est: quia ea pecunia prodiit ex rebus Italicis: et respondet Pap. eum tutorem qui substitutus est rebus Italicis, ejus pecuniæ, quæ trajecta est in provinciam, quamvis confecta sit ex rebus Italicis, periculo et administrationis necessitate non teneri, quia trajectione desiit in Italia domicilium habere, trajectione desiit ad tutelam rerum Italicarum pertinere, sicut tutor testamento datus migratione, desiit in Italia domicilium habere. Et hæc sunt, quæ pertinent ad hunc §.

Ad §. Curatores.

Curatores testamento, vel tutores inutiliter dati, neque decreto Prætoris confirmati, nego-

tia gesserunt. Vice mutua periculum præstare coguntur: cum officium sponte citra juris adminiculum, inierint: et qui fuit idoneus, decretum Prætoris curatores vel tutores constituentis implorare debuerit.

Mutuum periculum, quod dixit sustinere curatores in §. *curatores, sup.* idem etiam sustinere ostendit in hoc §. curatores non jure datos, ut puta testamento, nec confirmatos decreto Pretoris vel Præsidis, si se sua sponte secundum testatoris voluntatem negotiis immiscuerint, ut in §. 1. et 2. *sup.* Et idem esse in tutoribus non jure testamento datis nec confirmatis, ut si sint dati puberi, vel ab eo, cave, qui quæve impuberem in potestatem non habet, vel si non sint dati verbis directis: ergo et tutores vel curatores non jure dati, nec confirmati, mutuum periculum agnoscunt non servati detrimenti rebus minoris. Et ratio mutui periculi, id est, ratio non servatæ rei minoris periculo in locum non idonei idoneum substituendi, hæc est, quia sua sponte citra juris adminiculum, id est, cum jure non cogerentur, officium tutelæ, vel curæ inierunt, et ultro se negotiis minorum implicaverunt; et quia de se queri debent, et sibi imputare, qui ex eis idonei sunt et locupletes, si sustineant onera aliorum, qui idonei non sunt, cum decretum prætoris vel præsidis implorare debuerint curatores, vel tutores constituentis decreto: Prætor minus idoneos rejecisset, et soli idoneo permisisset administrationem, et res minoris salva foret: hæc est elegans sententia hujus §. Et prætera nota eum, qui confirmat tutores vel curatores testamento, non jure datos, constituere curatores vel tutores, dum ait constituentis: dare tutores vel curatores diximus in *l.* 26. §. *ult. de test. tut.* Confirmati igitur dativi sunt tutores, sed pro testamentariis habentur, ut præferantur legitimis, *d. l.* 26. §. *ult. l.* 3. *sup. de confirm. tut.* Alioquin legitimi eis anteponerentur, quoniam post legitimos dativi veniunt, nisi ut dixi habeantur pro testamentariis.

Ad §. Tutoribus.

Tutoribus idoneis diem functis, vice mutua periculum ad hæredes eorum non redundat: quod non habuit locum officio tutelæ manente.

Jam supra intelleximus ex §. *curatores*, primo, mutuum periculum finiri, si tempore depositi officii, puta, finita tutela vel cura impuberis pubertate, vel puberis legitima ætate, omnes tutores et curatores idonei fuerint, et locupletes, ultra pubertatem, et legitimam ætatem periculo mutuo tutores vel curatores non obstringi, etiamsi ex eis quidam forte post pubertatem, post finem tutelæ vel curæ, in administratione perseverarit, *l. Divi*, *sup. h. t. l.* 2. *C. in quibus caus. tut. hab. tut. vel cur. detur.* Mutuum quoque periculum finiri in hoc §. nunc ostendit, si morte tutorum finita tutela fuerit, et omnes tempore mortis fuerint idonei, id est, pares solvendo, pares damno præstando. Nec enim mutuum periculum, quod locum non habuit manente tutela, id est, quod tutores non tenuit, in hæredes eorum transit, ita ut si hæredum aliquis fiat inops ejus inopia oneret cohæredes, quia hæredes tutorum, tutores non sunt, *l.* 4. *de fidejuss. tut.* Mutuum ergo periculum tenet tutores ipsos tantum, hæredes eorum non tenet, nisi quod cœpit ab ipsis tutoribus durante tutela. Quinimo uno ex tutoribus mortuo relictis contutoribus idoneis, hæredem ejus, postea contutoribus redactis ad inopiam, periculum non tenet, quod defunctum non tenuit, recte dicam atque ostendam ex *l.* 1. *C. quo quisque ord. conven.* Et idem dicendum est, hoc est, mutuum periculum finiri, si morte pupilli, vel alio modo finita tutela, tempore finitæ tutelæ omnes idonei fuerint: finis tutelæ est finis mutui periculi, quod modo ante non habuerit locum, nec ceperit originem et initium, et ita liquido explicabitur hic §. Male Accurs. comminiscitur tutores mortuos post depositum officium, atque ita tutelam finitam ante mortem tutorum, quoniam hoc lex non ponit, nec vero poni potest ullo modo, cum spectet auctor noster Pap. tempus mortis tutorum, quod utique non spectaret, si in vita officium deposuisset, sed spectaret tempus depositi officii. Itaque facessat Acc. Glossa.

Ad §. In eum

In eum, qui tutelam gerere noluit, post ceteros, qui gesserunt, actionem utilem tutelæ dari placuit. Quod tamen ex tutela non pervenit ad eos, qui se negotiis miscuerunt, sed communi negligentia periit: citra substitutionis ordinem, æqualiter omnium periculum spectat.

Ex hoc §. intelligimus, tutorem unum ex pluribus, qui nihil gessit, arbitrio sive actione tutelæ teneri, utili scilicet, non directa. Directa tenetur is, qui gessit et administravit tutelam, et is quoque hæresve ejus prius conveniendus est, quam alter, qui nihil gessit. Prius excutiendæ sunt facultates ejus qui gessit, quam excutiatur alter, qui nihil gessit, *l.* 3. §. 1. *h. t. l.* 6. *C. arbit. tut. l.* 3. *C. de divid. tut l.* 1. *C. si tutor vel curat. reip. causa adfuerit.* Utili autem actione tutelæ, cum directa est inanis, propter inopiam ejus, qui gessit, is tenetur, qui non gessit tutelam, cessationis et culpæ nomine, ut in *l.* 2. *C. de her. tut. l.* 4. §. 1. *rem pup. salv. fore.* Hoc tamen ita procedit, si is, qui non gessit, non ignoraverit, se tutorem datum.

Nam si hoc ignoraverit, nec si is, qui gessit, solvendo non sit, ulla actione tenetur, *l.* 8. *C. de adm. tut.* Idemque est, si non malitia, aut contumacia, sed errore, quod se jure excusatum crederet, ab administratione cessaverit. Quod Acc. hoc loco notat recte ex *l. qui testam. de excus. tut.* Et hæc, cum ex tutoribus quidam administravit, quidam non administravit: nam si omnes cessaverunt ab administratione in totum, vel in partem aliquam, in ea re vel parte, in qua cessaverunt ab administratione, quæ negligentia eorum periit, æqualis est omnium culpa *l.* 2. *C. si tut. non gess.* Et ideo omnes tenentur utili actione tutelæ citra substitutionis ordinem, ut ait Pap. hoc loco, id est, non servato ordine conveniendi prius unum quam alterum, et nullo alteri quasi damni vicario substituto, sed omnibus principaliter obligatis utili arbitrio tutelæ. Nec enim, quum par est omnium culpa, ullus conventionis ordo servatur, sed in potestate est adolescentis eligere quem ex iis prius conveniat in solidum. Cum culpa est dispar, tum servatur ordo conventionis, id est, prius convenitur is, qui male gessit, et rem pupilli perdidit, cujus culpa est major, quam is, qui nihil gessit, cujus culpa minor est. Plus peccat, qui facit, quam qui non facit. Quod maxime notandum est.

Ad §. Tutores.

Tutores pubere pupillo constituto, litem appellationis inchoatam, jussu consulum ob notitiam rei perfecerunt, cum judicatum persequi non potuerunt, periculo culpæ non subjiciuntur.

Sententia hæc est et species hujus §. Tutor Romæ inchoavit causam appellationis pupilli. Finge eum a judice, quem Consules dederat, appellasse ad ipsos consules, ut in *l.* 1. §. *denique, ff. de appell.* Et præterea finge, pendente causa appellationis pupillum adolevisse, atque ita finitam tutelam fuisse pubertate, et tamen jussu consulum tutorem, quod optime nosset rem, sive causam, de qua agebatur, litem perfecisse. Denique fac, post finem tutelæ coactum tutorem jussu consulum ob notitiam litis, litem perficere, et reum condemnasse, sic ait, *Perficere litem*, ut perficere crimen, *l. qui cum natu, in fin. de bon. libert.* id est, peragere reum, perficere accusationem. Quæritur vero in hoc §. an post rem judicatam a consulibus instante tutore, si reus, qui condemnatus est, fiat non solvendo, hoc imputari tutori possit, quod cum eo non egerit judicati actione? Et respondet rectissime Papin. non imputari, nec ob id tutorem subjici culpæ periculo: aperta ratione, quia finito officio tutelæ, nullam actionem pupilli nomine inferre possit sine mandato. Eadem est ratio hujus responsi, quæ fuit primi responsi. Itaque ea duo responsa conjungi velim, quod eandem rationem habeant.

Ad §. Ab eo qui.

Ab eo, qui restitutionis auxilio non juvatur, quæstio culpæ tutorum conventione remitti potest, nec donatum, sed transactum videtur negligentia tutorum.

Hæc verba alicui prima fronte obscurissima videbuntur: *Ab eo*, inquit, id est, ab adolescente, non a majore xxv. annis. Ab eo igitur adolescente, qui restitutionis auxilio non juvatur, qui impetravit veniam ætatis a Principe, quod beneficium in idiotismo vocamus: *Bail de gouvernement, quand on est declaré majeur avant xxv. ans.* Veniam ætatis minori dat solus Princeps, ut in *l.* 3. *in princ. ff. de minorib. l.* 1. *C. de iis, qui ven. ætat. impetr.* Ei cui datur venia ætatis, permittitur rerum suarum administratio, et curatione liberatur: hæc est vis veniæ ætatis, hic effectus, ut minorem liberet curatoribus, ut curatoribus auferat administrationem, et transferat in minorem: denique venia ætatis permittit minori administrationem rerum suarum, non etiam donationem, quia diminutio, sive donatio non pertinet ad administrationem rerum suarum, sed ad amissionem. Ergo venia ætatis non permittit donationem minori. Venditio olim ei, qui meruisset veniam ætatis, erat permissa, etiam rerum immobilium, et pignoratio. Postea a Constantino Imperatore etiam ei venditio interdicta est sine decreto, *l.* 2. *C. de iis, qui ven. ætat. etc.* Et deinde etiam pignoratio ei interdicta est rerum immobilium sine decreto a Justiniano, *l.* 3. *C. eod. tit.* Donatio autem nunquam fuit permissa minori, sive obtinuisset veniam ætatis, sive non, nec cum decreto quidem, quod aperte ostendit *l. ult. C. si major. fact. rat. al. hab.* quæ lex est communis omnibus minoribus, sive impetraverint veniam ætatis, sive non. Sic igitur statuamus: ei, qui impetravit veniam ætatis, quod efficit, ut restitutionis auxilio non juvetur, in iis, quæ gesserit post veniam ætatis, pro majore habetur, ei, inquam, permitti administrationem rerum suarum, non donationem, donationem nunquam fuisse permissam, nec cum decreto Prætoris. Porro ad administrationem rerum pertinent conventiones, quæ fiunt transigendi, et decidendi causa, non diminuendi. Ideoque ab eo, qui impetravit veniam ætatis conventione remitti potest quæstio culpæ tutoris. Finge, inter eum, et tutores esse controversiam de iis, quæ culpa tutorum in tutelæ administratione dicuntur admissa: quæstionem eam, et controversiam esse incertam et dubiam

ut plerumque est omnis quæstio culpæ. Difficilis est culpæ disquisitio, definitio, et probatio. Ideoque recte is, qui impetravit veniam ætatis conventione remittit tutoribus quæstionem culpæ, quia cum incerta sit ea quæstio, et dubia, transegisse cum tutoribus, non donasse videtur: si donasset, nihil ageret. Remissio illa transactio est, non donatio: si esset donatio non valeret, ut eadem ratione, si is, qui impetravit veniam ætatis colono remittat pensionem ob sterilitatem, ea remissio transactio est, non donatio, ut ait *l.* 15. §. *Papinianus, loc.* Ergo valet. Denique utraque remissio rata est, si fiat ab eo, qui meruit veniam ætatis, quia restitutionis beneficio rescindi non potest: venia ætatis est amissio beneficii restitutionis in his, quæ post veniam ætatis gesserit, et permissio administrationis rerum suarum.

Ad §. *Negligentiæ Tutorum.*

Negligentiæ tutorum periculo nominum, quæ pater usuris majoribus fecit, adscripto, pupilla quidem actionem calendarii præstare cogitur: exactas autem usuras tutelæ tempore, citra ullam compensationem retinet.

Neque Accursium, neque eos, qui ab Accursio profecti sunt, hunc §. intellexisse ex eo apparet, quod non explicant quid significetur his verbis: *Citra ullam compensationem retinet*, quæ verba sane obscura sunt, nec cur Papinianus ponat, patrem nomina fecisse sub usuris majoribus, quod sane frustra non ponit, imo ut memini in *l.* 49. §. *ult. de sol.* dubitationis causam pendere ex his verbis, *Sub usuris majoribus*, ita proculdubio in hoc §. omnis dubitatio ex eo pendet, quod Papinianus ponit, *Patrem pupillæ nomine contraxisse usuris majoribus*, et usuras majores dicit ex adverso pupillarium usurarum, quæ exceptis casibus certis, quibus sunt centesimæ, leviores esse solent, ut puta, quincunces, aut trientes, aut si quæ aliæ leviores in provincia frequentantur, *l.* 7. §. *ex ceteris, ff. hoc tit.* Et ita ex adverso pupillarium usurarum dicuntur majores usuræ apertissime in *l.* 9. §. *si tutor sub usuris, hoc tit. Sub usuris*, inquit, *gravioribus, quæ usuræ pupillares sunt.* Et species, sive sententia hujus §. hæc est. Pater, qui calendarium exercere solebat pecuniis fœnerandis, nomina fecit sub usuris majoribus, quam soleant esse usuræ pupillares, deinde moriens, filiam impuberem hæredem reliquit datis ei tutoribus. Post mortem patris, nominibus paternis deperditis, puta, debitoribus factis non solvendo, et foro cedere coactis, pupilla agente sub tutoribus, si tutelæ judicio eorum nominum periculum tutoribus adscriptum sit, quod negligentes fuerint in eis exigendis, cum erant idonei, certum est, pupillam tutoribus cedere debere actiones calendarii, vel nominum cautionem fœneratitiam, ut fit quotiescunque oneratur quis propter alium, *l.* 1. §. *non tantum, l. cum pupillus, inf. de tut. et rat. distrah. l. si minoris, sup. hoc tit. l.* 6. *C. arb. tut.* Neque vero tutoribus inanis ea actio erit, aut inutilis, si quando debitoris facultates ad solvendum accesserint, in quam utique venient usuræ post finem tutelæ insecuti temporis: quid vero fiet de præteriti temporis usuris, quas tempore tutelæ tutor exegit, et rationibus pupillæ accepto tulit, utrum eas pupilla sibi retinebit, an hoc desiderante tutore contenta erit usuris pupillaribus, quæ leviores sunt. Hæc est quæstio hujus §. Et respondet Papinian. pupillam usuras exactas tempore tutelæ retinere citra ullam compensationem, id est, integras retinere, sine ulla diminutione, nequaquam facta compensatione, usque ad eam summam duntaxat, quæ concurrit cum usuris pupillaribus, ut scilicet id, quod plus est in usuris, quas exegit tempore tutelæ, quam in usuris, pupillaribus, id tutoris lucro cedat, hoc non ita fiet, sed pupilla retinebit integras majores usuras, quæ exactæ sunt tempore tutelæ. Compensationem igitur hoc loco Pap. accipit, non pro contributione, et compensatione duarum summarum debitarum ultro citroque, ut in *tit. de compen.* sed simpliciter pro computatione quacunque et collatione duarum summarum, duarum usurarum majorum et leviorum, ut in *l. Titia*, §. *qui in vita, ff. de legat.* 2. Ergo frustra computabimus et conferemus usuras majores, quas exegit, cum pupillaribus, quæ sunt leviores; ut id, quo pupillares exactæ usuræ superant, sibi habeat tutor, quoniam nihil ex his tutor sibi habere potest, sed integræ retinentur a pupilla. Et addendum, idem omnino servari, si non sint paterna nomina sed ab ipso tutore contracta: præstabit enim tutor exactas usuras, si graviores sint, nedum pupillaribus satisfaciet, *l.* 7. §. *si tutor, h. t.*

Ad §. *Adolescens.*

Adolescens tutoribus conventis, a quibus totum servari non potuit, adversus curatores, qui tutelam ad se, negligentia non transtulerunt, integram actionem retinet: neque enim tutelæ judicio consumptum videtur, quod alterius officii querelam habuit.

Sententia hujus §. hæc est. Post pubertatem finemque tutelæ adolescenti dati sunt curatores, quorum negligentia factum est, dum a tutoribus tutelæ rationem non exigunt, et interim tutores labuntur facultatibus, qui erant idonei tempore finitæ tutelæ, quorum, inquam, negligentia factum

est, ut actione tutelæ a tutoribus adolescens totum non servaret, quod sibi debebant ex tutelæ administratione: ait Pap. eo nomine, nempe negligentiæ, esse adolescenti in curatores salvam et integram utilem actionem neg. gest. in id quod interest, quia suo periculo cessaverunt reposcere tutelam, et eam in se transferre a tutoribus rationibus acceptis, *l. Æmilius*, *inf. h. t. l.* 2. *C. de susp. tut.* Ergo utili actione neg. gest. aget adolescens in curatores, ut scilicet, quod a tutoribus servare non potuit, id a curatoribus consequatur, periculo inopiæ tutorum adscripto negligentiæ curatorum. Electio actionis tutelæ, qua prius egit adolescens, non consumit utilem actionem neg. gest. qui est finis hujus §. Quia non idem hæc actio, quod illa continet querelam officii tutelæ, hæc continet officii curationis querelam malæ administratæ; alioquin si utraque actio idem contineret, alia aliam consumeret, *l. habebat*, *sup. de inst. act.* Quod autem Acc. notat, curatores non conveniri ex hac causa manente administratione, *per l. actus*, *supra h. t.* cui addi potest *l.* 2. *et l.* 12. *C. de admin. tut.* Verum quidem ita est si generaliter cum curatoribus agatur de ratione administrationis, quia absurdum est, administrationis rationem reposcere ante perfectam administrationem et peractam: at specialiter, ut quæque res adolescenti salva esse desinit, cum curatoribus agi posse constat manente administratione. *l. cum curatore*, *h. t. l.* 16. §. *ult. ff. de tut. et rat. distr. l.* 1. §. *sed si pro tutore*, *infr. de contr. act. tut.* Ergo et in hac specie recte convenientur curatores manente administratione specialiter, quod tardius in se translatis tutelæ rationib. rem suam a tutoribus adolescens servare in solidum non potuerit.

Ad §. Tutor, qui tutoris.

Tutor qui tutoris idoneum hæredem convenire pupilli nomine noluit, damni vicarius substituitur, ut is, qui non idoneum tutelæ tempore suspectum facere supersedit.

Ex duobus tutoribus uno defuncto, relicto hærede idoneo, si is hæres postea tutoris superstitis negligentia, id est, dum hæredem tutoris non exigit in tempore et mature, dum est solvendo, si postea fiat non solvendo, ad tutorem superstitem, qui negligens fuit in hærede contutoris exigendo, dum erat idoneus, damnum vicarium redundat, sicut tempore tutelæ non idoneum contutorem, contutor suspectum non facit, aut tarde, aut lusorie facit, vicarium damnum ad eum redundat, *l.* 14. *h. t. l.* 2. *C. de usur. pupil.* quæ est sententia hujus §. Et est ei locus etiam in tutore honorario, eove qui nihil gerit. Nam et ad eum pertinet periculum contutoris, si suspectum eum non fecerit cum sensim laberetur facultatibus, aut perperam rem pupilli administraret, *l.* 3. §. 1. *h. t. l.* 1. *C. si tutor non gess.* Idque servatur in contutore aliarum rerum, non earundem divisa tutela, *l.* 2. *de div. tut. Damni vicarium substitui*, hoc loco est quod in *l.* 3. *C. quo quis. ord. con. damno vicario obstringi*, *et sic in* §. *in eum.* substitutio est damni vicarii substitutio; substitui est in vicem ejus poni a quo damnum servari non potuit.

Ad §. Tutelæ.

Tutelæ judicium ita differri non oportet, quod fratris et cohæredis impuberis idem tutelam sustineat.

Tutor datus est duobus fratrib. consortibus impuberibus, qui pro indiviso possidebant communem hæreditatem; unus ex fratribus citius adolevit, et liberatus est tutela. Quæritur an ex persona ejus statim tutor tutelæ conveniri possit, non expectata pubertate alterius fratris consortis sive cohæredis? et respondet posse conveniri. Ratio dubitandi, quam non percipiunt nostri interpretes, erat, quia communis inter eos erat res, quam idem tutor administravit, communis hæreditas, et ideo videbatur adolescens, qui citius pubit, posse repelli hac exceptione, quod agat, non adjuncta persona consortis, quam exceptionem invenio etiam aliquando probasse Constantinum *l.* 1. *C. Th. de dominio rei*, *quæ poss.* sed ante Constantinum ei exceptioni locus non fuit, et hodie non servatur ea l. Constantini, sed utimur jure antiquo, ut recte agat consors pro sua parte non expectato consorte, *l.* 1. *C. de consort. ejusd. lit. l. si petitor*, *de jud.* Et hæc est vis et potestas hujus §. qui proprie et convenienter adnotabitur ad illum titulum *de consortibus ejusdem litis.*

Ad §. Ultimum.

Quod peculio servi actoris, quem adolescens postquam res suas administrare cœpit, manumisit, et retinuit, aut retinere potuit; in ratione reddenda curatori per judicem accepto feretur. Sententia hæc est: adolescens, postquam res suas administrare cœpit, id est, qui major factus est, vel qui impetravit veniam ætatis; is, inquam, servum actorem bonorum suorum sive dispensatorem, quod interpretes nostri non intelligunt, sive Columellam, ut veteres recte vocant, jure manumisit non adempto, sive non retento peculio, aut retenta peculii parte tantum: deinde agit cum curatore utili actione neg. gest. ut rationem reddat administrationis. Pap. ait, in ratione reddenda, ser-

vum manumissum cum peculio, quod adolescens ei concessit, vel quod sibi retinuit, judicem curatori accepto ferre: *Il l'en quittera*, quia non per eum adolescenti abest, sed per adolescentem ipsum, cui hoc patet, si meruerit veniam ætatis, non esse interdictam manumissionem servorum, quia nec alienatio prædiorum ei interdicta erat ante *l.* 22. *C. de iis qui ven. ætat. impetrav.* In qua Constantinus exigit decretum prætoris vel præsidis, ut valeat donatio omnis extra causam libertatis, etiam adhibito decreto, interdicta erat, ut diximus *in* §. *ab. eo sup.* hodie quoque tentari potest post Constantinum, id est, post leg. 2. interdictam esse manumissionem servorum rusticorum sine decreto, quia sunt pars prædiorum rusticorum, *l.* 3. *sup. de divers. et temp. præscr. et Nov.* 7. Et hæc de adolescente, qui liberatus curatoribus, rerum suarum administrationem suscepit. Alioquin adolescens servum manumittere non potest sine curatoris auctoritate, et quam manumissionem, si fecerit curatore auctore, adversus eam in integrum restitui non potest, nisi ex magna causa a Principe solo, si forte actorem manumiserit, ut in *l.* 10. *sup. de minorib.* quoniam actoris servi amissio plerunque est causa eversionis totius familiæ, quoniam res omnes familiares novit, *l. ult. sup, de offic. præsid.* Et quot sunt domini viri illustres, quibus plane res suæ incognitæ? sunt cognitæ solis actoribus, qui actum eorum gerunt, qui actum earum rerum gerunt quorum amissio ideo pertinet ad amissionem et eversionem totius rei familiaris.

Ad L. V. Quando ex facto tut.

Post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, judicati actio: non magis quam in tutores, si modo nullam ex consensu, post depositum officium, novationem factam et in tutorem vel curatorem obligationem esse translatam constabit.

Initio legis 5. hæc proponitur species: furioso curator datus est, qui furiosi nomine judicium cepit, et condemnatus est, deinde morte furiosi, antequam judicati ageretur, finitum est officium curatoris, Quæritur, an in curatorem detur actio judicati? et respondet Pap. post mortem furiosi in curatorem, quamvis condemnatus sit, et judicatus, non dari actionem judicati, dari igitur in hæredem furiosi: denique non in judicatum, sed in non judicatum, hoc casu dari judicati actionem. Idemque esse addit Pap. hoc loco, in tutore condemnato pupilli nomine. Nam et in eum post depositum officium, veluti post mortem aut pubertatem pupilli, vel quem alium tutelæ finem, non datur actio judicati, sed datur utilis in pupillum, hæredemve ejus, aut curatoris, ut aperte definit *l. ult. ff. si quis caut.* itemque *l. argentarium* §. 1. *sup. de judic.* quæ tutorem condemnatum pupillæ nomine finita tutela, et in curatorem translata, ostendit non teneri actione judicati, quamvis condemnatus sit, sed in curatorem transferri actionem judicati, qui tutori successit absente puella, scilicet quæ erat in provincia, curator autem forte fortuna inventus fuit Romæ, ubi mater puellæ contraxerat, cui puella hæres exstitit, ex qua causa tutor puellæ nomine in provincia condemnatus fuerat, quæ est propria et vera species d. §. 1. Verum est etiam, in curatorem adolescentis condemnatum nomine adolescentis post legitimam ætatem, atque ita post depositum officium, non dari actionem judicati, sed utilem dari in adolescentem ipsum, *l.* 1. *C. quando ex fact. tut.* Quod obtinet non tantum in actione judicati, sed etiam in actione ex stipulatu, vel de constituta pecunia, vel de certa pecunia credita, vel qua alia actione et obligatione, quam tutor vel curator pupilli vel adolescentis, vel furiosi, vel prodigi, vel etiam Reip. citra novationem contraxit, nomine ejus, cujus negotia gessit, ut patet ex hac lege in §. *tutor, et l. ult.* §. *ut leg. nom. cav. l.* 28. *in princ. sup. de adm. tut. l. cum quidam, C. eod. tit. l.* 3. §. *in eum, de adm. rer. ad civit.* ut scilicet ii omnes post depositum officium omnium earum obligationem onera recte recusent. Duo tantum sunt casus, quibus post depositum officium tutor vel curator conveniri potest, ex causa obligationis pro eo, cujus tutelam vel curam contraxit vel tutelam vel curam gessit, contractæ tempore administrationis: unus casus hic est, si creditor ejus, cujus tutelam vel curam gerit, pecuniam debitam caverit novatione facta, novationem fecerit: nam ex ea causa etiam post depositum officium actio in eum datur, ne scilicet in damno versetur creditor, qui ejus fide et expromissione contentus per novationem reum principalem liberavit. Et ita de curatore Reip. nominatim proditum est in *d. l.* 3. §. *in eum*, ut et de tutore in h. l. si ejus verba translata, et transjecta non essent: nam ut verba sunt collocata in hac lege ponit novationem fecisse tutorem post depositum officium, cum ponere debeat, fecisse ante depositum officium: neque enim hic quæritur, qui post depositum officium novatione facta in se transfudit omnem obligationem, vice ejus, cujus pridem tutelam gessit, an teneatur, quod erat extra omnem dubitationem, sed quod maxime dubitabatur, an, ut post depositum officium tutor ceteris obligationibus relevatur, quas suscepit tempore tutelæ pro pupillo, relevetur etiam obligatione pupil-

fari, quam tutelæ tempore in se transfudit novatione facta. Et ut palam initio h. l. agitur de curatore furiosi, qui eo vivo, scilicet furioso, manent ad ministratione se obligavit, suscipiendo judicium pro eo, an post depositum officium, veluti post mortem furiosi, judicati teneatur. Itaque consequens est et consentaneum, mox in hac ipsa lege agi de tutore, qui tempore tutelæ pro pupillo judicati obligationem suscepit, an post depositum officium judicati actione tencatur, quod et statim, quod sequitur in hac lege, exigit omnino, dum subjicit: tutorem qui non facta novatione se soluturum cavit, pecuniam quam pater, cui pupillus hæres exstitit, condemnatus fuit, id est, qui constituit se soluturum pro pupillo, ut similiter de curatore Reip. dicitur in *d. l.* §. *in eum,* post finitam tutelam, hoc est, post depositum officium recte recusare actionem constitutæ pecuniæ, quia scilicet constituto, quod contraxit tempore tutelæ, non fuit novata principalis obligatio, *l. si filiusf. sup. de in rem verso*, *l. item illa*, §. *ult. l. ubi quis*, *ff. de const. pecun.* Et ideo creditori adhuc salva et integra est actio in debitorem principalem, unde luce clarius existit, sic esse restituenda suo loco verba hujus legis; *post mortem furiosi non dabitur in curatorem, qui negotia gessit, judicati actio, non magis quam in tutorem post depositum officium, si modo nullam ex consensu novationem factam, et in curatorem vel tutorem obligationem esse translatam constabit.* Et ait, *ex consensu novationem factam*, ad differentiam novationis necessariæ, quæ fit judicio accepto, qua tutor, ut ante dixi, post depositum officium, absolvitur, *Voluntaria*, id est, facta ex consensu, non absolvitur. Alius autem casus, quo tutor alii ex administratione tutelæ tenetur, etiam post depositum officium, ponitur in extrema parte h. l. Si tutor suo nomine pecuniam mutuam acceperit, et verterit in rem pupilli, si inde pecuniam, in quam pater pupilli condemnatus est, cui pupillus hæres extitit, exolvit, atque ita pro pupillo jure hæreditario obligato judicati nomine, judicatum fecerit: nam et ex hac causa post depositum officium in tutorem est actio creditæ pecuniæ, quia perinde atque facta novatione voluntaria ex ea causa ipse solus tutor obligatur, ut in *l. tutorem*, §. *adversus*, *sup. de adm. tut.* nisi ut eleganter subjicit, si creditor pupilli contemplatione credidit, ut pecunia verteretur in causam judicati, si pupillum sibi obligari voluit, non tutorem, cui numerabat pecuniam, quo casu solus pupillus creditori tenetur, argum. *l. si pupilli*, §. 1. *de negot. gest.* Non tutor tenetur post depositum officium: durante officio tutelæ non est dubium, cum pupilli nomine conveniri posse, *l.* 1. §. *sufficit*, *ff. de administ. tut.* Et hæc est sincera interpretatio hujus legis.

At circa eam multa quæri possunt: ac primum quidem initio ait, post mortem furiosi, in curatorem nomine furiosi non dari judicati actionem. Queri potest, an vivo furioso, in curatorem, qui condemnatus est nomine furiosi, detur actio judicati? Et lex ipsa ex contrario significat dari: ac sane ita est hoc velle Pap. ut quo casu in curatorem vivo furioso datur actio, in curatorem, inquam, condemnatum datur actio judicati manente officio curationis, non detur etiam post mortem furiosi, quo casu veluti curatore condemnato, vel patre furiosi, vel ipso furioso, antequam furore corriperetur, quia cum furioso nulla actione agi potest, *l.* 2. *sup. de condict. furti. l.* 4. *ff. de in jus voc.* Necesse igitur est judicati agi in curatorem: actio autem judicati exercetur in bona, captis pignoribus, *l.* 1. *C. eod. t.* an ergo pignora curatoris capi possunt? Sic sane: si scilicet agat contumaciter et judicatum facere detrectet: sed quod præstiterit consequetur a furioso cum resipuerit, vel ab hærede ejus contraria actione negotiorum gestorum. Item queri potest, an tempore tutelæ condemnatus tutor nomine pupilli teneatur actione judicati? et in tutore ita distinguendum est: aut se liti obtulit, aut non. Si se liti obtulit, id est, si cum posset pupillo auctor fieri ad judicium accipiendum, ipse maluerit, accipere, proculdubio ipse tenetur judicati actione, *l.* 2. *sup. de admi. tutor.* Ergo ex causa judicati, in causam judicati pignora capi ex ejus bonis possunt. Si se liti non obtulit, sed ex necessitate officii pro infante, vel absente pupillo, qui judicio accipiendo idoneus non est, judicium accepit, et condemnatus fuerit, ei succurritur, ut non detur in eum actio judicati, *d. l.* 2. *et l. pen. hoc tit.* sed detur in pupillum, cum infantiam excesserit, vel abesse desierit, quo tempore idoneus est judicio accipiendo, pupillus idoneus est litigator tutore auctore, ergo et ejus bona pignori capi possunt in causam judicati, ut *l.* 1. *C. de præd. min.* Hoc, inquam, casu in pupillum datur actio et executio judicati, excepto uno casu, si causa ex qua tutor condemnatus est, descendat ex contractu patris, cui pupillus hæres exstitit, et post condemnationem tutoris pupillus tutore auctore se bonis paternis abstinuerit: tunc enim nec in pupillum, nec in tutorem, judicati actio competit, *d. l.* 2. *de administr. tut. l. ult. ff. si quis caut.* Sed dabitur actio judicati in substitutum pupilli, vel cohæredem, vel alium successorem patris, qui successerit ex successorio edicto *l. ex contractu*, *inf. de re judic.* Sane in tutorem eo casu non competit actio judicati, quia nec, si pupillus se non absti-

nuerit, quum tutor judicium accepit nomine infantis pupilli vel absentis, in eum ejusve bona non exercetur actio judicati, imo nec in fidejussores eujs, si judicatum solvi satisdederit tutor, *d. l. 2. §. ult. de administr. tut.* Quæ est accipienda de satisdatione judicatum solvi, quæ scilicet, ut ratisdato de rato, ex edicto prætoris ante Justinianum, etiam a tutore et curatore præstabatur, §. *tutores, Inst. de satisdat.* hodie non præstatur ab eis ex Const. Just. *l. ult. §. desensionem, C. de administ. tut. l. 1. §. sufficit, sup. de administr. tut.* Cujus §. stylus aperte prodit, totum esse compositum a Triboniano secundum Constitutionem Justiniani. Eadem vero distinctio, quam feci in tutore, servatur in curatore adolescentis, ut si pro absente coactus judicium acceperit ipse, judicati non teneatur, si pro præsente liti se obtulerit, ipse judicati teneatur: nam etiam eadem distinctio admittitur in procuratore, *l. 4. inf. de re jut. l. Plautius, sup. de procur.* nempe, ut in procuratorem voluntarium, id est, negotiorum gestorem detur actio judicati non in mandatarium sive procuratorem ex mandato.

Et postremo queri potest: an quod diximus tutorem vel curatorem ex sua administratione et negotio, quod cum alio contraxit vel quasi contraxit pupilli nomine, vel adolescentis, vel furiosi; vel prodigi, vel etiam Reipubl. non teneri post depositum officium, exceptis duobus casibus supra relatis, an id etiam locum habeat in procuratore? Et sane diximus lib. 1. procuratorem, qua actione teneri cœperit tempore administrationis per causam administrationis, eadem quoque eum teneri post finitum mandatum, vel post depositum officium, nec relevari auxilio prætoris, *l. 67. de procur.* Et in hac re esse differentia inter munera publica, veluti tutelam et curationem, quam inviti suscipiunt, quæ ratio efficit, ut releventur post depositum officium, et munera privata, veluti procurationem, quæ non nisi volenti defertur, quam differentiam memini me exponere lib. 2. ad supra dictam *l. 3. §. in eum, de admi. rer. ad civit. pert.* coniunctam cum *d. l. 67.*

Ad L. XI. de suspect. tutorib.

Post finitam tutelam cognitio suspecti tutoris, quamvis pridem recepta solvitur.

Certum est in tutorem vel curatorem, qui male aut fraudolenter in tutela vel cura versatur, esse ex xii. tabulis quasi publicam suspecti accusationem, qua id agitur, ut removeatur vel tutela abeat, ut postquam abierit tutela, cum eo agi possit tutelæ judicio, ut rationem reddat vel rationibus distrahendis, actione rationum distrahendarum, ut in duplum reddat, quod per fraudem ejus pupillo abiest vel adolescenti, vel furioso, vel prodigo. Nunc finge, receptam semel fuisse accusationem cognitionemque suspecti tutoris litem cum eo contestata, receptumque tutorem inter eos, et pendente ac suspensa cognitione, suspenso crimine, non quidem morte tutoris (constat enim morte rei solvi omne judicium criminale, *l. in Senatusc. §. si propter, ad Senatus. que Turp.*) sed alio modo, veluti pubertate, aut adrogatione, aut deportatione, aut servitute, aut captivitate pupilli, finitam tutelam fuisse: finge, inquam, pendente judicio suspecti tutelam finitam fuisse non morte rei, id est, tutoris, sed alio quocunque modo, quæritur, *an solvatur perimaturque judicium et cognitio suspecti tutoris pridem recepta?* Et respondet Papin. solvi atque perimi. Ratio dubitandi hæc erat, quia semel recepta cognitio criminalis vivo reo ex Senatusconsulto Turp. non temere solvitur sine abolitione, sed crimen suspecti tutoris facile solvitur, cum et ab eo accusator impune desistat sine abolitione, *l. 1. §. suspecti ff. ad SC. Tertull.* Et ratio decidendi hæc est, quia finita tutela agi potest tutelæ judicio, vel rationibus distrahendis, quibus ut agi possit, in hoc solum instituitur suspecti tutoris crimen: neque enim his actionibus, tutelæ scilicet et rationibus distrahendis, agi potest, quamdiu tutor manet, sed tum demum, cum tutor esse desiit, deposito officio finitaque tutela, et cujus criminis, si jam finita esset tutela, cognitio non reciperetur, *l. 3. §. quæri, hoc tit.* ejus quoque criminis, cum post receptam cognitionem tutela finitur, cognitionem durare non oportet, ut quæ alias non instituitur, nec duret finita tutela, *argum. l. 6. ff. ut in possess. legat. l. Granius, §. et puto, de fidejussor.* Et ita est explicanda hæc lex *pen.* Ex ea vero, mihi temperare non possum, quin aperiam quam mihi sit suspecta scriptura §. *si quis autem, Insti. de suspect. tut.* ubi primo loco ait, ei, qui suspectus postulatus, nondum damnatus vel remotus est: *quoad cognitio finiatur interdici administratione rerum pupilli, ut,* inquit, *Papiniano visum est.* Quæ quidem sententia Papiniani nullo loco extat, verissimum tamen est interdici administratione, interim postulato suspecto, vel nominatim a prætore vel præside, *l. 7. C. eod. tit.* vel tacite interdictam videri, maxime curatore, qui interim administrat, dato in locum ejus, *l. quod si forte, §. 1. de solut.* Deinde subjicit eodem loco, semel susceptam suspecti cognitionem extingui, si postea tutor vel curator, qui suspectus postulatus est decesserit: quo nihil erat certius: quis enim nescit, morte rei omnem cognitionem criminalem extingui? At non erat æque cer-

tum, an etiam extingueretur semel recepta suspecti cognitio, si interim alio modo quam tutoris morte tutela finiretur. Unde apparet in eo §. exprimi, quod erat certum, omitti quod æque non erat certum. Et prudentius Papinianus hoc loco omittit casum mortis tutoris: nec enim dicit, post mortem tutoris, sed generaliter, post finitam tutelam, ut intelligeremus et alio quocumque modo finita tutela extingui suspecti cognitionem pridem receptam. Qua de causa in *d.* §. *si quis autem*, suspicor insidere mendum vetustissimum, quod scilicet insederit et inoleverit, et ab ipsa scriptura juris auctoris, ut fit sæpe, unde profluxit ille §. *si quis autem.* Nam Institutiones ductæ sunt ex Jurisconsultorum libris, excepta parte ea, in qua refertur jus novissimum, quod Justinianus introduxit. Denique existimo penitus insedisse hoc mendum, et pro *decesserit* scripsisse aut voluisse juris auctorem scribere, *esse desierit.* At cum perperam legeretur, *decesserit*, in re tam manifesta et clara, hæc fuit, ut opinor, causa non necessaria auctoritatem Papiniani transferendi in superiorem sententiam, de interdicenda administratione suspecto postulato, quæ subjici debuit posteriori sententiæ, de cognitione solvenda, nimirum restitutæ hoc modo: *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator esse desierit, extinguitur suspecti cognitio, ut Papiniano visum est:* et Papiniano nimirum visum est in hac *l. pen.* In eod. tit. Institutionum memini, me alias monere etiam alium errorem gravissimum insidere in §. *seq.* dum ait, tutorem, qui data pecunia ministerium tutelæ adquisierit vel redemerit, non tantum removeri a prætore ut suspectum, sed etiam remitti puniendum a prætore ad præfectum urbi: ubi manifestum est, ex *l.* 5. §. *tutor*, *hoc tit.* esse legendum, *qui data pecunia ministeriis tutelam redemerit*, ministeriis, id est, officialibus prætoris per quos fit inquisitio. Nam et illo loco veteres libri non habent, *adquisierit.* Et ostendam etiam alium errorem tertium in eod. tit. §. *suspectus autem*, ubi duobus locis pro *Julianus scripsit*, scribendum est, *Julianus rescripsit*, id est, *respondit*, ut in *l. ex contractu*, *inf. de re jud.* Quamobrem et eo loco id Theophilus vocat Juliani ἀπόκρισιν, id est, responsum sive rescriptionem. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. XXVIII. de Excus. tut.

Tutor petitus, ante decreti diem si aliquod privilegium quærit, recte petitionem institutam excludere non poterit.

Initio hujus legis ostenditur, tutore nominato et petito veluti a matre vel agnatis, aut liberto, ad excusationem id privilegium eamve immunitatem tantum ei prodesse, quam habuit petitionis tempore, non quam post petitionem acquisivit ante decreti diem, id est, antequam a prætore, vel præside causa cognita tutor decerneretur, ut in *l.* 2. §. *pen. hoc tit. et l. pen.* §. *hoc circa*, *de jure immu. et l.* 2. §. *qui ad munera*, *inf. de vacat. mun* Jus liberorum vel jus corporis, aut collegii, aliudve privilegium ostenditur excusare a tutelis et aliis muneribus civilibus, quod quis habuit, antequam vocaretur ad munera civilia, non quod postea quæsivit: et ita postquam vocatus quis est in jus, privilegium fori, quod deinde acquisivit, nihil ei prodest, quia id non habuit, quo tempore in jus vocatus est, *l.* 7. *sup. de jud. l. pen. sup. de jurisdict.* Huic sententiæ et responso multa objicit Accursius hoc loco, *l. qui autem, sup. si quis caut. l.* 13. §. 1. *hoc tit. l. non tantum*, §. *vacare*, *hoc tit. l. ab his onerib.* §. *auctis*, *et l. prætor*, §. *si post*, *de vacat. mun.* nec respondet quicquam. Primum *l. qui autem*, *si quis caut.* ad quam etiam ei convenienter non apponit speciem, ait, *si quis eum, qui in jus vocatus est, judicio sisti promiserit quem utique sistere debet, in eadem causa non videri eum sistere*, in eadem causa, si novo privilegio utatur, quod quæsivit post vocationem in jus: ergo licet uti privilegio quæsito post vocationem in jus, et quodammodo cœptam litem: sed non de quocunque privilegio, non de privilegio fori, non de privilegio excusationis sive immunitatis loquitur, quo uti non licet, si quæsitum sit post vocationem in jus, vel post vocationem ad civile munus aut nominationem et creationem. Verum conveniens exemplum apponi oportet, quo non subvertantur aliæ auctoritates juris, quæ cohærent, nec dissentiunt invicem et obiter, dissolvamus. Igitur *l. qui autem*, de alio privilegio est, ut puta, si in capitali causa, qui reum sisti promisit, eum postea decurionem factum sistat, utentem privilegio curiæ in pœnis evitandis et tormentis. Nam hoc habent privilegium decuriones, ne subjiciantur tormentis in causis capitalibus, ne subjiciantur pœnæ plebejorum, quod est notissimum, *l. moris.* §. *pen. de pœn.* Hunc igitur, qui sisti promisit, si postea decurionem factum sistat, non videtur sistere in eadem causa, quia privilegio decurionatus uti potest, etiamsi id adquisierit post vocationem in jus demum, vel cautionem judicio sisti. Denique qui post hanc cautionem factus est decurio, uti potest privilegio decurionatus in pœnis evitandis, sicut servus sisti promissus in causa capitali, si sistatur liber factus, jure liberi hominis uti potest, ne subjiciatur servilibus pœnis,

l. pen. ff. si ex nox. cau. ag. Nam in capitalibus causis, ut aliter de servo, aliter de libero homine vindicta sumitur: ita aliter de plebejo, aliter de decurione. Quamobrem qui servum sisti promisit, non videtur eum sistere in eadem causa, si liberum sistat, vel qui plebejum sisti promisit, non videtur eum sistere in eadem causa, si decurionem sistat, maxime in judiciis criminalibus. Privilegium fori vel excusationis statim vires suas exerit et exercet ab initio, eo tempore, quo quis vocatur in judicium, vel ad munus civile. At privilegium in pœna evitanda vires suas exercet tempore accepti judicii, ut probat *d. l. pen.* non tempore delicti, nisi congruat cum tempore judicii accepti, sive litis contestatæ, non tempore vocationis in jus, non tempore etiam rei judicatæ, ut in *l. 1. inf. de pæn.* quæ hoc modo in concordiam facile adducetur cum *d. l. pen.* ut si quæratur, cujus conditionis fuerit is, qui deliquit, dicamus, si conferatur tempus delicti cum tempore rei judicatæ, spectari tempus delicti, quod modo congruat cum tempore judicii accepti: quod si non congruat et conferatur tempus delicti cum tempore judicii accepti, spectari potius tempus judicii accepti, sive litis contestatæ. Nihil enim obstat huic responso *l. 15. §. 1. hoc tit.* ex qua tutor susceptam tutelam impuberis plebeji ignobilis et inhonorati, deponit, si postea fiat Senator, et excusatur, si fiat Senator populi Rom. quoniam, ut respondet, hoc est speciale in Senatoribus, ut superveniens senatoria dignitas, quam non habuit eo tempore, quo tutor petitus est et datus, liberet tutela plebejorum; sicut et idem in aliis quibusdam receptum est, qui et accepta tutela excusantur in perpetuum, vel ad tempus incidente justa causa, de quibus agitur in *l. 11. et 12. l. 30. in pr. et 40. hoc tit. l. verum, §. ex facto, sup. de minorib.* ad quod etiam respicit *l. prætor, §. si post, de vacat. mun.* quam hoc loco etiam objecit Accursius. Itaque eodem modo est respondendum *d. l. Prætor, et d. l. 15. hoc tit.* Idem quoque Accurs. objicit *l. non tantum. §. vocare. hoc tit.* quæ omnino congruit cum hoc responso. Ait n. accepta tutela non excusari tutorem, si postea immunitatem consequatur. Postremo male etiam objicit Accurs. *l. ab his oner. §. auctis, de vac. mun.* quæ dicit, pauperem imparem oneri tutelæ ferendo, non excusari a muneribus civilibus, si pendente judicio, quod hac de re agitatur, auctus sit facultatibus, quod est longe diversum ab eo, quod proponitur hoc loco. Hic enim agitur de causa excusationis superveniente post nominationem et petitionem tutoris: ibi agitur de causa excusationis præveniente. Et tamen in utraque idem juris est, ut neque superveniens prosit ad excusationem, neque præveniens, veluti si pauper ante sententiam finitam sit auctus facultatibus, et ita facile liberabimur ab his omnibus, quæ nobis objicit Accursius.

Ad §. quæ Tutoribus.

Quæ tutoribus remunerandæ fidei causa, testamento parentis relinquuntur, post excusationem, ab heredibus extrariis quoque retineri placuit, quod non habebit locum in persona filii, quem pater impuberi fratri cohæredem, et tutorem dedit: cum judicium patris ut filius, non ut tutor promeruit. Tutorem ad tempus exulare jussum excusare non oportet, sed per tempus exilii curator in locum ipsius debet dari.

Jam ostendit lib. 4. ad *l. 24. de test. tut.* tutorem, qui se excusat a tutela, cum jure non prohiberetur tutelam suscipere, id quod sibi testamento patris relictum est, ut tutori fidei et laboris remunerandi gratia, amittere. Quod verum est, etiamsi se in partem excusaverit, puta, pro parte rerum provincialium, pro parte Italicarum susceperit tutelam. Nam et hoc casu totum amittit, quod sibi testamento patris relictum est fidei remunerandæ causa, *l. etiam, de leg. 1.* Et ait hoc loco *fidei remunerandæ gratia*, quæ verba Græci inepte accipiunt de fideicommisso relicto tutori, cum palam sit, ea esse de fide tutoris, ut loquitur *l. tutorem, de his quib. ut indign.* quam scilicet in gerenda tutela exhibet pupillo: et recte ait, *fidei remunerandæ gratia*, quia si filio impuberi, alium filium majorem 25. annis tutorem dederit, et cohæredem etiam adjecerit, et si sese excusaverit tutela justa ex causa, quæ recepta fuerit, non amittit portionem hæreditatis, quia non fidei remunerandæ gratia cohæres adjectus videtur. Id enim promeruit, inquit, ut filius, non ut tutor, et tutor, qui se excusat, id tantum amittit, quod promeruit ut tutor, id est, fidei remunerandæ gratia. Id autem quod amittit tutor ex ea causa, Papinianus ostendit hoc loco remanere apud hæredem patris, nec transire in fiscum, quamvis ut amittat tanquam indignus, et remanere apud hæredem patris, etiam extraneum: quam in rem hic locus est singularis, alioquin videretur remanere apud pupillum, cujus utilitatem tutor deseruit repudiata tutela ex *l. 5. §. amittere, de iis quib. ut indig. l. pen. C. de leg.* sed non aliter remanere apud pupillum, quam si hæres patri exstiterit, ex hoc loco intelligitur. Male enim Doctores remanere apud hæredem, sed mox restitui pupillo exhæredato. Et postremo notandum est, ex § *ult.* in locum tutoris ad tempus exulare jussi ob crimen aliquod, alium tutorem non dari, sed curatorem,

quia datus in exilium temporale tutor esse non desinit, *l. sive hæredem*, §. *ult. sup. de administr. tut.* Et regula juris vetat tutorem habenti alium tutorem dari. Idcirco dabitur curator, non tutor: at in locum damnati tutoris exilio perpetuo, alius tutor datur, quia tutor esse desiit, ut in *l. seq. l, 3. C. qui tut. pet. poss. l. 3. C. in quib. caus. tut. hab.* et si tutor dari potest, multo magis curator, ut in *l. quod si forte*, §. *quid ergo*, *de solut.* Exilium dicitur de deportatione proprie, quæ est capitis diminutio media *l. 2. inf. de pub. jud.* Hoc loco posset quis dicere, exilium dici de relegatione, quoniam distinguit inter exulare jussum ad tempus et exulare jussum in perpetuum: ergo de relegato loquitur, non de deportato, quoniam deportatio non fit ad tempus, nulla capitis diminutio fit ad tempus. Relegatio non est capitis diminutio, deportatio est capitis diminutio, et ideo non est ad tempus, *l. 7.* §. *hoc est differentia*, *et l. 8. inf. de int. et releg.* At verius est, exilii nomine significari hoc loco, et deportationem et relegationem. Nam et per errorem judicis quandoque deportatio, sicut damnatio in metallum, quæ est capitis diminutio ejusdem gradus, fit ad tempus, quo casu non habetur pro capitis diminutione, *l. capitalium*, §. *Divus*, *de pœn.* Itaque deportatus ad tempus non desinit esse tutor, ac proinde in locum ejus dandus est curator, non tutor.

Ad L. XXX. de Excus. tut.

Jurisperitos qui tutelam gerere cœperunt, in consilium Principum adsumptos, optimi maximique Principes nostri constituerunt excusandos, quoniam circa latus eorum agerent, et honor delatus finem certi temporis, ac loci non haberet.

Regulariter superveniens privilegium, vel dignitas post petitionem ac dationem tutoris cœptamve tutelæ administrationem, nullam præbet excusationem, sed ut diximus initio *l. 28. hoc tit.* excipiuntur tutores, qui post cæptam administrationem tutelæ cooptantur in amplissimum ordinem, ut in *l. 15. hoc tit.* Excipiuntur etiam initio h. l. 30. Jurisconsulti, qui in consilium Principis adsumuntur, qui non tantum ne accipiant, sed etiam accepta tutela excusantur, ut *l. verum*, §. *ex facto*, *de minor.* Et quidem in perpetuum, sicut Senatores, quia et is honor est perpetuus, id est, ut hoc loco Papinianus ait, certi temporis, vel loci finem non habet. Hoc Græci interpretes accipiunt de Quæstoribus sacri palatii, quos hodie Cancellarios appellamus: sed lex generaliter loquitur de quibuscunque consiliaris intimi; sanctioris et arcani consessus Principis. Et hoc privilegio usum Arrium Mænandrum Jurisconsultum, qui libros scripsit de re militari, susceptam tutelam deposuisse refert Ulpianus in *d.* §. *ex facto*: ex constitutione scilicet Severi et Antonini hos intelligi Papinianus hoc loco, cum nominat optimos maximos Principes suos ut in *l. 8. in princ. et* §. *ult. ff. de vacat. muner.* quorum et ipse Papinianus consiliarius fuit.

Ad §. *Cum oriundus ex provincia.*

Cum oriundus ex provincia, Romæ domicilium haberet, ejusdem curator decreto Præsidis ac Prætoris constitutus, rerum administrationem utrubique suscepit. Placuit eum duas curationes administrare non videri, quod videlicet unius duo patrimonia non videntur.

Certum est tria onera tutelarum vel curationum a quarta præbere excusationem, *l. 1. C. qui num. tut.* Unde si quis unius adolescentis curationem susceperit, qui bona possideat in Italia, ubi domicilium habet, et in provincia quoque unde originem traxit, et omnium bonorum administrationem susceperit, cum esset idem tam a prætore datus bonis Italicis, quam a præside provincialibus, ut in *l. pupillo*, *de tut. et cur. datis.* Quæritur, an hanc curationem pro ratione diversorum bonorum tutor scindere possit, ita ut eam computet pro duabus, quandoquidem, si partis bonorum administratione se excusasset, puta, provincialium, ut potuit *l. 10.* §. *2. et 3. et l. 19. hoc tit. l. 2. C. eodem*, *l. etiam*, *de leg. 1.* eo casu adolescenti dati duo curatores fuissent, unus Italicarum, alter provincialium rerum. Hic igitur, qui universi patrimonii administrationem suscepit omniumque bonorum, sustinet onus duorum. Videtur ergo hæc curatio haberi posse pro duabus. Et tamen aliud Papiniani judicium est, qui respondet hoc loco eam curationem pro uno tantum onere haberi, non pro duobus; optima ratione, quia unius hominis non intelliguntur esse duo patrimonia, ergo nec duæ curationes, quia curationes patrimoniis dantur, unius, inquam, hominis vivi, sicut nec mortui duæ hæreditates esse intelliguntur, nisi militis, in quo specialiter constitutiones quasi duorum hominum duas hæreditates faciunt, castrensem et paganam: testamentariam, et legitimam, si pro parte tantum testatus sit, *l. si certarum*, *ff. de milit. testam.* Sicut in impubere adrogato, si moriatur, cui præmortuus adrogator substituerit in secundum casum, intelligitur habere duas hæreditates, testamentariam, id est, substitutionem pupillarem in quarta Antoniana, quæ ei debetur ex bonis adrogatoris: legitimam, in ceteris bonis, prout Accursius ponit speciem in *l. si adrogator*, *de adopt.* nec male, cum in *l. sed si plures*, §. *ad substitutos*, *ff.*

de vulg. substit. miles comparetur impuberi adrogato.

Sequitur in hac lege: *Qui privilegio subnixus est fratris curationem suscipere non cogitur.* Sententia hujus versus hæc est: immunitate et privilegio, quod quis habet, uti eum posse, etiam adversus fratrem impuberem, cui tutor datus est, quod et supra indicavit in *l.* 28. §. 1. Et Glossa ait, hoc loco, sic etiam in patre: ego, sic non esse in patre, quia contra naturales stimulos facit, ut ait *l.* 36. *fin. h. t.* παρὰ τῶν στοργῶν φυσικῶν. Impie igitur, qui se tentat excusare curatione vel tutela filii emancipati, veluti jure trium liberorum; in eo numero computato etiam ipso filio emancipato, cui tutor vel curator petitur, ut in specie *d. l.* 36. Nam, ut eleganter ibidem Græci notant, absurdum est, filium adversus seipsum prodesse patri: ἄτοπον ἐστι τὸν υἱὸν, etc. Et rectissime sic eam l. Græci accipiunt, ut præmium, quod patri datur propter numerum liberorum, ei non denegetur, cum extero curator petitur: denegetur autem plane atque districte, cum filio curator petitur.

Ad §. ultimum.

Patronus impuberi liberto quosdam ex libertis tutores aut curatores testamento dedit: quamvis eos idoneos esse constet, nihilominus jure publico poterunt excusari, ne decreto confirmentur.

Sensus hic est: si patronus libertum idoneum moribus et facultatibus colliberto hæredi instituto, ut exigit *l.* 4. *supr. de confir. tut.* tutorem dederit testamento vel curatorem, qui licet jure datus non sit, cum datus sit ei: quem in potestate non habet, tamen decreto confirmari potest, *l.* 28. §. *ult. sup. de testam. tut.* Ne tamen decreto confirmetur, non prohiberi eum, se jure publico excusare a tutela colliberti, cui tutor a patrono datus est, veluti jure trium liberorum, aut jure trium tutelarum, quia ei soli liberto non licet uti ullo justo titulo excusationis, qui tutor vel curator datus est liberis patroni ex oratione Divi Marci, *l.* 14. *hoc tit. l.* 5. *C. eod.* non qui datur colliberlis. Et addit Papinianus, *ne decreto confirmentur*, quia possunt allegare excusationem, antequam confirmentur. Exequi autem eam non possunt, nisi post confirmationem: executio esset præpostera, *l. Cajus*, *l. Nesennius*, *hoc tit.* sequitur ex eod. lib. *l.* 14. *de cur. fur.*

Ad L. XIV. de Curat. furios.

Virum uxori mente captæ curatorem dari non oportet.

Sententia vero Legis XIV. hæc est: ne maritus uxori mente captæ curator detur, nihil præterea. Cujus sententiæ ratio hæc est: ne cohibeatur ratio reddendæ curationis sanitate uxori reddita. Hæc sententia ex oratione Marci et Commodi ac Senatusconsulto de inhibendis nuptiis desumpta est. Qua ratione etiam maritus non datur curator uxori minori viginti quinque annis, aut datus, nisi se excusaverit, removetur, *l.* 1. *hoc tit. l.* 4. *C. eod. l.* 2. *C. qui dare tutor. poss.* Eademque ratione nec socer nurui curator datur, *l. licet*, *C. eod. tit.* unde videmur hoc loco jungere posse, quod ex eodem Papiniani libro refertur in *l. si quis tutor*, §. *quid ergo*, *ff. de ritu nupt.* Nam eadem oratione et Senatusconsulto, de quo illo loco agitur, et ratione eadem, tutor prohibetur sibi vel filio suo conjungere eam, quæ pupilla sua fuit, ne cohibeatur ratio reddendæ tutelæ, *l. pen.* §. *sed. videamus*, *eod. tit.* Sed videamus, an ad prohibitionem nuptiarum cum pupilla contrahendarum pertineat tutor, qui cum se excusare vellet justa ex causa, quærendarum probationum causa distulit negotium, traxitque causam excusationis si interim pupilla adolevit. Cujus quæstionis definiendæ causa ante omnia videndum est, an post pubertatem finitamque tutelam excusatio ejus recipi possit. Nam si possit recipi et recipiatur, impune ducet pupillam uxorem, cui nullo modo est obligatus: si non possit recipi, non impune, non licite eam ducet uxorem, quia præteriti temporis periculum ad eum spectat et rationibus reddendis pupillæ obnoxius est, ratione exacti temporis, quo cessavit et moram traxit. Et ita hoc ipso lib. Papinianum respondisse Ulpianus refert in *d. l si quis tutor.* Sed ejus responsum improbat. Si negotium excusationis, non dolo malo, sed ex necessitate delatum fuerit, cum in promptu probationes non essent, iniquum est, propter hanc dilationem justam non excusari eum post pubertatem pupillæ, vel nuptias impediri excusatione recepta.

Huic loco jungamus etiam alios, quibus Papiniani auctoritas in testimonium vocatur ex eod. libro, qui omnes sunt de tutelis: deinde a tutelis transeamus ad hæreditates, ac primum jungamus *l.* 5. §. *Papinianus ff. de administr. tut.*

Ad §. Papinianus L. V. de Administr. tutor.

Papinianus libro 5. Responsorum ita scribit: pater tutelam filiorum consilio matris geri mandavit, et eo nomine tutores liberavit: non idcirco minus officium tutorum integrum erit, sed viris bonis conveniet, salubre consilium matris admittere: tametsi neque liberatio tutoris, neque voluntas patris aut intercessio matris, tutoris officium infringat.

In hoc §. proponitur, patrem mandasse in testamento filiorum suorum tutelam geri consilio ma-

tris, et, si quid ex consilio matris tutor fecisset, eo nomine eum liberari, nec obligari voluisse. Tale mandatum patris recte Papin. censuit non infringere aut deintegrare officium tutoris, quo minus gnave et diligenter tutelam gerat, etiam sine consilio matris, aut non sequuto consilio matris, si videatur non esse ex re pupilli. Nam et in aliis plerisque §§. eadem lex docet, patris voluntatem non esse sequendam, ut si tutores datos jusserit esse ἀνεκλογίστους id est, non obnoxios reddendis rationibus: vel si prohibuerit vendi res tempore perituras, bono tamen viro convenire salubre consilium matris admittere. Et alia est ratio *l. Titium in princip. eod tit.* in qua non consilio fratris tantum, qui contutor erat, sed etiam opera, pater rem pupilli administrari voluit. Ideoque alteri sine altero alter recte non solvit, quia non uni mandata est administratio ex sententia tantum et consilio alterius, sed utrique, ita ut in ea patrui consilium præpolleret, qui et ipse tutor est. Est et alius elegantissimus locus in *l. pen. §. quanquam, infra de reb. eor. qui sub. tut.*

Ad §. I. L. XIII. de Rebus eor. qui sub tut.

Quanquam autem neque distrahere, neque obligare tutor pupillare prædium possit: attamen Papinianus libro quinto responsorum ait, tutorem pupilli sine decreto Prætoris, non jure distrahere: si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit, et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino prædium cum fruct. vindicanti, doli non inutiliter opponitur exceptio, pretium ac medii temporis usuras, quæ creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris ejus facultatibus æs alienum solvi non poterit. Ego autem notavi: et si solvi potuerit, si tamen illæ res salvæ erunt, ex quarum pretio æri alieno satisfieri potuit, dicendum est, adhuc doli exceptionem obstare, si lucrum captet pupillus ex damno alieno.

Certum est tutorem illicite vendere prædium pupillare sine decreto prætoris vel præsidis: et si vendiderit, venditionem ipso jure nullam esse, et quandoque pupillo competere vindicationem prædii non jure distracti et fructuum exstantium, et condictionem consumptorum, si quis mala fide emerit, *l. 2. C. si quis ign. rem min. l. si prædium, C. de præd. min.* At finge, errore juris lapsum tutorem, prædium pupillare vendidisse sine decreto, et pretio liberasse creditores paternos pupilli, quibus pecuniæ debebantur cum usuris: hoc casu respondet Papinianus, quandoque prædium cum fructibus pupillo vindicanti obstare exceptionem doli mali, nisi pretium offerat, et usuras medii temporis, quæ creditoribus deberentur, nisi pecunia ejus dimissi et liberati fuissent, maxime, si ex aliis pupilli bonis creditores liberari non potuerint, sed ex eo prædio tantum: atque ita remedio sive æquitate exceptionis conservatur venditio, quæ erat ipso jure nulla, aut sane rescinditur in integrum restitutis omnibus. Æquissimum responsum Papiniani, et ab Imperatoribus etiam nominatim comprobatum in *l. utere, C. de præd. min.* imo et ampliatum a Paulo in *d. §. quanquam*, ut ei locus sit, etiamsi ex aliis pupilli bonis creditores liberari potuerint, ne pupillus lucrum captet ex damno emptoris: quod plerunque faceret, si prædium vindicaret non reddito pretio, quod in rem ejus versum est, nec reddito inter usurio. Adde, etiam sumptus meliorati prædii ab emptore, emptori esse offerendos ex *l. si prædium, C. de præd. min.* offerendas esse meliorationes, quas Græci ἐμφυτεύσεις vocant non, ἐμπονήματα, quo verbo labor significatur, non melioratio: nam in *l. 3. C. de jure emphyt.* Justinianus meliorationes vocat detorta voce Latina quasi imbonationes, ut in *l. ult. C. de novat.* ἀνοβατεύτως, vel ut alii ἀνεατεύτως, quod est non facta novatione, vel dixit ἐμπονήματα, quia pronuntiatur π ut β, ἐμβονήματα.

Ad L. XVII. de Injust. rupt.

Filio præterito, qui fuit in patris potestate, neque libertates competunt, neque legata præstantur; si præteritus a fratribus partem hæreditatis avocabit. Quod si bonis se patris abstinuit, licet subtilitas juris refragari videtur, attamen voluntas testatoris ex bono et æquo tuebitur.

Est singulare hoc responsum, meo tamen judicio, in id, cum vim ejus et potestatem non bene percipiunt interpretes. inani sermone imprudentia utuntur: sunt verbosi et prolixi more suo, ut solent in re facili esse multi, in difficili muti, in angusta diffusi. Cujus rei ego sum optimus testis, In hoc autem responso non insumam, ut Joannes Imola plusquam xxx. columnas, quas vocant majores. Species legis hæc est: Pater, qui habebat tres filios in potestate, testamento duos hæredes instituit, tertium silentio præterivit. Nullum est testamentum ipso jure, quia summum vitium testamenti est præteritio filiifamil. *l. inter cetera, sup. tit. prox.* Et nullum quidem est totum testamentum, ut neque institutio hæredum valeat, neque libertates competant, neque legata præstentur, quod hoc loco sic ait Papin. ut in *l. qui fundum, §. si tu ex parte, infra ad l. Falc.* in alia specie libertates competere et legata præstari, et *l. cum mater sup. de inoffic. testam.* illo loco, *ut libertates et legata præstentur*, subintelligitur, verbum,

competant, ut libertates competant: nec enim directæ libertates præstantur ab hærede, sed dantur a testatore, *l. pen. inf. de fideicom. lib.* Legata autem quamvis et ipsa relinquantur verbis directis, et sint omnia directa, ab hærede præstantur. Et ratio hæc est, quia ab hærede præstanda sunt propter rationem Falcidiæ, quæ intervenire potest in legatis, quæ causa est dandi hæredi interdicti quod legatorum adversus legatarium, qui legatum non ex voluntate hæredis occupavit. In libertatibus autem non potest intervenire Falcidia, *l. Papin.* §. *quarta*, *de inoff. testam.* Sed ad rem. Filio præterito, qui fuit in potestate patris, nihil ex iis, quæ testamento scripta sunt, valet: nec exceptis quibusdam personis legata præstantur, *l. is qui in potestate est*, *inf. de leg. præst.* Ait *qui fuit in patris potestate:* nam filio emancipato præterito jure civili testamentum valet, sed rescinditur jure prætorio per bonorum possessionem contra tabulas, non tamen, ut et omnia, quæ in eo testamento scripta sunt, infirmentur: nam et exceptis personis in *tit. de lega. præst.* puta, liberis, parentibus, uxori, nurui legata præstantur. Itemque portiones hæreditatis, et substitutio pupillaris in eo testamento scripta valet, et legata a substituto relicta, non exceptis tantum personis, sed omnibus præstantur, *l ex duobus*, §. *ult. ff. de vulg. substit.* Et ratio differentiæ hæc est: Quia jus civile, quo subnixus est filiusfamil. præteritus, durum est et asperum, quia nihil omnino conservat eorum, quæ in testamento scripta sunt: jus prætorium, quo solo nititur filius emancipatus præteritus, benignius est, et ideo nec evertit omnia, sed conservat, quæ conservari bonum et æquum est. In jure prætorio æquitas dominatur: in jure civili, summum jus. Quod autem diximus quodque proponit Papinian. initio hujus legis, filiofamil. præterito totum patris testamentum nullum esse; sane prorsus ita est, si filius præteritus suo jure utatur, si ut ait in proposita specie, partem hæreditatis tanquam ab intestato a fratribus hæredibus institutis avocet. Quod utique faciet agendo petitione hæreditatis pro sua parte, si fratres ei faciant controversiam hæreditatis, in quo judicio judex ei partem hæreditatis pro indiviso restitui jubet, *l. 7. sup. si pars hæredit. per* vel si fratres ei non faciant controversiam hæreditatis, agendo familiæ erciscundæ, quo judicio partem pro diviso consequetur, *l.* 1. §. *etsi possessor*, *eod.* Denique petitione hæreditatis præteritus filiusfamil. avocat partem pro indiviso, actione familiæ erciscundæ, partem pro diviso, quod nostri non tradiderunt, nec perceperunt. Ponit Papinian. duos fratres fuisse hæredes institutos: nam si extranei instituti fuissent, eis filius præteritus avocaret assem, id est, totam hæreditatem, quasi ipso jure testamento nullo. Si fratribus institutis, et multo magis extraneis institutis. Quod si fratribus institutis hæredibus filius præteritus suo jure non utatur, id est, si abstineat se bonis patris, etiam ipso jure nullum est testamentum secundum regulam Catonianam, sed, ut subjicit, ex æquo et bono tuebitur. In cujus verbi etiam usu mirum est quam laborent. Ex bono et æquo tuebitur voluntas patris, *la volonté du pere sera gardée.* Recte, voluntas patris, non testamentum: nam ex æquo et bono sustinetur voluntas patris, non tanquam testamentum justum et solemne, et quidem ex æquo et bono sustinebitur voluntas patris jure civili. Quidni? nam, quod notandum, jure prætorio non est dubium, hæredibus scriptis, etiamsi testamento filius præteritus sit, modo testamentum sit obsignatum septem testium signis, quæ signa veniunt ex jure prætorio, dari bonorum possessionem secundum tabulas, quæ bonorum possessio erit cum re et cum effectu, ut Ulpianus scribit *lib. regul. tit.* 23 *et* 28. Erit, inquam, cum re, si non sit alius, qui jure civili hæredibus scriptis hæreditatem evincat, puta, si filius præteritus taceat: at jure civili ex æquo et bono non tuebitur voluntas defuncti; si taceat filius præteritus tantum, sed si, ut est in hac lege, palam profiteatur bonis se patris abstinere. Et ratio est differentiæ, quia ut ante dixi jus civile asperius est jure prætorio: et ita ex irritis vel nullis codicillis libertas servis non debetur, aut competit, si hæres simpliciter eos morari sinat in libertate, sed ita demum, si nominatim codicillos ratos habeat, vel actu aliquo ut in *l.* 5. *ff. rem ratam hab.* demonstret se codicillos ratos habere, puta, aliquid præstando ex eis, *l. cum quasi* §. *ult. ff. de fideicom. lib.* At hic quæritur, an etiam extraneis hæredibus institutis, si filius præteritus bonis se abstineat, ex æquo et bono tuenda sit voluntas testatoris? Equidem puto non abs re, imo consulta opera posuisse Papinian. speciem in fratribus, non in extraneis hæredibus institutis: inter fratres tuitionem voluntatis paternæ benigne admisisse, ut in *l. nonnunquam*, *ff. de collat. bonor.* Quum de bonis paternis disputatur inter fratres, dicitur benigniorem sententiam esse sequendam: extraneis igitur hæredibus institutis, non admittemus eandem benignitatem, et summo jure civili cum eis agemus, quo ipso jure nullum est testamentum, etiam filio præterito se abstinente bonis, et veluti ab intestato inferioris gradus cognato dabimus beneficium edicti successorii, repulsis hæredibus scriptis: etiamsi bonorum possessionem secundum tabulas acceperint, quia eam inferioris gradus cognatus constituet sine re.

Item quæritur, quod lex ait, de filio præterito, ut si se abstineat, voluntatem patris tueamur, an locum etiam habeat in posthumo præterito? Et dico locum habere multo magis, quia posthumo præterito ab initio testamentum valet, *l. 3. §. ex iis*, *hoc tit.* Facilius ergo convalescet, si deinde ruptum sit agnatione posthumi, videlicet posthumo abstinente se.

Item quæritur, an hæc lex sit abrogata, quatenus dicit, filio præterito nec libertates competere, nec legata præstari, quasi ex Novella 115. cujus sententiam Irnerius appinxit in extremo tit. *C. de lib. præt.* quasi scilicet ex ea Novella sola institutio sit nulla filio præterito a patre, cetera omnia valeant. Et non pœnitet me in ea opinione permanere, in qua fui semper, et fuit Petrus et Azo, et Alciatus, et Accursius etiam ipse, non hoc quidem loco, sed in suprad. Nov. 115. ut existimem eam Novellam tantum pertinere ad causam exhæredationis, et ad præteritionem, quæ pro exhæredatione habetur, non ad eam præteritionem, de qua agitur in hac lege, quæ pro exhæredatione non habetur. Et rursus eam Novell. pertinere ad querelam inofficiosi testamenti tantum, quæ exhæredatis competit, vel præteritis, qui pro exhæredatis habentur, non ad querelam injusti testamenti, quæ competit filiofamil. præterito, non ad querelam rupti testamenti agnatione posthumi, non ad bonorum possessionem contra tabulas, quæ filio emancipato præterito competit. Semper enim Novellæ constitutiones restrictius accipiendæ sunt, nec jurisprudenti convenit ex uno verbo præteritionis, non per se posito, sed adjuncto exhæredationi, ut in *d. Nov.* 115. tanquam ex uno fragmine fortuiti ligni statim arietem vel testudinem ædificare velle, qua oppugnetur vel expugnetur maxima pars Digestorum, non uno verbo, ut ait *l. si quando, C. de inoffic. testam.* totum jus testamentorum civile et prætorium, multis vigiliis excogitatum et inventum, temere sublatum esse credere. Parentum alii sunt virilis sexus, per virilem sexum descendentes: ii silentio liberos exhæredare non possunt, sed debent eos nominatim exhæredare. Itaque silentium eorum, id est, præteritio pro exhæredatione non habetur, ac proinde, quasi non sit liberis satisfactum, qui vel instituendi sunt, vel exhæredandi, totum testamentum nullum est etiam hodie. Alii sunt parentes fœminini sexus, vel per fœmineum sexum descendentes, et ii liberos silentio exhæredare possunt, id est, horum præteritio pro exhæredatione habetur, *§. ult. Instit. de exhæred. lib.* Nec injustum aut nullum testamentum ea præteritio facit, cum pro exhæredatione sit: sed in eorum arbitrio est, si velint instituere querelam inofficiosi testamenti, *l. non putamus*, *in pr. de bonor. possess. cont. tab.*, videlicet si ea exhæredatione tacita, omissa fuerit causa silentii, sive exhæredationis, quod dicitur elogium, vel si, quæ espressa est, probata ab hærede non fuerit, vel si adscripta ea non fuerit causa ex numero earum, quem certum constituit supradicta Novel. Denique ex ea Novella per querelam inofficiosi testamenti solam institutionem rescindi, cetera confirmari et conservari, legata fideicommissa omnia, libertates, tutelas, ad signationes libertorum. An etiam consistit substitutio pupillaris, quæ plerunque non consistit, si non consistit institutio? An igitur etiam substitutio pupillaris conservatur? sic videtur, ad exemplum ejus æquitatis, quam sequitur Prætor, data bonorum possessione contra tabulas emancipato præterito, et ad exemplum ejus, quod definitur in *l. 2. quisquis, de vulg. substit.* videlicet, ut etiam rescissa institutione pupillaris substitutio servetur. Novellæ constitutionis jus est generale in querela inofficiosi testamenti, cui olim tantum fuit locus ex Adriani decreto quodam, non admodum probato a Jurisconsultis uno speciali casu, quum mater per errorem de morte filii ex castris accepto falso nuntio filium præteriisset; *l. cum mater*, *ff. de inoff. testam.* Aliis omnibus casibus ante Nov. querela inofficiosi testamenti tamquam maxime civilis totum testamentum infirmavit. Extra rem autem est, quod quærunt iidem homines, an mortuo filio vel posthumo præterito, vivo vel mortuo patre, patris voluntas tuenda sit? quoniam hæc quæstio non est ejus loci, sed *l. 7. et 8. sup. tit. prox. et l. posthumus*, *hoc tit.* Nec cum quæstione hujus loci ullo modo, nisi velis stultus videri, tibi permiscenda: quoniam non utriusque quæstionis eadem definitio est, ut nec liceat, quod in una definitum est, ex eo argumentari ad aliam, quod tamen hic perpetravit Accursius: et non est, dubium, quin etiam ceteri. Illud quoque quærunt extra rem, an testamentum manifesti fœneratoris quod ex *cap. 2. de usuris*, *in* 6. ipso jure nullum sit, si exactum fœnus non reddiderit, an convalescat, si post factum testamentum reddiderit? ad quam tamen quæstionem Jurisconsulti respondere debent ex regula Catoniana, non convalescere, nulla lege aut æquitatis ratione scripta, ab ea nos regula deterrente; et tamen Joanni Andreæ aliud judicium est.

Ad L. XXII. de Leg. præst.

Bonorum possessione contra tabulas testamenti præterito emancipato filio data, scriptus hæres alter filius, qui possessionem accepit, vel jure civili contentus non accepit, legata præcipua non habebit.

Legis 22. species hæc est. Pater, qui habebat

duos filios, unum in potestate, alterum emancipatum, eum quem habuit in potestate, ex parte hæredem scripsit, eidemque filio prædia quædam prælegavit, emancipatum vero præteriit; Papin. ait in arbitrio esse filii hæredis instituti ex parte, emancipato petente bonorum possessionem contra tabulas, utrum velit quasi commisso et aperto edicto per fratrem emancipatum, simul cum eo eandem possessionem contra tab. accipere, perinde ac si institutus non esset, hac via ei patefacta per fratrem emancipatum, an vero omissa bonorum possessione contra tabulas, jure civili, veluti ab intestato se bonis immiscere paternis, et quæ erat quæstio; ait, sive hanc, sive illam viam elegerit filius hæres institutus, eum non habiturum prælegata præcipua. Et ratio hæc est: quia tametsi ex edicto in hoc titulo proposito filio emancipato præterito data bonorum possessione contra tabulas, legata filiis conserventur, non tamen conservantur iis filiis, eive filio, qui commisso edicto de bonorum possessione contra tab. simul cum fratre emancipato præterito bonorum possessionem contra tabulas accepit, ut *l.* 5. §. *omnibus*, *hoc tit.* quia omisit causam testamenti, in quo prælegata sunt relicta, et impugnavit testamentum simul cum fratre petita bonorum possessione contra tab. Eademque ratione si filius hæres institutus non acceperit bonorum possessionem contra tabulas sed contentus fuerit jure civili, quo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tab. datam fratri emancipato præterito, pro suo jure, pro sua parte patri, hæres extitit, et hoc quoque casu prælegata præcipua non habet, quia et hic omisit causam testamenti, in quo sunt relicta, et elegit causam intestati. Et ita omnino hæc l. accipienda est, nec ei quicquam obstabit *l. virilis*, §. *si quis ex liberis*, *hoc tit.* in quo ait, *Aliquo ex liberis vel parentibus hærede instituto ex parte, et prælegato ei relicto: filio autem emancipato præterito, illi filio vel parenti, cum portio hæreditatis et prælegatum relictum est, conservari tam portionem hæreditatis, quam prælegatum.* Ad finem scilicet modumque virilis portionis, ne plus ferat quam filius emancipatus præteritus, quoniam ut respondemus, in eo §. agitur de eo, qui venit ex causa testamenti, qui ex judicio testatoris amplectitur portionem hæreditatis et prælegati. In hac autem lege agitur de eo, qui omissa causa testamenti vel ab intestato venit jure civili, id est, jure legitimo, vel jure prætorio, accepta bonorum possessione contra tab. Ideoque nihil omnino jure testamenti, quod repudiavit, præcipuum habere potest: nec enim est supplendum eum Accursio, eum legata præcipua non habere ultra virilem portionem, quia ne minimum quidem ex jure præcipere potest, quod omisit: ne minimum quidem ei præcipere licet, quia omittit causam testamenti, et sequitur causam intestati.

Ad L. IX. de Collat. bonorum.

Filius emancipatus intestati patris bonorum possessionem accepit: nepos ex eodem in familia retentus, semissem hæreditatis cum emolumento collationis habebit. Idem nepos si postea possessionem intestati patris accipiat, fratri post emancipationem patris quæsito, et in familia retento bona sua conferre cogetur.

Quidam habebat filium emancipatum, et nepotem ex eo in potestate sua, in familia sua: mortuus est intestatus: morte ejus nepos factus est sui juris, quia non potest recidere in potestatem emancipati, §. 1. *Instit. quib. mod. jus pat. pot. sol.* Certum autem est mortuo avo intestato, ut posuimus, in successione ejus, neque præferri filium emancipatum nepoti, qui avo suus hæres est, neque nepotem quamvis sit avo suus hæres, præferri filio emancipato, id est, patri suo, sed utrique simul dari bonorum possessionem, unde liberi, ex edicto novo *de conjung. cum emancip. lib. l. si quis ex iis, ff. si tab. testam. nullæ extab.* Cujus quidem edicti auctor fuit Julianus Juriscons. *l. qui duos, inf. de conjung. emanc. lib.* Namque Julianus auctoritate Adriani et Senatus, prætoris edictum perpetuum redegit in ordinem atque composuit, *l. pen. C. de cond. ind. l.* 2. §. *si quid igitur*, *C. de vet. jur. enucl.* quod præter Eutropium etiam Aurelius Victor scripsit, is scilicet, qui nondum editus est longe diversus ab edito, et sunt ejus verba hæc: *Julianus*, inquit, *juris urbani præstans scientia, quippe primus edictum, quod varie inconditeque a prætoribus proferebatur, in ordinem composuit.* In eo autem componendo adjecit, quæ voluit ex auctoritate Principis ejusdem et Senatus, ut Digestis Tribonianus aspersit, quæ voluit ex auctoritate Justiniani, et inter cetera Julianus adjecit edictum illud novum de conjungendis cum emancipato liberis. Igitur in specie proposita per bonorum possessionem unde liberi, pater et filius bona communis parentis inter se partiuntur ex æquo, et non tantum communis parentis bona, sed etiam patris emancipati bona propria, quæ habuit pater moriente parente communi, neque enim aliter filius emancipatus cum nepote ex eo retento in potestate avi, cui soli jure civili debetur tota hæreditas avi, sed jure prætorio filius emancipatus non aliter cum nepote filio suo, qui avo suus hæres est, succedit, quam si bona propria in commune redigat atque conferat, *il faut qu' il rapporte*. denique

nepos ex eo semissem hæreditatis avitæ habebit cum commodo collationis bonorum paternorum: hoc est, semissem bonorum avi defuncti, et semissem bonorum viventis patris. Nunc finge, ex eodem filio emancipato non tantum illum nepotem esse, quem avus retinuit in familia, sed etiam alium nepotem, quem filius quæsivit post emancipationem, et in sua familia habuit, et filium hunc mori intestatum, utrumque vero nepotem ejus tanquam patris sui accipere bonorum possessionem unde liberi, quæritur an is, qui fuit in potestate avi, et nunquam fuit in potestate patris sui, debeat alteri, qui fuit in potestate patris sui bona propria conferre? et respondet, debere, quia hoc est consequens et necessarium, ut frater, qui sui juris est, etiamsi non emancipatione, sed morte avi sui juris effectus sit, nec unquam fuerit in potestate patris sui, bona tamen propria conferat fratri retento in patris potestate, si cum eo velit concurrere in successione patris. Consequens esse ait *l.* 1. *in pr.* necessarium, *l.* 2. *in pr. h. t.*

Ad L. V. de Collat. dotis.

Filius emancipatus qui possessionem contra tabulas accipere potuit, intestati patris possessionem accepit, atque ita filia quæ mansit in potestate, cum ejusdem familiæ fratres hæres instituta, possessionem intestati patris errorem fratris emancipati secuta, accepit: dotem scripto fratri conferre non cogetur: cum ea possessio frustra petita sit, et filia fratris voluntatem fini virilis partis retineat: id est: ut omnes trientes habeant, et bonorum possessio unde liberi fingatur pro contra tabulas esse petita.

Sciendum est: filiam soluto matrimonio dotem profectitiam conferre fratribus emancipatis vel suis, cum quibus accipit patris bonorum possessionem contra tab. vel unde liberi, *l.* 4. *C. de collat.* Quod est verum indistincte, sive sit sua hæres patri, sive emancipata et extranea hæres: semper debet filia fratribus suis dotem profectitiam conferre, si cum eis velit venire ad bona patris per bonorum possessionem unde liberi, vel per bonorum possessionem contra tab. Excipitur tantum unus casus, si hæres instituta sit, et commisso edicto beneficio præteriti fratris acceperit cum eo, ut potuit, bon. poss. contra tab. et minus aut certe non plus tulerit ex bonorum poss. contra tab. quam habebat ex testamento patris; hoc casu non confert dotem fratri, quia cum ex judicio, vel ex testamento patris plusquam virilem portionem non habeat, nullo incommodo, nulla injuria fratrem afficit, et causa postulandæ collationis est injuria et incommodum, quo quis afficit fratrem, *l.* 1. §. *pater, et* §. *seq. l. si filius, sup. de collat, bonor. l.* 3. *h. tit.* Hoc cognito finge: qui habebat duos filios, unum emancipatum, alterum in potestate, et unam filiam æque in potestate, pro filia dotem dedit, deinde testamento filiam et filium retentum in potestate, hæredes instituit ex æquis partibus, alterum filium emancipatum præteriit; hic errore lapsus, cum putaret patrem intestatum decessisse, veluti ab intestato accepit bonorum possessionem unde liberi, cum debuisset accipere quasi testamento præteritus bonorum possessionem contra tabulas. Alter quoque frater et filia, qui testamento hæredes instituti erant, acceperunt bonorum possessionem unde liberi, errorem secuti fratris emancipati, ut alii ab aliis sæpe impellimur in eundem errorem: inde quæritur in hac lege, an filia fratribus dotem conferre debeat? Quod videtur, quia simul cum eis accepit bonorum possessionem unde liberi ab intestato, nec venit ex testamento patris. Verum ne error ei noceat et petitio agnitioque bonorum possessionis unde liberi, quæ etiam inutilis est, Papin. ait, eam perinde haberi, atque si commisso edicto per fratrem emancipatum præteritum, cum eo accepisset bonorum possessionem contra tabulas. Ergo dotem non conferre debet, quia hæres instituta est, *l.* 3. *hoc tit.* et non plus, imo minus ex bonorum possessione contra tabulas, quam ex institutione consequitur. Nam ex institutione habet semissem, et possessione bonorum, trientem tantum, id est, virilem portionem, quia cum sint tres fratres, bonorum paternorum faciendi sunt tres trientes, ut singuli habeant trientem. Et hoc est quod ait, *filiam voluntatem patris*, ut legendum est, *non fratris, habentem*, *retinere fini virilis patris*, id est, ad finem trientis, non ad finem semissis, ex quo hæres instituta erat. In consuetudine Papiniano est sic loqui, fini virilis partis, ut fini peculii, *l. debitor*, *de compensat.* fini legitimæ usuræ, *l.* 1. §. *pacto, de pign.* fini quadrantis, *l.* 15. §. *cum fideicommissum*, *ad leg. Falcid.* ut M. Cato de rustica, cum agit de oleis, oleribus, et reliquis seminibus serendis, *Operito terra radicum fini.*

Ad §. Filia.

Filia quæ soluto matrimonio dotem conferre debuit, moram collationi fecit. Viri boni arbitratu cogetur usuras quoque dotis conferre, cum emancipatus frater etiam fructus conferat, et filia partis suæ fructus percipiat.

In fine hujus legis ostenditur, filiam, quæ post solutum matrimonium moram facit in dote conferenda fratribus, quibuscum succedit patri, petita

bonorum possessione contra tabulas, vel unde liberi, ex tempore moræ usuras quoque dotis debere conferre viri boni arbitratu, qui locus est sinlaris. Et ait Papinianus, eam ex tempore moræ usuras dotis conferre viri boni arbitratu, respiciens ad edictum, quo prætori jubet collationem fieri viri boni arbitratu, *l.* 2. §. *de illis*, *l. si quis filium*, §. *ult. sup. tit. prox.* Æquissimum autem est et congruentissimum viri boni arbitrio, eam conferre usuras dotis ex mora, cum et partis suæ, in quam succedit patri, fructus percipiat. Eademque ratione filius emancipatus bona propria confert cum fructibus ex tempore moræ, quia et partis suæ fructum percipit: fructum percipiendorum ratio exigit, ut et vicissim prestentur usuræ, vel fructus rerum, quæ conferendæ erant, ut in *l. curabit, C. de act. emp. l. Julianus*, §. *ex vendito*, *sup. eod. tit.*

Ad L. XLI. de Oper. libert.

Libertus qui operarum obligatione dimissus est, atque ita liberam testamenti factionem adsequutus est, nihilominus obsequi verecundiæ tenetur. Alimentorum diversa causa est, cum inopia patroni per invidiam libertum convenit.

Libertus qui libertatis causa operas patrono juravit, vel promisit, operarum obligatione dimittitur, solvitur, liberatur, si eas redemerit a patrono stipulante quotannis promisso pretio, vel mercede certa pro operis, ex qua stipulatione proculdubio patrono pretii sive mercedis operarum petitio competit. Verum ob eam rem quod pecuniam officio cariorem habuerit, ex l. Ælia Sentia patronus amittit jus patronatus, quod habuit in bonis liberti ex 12. tabul, vel ex leg. Julia et Papia, vel ex edicto prætoris, et libertus nanciscitur liberam testamenti factionem, *l.* 4. *et* 6. *C. eodem tit. l. ult. ff. qui et a quib. man. lib. non fit*, *l. Julianus*, *tit. seq.* et in Constitutione Græca Justiniani *de jure patron.* quæ est *l.* 4. *C. de bon. libert.* Ideoque libertus in testamento patronum impune præterire potest, etiam extraneis hæredibus scriptis, quia nactus est liberam testamenti factionem. Patronus jus patronatus amittit vitio suo, quod pretium operarum prætulerit officio, id est, officialibus operis, non tamen amittit patronus ex hac causa etiam obsequia pietatis, honoris, reverentiæ, quæ ei libertus debet jure naturali, sed nihilominus, ut eleganter ait Papin. hoc loco, debet libertus obsequi verecundiæ, id est, verecundiæ patronali, ut est in *l. si patronus*, *inf. de don.* Ab obsequiis autem Papinianus hoc loco separat alimentorum præstationem, ut in *l*, *si quis a liberis*, §. *utrum*, *ff. de lib. agnosc.* Quoniam subjicit Papin. aliam esse causam alimentorum: neque enim patronus, si lapsus facultatibus se alere non possit, alendus est a liberto, quem obligatum habet in pretium, vel mercedem annuam operarum, *d. l. si quis a libertis*, §. *si quis a libertis*, ubi eleganter hunc libertum, qui redimit operas a patrono, et se eo nomine patrono obligavit ait, Marcellum exequare ei, qui suis pecuniis, suis nummis redemptus est: utrumque habere liberam testamenti factionem, et non audiri patronum, sive ab hoc, sive ab illo se ali desideret. Et hoc est quod ait Papinianus hoc loco, *Diversam esse causam alimentorum*, diversam scil. ab obsequiis: nam obsequia is libertus debet, non alimenta patrono, *quum*, inquit, *inopia patroni per invidiam libertum convenit*, id est, cum liberto inops patronus, dum quæritur se ab eo non alii, apud omnes invidiam cumulat et facit; neque enim ideo magis invitus ei is libertus alimenta præstabit. Nam sufficere videtur patrono ad alimenta pretium, sive merces operarum, cui præstandæ libertus patrono obligatus est. Et hæc est perspicua et vera interpretatio hujus legis, cui nihil refragari inde apparet, imo omnino cum ea consentire *d.* §. *si quis a liberti*: cum item nihil refragari *l.* 1. *C. eodem tit.* ad eam adhibita congrua interpretatio et sana monstrabit aperte; ait *d. l.* 1. solere conveniri inter libertum et patronum, ut pro operis aliquid præstetur. Pro operis præteritis scilicet, ut Azo recte, et jam debitis. Et *aliquid*, veluti rem aliquam aut æstimationem: nam aliud pro alio volenti creditori solvitur recte, *l. si quis aliam*, *ff. de solut.* Pretium autem operarum debitarum sive præteritarum, quas indixit patronus, necdum præstitit libertus, pretium, inquam, earum operarum de quo non convenit, ait eadem l. quasi ex venditione ab invito liberto parato præstare operas quas debet, peti non posse; quia debitor aliud pro alio non solvit invitus, nisi scilicet uno casu extra ordinem ad alendum patronum, si pecunia indigeat qua tueatur se toleretque vitam suam: non loquitur ea lex de pretio omnium operarum etiam præteritarum et futurarum, de quo convenit inter patronum et libertum venditis operis, quod constat peti posse, *l.* 4. *C. eod. tit.* Ceterum ob eam rem patronum amittere jus patronatus, et jus petendorum alimentorum, defectis aut eversis suis facultatibus. Præterea observandum est in hac lege Papinianum loqui de eo liberto, qui operarum obligatione dimissus est maluit dicere *dimissus* quam *liberatus* maluit uti speciali quam generali nomine. Nam et stulta est glossa, quæ *dimissus* interpretatur *manumissus*, et in reliquis etiam omnibus suis similis, præterquam in eo, quod timide uno loco

adserit, et ante probavit Papinianum ab obsequiis separare præstationem alimentorum: dimittitur libertus obligatione operarum a patrono, in vicem operarum stipulante pretium vel mercedem annuam pro operis, liberatur eadem obligatione aliis plerisque modis, nec tamen, ut cum dimissus est ab ipso patrono, adsequitur liberam testamenti factionem, ut si libertæ nuptiis consenserit patronus, liberta operarum obligatione liberatur, non jure patronatus, *l. sicut hoc tit. l.* 11. *C. eodem tit.* Idemque est si libertus beneficio liberorum liberetur operarum obligatione. Nam ex *l. Julia* libertus, qui duos filios in potestate habuit, *natos, natasve*, sic lego in ipsa *l. Julia in l. qui libertinus, h. tit.* de qua in *l.* 6. *C. eodem tit.* a se natos, natasve, quia adoptivi liberi non prosunt ad absolutionem operarum, vel etiam eadem obligatione ex eadem lege Julia liberetur libertus, qui unicum filium quinquennem habet, nec tamen usquam dicitur liberis sublatis habere liberam testamenti factionem, quos postea forte amiserit, cum tamen etiam amissi ex lege Julia ei prosint ad solvendam obligationem operarum. Et in liberto, qui quinquennio majorem filium habet, id etiam esse singulare Titius Livius scribit libro 45. ne in quatuor tribus urbanas censeatur et describatur, sed in rusticas, quæ honoratiores erant, propter jus suffragiorum et honorum, et stipendiorum, et quod in eas essent descripti nobiles et ingenui homines: verba Livii hæc sunt: *In quatuor urbanas tribus libertini erant descripti præter eos quibus filius quinquennio major esset.*

Item operarum obligatione liberatur liberta, si ad eam dignitatem perveniat, ut inconveniens sit et indecens eam patrono præstare operas, ut puta, si Augusta eam adsciverit propter ingenii elegantiam aut texendi peritiam, vel aliam industriam, vel egregiam formam, *l. interdum, hoc tit.* quo argumento Frederico Duce Suevorum, qui feudi nomine fidem alii domino debuit, facto Imperatore, cum quæreretur, an ea fide per dignitatem Imperii Fridericus solutus esset, quod videretur indignum, fidem eum exhibere alii domino, cui exhibent omnes, qua de re agitur in fragmentis feudorum ab Azone collectis et servatis: posset dici, ipso jure per dignitatem et culmen Imperii eam feudi fidem intercidisse, at eadem aut simili ratione libertam solutam operarum obligatione nemo diceret, et patronum ejus jus patronatus amisisse, eamque nactam liberam testamenti factionem. Non ergo omnis, qui quæve operarum obligatione liberatur, et liberam consequitur testamenti factionem, sed is tantum, qui ea liberatur pretio, vel mercede a patrono redemptis operis, quæ est sententia hujus legis.

Ad L. XXV. Qui et a quib. man.

In fraudem creditorum testamento datæ libertates, prioribus creditoribus dimissis propter novos creditores irritæ sunt.

Certum est irritas esse libertates directas, quæ a debitore in testamento dantur in fraudem creditorum. At quid si debitor creditores, quos fraudare voluit, dimiserit et absolverit, ac deinde alios creditores novos, quos fraudare noluit, quum in testamento libertates dedit, habere cœperit, et eodem testamento manente, decesserit; an propter novos creditores libertates irritæ sunt? Videntur non esse irritæ, quia non horum posteriorum creditorum fraudandorum debitorum debitor consilium iniit, sed priorum, quia erant tempore testamenti, qui eum jam sint dimissi et adimpleti, nec jam fraudati sint, fraus omnis expuncta est, et abolita solutione, et in directis libertatibus testamento datis, non tantum eventus damni, sed etiam consilium fraudis exigitur, *l.* 1. *C. qui man. non poss.* Novi autem creditores, licet eventu fraudati sint, cum hæreditas solvendo non est, tamen ex consilio et destinatione debitoris fraudati non sunt, itaque libertates ratæ sunt, et ita omnino est proditum in *l.* 15. *quæ in fraud. cred.* Aliud tamen sensisse Papin. videtur in hac l. Quamobrem notam huic sententiæ Papiniani apposuit Paulus, non esse eam veram, si simpliciter accipiatur, nec esse veram, nisi priores, creditores qui fraudati erant pecuniam posteriorum dimissi sint, quo casu posteriores succedunt in locum priorum, qui initio et consilio et eventu fraudati erant: et si succedunt in locum illorum, eodem ergo jure utuntur quo illi fuissent usi, si dimissi non fuissent, Et extat hæc Pauli nota in *l.* 16 *inf. quæ in fraud. cred.* Et secundum eam notam ad hunc casum hæc lex coangustanda est, nec generaliter accipienda, eamque vero simile est fuisse Papiniani mentem, maxime cum et idem placuerit optimis maximis Imperatoribus suis, *l. ait prætor*, §. *ita demum, inf. quæ in fraud. credit.*

Ad L. XV. de Muner. et honor.

Etsi filium pater decurionem esse voluit, tamen defuncto, honores, qui filio decurioni congruentes post mortem patris obtigerunt ad onus cohæredis filii non pertinent, cum ei decurioni sufficientes facultates pater reliquerit.

Certum est, patrem, cujus voluntate filius decurio factus est quasi fidejussorem pro filio Reip. obligari, si quid filius in Republica male gesserit, delato sibi honore aut munere aliquo publico, *l.* 2. *l.* 17. §. *filium, sup. ad municip.* Et non

tantum patrem Reipub. obligari, sed etiam hæredes ejus, *l. 1. C. de decurionib. lib.* 10. Quod utique verum est, si jam obligatio cœperit a defuncto, ut si vivo patre honores, aut munera quædam publica congruentia decurioni, filio delata sint, in quibus male versatus sit. Nam si quos honores post mortem patris, vel munera susceperit, quia eorum nomine nunquam fuit obligatus pater quoad vixit, nec ejus hæres, *l. Lucius*, §. *idem respondit hæres, sup. ad munic.* Et multo magis in specie *h. l.* 15. si pater moriatur relicto eodem filio hærede, et ei extraneo cohærede adjecto, atque ita relicto filio idoneo patrimonio idoneis facultatibus; deinde post mortem patris filio honores obtigerint, in quibus gerendis male versatus sit, eo quidem nomine ex sua persona ipse tenetur, cohæres ejus non tenetur, quia non est hæreditaria obligatio.

Ad §. Item qui Reip. Inst. de excus. tut.

Tres erant loci et omnes de tutelis in quibus auctores alii ex hoc libro sumpserunt auctoritates, sed ii jam a me supra explicati sunt. Addi tamen volo, quod est etiam de tutelis in §. *item, qui Reip. Inst. de excusat. tut.* eum, qui cœpta tutela abesse cœpit Reipub. causa, excusari ab administratione, quamdiu abest: tutorem tamen esse non desinere, ideoque nec tutorem, sed curatorem qui administret interim in locum ejus dari, ut in locum ad tempus exulare jussi, *l. tutor petitus* 28. §. *ultim. sup. de excus. tut.* Reversum autem tutelæ administrationem statim recipere, neque ab ea anni vacationem habere, quoniam, ut refertur eo loco Instit. Papinianus in hoc libr. 5. Respons. ait, annum vacationis, qui datur absentibus Reip. causa, postquam reversi sunt, pertinere ad novas tutelas, novave munera civilia, non ad eas tutelas, quas pridem cæperant, antequam peregre proficiscerentur Reip. causa, *l.* 10. *et pen. sup. de escus. tut.* pertinere annum, ut ait *l.* 10. πρός μελλούσας καινάς.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIA

IN LIB. VI. RESPONS. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. Ult. ff. de jur. et fac. ignor.

Verba legis hæc sunt: Impuberes sine tutore agentes nihil posse scire intelliguntur.

Nihil *posse scire* Papinianus dissolute dempta conjunctione, respiciens ad solemnia verba cretionis, *hæres esto, cernitove in diebus centum proximis quibus scieris poterisque*; apud Ulpianum lib. reg. tit. 22. et Marc. Tull. 1. de oratore, vel etiam respiciens ad edictum successorium, quo dies admittendæ bonorum possessionis ii tantum computantur quibus is cui delata est hæreditas, scivit potuitque bonorum possessionem admittere, *l. 2. ff. quis ord. in bon. poss. serv. l. 1. de bon. posses. fur.* Quod perinde est ac si diceres: dies cretionis, sive adeundæ hæreditatis, et admittendæ bonorum possessionis esse utiles. Nam dies continui etiam nescienti cedunt, *l. genero, sup. de iis qui notant. infam.* utiles cedunt ei tantum, qui scivit et potuit. Porro alia est scientia juris, alia scientia facti: utram exigimus in eo, cui hæreditas aut bonorum possessio delata est, juris an facti, an utrinsque? Constat scientiam tantum facti exigi, ut dies adeundæ hæreditatis, vel admittendæ bonorum possessionis cedant, puta, ut sciat eum, cujus hæreditas vel bonorum possessio defertur, esse mortuum, et se hæredem scriptum, vel proximum agnatum, vel cognatum esse, non currunt ei centum dies, *l. 2. C. qui adm. ad bon. poss.* Scientiam juris non exigimus. Nam, etsi nesciat proximum agnatum vocari ad hæreditatem intestati, nihilominus ei dies cretionis sive aditionis cedunt, modo facti ignarus non sit, *l. 1. hoc tit. l. in bonorum, inf. de bonor. possessionibus.* Excipiuntur impuberes sine tutore agentes, id est, qui sine tutore sunt: iis enim non apposita, vel non interveniente tutoris auctoritate, dies non cedunt, quia nihil scire, nihil posse intelliguntur sine tutoris auctoritate nihil scire, id est, non scire factum, non scire eum mortuum, et se hæredes scriptos, quoniam hac in re scientia juris non spectatur, sed scientia facti tantum: nihil scire igitur, id est, plane nescire factum, nihil etiam posse facere sine tutoris auctoritate, puta, adire hæreditatem non posse: capere consilium adeundæ hæreditatis, quæ res est et animi simul, sive consilii, et facti, *l. 20. ff. de adq. hær.* non posse non apposita tutoris auctoritate admittere bonor. possess. ex edicto prætoris. Tutoris auctoritate suppletur judicium consiliumque pupilli, *l. quamvis*, §. *infans, ff. de adq. poss. l. pupillus, de R. I.* Et ut municipes intelliguntur scire, quod scit actor municipum, sive curator. Reip. *l. 14. ff. ad municip.* quæ sententia pertinet etiam ad causam hæreditatis et bonorum possessionis, et consequenter cedunt dies Reip. quibus municipum actor scivit delatam esse Reipub. hæreditatem aut bonorum poss. ita pupillo cedunt dies, quibus tutor scivit, et hoc est quod ait *l. 7. §. ult. de bonor. possess.* Dies (*) quibus tutor scivit, cedere placet, pu-

(*) *Vide Merill. Variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 13.

pillo nimirum. Et valet argumentum ab actore municipum ad tutorem, ut in *l. qui solidum*, §. *etiam de leg.* 2. et a Rep. ad pupillum, et e contrario, *l. 3. C. de jur. Reip. lib.* 11. Et constat etiam pupillum tutore auctore posse adire hæreditatem et bon. posses. admittere, *d. l. 7.* §. *pen. l. pupillus*, *ff. de adquir. hær.* in qua etiam impuberes per se, id est, sine tutoris auctoritate, dicuntur nihil scire, nihil posse decernere: et decernere dicit, ut in *l. is qui hæres*, §. *ult. eod. tit.* quod veteres *cernere*, neque enim *cernere* est., *se cernendum dare*, sive *facere*, *ut se omnes cernent hæredem esse*, sicut Varo ait, sed *cernere hæreditatem* est *decernere et constituere se hæreditatem amplecti, et se hæredem esse velle*, ut quod veteres *cernere ferro*, quos Virg. est imitatus, nunc dici *decernere* auctor est Seneca 8. Epistolarum: et respiciens quoque Philoxenus in glossis ad formulam cretionis, quæ est apud Ulpianum, *cernitoque* interpretatur καὶ ἐγχειρησάτω: quod non est facito, ut videant te esse hæredem, sed amplectitor hæreditatem et apprehendito. Valde notanda est hæc interpretatio et species, ad quam aptavi hanc Papin. sententiam his verbis, *posse scire*, acceptis ἀσυνδέτως: quoniam et palam in Basilicis ponuntur συνδέτως, δύνασθαι ἢ γινώσκειν: *Posse vel scire*. Aliæ namque sunt species sive causæ, quibus pupillus etiam scire intelligitur et posse, puta, cum egressus infantiam et pubertati proximus, committit in leges dolo malo: qua ex causa etiam nonnunquam deportatur, vel in servitutem redigitur, §. *item finitur*, *Inst. quib. mod. tut. fin.* vel ut ex XII. tab. apud Gell. 11. cap. 18. et Plin. 18. *Manifesto furto prehensus, aut frugem aratro quæsitam furtim noctis pavisse vel secuisse convictus, Prætoris arbitratu verberatur.*

Quas pœnas utique non sustineret, si pro ignorante in iis causis haberetur. Deinceps igitur hanc Papiniani. sententiam referamus tantum ad causam adquirendæ hæreditatis vel bonorum poss. quæ verba illa dissoluta, accipienda pro conjunctis *posse scire*, demonstrant, quandoquidem ad adeundam hæreditatem, vel admittendam bonorum possessionem, dentur centum dies, quibus scierit quis potueritque scierit mortem testatoris, et potuerit adire hæreditatem.

Ad L. XXXV. de Ritu Rupt. et L. XL. de Admin. tut.

Filiusfamilias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit.

Justæ non sunt nuptiæ, quas filiusf. contrahit sine voluntate patris, in cujus potestate est. Hoc est certissimum in pagano filiofam. an etiam in milite idem esset, dubitabatur, ut pleraque alia hoc ipso libro idem auctor eleganter docet, contra reg. juris esse recepta favore, privilegio, jure militiæ, *l. centurio*, *ff. de vulg. substit. et l. 49. ff. de manumiss. testament.* Ad Papinianus definit hoc loco, nec filiumfam. militem justum matrimonium contrahere sine voluntate patris, ne privilegium militiæ porrigamus ad contemptum et injuriam patris, quia neque militia liberatur patris postestate, §. *filiusfam. Inst. quib. mod. jus patr. pot. l. 7. C. de patr. pot.* Nec ideo minus obsequitur verecundiæ paternæ vel maternæ, *l. 1. ff. de obseq. parent. præst.* Et rursus, non ideo minus alimentis parentibus, si egeant, præstandis obstringitur, *l. 5.* §. *a milite*, *ff. de lib. agnos.* Et in multis quoque aliis jus commune milites sequuntur. Nam neque incertæ personæ possunt legare, §. *incertis vero*, *Instit. de leg.* neque ex eorum testamento legata debentur, nisi deducto ære alieno, *l. 1.* §. *denique, ad Trebell.* Nec bonorum possessio militis ultra præstituta tempora peti potest, *l. in fraudem*, §. *ult. de milit. testam.* Neque captatoriæ institutiones in militum testamento scriptæ valent, *l. 11. C. de hæred. instit.* Nec quicquam efficiunt testamento manumittendo servos contra l. Æliam Sentiam, vel aliam legem, *l. 3. de manumiss. testam. l. si a milite*, §. 1. *in fraudem*, *in princip. de milit. testam.* Nec in eorum testamento scriptæ conditiones jurisjurandi, vel conditiones inhonestæ recipiuntur, sed remittuntur, *d. l. si a milite*, §. *pen.* Nec quod quis sibi adscripsit in testamento militis valet, *l. ultim. ff. de iis quæ pro non script. hab.* nec intercidit fideicommissum a legatario relictum militis testamento legatario repudiante, *l. 9. ff. de usufru. leg.* Nec valet a militibus facta alienatio testamento, vel inter vivos fundi dotalis contra l. Juliam. Miles sequitur jus commune in tutoris datione. Et sequitur in *l. 40. de administ. tut.* aliud, in quo etiam milites jus commmune sequntur, puta, in tutoris datione: centurio testamento jure curatorem non dat filio impuberi, vel puberi, sicut nec paganus, *l. 6. sup. de confirm. tut.* Sed datus decreto prætoris confirmari potest: quod si non fuerit confirmatus, et ideo nihil gesserit, cessatio officii perperam injuncti et demandati testamento, ad periculum ejus non pertinet, quia neque dolus ea cessatio est, sive contumacia, neque culpa vel ignavia. Nec obstat privilegium quod militibus datum est, ut quoquomodo facta ab iis testamenta rata sint, quoniam id privilegium non potest porrigi ad alienam injuriam: fieret autem injuria curatori non jure dato, nec confirmato, si cessationis, quæ justissima est, ratio ei reddenda esset, qua ratione

dicitur etiam militem non posse dare tutorem filio manenti in potestate avi, *l.* 2. *sup. de testam. tut. l. cum filiusfam. l. l. miles ita*, §. *nec tutorem*, *ff. de milit. testam.* Ne fiat injuria avo in cujus potestate nepos est ex filio milite, ne jus avi minuatur, quod fieret, si liceret patri ei nepoti tutorem dare. Privilegium quod datum est militibus, datum est constit. Principum, qui non solent ulla privilegia dare cum injuria cujusdam, *l. nec avo*, *C. de emancip. lib. l.* 1. *Cod. Hermog. de testam.* Trajanus apud Plinium: *Privilegia injuria privatorum a me dari non solere:* et quo magis hoc confirmet addit Papinianus in hac lege, *privilegium illud testandi quoquomodo*, *quod militibus datur, propter imperitiam juris* ut est nominatim scriptum initio *tituli de milit. testam.* in *Inst.* privilegium, inquam, illud habet tantum locum in bonis militum, ut si quid minus perite, minusve legitime de bonis suis constituerint, rata sit eorum suprema voluntas, data imperitiæ venia, quoniam jus militibus ignorare permissum est: non si quid oneris alii testamento imposuerint minus legitime, ut si tutorem vel curatorem liberis suis non jure dederint, si filio quem non habent in potestate tutorem dederint: quia et tutela, ut eleganter ait *in fin. d. l.* 40. jure patriæ potestatis datur, non jure aut privilegio militiæ. Ideoque nec miles ei, quem non habet in potestate, jure tutorem dat, non jure injungit officium onusve tutelæ alteri, si filium non habeat in potestate. Est lex elegantissima.

Ad L. Ult. de iis, quæ in test. delentur.

Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter complevit: si quasdam tabulas in publico depositas abstulit, atque delevit, quæ jure gesta sunt, præsertim ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat, sed si ut intestatus moreretur, incidit tabulas: sed hoc approbarint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hæreditas.

Certum est unum testamentum posse pluribus exemplis scribi, *l. unum, sup. qui test. fac. poss. l. Sempronius, de leg.* 2. *l. si in duobus, ff. quemad. test. aper.* Sveton in Tiberio *testamentum*, inquit, *ante biennium fecerat, alterum sua, alterum liberti manu, sed eodem exemplo.* Et sic contractus solent scribi duobus authenticis, et cuique contrahentium dari suum authenticum, *l. qui tabulas, de furt.* et in pragmatica sanctione Justiniani, quæ subjecta est Novellis Juliani c. 21. Quod si testamentum, sit pluribus tabulis scriptum, pluribus authenticis obsignatum, sane unum est testamentum: nunc finge ex eis tabulis testator quasdam deposuit in publico, veluti in æde sacra, aut in tabulario civitatis, vel sanctuario Principis: deinde eas abstulit et delevit vel incidit, an irritum est testamentum? Minime: si non ceteras tabulas, ex quibus res gesta declaratur, etiam delevit. Et hoc cum scripsisset Papinianus, Paulus notat, aliud esse dicendum, si probetur, eum eo animo unas tabulas delevisse et cancellasse, ut intestatus moreretur, cujus rei probatio exigitur a legitimis hæredibus, qui vocantur ab intestato, quam si impleverint, proculdubio hæreditatem evincent hæredibus scriptis: evincent, inquam, legitimi hæredes non fiscus, ut in *l.* 1. § *pen. ff. si tab. test. nullæ ext.* Si delevit, quod hæredes scriptos judicaret indignos, fiscus avocat hæreditatem, ut *l. pen. hoc tit.* si hæredes scriptos non judicavit indignos, sed maluit intestatus mori, et hoc consilio, animoque delevit vel intercidit, confregitque tabulas, legitimi hæredes avocant hæreditatem excluso fisco.

Ad L. LXX. de Hæred. inst.

Captatorias institutiones non eas Senatus improbavit, quæ mutuis adfectionibus judicia provocaverunt: sed quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.

Captatoriæ institutiones, et captatoria legata, vel fideicommissa improbantur Senatusconsulto quodam, ut patet ex hac lege, et ex *l. seq. et l.* 1. *in fin. ff. de iis, quæ pro non script. hab.* non ex SC. Liboniano, ut Glossa ait, quod non est de captatoriis institutionibus vel legatis, sed de testamentariis, qui sibi quid adscribunt in alieno testamento, sed alio quodam SC. Quæ autem sint captatoriæ institutiones Græci interpretes intellexerunt: ex Latinis nemo intellexit, id est, istam legem nemo ex iis intellexit præter Marianum Socinum juniorem: ceteri omnes captatorias institutiones interpretantur esse eas, quæ conferuntur in arbitrium alterius, veluti; ille mihi hæres esto, quem Titius voluerit; quo genere, cum nihil captetur, plusquam manifestum est, captatoriam illam institutionem non esse vitiosam, tamen est non ex SC. quo vitiari diximus et improbari captatoriam institutionem sed ex veterum Jurisconsul. sententia constantissima, ut ait *l.* 5. *h. tit.* quia testamentum est sententia mentis, voluntatis, judicii nostri, non mentis aut voluntatis, judicii alieni. Nam ut et Philosophi dicunt, motus animorum nostrorum non possunt consummari per motum alieni animi. Non sunt etiam captatoriæ institutiones, ut Papin. hoc loco, quæ mutuis adfectionibus judicia

provocaverunt, ut cum duo se invicem hæredes scribunt vel iisdem tabulis, vel suis quisque separatim; tu me tuis tabulis, ego te vicissim meis adfectione mutua, quia est in Novella Valentiniani de testamentis, non possunt dici captatoriæ institutiones quas similis affectio et simplex religio testantium sine calliditate ulla provocavit: at captatoriæ institutiones definiuntur hoc loco, *quarum conditio confertur ad secretum alienæ voluntatis.* Conditionales igitur institutiones sunt, et si conditionales, conditio earum in futurum tempus confertur. Nam quarum conditio confertur in præsens vel præteritum tempus, propie conditionales non sunt, *l. cum ad præsens, ff. de reb. cred. l. cum in fundo, ff. de inju. rupt. test.* quia ex eventu non pendent, sed earum eventus sive effectus statim extitit, vel non extitit, quia, ut Philosophi dicunt, omnis sermo collatus ad præsens vel præteritum tempus, statim est verius aut falsus. Captatoria autem institutio confertur in id tempus, quo is qui testatur, hæres scribetur vel instituetur testamento ejus, quem ipse hæredem instituit. Nam secretum alienæ voluntatis hoc loco nihil aliud est, quam alienum testamentum. Secreta judiciorum in *l. si quis test. §. ult. ad leg. Aquil.* id est, testamenta. Exemplum vero hujus rei est in *l. 1. ff. de his, quæ pro non scrip. qua ex parte me L. Tit. in tab. suis hæredem scribet, ex ea parte mihi L. Tit. hæres esto.* Quod scribit, plane captat et ambit hæreditatem L. Titii et hamum jacit, itaque tanquam captatoria institutio pro non scripta habetur SC. Inest his verbis conditio collata in testamentum alienum, ac si dixisset, *si me L. Titius hæredem instituerit, L. Titius mihi hæres esto.* Nihil vero refert, si quis captet alienam hæreditatem, quo modo exposui, an alii, veluti hoc modo, *qua ex parte L. Titius Cajum hæredem scribet, ex ea mihi hæres esto, l. seq. in fi.* Et hæc institutio tanquam captatoria inutilis est ex sentent. SC· Quid enim refert si quis captet vel aucupetur sibi, an alii? Item nihil refert, cum cujus quis sibi hæreditatem captat, utrum sibi hæredem instituat, an alium forte ei carissimum, veluti hoc modo: *qua ex parte me Luc. Titius hæredem scribet, ex ea parte mihi Mævius hæres esto.* Plus dico: Idem esse dicendum si quis alii hæreditatem captet, nec non et alium sibi hæredem faciat, quam eum, cujus hæreditatem alii aucupatur et captat, veluti hoc modo: *qua ex parte L. Titius Cajum hæredem scribet, ex ea parte mihi Mævius hæres esto.* Omnes hæ institutiones quas proposui, quasi captatoriæ, inutiles sunt ex sententia Senatusconsulti. Eleganter vero in Basilicis dicuntur institutiones factæ repensationis gratia χάριν ἀμειβόμεναι, id est repensandi futuri nondum accepti beneficii gratia. Nam quæ repensant jam acceptum beneficium, probatissimæ sunt: imo plerunque hæreditates et legata nobis non sine causa obveniunt, ob meritum aliquod nostrum ut ait *l. 9. pro soc.* Captatoria institutio est repensatio beneficii ante beneficium. Ab iisdem Basilicis captatoriæ institutiones dicuntur χάριν ἀμειβόμεναι, gratiæ repensatrices, ut loquitur etiam Electra apud Sophoclem, ὦ πάντοιαν φιλότητος ἀμειβόμεναι χάριν, ad filias Messenorum: gratiæ, inquam, repensatrices, futuræ scilicet. Nam institutiones quæ fiunt gratiæ præteritæ referendæ et repensaudæ causa, non sunt captatoriæ, nec senatusconsulto, ullave lege improbantur, veluti, *qua ex parte me L. Titius hæredem scripsit, ex ea parte mihi idem Lucius Titius hæres esto*, vel *Si me L. Titius hæredem scripsit, idem mihi hæres esto l. mulier, §. ult. de cond, instit.* vel hoc modo, *qua ex parte L. Titius Cajum hæredem scripsit, ex ea parte mihi idem L. Titius hæres esto*, vel ut in *l. seq. et in l. 2. hoc tit.* hoc modo, *qua ex parte me Titius hæredem scripsit, ex ea parte Mævius mihi hæres esto.* Unde non est aufereuda vox *Mævius*, fateor: in quam me tamen suspicionem deduxit olim Antonii Augustini præstantissimi Jurisconsulti scriptum de captatoriis institutiouibus, vel etiam hoc modo, ut omnibus exemplis superioribus collatis in futurum, paria reddam collata in præteritum utiliter, hoc inquam modo *qua ex parte L. Titius Cajum hæredem scripsit, ex ea parte mihi Mævius hæres esto.* Omnes hæ institutiones ratæ sunt, et secundum hæc recte dicitur in *l. Clemens, §. ultim. hoc tit.* non esse captatoriam institutionem, si quis ita scripserit, *quanta ex parte me a Titio hæredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi hæres esto.* Nam institutio Sempronii coufert in tempus exactum, in tempus præteritum, id est, in testamentum Titii ante factum. Recitatiouem autem futuram ejus testamenti, quod nullam prorsus injicit suspicionem captatoriæ institutionis, neque tamen aliter institutio Semprouii ad effectum perducitur, quam si is, qui Sempronium hæredem fecit, testamentum Titii recitaverit, quia iustitutioui Sempronii inest conditio futuræ recitationis Titiani testamenti. Et observa quod dicitur in *d.l.Clemens, §. ult.* hæres recitare testamentum, in quo hæres scriptus est, et alii etiam nuncupare. Ambrosius 9. Epistol. *quomodo testamentum nuncupat, qui mortem testatoris negat?* Porro his exemplis apparet captatorias institutiones non esse eas, quæ ad præteritum tempus conferuntur, quia nec propric conditionales sunt, ut captatoriæ, nisi alia conditio extrinsecus sit eis inferta, ut conditio recitationis testamenti in *d. l. Clemens*: et in iisdem exemplis

institutiones non gratiam reposcunt ut captatoriæ, sed referunt, cum beneficium acceptum consequantur, non corripiunt aliena bona, sed sua promunt, non dant hæreditatem suam in hamo sub conditione, si sibi et suam dederit, is quem hæredem scripsit, quæ captatoria institutio est tincta visco, ut Varro loquitur: et hoc modo captatorium legatum est, quod ita relinquitur: *quantum mihi L. Titius legaverit tantum ei do lego.* Non si ita relinquatur *quantum mihi L. Titius legavit, tantum ei do lego.*

Ad legem LXXVIII. de Hæred. instit.

Qui non militabat bonorum maternorum, quæ in Pannonia possidebat, libertum hæredem instituit: paternorum, quæ habebat in Syria, Titium. Jure semisses ambos habere constitit, sed arbitrium dividendæ hæreditatis supremam voluntatem factis adjudicationibus, et interpositis propter actiones cautionibus, sequi salva Falcidia, scilicet ut quod vice mutua præstarent, doli ratione quadranti retinendo compensetur.

Primum responsum hujus l. est intellectu quidem facile, sed explicatu sane difficile, maxime in extremo, cum agit de Falcidia compensando eo, quod cohæredes vice mutua præstarunt, adeo ut Ulpianus, qui cetera omnia ejus responsi diligentius interpretatus est in *l.* 35. *sup. hoc tit.* omiserit eam partem extremam. Credo quod facilius intelligi quam verbis explanari possit: loquitur autem in eo responso Papinianus de testatore pagano, quoniam ait, *qui non militabat.* Cur de pagano? non quia ponit eum in instituendis hæredibus separasse species bonorum, et alium fecisse hæredem bonorum paternorum, alium maternorum, quoniam, quod de ejus voluntate initio statuit de partibus hæreditariis, et de prælegatis, quæ invicem præstant hæredes, idem servatur in milite, si miles alium fecerit hæredem bonorum paternorum, alium maternorum, vel alium rusticorum, alium urbanorum, vel alium Italicorum bonorum, alium provincialium, ut in *l. certarum*, *in pr. ff. de milit. testam.* non etiam si alium bonorum castrensium, alium paganorum, ut in §. 1. *ejusdem l.* Sed si, ut ponitur in hac specie fecisse, paganus, vel miles alium fecerit paternorum, alium maternorum hæredem, idem servatur in milite, quod in pagano, quod ad portiones hæreditatum et prælegata attinet. Sed quod ponit speciem in pagano, hoc ideo facit quoniam in extremo loquitur de Falcidia, quæ habet locum in testamento pagani, non in testamento militis, *l.* 12. *de milit. testam. l.* 7. *C. ad leg. Falcid.* Et hæc est vera ratio, non quam Glossæ notant, quam refutat satis *d. l. si certarum, in pr.* Species autem hæc est: Paganus duos hæredes instituit: primum bonorum paternorum, secundum maternorum bonorum. Paterna bona faciunt quadrantem, materna faciunt dodrantem totius hæreditatis: fac hæreditatem esse quadringentorum, et paterna bona facere centum, materna trecenta. Ipso jure certarum rerum certorumve bonorum hæredes institui non possunt, neque a pagano, neque a milite, et qui ita instituti sunt, ut proposui, perinde habentur, ac si non adscriptis rebus partibusque certis hæredes instituti essent. Sunt igitur ipso jure hæredes æquis partibus, et singuli habent semissem omnium bonorum, tam paternorum quam maternorum, non spectata nec comparata invicem æstimatione bonorum tam paternorum quam maternorum, ex quibus invicem hæredes instituti sunt, ut in *d. l.* 35. *et l.* 10. *h. t. et d. l. si certarum.* Verum quod ipso jure non fit, id est, subtili jure, officio judicis familiæ erciscundæ, cognoscentis inter eos de dividenda hæreditate, fieri poterit, ut voluntas suprema testatoris impleatur. Primo adjudicatis bonis paternis in solidum, secundo bonis maternis, quod fieri tamen non potest, nisi quia singuli ipso jure semissem habent in omnibus bonis, nisi primus secundo cedat, et præstet semissem, quem habet in bonis maternis, et vicissim secundus primo semissem, quem habet in paternis, quoniam vice mutua prælegasse singulis testator videtur, secundo partem, quam primus haberet in bonis maternis, primo partem, quam secundus haberet in bonis paternis. Proinde jure prælegati primus secundo præstat centum quinquaginta, id est, semissem trecentorum, secundus primo præstat quinquaginta, vel facta compensatione ad finem concurrentis quantitatis puta, quinquaginta, primus solus secundo præstat centum: compensatio pro præstatione est. Atque ita quidem fit, ut bona materna secundus capiat partim jure hæreditario, sive jure institutionis a seipso, partim jure legati a cohærede; et similiter primus bona paterna ut capiat partim jure hæreditario, partim jure legati. Verum officio ejusdem judicis familiæ erciscundæ cognoscentis, cautionem sibi invicem primus et secundus præbere debent datis fidejussoribus, hac formula; *quod amplius ceperint quam per legem. Falcid. liceat, reddi.* Quæ stipulatio Falcidiæ dicitur in *l.* 70 *ad l. Falcid.* quia et prælegata patiuntur Falcidiam, *l.* 15. §. *pen. eodem tit. l. a cohærede, C. eod. tit.* Potest autem fieri, ut post factas adjudicationes relictorum sive divisorum bonorum a testatore inter primum et secundum emergat l. Falcidia, postea emergente ære alieno, quod tum latebat, vel emergente onere legatorum prolatis codicillis, qui tum celabantur, vel emergente simul utroque one-

re æris alieni et onere legati, ideoque sub incerto hanc sibi invicem cautionem præbere debent ut si postea emergente Falcidia, alterum alteri appareat prælegatum ultra dodrantem præstitisse, id quod præstiterit amplius ex ea stipulatione sine cautione recipiat non est dubium de ea cautione accipienda esse hoc loco hæc Papiniani verba: *interpositis cautionibus.* idque patet satis ex *d. l.* 55. id est, commentario hujus responsi, in quo et Ulpianus, dum Papin. producit testem, proculdubio hoc Papiniani responsum intellexit. Ait autem Papinianus, *has cautiones vice mutua esse interponendas propter actiones.* Quid hoc est, *propter actiones?* nimirum propter æris alieni personales actiones, ut loquitur *l.* 1. §. *si hæres*, *ad Senatusque. Treb.* id est, propter actiones hæreditarias, quas emergentes postea creditores hæreditarii intendunt in hæredes singulos pro hæreditariis portionibus, id est, pro semisse omnium bonorum, non habita ratione rerum prælegatarum, quæ nec habenda est, quia æs alienum hæreditatem sequitur, non legata, vel prælegata *d. l.* 55. *l.* 1. *si cert. petatur.* Item propter actiones legatorum emergentium, postea prolatis codicillis diu celatis, quæ actiones hæreditariarum loco sunt, *l. hæreditariarum*, *inf. de oblig. et action.* Nunc finge: his peractis apud judicem familiæ erciscundæ ex inopinato emersisse codicillos, in quibus erant ab hæredibus primo et secundo extraneo legata cxx. sicut Glossa, quam postea valde approbamus, ponit speciem, et extraneum egisse in hæredes pro hæreditariis portionibus, id est, pro semisse totius hæreditatis, et singulis abstulisse LX. atque ita recepisse suum, id est, cxx. et remansisse apud secundum ducenta quadraginta, partim jure legati; et similiter apud primum remansisse XL. partim jure hæreditario, partim jure legati. Hoc casu, quia primo ad Falcidiam sui semissis qui est L. id est, quadrans ducentorum desunt xxx. quia jure hæreditario remanent apud eum xx. quæ tantum imputat in Falcidiam, non imputat autem in Falcidiam alia xx. quæ apud eum jure legati remanent, aut non cogitur imputare, *l.* 15. §. *pen. l.* 52. *in fine*, *l. in quartam*, *inf. ad leg. Falcidiam.* Ideoque quæritur, an si ex stipulatione Falcidiæ repetat a secundo cohærede suo xxx. quæ desunt suæ Falcidiæ, summoveatur exceptione doli mali, quæ in strictis judiciis æquitatem compensationis inducit? §. *in bonæ fidei*, *Instit. de action.* Et verius est, eum ratione exceptionis doli mali debere compensare pro modo concurrentis quantitatis xx: quæ a cohærede jure prælegati vice mutua percepit, ea inquam, xx. debere eum compensare cum Falcidia, quam repetit a cohærede, id est, ultro ea etiam xx imputare debere in Falcidiam, si suum prælegatum retinere velit. Compensatio est imputatio voluntaria, et contra imputatio est compensatio necessaria. Ita vero primos a secundo repetet x. tantum supplendæ Falcidiæ gratia. Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, scil. *ut quod vice mutua præstaret doli ratione quadranti retinendo*, id est, Falcidiæ retinendæ, *compensetur.* Quorum verborum enarrationem omisit Ulpianus *in d. l.* 55. qui tamen cetera omnia hujus responsi enucleate et diffuse in ea l. executus est, et ad hæc quidem verba ultima hujus responsi quod apposui exemplum, Glossa apposuit rectissime, si modo cxx. quæ ponit deberi, dicamus deberi, quod totidem sint in legatis, ut exigit etiam Glossa superior ad illum locum, *propter actiones*, non quod totidem sint in ære alieno hæreditario. Nam is cxx sint in ære alieno quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno, non intelliguntur fuisse in bonis defuncti, nisi CCLXXX. ex quibus singuli, cum ipso jure habeant semissem, id est, CXL. cujus semissis centum quadraginta videlicet Falcidia est XXXV. et primus secundo jure prælegati præstiterit centum duntaxat, manifestum est apud eum residere XL. id est, quinque amplius Falcidia, quinque supra Falcidiam, et hoc igitur casu locum Falcidiæ non esse. Et hæc ita Dynus recte et subtiliter distinxit primus: in ære alieno exemplum apponi debet alio modo, quam posuerit Glossa: finge: in hæreditate credebantur esse CL. bona materna centum, paterna quinquaginta: secundus maternorum hæres institutus est, primus paternorum, et bonis eis adjudicatis officio judicis familiæ erciscundæ secundum voluntatem defuncti, extitit creditor hæreditarius, cui defunctus debuit centum, denique apparuit postea in ære alieno esse centum quo detracto patet singulos ipso jure hæredes esse ex vigintiquinque, cujus portionis Falcidiam certum est esse sex et quadrantem, quam tantum abest, ut habeat primus, ut detracto ære alieno a singulis pro semisse i. quinquaginta a singulis detractis, nihil apud eum remanserit, apud secundum remanserint quinquaginta partim jure hæreditario, partim jure legati: nunc si primus repetat ex stipulatione interposita Falcidiam a cohærede, repellitur ratione doli, opposita compensatione ejus, quod a cohærede vice mutua percipit: atque ita institutio primi redditur inutilis. Hoc responso explicato, debeo et volo eam rationem compensationis quam inducit Papinian. aliis legibus confirmare veluti *l. hæredi*, *inf. de iis quib. ut indign. l. deducta*, §. *accep. inf. ad Treb. l. Nesennius*, *l. filio*, *inf. ad leg. Falcid. l. filium quem*, *C. famil. ercisc.* nec non debeo earum omnium legum speciem et

sententiam explicare, sed leg. *hæredi et l. deducta*, §. *acceptis*, quoniam sunt ex sequenti libro Responsorum interpretationem differam in suum ordinem et locum: ceterarum ll. quia sunt ex alis auctoribus mihi interpretatio hoc loco præstanda est: ac primo legis *Nesennius*, *inf. ad leg. Falcid.* Valde placchit species ejus legis quæ talis est: mater quæ habebat filias tres, primam, secundam et tertiam, eas hæredes instituit ex æquis partibus, ut singulæ haberent trientem, et a singulis legata invicem dedit, veluti a prima legavit secundæ et tertiæ præstandas res quasdam, aut pecunias, et vicissim a secunda legavit primæ et tertiæ, rursus a tertia primæ et secundæ, verum a prima etiam legavit extraneis, a secunda et tertia nihil legavit extraneis. Primæ portio, id est, triens oneratus est legatis, tam sororibus, quam extraneis relictis. Subdividamus trientem illum primæ in duodecim uncias, et fingamus ab ea extraneis legatas uncias quinque et semunciam sororibus totidem omnibus, igitur a prima fuisse legatas undecim uncias. Falcidia ejus portionis subdivisæ in duodecim uncias est trium unciarum, in eam imputat unciam, quæ apud eam remanet jure hæreditario, quia ab ea tantum sunt legatæ undecim unciæ, nunc desiderat adhuc duas uncias, quæ Falcidiæ desunt: certum est eam posse unam detrahere ab extraneis, sed quæritur, an etiam possit desiderare, ut et unam unciam detrahat a sororibus, a quibus et ipsa vice mutua legata percipit, et si possit eam unciam desiderare ipso jure, an submovenda sit per exceptionem doli mali, inducta compensationis æquitate mutui prælegati cum illa uncia: et rursus si submovenda sit exceptione doli mali, ut definiemus statim, an eo casu possit duas uncias quæ Falcidiæ ejus desunt deducere ab extraneis? Et respondet posse quidem ipso jure eam uti Falcidia etiam adversus sorores, quia id quod ab iis vice mutua percipit jure prælegati, non proficit legatariis, quo minus Falcidiam patiantur, id est, non imputantur in Falcidiam, sed tamen repellitur exceptione doli mali si a sororibus vice mutua jure prælegati acceperit unciam quam deducere desiderat. Et hoc cum ita definisset Paulus in *d. l. Nesennius*, quærit, an cum nihil deducat a sororibus, tunc deducere possit ab extraneis duas uncias, quæ suæ Falcidiæ desunt? et respondet non deducere nisi unam unciam, hoc est, tantum quantum deduceret, si ex legatis sororum Falcidiam deduxisset; quoniam æquum non est, ut commodum, quod fert ex mutuo prælegato sororum oneret extraneos, et augeat Falcidiam legatorum eis relictorum. Et hoc est, quod ait in *d. l. Nesennius*, primam non imputare extraneis integrum prælegatum, quod præstitit coheredibus, id est, uncias quinque et semunciam, id est, id quod dedisset sororibus, si nihil ab eis vice mutua percepisset, et perinde igitur rem esse, ac si a sororibus deduxisset unciam, et præstitisset eis tantum uncias quatuor et semunciam, licet præstiterit prælegatum universum, id est, quinque uncias et semunciam, ratione compensationis Falcidiæ. Ratio compensandæ Falcidiæ cum prælegato vice muta percepto, quam inducit Papinian. in *l. 78. de hæred. instit.* confirmatur *l. Nesennius*, *ad leg. Falcid.* quam hæri exposui. Confirmatur etiam *l. filio*, *eod. tit.* cujus species hæc est: pater vel mater filium et filiam hæredes scripsit, sic ea l. initio proposuit simpliciter, propanamus igitur etiam nos, simpliciter parentem filium et filiam hæredis scripsisse, postea apparebit non scripsisse æqualiter, ut Glossa ait, sed inæqualiter, ut est in Basilicis, ἀνίσως. Singulis autem legata invicem dedit pater, quæ proprio nomine dicuntur prælegata et præcipua et præceptiones, sed longe minus filiæ legavit quam filio, quia scilicet filium hæredem scripsit, exempli gratia, bonorum Italicorum, filiam bonorum provincialium, quæ longe minoris pretii sunt separatæ hæ species bonorum pro prælegatis accipiuntur, ut in *l. 35. sup. hoc tit.* At non tantum filiæ minus prælegavit, sed etiam in bonis, quæ prælegavit filiæ, est domus creditori hæreditario pignorata in centum, quam et filiæ legavit adjecto hoc onere, ut, si libertus filii sui ea centum persolveret, utrique domus esset communis filiæ et liberto filii. Ceterum non libertus, quia nec adversus eum creditor ullam actionem habuit, sed hæredes exigente, et urgente creditore, ei solverunt centum pro hæreditariis portionibus, et domum vinculo pignoris liberaverunt, quo ære alieno detracto, apparuit, quanta portio hæreditatis esset. Finge: in hæreditate fuisse ducenta, singulos igitur ipso jure quasi sine partibus scriptos hæredes fuisse in centum, cujus portionis Falcidia sive quadrans est 25. Illud etiam apparuit deducto ære alieno, bona Italica, quæ filio relicta et ei adjudicanda sunt, esse 180. bona provincialia quæ filiæ adjudicanda sunt, esse 20. quamobrem filia dicit, se in damno versari, nec habere integram Falcidiam semissis totius hæreditatis, ex quo ipso jure hæres est, id est, non habere 25. integra, sibi adhuc deesse 15: quia habet tantum jure hæreditario decem, quæ imputat in Falcidiam, alia decem, quæ jure legati accipit a fratre jure ipso, non cogitur imputare in Falcidiam, quia in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ jure hæreditario capiuntur, non quæ jure legati, vel alio jure, nisi nominatim aliud caverit testator, ut si ideo dixerit, se legatum dare hæredi, ut integra legata præstaret, *l. quod autem, inf. ad leg. Fal-*

cid. Et consequenter filia ipso jure recte postulat 15. a fratre, quæ suæ Falcidiæ desunt, sed repellitur per exceptionem doli mali, opposita compensatione ejus, quod a fratre integrum jure prælegati accepit, aut sane id a fratre prælegatum integrum non consequetur, nisi et ipsa vicissim soror fratri suum præstet integrum, quoniam æquum non est, integrum ferre quenquam, quod vicissim integrum referre vel inferre nolit. Et hoc est, quod ait *d. l. filio*, *FILIAM non aliter prælegatum quod ei datum est accepturam si Falcidiam expleat*, *quam si voluntati defuncti obtemperavit*, *fratri solidum prælegatum præstando*. Vulgo etiam in Florentinis in ea lege corrupte legitur, *solvendum* pro *solidum*, ut recte notavit Alciatus 5. Parerg. Solidum est integrum prælegatum, intactum, illibatum, sine imminutione Falcidiæ, quod universum dicitur in *l. Nesennius*. Igitur in specie proposita, decem, quæ vice mutua jure legati soror accepit a fratre, compensant Falcidiam fini concurrentis quantitatis et quinque tantum supplendæ Falcidiæ a fratre desiderat. Et ita explananda ea lex est. Sequitur alia, qua eadem ratio compensationis comprobatur, *l. filium quem*, *C. famil. ercisc.* omnium, quæ sunt in Codice longe difficillima, omnium quæ sunt in jure pro sua brevitate opulentissima juris, cujus ego speciem et sensum verissimum et clarissimum jam sæpe professus sum me accepisse prima ætate a primo jurisconsulto, cujus vita omni laude confecta. Primum in ea lege, quod ait initio, *Filium quem habentem fundum*, deinde in fine: *Quod a ceteris in eo fundo solvitur sup. quartam*, *habens reddere compellitur.* Est σύλληψις frequentissima in juris auctoribus, et in exteris quoque quam plerunque generat longior verborum tractus, ut in eo plane non sit laborandum: sed neque in eo laborandum, quo jure filius fundum habuerit. Nam cum subjiciat ea l. filium partem prædii capere a semetipso jure hæreditario, partem a cohæredibus jure legati, quæ varietas juris et possessionis propria in prælagato est, *l. eum qui*, §. *ult. ff. de iis*, *quibus ut ind.* Plusquam manifestum est, filium habuisse fundum jure prælegati, ut et Joannes sensit recte, nec sane aliter pertineret ea *l. ad tit. famil. ercisc.* sub quo posita est, quam si statuas, filio fundum prælegatum esse, quia constat prælegata præstari arbitrio judicis familiæ erciscundæ cognoscentis. Miseri sunt, qui vel jure peculii, vel jure nescio quo retentionis, vel jure legati per vindicationem, vel alio, quam prælegati, filium habuisse fundum ariolantur. Et species l. hæc est: pater, qui habebat septingenta in bonis, filios suos tres, numero primum, secundum, tertium, et extraneos quatuor, quartum, quintum, sextum, septimum hæredes scripsit ex æquis partibus: et primo, cui forte eum princeps patris nomine donaverat, et ab omnibus hæredibus fundum prælegavit dignum 28. Deinde eundem primum filium suum rogavit sub conditione: *si navis ex Asia veniret*, portionem suam hæreditatis restituere fratribus, secundo et tertio, et extraneis cohæredibus quarto et quinto tantum, non etiam sexto et septimo. Portio cujusque facit centum, quoniam sunt septingenta in bonis, et omnes septem ex æquo scripti hæredes sunt: Portio, inquam, cujusque facit centum, cujus Falcidia est 25. Fundum autem primus capit partim jure hæreditario a semetipso pro parte septima, partim jure legati a cohæredibus omnibus pro reliquis partibus: existente conditione fideicommissi, primus a quo duo fratres, secundus et tertius, et duo extranei cohæredes, quartus et quintus, quod eis relictum est fideicommissum portionis primi petunt; is primus scilicet Falcidiam ex fideicommisso deducere desiderat, juxta Senatusconsultum Pegasianum, vel hodie Trebellianum, ut dodrantem tantum suæ portionis restituat fideicommissariis, id est, secundo, tertio, quarto et quinto. Quæritur, quid in eam Falcidiam imputare debeat? Et certum est, jure eum in Falcidiam imputare partem tantum septimam fundi, quam a semetipso jure hæreditario percepit. Et hoc est quod ait l. eum hæreditariam partem fundi in quartæ ratione retinere, id est, imputare in Falcidiam. Denique cum fundus, ut posui, dignus sit 28. in Falcidiam imputat 4. hæc est septima pars fundi, quam a seipso capit jure hæreditario. An vero etiam imputat in Falcidiam partes fundi, quas a cohæredibus secundo, tertio, quarto, quinto, vice mutua percepit jure legati? Percipit autem a singulis quatuor ab omnibus, in summa sexdecim, et non imputat proprie a sexdecim in Falcidiam, sed compensat Falcidiæ retinendæ ex portione sua, quam etiam retinere desiderat, et deducere in restituenda ea portione. Junge nunc illa sexdecim, quæ a cohæredibus, quibus rogatus est restituere portionem hæreditatis, vice mutua percipit, et Falcidiæ compensat pro modo concurrentis quantitatis: junge, inquam, ea sexdecim cum illis quatuor, quæ jure hæreditario a semetipso capit, et Falcidiæ imputat, fiunt 20. et desunt adhuc Falcidiæ quinque, quæ deducet ex portione hæreditatis quam ex fideicommisso tenetur restituere cohæredibus duobus fratribus suis, et duobus extraneis, residuum eis restituere compelletur, id est, nonagintaquinque. At quid fiet reliqua parte fundi prælegati, quam capit a cohæredibus sexto et septimo, quibus vicissim non est rogatus restituere portionem hæreditatis: nam fundum prælegatum fuisse primo

ab omnibus coheredibus initio recte proposui. Quid igitur fiet octo, quæ sunt residua in fundo, quæque accipit a sexto et septimo? Et sane, ut ea lex ostendit, ea octo, neque imputat Falcidiæ sive quartæ, neque compensat, sed ea habet supra quartam portionis suæ, sive supra Falcidiam, ut in *l.* 15. §. *pen. inf. ad leg. Falcid.* dicitur, matrem hæredem institutam ex parte fideicommissum sibi relictum percipere supra quartam portionis, suæ, et *l.* 91. *eod. tit.* in fideicommissaria hæreditate restituenda, extra quartam id esse, quod hæres oneratus fideicommisso a cohærede accipit, jure legati videlicet, si non ei rogatus est hæreditatem, sive portionem hæreditatis restituere, sed extraneo. Ea igitur octo in specie proposita filius lucrifacit, et habet ultra Falcidiam, quia fideicommisso non continetur prælegatum, quum hæres ex parte rogatur restituere partem sive portionem hæreditatis, ut proponit de industria, *d. l. filium, quem.* Nam si simpliciter rogetur restituere portionem, nullo alio adjecto, etiam prælegatum fideicommisso continetur, nec habetur supra quartam, *l. Marcellus*, §. *quidam*, *ff. ad Senatusc. Treb.* Idemque ostendit *l.* 1. *in fideicommissaria* §. *ult. eod. tit.* ubi ponit, hæredem institutum ex parte, cui dato legato rogatus est restituere portionem hæreditatis alteri, non restituere, inquit, quia dixit, portionem hæreditatis, id quod a cohærede accipit jure prælegati, id est, prælegatum fideicommisso non contineri: id tamen quod capit a se ipso in re prælegata jure hæreditario cadere in fideicommissum, ubi necesse est addas ex *l. filium, quem*, vel imputari in Falcidiam: denique portionem fundi prælegati hæreditariam filius aut debet restituere fideicommissariis aut imputare in Falcidiam.

Ad §. *L. Titio I.*

Lucio Titio ex duabus partibus, Publ. Mævio ex quadrante scriptis hæredibus, assem in dodrante esse divisum, respondi: modum enim duarum partium ex quadrante declarari. Quod veteres nummis Titio legatis, nummorum specie non demonstrata, ceterorum legatorum contemplatione, receperunt.

In specie secundi responsi h. l. proponitur: testator, tametsi omnis hæreditas soleat distribui in duodecim uncias, quod hoc numero plerunque significetur universitas, ut ait *Aug.* 20. *de Civ. Dei.* suam tamen hæreditatem distribuisse in 9. uncias tantum, quoniam potest sane paterfam. qui de re sua testatur, in tot partes, quot voluerit vel plures vel pauciores hæreditatem suam distribuere, *l.* 13. §. *paterfamil. hoc tit.* At plerunque solemnis distributio hæreditatis fit in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur, quod equidem omnes scire arbitror: quoniam prima res, quæ nota esse debet accedenti ad juris civilis studium, ea est distributio assis, id est §. *ul. l.* 50. *hoc tit.* sive §. *hæred. Instit. eod tit.* aut certe totus liber Volusii Mætiani de distributione assis, cujus quidem assis duodecima pars est uncia. Siculum nomen, quo singnificabatur as unum, ut Julius Pollux scribit 9. Et ab uncia reliquas partes, non eadem ratione nomina imposita habere Varro scribit 4. *de lingua Latina*, sed alias nomen habere a quota parte assis quam hæri didici ab uno ex vobis peritissimo hujusce artis Diophantum appellare, partem cognominem, ut sextantem a sexta parte assis: quadrantem a quarta: trientem a tertia: semissem a dimidia, id est, semi asse; alias vero nomen habere a numero unciarum, et quincuncem et septuncem; quincuncem, quia numerus quinarius in asse partem quotam non facit, septuncem, quia, ut Remmius Polemo ait in poemate de ponderibus, quod dimidium superat, pars esse negatur, pars scilicet quota vel cognominis: alias vero nomen habere a demptione partis, ut *bes*, quæ olim *des*, a demptione trientis, ut Ausonius ait:

Tertia defuerit si portio, quid reliquum? Des.

Dodrans a demptione quadrantis, dextans a demptione sextantis, deunx a demptione unciæ.

Cum vero testator ita hæredes scripsit, ut est in hoc secundo responso: *Primus ex duabus partibus, secundus ex quadrante hæres esto*, assem videtur distribuisse in dodrantem, quia primus videtur institutus ex semisse, qui divisus in duas partes, duos quadrantes facit, et ita in ea hæredum institutione duas partes ut accipiamus, comparatio quadrantis infra adscripti secundo declarat atque postulat, sicut nummis legatis, quo exemplo Papin. utitur, id est, legato nummorum relicto, legato nummorum certo numero, ut in *l. si servus plurium*, §. *ult. ff. de leg.* 1. Quoniam legatum nummorum, non adjecto numero, sane nullum et ridiculum est. Nummis igitur centum legatis, uni distincte et simpliciter, nummorum qualitate non demonstrata, deinde alii legatis quinquaginta nummis sestertiis, veteres juris auctores conjectabant et priori fuisse legatos centum nummos sestertios, ut in *d. l. si servos plurium.* §. *ult.* dicitur: *Summarum quæ sequuntur scripta spectanda esse, quotiens non apparet quales nummi ante alii legati sint*, et *l. nummis*, ita *de legatis* 3. *contextum testamenti spectandum esse*: et l. 44. *de manum. testam. Contextum totius scripturæ testamenti.* Sic igitur adscriptis primo duabus partibus simpliciter, spectanda est pars, quæ deinde specialiter et nominatim adscripta est

secundo, quæ quoniam est quadrans, et primo duos quadrantes recte colligemus adscriptos, id est, semissem, atque adeo assem a testatore divisum in dodrantem, quæ divisio quadrantis minor est solenni et legitima divisione assis, verum ad eam legitimam divisionem assis, etiam ita hæredes ipso jure sive juris potestate revocantur servata eadem proportione, nempe dupla, ut altero tanto plus habeat primus, quam secundus, puta, besse adscripto primo, et triente secundo, qua paganus, de quo, ut primum responsum, et reliqua hujus legis responsa accipienda sunt, partim testatus, partim intestatus decedere non potest. Et sic in *d. l.* 13. §. *pater*, in duobus tantum hæredibus scriptis ex quadrante, as quidem divisus est a testatore in semissem tantum, sed jure ipso singuli hæredes sunt ex semisse. Ac similiter primo scripto ex semisse, secundo ex quadrante, as divisus quidem est in dodrantem tantum, sed ipso jure primus feret bessem, secundus trientem, quia quantum de asse diminuit testator, tantum ipso jure accrescit pro rata, id est, ἀναλόγος, et servata proportione geometrica, causa testati trahente ad se causam intestati, sicut e contrario nonnunquam causa intestati trahit ad se causam testati, ut in specie *l. pen. ff. de inju. rupto.*

Ad §. Filiis.

Filiis hæredibus æquis partibus institutis, ac postea fratris filio pro duabus unciis: unum assem inter omnes videri factum, placuit, et ex eo 10. uncias filios accepisse: tum enim ex altero asse portionem intelligi relictam, cum asse nominatim dato, vel duodecim unciis distributis, residua portio non invenitur. Nihil autem interest, quo loco sine portione quis hæres instituatur, quo magis assis residuum accepisse videatur.

Duo sunt filii æquis partibus hæredes instituti, ac postea filius fratris pro sextante, quæritur juris potestate quantum filii habituri sint? Et recte respondit Papinian. dempto sextante, qui filio fratris nominatim adscriptus est, ex eo, quod superest, id est, ex dextante filios habituros æquas partes. Ne dicas *modum partium filiorum declarari ex sextante adscripto filio fratris*, ut in superiori specie: quod si verum esset, as videretur divisus in semissem tantum, et juris potestate omnes trientes haberent: sed ne hoc dicas, quoniam longe diversa hæc species a superiori est. In illa primus scriptus est ex duabus partibus, in hac filii scripti sunt sine partibus, quoniam nihil interest dixerim *filii æquis partibus hæredes sunto*, an *filii hæredes sunto*: quia et hoc sermone æquis partibus hæredes scripti intelliguntur; denique sive hoc, sive illo modo scribantur, ex æquis partibus scribuntur. In illa autem specie superiori assem testator distribuit in dodrantem tantum; in hac specie assem totum solemniter distribuisse intelligitur in 12. uncias. Ideoque in hac specie singuli filii ferunt quincuncem, filius fratris sextantem, qui adscriptus ei est. Ne etiam dicas, testatorem in hac divisione excessisse 12. uncias, et filiis dedisse assem integrum æquis partibus, filio fratris ex altero asse, qui dupondium dicitur, ut assipondium pro asse, dupondium pro duobus assibus sive 24. unciis, tripondium pro tribus assibus. Nam as, pondo, et libra, idem est. Videtur igitur filio fratris ex altero asse dedisse sextantem. Qua ratione uteremur quidem, si filii nominatim ex asse hæredes essent scripti, hoc modo: *filii ex asse æquis partibus hæredes sunto*, vel etiam, si unus esset scriptus ex semisse, alter item ex semisse nominatim, vel si unus ex triente, alter ex besse, quo genere totus as erogatur et distribuitur: at non ita in hac specie filii scripti proponuntur, sed simpliciter sine partibus certis, quo casu eadem ratione non utitur, ideoque subjicit, *nihil interesse quo loco sine partibus filii scripti sint, priore anposteriore*, ut in *l. quo loco sup. hoc titulo*, vel hoc modo scilicet, *filii hæredes sunto, filius fratris ex sextante hæres esto*: vel e converso: *filius fratris ex sextante hæres esto, filii hæredes sunto,* quia quocunque loco filii scripti sint sine partibus, dempto sextante, omnino residuum assis, id est, dextantem accepturi sunt; quæ est sententia hujus responsi: cui nihil obstat l. quam opponit Accursius 47. §. 1. *sup. hoc tit.* In qua filia non proponitur hæres scripta sine parte, sed ex asse adjecto cohærede posthumo vel posthuma, si posthuma nasceretur ex quarta parte, id est, ex quadrante, si posthumus nasceretur ex dimidia, et quarta, id est, novem unciis, ex dodrante, ut in *l. quidam, titul. seq.* et si ex dimidia et ex sexta, id est, ex besse in *l.* 13. §. *pen. sup. hoc tit.* ex quo in testamento Augusti apud Suet, *in fi. Augusti et in Tiberii c.* 23. legendum, est, *Augustum Tiberium scripsisse ex dimidia et sexta, et Liviam ex 3.* male vulgo *ex dimidia et sextante*: quamvis idem sit, sed esset inepta locutio. Nam et ita M. Tullius 13. Epist. ad familiares.

Hæres ex parte dimidia et tertia æs capito, id est, ex dextante. Porro in specie dictæ l. 47. nato posthumo fiet divisio paternæ hæreditatis inter filiam, et posthumum pro ratione Geometrica, ita scilicet ut quia filia scripta est ex asse, posthumus ex alterius assis dodrante, id est, filia ex 12. unciis, posthumus ex novem, quæ ratio est sesquitertia, ut major etiam sit filiæ portio sesquitertia: id est: ut quarta parte amplius habeat quam posthumus: nata autem posthuma, quia filia scripta est ex as-

se, posthuma ex quadrante, quæ ratio est quadrupla, ut major sit filiæ portio quadruplo; posthumo vero et posthuma natis simul, similiter quarta parte, ut major sit filiæ posthumi portio, posthumi autem quam posthumæ, ut major sit portio triplo: quia posthumus ex novem, posthuma ex tribus unciis proponitur scripta, quæ ratio est tripla, filia autem, ut habeat tantundem, quantum uterque posthumus et posthuma, puta, filia semissem, posthumus trientem et semunciam, id est, dimidiam unciam, posthuma sesquiunciam, id est, unciam et semunciam. Et hæc est sententia l. 47. cui quemadmodum abrogaverit Justinianus in *l. cum quæstio*, *C. de leg.* et aliis plerisque legibus similibus, similem proportionem exacte servantibus, Geometrica introducta ratione huic adversa, quæ Arithmetica dicitur propter præsumptam voluntatem defuncti, ego fusius ostendi in d. l. 47. quoniam est Africani.

Ad §. Ultimum.

Sejus Mævium ex parte, quam per leges capere possit hæredem instituit: ex reliqua Titium si Mævius solidum capere poterit: Titius adjectus aut substitutus hæres non erit.

Species hæc est: Sejus testator ita hæredes scripsit, *Mævius ex parte, quam per leges capere poteris, hæres esto: Titius ex reliqua parte.* Finge: Mævius solidum assem capere potest, quid habebit Titius? nihil prorsus, quia nihil est reliquum. Et ut excludat omnino Titium, ait, eum neque venire, ut adjectum, id est, ut cohæredem, ut in *l. 85. ff. hoc tit. l. verbis*, §. *qui cum plures, tit. seq.* Nec venire ut substitutum, Mævio accipiente solidum. Sed subjicitur ex eodem Papiniano, in eodem libro ex *l. seq.* si non dixerit, *Titius ex reliqua parte hæres esto*, sed hoc modo: *Mævius ex hac parte quam per leges capere poteris, hæres esto, Titius hæres esto*, et Mævius assem capere possit, tantundem habebit Titius in altero asse, quantum habebit in primo Mævius, atque ita ratione revocata ad assem, id est, dupondio revocato ad assipondium, singuli ferent semisses: sed ut est scripta l. sequens et in Florentinis, et in aliis plerisque, in ea est manifesta commutatio personarum, quoniam pro *Mævius*, scribendum est *Titius*, et pro *Titius*, *Mævius*. Nec omittendum quod subjicitur in l. 80. ex eod. lib. 6. *Resp.* Si ut initio proposui, Mævius sit hæres scriptus ex parte, quam per leges capere posset, Titius ex reliqua parte, et Mævius nihil omnino capere possit ex ea hæreditate, quasi in totum incapax, tum Titium vocari, ut substitutum Mævii in assem sive hæreditatem totam; licet ibi addere, vel vocari ut cohæredem, nihil refert, in assem deficiente Mævio: nam reliquæ partis appellatione etiam as continetur, ut in *l. Julia*, *de residuis*, residui aut residuorum appellatione totum continetur, *l. 4.* §. *hac lege*, et §. *seq. ff. ad leg. Jul. rept.* item in specie *l. 2. C. eod. tit. et l. 95. et 160. de verb. signific. et l. cum optio*, *ff. de opt. leg.*

Ad L. VII. de Vulg. et pup. subst.

Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum ætatis frustra fieri convenit, sed qui non admittitur ut substitutus, ut adjectus hæres quandoque non erit, ne fiat contra voluntatem, si filius non habeat totum interim, quod ei testamento pater dedit.

Verba civilia hodie non ambigitur esse verba directa, veluti: *hæres esto*, quibus adversa sunt verba precaria, veluti: *Rogo ut hæreditatem illi restitutas.* Dici non potest, quam multa scripserint interpretes, dum digladiantur inter se, et quærunt, quæ sint verba civilia, sed omnem dubitationem substulit hodie Ulpiani liber regularum, in quo sub titulo de fideicommissis, fideicommissum definitur, *Omne quod non verbis civilibus, sed precative relinquitur.* Unde liquet verba civilia esse verba directa, legitima, imperativa, quibus leges uti solent, et testatores perinde ac leges, quum volunt: quia et testamentum lex est. Quamobrem recte dicam, hanc legem esse de substitutione pupillari a patre pagano facta verbis directis, filio impubere hærede instituto ex asse, veluti in hunc casum et modum: *si filius hæres erit et intra 25. annum vita excesserit, Mævius ei hæres esto:* nam quod quidam hanc substitutionem, cujus formulam proposui, frustra non fieri dicunt, quod intra pubertatem moriente filio valeat, *l. in pupillari*, *hoc tit.* non pugnat cum hac lege, quæ frustra eam fieri non dicit intra pubertatem, sed post pubertatem moriente filio. Nihil igitur interest, incipiat substitutio a pubertate, hoc modo: *si filius hæres erit et post 14. annum decesserit*, an comprehendat etiam pupillarem ætatem, ut supradicto modo: *si filius meus impubes hæres erit, et intra 25. annum decesserit, vel intra 15. vel intra 20.* nihil refert. Nihil etiam interest ea substitutio fiat usque ad certam ætatem, ut in superioribus exemplis: an compendio, veluti hoc modo: *si filius hæres erit et quandocunque decesserit*, non expressa certa ætate. Compendio est legendum in *l. precibus*, *C. de imp. et al. substitut.* id est, compendio orationis, ut in *l. Mævius*. §. *duorum*, *de leg.* 2. Nam compendiosa substitutio in jure non dicitur: militaris etiam substitutio, quam formarunt recentiores, in jure non dicitur, sed

militare testamentum tantum, et duæ sunt tantum directarum substitutionum species, sive fiant a pagano, sive a milite, et sive compendio fiant, sive expressim. Duo tantum sunt substitutionum casus, ut loquitur *d. l. precibus*: duo eventus, ut *l. 4. hoc tit.* duæ causæ, ut *l. cum ex filio*, §. *filio*, *hoc tit.* Denique duæ substitutiones directæ, quia duo tantum earum casus, eventus vel causæ: casus primus, et casus secundus, ut est in *d. l. precibus*. Casus primus est casus non adquisitæ hæreditatis, in quem fit substitutio vulgaris, nempe hic casus; *si hæres non erit.* Casus secundus est casus adquisitæ hæreditatis, in quem fit substitutio pupillaris, nempe hic casus, *si hæres erit*: quæ fit pupillo tantum a patre, vel parente, in cujus potestate est, quoad pubescat, et ad exemplum pupilli, etiam puberi mente capto, quoad resipiscat. Vulgaris substitutio est testamentum patrisfamil. Pupillaris substitutio est testamentum filiifamil. impuberis, vel mente capti, quod parens in cujus potestate est, ei fecit, nec enim queunt sibi facere testamentum propter ætatem vel mentis lapsum. Pupillaris autem substitutio verbis directis facta, illis tribus modis, quos retuli ante, a patre scilicet qui non militabat, filio impuberi hæredi instituto ex asse, etiamsi longius quam pubertatis tempus comprehendat, expressim, vel compendio, tamen finitur pubertate: testamentum est quod finitur tempore, *d. l. in pupillari, hoc tit. l. si frater, C. de fideicommiss.* finitur, inquam, pubertate, adeo ut nec post pubertatem, licet a testatore in longius tempus producta sit, valeat jure fideicommissi, ut Azo sensit recte. Aliis aliud judicium est, quorum sententiam male ab iis instituti Pontifices etiam in jus suum retulerunt, *c. Rainutius, ext. de testam.*

At nullo jure eam subtitutionem post pubertatem valere hæc lex demonstrat satis, dum ait, *eam substitutionem verbis civilibus post.* 14. *annum ætatis*, id est, *post pubertatem filii*, *frustra fieri convenire*, id est, *constare inter omnes.* Constans hoc decretum omnium Jurisconsultorum. Nam substitutionem eam post pubertatem nullius momenti esse, articulus frustra demonstrat, quem familiare et amicum est Papiniano usurpare in re per omnia inutili et nulla, *l. fidejussor, de neg. gest. l. jure, l. qui tutelam*, §. *ult. de testam. tut. l.* 5. *de dot. coll.* et multis aliis locis. Frustra igitur, hoc est, neque in totum valere, neque in partem, ut mox subjicit in ead. lege, sed eo articulo etiam latius accepto, neque jure directo valere, neque jure fideicommissi. Cur non jure directo? quia non potest pater filio puberi hæredi instituto substituere verbis directis in secundum casum, id est, ut si hæres extiterit, et intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres, §. *ult. Instit. de pupill. substitut.* quia faceret testamentum hoc genere ei, qui sibi potest facere, cum sit pubes: ea enim substitutio testamentum est, quod jure patriæ potestatis pater facit filio, sed filio tamen nequeunti per ætatem de re sua testari, id est, filio impuberi, proinde ejus testamenti finis est pubertas, *l. ex facto* §. *item quæro, hoc tit.* sicut Carbonianæ bonorum possessionis, quæ etiam pupillo datur, finis est pubertas, *l.* 3. §. *puberi, de Carbon. edicto.* Ejus, inquam, testamenti finis est pubertas, quia filius pubertate adeptus est jus testandi, et nemo jure facit testamentum, aut jure dat hæredem alii, qui sibi hæredem facere potest.

Cur autem ea substitutio post pubertatem non valet jure fideicommissi? Quia pater noluit facere fideicommissum, id est, substitutionem precariam, quia verbis directis non precariis usus est: potuisset verbis precariis substituere filio puberi, et extraneo cuilibet hoc modo: *Hæres esto, rogo te, ut si intra* 25. *annum, vel quandocunque decesseris, hæreditatem Lucio Titio restituas:* rata est substitutio precaria, *l. cohæredi*, §. *cum filio, hoc tit.* Sed pater quod potuit non fecit, et quod non potuit fecit, ac proinde nihil egit. Nam et ita libertas data verbis directis, veluti, *liber esto,* servo alieno quæ jure data fuisset verbis fideicommissi, verbis precariis, neque jure directo valet, neque jure fideicommissi. Eadem ratione lex *si servus* §. *si servus, de legat.* 1. Quo argumento usus est recte in hanc sententiam Raphael Cumanus, licet in servo proprio aliud sit, *l. generaliter*, §. *si servo, de fideicomm. lib.* Ut vero magis atque magis demonstraret Papinianus, eam substitutionem directam frustra fieri post pubertatem filii, subjicit, substitutum quandoque neque ut substitutum admitti et asse, mortuo filio pubere, neque ut adjectum cohæredem ex parte: imo multo minus admitti, ut adjectum cohæredem, hac ratione, quia si ut adjectus cohæres admitteretur in partem hæreditatis, veniret etiam vivo filio contra voluntatem patris, qui filium interim dum viveret solidum habere, et hæredem ex asse esse voluit. Et cum substitutus non admittatur mortuo filio post pubertatem, tametsi ut substitutus habeat voluntatem patris, multo minus admittetur ut cohæres, quia ut cohæres non habet voluntatem patris. Dubitari tamen poterat, qui non admittitur in assem, an admitti possit in partem saltem? qui non ut substitutus, an ut adjectus? ut in *l. qui non militabat, in fine, l. Lucius, sup. tit. prox.* Nam in specie *leg. si paterfamilias, et l. seq. sup. tit. prox.* substitutus vocatur in partem tanquam adjectus, et olim quoque quod etiam alii notarunt ex Ulpiano *lib. regul. tit.*

22. hæres institutus his verbis: *Titius hæres esto, cernitoque in diebus centum proximis, et si non creveris, tunc Mævius hæres esto.* Ita institutus hæres non cernendo, sed pro hærede gerendo in partem admittebat substitutum, unde etiam queri poterat in specie hujus legis, an saltem in partem admittetur substitutus post pubertatem? Verum in hac specie adeo inutilis nullaque substitutio est post pubertatem, ut neque in totum, neque in partem substitutum admittat, et neque jure directo, neque jure fideicommissi, ut supra dixi, salva Falcidia hæredi legitimo, cujus rei etiam ex contrario manifestissimum argumentum præbet lex *centurio, hoc tit. et d. l. precibus.* Nam si privilegium militiæ facit, ut substitutio a milite facta verbis directis post pubertatem valeat jure fideicommissi, consequens est, ibi eam non valere jure fideicommissi, ubi nullum est privilegium, ubi jus commune servatur, ut in testamento pagani. Et hac sententia nihil est certius: una tantum est lex, quæ adversus eam objici potest, *l. Scevola* 76. *ad Senatusc. Trebell.* Cujus species hæc est: Pater filium impuberem testamento ex asse hæredem scripsit, et codicillis ei substituit in secundum casum, hoc modo, *si hæres erit, et intra pubertatem decesserit, tunc ei primus, secundus, et tertius hæredes sunto.* Plures substitutos dedit, quos etiam inter se invicem iisdem codicillis directo substituit in primum casum, id est, vulgari modo: deinde mortuo patre, et filius mortuus est intra pubertatem superstite matre, quæ se agit pro hærede filii ab intestato ex Senatusconsulto Tertull. quia substutio tam pupillaris quam vulgaris reciproca inutilis est, quoniam facta est codicillis, in quibus directo hæreditas dari non potest secundum reg. juris, sed testamento tantum, ergo subtili jure mater hæres est ab intestato, et substitutio omnis, quæ scripta est codicillis verbis directis, nullius momenti est. At benigna interpretatione placet, matrem legitimam hæredem filii, veluti ex causa fideicommissi substitutis obligari, ut deducta Falcidia, eis restituat filii hæreditatem, et consequenter placet substitutionem vulgarem, qua substituti pupillo invicem iisdem codicillis substituti sunt, jure fideicommissi sustineri, et porrigi ad fideicommissum hæreditatis filii quod a matre accipiunt, ut scilicet uno substitutorum mortuo, qui supersunt totum occupent: quæ est species et sententia legis. Et sic videmus in specie hujus legis, substitutionem pupillarem factam verbis directis, quæ jure directo valere non potest, propterea quod est scripta in codicillis, sustineri jure fideicommissi, cur non, inquies, et in specie hujus legis sustinetur jure fideicommissi? Reddenda est ratio differentiæ perspicuæ, quæ talis est, quoniam in specie hujus leg. 7. substitutio egreditur pupillarem ætatem, quoniam proponitur ita facta; *Quandocumque filius decesserit, vel si intra* 25. *annum decesserit:* substitutio hæc palam egreditur pupillarem ætatem, plane egreditur finem pupillaris substitut. In specie legis *Scævola*, non item, quoniam ita dixit, *si intra pubertatem decederet.* Ac præterea in specie hujus l. 7. filius proponitur decessisse post pubertatem, atque ita substitutio prorsus evanuisse et expirasse, in specie *l. Scævola*, proponitur filius decessisse intra pubertatem, et ne concidat omnino testamentum filii quod pater ei fecit, si moriatur intra pubertatem, testamentum ejus sive substitutio, quæ non potest valere ut testamentum pupillare jure directo valet ut codicillus pupillaris ab intestato, et propter pupillum: inter ipsos quoque pupilli substitutos valet substitutio reciproca, facta vulgari modo jure eodem. Quod si in specie *l. Scævola* pupillus decessisset post pubertatem sane omnis substitutio intercidisset, nec ullo jure consisteret, quia ut testamentum, ita codicillos nemo jure potest facere alii qui sibi ipsi potest facere, esset enim absurdum quem puberi, et sanæ mentis facere testamentum, vel codicillos, quod tamen contigeret, si mortuo filio post pubertatem diceres in specie *l. Scævola*, hoc detracto, quod mortuus est post pubertatem, testamentum, quod ei facit pater, valere ut codicillos.

Ad L. XV. de Vulg. et pup. subst.

Centurio filiis, si intra quintum et vigesimum annum ætatis sine liberis vita decesserint, directo substituit, intra quatuordecim annos etiam propria bona filio substitutus jure communi capiet: post eam autem ætatem ex privilegio militum, patris duntaxat cum fructibus inventis in hæreditate.

Quod Papinianus dixit in *l. verbis civilibus, sup.* quam exposui ante, substitutionem pupillarem filio impuberi factam a pagano verbis directis, si puberem ætatem egrediatur, post pubertatem, nec in partem, nec in totum valere, et ut adjecimus, nec jure directo, nec jure fideicommissi; id nunc idem Papinianus in hac lege ostendit in milite per omnia locum non habere. Nam si centurio filiis impuberibus, vel filio impuberi substituerit verbis directis in secundum casum, hoc modo, *si intra* 25. *annum sine liberis vita decesserit, mortuo filio intra pubertatem,* ait jure communi, quo omnes utuntur, et pagani, et milites, substitutum capere etiam bona filii propria, quibus verbis, significatur; substitutum admitti jure directo, quo quidem jure non tantum capit bona patris, id est, quæ filius accepit a patre sed etiam

bona filii propria, quæ ei postea obvenerint, *l. sed si plures*, §. *a substituto*, *sup. hoc tit.* Et hoc casu nulla est differentia inter paganum et militem, quum filius mortuus est intra pubertatem. At mortuo filio post pubertatem, magna existit differentia inter militem et paganum: nam si miles filio substituerit directo ultra pubertatem, ut in specie proposita, in secundum casum; post pubertatem mortuo filio, ait, substitutum ex privilegio militum, patris duntaxat bona capere cum fructibus inventis in hæreditate, non bona propria filio. Privilegium militum, quod jus singulare est, opponit juri communi, et his verbis, *patris duntaxat bona substitutum capere cum fructibus inventis in hæreditate*: plane significat, substitutum non admitti jure directo, sed fideicommissi jure. Nam si admittetur jure directo, caperet etiam bona filii propria. At fideicommisso sive substitutione precaria bona tantum patris tenentur, non bona filii propria. Quod manifestius apparet in filio exhæredato, qui nihil reliquit pater, a quo fideicommissum relictum nullius momenti est, quia in causam fideicommissi ejus, qui fideicommisso oneratur, bona propria non veniunt, quod et aperte idem Papinianus scribit in *l. cohæredi*, §. *quod si hæredem*, *hoc tit.* et quod ait, substitutum etiam capere fructus inventus in hæreditate patris, hanc rationem habet, quia fructus inventi in hæreditate patris, bonis paternis adnumerantur et fideicommisso continentur, id est, ii qui maturi erant tempore mortis patris, vel ab ipso patre percepti et in horrea repositi, *l.* 9. *ff. ad leg. Falc.* Nec in contrarium quidquam moveri debemus *l. in fideicommissaria et l. ita tamen*, §. 10. *et l. postulante* §. *ultim. inf. ad Trebell.* quæ omnes leges fideicommisso fructus contineri negant, quoniam omnes illæ ll. loquuntur de fructibus, qui immaturi erant tempore mortis patris, vel qui ab hærede sati et percepti sunt post mortem patris, antequam mora fieret fideicommisso. Ii non continentur fideicommisso, quia nunquam fuerunt in patris hæreditate, quæ fuit tempore mortis. Quod ergo ait Papinianus in hac lege, substitutum filio mortuo post pubertatem capere tantum bona patris cum fructibus inventis in hæreditate patris, hoc certissimum argumentum præstat, eam substitutionem post pubertatem non valere directo, licet facta sit directo, sed valere quasi fideicommissum: non valere ut directam, sed ut precariam substitutionem: non valere jure communi, quo sane post pubertatem nullo jure consisteret, ut docuimus in *d. l. verbis* sed ex privilegio militum sustineri jure fideicommissi. Et ita accipiendum est quod dicitur in *l.* 5. *et l. cum filiafamil. l. miles ita hæredem*, §. *extraneo*, *ff. de milit. testam.* et in *l. testamento*, *in fi. C. eod. tit.* militibus scilicet proprio privilegio præmioque: militiæ substituere licere etiam hæredibus extraneis in secundum casum, verum hoc jus exerceri in his duntaxat bonis, quæ a milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non etiam in his bonis, quæ hæres habuerit propria, vel postea adquisierit, nempe, quia ea voluntas militis jure tantum fideicommissi sustinetur, et in fideicommissum tantum cadunt bona testatoris, et hoc evidentius est expressum in *l. precibus*, *C. de impub. et aliis substitut.* quæ tota hoc loco nobis perspicue explicanda est.

Miles testamento filium impuberem hæredem instituit, quem habuit in potestate mortis tempore, eique directo substituit; videndum est, quem in casum ei directo substituerit, et duos, eadem lex, ut et *l. Lucius inf. hoc tit.* docet esse directarum substitutionum casus, qui et eventus dicuntur et causæ. Primum casum non adquisitæ hæreditatis, in quem fit vulgari substitutio, omnibus et ab omnibus testamenti factionem habentibus. Secundum vero casum adquisitæ hæreditatis, in quem fit substitutio pupillo tantum a parente, in cujus potestate est, quoad pubescat, et exemplo pupilli etiam puberi mente capto, quoad resipiscat. Vulgaris substitutio est testamentum, quo paterfamilias primo gradu hæredum destituto et vacante, sibi alium hæredem facit. Pupillaris est testamentum quod parens filio facit vel nepoti: quem habet in potestate nequeunti de re sua testari, propter pupillarem ætatem, vel propter insaniam. Itemque vulgaris substitutio finitur aditione hæreditatis primo loco graduque scripti, vel cretione, vel etiam ex constitutione D. Marci pro hærede gestione, ut Ulpianus refert *lib. reg. tit.* 22. Pupillaris autem, vel quæ ad imitationem ejus fit mente capto, finitur pubertate vel resipiscentia, et temporarium testamentum est, quod pater filio facit, et hæc de vulgari substitutione. Primum agitur in dict. *l. precibus*, si miles filio impuberi, quem habet in potestate substituerit in primum casum, ita ut, si hæres non existeret, Lucius Titius hæres esset, et filius hæres extiterit patri, ac deinde vita decesserit ante pubertatem, vel post pubertatem superstite matre, certi juris est, matrem filio ab intestato succedere ex Senatusconsulto Tertull. et substitutum omnino excludere, quia vulgaris substitutio exspiravit patris hæreditatem amplectente filio, ut *l.* 6. *Cod. de imp. et aliis substit. l.* 6. *C. de legat. l.* 15. *C. de fideicommiss.* Et constitutione divorum fratrum, quæ definit controversiam illam veteremque fuit inter Crassum et Mutium in causa Curiana, quæ scilicet definit in vulgari substitutione, quæ fit filio impuberi, inesse tacitam pupillarem, et in

hac vicissim illam, *l. 4. hoc tit. l. 4. C. eod. tit.* huic, inquam constitutioni locus non est, si filio impubere defuncto supersit mater: nam etsi exspiraverit vulgaris expressa, tamen non expiravit tacita pupillaris, cujus casus et conditio existit filio impubere defuncto: et tamen substituto venienti non ex expressa, sed ex tacita pupillari mater præfertur, ex sententia Papiniaui comprobata in *l. ult. C. de institut. et substitut.* Datum hoc est luctui et mœrori matris, ne quæ filium amisit, ex tacito quodam intellectu, tacitaque interpretatione, et bonorum filii damnum faceret. Et hoc est quod dicitur tacitam pupillarem non excludere matrem a beneficio Senatusconsulti Tertull. et ea contrario tamen tacita vulgaris, quæ inest expressæ pupillari excludit matrem, optima ratione, quia per vulgarem substitutionem, non filii, sed patris hæreditas defertur, cui uxor legitima hæres non est, et ita Accursius recte in *d. l. ultim.* Hæc de vulgari substitutione.

Quid autem dicemus si filio impuberi, quem habet in potestate, miles directo substituerit ultra pubertatem in secundum casum? *L. precibus*, censet non esse distinguendum ei in secundum casum substituerit usque ad certam ætatem, veluti, *si intra 25. annum vita decesserit*, an vero substituerit compendio, id est, compendio orationis, non expressa certa ætate, puta hoc modo: *quandocunque decesserit filius meus, L. Titius hæres esto*: nam sive hoc, sive illo modo substituerit, mortuo filio intra pubertatem superstite matre, ex eadem lege dicemus, substitutum, si velit adire filii hæreditatem ex testamento, ex substitutione pupillari, præferri matri, quæ jure legitimo ab intestato contendit, se fili hæredem esse, quia legitima successio cedit testamentariæ, *l. quandiu, inf. de adquir. hæred.* At filio mortuo post pubertatem superstite matre, quia substitutio pupillaris post pubertatem jure directo non valet, mater ab intestato ipso jure filio succedit, sed ex privilegio militum veluti ex causa fideicommissi mater substituto hæreditatem sive bona patris duntaxat restituere tenetur, etiam non deducta Falcidia, quia lex Falcidia in testamentis militum locum non habet, veluti ex causa fideicommissi: hæc sunt verba legis *precibus*, quæ non similitudinem faciunt, sed approbationem et confirmationem hujus sententiæ, ut substitutio, quæ in secundum casum a milite filiofamil. verbis directis facta est in longius tempus, id est ultra pubertatem, ultra suum finem ex privilegio militum valeat jure fideicommissi: in bonis igitur patris duntaxat, quæ filius testamento patris consequutus est. Bona enim quæ post mortem patris sibi proprie adquisivit, mater retinet ab intestato, nec restituit: si post pubertatem ex privilegio militum substitutio valeret jure directo, nihil retineret mater, alioquin fieret injuria filio, in cujus arbitrio est, postquam egressus est decimumquartum annum de re sua testari, vel non testari, videlicet si testamentum ei pater veluti privilegio quodam militis faceret, et præriperet ei libertatem testandi. At privilegia militum non oportet porrigi ad alienam injuriam, *l. impuberi, sup. de administrat. tutor.* In hac igitur quæstione hic terminus hæreat, substitutionem in secundum casum verbis directis filio impuberi agenti in potestate a patre pagano, vel milite factam ultra puberem ætatem expressa certa ætate, vel in infinitum, compendio orationis, filio mortuo intra pubertatem valere jure directo, et substitutum occupare omnia bona propria et paterna. Filio autem mortuo post pubertatem, a pagano factam substitutionem nullo jure consistere; substitutum nihil ferre, a milite factam, jure fideicommissi sustineri. Et ideo substitutum ferre bona paterna, sed hæc sola, non etiam bona filii propria: communis interpretum definitio hæc est. Eam substitutionem post pubertatem, si facta sit a pagano, valere jure fideicommissi: si a milite, valere jure directo: qua sententia nihil est ineptius, et tamen ut dicebam nudiustertius, Pontifices eam in jus suum retulerunt, sed eorum non est magis verum atque hoc Papiniani responsum quod proponitur in *l. verbis civilibus, et in hac leg. centurio.* Et liquet etiam aliam pene similem, sed in contraria specie differentiam esse inter paganum et militem ex *l. Antoninus, ff. de fideicommissar. libert. l. neque §. ult. et seq. inf. de milit. testam.* Primum in hac specie contra rationem fit ex privilegio militum, ut quod fideicommissum non valet, jure fideicommissi, sustineatur jure directo, in pagano nullo jure: species hæc est: miles hæredem instituit, eique substituit in primum casum, vulgari modo, et tam ab hærede instituto quam a substituto, servo libertatem et hæreditatem dedit per fideicommissum. Post, hæres institutus et substitutus uterque subita morte perierunt, antequam adirent hæreditatem: ergo ipso jure nihil ex iis, quæ testamento scripta sunt, valet, et libertas igitur corruit fideicommissaria, et hæreditas cum libertate data per fideicommissum. Sed tamen ex privilegio militum decrevit Anton. libertatem et fideicommissariam hæreditatem tuendam esse, ac si fideicommisso data esset: nec tamen idem dici possit in pagano, quod ad hæreditatem fideicommissariam attinet, quia intercessisse intelligitur non adita hæreditate ab instituto, vel substituto, sed tamen etiam in testamento pagani Antoninus confirmavit libertatem tantum, quæ est species *d. l. Antoninus*.

Ad Legem XXIII. de Vulgari et pupil. substitut.

Qui plures hæredes instituit, ita scripsit : eosque omnes invicem substituo : post aditam a quibusdam ex his hæreditatem, uno eorum defuncto si conditio substitutionis extitit, alio hærede partem suam repudiante, ad superstites tota portio pertinebit : quoniam invicem in omnem causam singuli substituti videbuntur. Ubi enim quis hæredes instituit, et ita scribit, eosque invicem substituo; hi substituti videbuntur, qui hæredes extiterunt.

In hac lege proponitur species hujusmodi : Quatuor extranei hæredes instituti sunt, primus, secundus, tertius et quartus. Idemque invicem substituti sunt his verbis, *eosque omnes invicem substituo*, quæ est substitutio vulgaris, mutua et reciproca, ut ait, *l. 4. hoc tit.* Primus, secundus et tertius hæreditatem adierunt, et post aditam hæreditatem tertius vita decessit, et portionem suam transmisit ad hæredem suum : deinde quartus portionem suam repudiavit post mortem tertii. Quæritur, quarti portio an ex substitutione reciproca non tantum pertineat ad primum et secundum hæredes superstites, sed etiam ad hæredem tertii vita defuncti. Et respondet Papinianus, ad solos hæredes superstites pertinere pro rata partium, ex quibus instituti sunt, ad primum scilicet et secundum, qui directo et principaliter testatori hæredes extiterunt, non etiam ad hæredem tertii, qui non principaliter, sed per successionem testatori hæres extitit. Et responsi sui hanc rationem reddit Papinianus, quoniam invicem in omnem causam singuli substituti intelliguntur: non dicit singulos esse substitutos invicem, et in utramque causam, id est, et in primum, et in secundum casum, quia secundus casus, sive substitutio pupillaris non cadit in extraneum, sed hoc dicit : singulos videri substitutos in universam sive totam causam substitutionis vulgaris sine ulla diminutione, vel rescissione, vel concursu alterius, quam ejus, qui directo ex testamento testatori hæres extitit, quia, ut subjicit : *Ii tantum substituti videntur, qui hæredes extiterunt;* directo scilicet et principaliter, id est : qui in testamento hæredes scripti sunt et portiones suas adquisierunt, *l. cohæredi §. 1. inf. hoc tit.* non etiam hæredes hæredum. Hæres hæredis non est directo sive principaliter hæres testatoris, *l. ult. ff. de legat. 3.* non est proximus hæres, *l. sciendum, de verbor. significat.* non est hæres ex testamento, vel ex judicio testatoris, *l. 8. §. ult. hoc tit.* Ergo ii solum vocantur ex substitutione vulgari reciproca recurrente et commeante, qui testatori ex testamento principales et proximi hæredes extiterunt. Spes substitutionis non transmittitur ad hæredem, *l. quoties, ff. de adquir. hæred. l. si ex pluribus, ff. de suis et leg.* Ratio sumenda est ex veteri regula, quia hæreditas vel hæreditatis portio non adquisita ex institutione vel ex substitutione ad hæredem non transfertur, ne scilicet plus juris transferatur in hæredem, quam defunctus habuerit, et ita hoc Papiniani responsum cum ceteris fere omnibus interpretibus libenter accipio, qui tamen rationem Papiniani ne attingunt quidem, in qua tota vis consistit legis sive responsi. Et libenter ita accipio hoc responsum, quod videam et omnes idem, in eadem specie respondisse Paulum in *l. Lucius, §. ultim. hoc tit.* Quidam Germani aliter hoc responsum accipiunt, nempe ut dicant, uno ex pluribus hæredibus institutis et invicem substitutis defuncto, priusquam adiret hæreditatem, eos solos in portionem ejus venire, qui adierunt, non etiam eum, qui repudiavit, specie posita hoc modo. Qui primum, secundum, tertium, quartum hæredes instituit, ita scripsit: *eosque omnes invicem substituo :* primus et secundus adierunt hæreditatem, tertius mortem obiit priusquam adiret hæreditatem, atque ita conditio substitutionis vulgaris extitit: quartus autem repudiavit partem suam, atque ita etiam in partem quarti conditio substitutionis vulgaris extitit : de quarti parte qui repudiavit, quid fiet? dicunt non quæri in hac lege, sed de parte tertii mortui ante aditam hæreditatem, utrum scilicet tota pertineat ad cohæredes, primum et secundum puta, qui adierunt, an etiam ad quartum qui repudiavit. Et Papinianum dicunt respondere, nihil ex portione tertii ad quartum pertinere, qui repudiavit, sed ad primum tantum et secundum, qui adierunt, totam portionem tertii pertinere pro rata, et quo magis verborum dispositio congruat huic sensui quem adstruunt, mutant interpunctionem, et verissimum quidem id esset responsum. Sed non ita in hac lege ponendam esse speciem liquet ex eo, quod Papinianus ait, unum ex iis, qui adierunt defunctum, illi perperam defunctum ante aditam hæreditatem. Et quod superstites hæredes Papinianus opponit defuncto hæredi, nimirum quia controversia fuit inter hæredes defuncti et superstites hæredes testatoris : illi perperam superstites opponunt superstiti, id est, ei qui repudiavit, de cujus etiam parte non fuit cur minus quæreret Papin. quam de parte mortui ante aditionem, neque vero, si ea fuisset species, etiam de ea omisisset quærere. Itaque permaneamus in superiori interpretione.

Ad L. XLI. Eod.

Cohæredi substitutus, priusquam hæreditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret, vita decessit : ad substitutum ejus, sive ante substitutionem, sive postea substitutus sit, utraque portio pertinebit : nec interierit, prior substitutus post institutum, an ante decedat.

Species primi responsi hæc est : Qui primum et secundum hæredes scripsit, ita eis substituit in primum casum, vulgari modo : *si primus hæres non erit, secundus in partem locumque ejus hæres esto, si secundus hæres non erit, L. Titius hæres esto.* Secundus vita decessit, antequam hæreditatem adiret, et antequam conditio substitutionis existeret, id est, antequam primus repudiaret hæreditatem, vel moreretur ante aditam hæreditatem. Deinde primus repudiavit, vel vita excessit, non adita hæreditate. Papinianus ait, ad L. Titium, qui secundo substitutus est, pertinere non tantum portionem secundi, sed etiam portionem primi, cui secundus substitutus fuit, quasi substitutus primo et secundo substitutus esse intelligatur, et hoc est quod dicitur, vulgo, *substitutum substituto, esse instituto substitutum*, ut *l. si Titius, sup. hoc tit.* Quod et in *Inst. tit. de vulg. substit.* dicuntur Severus et Anton. rescripsisse sine distinctione: quid sit sine distinctione Papinianus declarat in hoc responso. Nempe, quia nihil interest L. Titius substitutus sit secundo, antequam secundus substitueretur primo : an post substitutionem secundi factam primo. Item, quia nihil interest, secundus post primum moriatur an ante primum. Videbatur Luc. Titius non esse substitutus in utramque partem, nisi quum erat substitutus ultimo loco post substitutionem secundi, ut proposui exemplum ; sed idem est, si fuerit substitutus primo loco ante substitutionem secundi hoc modo: *Primus et secundus hæredes sunto ; si secundus hæres non erit, L. Titius hæres esto; si primus hæres non erit, secundus hæres esto.* Et rursus videbatur L. Titius non admitti in utramque partem, in secundi partem, nisi secundo moriente vel repudiante post primum, id est, post delatam secundo portionem primi. Sed idem est, si secundus moriatur ante aditam hæreditatem, vel repudiet ante primum. Et in summa : Non spectato ordine scripturæ vel ordine successionis deficiente primo et secundo L. Titius jure substitutionis utriusque partem capiet. Et hæc in vulgari substitutione, per quam hæres testatori constituitur: nam in pupillari substitutione, per quam hæres constituitur pupillo non testatori, ordinem successionis spectari, et distinctionem adhiberi pro ratione successionis ostendit, *l. qui habebat, hoc tit.* cujus species necessario explicanda est. Pater, qui habebat filium et filiam impuberes, filium hæredem instituit, filiam exhæredavit : filio in secundum casum substituit filiam, ita ut si intra pubertatem decederet, filia ei hæres esset, filiæ autem exhæredatæ (certum est exhæredatæ, vel exhæredato fieri posse substitutionem pupillarem, fieri posse testamentum usque ad pubertatem, *l. sed si plures, §. ad subst. hoc tit.*) filiæ igitur exhæredatæ, si in intra pubertatem, vel ut ait Scævola, *d. l. qui habebat*, si antequam nuberet, id est, antequam nubilis esset, decederet, substituit uxorem et sororem suam : ea verba, *antequam nuberet*, sic necessario accipienda sunt, ante quam nubilis esset, quia substitutio pupillaris non potest egredi nubilem ætatem. In aliis causis facile patiar his verbis significari diem nuptiarum, non nubilem ætatem, tametsi id quoque olim fuerit controversum inter juris auctores, sed controversiam definivit Justinianus in *l. sancimus, C. de nuptiis* : in causa substitutionis pupillaris natura et conditio ejus exigit, ut accipiantur ea verba de ætate, non de die nuptiarum : ergo et filio instituto in secundum casum substituit filiam, et filiæ exhæredatæ in eundem casum substituit uxorem et sororem suam. Quid deinde contigit post mortem testatoris? filia prior decessit impubes, sic recte habent Florentini, non pubes deinde post filiam filius etiam decessit impubes : quæritur, an ut filiæ, sic etiam filii hæreditas pertineat ad uxorem et sororem testatoris, quia filiæ tantum substitutæ sunt? Et respondet Scævola : non pertinere, non reddita ratione, ut solet. Substitutus igitur substitutæ filiæ non intelligitur esse substitutus filio, et hoc ideo, quia filiæ nunquam fuit delata filii hæreditas : cum ipsa prior decesserit, alioquin si prior filius decessisset et filia ei hæres extitisset ex substitutione pupillari, proculdubio postea etiam mortua filia impubere utriusque hæreditas pertineret ad sororem et uxorem testatoris. Itaque qui ordo successionis non servatur in substitutione vulgari, spectatur in pupillari. Et ratio differentiæ hæc est, quia in specie leg. *qui habebat*, omnino deficit, vel extincta est substitutio pupillaris, quæ filio facta est moriente substituta ante filium, et ideo filiæ hæreditas, non jam pertinet ad substitutam, quæ nulla est, sed ex Senatusconsulto Tertylliano ab intestato redit ad matrem solam, id est, uxorem testatoris : filiæ autem hæreditas, quæ prior decessit pertinet ad utramque, uxorem et sororem testatoris jure substitutionis. Res est perspicua.

In specie autem hujus legis, non omnino deficit substitutio vulgaris facta primo, moriente secundo ante primum, quia si postea moriatur, etiam

primus non adita hæreditate jure substitutionis L. Titius utramque partem occupat, quoniam pars secundi primo cohæredi suo etiam invito adcrevit, *l. si quis hæres*, *ff. de adq. hæred.* nec ante L. Titius ad utriusque partem admittitur, quam vacaverit pars utriusque. Et in hoc Papiniani responso illo loco: *priusquam hæreditatem adiret, aut conditio substitutionis existeret*, illud *aut* subdisjunctionem, id est, falsam et mendacem disjunctionem facit, ut solent plurimum loqui nostri auctores, alioquin mortuo secundo post aditam hæreditatem, antequam primus repudiaret, deinde repudiante primo, videretur ad L. Titium pertinere secundi portio, quod est falsum, quia in persona secundi aditione expiravit substitutio vulgaris, et consequenter primi etiam portio eo casu ad L. Titium non pertinet, quia utriusque pars non vacat.

Ad §. *ex His verbis.*

Ex his verbis : eosque invicem substituo, *non adeuntis portio scriptis hæredibus pro modo sibi, vel alii quæsitæ portionis defertur.*

Hoc loco docet Papinianus, quod docuit etiam supra in *l. qui plures hæredes*, ex substitutione vulgari reciproca non adeuntis, sive repudiantis portionem, deferri scriptis tantum hæredibus pro rata partium, ex quibus hæredes scripti sunt, qui et portiones suas adierint, vel adquisierint sibi, vel alii, puta, patri vel domino, in cujus potestate permanserunt : nam si servus vel filius exierint potestate patris vel domini, post unus cohæredum hæreditatem repudiarit, portio ejus jure substitutionis non pertinebit ad patrem vel dominum, quamvis ei filius vel servus suam portionem adquisierit, sed pertinebit ad filium emancipatum vel servum manumissum, quia aliter quam in contractibus, in quibus tempus duntaxat contractus spectatur, in testamentis non tantum testamenti tempus spectatur, sed etiam tempus delatæ hæreditatis vel legati, *l. quæ legata*, *de reg. jur. l. l. si solus*, §. *ultim. in fin. de adquir. hæred.* Igitur in specie proposita spectatur tempus, quo defertur portio hæreditatis, portio hæredis non adeuntis, ut si eo tempore filius vel servus fuerit in potestatis patris, ea portio per filium aut servum patri aut domino adquiritur, si non fuerit in ejus potestate, si emancipatus ante fuerit, aut servus manumissus, ut sibi adquiratur. Et quod in hac substitutione, quæ vice mutua fit inter cohæredes vulgari modo obtinere dicimus, idem per omnia servatur in substitutione pupillari hoc modo concepta : *quisquis mihi hæres erit*, *idem filio meo impuberi hæres esto.* Nam ex hac substitutione neque vocatur pater, qui per filium, neque dominus, qui per servum hæres extitit, videlicet si filius vel servus eo tempore, quo conditio substitutionis existit, id est, quo moritur impubes, exierit potestate patris vel domini, ut Azo recte notavit ad *l.* 8. §. *ultim. hoc tit. et l.* 3. *hoc tit.* Nam filio vel servo manente in potestate patris vel domini, si conditio substitutionis pupillaris existat, patri vel domino certum est per filium vel servum adquiri hæreditatem pupillarem. Illud etiam certum est, neque ex hac substitutione pupillari admitti hæredem hæredis, *d. l.* 8. §. *ultim. et l.* 10. *in princ. hoc tit.* neque ex illa substitutione vulgari, qua cohæredes invicem substituuntur, ut docuimus in *d. l. qui plures . supra :* quæ ut hic §. est etiam de substitutione vulgari reciproca. Ceterum in illa *l. qui plures*, hæredes superstites opponuntur hæredi cohæredis mortui post aditam hæreditatem. In hoc autem §. velim hæredes scriptos et superstites opponi fisco, ut scilicet dicat, substitutos invicem cohæredes præferri fisco : maxime, cum et ob id potissimum fiat substitutio reciproca, ne portio non adeuntis fiat caduca, *l. un.* §. 1. *C. de cad. toll. l.* 1. *C. de iis, qui ante apert. tab. l. miles*, §. *ultim. ff. de legat.* 2. *l.* 5. *hoc tit.*

Ad §. *Cum filiæ.*

Cum filiæ, vel nepoti qui locum filii tenuit, aut post testamentum cœpit tenere, parens substituit : si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris fit irrita.

Multæ sunt et olim fuerunt ante Justinianum differentiæ inter filium et filiam, ceterosque liberos. Filii præteritio nullum faciebat testamentum: filiæ vel nepotis præteritio, non idem, §. 1. *Instit. de exhær. liber. l. ult. C. de liber. præter.* Filius exhæredandus erat nominatim: filia, nepos et ceteri liberi exhæredari poterant inter ceteros hoc sermone: *ceteri exhæredes sunto*, *d.* §. Item filius non potuit institui sub omni conditione, non sub casuali, sed potestativa tantum, quæ in ejus potestate esset : filia, nepos et ceteri sub omni conditione institui poterant, quam differentiam etiam hodie valere verum est, *l.* 4. *l.* 6. §. *sup. tit. prox.* Sicut et illam differentiam manere constat, aut noviter introductam esse a Justiniano, ut filius vel filia, rogatus rogatave hæreditatem restituere, aut oneratus oneratave legatis aut fideicommissis non imputet in Falcidiam fructus medio tempore perceptos, quos tamen nepos imputat, et ut filio quoque vel filiæ remittatur cautio fideicommissi, vel onus remittendæ cautionis fideicommissi, quæ tamen non remittitur nepoti, *l. ju-*

bemus; *C. ad Senatuscon. Trebell.* Item filius trina emancipatione, et trina manumissione exibat potestate patris; filia, nepos et ceteri una manumissione et una emancipatione, *l. 8. §. ult. sup. de inju. rupt. test.* Hæc sunt vel fuerunt discrimina, hæ differentiæ inter filium et filiam et nepotem ceterosque liberos. At in causa pupillaris substitutionis in hoc §. hoc loco *cum filiæ*, *vel nepoti*, voluit ostendere Papinianus nullam esse differentiam inter filium et filiam vel nepotem ceterosque liberos, eam substitutionem fieri posse quibuscunque liberis, qui modo sint in potestate testatoris, filio et filiæ et nepoti non recasuro in potestatem patris, *l. 2. sup. hoc tit.* Et in omnibus his liberis, quibus fit substitutio pupillaris, exigi, ut utroque tempore sint in potestate testatoris, tempore testamenti, et tempore mortis testatoris: nam, ut patrisfamil. testamentum irritum fit capitis diminutione, ita et filiifamil. vel nepotis, qui est in potestate avi, nec morte avi est recasurus in potestatem patris sui. Id, inquam testamentum, id est, substitutio pupillaris, irrita fit capitis diminutione filii vel filiæ, vel ejus nepotis, veluti emancipatione vel adrogatione, *l. nec ei*, §. 1. *de adopt. l. pater*, *ff. de cap. et postl.* Et integram orationem Papiniani hanc fuisse opinor. Non solum cum filio, sed etiam cum filiæ vel nepoti et ceteris qui sequuntur in hoc §. non solum cum filio, inquit, sed et quum filiæ vel nepoti, *qui locum filii tenuit*, puta, filio mortuo jam ante testamentum avi, vel post testamentum, inquit, *tenere cœpit*, puta, in locum filii vivo avo, mortui post avi testamentum succedente nepote ex *l. Vellej.* Denique quum nepoti non recasuro in potestatem fili patris sui, cum, inquam, filiæ, vel tali nepoti parens substituit in secundum casum, si quis ex his omnibus, et testamenti et mortis quoque tempore non fuerit filius, vel filia, vel nepos, vel si alii datus datave fuerit in adoptionem, substitutio pupillaris irrita fit, nulla facta differentia inter liberos.

Ad §. quod si Hæredem.

Quod si hæredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hæreditatem suam restituere; legitimum hæredem filii, salva falcidia cogendumpatris hæreditatem ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato, restituere placuit. Nec aliud servandum, cum substitutionis conditio puberem ætatem verbis precariis egreditur. Quæ ita locum habebunt, si patris testamentum jure valuit: alioqui si non valuit, ea scriptura quam testamentum esse voluit Codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. Nec fideicommisso propriæ facultates filii tenebuntur. Et ideo si pater filium exhæredaverit, et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit. Alioquin si legata vel fideicommissa filius acceperit, intra modum eorum, fideicommissum hæreditatis, a filio datum, citra Falcidiæ rationem debebitur.

Non potest hic §. coaptari superiori §. ullo modo, et tamen ut quibusdam verbis quæ præcesserunt, coaptetur hic articulus, quod necessario exigit, ac sane hic est coaptandus *l. verbis civilibus hoc tit.* Quasi scilicet ita Papinian. scripserit uno tenore, ut integram ejus sententiam exponamus paucis adjectis sive interjectis, quæ etiam ipsum Papinianum interjecisse credimus, quibus verbis ea lex huic §. coagmentetur: hæc sunt verba legis, *verbis civilibus substitutionem post. 14. annum ætatis frustra fieri convenit*: quibus verbis significat, puberi parentem frustra directo substituere in secundum casum: et sequentibus in *d. l. verbis*, *Sed qui non admittitur ut substitutus*, *ut adjectus hæres quando non erit*: nec in partem hæreditatis substitutum admitti: post quæ verba Papinianum credibile est adjecisse, quod etiam adjicitur in §. *ult. Instit. de pupill. subst.* hoc tamen esse parenti permissum, ut non tantum impuberem, sed etiam puberem filium, et non tantum suum, sed etiam emancipatum per fideicommissum roget non directo si impubes, vel si pubes diem suum obierit, Titio hæreditatem suam restituere, quo præmisso recte infert in hoc §. *quod si hæredem filium pater rogaverit*, etc. hoc sensu, ut si filius hæres institutus a patre rogatus sit, si impubes vita decederet, hæreditatem Titio restituere, quo genere a filio impubere post mortem ejus Titio fideicommissum relinquitur, id est, fideicommissaria hæreditas, sic enim accipienda sunt hæc verba hujus §. *ut ab impubere fideicommisso post mortem ejus dato*, *etc.* id est, fideicommisso hæreditatis paternæ, non de fideicommisso rei cujusdam certæ, ut Glossa voluit, et alii plerique. Si igitur a filio hærede instituto post mortem ejus, si impubes moreretur, fideicommissum hæreditatis paternæ Titio relinquatur, mortuo filio impubere, ad fideicommissi restitutionem obligari legitimum hæredem filii, et debere patris hæreditatem Titio restituere retenta Falcidia. Idemque servari ostendit, si fideicommissum illud, sive substitutio illa precaria egrediatur puberem ætatem: ut si filius quandocunque decesserit, vel si intra 15. annum decesserit, rogetur hæreditatem Titio restituere. Nam et hoc casu fideicommissum hæreditatis a filio relinquitur post mortem ejus, et ideo filii puberis hæres legitimus vel testamentarius, quoniam pubes potuit sibi facere testamentum, salva Falci-

dia cogitur Titio restituere patris hæreditatem, quasi relicto fideicommisso ab hærede hæredis, id est, post mortem hæredis, quod fit recte. Et hæc ita se habent, ut hoc §. docet Papinianus. *Si jure factum fit testamentum*: nam si jure non sit factum, id est si in eo defuerint solemnia joris, nihil ex iis, quæ testamento scripta sunt, valet. Nec ergo valet illa substitutio precaria, nec ex ea Titio debetur fideicommissum hæreditatis, quia nec jure codicillorum testamentum sustineri aut tueri potest, *l. ex ea scriptura, in princ. ff. qui test. fac. poss. l. 1. ff. de codicill. l. fideicommiss.* §. 1. *de leg.* 1. Denique testamentum quod non valet ut testamentum jure directo, nec valet ut codicillus jure fideicommissi nisi hoc sit expressum, id est nisi in testamento sit adjecta clausula codicillaris, veluti hoc modo: *hoc meum testamentum omni jure valere volo*, ut in *d. l. ex ea scriptura* §. 1. *omni jure*, id est, directo et precario: *omni jure*, id est, ut vel testati vel ut intestati voluntatem jure codicillorum. Nam et codicilli ab intestato fieri possunt, vel etiam hoc modo: *hoc meum testamentum etiam vice codicillorum valere volo*, ut in *l. 3. ff. de milit. testam.* vel etiam ut in *l. Lucius*, §. *ult. de legat.* 2. vel etiam ut in *l. cum pater*, §. *filius matrem*, *eod. tit.* Non adjecta clausula codicillari testamentum nullo jure consistit, nec quæ in eo sunt scripta verbis fideicommissi ullo jure consistunt. Addit tamen Accursius unam exceptionem scribens, etiam non adjecta clausula codicillari, hujusmodi testamentum, si factum sit inter liberos, si non jure factum sit, et solemniter servari vice codicillorum, ex *l. ult. C. famil. ercisc.* Quod ita debet intelligi: si de commodis ipsorum liberorum agatur: puta, si illo testamento pater inter eos bona sua distribuerit, quia licet jure factum non sit testamentum, quasi jure reciproci fideicommissi conservantur ei portiones vel bona, quæ eis testamento pater adscripsit; non etiam, quæ exteris legavit, nisi aliud suadeat voluntas testatoris probabilis, *l. in testamento*, *ff. de fideicommiss. liber.* Et postremo additur in hoc §. fideicommissum illud hæreditatis, quod a filio relictum est Titio, continere tantum bona patris, non bona filii propria, quod exposui in *l. Centurio.* In fideicommissum cadunt ea tantum bona quæ a testatore ad hæredem pervenerunt, non bona hæredis propria: hoc est alienum a natura et jure fideicommissi: alioquin et ab exhæredato filio, cui nihil pater reliquit, fideicommissum hæreditatis relictum valeret in bonis scilicet filii. Quod tamen est absurdum, quia neque ab exhæredato, neque a substituto ejus, si ei substituerit pater in secundum casum, quicquam relinqui potest, nisi hæredem institutum ei substituerit, ut *l. in ratione*, §. *ult. ff. ad leg. Falcid.* At si quid exhæredato filio pater reliquit titulo legati vel fideicommissi, pro modo ejus, quod reliquit, fideicommisso hæreditatis obligari potest integro præstando, non retenta Falcidia. Citra Falcidiæ rationem, id est, ut non retenta Falcidia, quia soli hæredes habent retentionem Falcidiæ, non legatarii vel fideicommissarii, *l. lex Falcidia si intervenerit*, §. *ult. inf. ad l. Falcid.* fideicommissum hæreditatis ab exhæredato filio, cui aliquod legatum est relictum, id vocat, si rogetur filius, cui legatum relictum est, ut Titium sibi hæredem faciat, vel ut Titio bona sua relinquat, restituat, præstet, cui fideicommisso obligatur eatenus, quatenus patitur modus legati, *l. ex pacto*, §. *non tantum*, *ad Senatusc. Trebell.*

Ad §. qui Discretas.

Qui discretas portiones conjunctis pluribus separatim dedit, ac post omnem institutionis ordinem ita scripsit: quos hæredes meos invicem substituo: conjunctos primo loco vice mutua substituere videtur: quibus institutionum partes non agnoscentibus, ceteros omnes coheredes admitti.

Species hæc est §. *qui discretas.* Quidam hæredes instituit numero sex, hoc modo, *primus*, *secundus et tertius ex semisse hæredes sunto*, *quartus et quintus et sextus*, *ex altero semisse hæredes sunto*, et post institutionem hæredum ita scripsit: *quos hæredes meos invicem instituo*, *si quis eorum hæres non erit.* In hac specie omnes hæredes simul omnibus invicem substituti non videntur, ut in specie, *l. qui plures hæredes*, *et l. Lucius*, §. *ult. hoc tit.* Ideoque primo repudiante, vel moriente ante aditam hæreditatem, portio ejus non defertur omnibus, qui adierunt, puta, secundo, tertio, quarto, quinto et sexto, sed secundo et tertio tantum, qui separatim instituti, et primo conjuncti sunt. At secundo etiam ipso et tertio partes suas repudiantibus, tunc quartus, quintus et sextus ad illorum partes admittuntur; ac similiter repudiante quarto, quintus et sextus, qui ei conjuncti sunt in institutione vocantur: et his omnibus repudiantibus quarto, quinto et sexto, primus, secundus et tertius vocantur. Denique duo facti videntur gradus substitutionis reciprocæ, in primum sive vulgarem casum: ac primum invicem substituti, qui sunt primo loco conjuncti, primus, secundus, tertius: deinde ceteri cohæredes conjuncti, unius personæ potestate funguntur, *l. plane in princ. ff. de legat.* 1. Et confirmat valde hoc responsum Papiniani *l. 1.* §. *si quis ex*

nepotibus, *ff. de conjung. cum emancip. liber.* quam Accursius adducit hoc loco, ex edicto novo bonorum possessionis contra tabulas, vel unde liberi, filio emancipato conjunguntur nepotes ex eo retenti in potestate avi: at uno ex nepotibus repudiante, portio ejus adcrescit alteri nepoti, quasi conjuncto, non filio patri eorum, at utroque nepote repudiante, accrescit filio. Eadem est ratio juris accrescendi et substitutionis. Quamobrem exemplo juris accrescendi recte notat Antonius Goveanus primo, secundo et tertio, conjunctis in institutione nulla adscripta parte, ut si dixerit: *primus*, *secundus et tertius*: quarto autem quinto, et sexto, conjunctim hæredibus institutis ex parte certa, veluti ex semisse, primo repudiante ceteros omnes cohæredes admitti jure substitutionis reciprocæ: quia scilicet primus, secundus et tertius non intelliguntur esse conjuncti, cum in certam partem non sint conjuncti; non sunt conjuncti re, qui sine re scribuntur, et inanis per se sola verborum conjunctio est, *l. item quod*, §. 1. *sup. tit. prox.* Qua de causa caute Papinianus posuit hoc loco discretas portiones separatim conjunctis pluribus datas, et in §. *seq.* cujus species hujus proxima est, patrem et filium pro parte conjunctim hæredes institutos. Nam ut ad ejus §. sequentis interpretationem accedam, et in specie hujus §.

Ad §. *qui Patrem.*

Qui patrem et filium pro parte hæredes instituerat, et invicem substituerat: reliquis coheheredibus datis post completum assem ita scripsit, hos omnes invicem substituo. Voluntatis fit quæstio, commemoratione omnium patrem et filium substitutioni coheredem miscuisset, an eam scripturam ad ceteros omnes transtulisset. Quod magis verisimile videtur propter specialem inter patrem et filium substitutionem.

Proponuntur pater et filius qui scilicet emancipatus erat pro parte hæredes instituti conjunctim: tota species hæc est: *Marcus pater, et Marcus filius ex quadrante mihi hæredes sunto, quos invicem substituo. Titius ex sextante hæres esto, Cajus ex quadrante hæres esto, Mævius ex triente hæres esto.* Atque ita distributo et completo asse toto subjecit: *hos omnes invicem substituo.* Repudiante patre portionem suam, quæritur, *an ad portionem ejus non tantum filius, qui ei conjunctus est in institutione, sed et ceteri coheredes admittantur?* Si dixisset, *hos hæredes meos invicem substituo*, ut in superiori §. ad portionem vacantem solus filius, quasi conjunctus admitteretur, sed quia dixit: *hos omnes invicem substituo*, ea vox peremptoria, *omnes*, ut Valentinianus ait in *Novell. de præscript. 50. annorum* facit ut videantur omnes omnibus invicem substituti, ut et in *l. Lucius* §. *ult. hoc tit.* Et appellatione omnium comprehendi etiam patrem et filium. Quod tamen Papinianus ait, non esse verisimile, propterea quod inter patrem et filium specialem substitutionem reciprocam testator facit, ut sequenti substitutione hisce comprehensa verbis, *hos omnes invicem substituo*, plane non videatur patrem et filium comprehendisse, sed reliquos cohæredes tantum, Titium, Cajum, Mævium. At repudiante patre et filio in partem eorum recte dicam ceteros omnes admitti, non jure substitutionis, quoniam patri et filio vice mutua substituti non sunt, sed jure accrescendi: Titio autem repudiante Cajum et Mævium admitti jure substitutionis reciprocæ in portionem Titii, non etiam patrem et filium quia separatæ substitutiones sunt, una specialis patris et filii, altera generalis omnium, sed omnium reliquorum hæredum eis patre et filio nequaquam admissis. Specialis substitutio derogat generali. Quod si specialis substitutio inter patrem et filium facta non fuisset, sane appellatione omnium etiam pater et filius contineretur, nec ut conjuncti separatim inducerent jus substitutionis, sed deficiente uno, ad portionem ejus venirent ceteri omnes, et ita est explicandus hic §. Nec obstat responso hujus §. *l. ult. inf. ad Senatuscons. Trebell.* quam Bartolus objicit, quoniam alia est species hujus §. longe alia illius l. In species hujus §. prima substitutio, quæ factam est inter patrem et filium, et sequens substitutio, qua omnes invicem substituti sunt, utraque ejusdem generis substitutio est, nempe vulgaris reciproca. Et ejusdem generis substitutionem facta inter aliquos specialiter generali sermone eodem testamento repeti et iterari non est verisimile in specie *d. l. ult.* Prima et sequens substitutio diversi generis sunt, diversæque conditionis: prima, qua duos fratres invicem substituti sunt, est directa substitutio vulgaris: sequens, quæ facta est omnibus fratribus, si quis eorum post aditam hæreditatem vita decesserit sine liberis, est substitutio precaria sive obliqua, et non est absurdum vel incongruum, semel uno genere invicem substitutos, et alio deinde genere substitui, semel substitutos, directo, et deinde substitui precario, semel substitutos in primum casum directo, deinde substitui in secundum casum precario. Et ita est lex illa ab isto §. distinguenda.

Ad §. *Coheres.*

Coheres impuberi filio datus, eidemque substitus, legata secundis tabulis relicta perinde

præstabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto: nam ille Falcidiæ rationem induceret, quasi plene sub conditione primis tabulis hæres institutus: tametsi maxime cohæres filio datus, quadrantem integrum obtineret. Nam et cum legatum primis tabulis Titio datur, secundis autem tabulis eadem res Sempronio, Sempronius quandoque Titio concurrit.

Pertinet hic §. ad materiam contributionis, qua nulla est difficilior in jure: hujus §. duas facio partes. In priori agitur de cohœrede substituto filio impuberi in secundum casum, a quo scilicet et in primis et in secundis tabulis, id est, in institutione et in substitutione legata relicta sunt, et ex substitutione pars pupilli ad eum pervenerit, si ineatur ratio legis Falcidiæ confundere debet et contribuere eam partem cum parte sibi adscripta in primis tabulis, confundere item debet, contribuere, commiscere, subjicere communi calculo relicta a se legata in primis tabulis, et legata a se relicta in secundis, quoniam perinde habetur, ac si pure ex parte hæres institutus esset, ex parte sub conditione: Finge autem, Lucium Titium hæredem institutum pure ex sextante, et sub conditione ex triente, et ab unaquaque parte jussum esse dare legata, Lucius Titius pro eo habetur, ac si semel hæres scriptus fuisset ex semisse, junge sextantem trienti, exit semis. Ideoque pro eo habetur L. Titius, atque si ex semisse hæres scriptus fuisset, nec enim semissem scindere potest separato sextante a triente, proinde separare etiam non potest legata a se relicta ex sextante, et legata a se relicta ex triente, sed confusis portionibus et confusis legatis earum portionum in omnibus rationem legis Falcidiæ inire et componere debet, *l.* 11. §. *penul. ff. ad l. Falcid. l. quidam, C. de jure deliber.* Et eadem ergo ratione cohæres substitutus cohæredi confundit partem, ex qua ipse, et partem, ex qua cohæres institutus fuit, quæ ad eum pervenit ex causa substitutionis: confundit legata a se relicta primis secundisque tabulis, quia et hic cohæres, idemque substitutus cohæredi institutus esse videtur ex parte pure, ex parte sub conditione, *d.* §. *pen.* Et hoc in substitutione pupillari servari docet *prior pars hujus* §. Et in substitutione vulgari, *l.* 1. §. *id, quod ex substitutione, in princ. ad l. Falcid.* et in utraque substitutione, *l. qui fundum* §. *qui filium, ad leg. Falcid.* Si igitur ex parte pupilli et ex parte sua, qui pupillo eidemque cohæredi substitutus est, Falcidiam servare non possit confusis partibus et legatis utetur beneficio legis Falc. sed si ex parte pupilli, quæ ad eum pervenit integra ex substitutione pupillari Falcidiam servare possit, non utetur beneficio legis Falcidiæ in parte, ex qua hæres scriptus est, tametsi ea pars onerata vel exhausta sit legatis: pars integra, quæ accedit oneratæ vel exhaustæ replet partem oneratam vel exhaustam, et cessat Falcidia in parte onerata, si pars, quæ accedit impleat Falcidiam. At, quod maxime notandum, non idem erit, e contrario, si pars ejus onerata non sit, et ex substitutione pupillari ad eum pars onerata perveniat, id est, si pars onerata ex substitutione accedat integræ: nam hoc casu partes et legata non confunduntur. Partium et legatorum ratio separatur, et ex parte onerata detrahitur Falcidia, perinde ac si remansisset apud pupillum, *d. l. qui fundum,* §. *qui filium:* atque ita pars onerata, quæ jure substitutionis accedit parti integræ, non repletur per partem integram cui accedit, et hoc est, quod Dd. verissime definierunt, si portio non gravata accedat gravatæ, contributioni locum esse: sin autem portio gravata accedat non gravatæ, contributioni locum non esse, et ratio differentiæ hæc est, quia non potest eadem portio et principalis et accessionis locum obtinere partem, quæ accedit accessionem esse: partem cui acceditur principalem esse: accessionis autem esse replere, non repleri, augere non augeri.

In posteriore parte hujus §. agitur de extraneo non cohærede, filio impuberi substituto, et alio cohærede eidem filio alio dato, quo casu, si legata relicta sunt a substituto, et a cohærede, et conditio substitutionis extiterit mortuo filio intra pubertatem, non confunduntur eorum partes, non confunduntur legata ab eis relicta, sed separatim in substituto, et separatim in cohærede pupilli ponitur ratio legis Falcidiæ, quia cohæredes pupilli et alius substitutus pupilli qui cohæres non est pupilli, cohæredes sunt invicem et substitutus pupilli, quasi scriptus sub conditione, cohæres pupilli quasi scriptus pure. Denique cohæres pupilli tam substituto pupilli est cohæres quam ipsi pupillo: in singulis autem cohæredibus certum est separatim rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. in singulis, ff. ad leg. Falcid.* separatis portionibus, separatis legatis, ergo secundum hæc, si pars pupilli, quæ ad substitutum pervenit, exhausta vel onerata sit legatis, substituto competit beneficium legis Falcidiæ: tametsi cohæres pupillo datus totius hæreditatis totorumque bonorum integram Falcidiam habeat, id est, quartam partem. Cohæredes autem esse non tantum eos, qui iisdem tabulis scripti sunt, sed etiam eos, quorum alter primis, alter secundis tabulis hæres scriptus est, veluti cohæredem primis tabulis pupillo datum, et alium substitutum secundis tabulis, eidem pupillo datum Papinianus probat hoc argumento, quod cel-

legatarii etiam sint, quorum alteri res legatur primis tabulis, alteri eadem res secundis tabulis, ut in *l. plane* §. *si conjunctim, inf. de leg.* 1.

Ad §. *cum Pater.*

Cum pater impuberi filiæ, quæ novissima diem suum obiisset, tabulas secundas fecisset, et impubes filia, superstite sorore pubere, vita deressisset, irritam esse factam substitutionem placuit: in persona quidem prioris, quia novissima decessit: in alterius vero, quia puberem ætatem complevit.

In §. pen. hæc proponitur species: pater duas filias impuberes hæredes instituit, et ei, quæ intra pubertatis annos novissima diem suum obiisset, L. Titium substituit; quæ est substitutio pupillaris facta ei, quæ suprema moreretur. Et hoc genere inter sorores jus legitimarum hæreditatum pater custodiri vult, *l. vel singulis, hoc tit.* Hoc scilicet voluit, ut in partem ejus, quæ prior moreretur ab intestato veniret soror superstes, ac deinde etiam altera sorore moriente intra pubertatis annos, ut L. Titius utriusque sororis portionem caperet, et posterioris et prioris, inventam in hæreditate posterioris, *l. qui duos, de reb. dub.* Quid contigit? una ex sororibus impubes vita decessit superstite altera jam pubere, hoc casu Papinianus ait, irritam esse substitutionem pupillarem, in utriusque persona defunctæ impuberis, quia licet videatur intra pubertatem novissima decessisse, quæ impubes decessit sorore jam adulta, revera tamen novissima non decessit, quæ alteram superstitem reliquit, et ideo in ejus persona expiravit substitutio pupillaris, substitutum excludente jure legitimo ex mente testatoris sorore superstite, *l.* 25. *hoc tit. l. pen. C. de impub. et ali. substitut.* In persona autem superstitis esse irritam etiam substitutionem, quia puberem ætatem exegit, complevit: substitutio pupillaris finitur pubertatem, quod adeo verum est in testamento pagani, ut nec vis substitutionis post pubertatem verti possit in causam fideicommissi, ut docuimus in *l. verbis civilibus, et l. Centurio, hoc tit.* et hæc quum una ex sororibus impubes decessit superstite altera jam pubere. At contra si pubes prior decessisset forte instituto hærede extraneo, non sorore superstite, deinde soror superstes impubes decesserit, tunc sane dicerem substitutum venire in partem impuberis, quæ novissima diem suum obiit, et ad hunc casum recte accommodatur *l. hæredes*, §. *cum ita, inf. ad Senatuscons. Trebellian.* Quod si utraque pubes decessisset, certo certius est prorsus evanuisse substitutionem, et in nullam partem vocari substitutum: quod si utraque impubes decesserit, vel eodem momento vel diversis, verum est substitutum utrique succedere ex substitutione pupillari, *d. l. pen. et l. qui duos.* Quia et qui substituitur novissimo morienti, utrique in eundem casum substitutus intelligitur, videlicet, si uterque moriatur impubes, *l. ex duobus, hoc tit.* Sequitur §. ult.

Ad §. *Ultimum.*

Non videri cum vitio factam substitutionem his verbis placuit: ille filius meus, si, quod abominor, intra pubertatis annos decesserit: tunc in locum partemve ejus Titius hæres esto: non magis quam si post demonstratam conditionem, sibi hæredem esse substitutum jussisset. Nam et qui certæ rei hæres instituitur, cohærede non dato, bonorum omnium hæreditatem obtinet.

Pater filio impuberi substitutionem pupillarem fecit his herbis: *Ille filius meus, si, quod abominor,* (quod etiam addebant in substitutione vulgari, *l.* 4. *C. de impub. et aliis subst. l. Lucius, de hæred. instit. l. Lucius,* §. *filiam, de legat.* 2.) *Ille*, inquam, *filius meus, si, quod abominor, intra pubertatem vita decesserit, tunc in locum partemve ejus Luc. Titius hæres esto.* Hæc substitutio vitiosa esse videtur, vel ut ait, videtur esse facta cum vitio, videtur ei inesse vitium. Albericus est valde suavis quum legit uno verbo, *convitio*, id est, injuria et contumelia. Videtur, inquam, huic substitutioni inesse vitium, quia scilicet dixit, *in locum partemve ejus*, quæ verba substitutioni vulgari magis congruunt, non pupillari, ut ex *l. quum quis*, §. *Sejam, de leg.* 3. *l.* 3. *l. ult. C. de hæred. instit.*, *l.* 4. *C. de impub. et al. subst.* Quia vulgari substitutione sibi hæredem testator facit, pupillari substitutione pupillo hæredem facit, non sibi. Et his verbis: *in locum partemve ejus*, quam scilicet ei dedi, de suis bonis sibi hæredem facere videtur, nec tamen ideo improbatur substitutio pupillaris, quia nec improbaretur, si palam ita dixisset: *ille filius meus, si intra pubertatem decesserit, tunc L. Titius mihi hæres esto.* Substitutio rite concepta est, ut in *l. si ita scriptum*, §. *cum filio, inf. de bonorum possess. secund. tab. l.* 1. *l.* 46. *hoc tit.* Ideoque non male M. Tullius 2. de Invent. substitutionem pupillarem ita concipit. *Si filius ante morietur quam in tutelam suam venerit, tum mihi ille secundus hæres esto.* Ergo quem quis hoc modo sibi hæredem jussit, idem etiam erit hæres filio impuberi, et non tantum patris bona capiet, sed etiam bona filii propria jure substitutionis pupillaris, sicut et qui ex re certa solus hæres instituitur, et ceteras res omnes capit, *l.* 1. §. *si ex fundo, sup. tit. prox.* Voluntas testatoris interpretatione adjuvanda est,

et mendis vitiisque sublatis conservanda quantum potest: menda non vitiant voluntatem testatoris: vitia non vitiant, *l.* 1. *tit. seq.* Si facta sit substitutio sub conditione impossibili, vel alio mendo, sic in Florentin. recte, non vitiatur. Mendum circumscribitur, ut in *l.* 34. *sup. tit. prox.* Deleatur Glossa hoc loco, qua parte hæc verba Papiniani, *post demonstratam conditionem*, quæ sunt procul dubio de conditione substitutionis pupillaris, si intra pubertatem decesserit, male accipit de alia extranea conditione. Deinde deleatur etiam, qua parte ponit in specie *h. l.* filium nominatim hæredem institutum non fuisse, sed tacite institutum videri, ex his verbis, *in locum partemve ejus*, quia hoc si ita esset, id est, si ita res processisset, non valeret testamentum; propterea quod tacita filii institutio, tacitum testamentum non valet, *l.* 19. *et* 65. *sup. tit. prox.* Et filius haberetur pro præterito, *l.* 16. *in fin. hujus tit.* Et ut multi Dd. dicunt contra Glossam, et contra Bartolum Glossæ asseclam, verba conditionalia non inducunt dispositionem. Liberi positi in conditione non sunt in dispositione, quod probat recte *l. Gallus*, §. *idem resp.* et in §. *in omnibus*, *sup. de lib. et post. l. filiusfam.* §. *cum quis, de legat*, 1. *l, ex facto*, §. *ex facto, inf. ad Senat. Trebell.*

Ad L. XXIV. de Condit. instit.

Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxorem duxerit ex besse hæres esto: qui non duxerit, ex triente hæres esto. Vivo testatore consobrina defuncta, ambo ad hæreditatem venientes semisses habebunt, quia verum est, eos hæredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos.

Qui habebat duos fratres, ita eos hæredes instituit: *qui ex fratribus meis Titiam consobrinam nostram uxorem duxerit.* (jure civili consobrinorum nuptiæ licitæ sunt) *ex besse hæres esto: qui non duxerit, ex triente hæres esto*: *qui scilicet duxerit, vel non duxerit post mortem meam.* Finge: mortua est consobrina vivo testatore, hoc casu ambo fratres in partes æquales vocantur, non in partes inæquales, bessem et trientem: sed singuli venientes ad hæreditatem fratris semisses habebunt, quia verum est eos esse hæredes institutos, sed portionibus inæqualibus discretos ex eventu nuptiarum tantum, quæ cum evenire non possint præmortua consobrina, nec per hæredes factum sit quo minus evenirent, consequens est eos esse redigendos ad æqualitatem, ut in *l.* 2. §. *si quis ita, de bonor. possess. secund. tab.* Idemque l. proxima superius docet respondendum esse, si testatori consobrina supervixerit, et neutri nubere voluerit quod est certissimum. Quid tamen dicemus, si post mortem testatoris consobrina cum parata esset alterutri nubere, neuter eam ducere voluerit? Et Azo idem et hoc casu esse respondendum censet, fallaci colore, quasi scilicet pure hæredes instituti sint, et ex eventu nuptiarum tantum discretæ inter eos portiones hæreditariæ, id est, quasi institutio sit pura, discretio partium conditionalis, id est, collata in eventum nuptiarum. Ego dicerem et institutionem utriusque factam esse sub conditione, si quis eorum consobrinam uxorem duceret post mortem testatoris, et ideo neutro volente eam uxorem ducere, cum ipsa parata esset nubere, quia per eos stat quo minus conditio impleatur, institutionem in utriusque persona prorsus deficere, quod non possumus negare, et *l. prox. sup.* significat aperte illo loco: *non quia ipsi ducere noluerunt.* Cujus mens est ut non aliter ambo semisses habeant, quam si vel consobrina mortua sit vivo testatore, vel post mortem ejus neutri nubere velit, non etiam, si per eos fiet, quo minus alterutri nubat, et confirmatur hæc distinctio *l.* 4. *C. de condit. infert. l.* 1. *in testamento, ff. de cond. et demonst.* Conditionalem vero institutionem esse etiam demonstrat dicta *lex* 2. §. *si quis autem, ff. de bonor. possess. secund. tabul. et l. quotiens*, §. *si quis tamen*, *de hæred. instit.*

Ad L. XII. de Milit. test.

Milites enim ea duntaxat, quæ haberent scriptis relinquunt.

Ait Papinianus, milites scriptis hæredibus ea duntaxat relinquere, quæ haberent: quod Papinianus scripsit, ut patet ex *l.* 11. §. *ult.* cui hæc applicatur, cum dicat, milites enim: subjicitur ratio in hac lege §. *ult.* legis præcedentis: unde dico hoc scripsisse Papinianum de militibus filiisfa. vel de militibus patribusfam. qui se filiosfamil. esse existimant ignorantes mortem patris: ii sola bona castrensia habent, aut se habere existimant. Idcirco et ea sola bona scriptis hæredibus relinquunt, et ita hic locus explicandus est, non etiam bona pagana, quæ eis ignorantibus morte patris obvenerunt. At si sciant se esse patresfam. factos morte patris, et non tantum castrensia, sed etiam pagana bona habere, credo eos hæredibus scriptis relinquere omnia sua bona, nisi aliud sensisse eos probetur.

Ad L. XXVII. eod.

Centurio secundo testamento posthumos hæredes instituit, neque substitutos dedit, quibus non

additis ad superius testamentum se redire testatus est. Cetera quæ secundo testamento scripsit, esse irrita placuit: nisi nominatim ea confirmasset, ad priorem voluntatem reversus.

Species hujus legis hæc est: Centurio testamento primo, finge, commilitonem hæredem instituit: deinde mutata voluntate, secundo testamento posthumos hæredes instituit, quod haberet uxorem prægnantem, nec eis substitutos dedit, si non nascerentur, sed eis non natis se ad primum testamentum redire testatus est, quo commilito erat hæres scriptus: non natis posthumis, puta, abortu facto, irrita sunt omnia, quæ secundo testamento scripserat, vel scripta sunt, nisi nominatim ea confirmaverit, puta, non natis posthumis, testando se ad primum testamentum redire. Ita ut a commilitone in eo hærede scripto, præstentur etiam legata aut fideicommissa secundo testamento relicta, alioquin irrita sunt legata et fideicommissa, quæ est sententia hujus legis elegantissima. Verum in ea delata tota glossa Accursii illo loco: *quibus non additis*, legendum est, *quibus non editis*, id est, non natis posthumis ad superius testamentum Centurio se redire testatus est, quod confirmant alii quidam libri, qui propius vero habent, *aditis*, non *additis*, et alii qui plane habent: *quibus non natis*, sed retineamus viciniorem scripturam, *quibus non editis* et omnia erunt plana.

Ad L. XXXVI. Eodem.

Militis codicillis ad testamentum factis, etiam hæreditas jure videtur dari, quare si partem dimidiam hæreditatis codicillis dederit, testamento scriptus ex asse hæres partem dimidiam habebit: legata autem testamento data communiter debebuntur.

In primo responso Legis XXXVI. eod. ait Papinianus: *militis codicillis ad testamentum factis etiam hæreditas jure videtur dari.* Ad testamentum facti codicilli dicuntur, etiamsi testamento confirmati non sint, *l.* 5. §. *qui principale*, *ff. de iis, quibus ut indign.* Itaque glossa male codicillis ad testamentum factis, id est, confirmatis, male etiam alter, codicillis ad testamentum factis, id est, juxta testamentum, quoniam hac oratione certum est significari tantum codicillos factos ab eo, qui et sibi testamentum fecerit, et codicillos pertinentes ad causam testamenti *l.* 1. *hoc interdictum, de tab. exhib. l.* 2. §. *ad causam*, *ff. quemadm. testam. aper. l.* 3. §. *qui codicillos*, *de Senatus. Sillan.* vel ut idem aliter dicamus, codicillos, qui, quasi pro parte testamenti habentur, *l. quidam, de jure codicill.* veluti, quod supplendo, vel corrigendo testamento fiunt. Certum autem est paganum codicillis jure hæreditatem non dare verbis directis, vel adimere, etiamsi codicilli testamento confirmati sint, quæ regula juris per manus esse tradita dicitur in *l. quod per manus*, *ff. de jure codic. l. Scævola*, *ff. ad Senatus. Trebell.* At miles jure dat, vel adimit hæreditatem verbis quibuscunque, verbis precariis, vel directis in codicillis et qualibet voluntate nuda, ut patet ex hoc responso, et *l. in fraudem*, §. 1. *hoc tit.* Finge: miles tesamento L. Titium ex assse hæredem instituit, cumque oneravit legatis deinde codicillis ita scripsit: *Cajus Sejus ex semisse hæres esto*: videtur miles tantum Luc. Titio ademisse, quantum dedit Cajo Sejo in codicillis: ambo igitur ad hæreditatem veniunt jure directo, et ex voluntate militis semisses capiunt. Legata autem data testamento, licet a solo L. Titio data sint, æquum est ut communiter ea præstent Luc. Titius et C. Sejus pro virilibus portionibus, ut quatenus ablatum est Luc. Titio, eatenus relevetur et exoneretur præstatione legatorum, ut in *l. cum pater*, §. *cum exist. de leg.* 2. *l. Plautius*, *ff. de condit. et demonst.* quæ in glossa corrupte citatur ex *tit. ad l. Falcid.* cum sit ea lex, *Plautius*, non quæ est in tit. ad *l. Falcidiam,* sed quæ est in tit. *de cond. et demonst.* quæ hoc probat: et hæc est sententia hujus responsi. Bartolus hoc loco patrem paganum liberis facientem testamentum exæquat militi, quasi scilicet possit etiam pater paganus liberis directo hæreditatem dare in codicillis, quod merito refellit Angelus Perusinus ex *l. ex parte*, §. 1. *ff. familiæ ercis.* quæ manifesto probat, patrem, qui verbis directis in codicillis bona sua filiis suis distribuit, intestatum decessisse: ergo testamentum non valere jure directo. Neque a parte Bartoli facit *l. consultissima*, §. *ex imperfecto*, *C. de testam.* quo §. sæpe abutitur, dum eum accipit latius quam oportet, quoniam, quod ad rem propositam attinet, dum in eo §. dicitur ex imperfecto testamento tenere voluntatem patris inter liberos. Imperfectum testamentum non vocat codicillos, quibus directo data sit hæreditas, qua de re agimus, sed ut quæ præcedunt in ea lege ostendunt apertissime, imperfectum testamentum id vocat, quod non subscriptum neque signatum est a testibus, quod etiam si eo vitio laboret, non etiam si omni vitio laboret, tenet inter liberos.

Ad §. Miles.

Miles castrensium bonorum, et non castrensium, diversis hæredibus institutis, postea castrensium bonorum alios hæredes instituit: prioribus tabulis tantum abstulisse videtur, quan-

tum in posteriores contulerit: nec videtur mutare, etsi prioribus tabulis unus hæres scriptus fuisset.

Miles primo testamento L. Titium castrensium bonorum, Cajum paganorum hæredem fecit: postea mutata voluntate, secundo testamento Sempronium bonorum castrensium hæredem fecit pro parte, mutasse superius testamentum intelligitur bonis castrensibus a Cajo translatis ad Sempronium, quod paganus facere non potest. Paganus non potest pro parte mutare testamentum, sed si quid velit mutare, debet omnia ex integro mutare, *l. hæredes*, §. *si quid post*, *sup. qui test. fac. poss.* Militi hoc permittitur, quasi bona castrensia et bona pagana, duorum hominum duas hæreditates et duo testamenta faciat, *l. si certarum*, §. 1. *hoc tit.* Adeo ut nec cohæredes sint ii, quorum unum miles scribit hæredem paganorum, alterum castrensium: non sunt cohæredes, quia duæ sunt hæreditates veluti duorum hominum, et duo testamenta, qua de causa, nec inter eos est jus accrescendi, nec judicium famil. ercisc. *l. hæredes*, §. 1. *famil. ercisc. l. si filius*, §. *castrensium*, *ff. de bon. libert.* Et addit Papinian. *nec videtur mutare, etsi prioribus tabul. unus hæres scriptus fuisset.* Nec videtur mutare, id est, non videtur aliud dicendum esse, aut non est mutandum responsum, si ponamus militem testamento unum tantum fecisse hæredem omnium bonorum, non duos, ut posuimus, divisis castrensibus et paganis, deinde secundo testamento L. Titium fecisse hæredem castrensium bonorum, quia et hoc casu scripto in primo testamento tantum abstulisse videtur, quantum contulit in L. Titium secundo testamento ex castrensibus hæredem scriptum. Itaque apud scriptum primo testamento remanebunt tamen bona pagana, utrumque testamentum ponitur factum verbis directis. Et duo igitur sunt testamenta: nam miles potest plura testamenta facere, *l. quærebatur hoc tit.* quam l. male tamen objicit Accurs. hoc loco, quoniam ibi miles in secundo testamento nominatim expressit, se primum testamentum fideicommissi tamen et codicillorum vim habere velle, ideoque non sunt duo testamenta: male etiam objicit *l. Centurio, hoc tit.* quam supra exposuimus, quoniam ibi miles, non duo, sed unum tantum testamentum facere voluit.

Ad §. Miles.

Miles in supremis ordinandis, ignarus uxorem esse prægnantem, ventris non habuit mentionem: post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit; neque legata deberi: si qua vero medio tempore scriptus hæres legata solvisset, utilibus actionibus filiæ datis, ob improvisum casum esse revocanda. Nec institutum, cum bona fidei possessor fuerit, quod inde servari non potuisset, præstari.

Miles ignorans uxorem esse prægnantem, in testamento posthumum silentio præterivit, L. Titium hæredem instituit, et ab eo legata reliquit, agnatione posthumæ rumpitur testamentum militis propter præteritionem, et irrita sunt omnia, quæ in eo testamento scripta sunt. Ergo nec legata aut fideicommissa ex eo testamento debentur. At quid si medio tempore ante quam posthuma agnosceretur L. Titius hæres institutus bona fide ignorans uxorem testatoris esse prægnantem legata a se relicta solverit? et hoc casu ait, posthumæ dari utilem actionem sive condictionem indebiti, ut repetat legata perperam soluta et indebite. Nec etiam est novum, ut quod alius solvit, alius repetat *l. 5. de cond. indeb.* Et si forte posthuma solida legata ab iis quibus hæres institutus ea persolvit, recipere non potuerit, propter inopiam eorum, quia non sunt solvendo, rectissime ait periculum hujus rei non pertinere ad hæredem institutum quia bonæ fidei possessor fuit, et bona fide solvit, et bonæ fidei possessor in id tantum tenetur, quo locupletior factus est: et idem respondit in quæstione *l. 3. de cond. indeb.* Ad malæ fidei possessorem procul dubio hujus rei periculum pertineret, et in petitione hæreditatis veniret in solidum, *l. 13.* §. *ultim. de petit. hæred. l. Papin.* §. *ultim de inoff. testam. l. 4.* §. *pen. ff. si cui plus quam per l. Falcid.* illo autem loco hujus responsi, *ob improvisum casum legata esse revocanda*, sive repetenda, improvisum casum vocat agnationem posthumi, quod *d. l. 3. de cond. indeb.* novam et inopinatam causam, et inopinatam fortunam, *l. 4. inf. ut in poss. legat.* Ideo autem ponit militem ignorasse uxorem esse prægnantem, atque adeo minime cogitasse de posthumo, vel posthuma nascitura, quia, si scisset uxorem esse pregnantem, præteritio posthumi haberetur pro exhæredatione, nec agnascendo posthuma rumperet testamentum, quia non est præterita, sed censetur esse exhæredata, *l. sicut, Cod. eod. tit.* Paganus pater debet liberos exhæredare nominatim, miles potest tacite exhæredare, sicut et mater pagana et avus maternus paganus, quia et horum præteritio pro exhæredatione habetur, quod Institutiones docent.

Ad §. Veteranus.

Veteranus moriens testamentum jure communi, tempore militiæ factum, irritum esse vo-

luit: et intestatus esse maluit: hæredem institutiones ac substitutiones in eodem statu mansisse, placuit. Legata vero petentes, exceptione doli mali secundum jus commune summoveri, cujus exceptionis vires ex persona petentis æstimantur. Et alioqui potior est in re pari causa possessoris.

Species hujus §. hæc est: miles testamentum jure communi fecisse proponitur, non more et jure, tempore militiæ, deinde post missionem cum veteranus esset, id est, militia dimissus, moriens dixit, se intestatum mori, et id testamentum irritum esse velle, quod fecerat in militia jure communi; nuda hæc voluntas non facit irritum testamentum: ut nuda voluntas non perficit testamentum, ita nec evertit, *l. pen.* §. *ult. ff. de bonor. poss. sec. tab.* Et secundum hoc institutiones et substitutiones in eo testamento scriptæ, valent, quamvis dixerit, se intestatum mori velle, nec fiscus institutis potest eripere hæreditatem, quia testator veteranus non judicavit eos hæredes esse indignos, aut non mereri suam voluntatem, quo casu fiscus succederet, sed tantum dixit se mori velle intestatum: qua de re diximus in *l. ult. ff. de iis quæ test. del.* Ergo hæredes instituti et substituti, hæredes permanent. Institutio et substitutio jure consistit, quæ non potuit everti nuda voluntate, minusque solemni. At quæritur, an etiam legata eo testamento relicta valeant, et debeantur, qua de re merito dubitatur, quia licet hæreditas nuda voluntate non possit adimi, adimuntur tamen legata nuda voluntate, non quidem ipso jure, sed beneficio exceptionis doli mali legatario petenti legatum contra nudam voluntatem defuncti, opposita exceptione doli mali, ut in *l. 3. in fi. ff. de adim. leg. et l. ex parte, eod. tit.* quæ eum sit ex eod. lib. eum hoc §. videtur conjungenda, et ita in specie proposita ait: Institutiones quidem et substitutiones in eodem statu manere, at legata petentes submoveri posse exceptione doli mali, et eleganter: qui locus est satis obscurus, ejus exceptionis quam legatario hæres opponit petenti legatum, vires æstimandas esse ex persona actoris, id est, ex persona legatarii, qui legatum petit actione ex testamento: nam si talis sit persona legatarii, ut verisimile sit legatum ei testatorem omnimodo præstari voluisse, omni jure etiam ab intestato: Finge, esse alumnum aut sanguine proxime conjunctum, quem is vivus unice dilexerit: eo casu nullæ erant vires exceptionis doli mali, et legatarius consequetur legatum: sed si non talis sit persona legatarii, efficax erit exceptio doli mali, et in pari causa secundum regulam juris melior erit conditio possessoris, id est, hæredis: fortuna dat litem secundum possessorem in re pari: fœlix qui possidet in re pari, hæc est sententia hujus loci. At quod plane est extra eum locum, quod tamen interpretes in hunc locum conjiciunt, si non agat legatarius, sed agat hæres repetendo legatum quod per errorem solvit, omissa exceptione doli mali, tum dicemus vires exceptionis, quam legatarius opponeret hæredi, non æstimari ex persona actoris, sed ex persona rei, id est, legatarii, ut et in specie *l. pen.* §. *ult. de bon. poss. sec. tab.* quæ est species hujus §.

Ad §. *Ultimum.*

Miles jure communi testatus, postea testamento jure militiæ super bonis omnibus facto, post annum militiæ vita decesserat; prioris testamenti, quod ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit.

Miles jure communi testamentum fecit, postea fecit secundum testamentum jure militiæ, et mortuus est intra annum missionis: certum est testamentum factum jure militari post missionem a militia, valere eodem jure intra annum, si testator moriatur intra annum missionis *l. quod constitutum, l. testamenta, l. quod dicitur, hoc tit.* Quia igitur intra annum missionis mortuus est, testamentum secundum quod fecit jure militiæ valet, et primum testamentum quod semel secundo ruptum est, non convalescit, non restituitur, quia scilicet, secundo testamento ut ponit hoc loco, jure militiæ testatus est de omnibus suis bonis. Alioquin si secundo testamento tantum testatus esset de bonis castrensibus, utrumque testamentum valeret, id est, maneret in suo statu, ut in §. 1. *h. l.*

Ad L. Penult. eod.

Filiusfam. equestri militia ornatus, et in comitatum Principum retentus, cingi confestim jussus, testamentum de castrensi peculio facere potest.

Cingi, inquit, *jussus*, gladio scilicet; nam hoc est proprium militis cingi gladio, et male in *l. antiqui, sup. si pars hæred. pet.* legitur, *cinctos Senatores*, quia Senatoribus non licebat cingi gladio, nisi quum in provinciam mittebantur cum jure gladii, iis licebat gestare gladium, sed eo loco legendum est, *Senatores Cincios*: fuit Cinciorum familia Romæ. Ad rem. Filiusfam. factus est eques et cinctus gladio et retentus in comitatu Principis, ei proficiscenti ad comitatum Principis, et aspiranti ad equestrem militiam, pater aliquid dederat in vicem castrensis peculii: nam castrense peculium

dicitur etiam quod proficiscenti ad militiam datur, licet nondum relatus sit in numeros, nondum cinctus, ut loquitur lex 25. *et* 58. *hoc tit.* et Castrense peculium esse quod datur proficiscenti constat ex *l.* 3. *de bonis proscrip. l.* 5. *sup. de don. inter vir. et uxor.* Inde quæritur, an confestim atque cinctus est, possit testari de castrensi peculio ex privilegio militiæ? Respondet, posse: sed vox *confestim* est trajecta: nam ita est reponenda, *confestim atque cingi jussus est*: et antequam cingatur, suscipiatque habitum militarem, sive baltheum, non potest testari jure militari, nisi si cinctus est in *l.* 25. *et* 58. §. 1. *hoc tit.* vel nisi cingi jussus est.

Ad L. LXXXVI. de Adq. vel omit. hæred.

Pannonius Avitus, cum in Cilicia procuraret, hæres institutus ante vita decesserat, quam hæredem se institutum cognosceret; quia bonorum possessionem quam procurator ejus petierat, hæredes Aviti ratam habere non potuerant, ex persona defuncti restitutionem in integrum implorabant, quæ stricto jure non competit, quia intra diem aditionis Avitus obiisset. Divum tamen Pium contra constituisse Mæcianus libro quæstionum refert in eo qui legationis causa Romæ erat. Et filium qui matris delatam possessionem absens amiserat, sine respectu ejus distinctionis restitutionem locum habere, quod et hic humanitatis gratia obtinendum est.

Proponitur in primo responso hujus l. Pannonium Avitum cum esset procurator Cæsaris in Cilicia (male Alciatus, Publium Antonium pro Pannonium) atque adeo abesset Reip. causa, Romæ ab aliquo hæredem institutum fuisse, et vita decessisse, priusquam hoc cognosceret, et infra aliis verbis ejusdem ponderis dicit, *eum decessisse intra diem aditionis*, qui dies est centum dierum utilium, quibus scierit potueritque adire, ut in formula cretionis, et in *l.* 3. §. *et si hæres, sup. de minor. l. si Titio*, §. 1. *ff. quando dies leg. ced.* et edicto quoque prætoris de jure deliberandi, non præfiniuntur adeundæ vel repudiandæ hæreditati pauciores quam centum dies, *l.* 2. *de jure deliber.* et ita etiam diem aditionis accipere oportet in *l. pen.* §. *si filiusf. de jur. et fact. ign.* male autem Glossa diem aditionis accipit pro tempore intra quod petenda est bonorum possessio sec. tab. quanquam et ipsa ab extraneis hæredibus petenda sit intra centum dies ex successorio edicto, quæ dies petitionis dicitur, *l. inter*, *ff. qui satisdar. cog.* nam aditionem hæreditatis nunquam invenies accipi pro agnitione vel petitione bonorum possessionis: non abutuntur nostri auctores temere verbis juris, verbis legitimis, nec permiscent temere legitima verba Prætoriis: sed non nego, quod de aditione dicitur posse transferri etiam ad agnitionem bonorum possessionis. Male etiam glossa statuit ex *h. l. et* ex *l.* 1. *C. de test. milit.* diem aditionis cedere ignoranti, quod est omnino falsum: est enim utilis non continuus, nec sane ullo modo est expressum, vel hac, vel illa. Persequamur quam inchoavimus speciem. Avitus procurator Cæsaris in Cilicia, atque adeo absens Reip. causa institutus, decessit antequam sciret se hæredem esse. At procurator quidam voluntarius, id est, negotiorum gestor, amicus ejus eo absente Reip. causa et ignorante in urbe nomine ejus petierat bonorum possess. sec. tabul. Adiri non potest hæreditas per procuratorem, *l.* 90. *ff. hoc tit.* bonorum possessio peti potest per procuratorem etiam ignorante hærede instituto, et sine mandato ejus, *l.* 3. §. *adquirere*, *inf. de bonor. poss.* sed ut ibidem ostenditur, non aliter competit bonorum possessio, quæ petita est, non aliter adquiritur hæredi instituto, quam si intra petitionis diem hæredis ratihabitio subsequatur, ut *l. servo invito*, §. 1. *inf. ad Trebell.* et si forte hæres, antequam petitionem ratam haberet, vita decesserit, hæres hæredis ratam habere non potest, quia in eum non transit bonorum possessio, quæ defuncto quæsita non fuit, ut *l.* 7. *rem rat. hab. l.* 4. *C. qui admit. ad bon. possess.* Ergo in specie proposita, neque hæres institutus ratam eam petitionem habuit, quam fecit amicus voluntarius, neque hæres ejus ratam habere potest. At quæritur hoc loco: an is hæres ex persona defuncti possit petere restitutionem in integrum, ut scilicet omissam hæreditatem, vel bonorum possessionem adquirat? et sane stricto jure ex persona defuncti hæredis instituti, hæres ejus in integrum restitui non potest: quia is defunctus est intra diem aditionis, id est, priusquam cognosceret se hæredem esse, et dies ille non cedit, nisi scienti, cum postea tota re cognita integrum ei esset adire intra centum dies nondum amisso jure suo. Igitur quum decessit nondum ulla in re captus aut læsus fuit, nullamque habuit causam petendæ restitutionis in integrum: itaque eam in hæredem non transmittit. Si decessit, postquam cognovit se hæredem esse, et post diem aditionis, vel petitionis cum reipubl. daret operam, nec per absentiam intra præstituta tempora adire posset hæreditatem aut petere bonorum possessionem, hoc casu restitutio in integrum a defuncto transiret in hæredem, veluti actio quælibet, *l. non solum, sup. de restit. in integr. l.* 1. *C. de test. mil.* At quia decessit intra diem aditionis, stricto jure restitutionem in integrum, quæ ei non competiit, non potuit transmittere ad

hæredem suum, nec igitur ab hærede peti potest ex persona defuncti, et ex sua persona nullo modo, cum ei nunquam delata fuerit hæreditas, quæ tamen delata fuit defuncto, nondum quæsita, et ita se res habet summo jure, mero et subtili jure. Sed aliud benigne constituisse Divo Pium Papinian. ait Mæcianum Volusium referre in libris quæstionum scilicet de fideicommissis, ut in *l. propon. inf. de usufr.* in specie non eadem quam proposui, sed per quam simili, quæ talis est. Quidam legationis causa Romæ erat, ubi negotium publicum agebat patriæ, vel municipii sui, qui et reip. causa abesse intelligitur, *l. legati, ff. ex quibus caus. majores.* Et Romæ decessit, priusquam sciret sibi delatam matris hæreditatem ex SC. Orfitiano, vel bonorum possessionem ex persona ejus: hæres desiderabat restitui in integrum, quasi defunctus in captionem inciderit propter absentiam et ignorantiam, ut scilicet ab eo amissam bonorum possessionem, vel hæreditatem ipse acquireret, quod stricto jure non recte desiderabit, quia restitutio in integrum non competiit defuncto intra diem aditionis, ergo neque hæredi ejus competere potest: et tamen Divus Pius sine respectu superioris distinctionis, id est sive intra, sive post diem aditionis, vel petitionis filius decesserat, constituit constitutioni in integrum locum esse ex persona defuncti, quasi defuncto competierit, quæ tamen ipso jure non competiit, cujus constitutionis humanitatem, benevolentiam, benignitatem. Papinianus etiam censet esse porrigendam ad propositam speciem, in utraque specie dandam restitutionem in integrum hæredi, quasi ex persona defuncti, licet stricto jure, (opponit strictum jus humanitati) defuncto non competierit, quum defunctus est intra diem aditionis, juris sui ignarus. Duplex est ratio, una absentia Reip. causa, altera justa ignorantia; altera tamen ratio non sufficeret: est enim hoc jus singulare et benigne receptum: quod tamen non est trahendum ad consequentias, ut quam minimum fieri potest, recedamus a jure stricto, et scripto, *l. qui negotia, ff. mand. l. peregre, §. quæsitum, de adquir. possess.* Et observandum est illo loco hujus legis, *refert, in eo qui legationis causa Romæ erat, et filium*, legendum *et filio*, ut in vulgatis libris, non *et filium*, ut in Florentinis, non *et in filio*, sed *et filio*, uno tractu, quasi sit una species, legendum est, *refert, in eo qui legationis causa Romæ erat et filio, qui matris delatam possessionem:* hoc igitur loco non notari duas species, unam absentiæ legationis Reip. causa, alteram absentiæ cujuslibet, ex causa probabili, ut Dd. vaticinantur, sed unam tantam notari speciem, quam exposui de legato patriæ suæ, qui Romam venerat, et interim ibi matris delatam bonorum possessionem amiserat, moriens non cognita morte matris: non ergo cuilibet absenti idem dabimus, sed absenti Reip. causa tantum; non etiam idem dabimus minori defuncto intra diem aditionis, vel petitionis, quoniam nec infanti hoc datur, *l. si infanti, §. sin vero, Cod. de jure deliber.* in quo valde falluntur interpretes nostri. Hæc est sincera hujus responsi interpretatio.

Ad §. Rei.

Rei perduellionis hæreditatem suspensa cognitione filius emancipatus, cui de patris innocentia liquet, potest quærere.

Reus perduellionis si moriatur in reatu, crimen non extinguitur, hoc est notissimum, *l. ultim. ff. ad leg. Jul. majest.* sed post mortem ejus cognitio peragitur. At suspensa, inquit, cognitione, ut in *l. pen. C. de crim. exp. hæredit.* suspenso crimine, *l. pen. inf. de accus.* quæritur, an filius emancipatus, cui de patris innocentia liquet et constat certo, hæreditatem ejus adire possit aut adquirere bonorum possessionem? Et respondet Papinianus, posse, quia juris sui certus est, incertus et dubitans non posset adire, *l. cum falsum, sup. hoc. tit.* certum juris sui, certo animi judicio ad aditionem hæreditatis accedere oportet, vel ad petitionem bonorum possessionis, qua de causa dicitur pupillus non posse adire sine tutoris auctoritate, quia nihil scire intelligitur, aut nullius rei esse certus aut compos, sed si postea forte damnaretur innocentis patris memoria iniquo judicio, fiscus ei auferret hæreditatem.

Ad §. Ultimum.

Pro hærede gessisse filium placet, qui moriens, comperto matrem suam intestato vita decessisse, codicillis petit ad hærede suo, ut maternorum bonorum servum manumitteret, ac sibi parentibusque suis in possessionem matris monumentum extrueret.

Sequitur in §. ultimo, hæreditatem adquiri non tantum adeundo, sed etiam pro hærede gerendo, quod est notissimum, et docet in hoc §. *ultim.* pro hærede gerere eum videri filium, qui cognita morte matris intestatæ, moriens et ipse postea, codicillis petiit ab hærede suo, ut maternorum bonorum et servum manumitteret, vel ut monumentum extrueret in prædio materno sibi parentibusque suis: quæ verba in titulis monumentorum sunt frequentissima, quoniam iis indiciis plane moriens demonstravit se agnoscere et amplecti maternam hæreditatem, proinde transmittit eam ad hæredem suum,

tanquam adquisitam. Idem etiam erit, si moriens testamento suo bona materna alii reliquerit; ut in *l. si adeat, C. de jure deliber.* Itaque adquisitio hæreditatis sive gestio pro hærede, aut geritio, non est tantum actus viventis, sed etiam morientis.

Ad L. XXVII. Si quis omiss. caus. testamenti.

Mater secundis tabulis impuberi filio substituta, locum edicti facit, si omisso testamento legitimam hæreditatem filii possideat. Idem juris erit et si filio hæres data sit, et substituta.

Ad speciem hujus initii adnotemus: quod si testamento hæres institutus sit is, qui et ab intestato testatori hæres esse potest, et ab eo legata relicta sint, eo non expresso, ut et ab intestato deberentur, ut in *l. eam, C. de fideicomm.* vel non adjecta clausula codicillari, et is in fraudem legatariorum prætermisso testamento, prætermissa institutione ab intestato, hæreditatem totam, partemve ejus possidere cœperit, ut legatari cererent legatis, quæ sane non debentur jure ipso, non adita hæreditate ex testamento, idest, destituto, et deserto testamento, prætor ex hoc edicto, quod hic proponitur, calliditati ejus occurrit, data in eum legatariis utili actione, quasi ex testamento, perinde atque si ex testamento adiississet hæreditatem, tametsi repudiaverit causam testamenti, et ab intestato rem tenere cæperit, quod primo responso hujus legis ostenditur non servari tantum in testamento principali, tametsi edictum prætoris de principali tantum testamento loquatur, sed etiam ex sententia edicti, in testamento pupillari, quod pater filio pupillo fecit, ut si filio impuberi substituta sit mater in secundum casum, et ab ea legata relicta sint, et filio impubere mortuo, omissa substitutione pupillari, omisso testamento pupillari, maluerit mater jure intestati ex Senatusconsulto Tertull. filii hæreditatem amplecti, nihilominus utilibus actionibus iis tenetur, quibus in substitutione sive testamento pupillari legata relicta sunt. Et addit Papinianus, idem esse, si mater filio impuberi cohæres adjecta et substituta, sit, et mortuo filio impubere, partem hæreditatis, quæ filio obvenerat, noluærit mater capere jure substitutionis, sed eam possederit ab intestato ex senatusconsulto Tertull. Nam et edictum prætoris. non tantum eum complectitur, qui hæreditatem ex testamento repudiavit totam sed et qui partem, vel rem unam hæreditariam, eamque possidet ab intestato, *l. 1. in princ. §. non quærimus, l. etsi non totam, hoc tit.*

Ad §. in sententiam.

In sententiam edicti, propter legatorum causam frater incidisse non videbatur, qui filium suum substitutum impuberi testamento fratris non emancipavit, sed ab intestato per eum bona possidere cæpit.

Secundi responsi species hæc est pulcherrima: frater meus filio impuberi suo hæredi instituto, in secundum casum substituit filium meum sub conditione, si eum emanciparem, ut mihi per eum non adquireretur hæreditas, quæ conditio erat olim frequentissima in institutione filii alieni, ut docui ad Africanum in *l. 46. de hæred. instit.*

Ab eodem autem filio meo in secundis tab. in substitutione pupillari frater meus legata reliquit: ego filio fratris mortuo intra pubertatem nolui filium meum emancipare, ut ex substitutione pupillari caperet hæreditatem, sed ad intestato per eum bona filii fratris possidere cæpi: recte ait: *Bona* non *hæreditatem*, quia nolui filii fratris mei hæres esse jure legitimo, qui eram ei proximior, et malui filium meum venire ab intestato me deficiente, petita scilicet bonorum possessione unde cognati, quia ante Justinianum in legitimis hæreditatibus successioni non erat locus, sed deficiente proximo hærede legitimo, sequentes vocabantur, non ut legitimi quia legitimus legitimo non succedit, sed vocabantur ex parte unde cognati, *§. placebat, Inst. de leg. agn. success.* Et Paulus 4. *Sentent., tit.* 8. Sed per filium meum, postquam is agnovit bonorum possessionem unde cognati, me jubente, vel ratum habente, ut in *l. 1. Cod. qui admitti*, ego ea bona possidere cœpi: quæritur, an me legatarii convenire possint, quasi commiserim in edictum? posset tentari, posse legatarios me convenire, non quidem ex verbis edicti, quæ sunt de hærede scripto, et filius meus scriptus est, non ego, sed ex sententia edicti, quia nihil interest, ego an filius meus hæres scriptus sit, *l. 1. §. 1. l. si filius meus. hoc tit.* At verius est me non incidisse in sententiam edicti, ac proinde legatariis non teneri, quia quod dicitur, nihil interesse, ego an filius meus hæres institutus sit, quod ad vim edicti attinet ita procedit, si per filium meum ex testamento hæreditatem meam adquirere potuerim, et omissa causa testamenti filii nomine ab intestato bonorum possessionem acceperim, vel per eum ab intestato bonorum posses. acquisierim, ut in supradictis ll. At in specie proposita, per filium meum ex testamento hæreditatem adquirere non potui, quia institutioni filii mei vel substitutioni fuit inserta conditio emancipationis, et ideo non committo in edicti sententiam, si eum nolo emancipare, id est, si eum nolo si-

bi hæreditatem adquirere, sed malo ei cedere proximo loco successionis ab intestato, ut veniat ad bona patruelis sive consobrini sui ex parte unde cognati, eaque mox mihi per eum adquiratur non per memetipsum. Nec obstat quod dicitur, conditionem quæ in nostra potestate est, quæ uno verbo dicitur potestativa, pro pura haberi, *l.* 1. §. *qui sub conditione. h. tit.* et conditionem emancipationis esse in potestate mea, quoniam hoc ita verum est, si illa conditio mihi imponatur: at cum filio meo imponitur, *si te pater emancipaverit*, profecto causalis est conditio, non potestativa, neque enim patri invito filius extorquere emancipationem potest.

Ad §. *Ultimum.*

In eum, qui testamento scriptus hæres non fuit si fraudis consilio cum hæredibus scriptis participato, legitimam hæreditatem solus possideat, actio legatorum ex sententia prætoris dabitur.

Ex verbis edicti legatariis tenetur hæres, sive legatorum actio datur in hæredem scriptum, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hæreditatem. Ex sententia autem et mente edicti datur etiam quandoque actio legatorum in non scriptum hæredem, veluti in legitimum hæredem, qui id egit dolo malo cum hærede scripto in fraudem legatariorum, ut repudiaret hæreditatem ex testamento, atque ita tota hæreditas ab intestato ad eum perveniret: hoc casu etiam in hæredem legitimum competunt utiles legatorum actiones: hoc tamen ordine servato, ut si hæres scriptus pecuniam accepta a legitimo hærede testamenti causam omiserit, ipse prior conveniatur a legatariis, et excutiatur, et post eum legitimus hæres, qui cum eo fraudem participavit: si gratuito omisit testamentum, ut prior conveniatur hæres legitimus, *l.* 2. *l.* 4. *l.* 10. §. *ultim. hoc tit. l.* 1. *Cod. eodem tit.* Posui hæreditatem totam ad hæredem legitimum pervenisse. ut Papinian. solum eum, inquit, hæreditatem possidere, quia si partem tantum hæreditatis possideret hæres legitimus, maxime gratis, pro ea duntaxat parte teneretur respondere legatariis, *l.* 10. *in princ. et l.* 24. *hoc. tit.*

Ad L. IV. de SC. Syllan.

Qui posthumos hæredes instituerat, non natis posthumis, uxorem secundo loco scripsit hæredem, cum a familia necatus diceretur, uxor diem suum obierat, hæredes mulieris actiones ex constitutione sibi dari postulabant: eos ita demum audiendos esse respondi, si mulier quam in utero nihil gestare constabat, propter Senatusconsultum hæreditatem adire noluit, alioqui prægnante ea defuncta, nullam injuriæ querelam intervenisse.

In hac l. hæc species proponitur: quidam posthumos hæredes instituit, eisque si non nascerentur, uxorem substituit, et cum is a familia necatus diceretur, uxor mortua est ante aditam hæreditatem: quæritur, an ad hæredem suum uxor transmiserit utiles actiones hæreditarias, ut *l. prox.* §. *pen. sup. hoc tit.* ostenditur, si hæres metu SC. Syllan. id est metu amittendæ hæreditatis, quoniam SC. Syllan. cavetur, ut hæredi fiscus hæreditatem auferat quasi indigno, si, cum testator a familia necatus diceretur, ejus hæreditatem adierit apertis tabulis testamenti, antequam de servis quæstio haberetur, si, inquam, hæres metu Senatuscons. Syllaniani hæreditatem non adierit, et pendente ejus rei inquisitione diem suum obierit, in hæredem suum stricto jure non transmittere actiones hæreditarias, propter regulam juris, quæ dictat, hæreditatem non aditam, in hæredem non transmitti, *l. un.* §. *in novissimo*, *C. de cad. toll. l.* 6. *in fi. et l.* 7. *sup. de inof. test. l.* 1. *C. Theod. de legit. hæred. l.* 2. *C. Hermog. de success.* Sed transmittere tamen in hæredem constitutione quadam Principium h. l. demonstrat, nisi malis in ea, ut est in nonnullis libris, et videtur esse rectius, legere *ex substitutione*, non *ex constitutione.* Et ratio dandarum utilium actionum hæc est, ne fiat injuria hæredi instituto vel substituto, quem SC. impedivit et deterruit ab adeunda hæreditate, si interim defunctus nihil transmittat ad hæredem suum, qui voluit quidem adire, sed impeditus fuit SC. quia noluit cum periculo adire: unde quæritur in hac lege, an etiam non editis posthumis, mortua uxore ante aditam hæreditatem, quod metu SC. territa fuisset ab adeunda hæreditate quod maritus a familia necatus diceretur: an audiendi sint hæredes uxoris, qui ex substitutione utiles actiones sibi dari postulant? Et ita distinguit Papin. ut, siquidem dum uxori liqueret, se nihil gestare in utero, solius Senatuscons. metu non adiret hæreditatem, tum ut intelligatur in hæredes suos, si interim mortua sit, transmisisse utiles actiones hæreditarias, sed si, cum existimaret se esse prægnantem, vel propter sarcosin uteri, quæ vulgo *mola* dicitur a Medicis, vel qua alia ratione, vel etiam si cum revera esset prægnans, hæreditatem non adire, non tam metu Senatuscons. quam quod sciret non posse adiri hæreditatem a substituto, quandiu institutus speratur, ut in *l. cum quidam*, §. 1. *et seq. sup. de adq. hæred. l. antiqui*, *l. illud*, *si pars hæredit. pet. l.* 4. *in fi. inf. bonor. poss. contra tab. l. pen.* §. *ult. ff. unde legitimi*, hoc casu nihil in

hæredem suum transmittit, quoniam aliud fuit impedimentum adeundæ hæreditatis, quam metus Senatusconsulti, spes scilicet nascituri posthumi, quod revera esset prægnans, aut se existimaret, hoc, inquam, casu, nihil in hæredem suum transmittit, ergo nec directas, nec utiles actiones, quod maxime congruit cum *l. prox.* §. *ult. sup.* quia nec etiam recte et juste quæri hæres potest sibi vel defunctæ injuriam fieri, si ab ea nihil ad se transmittatur, quod his verbis significat Papinianus dum ait: *Eo casu nullam injuræ querelam intervenire.* Plus dico, etiam non esse subveniendum uxori, vel hæredi ejus, exemplo filii vel hæredis ejus, si posthumus præteritus dum speratur, dum testamentum est in causa rumpendi, ei fuerit impedimento in adeunda hæreditate, quia filio subveniri æquum est, propterea quod omnimodo, id est, sive nascatur posthumus, sive non, patri hæres aut bonorum possessor futurus est, quæ est ratio legis *ventre*, *sup. de adquir. hæred.*

Ad Leg. XXI. Eod.

Propter veneni quæstionem tempus petendæ possessionis non profertur, cum eo quoque suspenso crimine recte petatur. Aliud senatui placuit, cum a familia dominus necatus dicitur, servorum videlicet causa: quorum libertatem quæstionis habendæ gratia negligi necesse est.

Notandum est multum interesse, utrum dominus per vim a familia, aut præsente familia, quod perinde, est, necatus esse dicatur, an veneno, aut veneficio sive vi carminis: nam si dominus vi aperta a familia necatus esse dicatur, ex Senatusconsulto Syllan. hæreditas ejus adiri non potest, antequam de servis, qui sub eodem tecto fuerunt, qui, ut veteres dicebant: *subfuerunt*, quo tempore dominus occisus est, quæstio habita sumptumque de noxiis supplicium fuerit, qui vel occiderunt, vel auxilium domino non tulerunt. Cujus juris duplex est ratio, ne hæres facinus familiæ occultet propter suum compendium, dum mavult servos noxios habere ut distrahat, quam pœna eos consumi, *l.* 3. §. *non tantum*, *hoc. tit.* Notatur et altera ratio initio hujus l. ne forte servis quibusdam testamento manumissis competat libertas, si hæreditas statim adeatur ante quæstionem de familia habitam sumptumque supplicium, et necesse sit, si res ita procedat, de liberis hominibus quæstionem haberi, tanquam de servis neglecta eorum libertate, quam melius esset non negligi, quoniam liberi homines vix quæstioni subjiciuntur: sed tamen necesse esset hoc casu eos subjicere quæstioni, cum a familia necatus dominus esse dicitur, et hoc est, quod ait, *servorum causa*, quorum libertatem quæstionis habendæ gratia negligi necesse est: *quorum libertatem*, quæ scilicet competeret statim, si statim liceret adire hæreditatem, et quorum libertatem negligi necesse est, tamen melius esset eam non negligi. Quod si dominus veneno necatus esse dicatur, clam et per insidias, non per vim, hæres non prohibetur statim adire hæreditatem aut bonorum possessionem petere suspensa cognitione hujus criminis, *l.* 1. §. *occisorum*, *l. necessarios* §. *ult. l. prox. sup. hoc tit. l.* 9. *C. de iis quib. ut indign.* quia adversus venenariorum, vel veneficorum insidias quid auxilii familia vel quisquam ferre potest? Nihil prorsus: et ideo domino extincto eo modo clanculum etiam non habetur quæstio de servis, qui sub eodem tecto fuerunt. Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad §. *Neptis.*

Neptis quæ possessionem aviæ petierat, mortem ejus, interfectam sciens, non defenderat; fideicommissum, quod avia ex alio testamento nepti debuit, in restituendis fisco bonis non esse deducendum placuit: dolus enim hæredis punitus est: si autem negligentia mulier emolumentum bonorum amiserit, fideicommissum esse retinendum, integrato jure debiti, rationis est.

Sciendum est, hæredem posse adire hæreditatem occiso testatore, etiamsi nondum ultus sit necem testatoris, id est, si modo non a familia, sed ab alio occisus esse dicatur, *l. ejus*, §. *ult. inf. de jure fisci*, *l. eum qui*, §. *bonis*, *inf. de iis quib. ut indign. neque huic* sententiæ refragatur *l.* 6. *C. eod. tit.* quoniam, utibi ostenditur, ea l. pertinet ad Senatusconsultum Sillan. id est, ad casum domini a familia necati, aut qui a familia præsumitur esse necatus, vel familiæ opera, vel conniventia, de quo casu non est hoc secundum responsum, sed si post aditam hæreditatem non ulciscatur hæres, et defendat necem defuncti sive sciens, sive ignorans, vindictam et defensionem omiserit, indistincte ei aufert hæreditatem fiscus, ut indigno: verum quæritur an si forte defunctus hæredi debuerit fideicommissum ex alio testamento, quæ actio fideicommissi alio testamento relicti defuncto aditione confusa et extincta fuit, quia debitoris hæreditatem creditor adivit, creditor, inquam, adivit hæreditatem debitoris fideicommissi: quæritur erepta ei per fiscum hæreditatem, quod inultam relinquerit cædem defuncti, an saltem ei ea actio restituenda sit, quæ aditione quidem confusa est? Sed æquum videtur, ut redintegretur ablata ei, si adiit hæreditatem. Et distinguit Papinian. hoc loco, ut in *l. hæredem, inf. de iis*

quib. ut indig. Aut sciens hæres dolo malo inultam relinquit cædem defuncti, et tunc confusa actio non restituitur, ut dolus ejus puniatur. Aut ignorans negligentia quadam non inquisiit nimirum in genus mortis defuncti, mortem ejus inultam relinquit, hoc casu, quia dolus abest, æquum est ei actionem confusam restitui et redintegrari, et ex hæreditate fisco restituenda deduci et retineri fideicommissum, quod ei defunctus debet: et huic responso lex, quam objicit Accurs. nullo modo adversatur *l. duo, in fi. sup. tit. prox.* quia non loquitur de actione confusa per aditionem quæ tamen, quod notandum, hærede omissa causa testamenti hæreditatem adeunte ab intestato, confunditur, si quid hæredi defunctus debuerit, nec sane restituitur, quia hæreditas ei non aufertur.

Ad §. ult.

Præsidis iniquitate reis illatæ cædis absolutis hæredibus qui non defunctorie debitum officium impleverant, quamvis non provocassent, hæreditatem auferri non oportere visum est.

Notandum est ex ult. responso h. l. non auferri hæreditatem hæredi, ut indigno, si reos cædis defuncti postulaverit, et peregerit sedulo, non defunctorie, non dicis causa, licet absoluti rei fuerint iniquitate judicis, nec ipse hæres a sentententia appellaverit. Ab hærede exigimus, ut crimen illatæ cedis peregat et perducat ad sententiam, non etiam, ut vincat, quoniam hoc etiam in eo non est, non item ut victus appellet. Neque huic responso quidquam obstat *l. 6. C. de iis, quib. ut indign.* quoniam in ejus l. specie hæres vicit et condemnavit auctorem cædis, et ideo, si condemnatus appellet, sane erit in dolo aut magna negligentia, nisi appellationem persequatur. In hac autem specie hæres non vicit, hæres non habet sententiam, quæ pro se faciat, nec necesse habet appellare aut litigare pervicacius. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad L. LXXV. de Leg. II.

Miles ad sororem epistolam quam post mortem suam aperiri mandavit, talem scripsit: scire te volo donare me tibi aureos octingentos: fideicommissum deberi sorori constitit, nec aliud probandum in suprema cujuslibet voluntate: placet enim consistere fideicommissum ac si defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur.

Duo sunt brevia responsa in hac lege. In primo ostenditur recte fideicommissum relinqui, etiamsi nemo rogetur præstare fideicommissum, id est, si cum hærede non loquatur testator, sed cum fideicommissario, ut in *l. peto, hoc tit. Peto Cai Sei, contentus sis centum aureis*, vel ut in specie h. legis: *Scire te volo donare me tibi aureos octingentos.* Dono, est verbum directum, *l. Aurelius, §. Titius Sejo, de liber. leg.* At in hac specie verbum *dono* pro precario accipitur, quia scriptum est in epistola, in qua nihil directo scribi potest, et quæ ob eam rem dicitur epistola fideicommissaria, *l. cum quis, §. Sejo, titu. seq. l. 7. qui testam. fac. poss.* Et ideo, ex voluntate militis qualis fuit testator in hac specie, vis ejus verbi, *dono*, convertitur in causam fideicommissi, ut in *l. precibus, in fi. C. de impub. et ali. substit. et l. centurio, de vulg. substit.* Nec igitur idem esset in pagano. Nec obstat quod subjicit: *non esse aliud probandum in cujuslibet suprema voluntate.* Ergo nec in pagani voluntate, quoniam hoc ad speciem eandem fideicommissi non respicit, quæ proponitur initio hujus legis, sed ad generalem definitionem, quam subjicit, *fideicommissum consistere et si defunctus*, sic esse legendum jampridem ostendi ex Græcis, non, *ac si defunctus*: consistere igitur fideicommissum, etsi defunctus cum eo loquatur, quem precario remuneratur, id est, cui fideicommissum relinlinquit, non cum eo a quo relinquit, puta, hærede, ut in exemplo *d. l. Peto Cai Sei, sis contentus illa re, vel pecunia, etc.* ubi nullum est verbum directum, vel etiam, ut in *l. fideicomissa, §. si quis ita, tit. seq. Cai Sei sufficit tibi illa res*, ubi etiam nullum est verbum directum, quod inflecti necesse sit, vel etiam, ut apud Paul. initio 4. Sent. *volo tibi illud præstari*, ubi est verbum precarium volo, et ibi quoque idem Paulus generaliter definit, eum, qui fideicommissum relinquit, cum eo cui relinquit, loqui posse.

Ad §. pro Parte.

Pro parte hæres institutus cui præceptiones erant relictæ, post diem legatorum cedentem ante aditam hæreditatem, vita decessit: partem hæreditatis ad cohæredes subditos pertinere placuit, præceptionum autem portiones, quæ pro parte cohæredum constiterunt, ad hæredes ejus transmitti.

Non ignoratis, quod sæpissime jactavi, hæredem institutum ex parte, cui prælegata sive præceptiones relictæ sunt, partem prælegatorum accipere a cohæredibus jure legati, partem a semetipso jure hæreditario, *l. in quartam, ff. ad leg. Falcid. l. legatum, §. 1. sup. tit. prox.* Nunc finge: tres hæredes instituti sunt ex æquis partibus, primus, secundus, tertius, adeoque invicem substituti sunt,

et primo quidem prælegata data sunt: primus deinde moritur ante aditam hæreditatem, et post diem cedentem prælegatorum, id est, post mortem testatoris, vel, ut olim, post apertas tabulas ex l. Papia, vel post existentem conditionem legatorum. Certum est portionem ejus hæreditariam ad cohæredes pertinere jure substitutionis reciprocæ: de prælegatis quæritur an ea pertineant ad hæredem primi jure transmissionis, quod post diem eorum cedentem vita decesserit, quæ cessio dici facit, ut legata transmittantur ad hæredem: verum ut Papinian. respondet hoc loco, non transmittuntur integra, sed deducta portione hæreditaria, quam in eis legatis habet pro rata suæ portionis, quæ pars pertinet ad substitutos cohæredes, residuum ad hæredem primi, quod pro parte cohæredum habuit jure legati. Huic responso valde obstat *l. qui filiabus*, §. *ult. et l. seq. sup. tit. prox. et l. cum resp. C. de leg.* ubi proponitur hæres institutus ex parte, cui prælegata data sunt, se abstinere hæreditate tantum non prælegatis, et capere prælegata integra vel transmittere ad hæredem suum, non deducta portione hæreditaria, quasi tota capiantur jure legati, cumque sprevit hæreditatis portionem, quæ sibi adscripta est: eo casu prælegata non diverso jure capiuntur, sed uno tantum jure: et ut respondeamus, recte ponitur in illis ll. hæres omisisse hæreditatem, quo casu totum prælegatum retinet, quoniam separavit hæreditatem a prælegato, sprevit hæreditatem et elegit legatum. At in specie hujus responsi hæres non omisit, nec repudiavit hæreditatem, non separavit eam a prælegato, sed mortuus est ante aditam hæreditatem, quum consultabat, et deliberabat, id est, antequam sibi prælegata retineret, neglecta hæreditate, antequam separaret hæreditatem a prælegato, et ideo totum prælegatum in hæredem non transmittitur, sed partes tantum, quæ ex persona hæredum constiterunt. Et ita Accursius statim, sine ambagibus respondit in *l. filio*, *sup. tit. prox.* At hic tres adfert solutiones: secunda est ea, quam attuli et verissima. Prima hæc est: hic agi de substituto cohærede, ibi de non substituto cohærede, et jure substitutionis etiam prælegati portionem hæreditariam ad substitutos pertinere: jure adcrescendi, non item, quam differentiam refellit *l. Sextilia*, *tit. seq.* Tertia autem soluto constituit differentiam inter suum et extraneum hæredem, quam differentiam etiam evertit *l. quæsitum* §. *duobus*, *sup. tit. prox.* Ergo permaneamus in secunda.

Ad Leg. XXII. de Adim. et transf. leg.

Ex parte hæres institutus, etiam legatum acceperat: eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset: neque perficere potuisset, præteriit: hæreditariæ quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submovebitur.

Memoria repetendum est quod habuimus in *l. militis*, §. *veteranus*, *sup. de testam. milit.* cum quo et hanc legem diximus esse conjungendam. Hæreditatem testamento datam nuda voluntate non adimi, sed alio testamento solemni et jure perfecto. Legatum autem adimi, etiam nuda voluntate minusve solemni, non quidem ipso jure, sed beneficio exceptionis doli mali opposit e legatario petenti legatum: hæc differentia inter hæreditatem et legatum aperte demonstratur in hac lege. Finge: hæredi instituto ex parte prælegata data sunt, et post testamentum inter eum hæredem et testatorem capitales et gravissimæ inimicitiæ intercesserunt, quibus adductus testator cum alio facto testamento eum hæredem instituisset mutare, id non potuit perficere morte præventus, atque ita eum hæredem præteriit, id est, non ut constituerat exhæredavit, Papinian. ait, ei hæredi hæreditarias actiones competere sine metu illius exceptionis, quia hæreditas ei adimi non potuit nuda voluntate. Eundem autem hæredem petentem legatum repelli exceptione doli mali. Petentem legatum officio judicis famil. erciscundæ exceptione doli mali, quasi adempto legato pro parte cohæredum, ut in *l. pen.* §. *pen. hoc tit.* quæ est sensentia hujus legis. Ne autem dixeris in hac specie, in hæreditate fisco locum esse, quoniam hoc vetat oratio Divi Pertinacis, de qua in §. *pen. Instit. quib. mod. test. infirm.* Et ita Julius Capitolinus in Pertinace: *legem*, inquit *tulit*, *ut priora testamenta non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet.* Ergo ne dicas in hæreditate fisco locum esse. Et ad hoc dicendum minime te compellat *l. hæreditas*, *C. de his*, *quib. ut indig.* in qua testator propalam declaravit hæredem a se scriptum indignum et immerentem esse, quod hic non declaratur. Itaque in illa specie vocatur fiscus, non in hac specie. Ad id quoque dicendum minime te compellat *l. cum quidam*, *de iis*, *quibus ut indig.* in qua proponitur testatorem secundum testamentum solemniter perfecisse, licet in eo scripserit hæredem incapacem nesciens, et ideo primo testamento scriptum hæredem non habere supremam voluntatem defuncti, quamobrem fiscum vocari in locum incapacis, nec excludi a primo hærede, qui non habet supremam voluntatem defuncti. In hac autem specie hæres scriptus primo testamento videtur habere supremam voluntatem de-

functi, cum nulla aliis supersit voluntas, nullum aliud testamentum, quod sit perfectum, et ideo fisco locus non est in hac specie. Ne dixeris etiam in legato, quod hæredi ademptum intelligitur, fisco locum esse, quia etiamsi capitales inimicitiæ intervenerint inter legatarium et testatorem, et ideo legatum ei præsumamus testatorem noluisse præstari, tamen fisco locus non est, nisi uno casu, qui proponitur in *l. si inimicitiæ*, *ff. de iis, quib. ut indig.* videlicet, si legatarius testatori moverit controversiam status, si vindicaverit in servitutem, quod est caput petere testatoris, quoniam eo modo impugnat testamentum, ut *l.* 16. *eod. tit.* Et ideo ut indignus repellitur ab eis, quæ ei testamento relicta sunt quoquo titulo id impugnavit: si ut indignus repellitur, ergo in locum ejus venit fiscus: fiscus est successor indignorum et ingratorum hæredum.

Ad Legem XV. de His quibus ut indignis.

Hæredi, qui falsos codicillos esse dixit, neque obtinuit, hæreditas non aufertur, si tamen aliquid a cohærede codicillis acceperit, ejus actio denegabitur: itaque si bonorum inter hæredes divisionem defunctus codicillis fecerit, partes quidem hæreditarias, in quibus legatum consistere non potuit, tenebit: sed Falcidiæ beneficio non utetur; si tantum in amissis portionibus erit, quod Falcidiam æquitate compensationis recusaret.

Sciendum est eum, qui testamentum falsum dixit, nec obtinuit, et a testamento repelli, et a codicillis ad testamentum factis, et in locum ejus quasi indigni fiscum vocari, quia utrumque instrumentum et testamenti scilicet et codicillorum improbasse et coarguisse videtur: qui totum improbat atque coarguit, et partem improbat. Codicilli autem pro parte testamenti habentur. Verum aliud dicendum e contrario, si codicillos tantum esse falsos dixerit nec obtinuerit: non enim hic repellitur a testamento, sed a codicillis tantum, quia non videtur testamentum improbasse, *l.* 5. §. *qui principale*, *hoc tit.* Qui partem improbat non continuo et totum improbat: et ideo, ut hoc loco Papinian. ait, ei a fisco hæreditas testamento data non aufertur: verum si codicillis prælegatum ei relictum sit, id ei fiscus ut indigno aufert, et eripit, non quidem integrum, sed pro partibus tantum, quas a cohæredibus accepit jure legati. Partem autem, quam a semetipso accepit jure hæreditario, quod pro ipsius parte legatum consistere non possit, ut in *l. eum, qui*, §. *ult. hoc tit.* eam partem retinet, quasi testamento principali: hoc cognito, finge: Testator, qui mille habuit in bonis, duos in testamento hæredes scripsit æquis partibus, primum et secundum, codicillis autem inter eos cohæredes bonorum suorum divisionem fecit: primo adsignatis rebus Italicis, quæ dignæ erant ducentis, secundo provincialibus quæ erant dignæ octingentis. Ipso jure ii hæredes habent semisses omnium bonorum, id est, singuli quingenta, cujus portionis Falcidia sive quadrans est 125. At vice mutua videtur testator eis prælegasse, primo partem, quam secundus haberet in rebus Italicis id est, centum: secundo autem partem, quam primus haberet in rebus provincialibus, id est quadringenta, *l. ex facto proponebatur*, *de hæred. inst.* Atque ita fit officio judicis familiæ erciscundæ cognoscentis, ut res Italicas primus capiat, partim jure hæreditario a semetipso, partim jure legati a cohærede secundo, et similiter secundus res provinciales. At si idem primus codicillos, in quibus illa prælegata sunt sibi et cohæredi facta inter eos divisione bonorum, falsos dixerit, nec obtinuerit, fiscus ei auferet semissem rerum Italicarum, quem ex codicillis a cohærede accepit jure legati: alterum semissem, id est, centum primus sibi retinebit jure hæreditario veluti ex testamento, quod non accusavit. Ex semisse autem rerum provincialium, quem primus secundo cohæredi suo jure legati præstare debet, si velit retinere, quod Falcidiæ portioni suæ deest: nam et Falcidia retinetur ex prælegatis, *l.* 15. §. *ult. ad l. Falcid. l. a cohærede*, *C. eod. tit.* Desunt Falcidiæ portioni suæ 25. quoniam ipso jure Falcidia portionis cujusque est 125. et is centum duntaxat habet jure hæreditario. Si igitur velit retinere illa 25. ex semisse bonorum provincialium cohæredi præstando, repellitur per exceptionem doli mali, opposita compensatione ejus, quod vice mutua percipit a cohærede, quia semis rerum Italicarum, qui est centum, quem a cohærede vice mutua percipit, et amisit sua culpa temere accusando codicillos, abunde supplet, quod jure ex Falcidiæ semisse rerum provincialium deducere desiderat. Et de hoc genere compensationis satis jam ante diximus in *l. qui non militabat*, *de hæred. inst.* explicata *l. Nesennius*, et *l. filio*, *ad l. Falcid.* et *l. filium quem*, *C. fam. ercisc.* quibus etiam eadem ratio compensationis approbatur. Et hæc est hujus responsi sententia.

Ad Legem LXXVI. de Condit. et Demonst.

Fideicommissum a filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur.

Sententia hæc est: conditionem, *si sine liberis decesserit*, de liberis naturalibus intelligi, non de

adoptivis, alioquin nullum non fideicommissum sub ea conditione relictum eluderetur et excluderetur commento adoptionis. Commentum vocat, quia adoptio est imago naturæ, *l. filio*, *de liber. et post.* Calphurnius Flaccus in declamationibus, *Adoptio*, inquit, *sancta res est*, *quæ beneficium naturæ et juris imitatur*: Ausonius.

Imitatur adoptio prolem,
Quam legisse juvet, quam genuisse velit.

Adoptivi igitur commentitii sunt liberi. Improbatur igitur in hac lege adoptio, quæ fit in fraudem fideicommissarii. Et sic in *l. cum ratio*, §. *ex bonis*, *ff. de bon. damn.* Portiones quæ liberis servantur ex bonis damnatorum dicuntur ita demum servari etiam liberis adoptivis, si non fraudis causa facta sit adoptio: et in *l, libertus*, §. *in adoptiva*, *ad municip.* significatur ideo jus originis in suscipiendis muneribus civilibus adoptione non mutari, quia inest adoptioni suspicio fraudis, quasi fiat in fraudem Reipubl. civilium munerum evitandorum causa: et omnino recte M. Tull. pro domo sua: *In adoptione neque calumniam; neque dolum, neque fraudem adhibendam esse.*

Ad Leg. VI. de Collat. dot.

Pater filium emancipatum hæredem instituit, et filiam exhæredavit, quæ inofficiosi lite perlata partem dimidiam hæreditatis abstulit, non esse fratrem bona propria conferre cogendum, respondi: nam et libertatem competere placuit.

Hujus l. sententia hæc est. Pater filium emancipatum ex asse hæredem instituit, filiam quam retinuerat in familia exhæredavit: filia egit querela inofficiosi testamenti, et fratri evicit semissem hæreditatis paternæ, eumque semissem habet jure intestati: alterum semissem frater habet jure testati. Nam etsi ab initio paganus non possit esse pro parte testatus, pro parte intestatus, tamen ex postfacto, maxime per querelam inofficiosi testamenti, pro parte fieri potest intestatus et pro parte manere testatus, ut in *l. nam etsi parentibus*, §. *ult. l. mater*, *l. circa*, *sup. de inoffic. testam.* Et in hac specie, in qua hoc quæritur, an debeat filius emancipatus sorori conferre bona propria et vicissim soror, an debeat fratri conferre dotem profectitiam, respondetur neutrum teneri conferre: optima ratione, quia inter fratres, tunc demum collationi locus est, quum eodem jure veniunt ad bona patris, puta omnes per bonorum possessionem contra tabul. vel bonorum possessionem unde liberi, vel etiam per querelam inofficiosi testamenti extraneis hæredibus scripsit, et in totum rescisso testamento per querelam, *l. ut liberis*, *C. de collat.* non etiam collationi locum esse, si diverso jure veniant ad bona patris, ut est in *l. seq. hoc tit. l. filium* §. *videamus*, *sup. de bon. poss. cont. tab.* In hac autem specie veniunt jure diverso, soror jure intestati, frater autem jure testati, qua ratione et libertates testamento relictæ omnimodo valent, quia testamentum consistit pro parte, et libertas dividi non potest. Legata autem valent pro parte, *l. judicatæ*, *inf. de except. rei jud. l. cum filio*, *in pr. de leg.* 2. *l. cum duobus*, *de inoff. testam.* Ergo in hac specie cessat collatio inter fratrem et sororem.

Ad L. Filiusfam. VIII. si Tab. testam. nullæ est.

Filiusfamilias ut proximus cognatus, patre consentiente, possessionem agnovit: quamvis per conditionem testamento datam, quod in patris potestate manserit ab hæreditate sit exclusus: tamen utiliter possessionem agnovisse videbitur, nec in edicti sententiam incidet, quoniam possessionem secundum tabulas non agnovit, cum inde rem habere non poterit, nec in filii potestate conditio fuerit, nec facile pater emancipare filium cogi poterit.

In hujus legis specie proponitur quidam filium cognati sui hæredem instituisse sub hac conditione, *si a patre emancipatus esset*, quoniam erat in potestate patris hanc adjecit conditionem, dum apud filium bona sua permanere cupit, non per eum patri acquiri manentem in familia et potestate ejus. Quamobrem testatores sæpe filiorum alienorum institutioni eam conditionem adjiciunt, vel perosi patrem, ut in *l. si quis in suo*, §. *ult. C. de inoff. testam.* atque apud Plinium 8. Epist. Curtius quidam perosus generum suum dicitur filiam generi sui, neptem suam hæredem instituisse sub conditione, *si esset manu patris emissa*, ne ad illum bona sua pervenirent: vel etiam quod testatores nonnunquam male suspicientur de moribus patris, ut in *l. filius*, *C. de inoffic. testam.* Neque enim temere bona nostra relinquimus eis, quos suspicamur ea per luxum statim consumpturos. Et sic in *d. l. filiis*, proponitur mater filios suos hæredes instituisse sub conditione emancipationis, quod secus suspicaretur de moribus mariti: sed erat etiam olim in matre alia major ratio, qua adducta filium instituerat sub conditione emancipationis, quia nec marito donare poterat constante matrimonio, nec maritum hæredem instituere ex l. Papia. Ergo nec filium, qui esset in potestate mariti, quia marito quæreretur statim, ut *l.* 3. §. *verbum*, *de donat. int. vir. et ux.* Eandem conditionem apponunt extranei plerumque quum filios alienos hæredes instituunt, ut in hac *l. et l. quidam. ff. de hæred. instit. l.* 3. §. *etsi hæres de minorib.* Sed frequen-

tius in jure proponitur mater aut avia sub ea conditione filium hæredem instituere vel nepotem, aut filio nepotive donare inter vivos, ut in *l. ult. sup. de pet. hæred. l. Divi, de jure codic. l. duos, l. avia, de cond. et demonst. l. 3. C. de instit. et substit.* Et apud Sueton. in Vitellio: *filium*, inquit, *a matre hæredem sub hac conditione institutum, si de patris potestate exiisset, manu emisit.* Institutioni sub ea conditione conceptæ, plerumque adjiciebatur dies centesimus: *si a patre intra dies centum emancipatus erit*, ut in *d. l. 3. §. etsi hæres, de minor.* quia intra centum dies cernenda et adeunda hæreditas erat: non ergo dies decimus adjici vulgo solebat, ut Glossa ponit hoc loco. In donatione autem inter vivos collata in filium alienum vel in filium proprium a matre sub eadem conditione adjiciebatur quælibet alia dies, veluti si intra biennium emancipatus erit, ut *l. 1. C. de donat. quæ sub modo.* Et ex iis quidem apparet, quam sit falsa doctorum quorundam opinio, qui existimarunt etiam ante Constantinum, id est, ante *l. 1. C. de bon. mat.* filiumfamil. non quæsisse bona materna, quia si ei non quæsivit bona materna, supervacua et inepta est conditio emancipationis, quam institutioni filii plurimum inserit mater. Et sane ante Constant. filiumfamil. patri quæsiisse etiam hæreditatem maternam pleno jure probat *l. 6. in pr. et l. filiusfam. de adquir. hæred. l. 1. §. qui operas, ad Senatusc. Tertul. l. 3. §. verbum, de donat. int. vir. et ux. l. 1. C. de lib. exh.* Et hoc probat etiam Accursius ipse, et Stephanus alter Græcorum Accurs. in *d. l. 1. C. de bon. matern.* His cognitis, fac quod filius sororis meæ, cui ego sum avunculus, filium meum consobrinum suum hæredem instituit sub conditione, *si a me in dieb. centum emancipatus esset*, et ab eo multa legata reliquit, ac me nolente filium emancipare, filius coactus est omittere causam testamenti, ad quam pervenire non potest ob defectum conditionis testamento datæ, quæ in ejus potestate non est. Omisso testamento mihi tanquam proximiori cognato, nempe avunculo, delata est successio defuncti ab intestato, ut in *l. 6. C. comm. de success.* Quam tamen successionem ego omisi aut repudiavi, ut filius meus, qui sequentem gradum occupat, ad ea bona veniret, ut proximus cognatus, me omittente successionem, qui eum gradu præcedebam, atque ita consentiente et cedente patre filius ab intestato agnovit bonorum possessionem unde cognati, et jure patriæ potestatis per eum ego cœpi ab intestato possidere bona filii sororis meæ: quæritur in hac l. an filius meus inciderit in edictum, si quis omissa causa testamenti, atque ideo, an teneatur legatariis perinde atque si ex testamento bonorum possessionem secundum tabulas accepisset? quod videtur dicendum, quia omisit causam testamenti, quam tamen amplecti potuit etiam pendente conditione emancipationis, non quidem adita hæreditate, quia adiri non potest ante conditionem impletam, sed petita bonorum possessione secundum tabulas, quam utique prætor dat etiam pendente conditione, *l. 2. §. si sub cond. l. 5. et 6. de bonor. possess. secund. tab. l. inter omnes, qui satisd. cog.* Ergo videtur ei imputari posse, quod non agnoverit bonorum possessionem secundum tabulas, quam potuit etiam suspensa conditione agnoscere denique videtur conveniri posse a legatariis, perinde atque si accepisset bonorum possessionem secundum tabulas, juxta sententiam edicti, *si quis omissa causa testamenti.* Aliud tamen Papinianus respondet in hac l. cui conjungenda est *l. mater §. 1. si quis omissa cau. test.* quæ idem statuit, filio alieno instituto sub conditione emancipationis, quod hæc filiofamil. instituto sub eadem conditione, ut in specie proposita, non intelligatur filiusfamil. incidisse in edictum, *qui omisso testamento*, id est, omissa bonorum possessione secundum tabulas, ab intestato agnovit bonorum possessionem unde cognati. Et ratio hujus responsi hæc est, quia is tantum incidit in edictum, qui causam omittit testamenti, quam cum re, id est, cum effectum amplecti potuit: at filius meus cum a me non emanciparetur in diebus centum, causam testamenti cum effectu amplecti non potuit. Nam etsi bonorum possessio secundum tabulas ei data foret pendente conditione emancipationis, tamen sine re constitueretur, et sine effectu postea conditione defecta, puta, non secuta emancipatione, cujus conditio non fuit in potestate filii mei, nec mihi invito extorqueri potuit emancipatio, quia patris potestas est res inæstimabilis, ut *l. filiusfam. §. 2. de leg. 1. l. 4. de emancip. lib.* Et ait, facile patrem emancipare filium non cogi, quia existunt certæ causæ, propter quas nonnunquam extra ordinem non jure ipso pater cogitur filium emancipare, ut in *l. ultim. si quis a par. man. erit l. nonnunquam, de adopt. l. si cui leg. de cond. et demonst. l. pen. sup. de curat. fur.* Recte autem Ulpianus *lib. sing. reg. t. 23. et 28.* bonorum possessionem, aut cum re dari, aut sine re. *Cum re*, si is qui accipit cum effectu bona retineat: *sine re*, cum alius jure civili evincere hæreditatem potest, ut si suus hæres sit, inquit: Intestati bonorum possessio sine re est, quoniam suus hæres evincere hæreditatem jure legitimo potest, et ita in *l. filiis C. de inoffic. test.* dicitur filiis a matre institutis sub conditione emancipationis, patrem, qui conditioni non obtemperat, cum re bonorum possess. secund. tabul. non accipere vi-

deri. Accipere quidem bonorum possess. secundum tabulas, quia nihil est quod facilius concedat prætor cuilibet petenti, sed accipere sine re. Et ita a nobis Divus Ambrosius 9. Epist. *Sunt hæredes sine re, sunt et cum re: ut vivente testatore qui scripti sunt, hæredes sunt sine re*: et infra, *hæredis nudum nomen habent*: et infra, *tanquam clausis tabulis cernunt hæreditatem, rem non possident*. Et ex iis quidem facile, quæ sit sententia hujus legis intelligi potest, dum ait, filiumfamil. scilicet, a cognato, veluti a consobrino, ut posui speciem, non a matre, ut Glossa ponit, hæredem institutum sub conditione emancipationis, omissa causa testamenti, quod non emanciparetur a patre, agnovisse ab intestato bonorum possessionem unde cognati, non unde legitimi, ut Glossa tentat, quia non de matris, sed de cognati hæreditate quæritur: agnovisse igitur bonorum possessionem unde cognati, patre consentiente et filio cedente locum, nimirum malente patre per filium, quam per se ea bona ab intestato possidere, quando quidem per se venire potuit pater tanquam proximior cognatus, sed maluit filium venire ex successorio edicto, quo Papin. ait, tametsi hæreditate ex testamento exclusus sit, defecta conditione emancipationis testamento datæ, id est, non sequuta emancipatione intra dies centum, tamen utiliter, quod etiam Glossa nescit, ut explicari debeat utiliter, id est, cum re in Basil. ἐνδυνάμως, ab intestato agnovisse ut proximum cognatum bonorum possessionem unde cognati, nec incidisse in edictum, *si quis omissa causa testamenti*, propter causam legatorum aut fideicommissorum, quod non agnoverit bonorum possessionem secund. tabulas, quia, inde inquit, rem obtinere non potuit, id est, ex parte secundum tabulas, quoniam ex ea parte bonorum possessio futura erat sine re non impleta conditione emancipationis: denique filium habuisse justam causam omittendi testamenti ex quo nomen nudum hæredis capessere tantum potest, non rem obtinere. Notandum est hanc legem esse de bonorum possessione unde cognati, nec tamen alienam a titulo, qui talis est, si tabulæ testamenti nullæ exstabunt, unde liberi, tamentsi non sit de bonorum possessione unde liberi, sed de bonorum possessione unde cognati, quia hujus tit. duæ sunt partes, una generalis, si tabulæ testamenti nullæ extabunt: altera specialis, unde liberi: et hæc lex, etsi non pertineat ad specialem, pertinet tamen ad generalem. Postremo notandum est etiam huic responso locum esse, si filiusfam. a cognato hæres institutus sub ante dicta conditione, nec cohæredem, nec substitutum habuerit: nam si vel hunc, vel illum habuerit, ut in specie *l. filiis, Cod. de inoff. test.* sine re videbitur agnovisse bonorum possess. unde cognati: in specie *l. filiis*, cohæredem, vel. substitutum habuerit necesse est, cum de querela inoffic. testam. in ea agatur, an pater eam filii nomine intendere possit non emancipato filio. Nam querela inofficiosi testamenti non datur contra testamentum, non datur contra lignum, ut dicitur de bonorum possessione contr. tab. quæ datur contra testamentum, etiamsi nullus hæres extiterit ex testamento, sed datur contra hæredem, qui adierit hæreditatem ex testamento. Cum ergo quæratur, an agi possit querela, in specie illius l. existit igitur aliquis hæres primus aut secundum, iu quem agi possit eo judicio. Et breviter summa sententia *l. filiis* hæc est: filiisfamil. a matre hæredibus institutis sub conditione emancipationis, non emancipantem patrem filiorum nomine, neque bonorum possessionem secundum tabulas cum re accipere posse, neque agere posse querela inofficiosi testamenti adversus cohæredes, vel substitutos filiorum, quoniam non injuriæ causa, sed ut consuleret filiis, mater institutioni filiorum eam conditionem præposuit, et ideo pater, qui forte acceperat bonorum possessionem secundum tabulas, sed sine re, rem tenetur restituere cohæredibus, vel substitutis. Quod autem nos dicimus, *cum re*, vel *sine re*, hæredem aut bonorum possessorem, id etiam alii auctores imitantur sumentes a nobis; ut Vellejus Paterculus 2. dum ait: *Sillani imaginem Tribunitiæ potestatis sine re reliquisse*: et Ovid. 3. Amorum, de illo Deo;

Aut sine re Deus est, nomen frustraque timemus,
Nudum nomen habet.

Ad L. IX. Unde cognati.

Octavi gradus agnato jure legitimi hæredis, etsi non extiterit hæres possessio defertur, ut proximo autem agnato, quamvis extiterit hæres, non defertur.

In hac l. proponuntur duo responsa: et in priore differentia est inter cognatos et agnatos; quod agnati in infinitum, etiamsi decimo, vel ulteriore gradu sint ab intestato, ad hæreditatem vocantur jure civili, id est, ex xii. tabul. vel ad bonorum possession. unde legitimi, quæ edicto prætoris comparata est, agnatorum gratia. Nam legitimos prætor vocat agnatos, quos lex vocat ad hæreditatem, ut ipse similiter, ad bonorum possessionem. Denique ab intestato agnati veniunt gradatim usque in infinitum, vel jure civili, vel jure prætorio per bonorum possessionem unde legitimi, *l. 2. §. agnati, de suis et legit. §. pen. Inst. de suc. cog.* Et deficientibus agnatis, ad hæreditatem etiam in infinitum ex xii. tabul. vocabantur gentiles, id

est, ingenui homines ex ingenuis parentibus orti, qui ejusdem essent nominis, licet non ejusdem familiæ: agnati sunt ejusdem nominis et familiæ, et habent easdem imagines, *mesmes armes*: gentiles sunt ejusdem nominis tantum, non ejusdem familiæ, unde rectissime, quos in Timæo Plato vocat ὁμωνύμους M. Tullius interpretatur gentiles: et ipse etiam eadem ratione dicit se esse gentilem Servii Tul. regis. Verba 12. tab. quibus vocantur gentiles ex Ulp. hæc esse didicimus: *si agnatus nec escit, gentilis familiam habeto.* Hodie jura gentilitia in usu non sunt, sed jura agnatitia tantum, quæ porriguntur in infinitum. Proinde octavi, vel decimi, vel ulterioris gradus agnato defertur hæreditas, vel bonorum possessio unde legitimi, etiam si jure legitimo hæres non extiterit, ut Papinian. ait hoc loco, id est, etiam si hæreditatem non adierit jure civili, vel se pro hærede gesserit. Ait eidem agnato octavi, noni vel decimi gradus, non defertur bonorum possessio unde cognati, quamvis et cognatus sit. Quia qui est agnatus, et cognatus est, non contra: tamen decimi gradus agnato non defertur bonorum possessio unde cognati, etiamsi jure legitimo hæres extiterit, ut cœpi dicere, id est, etiam si hæreditatem adierit ut agnatus, non poterit accipere bonorum possessionem, ut cognatus, qui est octavo aut decimo gradu, quia ultra sextum gradum, nec agnatis quidem (licet jure civili hæreditatem adierint) quasi cognatis defertur bonorum possessio, sed intra sextum gradum tantum. Non est novum, ut qui jure civili hæres extitit, velit etiam accipere bonorum possessionem. Plerique melius sibi jurisque suo prospici putant auxilio prætoris quam jure civili, ideoque non satis habent adiisse hæreditatem jure civili, sed petunt etiam bonorum possessionem sicut in tit. de Carb. edicto, ostenditur, eum, qui accepit bonorum possessionem edictalem, nonnunquam petere bonorum possessionem decretalem, qualis est Carboniana. Et vice versa. At bonorum possessio unde cognati, non datur cognato octavi gradus, licet jure civilis hæres extiterit, quia hæc bonorum possessio sextum tantum gradum cognatorum complectitur, et ex septimo gradu duas personas videlicet sobriua natum vel natam, non totum septimum gradum, *l.* 1. §. *hæc autem, h. tit.* §. *ultim. Inst. de succ. cogn.* Et ratio cur tantum prætor cognatorum fecerit sex gradus, vel solum septem, propter duas illas personas hæc est. Quia ultra eum fere gradum cognatorum, rerum natura cognatorum vitam, vel gradum consistere non patitur, *l. non facile, in pr. inf. de grad. et ad fin.* Paulus ait 4. Sentent. *quia ulterius per rerum naturam, nec nomina cognatorum propria inveniri, nec vita succedentibus prorogari potest.* Et hac ratione sex tantum vel septem gradus cognatorum, sex vel septem gradus cognationis constituuntur: et l. Julia et Papia finitur cognatio usque ad sextum gradum, quo capite dant maritis solidi capacitatem. *Si cognati*, inquiunt, *inter se coierunt usque ad sextum gradum*, apud Ulp. lib. reg. tit. *de solidi capac.* et l. Julia publicorum judiciorum, ex qua adversus cognatos inviti testimonium non dicunt, nominantur tantum sobrinus, id est, consobrini filius et sobrino natus, non quod excusentur etiam a perhibendo testimonio adversus cognatum cognati priorum graduum, sed quod finiatur cognatio in persona sobrini, et sobrino nati, hoc ex sexto gradu, ut ex septimo ad sumpto tantum sobrino, vel sobrina nato natave, *l.* 4. *sup. de test.* Et in l. Julia repetundarum, ut ei, qui in magistratu est, a sobrinis impune pecuniam accipere liceat, id est, ab omnibus cognatis usque ad sextum gradum, cui ex septimo licet addere sobrino natum, *l.* 1. *ad l. Jul. repet.* Et in l. Cornelia de injuriis, ut de injuris non judicet, qui ei, qui agit injuriarium, sobrinus erit, cui ex septimo gradu addi potest sobrino natus, significatur ulteriorem judicare posse, quasi sit extra numerum cognatorum, *l.* 5. *in prin. de injur.* Ideoque quod ad istud responsum attinet breviter constituamus, ut adoptio in adoptionem et adrogationem dividitur, adoptionis nomine accepto pro genere et specie, ita cognatio dividitur in agnationem et cognationem: cognati dividuntur in agnatos et cognatos, qua ratione recte dicitur eos, qui agnati sunt, et cognatos esse, non utique autem cognatos omnes et agnatos esse, ut in *l. Jurisc.* §. 1. *de gradib. et affin.* ut patruus meus, mihi agnatus et cognatus est; avunculus cognatus est tantummodo, non agnatus, quia agnatus me contingit per patrem, cognatus per matrem: ergo patruus, id est, frater patris, mihi agnatus et cognatus est: at frater matris id est, avunculus mihi cognatus non agnatus est. Agnatus ejusdem nominis est, et familiæ; cognatus ejusdem nominis et familiæ non est, quia tamen, qui agnatus est, et cognatus est, cognati nomine accepto generaliter: ideo agnato ab intestato non tantum defertur hæreditas et bonorum possessio unde legitimi, quæ proprie agnatis competit, sed etiam bonorum possessio unde cognati, cum et ipsi sint cognati: sed hoc interest, quod bonorum possessio unde legitimi, defertur agnato cujuscunque gradus, etiamsi jure civili non adierit hæreditatem: bonorum possessio unde cognati defertur tantum agnato sexti gradus, et ex septimo gradu duabus personis tantum sobrino sobrinave, nato, natave: ultra eum gradum easque personas ne agnato quidem defertur bonorum possessio unde

cognati, sed intra eum gradum sane defertur agnato bonorum possessio unde cognati, etiamsi jure civili hæres extiterit ut agnatus, quasi ex abundanti etiam accepta bonorum possessione unde cognati.

Ad §. *Fratris.*

Fratris filius pro parte hæres institutus, cum patruum surdum esse contenderet, atque ideo testamentum facere non potuisse, possessionem, ut proximus cognatus accepit, ex die mortis, temporis haberi rationem placuit, quia verisimile non videbatur tam conjunctum sanguini, defuncti valetudinem ignorasse.

Bonorum possessio unde cognati, quæ agnatis et cognatis defertur, petenda est intra centum dies ex edicto successorio, numerando a tempore mortis ejus, cujus de bonis agitur, *l.* 3. *hoc tit. l.* 1. §. *si intra, tit. seq.* Hoc cognito fac, quod filius patris testamento patrui hæres institutus est adjecto cohærede extraneo, et dicit filius fratris neque se, neque cohæredem ex testamento hæreditatem adire posse, quod surdus fuerit patruus, surdo non fuisse testamenti factionem, ut in *l.* 6. §. 1. *et l.* 7. *qui test. fac. poss.* quod obtinuit ante constitutionem Justin. id est, ante *legem discretis, C. qui test. fac. po.* Et ideo filius fratris quasi nullo testamento, cum re videtur agnoscere bonorum possessionem unde legitimi, vel unde cognati, si hoc maluerit, intra centum dies, scil. utiles, quibus scierit sibi ab intestato deferri patrui hæreditatem. Centum dies cedunt scienti, non ignoranti causam intestati, sive causam ab intestato delatæ hæreditatis: cedunt ergo ei centum dies statim a morte patrui, quia præsumitur scivisse adversam valetudinem, id est, surditatem patrui, *non est*, inquit, *verisimile tam conjunctum sanguini defuncti valetudinem ignorasse*, sicut dicitur etiam non ignorasse conditionem, et statum capitis sui cognati, *l. si filium, C. de lib. causa.* Item non esse verisimile, proxima necessitudine conjunctum ignorasse ætatem cognati, *l.* 7. *C. de in integr. resti. min.* Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad L. Ult. de success. edic.

Inferioris gradus cognatus beneficium edicti successorii non habuit, cum prior ex propria parte possessionem accepisset, nec ad rem pertinuit quod abstinendi facultatem ob auxilium ætatis prior cognatus acceperat: igitur fisco vacantia bona recte deferri placuit.

Proximioris gradus cognatus, puta, frater, cum esset minor 25. annis ab intestato agnovit bonorum possessionem unde proximi cognati: deinde beneficio ætatis in integrum restitutus est, ut se illis bonis fraternis abstineret. Quæritur, an inferioris gradus cognatus ad ea bona admittatur ex successorio edicto? Et respondet Papinianus, non admitti, quia prior cognatus illum prorsus exclusit ab initio semel agnita bonorum possessione unde cognati, et non est regressus cuiquam ad jus, quo semel exclusus est, sive beneficio successorii edicti ita demum datur sequentis gradus cognatis, si priores omiserint, aut repudiaverint bonorum possessionem, si eam non petierint intra constituta tempora, non etiam, si eam semel agnoverint, licet postea abstenti sint, unde sequitur fisco ea bona deferri tanquam vacantia et ἀκληρονόμητα. Deficiente successorio edicto fiscus vocatur, quod *l.* 1. *in princip. hoc tit.* demonstrat, dum ait: Prætorem præstituere tempus iis, quibus defertur bonorum possessionem, et dare inter eos successionem, ut creditores scire possint, utrum habeant cum quo congrediantur, an vero vacantia bona fisco sint delata, et in §. *qui semel*, ubi quis noluit amplecti sibi delatam bonorum possessionem ut proximiori, jam cepisse eam ex edicto successionem ad alios pertinere, aut fiscum invitare. In hac specie fiscus invitatur, quia nemo est ad quem bonorum possessio cum effectu pertineat: ad priorem cognatum cum effectu non pertinet, quia abstinuit se beneficio restitutionis in integrum. Ad inferiorem cognatum etiam non pertinet, quia semel exclusus est. Ad cohæredem quoque prioris cognati, vel ad substitutum prioris verbis fideicommissi (substitutio enim recte fit etiam ab intestato) etiam non pertinet aut non competit jus vindicandorum eorum bonorum, quia nullum cohæredem ejusdem gradus, aut substitutum habuisse proponitur in hac lege: si habuisset cohæredem vel substitutum fideicommissarium, is proculdubio in vacantem portionem fisco potior esset, *l. si minor, sup. de acq. hæred. l. si pupill. sup. ad SC. Treb. l. ex contract. de re jud.* Quod et Græci notant recte hoc loco 45. Basil. Cum ergo nullus supersit, ad quem cum re pertineat bonorum possessio intestati, in hac specie consequens est, fisco bona deferri tanquam vacantia. Et hæc est species et sententia hujus responsi. Itaque Glossæ omnes delendæ sunt. Quatuor tantum sunt leges, quæ huic responso opponuntur: opponitur *l.* 1. §. *si quis adita, ad SC. Tertull. l.* 2. §. *si bonorum, eodem tit. l.* 6. §. *si filius, de bon. libert.* et quarto *l.* 2. §. *interdum, de vulg. subst.* In *l.* 1. §. *si quis adita, ad SC. Tertull.* hoc proponit, quod si filius intestatæ matris ex Senatusconsulto Orfitiano adierit hæreditatem mater-

nam, vel agnoverit bonorum possessionem unde legitimi, quem constat præferri omnibus agnatis mulieris ex Senatus. Orfitiano, quamvis non sit agnatus matris, sed cognatus tantum, deinde vero abstinuerit se bonis maternis per restitutionem in integrum, tum ait, agnatus defunctæ vocari ad hæreditatem. Cur ergo eodem exemplo, si prior cognatus agnoverit bonorum possessionem, deinde abstinuerit se beneficio restitutionis in integrum, non vocatur ad successionem sequentis gradus cognati, perinde atque si prior nunquam agnovisset bonorum possessionem, cur fiscus vocatur illo excluso? Non est alia quærenda ratio, quam ea, quæ proponitur in *d.* §. *si quis addita*, quia verba SC. Orfitiani extensiva sunt, ut loquitur, *l. filii*, §. 1. *eodem tit.* Estensiva et παρατατικὰ, id est, tractum temporis habent, extenduntur scilicet et protrahuntur in annum, intra quem petenda est liberis bonorum possessio, *l.* 1. §. *largius hoc tit.* nimirum, quia ita sunt concepta verba Senatusconsulti Orfitiani, *si nemo filiorum, eorumve, quibus simul legitima hæreditas defertur*, ubi obiter exponamus *eorumve quibus simul*, puta, nepotum ex filiis jam ante mortuis, qui concurrunt cum avunculis et materteris, jure, ut vulgo dicitur, representationis, si nemo igitur filiorum eorumve, quibus simul legitima hæreditas defertur, volet eam hæreditatem ad se pertinere, jus antiquum esto, id est, tum agnati defunctæ mulieris vocantur ad hæreditatem legitimam. Verbum illud *volet*, extensivum est, id est, tractum temporis habet, et admittit pœnitentiam, variationem usque ad annum, constituentis modo se velle, modo se nolle hæredem esse, et satis est, si nunc nolit hæres esse, licet aliquando voluerit esse, ut jus antiquum locum habeat, id est, ut veniant agnati defunctæ in hæreditatem legitimam. Eadem ratio reddenda est circa Senatusc. Tertyll. ad *d. l.* 2. §. *si bonorum*, filius defuncti præfertur matri defuncti. Ita est si filius defuncti emancipatus petierit et agnoverit bonorum possessionem unde liberi, atque ita excluserit matrem defuncti, deinde abstinuerit se bonis paternis per restitutionem in integrum, an mater defuncti vocabitur, quæ semel exclusa fuit? sic videtur, quia et Senatusc. Tertyll. verba fuerunt extensiva, si nemo defuncti filiorum hæreditatem ad se pertinere volet, tum mater defuncto hæres esto. Verba edicti successori non sunt extensiva. Proinde alia est ratio successionis inductæ Senatuscons. Tertyll. longe alia ratio successionis inductæ edicto successorio. Verum obstat etiam huic responso *l.* 6. §. *si filius*, *de bonis libert.* Filius liberti præfertur patrono in successione legitima liberti intestati, et si filius liberti adierit hæreditatem, atque adeo patronum excluserit, deinde abstinuerit se bonis, abstinuerit se per restitutionem in integrum, an patronus vocabitur? lex ait; patronum vocari, et pro excluso non haberi per aditionem filii liberti. Sed ut respondeamus, utitur his verbis, *poterit quis patronum admittere*, id est, poterit hoc dare reverentiæ et verecundiæ patronali, quæ est ratio illius responsi. Sicut et hoc datur reverentiæ et verecundiæ patronali in *l. qui duos*, §. *si cum filio*, *de reb. dub.* ut patre libertino, et filio ejus commorientibus uno eodemque momento, pater intelligatur supervixisse filio, ne patronus excludatur, qui excluderetur, si filius intelligeretur supervixisse patri, secundum ordinem naturæ, quem in aliis causis fortuna sequuta intelligitur, et prius extinxisse patrem quam filium, sed non ita intelligitur fortuna servasse ordinem, si interveniat patronus, nisi perspicue probetur filium supervixisse patri. Postremo lex 2. §. *interdum*, *de vulg. et pupill. substit.* quidam extraneum hæredem instituit, filium exhæredavit, et exhæredato substituit in secundum casum, id est, pupillariter, deinde hæres institutus repudiavit testamentum, destituto testamento principali, quod contingit per repudiationem hæredis instituti, sane corruit pupillare testamentum. At finge, hæredem institutum, qui repudiavit, cum esset minor xxv. annis, postea fuisse in integrum restitutum adeundi causa, an convalescit substituto pupillaris? sic videtur: et ratio ejus rei propria hæc est, quia quo tempore hæres institutus repudiavit primum, deinde adivit, nondum erat delata pupilli hæreditas ex substitutione pupillari, quia pupillus vixit: sed delata fuit pupillo mortuo post aditionem hæredis instituti, quo casu substitutus vocatur, et dantur ei utiles actiones persequendæ substitutionis pupillaris. At si mortuus fuisset pupillus ante aditionem hæredis instituti, sane substitutus non vocaretur ad bona pupilli, sed proximus agnatus sive legitimus hæres pupilli ab intestato: hæc si examinaveris, intelliges quam dissentiant quæ Azo Accurs. et Placentinus comminiscuntur.

Ad L. XLIX. de Manumiss. testam.

Testamento militis ita manumissam: Samiam in libertate esse jussi: directam libertatem jure militiæ cœpisse placuit.

Præter alia multa, quæ in hoc lib. Pap. docuit data esse præmia militiæ ostendit in hac lege a milite in testamento directam libertatem ancillæ jure datam videri his verbis: *Samiam in libertate esse jussi*, licet ante non jusserit eam esse liberam. In pagano autem aliud esse, quia datio libertatis directæ non recte confertur in præteritum

tempus, sed in præsens tantum, ut liber esto, liberum esse jubeo: in milite voluntatem nudam spectamus, non verba. Voluntas quælibet militis statuentis de rebus suis, pro justo et legitimo judicio est. Itaque in hac specie, jure militiæ directa libertas data videtur.

Ad Legem XVIII. §. Ultimo, de jure fisci.

Papinianus tam libro sexto quam undecimo Responsorum scribit, ita demum publicam auferri pecuniam ei, qui cum erat creditor, in solutum pecuniam accepit, si aut sciebat cum accipiebat, publicum quoque esse debitorim: aut postea cognovit, antequam consumeret pecuniam. Sed placet omnimodo ei pecuniam auferendam esse, etiamsi ignoravit cum consumeret, et postea quidam principes directam actionem competere ablata pecunia rescripserunt, ut et Marcellus libro 7. Digest. scribit.

Restat unus locus tantum, quo Marcianus utitur Papiniani auctoritate in *l.* 18. §. *ult. de jure fisci*. In hac specie debitor fisci et privati cujusdam creditoris, privato creditori pecuniam debitam solvit, nec superest ei, unde etiam fisco quod debet solvat: quæritur an fiscus jure sui privilegii, quo inter omnes creditores chirographarios primum locum tenet, privato creditori solutam pecuniam auferre possit, vel extraordinario remedio: ut in *l.* 5. *C. de privileg. fisci.* Et Papinianus cum hoc libro, tum etiam 11. perseverans in eadem sententia, non aliter fisco permittebat avocare pecuniam recte solutam privato creditori, quam si privatus creditor sciisset debitorem suum, fisci quoque debitorem esse, vel, si cognovisset, antequam consumeret solutam pecuniam, ignoranti creditori bona fide acceptam pecuniam fiscum auferre non posse, sed hæc distinctio Papiniani inter scientem et ignorantem Marciano et Marcello displicet, qui indistincte dant fisco persecutionem pecuniæ alii creditori solutæ, creditori tamen restituta pristina actione in debitorem principalem et in fidejussores, *l.* 20. *hoc tit.* restitutis etiam pignoribus, si qua intervenerit, *l.* 21. *eodem tit.*

JACOBI CUJACII J. C.

IN LIB. VII. RESPONS. EMILII PAPINIANI.

COMMENTARIUS

Ad L. LVII. de Usufr. et quemadmod. qu. utat.

Dominus fructuario prædium, quod ei per usumfructum serviebat, legavit, atque prædium aliquamdiu possessum legatarius restituere filio, qui causam inofficiosi testamenti recte pertulerat, coactus est, mansisse fructus jus integrum ex post facto apparuit.

In primo responso proponitur dominus proprietatis in testamento suo prædium legasse, quo verbo significatur proprietas prædii, L. Titio, qui erat dominus ususfructus, id est, qui in eo prædio usumfr. habebat, vel ut eleganter scribit Papinianus, cui prædium per usumfructum serviebat. Alia est servitus, per quam homo homini servit, alia per quam prædium prædio, alia per quam prædium homini servit, per usumfructum, vel per usum, vel per habitationem. Item testator proponitur extraneo hærede instituto filium exhæredasse, et filium recte pertulisse querelam inofficiosi testamenti, quomodo idem Papinianus locutus est in *l.* 16. §. *ult. de inoffic. testam. pertulisse querelam inoffic. testamenti*, hoc est, hæreditate petita ex causa inofficiosi testam. hæredi scripto evicisse hæreditatem, et fecisse patrem intestatum rescisso testamento: atque ita Lucium Titium possessionem prædii, in quo usumfructum habuit, quod aliquando possederat ut dominus, fuisse coactum restituere filio, ut vero domino prædii, veroque hæredi ab intestato. Fructuarius per usumfructum solum non possidet prædium, in quo usumfructum habet, sed quasi possidet jus tantum utendi, *l. acquiritur*, §. *ult. de adquiren. rer. domin. l.* 1. §. *quod ait*, *quor. legat. l. ait prætor*, §. 1. *ex quibus caus. maj. l.* 3. §. *ult. unde lib.* Aliud est possessio, aliud ususfructus, *l. ultim. ff. uti possid. Plurimis rebus,* inquit Apulejus 1. Apol. *possessione caremus, usu fruimur.* Proinde in causa possessionis sive interdicto etiam ut possidetis proprietarius est potior adversus fructuarium, et ita filius exhæredatus, qui tenuit et pertulit causam inofficiosi testamenti adversus hæredem scriptum, recte fructuario avocat possessionem prædii, quam tenet jure legati, quia per querelam inofficiosi testamenti, non tantum hæredis institutio, sed etiam legata infirmantur et fideicommissa, et libertates, et omnis omnino scriptura, vel nuncupatio testamenti, et aliud quodcunque ad causam testamenti pertinet, ut semper obtinuit ante Justinianum, *l. Papinianus*, §. *pen. de inoffic. testam.* At jus ususfructus Lucius Titius retinet integrum, quoniam id non habet ex hoc testamento, sed alio jure, et ut ex post facto testatatorem intestatum decessisse apparuit, lite data secundum filium exhæredatum; ita simul ex post facto apparuit acquisitione dominii, id est, proprietatis, quæ et confusio dicitur et consolidatio, extinctum usumfructum non fuisse. Sententia, quod maxime notandum est, dicta in causa inofficiosi testamenti re-

trotrahitur, quia creditur defunctus quasi furiosus aut demens non habuisse testamenti factionem, *l. qui repudiatis, §. ult. de inof. testam. l. nec fideicommissa, de leg.* 3. Et in hanc rem est singulare istud responsum, dum vult re judicata secundum eum, qui egit querela inofficiosi testamenti, omnia æstimari ex post facto, perinde atque si ab initio nullum fuisset testamentum. Neque vero huic responso obstat lex *si tibi, quibus mod. ususfr. amitt.* quam opponit Accursius, quia in ejus legis specie, revera ususfructus extinctus fuit consolidatione. In hujus responsi specie ex post facto apparuit, non fuisse extinctum consolidatione, id est, cum re, et utiliter fructuario jure legati quæsitam prædii fructuarii proprietatem non fuisse. Inepte etiam Accursius huic responso opponit leg. *evidenter, ff. de except. rei judic.* qua definitur, contra æquitatem esse, imo et contra naturam condemnationis esse, ut condemnatio proficiat condemnato. Nam et in specie proposita sane non proficit condemnato, condemnatio scilicet fructuarii, ut filio testatoris prædii possessionem restituat, fructuario non proficit, cum ei eripiat proprietatem et possessionem: non proficit etiam fructuario in hoc ut nunc salvum habeat usumfructum, quoniam non ex condemnatione eum habet, sed ex pristino jure. Ad hæc notandum, quod non debuit Glossa omittere, hodie ex Novell. Justiniani huic responso locum non esse, quia hodie querela inofficiosi testamenti legata non infirmat, sed hæredis institutionem tantum. Et hoc est quod dicitur, ex causa exhæredationis vitiari institutionem, cetera firma manere. Ususfructus igitur in hac specie revera extinctus est consolidatione, sive proprietatis acquisitione, quæ contingit jure legati, nec filio, qui pertulit querelam inofficiosi testamenti legatarius possessionem prædii restituere tenetur, quam habet ex legati causa, quod querela inofficiosi non infirmat.

Ad §. per Fidejcommissum.

Per fideicommissum fructu prædiorum ob alimenta libertatis relicto partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrit.

Testator libertis suis per fideicommissum reliquit certorum prædiorum usumfructum, cum hac adjectione, *ob alimenta :* hæredes facta distributione pro rata *au sol la livre,* ex fructu eorum prædiorum libertis alimenta præstiterunt; deinde unus ex eis libertis alimentariis sive fructuariis ob alimenta, vita decessit: quæritur, utrum partis ejus emolumentum accrescat ceteris collibertis superstitibus, an ad hæredes testatoris, vel ad hæredem recurrat, qui proprietatis est dominus? Et ait, partium emolumentum ex persona vita decedentium ad dominum proprietatis recurrere. Si simpliciter libertis suis prædiorum usumfructum legasset nullo alio adjecto, uno deficiente pars ejus accresceret aliis, quia omnibus conjunctim ususfructus relictus esse intelligitur: sed quum relictus est ususfructus, hoc adjecto, *ob alimenta*, apparet non plus eorum quenquam testatorem habere voluisse, quam quo vitam suam tolleraret. Itaque portio deficientis ejus ceteris non accrescit, quibus suppetit ex fructu prædiorum quo tollerent se. Et ut in agris limitatis dicitur cessare jus alluvionis, *l. in agris, de adquir. rer. domin.* quod quidem jus alluvionis comparatur juri accrescendi, *l. si Titio fructus, in fine, hoc tit.* ita recte dicam, in usufructu limitato ad finem alimentorum, cessare jus accrescendi ex hoc responso, quod singulare est. Et recte in causa ususfructus dixit, partium emolumentum, ut in *l. Mævius, §. pen. d. leg. 2. l. 3. §. et generaliter, et l. ult. si cui plusquam per leg. Falcid. l. Imperator, ad Trebellian.* illo loco Cæsaris, *sine magno commeatu et emolumento*, id est, sine frugibus, sine annona militari, lib. 1. de bello Gall. Proprie dicimus fruges emolere, unde emolumenti nomen. Persus:

Messe tenus propria vive et granaria fas est,
Emole

In *l. 4. de alim. leg.* quam adducit Accursius, recte idem Accursius notat, non usumfructum prædiorum libertis relictum, sed prædia ipsa pleno jure in causam et nomen alimentorum, cibariorum, vestiariorum: et ideo quod plus est in reditibus, quam in necessariis alimentis ad libertos pertinere, quibus plena proprietas prædiorum relicta est, non ad hæredem: proponitur in ea *l. 4.* libertis fideicommissum Græce relictum in hac sententiam, *Libertis, libertabusve quos inter vivos testamento vel codicillis manumisi vel manumisero, dari volo prædia, quæ habeo in insula Chio, ut ipsimet percipiant alimenta, cibaria, vestiaria suo jure*, tanquam domini scilicet, sed hoc loco, neque Norimbergæ, neque Florentiæ scriptum est recte: in uno libro ἐπικεῖσθαι, in altero ἐτοιχεῖσθαι, perspicue est legendum ἐποικιοῦσθαι, v. ad Modestinum x. Resp.

Ad Leg. XI. Usufruct. quemadmod. caveat.

Usu quoque domus relicto, viri boni arbitratu cautionem interponi oportet: nec mutat si pater hæredes filios simul habitare cum uxore legataria voluit.

Sententia hujus responsi hæc est, non eum tan-

tum, cui usufr. relictus est vel legatus, sed etiam eum, cui usus nudus, verbi gratia domus usus nudus relictus est, debere cavere hæredi, se usurum boni viri arbitratu, quæ est cautio prætoria, de qua est hic titulus, et ostendit hoc loco Papinianus hanc cautionem præstari hæredi vel hæredibus, etiam si quis uxori legaverit usum domus, ita ut cum ea hæredes filii sui habitarent, ut simul cum ea eadem domo hæredes filii sui uterentur. An usuaria uxor hæredibus cavere debet boni viri arbitratu uti frui, cum hæredes ipsi sint usuarii? sic videtur Papin. quia hæredes non sunt nec possunt esse legatarii, *l. si mulieri, de usufr. adcresc.* Sed uxor sola legataria est, et ideo cavere debet hæredibus filiis suis, tametsi eos secum habeat eadem utentes domo. Recte autem ponit usum fuisse legatum matri. Nam si fuisset legatus patri eadem lege, ut simul cum eo hæredes filii habitarent, pater non caveret filiis suis cautione ista. Patri hæc cautio remittitur, *l. ult. §. hoc proculdubio, C. de bon. quæ lib.* at matri non remittitur, ut in *l.* 6. *§. illud, C. de sec. nupt.* Quod proprie significat hæc lex pen. Nec in id tamen animum advertunt: itaque quod *d. l.* 6. *C. de sec. nupt.* exigit a matre cautionem fructuariam præstandam liberis, hoc esse jure veteri, ut patet ex hac *l. pen.* non ex jure quodam novo.

Ad L. XXXIII. Fam. Ercisc.

Si paterfamilias singulis hæredibus fundos legando, divisionis arbitrio fungi voluit: non aliter partem suam cohæres præstare cogetur, quam si vice mutua partem nexu pignoris liberam consequatur.

Hujus legis species et definitio hæc est: paterfamilias non pater, ut dicunt, sed paterfamil. non filios, sed duos quosdam sibi hæredes instituit, puta primum et secundum, et singulis fundos prælegavit. Divisionis, inquit, arbitrio functus in *l. si cogitatione, C. eod. tit.* præveniens officium arbitri dividendæ hæreditatis: facito autem in bonis fuisse duos fundos, Livian. et Cornelian. Livianum esse liberum, Cornelianum esse pignoris nexu obligatum, Livianum primo legasse, Cornelianum secundo. Primo secundus jure legati debet præstare partem, quam habet in fundo Liviano, et vicissim secundo primus debet præstare partem, quam habet in fundo Corneliano, quia ipso jure ex æquis partibus hæredes sunt, *l. ex facto proponebatur, de hæred. instit.* At ut definit Papin. non aliter primo secundus debet præstare partem, quam habet in fundo Liviano, quam si vice mutua a primo acceperit partem fundi Cornelianii solutam nexu pignoris: partem alteram, quam secundus in eo fundo habet jure hæreditario ipse reluet, repignorabit, solvet pignore de sua pecunia: denique ita definit, fundum Cornelianum esse luendum de communi, ut in *l. rem sup. hoc tit.* neque distinguit Papin. in *l. rem*, utrum scierit testator fundum Cornelianum esse pignori obligatum, an hoc ignoraverit, quoniam huic distinctioni locus non est in prælegato a cohærede cohæredi relicto: nam societas hæreditaria exigit, ut cohæredes communiter fungantur onere luendi pignoris. Sed huic distinctioni tantum locus est in legato ab hærede extraneo relicto, *l. si res, de leg.* 1. *§. sed etsi rem obl. Instit. de leg.* Nam si testator scierit rem legatam extraneo esse pignori nexam, hæres eam luere debet in solidum: si ignoraverit, luitio ejus pignoris incumbit legatario. In prælegatis hac distinctione non utimur: sed indistincte dicimus, rem prælegatam cohæredem quemque debere luere pro sua parte, neminem in solidum. Et male Accurs. in *d. l. rem*, eam distinctionem produxit etiam ad prælegata, in quibus si locum haberet, proculdubio eam juris auctores non omisissent.

Ad L. VIII. de Usuris.

Equis per fideicomm. relictis, post moram fœtus quoque præstabitur ut fructus, sed fœtus secundus ut causa, sicut partus mulieris.

Ait Papin. equis per fideicommissum relictis post moram hæredis, hæredem præstare non equas tantum, sed et fœtus editos post moram: fœtus præstare tanquam fructus equorum, ut *l.* 39. *inf. hoc tit.* Post moram etiam præstare fœtus secundos, id est, fœtus fœtuum tanquam causam, non tanquam fructus, quia fructus fructuum esse non intelliguntur: sicut nec usura usuræ, nec accessio accessionis, *l. neque hoc tit. l. hæres, de pet. hæred.* Et sic notat Papinian. hoc loco, quæ sit differentia inter fructum et causam, quod pertinet ad illam partem tit. de fructibus et causis. Post moram hæredis præstat hæres non tantum fructum, sed et causam omnem, et quid sit fructus, quid causa exemplis declarat: fœtus primus est fructus: fœtus secundus est causa: quia fructus fructus non est. Ac simili modo ancillis per fideicommissum relictis, post moram qui editi sunt partus ex ancillis præstantur: et partus partuum tanquam causa, ut in *l. partum, l. Paulus, in prin. et §. ult. hoc tit.* tanquam causa, inquam non tanquam fructus, quia partus hominis non intelliguntur esse in fructu, *l. in pecudum, h. t.* Noli autem in *d. l.* 39. dum ait, *equis legatis, post moram hæredis fœtus deberi*, noli id accipere de equis alienis tantum, ut Glossa: quasi scil. equis propriis legatis fructus debeantur statim ab hæreditate adita propter leg. 42. *hoc*

tit. quæ ait, fundo legato per fidejcommissum fructus post acquisitum ex causa fideicommissi dominium perceptos ex fundo ad fideicommissarium pertinere, licet major pars anni præterierit, antequam cederet dies fideicommissi. Neque enim ideo fructus dividuntur inter hæredem et fideicommissarium, sed omnes præstantur fideicommissario, quicunque ex terra percipiuntur post acquisitum ex causa fideicommissi dominium verum : ubi *post adquisitum ex causa fideicommisi dominium,* non significat post aditam hæreditatem, sed post traditionem fundi, ut *l. qui usumfr, sup. si ususfr. pet.* Et dominium ibi non est proprie dominium, quia ex causa fideicommissi dominium non transit sed possessio ex causa fidei commissi non transit dominium proprietatis, sed dominium possessionis tantum. Et ita *l.* 42. explicanda est ex *d. l. qui usumfr.* Et consequenter, quod subjicit *d. l.* 39. *hoc tit.* de equitio legato, male etiam Glossa accepit de equitio alieno : tantum in ea lege 39. ex lib. 9. differentiarum Modestini proponitur una differentia inter legatum equorum, et legatum equitii, quod equis legatis fœtus tantum debeantur legatario, editi post moram hæredis, legato autem equitio, quod et ἱπποφόρβιον dicitur, et a Jurisconsultis nostris etiam dicitur polia, *haras, troupes de poulains,* in *l. ædiles,* §. *ult. de ædil. edic.* equitio, inquam, legato debentur etiam fœtus editi ante moram hæredis : et ratio differentiæ hæc est, quia equorum nomen positione est plurale, sed potestate est singulare, quoniam ex certis corporibus singuli legati intelliguntur. Continet igitur legatum equorum certa corpora, quæ nec augmentum, nec diminutionem recipiunt, proinde eorum legatum fœtus incremento non augetur. Equitium autem est nomen positione quidem singulare, sed potestate universale et περιληπτικὸν, quod continet plura et incerta corpora, quæ sunt huic uni nomini subjecta. Hoc nomen et augmentum et diminutionem recipit, et augetur quidem maxime fœtura: fœtura accrescit equitio non equis : proinde legato aut petitioni equitii insunt fœtus primi et secundi, non jam ut fructus vel causa, sed ut partes rei principalis, quæ legata est, et non officio judicis in petitionem veniunt, sed jure et potestate actionis, quod actum sit de equitio præstando. Et non hic tantum fructus veniunt, qui accesserunt post mortem testatoris, sed et qui post testamentum, factum ; et non ii tantum, qui accesserunt post moram, sed et qui accesserunt ante moram. Eandemque differentiam eodem libro Modestinus ostendit esse inter legatum ovium et legatum gregis ovium in *l. servis leg. in fine, de leg.* 3. quæ conjungenda est cum *d. l.* 39. *hujus tit.* Ovibus legatis non debentur agni et arietes editi ante moram: grege ovium legato, debentur agni et arietes, etiamsi mora hæredis nulla intercesserit. Eademque differentia est inter hæreditatem et res singulas, quæ sunt in hæreditate. Nam hæreditatis nomen est etiam universale, nomen universi juris, quod recipit accessionem et decessionem, et maxime augetur accessionem fructuum vel causarum, ac proinde, qui petit hæreditatem hoc modo, *si paret hæreditatem meam esse,* petit etiam fructus, et causam omnem quocunque tempore hæreditati accrevit post factum testamentum, *l. item veniunt,* §. *item non solum de petit. hæred. l. pecuniæ* §. 1. *de verb. sign.* in actionem in rem, qua res singulæ petuntur, non insunt fructus, nisi specialiter petantur, *l.* 2. *C. de petit. hæred. l.* 10. *hoc tit.* Qui igitur rem aliquam suam esse petit, non intelligitur etiam petere fructus vel causam ejus rei, puta, partem aut fructum secundum, sed in ea actione officio judicis veniunt tantum fructus, qui post litem contestatam, id est, post moram percepti sunt, aut percipi honeste potuerunt. Eademque est ratio actionis ex testamento aut persecutionis fideicommissi singularum rerum. Nam et in ea actione fructus, et causa venit post litem contestatam tantum, id est, post moram ; denique post moram enati fructus vel enata causa fideicommissario debetur. Qui vero editi et precepti sunt fructus vel causa ante litem contestatam, cedunt lucro hæredis, hoc est certissimum, et comprobatur multis legibus, *l. si quis bonorum, l. cum servus,* §. 1. *l. quæsitum* §. *ult. de leg.* 1. *l.* 26. *de leg.* 3. *l. generaliter,* §. *proinde, de fideic. libert. l.* 1. *et ult. C. de usur. et fruct. leg.* Et in hac l. 8. apertissime, cum ait fructus aut causam fideicommissario non præstari, nisi eos, qui sunt editi post moram, et *d. l.* 39.

Ad L. XLI. de Adm. et peric. tut.

Qui plures tutores habuit, unum qui solvendo non fuit, rationem actus sui vetuit reddere, quoniam ejus liberatio, quod ex tutela percepit, aut dolo contraxit, non est relicta : contutores qui suspectum facere neglexerunt, ex culpa recte conveniuntur, tutor enim legatarius ex culpa, quæ testamento remissa est, non tenetur.

Adolescens, qui plures habuit tutores, jam suæ tutelæ factus, testamentum fecit, et ex eis tutoribus vetuit unum actus sui rationes reddere, vel vetuit, ne hæres ab uno ex tutoribus exigeret rationem actus sui: videtur ei legasse liberationem obligationis contractæ ex administratione tutelæ, sed non plenam liberationem. Nam his verbis videtur testator ei tantum remisisse rationem culpæ aut negligentiæ, non etiam si quid dolo malo fecisset, aut si quid ex rebus pupilli penes se haberet, at

convertisset in suos usus : potuit quidem et hæc remittere, id est, totam tutelæ obligationem et damnum : denique omne incommodum, quodcunque ex tutela sensit, ut in *l*, 5. §. *Julianus*, *hoc tit. l. si quis*, *l. Aurelius*, §. *Titius*, *de lib. leg.* Potuit in plenum liberare tutorem. Quid ni? Sed hoc fecisse aut voluisse non intelligitur, quod vetuerit rationes actus sui ab eo exigi : nam vetuisse tantum intelligitur scrupulosius et examussim exigi ab eo rationes: voluisse, non haberi rationem negligentiæ : dolum malum non intelligitur remisisse, aut quod percepit tutor ex rebus pupilli. Ideoque ex eo infert Papinianus, si is tutor, cui hæc non intelliguntur remissa, sed quod culpa tantum admisit aut negligentia, solvendo non sit, atque ita non possit præstare hæredibus adolescentis, quod adolescenti dolo malo ejus habest, vel quod ex rebus ejus perdidit male, ceteri tutores hæredi tenentur culpæ nomine, quod eum tutorem suspectum facere supersederint, quæ est definitio hujus responsi. An vero eis tutoribus hæres debeat mandare sive cedere actiones adversus illum tutorem, qui solvendo non est, Accursius tractat. Et verius est tamen non esse mandandas quia tenentur ex propria culpa, quod suspectum non fecerunt. *l.* 2. *C. de cont. jud. tut.* ex culpa contutoris non tenentur, quæ remissa est, et multo minus ex dolo, sed ex propria culpa, quod cum dolose versaretur in actu suo, cum non removerint, et suspectum non postulaverint.

Ad L. V. de jure Codicillorum.

Ante tabul. testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testam. quod postea factum est, vel codicillis confirmentur: aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur, sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit.

In hac l. Papin. ait, codicillos factos ante testam. non aliter valere, quam si postea testamento facto specialiter confirmati sint : quæ Papin. sententia refertur Instit. in §. *non solum*, *de codic.* Quidam male dicunt eam non extare, cum sit hæc ipsa quæ ponitur in *h. l.* 5. Nam dum ait, factos codicillos ante testam. non aliter valere, quam si testamento postea facto, vel aliis codicillis confirmentur, hoc specialem confirmationem exigit, quæ scripta sit in testament. vel aliis codicillis. Potest quis plures codic. facere, plura testam. non item. Verum fateor in hac l. 5. addidisse Tribonianum hæc verba : *Aut voluntas eorum quocunque indicio retineatur*, non *judicio*, sed *judicio* legendum est; non *judicio* ut Glossa; sed *indicio* ut Florentini, quibus verbis non exigitur omnino specialis confirmatio, sed satis esse dicitur, si voluntas codicillorum factorum ante tabul. testam. quocunque indicio, quocunque signo retineatur, id est, si quocunque argumento approbetur in ea voluntate defunctum perseverasse, et ea verba Tribonianus addit ex rescripto Severi et Antonini relato in *d.* §. *non solum.* Nam ex eo rescripto codicilli valent, licet specialiter confirmati non sint testamento postea facto, si modo defunctum quocunque indicio appareat a voluntate in prioribus codic. expressa non recessisse, sed animadvertendum illud rescriptum loqui tantum de voluntate precaria, id est, de fideicommissis relictis in codic. qui facti sunt ante testam. fideicommissa debentur ex nuda voluntate, ex nutu, ex conjectura sola. At si quid in eis codicillis sit scriptum directo, si sint in eis relicta legata, aut libertates, aut tutelæ, quæ omnia relinquuntur verbis directis, verbis civilibus, et non specialiter confirmati sint testamento vel codicil. postea factis, quæ sunt in eis directis verbis scripta pro non scriptis habentur, ut est in *Epistol. Plinii ad Annium*, *lib.* 2. Ideo specialis confirmatio exigitur etiam hodie, specialis confirmatio codicil. exigitur post rescriptum, ut directæ scripturæ valeant, *l.* 6. *C. eod. l*, 22. §. *qui codicillos*, *D. ad legem Cornel. de fals.* Codicilli autem post testam. facti, non indigent confirmatione, sed jus testamenti sequuntur, *l.* 3. §. *ult. hoc tit.*

Ad L. LXXVI. de Leg. II.

Cum filius divisis tribunalibus actionem inoff. testam. matris pertulisset, atque ita variæ sententiæ judicum extitissent: hæredem qui filium vicerat pro partibus, quas aliis cohæredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, non magis quam ceteros legatarios actiones, constitit : sed libertates ex testam. competere placuit, cum pro parte filius de testam. matris litigasset : quod non erit trahendum ad servitutes, quæ pro parte minui non possunt : plane petetur integra servitus ab eo, qui filium vicit : patris autem æstimatio præstituitur, aut si paratus erit filius pretio accepto servitutem præbere, doli summovebitur exceptione legatarius, si non offerat patris æstimationem : exemplo scilicet legis Falcidiæ.

Hæc lex continet plura responsa, et primum quidem satis est difficile. Quæstio hæc etsi hodie locum non habeat, cum ex Novella Justiniani, rescisso testamento per querelam inofficiosi testamenti, legata et libertates conservantur in solidum, et sola hæredum institutio vitiatur, tamen disceptatio et definitio ejus quæstionis usui esse

potest in aliis plerisque causis: vertitur autem ea circa hanc speciem: mater in testamento filium exhæredavit, aut quod idem est, mater præterivit, et plures hæredes extraneos scripsit. Uni autem eorum hæredum prælegavit certa quædam prædia, et aliis plerisque non hæredibus etiam legata reliquit, et libertates quibusdam servis suis. Post mortem matris filius exhæredatus adversus omnes hæredes scriptos egit Romæ apud Centumviros, et pertulit quæstionem inofficiosi testamenti, non egit simul adversus omnes hæredes scriptos uno tribunali, sed divisis tribunalibus: nam Centumvirorum judicia, ut ex Rhetoribus didicimus, erant divisa in varia tribunalia, et singula tribunalia constitisse viris septem, argumentum præbet, quod querela inofficiosi testamenti modo dicitur centumvirale judicium, ut in *l. Titia*, *de inoffic. testam.* modo septem. virale judicium, ut in inscriptionibus *l. 7. et 28. et 31. eod. tit.* Et si quidem corpus universum Centumvirorum spectes, iidem sunt judices in hac causa, quam movet filius exhæredatus de testamento matris inofficioso adversus omnes hæredes scriptos: si tribunalia spectes, diversi judices sunt. Porro uno tribunali filius adversus unum ex hæredibus, cui prædia erant prælegata, non recte pertulit querelam inofficiosi testamenti, quia hæres ille filium vicit: aliis autem tribunalibus adversus ceteros hæredes recte pertulit querelam inofficiosi testamenti evictis partibus eorum; quam varietatem judiciorum citra iniquitatem ullam sæpe efficit comparatio meritorum filii et hæredum quum hæredes diversi juris, diversæ conditionis sunt, *l. nam etsi parentibus*, §. *ult. et l. circa*, *de inoff. testam.* Atque ita in proposita specie filius uno judicio victus est: uno tribunali sive consilio, ceteris vicit, et rem abstulit, ac proinde pro partibus tantum eorum, quos vicit, matrem intestatam fecit, pro parte autem ejus, quem non vicit, imo a quo superatus est, mater testata permansit. Non apparebat ab initio matrem fuisse pro parte intestatam, cum de omni re sua jure testata sit, sed ex post facto apparuit, ut in *l. dominus*, *in prin. de usufr.* Ex quo sequitur legata ab omnibus hæredibus relicta testamento matris deberi pro parte tantum ejus, qui filium vicit, pro partibus ceterorum extincta esse legata: denique solida non deberi, minui per querelam inofficiosi testamenti recte perlatam pro parte. Idemque statuendum est de prælegato prædiorum hæredi relicto, qui filium vicit, ut pro parte ejus consistat legatum, quam scilicet capit jure hæreditario, non pro partibus cohæredum, quas eis filius exhæredatus abstulit, veluti ex causa intestati. Et hoc est quod ait, hæredem, qui filium vicerat, pro partibus, quas aliis cohæredibus abstulit filius, non habiturum præceptiones sibi datas, id est, prælegata prædiorum, non magis quam ceteros legatarios actiones legatorum scilicet habituros pro partibus eorum, quos filius vicit. Rescisso igitur testamento pro parte per querelam inofficiosi testamenti, pro ea parte legata irrita constituuntur, ut in *l. cum duobus*, *C. de inoff. test.* Unde quæritur, an etiam libertates, quæ servis testamento matris datæ sunt, irritæ constituantur, et ait, non fieri irritas libertates, quandiu vel unus hæres existit, qui ex testamento partem hæreditatis possideat, sed omnimodo integras libertates competere: non possunt competere nisi integræ, quia individuæ sunt. Nemo potest esse pro parte liber, pro parte servus, *l. duob. de lib. caus. l. judicatæ*, *de except. rei judic.* Proinde libertates consistunt in solidum, tametsi filius non obtinuerit in solidum contra testamentum matris, sed pro parte tantum ait, quamvis legata constet non deberi nisi pro parte, libertates ex testamento competere placuit. Placuit scilicet principibus studiosis libertatum, favorabiliter, ut integræ competerent potius quam integræ intercidererent, quoniam alterutrum erat necesse constituere, vel intercidere in totum, vel competere in totum, quoniam sunt individuæ, et favorabilius est eas conservare: et ait, libertates ex testamento competere, directas scilicet quæ proprie competere dicuntur ipso jure ex ipso testamento: fideicommissarias autem præstari ab hæredibus. Et quamvis, ut patet ex *d. l. cum duob.* in hac specie præstari etiam debeant fideicommissariæ libertates, non tamen sine distinctione præstantur, nec sine modo aliquo, qui inferius explicabitur. Inde vero quæritur hoc ipso loco, an etiam si testamento matris legatæ sint servitutes prædiorum, puta via, vel actus, vel aquæductus, illud legatum, an in totum consistat? quod videbatur eadem ratione, qua consistunt libertates servorum et conservantur integræ, quia ut libertates servorum, ita servitutes prædiorum individuæ sunt, nec pro parte minui aut præstari possunt, *leg. viæ sup. de serv. l. 1.* §. *usuf. ad leg. Falcid.* Et quod dixit de libertatibus servorum competere eas omnimodo rescisso testamento pro parte, hoc ait, non esse trahendum ad servitutes prædiorum, quamvis et ipsæ individuæ sint: eadem causa diversa habet effecta. Causa individua libertatum, ut semper integræ competant, quia eis etiam est adjunctus favor, qui non est adjunctus tuendis servitutibus prædiorum. Causa autem individua servitutum, ut non semper integræ competant, sed penitus intercidant: nam si is, cui servitus prædii legata est, rescisso testamento pro parte integram servitutem petat ab eo hærede qui filium vicit, atque adeo ex testamen-

to solus hæres existit, repelletur exceptione doli mali legatarius, si æstimatione facta legati, non offerat victori pretium quo redimat partes legati, quas ceteris filius abstulit, recte perlata querela, videlicet, si idem filius paratus sit, quantum in se est servitutem vendere et præbere, id est, cedere, accepto pretio. Quod si nolit filius servitutem vendere, etiam hoc casu servitutis legatum intercidit, quia non potest servitus præstari nisi integra: et integra non potest præstari redempta parte a filio, quam si noli distrahere, restat inutile esse legatum servitutis. Duobus igitur casibus intercidit legatum servitutis, si filius nolit servitutem cedere, nec pecunia accepta, et si eo volente cedere, pecunia accepta legatarius non offerrat pecuniam, id est, partem æstimationis legatæ servitutis. Et hoc Papinianus ait, fieri exemplo l. Falcidiæ, nec id explicat, sed explicandum nobis est ex *l. 7. et l. si is, qui §. ult. ad leg. Falcid. et l. pure, §. 1. de doli except.* Si sit legata servitus prædii quam constat non recipere divisionem, et locus existat legi Falcid. quam constat minuere singula legata, quid fiet? nam ea servitus pro parte minui non potest, proinde non potest hæres ex ea retinere Falcid. sed si legatarius petat ab hærede integram servitutem, repellitur exceptione doli mali, si non offerat hæredi quartæ partis, id est, Falcidiæ æstimationem, et eadem est ratio, si servitus prædii sit legata, et legata minuantur per querelam inofficiosi testamenti recte perlatam pro parte tantum: eadem etiam ratio servabitur, si testamento matris, de quo agitur, relictæ sint fideicommissariæ libertates. Diximus ante de directis: dicamus nunc de fideicommissariis. Finge duo sunt hæredes instituti a matre et rogati servum manumittere, filius exhæredatus agit querela inofficiosi testamenti adversus utrumque hæredem, et divisis tribunalibus unum vicit, ab altero victus: servus petit sibi præstari fideicommissariam libertatem ab eo, qui filium vicit, et repellitur exceptione doli mali, vel officio judicis, ut ait *l. judicatæ, de except. rei judic.* quoniam vel hoc vel illo remedio idem possumus obtinere, id est, vel per officium judicis, vel per exceptionem doli mali, ut in *l. bona fide, de noxal. act. l. plane, de pet. hæred, l. sumptus, de rei vindic.* Si igitur servus petat fideicommissariam libertatem ab eo qui filium vicit, repelletur, vel illo remedio, si ei non offerat pretium, quo redimat a filio servi partem: neque enim potest præstare fideicommissariam libertatem nisi redempta parte servi a filio, *l. gravi, et seq. de jur. eod.* secundum quam est accipiendum, quod ait *l. pen. eod. tit.* eorum, quæ pro parte præstari non possunt, id est, quæ individua sunt, nihil eorum præstandum: puta, si relicta sit servitus prædii, vel libertas fideicommissaria: nisi scilicet offeratur æstimatio partis. Et secundum hæc etiam apparet quod Papin. dixit ante de libertatibus, eas ex testamento competere, omnimodo de directis tantum libertatibus esse accipiendum, quæ proculdubio ex testamento competunt, nulla victori præstita æstimatione partis: nam in fideicommissariis libertatibus idem juris est, quod in servitutibus prædiorum, quod etiam est adnotandum ad *l. cum duob, in fine, C. de inoff. test. ex dict. l. judicatæ.*

Ad §. Lucio.

Lucio Sempr. lego omnem hæreditatem Publii Mævii. Sempronius ea demum onera suscipiet, quæ Mævianæ hæreditatis fuerunt, et in diem mortis ejus, qui hæres Mævii extitit, perseverarunt, sicut vice mutua præstabuntur actiones, quæ præstari potuerunt.

Quod vulgo jactatur, et est scriptum in *l. si hæreditatem supr. mand.* legatum acquisitum nunquam damno esse posse. Et hoc distare legatum ab hæreditate, quia hæreditas interdum damnosa est perpetuo: verum causa legati non est semper lucrativa: aliquando legatum detrimentosum et onerosum est, ut quum legatur mensa argentaria, et plus est in ære alieno, quam in quæstu, *l. seq. §. mensæ, inf.* vel etiam ut in specie proposita *in hoc §. Lucio*: si quis alii leget omnem hæreditatem, quæ morte Publii Mævi ad se pervenit, legato continentur etiam onera et incommoda omnia hæreditatis Mævianæ. Hanc enim vim habet nomen hæreditatis, *l. hæreditatis appellatio, de verb. signif.* ut in hæreditate vendita proditum est in *leg. 2. §. sicut, de hæred. vend.* et in hæreditate donata inter vivos, *leg. hæreditatem, ff. de donat.* Et ideo in specie proposita legatarius, cui relicta est hæreditas Mæviana, debet cavere hæredi testamento scripto de indemnitate, puta se indemnem eum damno servaturum et relevaturum oneribus Mævianæ, *l. qui concubinam, §. cum ita, tit. seq. et d. §. mensæ.* Et hoc modo legatarius suscipiet omnia onera et incommoda hæreditatis Mævianæ, quemadmodum Glossa non animadvertit, sed excogitavit tantum; ut novatione facta legatarius promittat se soluturum creditoribus, quibus Mæviana hæreditas obstricta est, nec tamen inutilem modum vel incongruum. At plerumque auctores nostri in similibus causis remedio cautionis de indemnitate præstitæ hæredi efficiunt, ut legatarius in se suscipiat omnia onera, et vicissim etiam hæres debet legatario præstare omnia commoda hæreditatis Mævianæ, et cedere actiones quas habet, inque eum transferre. Non dantur legatario actiones

ipso jure, sed ceduntur ab hærede, cui ipso jure competunt; non dantur etiam in legatarium ipso jure actiones, quibus hæreditas Mæviana obstricta est, et nec ulla onera hæreditatis Mævianæ in eum transeunt, nisi ab eo suscipiantur interposita vel præstita hæredi cautione indemnitatis, quam utique præstare necesse habet, si velit frui commodis hæreditariis, nec enim commode potest separare commoda ab incommodis, et hæc recusare, illa complecti. Suscipiet autem legatarius onera hæreditatis Mævianæ interposita illa cautione, onera, inquam, quæ in diem mortis testatoris, qui Mævio hæres extitit, perseverant, non ea onera, quibus jam testator perfunctus est. Et vice mutua legatario præstabuntur ab hærede actiones, quæ in eum diem supersunt, non quas jam ante testator recte pertulit. Et huc valde pertinet species *leg. pen.* §. *quæ marito*, *hoc tit.* quæ talis est. Mater filios et extraneos quosdam hæredes scripsit, filiis prelegavit hæreditatem, quæ sibi a marito obvenerat, patre eorum, ea lege et conditione: *ut omnes onus hæreditatis agnoscerent, tam in præteritum quam in futurum.* His usa est verbis: *nec non etiam onus, quo ipsa mater post mortem, mariti, eam hæreditatem oneravsset.* Quæritur, *an si quid mater solvisset, dedisset, in quod tenebatur ea hæreditas, si quid,* inquam, *solvisset vel dedisset post mortem mariti, cum ipsa fructus percepisset, id ad onus filiorum pertineret?* quo loco perspicue sunt trajecta verba Scævolæ, et ita reponenda, ut quæstionem proponat hoc modo: *an si quid mulier solvisset, dedisset post interitum mariti, cum ipsa fructus cepisset, ad onus eorum pertinet?* Hoc ergo quæritur, quibus mater legavit eam hæreditatem, dando, solvendo, satisfaciendo, fili agnoscere debeant quibus ea hæreditas prælegata est, quod maxime interest scire, propter hæredes extraneos. Nam si filii ea agnoscere debent de suo, cohæredibus suis tenetur reddere quæcunque mater solvit: et sane videntur debere ea onera agnoscere, quoniam dixit mater: *ut omne onus agnoscerent, tam in præteritum quam in futurum.* At Scævola respondet, ea tantum onera filiis imposuisse matrem videri, quibus levata hæreditas nondum esset, non ea, quibus mater jam absolvisset hæreditatem, maxime cum et ipsa hæreditatis fructus interim percepit, nec eos filiis reservaverit, ut cum fructibus compensentur onera. Est elegantissima species.

Ad §. Dominus.

Dominus hærede fructuario scripto fundum sub conditione legavit, voluntatis ratio non patitur, ut hæres ex causa fructus emolumentum retineat, diversum in ceteris prædiorum servitutibus, quas hæres habuit, responsum est, quoniam fructus portionis instar obtinet.

Notatur in hoc §. una differentia inter usumfrusctum, et servitutem prædialem. Nam si quis excepto milite, dominus fundi hæredem instituerit eum, qui in eo fundo usumfructum habet, et fundum alii legaverit sub conditione, fructuarius autem hæreditatem adierit, aditione confunditur, et interit ususfructus, et existente conditione legati legatario debet præstare plenam proprietatem fundi, non deducto, non retento, non redintegrato usufructu, qui semel extinctus est aditione, consolidatione, confusione, comparatione domini: nam adeundo acquisivit proprietatem, id est dominium fundi. Acquisitio dominii perimit usumfructum, ut nec possit restitui, nec redintegrari fundo legatario præstito. Et hoc ita in usufructu procedit.

Verum non idem dicemus in servitute prædii, si dominus fundi, in quo vicinus habet servitutem itineris exempli gratia, non usumfructum, vicinum hæredem instituerit, et eum fundum Titio legaverit sub conditione: nam existente conditione Titium petentem fundum repellet hæres exceptione doli mali, si non patiatur fundo iterum imponi iter, si non patiatur servitutem redintegrari, quæ aditione confusa est, *l.* 18. *de servit.* *l. legatum*, §. *ult. sup. tit. prox. l. Mævius*, §. *pen. hoc. tit.* Hæc una est differentia inter usumfructum, et servitutem prædii, cujus rationem paucis verbis, sed subtilibus Papin. explicat in hoc §. et dicit, eam pendere ex voluntate testatoris, quia voluntas testatoris hæc est, ut fundus legatario præstetur integer cum suo emolumento, quod utique consistit in fructu, non ut præstetur nuda tantum et inutilis proprietas fundi detracto usufructo. Voluntas testatoris declaratur ex scripto, *l. illud*, §. *ult. de jur codicill.* Scripsit autem testator, se fundum legare, quo nomine significantur plena et sola proprietas, *l. si Titio*, *l. si alii*, *de usufr. leg.* sicut servi nomine significatur plena proprietas, plenum dominium, *l.* 26. *hoc tit.* et nomine cujuscunque rei, vel corporis. Et hoc est, quod dicitur usumfructum partis fundi instar obtinere, *l. qui usumfruct. de verb. oblig.* et effectum partis in casibus plerisque, *l. si Titio*, §. 1. *de usufr.* quæ dum ait: *usumfructum in quibusdam casibus effectum partis non obtinere*, significat in aliis plerisque obtinere, non in omnibus. Et merito, quia emolumentum rei continet: parum enim mihi profuerit rei proprietas, nisi reipsa utar fruar. At servitus fundi partis fundi instar non obtinet: fundum non præstat, qui detrahit usumfructum; contra fundum præstat, qui detrahit, et sibi retinet iter in eo

fundo, ex quo apparet usumfructum obtinere vicem partis, non iter: ideoque hæres, cujus in fundo legato ususfructus fuit ante aditam hæreditatem, fundum præstabit non retento, vel reintegrato usufructu, quem habuit ante: at hæres qui habuit in fundo legato iter ante aditam hæreditatem fundum non aliter præstabit, quam si legatarius sibi jus itineris in eo fundo constituat, quod habuit ante. Fundi appellatio plenum fundum significat, non etiam liberum fundum sive optimum maximum, *l. servo legato*, §. *si fundus, tit prox.* Et hæc est ratio, quam proposuit Papipinianus. Restat tantum, ut videamus, cur idem ponat, fundum fuisse legatum sub conditione, numquid idem non est, si legatus sit pure? Sane in usufructu est idem, quem constat non redintegrari: sed in servitute prædii non est idem, quia si fundus, in quo hæres habuit iter, fuerit pure legatus, per vindicationem, non per damnationem, et legatarius agnoverit legatum, aditione servitus non intelligitur esse confusa, quia recta via dominium fundi, quod fuit jacentis, nec dum aditæ hæreditatis, postea adita hæreditate, ad legatarium, qui agnovit legatum, transit, nunquam factum hæredis, ergo nunquam facta confusione, *l.* 80. *hoc tit. l. si a Titio*, *de furt.* At si fundus per vindicationem fuerit sub conditione legatus, ut in hoc §. et post aditionem conditio legati extiterit, proculdubio aditione confusa servitus est, puta interim fundo facto hæredis, sed retinetur per exceptionem doli mali, quæ retineretur ipso jure, quasi non confusa, si pure fundus fuisset legatus: itaque male DD. omnes in hoc §. hæc verba: *sub conditione* existimant abundare, quasi scilicet idem sit fundo pure legato.

Ad §. Hæres.

Hæres meus Titio dato, quod ex testamento Sempronii debetur mihi, cum jure novationis, quam legatarius idemque testator antea fecerat, legatum ex testamento non debeatur: placuit falsam demonstrationem legatario obesse, nec totum falsum videri, quod veritatis primordio adjuvatur.

Legavi legatum, quod mihi ex testamento Sempronii debetur. Id vero tum mihi jam non debebatur ex testamento Sempronii, sed ex stipulatu, jure novationis, quæritur, an hæres legatario teneatur cedere actionem ex stipulatu, in quam per novationem actio ex testamento transfusa est, licet legata tantum videatur actio ex testamento, cum legatur, quod sibi deberetur ex testamento Sempronii? Et respondet Papin. esse præstandam actionem legatario, actionem, inquam, ex stipulatu, ut consequatur quod testatori deberetur ex testamento Sempronii, quia falsa demonstratio non vitiat legatum, et quod etiam ea demonstratio, quod sibi deberetur ex testamento Sempronii, non est omnino falsa, si initium et originem obligationis spectemus: non est, inquam, in totum falsum, quod adiuvatur primordio veritatis: et mutata etiam non est persona debitoris aut creditoris, sed causa tantum obligationis, perempta omnino obligatione veluti per acceptilationem, sane nihil legatario deberetur, nullum esset legatum, *l. si sit*, §. *ult. sup. tit. prox.* At novatione facta non omnino perimitur obligatio, sed nova constitutitur, et sic novatione facta non perimitur legatum liberationis, quoniam idem obligatus manet, non quidem ex veteri, sed ex nova causa, quæ originem capit a veteri, *l. ult.* §. *ult. de lib. leg.* Acceptilatione autem perimitur legatum liberationis, quasi supervacuum et inutile, *l. si id quod*, *eod. tit.*

Priusquam veniam ad reliqua responsa hujus l. 78. addam ad secundum responsum, quod est in §. *Lucio Sempronio*, quod antea a me prætermissum est.

Loquitur in §. *Lucio* de legatario, cui quis legavit hæreditatem, quæ sibi a Mævio obvenerat, quem, ait, debere suscipere onera, quæ ferunt Mævianæ hæreditatis, et vicissim ei deberi præstari actiones, quæ fuerunt, in hæreditate Mæviana, et in diem mortis testatoris perseverarunt, ipso jure ei, et in eum non dari actiones ex causa hæreditatis Mævianæ, sed vel cedi, vel suscipi. Addamus idem esse in fideicommissario. Nam si hæres rogatus sit L. Titio restituere hæreditatem Mævianam, ei et in eum ipso jure SC. Treb. restituta ea hæreditate non transeunt actiones, sed cedendæ et suscipiendæ sunt, quia intelligitur esse fideicommissum speciale, non universale (in quo tantum locus est SC. Treb.) intelligitur esse fideicommissum pecuniarum, non fideicommissaria hæreditas. Et hoc probat *l. cogi*. §. *sed etsi miles*, *inf. ad SC. Treb.* et docet hoc ita procedere in pagano, non in milite. Et valde notandum est ex eo §. *sed et si miles*, in §. *Sed et si quis*, qui cum præcedit, cum eadem fere verba proponantur, negative esse legendum: *non transire actiones*, omnino hoc sensu, ut si hæres rogatus sit restituere hæreditatem Sejanam, et hæres non hanc tantum hæreditatem, sed universam hæreditatem testatoris suspectam dicat, et adire recuset, quia placet, quod Papin. dixisse ait: *ex SC. Treb. non transire actiones in eum, cui hæreditas Sejana relicta est et restituta*. Ideo ut transeant actiones, hæredem a prætore esse cogendum adire hæreditatem defuncti, et restituere L. Titio non tantum

hæreditatem Sejanam, sed universam defuncti hæreditatem : sic proculdubio ei et in eum transibunt actiones.

Item ad responsum, quod est in §. *hæres*, hoc addi velim ex eo maxime esse notandum, novatione non omnino extingui memoriam et causam pristinæ obligationis. Nam post novationem non in totum falsum dicit, qui sibi dicit deberi ex pristina causa, quæ novata est, quoniam hæc ratio adjuvatur primordio veritatis : ac preterea novæ obligationi insunt eædem causæ et conditiones, quæ veteri, *l.* 1. §. *plane*, ut *leg. nom. cav. l.* 4. *supr. de usur.* Nunc venio ad quintum responsum, quod est in § *servus :* et hoc tantum explicabo, et alterum brevissimum.

Ad. §. Servus.

Servus pure manumissus, cui libertas propter impedimentum juris post aditam hæreditatem non competit, quod status ejus extrinsecus suspenditur forte propter adulterii quæstionem : ex eodem testamento neque legata, neque fideicommissa pure data sperare potest, quia dies inutiliter cedit.

Sciendum est, diem libertatum testamento relictarum non cedere a morte testatoris, ut ceterorum legatorum, sed ab adita hæreditate demum, cujus rei causa pendere dicitur ex natura libertatum in *l. un.* §. *libert. C. de cad. toll.* quia scilicet libertates personis cohærent, et in hæredem non transferuntur : ut plane frustra sit, si quis dicat diem earum cedere ante aditam hæreditatem. Propterea enim institutum est ut ceterorum legatorum dies cederet mortis tempore, ut, si hærede moram aditioni faciente interim moriantur legatarii, non idcirco minus legata transferant in hæredes suos. Cum autem libertatum natura hæc sit, ut non possit transferri in hæredes, inutile est dicere, diem earum cedere ante diem aditæ hæreditatis, ex quo omnia, quæ in testamento pure relicta et adscripta sunt, valent et competunt, aut præstari debent, *l.* 32. *in pr. sup. h. t.* His autem consequens est, ut et dies legatorum relictorum servis quibus libertates adscriptæ sunt, non cedat ante aditam hæreditatem : alioquin inutilia essent legata, si dies earum cederet antequam libertates competerent, quia servis propriis inutiliter legatur sine libertate : denique dies eorum legatorum cederet inutiliter, *l.* 8. *Inf. quando dies leg. ced. l.* 4. *C. de legat.* Quod etiam evenire ostendi, ut scilicet inutiliter cedat dies legatorum relictorum testamento manumissis, si servo relicta sit libertas sub conditione, et legatum, pure, et tempore aditæ hæreditatis, quo legatum cedit, pendeat conditio libertatis, quia si postea existente conditione libertatis competat servo libertas, tamen legatum ei non debetur, quoniam dies ejus semel cessit inutiliter, cum adhuc esset libertas in pendente, in suspenso, nimirum quia suspensa fuit conditione testamento adscripta, quæ nondum extiterat. Proinde suspensa fuit ex ipso testamento, et ex ipsa scriptura testamenti. Verum idem esse Papin. ostendit in hoc §. si libertas suspendatur extrinsecus, id est, extra causam testamenti, ut si pure et recte quidem testamento data sit libertas, sed exterior aliqua causa vel ratio juris moretur libertatem, veluti quæstio adulterii ex l. Julia, quæ lex jubet intra 60. dies divortii propter quæstionem adulterii, suspendi libertates servorum, uxoris, et mariti, et parentum eorum, quos scilicet eis in usum et ministerium dederit. Verbo suspendi utitur, dum hoc enarrat *l. ult. C, ad l. Jul. de adult.* sicut hic §. eod. verbo utitur. Fingit, ut res sit clarior, post divortium uxorem a viro postulari ream adulterii, et intra 60. diem divortii patrem uxoris mori, testamento pure data libertate servis filiæ in ministerium datis, et eisdem quoque servis relictis legatis quibusdam, et mox adiri patris hæreditatem, tamen suspenduntur libertates testamento datæ, quoad finita sit quæstio adulterii, ut de servis possit haberi quæstio : et ne, si admittamus statim competere libertates ab adita hæreditate, subducantur quæstioni. Suspenduntur ergo libertates datæ testamento etiam post aditam hæreditatem, non ex testamento ipso, cum pure et jure datæ sint, sed extrinsecus propter cognitionem adulterii, et ideo dies legatorum eis relictorum inutiliter cedit tempore aditæ hæreditatis, quia eo tempore libertates eorum in suspenso erant ex l. Julia. Et licet postea ad eam perveniant finitis 60. diebus, vel finita quæstione adulterii, ut in *l. prospexit, ff. qui, et a quibus, man.* tamen legata, quæ semel cesserunt inutiliter, non convalescunt, ut in *l. ult. in fin. sup. commun. præd.* Et erravit Rogerius, qui existimavit post purgatam innocentiam et finitam quæstionem adulterii, etiam legatum deberi, quem vellicat Accursius : dum ad hæc verba Papin. *ex testamento, neque legata, neque fideicommissa pure data sperare potest*, ita scribit. Audi Rogeri, si ipse dicit, ante purgatam innocentiam. Ipse autem est Papinianus : et merito eum refellit, quia sane legata evanuerunt, quæ cesserunt inutiliter, et quæ non fuerunt in suspenso, ut libertates. Et præterea legatorum dies cedit, quamvis eorum præstatio extrinsecus suspendatur, *l. cum illud, in fine, ff. quando dies legat. cedit.* Sed in hac specie cessisset inutiliter. At libertatum, quæ extrinsecus suspenduntur, dies, non

cedit, antequam impleta sit conditio juris, quæ libertati impedimento est, quia et frustra diceremus libertates antecedere, cum in hæredes non transmittatur. Et serva, nos opponere conditiones juris extrinsecus suspendentes libertatem, conditionibus ex ipso testamento venientibus, non ab alio, quam ab ipso Papin. instructi, in *l. conditiones, de cond. et dem. et d. l. cum illud, in fine*, et a Paulo in *l. 6. eod. tit.* Et hæc quidem est vera et perspicua interpretatio hujus responsi: alia interpretatio, quam Glossa adfert ex *l. his verbis*, §. *interdum, sup. de hæred. inst.* de servo accusato adulterii in dominam, quæ ait, ante finitam cognitionem a domina ejusdem criminis postulata, quoniam id crimen semper est duorum, inutiliter servum cum libertate hæredem institutum. Ea vero species non congruit cum hoc responso, in quo ponitur suspendi libertates: in casu §. *interdum* non suspenditur libertas, sed prorsus irrita constituitur. Et interpretationi quam adhibuimus, et probavimus, nihil obstat *l. pen. C. de iis quib. ut indig.* quæ finita quæstione cedis a familia domino illate, ait, et libertates et legata competere, quæ interim in suspenso fuerunt, quia in ea specie interim suspensa fuit aditio hæreditatis ex Senatuscons. Syllaniano. In hac specie adita fuit hæreditas, et legatorum eo tempore dies cessit inutiliter, quia libertas nondum competebat, sine qua servus proprius testatoris legati incapax est. Non obstat etiam *l. 1. C. qui non poss. ad liber. perv.* quæ ait, servum damnatum in vincula temporalia, dum ea pœna fungitur, non posse capere sibi relictam libertatem vel legata, finito tempore pœnæ capere posse, quia ut recte notat Accursius, non id dicit, eum capere posse, quod ei relictum est quum erat in vinculis, quoniam dies ejus cessit inutiliter, sed quod relinquitur expleto tempore pœnæ, quoniam dies ejus cedit utiliter,

Ad §. Pater.

Pater cum filia pro semisse hærede instituta, sic testamento locutus fuerat: peto cum morieris, licet alios quoque filios susceperis, Sempronio nepoti meo plus tribuas in honorem nominis mei: necessitas quidem restituendi nepotibus viriles partes, præcedere videbatur, sed moderandæ portionis, quam majorem in unius nepotis personam conferri voluit, arbitrium filiæ datum.

Species hæc est. Sempronius filiam hæredem instituit, et adjecit, *rogo te, filia, ut, quum morieris, hæreditatem meam restituas filiis, quos susceperis, et si plures suscipias quam habeas modo, ut Sempronio potissimum plus ex bonis meis tribuas, quam aliis, in honorem nominis mei, id est, quod is Sempronius mihi sit cognominis, cui etiam Sempronio est nomen*, ut in antiquo testamento L. Cuspidii. *Consobrinis meis, et Lucio præcipue, quod ipse nomen meum ferat, dari volo, etc.* ut in testamento Lyconis apud Diog. Laërt. *quæ sunt in urbe et in Ægina, do lego Lyconi quod is nomen meum ferat.*

In hac specie Papin. ait, necessitatem filiæ initio impositam videri filiis suis nepotibus testatoris restituendi viriles partes hæreditatis, sed posterioribus verbis, cum non sit finita Sempronio certa portio, arbitrium filiæ datum videri moderandæ portionis Sempronii et bono et æquo, ita ut aliquanto plus habeat quam virilem: arbitrium opponit necessitati, necessitatem imponit hæredi, qui nepotibus certam portionem adscribit. Nam preces testatorum permixtæ sunt necessitati: arbitrium autem reliquit hæredi, qui nepotibus non adscribit certam portionem. Ideoque arbitrio boni viri mater portionem eam Sempronii moderabitur, ut ex sententia defuncti plus aliquando Sempronius habeat, quam virilem portionem, ceteri nepotes habeant virilem partem.

Ad §. Non Jure.

Non jure tutori dato mater legavit, si consentiat, ut decreto prætoris confirmetur, et prætor non idoneum existimet: actio legati non denegabitur.

Certum est, tutorem pupillo datum, per quem stat, quo minus tutelam suscipiat, amittere legatum sibi relictum ut tutori, fidei remunerandæ gratia, quod jam docuimus *lib. 4. et 5. ad l, qui tutelam, in princ. de test. tut. et l. tutor petitus*, §. 1. *de excus. tut.* Vice versa igitur, si per tutorem non stat, quo minus suscipiat tutelam, sed alia quæpiam causa ei impedimento sit, non amittet legatum, ut in specie proposita hoc loco. Mater filio impuberi in testamento tutorem dedit: non jure cum dedit: quia tutoris datio est legis, vel ejus cui eam lex dedit, *l. muto*, §. *tutoris, de tutel.* porro lex 12. tab. non permisit eam matri, sed parenti tantum dedit, qui impuberes haberet in potestate, *l. 1. de test. tut.* Et hoc est quod dicitur tutelam mandari jure patriæ potestatis *l. impuberi, de administrat. tut.* Mater autem liberos non habet in potestate, et ut eleganter ait Leo Philosophus in Novel. 25. *solius virilis personæ in potestate est filius.* Quasi dicat scilicet soli matri respondere, veluti ex diverso nomen filiifam. Verum tutor datus a matre in testamento decreto prætoris ex inquisitione confirmari potest, si modo datus sit hæredi instituto, *l. 2. de conf.*

tut. l. 4. de test. tut. Confirmatus autem erit dativus tutor, non testamentarius, nec enim testamento jure datus est. Nunc facito tutorem a matre datum legato ei adscripto consentire, vel desiderare, ut a prætore confirmetur, sed prætorem habita inquisitione morum ejus et facultatum, et causa cognita, neque eum judicare idoneum, neque confirmare velle, an amittet legatum, quod ei mater adscripsit? minime, quia onus tutelæ non refugit, quantum in ipso est, non removetur etiam ut suspectus, alioquin repelletur etiam a legato, *l. quid autem de excus. tut.* Sed non admittitur, non confirmatur, et per prætorem, non per eum stat, quo minus tutelam gerat: aliud est non admitti, aliud extrudi, excludi vel removeri, et hæc est sententia hujus §.

Ad §. Qui Mutianam.

Qui Mutianam cautionem, alicujus non faciendi causa interposuit; si postea fecerit, fructus quoque legatorum, quos principio promitti necesse est, restituere debet.

Mutiana cautio composita est a Quinto Mutio Scævola, ut ejus cautionis remedio caperent statim legatarii vel fideicommissarii, quæ sibi relicta essent sub conditione non faciendi aliquid, quæ nisi morte legatariorum expleri non posset, ut remedio cautionis adhibito repræsentarentur legata conditionalia ante conditionem impletam, quod utilitas exigebat introduci, propterea quod legata relicta sub conditione non faciendi aliquid, veluti sub conditione non eundi Romam, non intelliguntur impleta, antequam mortuus sit legatarius: itaque legatario nihil prodesset, si expectaretur mors ejus, si differretur præstatio legati in diem mortis ejus. Remedio igitur cautionis Mutianæ repræsentantur statim, quam quidem legatarii præstant iis, quorum interest, ut ait *l. servo, §. si testator, ad SC. Treb.* puta hæredi, vel legatario, a quo fideicommissum alii relictum est, vel quia etiam in hæreditatibus, hæc cautio necessario recepta est cohæredi, aut substituto, ad quos jure civili deficiente conditione non faciendi, puta secus faciente legatario, legatum, aut fideicommissum, aut hæreditas pertinere potest, *l. 7. et 18. de cond. et dem.* Et non est ea cautio, nuda repromissio, nuda stipulatio, quoniam huic stipulationi sive cautioni, adhibendi etiam sunt fidejussores, vel repromissioni addendum est jusjurandum, et hypotecha rerum suarum, ut in *Novell.* 22. Cavent autem legatarii cautionem Mutianam hoc fere modo: *Non facturos se, quæ ne facerent conditioni legato præpositæ cautum esset, aut si quid adversus eam fecissent, rem pecuniamve legatam cum fructibus, vel usuris, vel quanti ea res erit, qua de agitur tantam pecuniam ei, ad quem ea res pertinet restitutum iri.* Dixit rem, vel quanti ea res est ex *l. cum sub hac, de condit. et demonstr.* et adjeci, *cum fructibus* ex *l. hæres, §. qui post, eod. tit.* et ex hoc §. *vel cum usuris*, si pecunia legata sit ex *Novell.* 22. Et quamvis non caveat nominatim legatarius de fructibus restituendis, tamen commissa stipulatione, id est, si postea fecerit, quod non facere jussus est; etiam fructus restituere debet medio tempore perceptos, de quibus restituendis etiam initio accipiendi legati, ut caveret compelli potuit, ut Papinian. ait hoc loco, quod etiam scripsit quasi certissimum in libris definitionum, *d. l. hæres, §. qui post.* Et ratio hæc est: quia quod cautioni vulgo adjici solet, cuique adjiciendo, is qui cautionem præbet, cogi potest, si sit omissum, non habetur pro omisso, sed pro adjecto, ut *l. ult. C. quæ res pign. oblig. poss. l. ult. C. de fidejuss.* Sequitur responsum penultimum.

Ad §. Variis.

Variis actionibus legatorum, simul legatarius uti non potest, quia legatum datum, in partes dividi non potest, non enim ea mente datum est legatariis pluribus actionibus uti: sed ut laxior eis agendi facultas sit, ex una interim, quæ fuerat electa, legatum petere.

Hoc penultimum responsum est accipiendum de legato per vindicationem secundum jus vetus; quod ita relinquitur, *illi do, lego, vel capito; rem illam sumito, tibi habeto,* quoniam cum dicat, ex variis actionibus legata peti posse, hujus tantum legati nomine, quod per vindicationem relinqueretur, comparatæ erant variæ actiones, ac similiter, quæ leges dicunt legatorum plures actiones secundum jus vetus, sunt omnes accipiendæ de legatis per vindicationem, *l. hujusmodi, §. ult.* et quæ illam sequitur, *l. si servus leg. §. cum homo, sup. tit. prox. l. 3. C. de leg. l. 4. C. de usur. et fructib. leg.* Et iis quidem, quibus ita legatum est, datur actio in rem, et actio in personam, id est, ex testamento: dari etiam eis actionem ad exhibendum, vel actionem in factum constat ex *l. quod legatum, sup. de jud. l. si hæres rem legatam, sup. hoc tit.* Dari etiam in suo casu interdictum quod legatorum, sed hoc interdictum datur etiam ex alio genere legati, veluti per damnationem, *l. 1. §. si quis ex morte, in fine, quod legat. nom.* Illæ actiones superiores erant tantum ex legato per vindicationem, nam ex legato per damnationem, *veluti hæres damnas esto illi dare rem illam, vel hæres illi dato rem*

illam, erat tantum actio ex testamento, quæ est in personam: at hodie Constit. Justin., id est, *l. 1. C. comm. de leg.* ex omni genere legatorum, aut ex eorum causa tres sunt, tres competunt actiones. Actio in rem, id est, vindicatio rei, quæ adsertio dominii est, lis dominii, ut ait lex *evictis*, *de usur.* Et actio in personam, qua legatarius adserit sibi rem legatam deberi ex testamento. Et præterea actio hypothecaria, qua legatarius persequitur res alias hæreditatis quasi tacito jure pignori sibi obligatas legati nomine, si legatum ipsum consequi non possit. Quæ actio hypothecaria primum prodita est a justin. Jure enim veteri nulla fuit tacita hypotheca legatorum nomine, et nulla hypotheca, nisi quam forte testator ipse constituisset legatariis in ipso testamento, ut in *l. non est mirum*, *de pig. act. l. fundus*, *de ann. leg. l. Lucius*, *de adim. leg.* Proinde in potestate legatarii est rem legatam, vel quasi suam petere rei vindicatione, vel quasi alienam, sed sibi debitam condictione: neque hic earum actionum concursus est novus, aut incongruus, cum et ex aliis plerisque causis hæ duæ actiones concurrant, licet videantur adversæ, veluti ob res furtivas, vel ob res amotas divortii causa, *l. 3. §. 1. de condict. furt. l. ob res*, *ff. rer. amot.* Sed in his causis est propria quædam ratio, ut hæ duæ actiones dentur odio furum, quo pluribus actionibus teneantur, *§. sic itaque*, *instit. de act.* Quæ ratio est valde obscura, aut sane enucleatu difficilis admodum, sed hic non est locus enucleandi eam: verum quia ille concursus harum actionum in illis causis admittitur odio furum, vel quasi furum, puta, conjugum, qui res amoverint divortii causa, recenseamus etiam alias causas, in quibus nullum subest odium reorum, et tamen iis duabus actionibus tenentur. Mulier res dotales persequitur actione in rem ut suas, vel actione hypothecaria ut alienas, *l. in rebus*, *C. de jure dot.* Donator res donatas inter vivos, si omissa sit insinuatio, persequitur vindicatione, vel condictione, *l. pen. C. de don. l*, 38. *C. de Episc. et cler.* Itemque lege donationis non impleta, donator res donatas inter vivos persequitur hac vel illa actione, *l. 1. C. de don. quæ sub. mod.* Itemque res donatas mortis causa ex pœnitentia revocat, vel vindicatione, vel condictione, *l. qui mortis*, *ff. de mort. caus. don.* Et est in potestate ejus utra actione uti malit, qua actione agere maluerit. Causam sive rem nostram sæpe malumus alienam videri, et petere ut alienam, non ut nostram. Quidni? ut in *l. pen. quod. ap. sit.* At ut ostenditur, potissimum in hoc §. simul his actionibus, quæ legatariis competunt, legatarii non possunt uti in solidum, vel in partem: *in solidum*, quia defunctus semel duntaxat legatum ad eos pervenire voluit, *non in partem*, quoniam legatum, quod unum est, scindi non potest, quæ sententia et rei legatæ, et actionis divisionem inhibet, *l. 4. sup. h. t.* Variæ dantur actiones iis, quibus legatum est per vindicationem: et hodie omnibus legatariis et fideicommissariis, non ut omnibus simul experiantur, ut ait, sed ut latior sit eis agendi facultas. Ceterum una eligenda est, una contenti esse debent, nec una electa, est regressus ad alteram, ut in *l. quod in hæredem*, *§. 1. de tribut. act.* Neque huic responso quicquam obstat lex 1. *§. quia autem*, *ff. quod leg.* ubi legatarius proponit simul diversas actiones, petitionem hæreditatis, et interdictum quod legatorum, et admittitur, quia scilicet protestatio ejus rem omnem emendat, neque enim est audiendus, qui varias instituit actiones, quod interdum facere cogitur, dum in dubio est animus, incertus juris adversarii sui, non aliter, inquam, est audiendus, quam si protestetur, se ex una tantum earum velle consequi simplum, quod eum contingit. Protestatio igitur rem omnem emendat.

Ad §. ultimum.

Repetendorum legatorum facultas ex eo testamento solutorum danda est, quod irritum esse post defuncti memoriam damnatam apparuit: modo si a legatis solutis crimen perduellionis illatum est.

Sententia responsi ultimi hæc est: hæres solvit legata bona fide testamento relicta, et ex post facto apparuit testamentum irritum esse, ac proinde ex eo legata, quæ soluta sunt, non fuisse debita, ut in specie, quam ponit de memoria testatoris damnata post mortem ejus ob crimen perduellionis, proditionis adversus Rempub. vel Principem, qua damnatione irritum fit ejus testamentum, *l. 6. §. sed ne eorum*, *de inj. rup. et irr. test.* Et in Carthaginensis synodi canone 82. qui ostendit etiam ex ea causa irritum fieri testamentum. Damnatur memoria mortui, ut quod pauci sciunt, omnibus notum fiat. Bartolus refert *in l. 1. C. de req. reis.* Dantis poetæ celeberrimi fuisse damnatam memoriam post mortem, quod ex professo edito libro de potestate Imperii, qui superioribus annis in lucem editus est; Imperatoriam potestatem et majestatem extulisset supra Pontificiam. Damnatur, inquam, memoria mortui, vel etiam vivi, quum interdicitur ejus nomen posteris, ut eleganter Mamertinus ait in Panegyr. ad Jul. Cum si forte Consul fuit, nomen ejus fastis eximitur et eripitur, ut de Eutropii memoria damnata scriptum est in *l. 17. C. Th. De pœnis*,

erepto, inquit, *splendore ejus, et consulatu, et a terra illuvie, et a commemoratione nominis ejus, ex cœnosis sordib. vindicato, ut ejusdem universis actibus antiquitatis omnia mutescant tempora*, et inf. *Omnes statum ejus et omnia simulachra aboleantur:* hoc est damnare memoriam. In proposito autem damnata testatoris memoria, quia irritum est testamentum, et apparet indebita fuisse legata, quæ soluta sunt, Pap. recte respondet hoc loco, *legatorum solutorum repetitionem dari.* Cui vero? hæredi vel fisco, ad quem transeunt bona damnati, et hæredi quidem scripto, si de suo solvit legata, fisco autem, si hæres solvit de hæreditate. Et ita docte Acc. distinguit ex *l, quod si possessor, ff. de pet. hær*,

Ad L. XCI. de Leg. III.

Prædiis per præceptionem filiæ datis, cum reliquis actorum et colonorum ea reliqua videntur legata, quæ de reditu prædiorum in eadem causa manserunt, alioquin pecuniam a colonis exactam, et in calendarium in eadem regione versam reliquis non contineri, neque colonorum neque actorum, facile constabit, tametsi nominatim actores ad filiam pertinere voluit.

Finita lege *cum filius* 78. *de leg.* 2. accedamus ad leg. *prædiis*, quæ est 91. *de leg.* 3. in qua plura sunt responsa. Initio legis proponitur pater filiæ pro parte hæredi institutæ prælegasse certa prædia cum reliquis colonorum et actorum, et actores quoque ipsos. Actores sunt, qui et villici dicuntur, servi præfecti rei rusticæ et rationibus prædiorum, *l. pen. in princ. de adim. legat.* Reliqua vero actorum sunt, quæ resident sive restant debita domino, ex eo actu, eave administratione, et cura prædiorum. Coloni sunt, qui prædia conduxerunt mercede sive pensione certa. Reliqua autem colonorum sunt pensiones sive mercedes, quas reliquati sunt, et domino debent ex causa locationis, quæ in idiotismo vocamus, *Arreraiges.* Et plerunque reliqua hæc vel actorum vel colonorum probantur ex scriptura domini prædiorum, qui computatis rationibus actorum sive colonorum subscribit manu sua, tot esse in reliquis, id est, tot nummos accepta superare expensa, et imparem esse rationem accepti, et expensi. Reliquationi adversa est pariatio. Et ita probari reliqua, quæ debentur ostendit *lex Aufidius infra, h. t.* At quæritur initio hujus legis, an legato *reliquorum* contineantur etiam pecuniæ, quas actores vel coloni cum reliquati essent, jam dominus prædiorum ab eis exegerat, et in calendarium converterat, id est, fœnori occupaverat in ea regione, cujus cura ad servos actores pertinebat? Et ait, eas pecunias non contineri legato, quas exegit paterfamil. et fœnori collocavit, sicut nec eas, quas exegit, et habet in condito, id est, quas recondidit in area, vel in horreo, *d. l. Aufidius.* Exacta et condita separantur a reliquis, §. *pariter, in hac lege*, quia exactione, et solutione desierunt esse reliqua: legatis reliquis colonorum vel actorum contineri tantum ea, quæ de reditu prædiorum in ea causa manserunt, id est, eam tantum pecuniam, quam adhuc coloni vel actores debent ex actus sui, vel ex locationis causa, et actiones eo nomine competentes adversus colonos, quæ præstari possunt, esse præstandas et cedendas legatario, ut in *l. cum filius*, §. *primo, sup. tit. prox.* dixit idem auctor, legata hæreditate Mæviana, legato contineri eas tantum actiones, quæ hæreditariæ manserunt, cedique et præstari possunt, non quas jam testator ipse pertulit; plus ait lex *Sejæ*, §. *prædia, de instr. vel inst. leg.* non contineri etiam legato reliqua colonorum, qui jam finita conductione coloni esse desierunt, et colonia, id est, agro conducto discedentes, de reliquis pensionum domino caverunt novatione facta; quia post finitam conductionem novatione facta desierunt esse reliqua colonorum: coloni plerumque erant liberi homines, actores sive villici sunt servi patrisfam. Columella lib. 1. cap. 7. *Omne genus agri tolerabilius esse sub liberis colonis, quam sub vicillis servis habere.* Quos paulo post vocat actores. Quamvis autem ut proposuimus initio, actores filiæ legati sint in hac specie, et reliqua colonorum, quæ dominus exegit, translata sint ad rationes actorum, versa pecunia in calendarium ejus regionis, quod actores exercebant pro domino, tamen ea reliquia legato non continentur. Et breviter summa legis hæc est: Legatis reliquis colonorum vel actorum non contineri reliqua colonorum, quæ dominus transtulit ad actores, quæ vertit in calendarium, quod tractabant actores; ac similiter non contineri reliqua actorum, quæ jam exegit, licet actores ipsos etiam legarit. Et recte posui, testatorem ipsum exegisse reliqua, quoniam si post mortem testatoris ea exegit hæres sane legato continentur, *d. l. Aufidius, in fine.* Quæ scilicet usque in diem mortis testatoris in eadem causa manserunt, non quæ ipse testator exegit et avertit alio: iterum dicam summam legis vim hanc esse, legato actorum non contineri reliqua colonorum, quæ dominus transtulit ad actores: nec reliqua actorum colonorum, quæ dominus ipse exegit, sed quæ nondum exacta sunt eo vivo, vel quæ post mortem ejus exacta sunt ab hærede in fraudem legatarii.

Ad §. Ex his verbis.

Ex his verbis: Lucio Titio prædia mea illa cum prætorio, sicut a me in diem mortis meæ possessa sunt, do: instrumentum rusticum, et omnia, quæ ibi fuerunt, quo domus fuisset instructior, deberi convenit, colonorum reliqua non debentur.

Quidam legavit certa prædia cum prætorio, quæ est habitatio domini speciosa et voluptaria, sicut ea in diem mortis suæ possedisset, et ait, legato contineri omne instrumentum patrisfamil. omne id, quo domus in ea villa fuit instructior, vel in eo prætorio. Idemque omne instrumentum prædiorum, omne instrumentum rusticum, quoniam plenissimum est legatum, quia dixit, *sicut a me in diem mortis mea possessa sunt*, quæ verba continent omne instructum, et omne instrumentum: sed non continent etiam reliqua colonorum, non continent nomina ex causa locationis, quod congruit omnino cum *l. qui habebat*, §. *ult. inf. hoc tit.* Legato igitur prædiorum quantumlibet amplo, quantumvis pleno, non continentur reliqua colonorum, sed leganda sunt specialiter, siquidem adhuc testator ea ad legatarium pervenire voluerit. Quamobrem et ea specialiter fuisse legata proponitur initio hujus legis, *et l. Sejæ*, *et l. prædia, de inst. et inst. leg. et sic in* §. *seq.* ostenditur, legata officina purpuraria cum servis institoribus et purpuris, quæ in diem mortis ibi essent, non contineri prætia purpuræ jam exacta et condita in arca, nec pretia, quæ emptores debent, nec pretiorum reliquas partes.

Ad §. Titio.

Titio Sejana prædia, sicuti comparata sunt, do, lego: cum essent Gabiniana quoque simul uno pretio comparata, non sufficere solum argumentum emptionis respondi: sed inspiciendum, an literis et rationibus appellatione Sejanorum Gabiniana quoque continerentur, et utriusque possessionis confusi reditus titulo Sejanorum acceptolati essent.

In hoc §. ostenditur, eum, qui emerat prædia Sejana, et Gabiniana uno pretio, confusis scilicet universis prædiis, confuse constituto pretio, legasse prædia Sejana, sicut comparata essent, hoc modo: *Illi lego prædia Sejana, sicut a me comparata sunt*, et dubitari, an Gabiniana etiam prædia legato contineantur, quod posset quis tentare argumento emptionis, quod uno pretio simul empta sit. Sed eleganter ait, hoc argumentum non sufficere, nisi accedat aliud, puta, nisi etiam ex rationibus testatoris appareat, cum Sejanorum prædiorum appellatione, etiam Gabiniana comprehendisse, hoc est, hæreditus, quos et redactus vocat, et refectus: et eo nomine proprie nostri auctores significant pensiones atque mercedes redactas ex locatione prædiorum, nisi, inquam, reditus utrorumque prædiorum testator consueverit confuse rationibus suis acceptos ferre sub nomine et titulo Sejanorum prædiorum. Argumentum optime ducitur ex rationibus defuncti, ut in *l. servis urbanis*, *hoc tit. l.* 1. *ff. de reb. dub. l. Sejæ*, §. *Tyranne, inf. de inst. et inst. leg.* Et ex hoc loco apparet, in quæstione voluntatis defuncti non sufficere unum argumentum, unam conjecturam, exigi plures, ut in *l. librorum*, §. *quod tamen h. t.* ut qui chartas legavit, videatur legasse libros hoc, non præsumemus ex uno argumento, sed ex pluribus, puta, quod dixerit, *chartas universas meas do, lego*, et quod alias chartas quam libros non habuerit, et quod studiosus studioso legavit. Hæc tria argumenta efficiunt, ut chartarum legato contineantur libri, unum non sufficeret: nec debet judex unquam temere ex una conjectura voluntatis defuncti, quicquam de ea decernere: sic etiam in §. *balneas*, qui sequitur.

Ad §. Balneas.

Balneas legatæ domus esse portionem constabat: quod si eas publice præbuit, ita domus esse portionem balneas, si per domum quoque intrinsecus adirentur, et in usu patris familiæ, vel uxoris nonnunquam fuerunt, et mercedes ejus inter ceteras meritoriorum domus rationibus accepto ferebantur, et uno pretio comparatæ, vel instructæ communi conjunctu fuissent.

Ad §. *Pen. Qui domum possidebat, hortum vicinum ædibus comparavit, ac postea domum legavit: si hortum domus causa comparavit, ut amœniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et ædium hortus additamentum fuit. domus legato continetur.*

Domo legata dicuntur deberi balnea, quæ sunt in ea domo, et publice præbentur quadrante, ut solebant olim, si modo concurrant multa argumenta, quibus de balneis quoque legandis sub appellatione domus testatorem quoque sensisse appareat, ut puta, si per domum in balnea intrinsecus aditus sit, si in usu privato nonnunquam fuerint testatoris, et uxoris ejus, si reditus balneorum, et pensiones rationibus accepto tulerit, sub nomine meritoriorum domus. Meritoria domus sunt loca domus, quæ particulatim locari solent, ut stabula, cœnacula, ergastula, diversoria, tabernæ,

balnea : item, si uno pretio balnea fuerint comparata cum domo, vel si fuerint instructa communi conjunctu, id est, communi contextu. Utitur quatuor argumentis, quibus vult probare eam fuisse voluntatem defuncti, ut legato domus cederent balnea. Unum argumentum non sufficit, plura exiguntur, alioquin legato domus cedunt tantum privata balnea, non etiam, quæ publice præbentur omnibus. Et huc pertinet, quod ait Paulus 3. Sent. *Domo legata, ejus balneum, quod publice præbetur, nisi alias separetur, legato cedit*, id est, nisi separatim balnei reditus rationibus acceptolati sunt. Et simili modo in §. *pen. h. l.* recte docet domus legato contineri hortum vicinum, si eum domus causa comparavit, ut amœniorem ac salubriorem domum possideret: ac præterea, si per domum in hortum aditus fuerit: denique si hortus fuit additamentum et accessio domus, non aliter, quoniam ex uno argumento non recte ducitur præsumptio voluntatis: eodemque modo in §. *ult.*

Ad §. Ult.

Appellatione domus insulam quoque injunctam domui videri, si uno pretio cum domo fuisset comparata, et utriusque pensiones similiter acceptolatas rationibus ostenderetur.

Ostenditur domo legata contineri insulam domui injunctam, id est, vicinam, proximam, adjacentem, ut ait *l. si finita §. item, quid dicemus, de dam. inf. et l. qui domum, sup. loc.* quoniam insula, quæ dicitur, non est alii ædificio continua, alioquin ea habitatio non esset insula; vicina alii ædificio potest esse, et proxima ac adjacens, non adhærens. Domo igitur légata, videri etiam legatam insulam vicinam, si modo uno pretio cum domo comparata sit: ac præterea, quoniam hoc unum non sufficit, *si a testatore et domus et insulæ pensiones simul rationibus acceptolatæ sunt sub titulo domus.* Denique ex §. *balneas, et §. pen. et §. ult.* atque etiam ex §. *Titio*, intelligimus, ex conjectura voluntatis, quæ modo subnixa sit multis argumentis, non unico tantum, et balneum, quod publice præbetur, et hortum, et insulam vicinam partes domus esse censeri, et legato domus contineri, non aliter. Acc. rationes nescivit esse in his omnibus locis; rationes expensi, et accepti, quas conficit sibi quisque diligens paterfamil. ex quibus eruitur sæpe mens defuncti. Observandum etiam est in §. *ult.* quoniam in Pandectis Florentinis ita legitur: *Appellatione domus insulam quoque injunctam domui videri*, nec additur *legatam*: et pro *videri*, quoniam hæc verba sæpe commutantur, legendum esse, *deberi*. Nam idem mendum inolevit duobus locis. Videri pro deberi, in *l. pen. et ult. inf. de dote præleg.* et apud Senecam 2 natur. quæstion. *Si cum sanitas*, inquit, *videatur esse de fato*, cum veteres habeant, *si sanitas debetur fato, debetur et Medico, per cujus manus beneficium fati ad nos pervenit.* Et sic explicanda est lex 91. *de leg.* 3.

Ad L. IX. de Ann. leg.

Fundus, quem paterf. libertis legatorum nomine, quæ in annos singulos relinquit, pignus esse voluit: ex causa fideicommissi rei servandæ gratia recte petetur. Paulus notat: hoc admittendum est, et in aliis rebus hæreditariis, ut et in eas legatarius mittatur.

In hac l. proponitur, patronum libertis in annos singulos per fideicommissum legatum reliquisse certæ quantitatis, et ob hanc causam certum fundum libertis pignoris jure obligatum esse voluisse, pignus testamento recte constituitur, *l. 1. C. comm. de leg. l. non est mirum, sup. de pig. act. l. Lucius, inf. de alim. leg.* Et ideo Pap. ait, eum fundum recte peti, id est, vindicari actione hypothecaria, sive Serviana; rei servandæ gratia ex causa fideicommissi, id est, ut eum fundum legatarii possideant ex causa legati, per fideicommissum relicti, sicut loquitur etiam *l. 5. §. plures, in. ut in poss. leg.* hoc ita *si legatarii hæres legatorum nomine cavere detrectet*, quoniam, quæ relinquuntur in annos singulos, legata conditionalia sunt, *l. 1. §. si in annos, ff. ad leg. Falc.* Idcirco de iis præstandis, cum conditio extiterit, hæredem legatariis cavere oportet, aut licebit legatariis exercere speciale pignus, et exequi quod testamento constitutum est, et fundum persequi ac possidere legatorum servandorum causa. Et hoc cum scripsisset Pap. notat ad eum Paulus, quæ nota admodum singularis est, etiamsi legatariis in testamento prospectum sit speciali pignore, non idcirco tamen minus et prætorium pignus constitui posse in aliis rebus hæreditariis, hærede non cavente et legatariis non satis faciente pignore testamentario, quod fiet missis legatariis jussu magistratus in possessionem aliarum rerum, legatorum servandorum causa. Pignus prætorium concurrere posse cum pignore testamentario, nec cautionem testatoris lædere aut tollere vulgarem cautionem legatorum præstandam ex edicto prætoris, quod maxime notandum est. Nam argumento hujus loci tentari potest, etiam legatariis a testatore constituto speciali pignore, eos in ceteris rebus hæreditariis exercere posse jus taciti pignoris, quod eis Justin. dedit in *l. 1. C. comm. de leg.* Id enim ante Justin. non habuerunt. Nam *l. cred. ff. de separ.* est accipienda de prætorio pignore, quod

missio in possessionem constituit, non ut Acc. sensisse videtur, adducta *l.* 1. *C. de comm.* de tacito pignore, quod facile constat, legatariis Justin. dedisse primum. Et idem Acc. etiam in hanc rem falso in *l.* 5. *sup.* §. *postquam, ff. ut in poss. leg.* legatarios jure taciti pignoris præferri chirographariis creditoribus, quia certo certius est legata non deberi, nisi deducto ære alieno, et adimpletis omnibus creditoribus, ne ex testamento quidem militis, *l.* 1. §. *denique, ff. ad SC. Treb.* Ergo omnes creditores, etiamsi non sint hypothecarii proculdubio præferuntur legatariis, quamvis hodie hypothecarii omnes sint legatarii. Verum quod dixi tentari posse, vel dicam modo vere dici posse, legatariis in testamento constituto speciali pignore, speciali hypotheca, eos etiam jus tacita hypothecæ, quod dedit Justin. exercere posse in aliis rebus hæreditariis, videlicet, si rei servandæ causa non sufficiat pignus speciale, arg. *l.* 2. *ff. de pig.* Ubi, si cui sit constituta specialis et generalis hypotheca, dicitur non posse eum exequi generalem, vel excutere, nisi cum specialis non est idonea: sed si specialis sit idonea, abstinere debere a ceteris bonis, licet et ea generaliter pignori nexa habeat ejusdem crediti nomine. Et nihil est præterea, quod ad hanc leg. pertineat.

Ad L. XXIV. de Usu, et usufructu leg.

Uxori fructu bonorum legato, fœnus quoque sortium quas defunctus collocavit, post impletam ex Senatusconsulto cautionem præstabitur. Igitur usuras nominum in hæreditate relictorum ante cautionem interpositam debitas, velut sortes in cautionem deduci necesse est. Non idem servabitur nominibus ab hærede factis. Tunc enim sortes duntaxat legatario dabuntur: aut, quod propter moram usuras quoque reddi placuit, super his non cavebitur. Ad §. *Scorpum servum meum Semproniæ concubinæ meæ servire volo: non videtur proprietas servi relicta, sed ususfructus.*

Sciendum est Senatusconsulto caveri omnium rerum, omniumve bonorum, quæ in rebus nostris sunt, usumfructum legari posse, et constitui interposita cautione de restituendis rebus ejusdem generis et qualitatis, *l.* 1. *h. t. l.* 1. *sup. de usufr. ear. rer. quæ usu. con. l. usufr. inf. ad l. Falcid.* Ergo et earum rerum, quæ sunt in abusu, id est, quæ utendo depereunt et consumuntur, quoniam in bonis nostris sunt, ut pecuniæ, quæ assidua contrectatione et permutatione quasi consumitur, legari potest ususfructus, et vero constitui quasi ususfructus, vel quasi usus, remedio cautionis SC. introductæ: nimirum cavente usuario vel fructuario, cum morietur aut capite minuetur, tantam pecuniam reddi hæredi, quantam in usum acceperit. Proinde omnium bonorum legato usufructu, detracto ære alieno, et detracta Falcidia, cujus rationem ante omnia haberi oportet, etiam eorum bonorum ususfructus legato continetur, quorum proprie non est usus, sed abusus, ut vini, olei, frumenti, pecuniæ numeratæ, sive nominum et cautionum fœneratitiarum, quarum proprie non est usus, *l.* 3. *sup. de usuf. ear. rer. quæ usu cons.* Nec hodie, si illa cautio adhibeatur, est locus argumento ex contrario, quod est in Topicis. Si quis alii usumfructum suorum bonorum legaverit, cellis vinariis et oleariis plenis relictis, non debere eum existimare id ad se pertinere, quod usus, non abusus legatus sit, et earum rerum, quæ in cellis continentur, abusio est, non usio, quoniam remedio cautionis, de qua ante dixi, etiam in eis rebus quasi usufructus constitui potest. Finge, uxori testatorem legasse usumfructum omnium bonorum: secundum ea, quæ diximus, legato continetur etiam ususfructus nominum, quæ fecit testator vel hæres ejus. Ideoque actiones uxori præstandæ sunt, ut exigat sortes, quas testator vel hæres fœnori occupavit præstita cautione ex Senatusconsulto, de tanta pecunia reddenda, quandocunque mortua, aut capite diminuta erit. At quæritur hoc loco, an etiam ejus pecuniæ, earumve sortium fœnus sive usuræ in cautionem Senatusconsulti deducendæ sint? Et Papinianus ita subtiliter distinguit: Aut testator nomina fecit, id est, fœnus contraxit, aut hæres ejus. Si testator, aut quæritur de usuris, quæ jam debitæ erant, ante quam præstaretur cautio Senatusconsulti, et hæ quoque usuræ tanquam sortes, id est quasi sortes effectæ in cautionem postea interpositam deducuntur, et ex cautione finito usufructu restituuntur hæredi. Aut quæritur de usuris, quæ post cautionem interpositam currere et deberi et cœperunt, hæ cedunt lucro uxoris, non tanquam sortes, sed tanquam fructus sortium in bonis mariti inventarum, nec in cautionem vel restitutionem veniunt, quia usus nominum legatus est in usu et fructu nominum sunt usuræ, quæ cedunt post constitutum quasi usumfructum, id est, post interpositam cautionem Senatusconsulti. Usura est quasi fructus sive reditus sortis, *d. l.* 3. *de usufr. ear. rer. quæ usu consum. l. usuræ, de usur. l. Titius in pr. ff. de præscript. verb.* Quod si hæres nomina fecit, non testator, usuræ, quæ debentur hæredi uxori defuncti non præstantur, quia nunquam fuerunt in bonis testatoris. Quod præter hunc locum etiam aperte ostenditur in *l. postulante*, §. *ult. ff. ad Senatusconsult. Trebell.* quam miror Accurs. omisisse. Igitur si hæres nomina fecit, usuræ debentur hæredi, non legatario, cui ususfructus le-

gatus est omnium bonorum, quia illæ usuræ nunquam fuerunt in bonis defuncti. Sortes autem debentur legatario, quas occupavit hæres et vertit in calendarium, quia verum est eas fuisse in bonis testatoris. Verum adjicit, deberi tamen uxori post moram hæredis, sive post litem contestatam earum sortium usuras, quas hæres occupavit, non jure legati, quia legato non continentur, sed quia placuit mulctari moram et frustationem hæredis præstatione usurarum, ut in actionibus bonæ fidei, et in actione ex testamento, quæ legati nomine instituitur, vel in persecutione fideicommissi, *d. l. usur. de usur. l. qui solidum*, *l. si quis servo, de leg.* 2. *l. Divus*, §. 1. *ad l. Falc. et tot. tit. C. de usur. et fruct. leg.* Itaque super eis usuris, quæ infliguntur hæredi propter moram, uxori etiam nihil cavere necesse est, sed super iis tantum quas restitutura est quandoque finito usufructu. Cavemus super iis tantum, quæ restituturi sumus. Et eadem est prorsus ratio usurarum et fructuum. Nam fructus inventi in hæreditate, fructus maturi veniunt in restitutionem fideicommissariæ hæreditatis tanquam res principalis fideicommisso comprehensa, fructus maturi, qui erant tempore mortis, *l.* 9. *ad l. Falc. l. Centurio, de vulg. substit.* Fructus autem immaturi vel percepti ab hærede vel sati, non veniunt in restitutionem fideicommissi, sed cedunt lucro hæredis omnes, si mora nondum intercesserit, quia nonnisi post moram debentur legatorum aut fideicommissorum usuræ vel fructus vel causæ, *l. in fideicomm. l. ita tamen*, §. 1. *et. d. l. postulante*, §. *ult. ad Senatuscons. Treb.* Hoc exposito subjicit Papinian. quendam ita legasse per fideicommissum, quoniam verbum *volo*, quo utitur, est precarium: *Serapium Servum Semproniæ concubinæ meæ servire volo.* Et his verbis ait, quod est apertissimum, concubinæ legatum servi usumfructum videri, non proprietatem; verbum *servire* usum significare non dominium; aliud esse servire, aliud in servitute esse, quod et Rhetores tradunt. Liber homo mercenarius servit, nec tamen servus est. Redemptus ab hostibus redemptori servit, quoad reluerit se et repignoraverit quoniam vinculo quodam naturali redemptori tenetur obnoxius. Redemptus, inquam, ab hostibus redemptori servit, nec tamen est servus. Manumissus a proprietario servit fructuario, quandiu durat ususfructus, nec tamen servus est. Idemque dici potest de capto ab hostibus, ut dixi: Idem dicendum est de capto a prædonibus, vel addicto ob æs alienum, nihil est apertius.

Ad l. VI. de Servit. Leg.

Pater filiæ domum legavit, eique per domus hæreditarias jus transeundi præstari voluit, si filia suam domum habitet, viro quoque jus transeundi præstabitur, alioquin filiæ præstari non videbitur. Quod si quis non usum transeundi personæ datum, sed legatum servitutis esse plenum intelligat; tantundem juris ad hæredem quoque transmittetur. Quod hic nequaquam admittendum est, ne quod affectu filiæ datum est, hoc et ad exteros ejus hæredes transire videatur.

Ex ea *l.* 6. *de servit. leg.* intelligimus, iter non tantum esse servitutem prædiorum rusticorum, sed aliquando etiam esse servitutem urbanorum, ut in *l. iter, sup. comm. prædior.* quæ et in hoc esse differentiam ostendit, quod iter in prædiis urbanis constituatur ea lege, ut is, cui servitus conceditur, interdiu tantum eat, non noctu, ut non cogatur, qui servitutem debet, apertam januam relinquere nocte tota, quod esset importunum et incivile: at in prædiis rusticis ita constitui, ut eat quocunque tempore volet. Ac præterea ex hac l. 6. intelligimus, iter non semper esse servitutem prædiorum, sed aliquando personarum servitutem, sive hominum, ex voluntate testatoris. Quare domo filiæ legata, et in eam domum itinere per domus hæreditarias. Papinianus ita distinguit: Aut pater filiæ legavit jus personale, id est, usum transeundi per domus hæreditarias, et quamvis hoc jus non transeat ad filiæ hæredes extraneos, cum sit personale, tamen viro quoque ejus mulieris ait, transitum esse præstandum, si mulier habitet domum legatam, alioquin non videri mulieri præstari. Nam ut domus, ita transitus debet esse in promiscuo usu viri et uxoris, *l.* 4. §. *mulieri*, *et l.* 9. *de usu et hab.* Aut pater legavit filiæ iter, id est, servitutem prædialem, quam deberent domus hæreditariæ domui legatæ, quod vocat, plenum servitutis legatum. Et hoc casu constat jus transeundi per domus hæreditarias in domum legatam, transmitti ad hæredes filiæ, juxta id quod dicitur in *l. non solum*, 2. §. *tale*, *de libertat. leg.* si personæ cohæret id quod legatur, id non transire in hæredem: si non cohæret, transire. Concludit autem Papin. in extremo hujus legis, cum affectu filiæ pater ei dat jus transeundi per domus hæreditarias, personæ, non prædio hoc jus datum videri, nec transire ad hæredes extraneos filiæ. videlicet, si ut recte Accurs. rem temperat, aliunde hæredes aditum ad domum legatam habeant. Nam si aliunde non habeant aditum ad domum legatam necessario etiam hæredibus extraneis, ad quos domus legatum transmittitur, sine dubio aditus præstandus est, sine quo domus legata habitari non potest *l. damnas* §. 1. *sup. tit. prox.* quia vero hæredes tantum extraneos Papinianus excludit, potest tentari jus affectu filiæ datum, transire ad nepotes

ex ea, quia eo jure excluduntur hoc loco soli extranei, et idem reperi esse receptum in privilegio personarum dato mulieri, *l. maritum, et l. etiam, sup. sol. matr. l.* 1. *C. de privil. dot. et Novel.* 91. *l.* 2. *C. Theod. de sponsal.* Ex quibus locis, si conjungantur, apparebit privilegium etiamsi sit personale, non transire quidem ad hæredes extraneos, vel exteros, sed ad filios tamen transire.

Ad L. VIII. de Dote Præleg.

Vir uxori, quæ dotem in mancipiis habebat, pecuniam pro dote legaverat, vivo viro mancipiis mortuis, uxor post virum vita decessit. Ad hæredem ejus actio legati recte transmittitur: quoniam mariti voluntas servanda est.

In *l.* 8. *de dote præleg.* proponitur hæc species: Uxor dotem habuit in mancipiis quibusdam: vir ei legavit certam pecuniam pro dote: mortuis mancipiis dotalibus constante matrimonio quæritur, an deinde morte viri soluto matrimonio pecunia legata pro dote mulieri debeatur? Posset dici non deberi: quod sit legata pro dote, quæ nulla est, mortuis servis dotalibus, qui soli erant dotales. Et tamen respondet, uxori deberi pecuniam a marito legatam pro dote. Et utitur hac ratione, quoniam mariti voluntas servanda est, *l.* 1. §. *si quis uxori*, *l.* 6. *hoc. tit.* maritus autem voluit, certam pecuniam dari vice dotis, nec mutavit voluntatem servis dotalibus mortuis eo superstite, sed perseveravit in ea voluntate, etiam consumpta dote uxoris, ut ei adnumeraretur certa pecunia in vicem dotis, quæ tunc nulla erat: et aliud est dotem legare, aliud pro dote certam pecuniam. Si dotem legasset, nihil deberetur mortuis servis dotalibus, quoniam legavit certam pecuniam pro dote, quamvis nulla sit dos, ea pecunia deberetur, quia adjectio illa *pro dote* supervacua est: nam etsi indotata fuerit mulier, non vitiat ea adjectio legatum. Valde placet mihi concisa illa ratio et simplex, *quoniam voluntas mariti servanda est.*

Ad L. II. de Instr. vel Instrum. Leg.

Cum pater pluribus filiis heredibus scriptis, duobus præceptionem bonorum aviæ, præter partes hereditarias dedisset, pro partibus coheredum viriles habituros legatarios placuit.

Pater filiis pluribus ex disparibus partibus hæredibus institutis, duobus ex eis prælegavit bona, quæ ab avia ei obvenerant; et *prælegare* ex hoc loco recte poteris interpretari esse, *præter hæreditarias partes præceptionem dare.* Si igitur pater duobus ex filiis hæredibus institutis prælegavit ea bona, nemini incognita est conditio prelegatorum: hæredes prælegata capiunt partim jure hæreditario, partim jure legati, *l. in quartam, ff. ad leg. Falcid.* Ea igitur bona filii capiunt partim jure hæreditario, partim jure legati. Jure hæreditario a semetipsis pro hæreditariis portionibus: jure autem legati a cohæredibus, a fratribus consortibus, pro virilibus portionibus: et hoc est quod ait Papinian. initio hujus legis, quod congruit omnino cum *l.* 67. §. *ult. de leg.* 1. Varietatis ratio est obscura, ut videtur, hoc est, cur jure hæreditario capiant ea bona pro hæreditariis portionibus, jure legati pro virilibus portionibus: sensus hic non est: filiis, quibus ea bona prælegata sunt, fratres consortes teneri pro virilibus portionibus, quoniam constat eos teneri pro hæreditariis portionibus, ex quibus hæredes instituti sunt. Sed sensus hic est: quod ab eis filii ceperunt jure legati, id eos inter se partiri pro virilibus portionibus; nimirum quia in legati causam vocati sunt æqualiter, non ut in hæreditatem inæqualiter.

Ad §. Dotes.

Dotes prædiorum, quæ Græco vocabulo Greco appellantur, cum non instructa legantur, legatario non præstantur.

Prædiis legatis, legato prædiorum non contineri ἐνθῆκας, sive dotes prædiorum, videlicet, si prædia simpliciter legata sunt. Nam si instructa prædia legata sunt, etiam prædiorum dotes, sive ἐνθῆκαι legatario debentur: *Dotes*, inquit, *prædiorum, quæ Græce appellantur* ἐνθῆκαι, Ita est ut in *l.* 3. §. *Lucius, de leg.* 1. συνενθήκαις. Et in *Novella* 128. *et l.* 7. *C. Theod. de pistoribus.* Et Græci ad *leg.* 10. *ff. qui, et a quibus manum. liberi non fiant*, ταῖς ἐπὶ ξένης διακειμέναις ἐνθήκαις. Atticos vocasse ἀφορμὰς, nunc vocari ἐνθήκας, Libanius et Hesychius ex Aristophane; instrumenta scilicet prædiorum, et quæcumque prædii causa reponuntur in horreis, quæ pertinent ad usum et necessitatem prædii, reposita dixit, *l. si mihi Mævia, in fin. sup. de legat.* 3. quod Columel. 1. *Villicus*, inquit, *exhortandus est ad instrumentorum et ferramentorum curam: ut duplicia, quam numerus servorum exigit, refecta et reposita custodiat.* Sed non est omittendum, instructis prædiis legatis, legato contineri ἐνθῆκας, sive dotes prædiorum, sed non contineri tamen reliqua colonorum vel actorum, quod ante idem docuit in *l. prædiis*, §. 1. *de leg.* 3.

Ad L. XIX. de Pecul. Legato.

Cum dominus servum vellet manumittere professionem edi sibi peculii jussit: atque ita servus

libertatem accepit res peculii professioni subtractas non videri manumisso tacite concessas apparuit.

Domins volens servum manumittere inter vivos, prius jussit edi sibi professionem peculii, id est, ἀναγραφ, et quasi inventarium rerum peculiarium, et inspectâ ea professione, eo repertorio rerum peculiarum servum manumisit. Tacite videtur ei concessisse peculium, quod id ei specialiter non ademit, §. *peculium, Inst. de leg.* At quæritur, quoniam is servus non ex fide bona eam professionem peculii edidit, sed subtraxit res quasdam, an etiam dominus videatur ei tacite concessisse res peculiares, quas servus dominum celavit dolo malo, et professioni subtraxit? Et respondet Papin. eas res, quæ professioni subtractæ sunt, manumisso tacite concessas non videri, idque apparuisse ex postfacto, detecta fraude servi, quia nemo intelligitur concessisse quæ ignoravit, quæque dolo malo adversarii subtracta sunt, *l. tres fratres sup. de pact.* Et ita est explicandum initium hujus l. Male Accursius ponit speciem, dum ponit servum non subtraxisse professioni res certas, sed dominum ipsum exemisse peculio res certas, reliquas concessisse servo tacite, quoniam hanc speciem verba non ferunt. Male etiam Germanus quidam Jurisconsultus, qui exactionem professionis peculii accipit pro ademptione peculii, quod nemo unquam nisi temere dixerit: vult dominus scire quid sit in peculio, an ideo videtur adimere peculium? minime vero. Initium autem *h. l.* sane nihil pertinet ad titulum, quoniam non est de peculio legato, sed de peculio concesso inter vivos, sicut etiam initium *l. 2. sup. tit. prox.* quam hæri exposuimus, nihil pertinet ad titulum, ideoque et hujus legis initium, et istius, conjungi debet cum sequentibus, ne a re proposita errare videatur. Et initio quidem hujus legis conjuncto cum §. 1. differentia constituitur inter manumissum inter vivos et manumissum testamento. Nam manumisso inter vivos tacite concessum videri peculium, si ademptum non sit: manumisso autem testamento non aliter concessum peculium videtur, quam si ei sit specialiter legatum, *d.* §. *peculium.* Cujus differentiæ ratio hæc est, quia inter vivos, cum manumittit dominus servum, nec peculium alii dat, nec sibi recipit, tacite igitur concedit manumisso. Testamento autem peculium cum universo jure suo hæredi dedisse videtur, quod servo vel alii non legavit, quamobrem ponit in §. 1.

Ad §. Testamento.

Testamento data libertate, peculium legaverat; eumdemque postea manumiserat; libertus ut et nominum peculii actiones ei præstarentur ex testamento consequetur.

Manumisso in testamento fuisse specialiter legatum peculium, alioquin manumissum peculium non sequeretur; sed subjicit manumissum testamento, cui legatum est peculium, postea ab eodem domino fuisse manumissum inter vivos repræsentata libertate, ut sæpe testatores etiam legata, quæ testamento reliquerunt, ipsi dum vivunt, legatariis præstant et repræsentant: et sic ponit postea eundem servum ab eodem domino fuisse manumissum inter vivos non adempto peculio, quo casu non dicam quod dixi ante, etiam tacite peculium servo concessum videri, quoniam excipiendus est hic casus, propterea quod jam ante ei dominus peculium legaverat in testamento. Igitur libertatem quidem servus accipit inter vivos: peculium autem non nisi ex testamento jure legati, quo jure consequetur, ut sibi hæres etiam cedat actiones nominum peculiarium adversus debitores peculiares, et vice versa cavebit legatarius hæredi defensum iri, cum adversus creditores peculiares, cavebit de indemnitate, *l. 18. hoc tit.* Peculium est nomen juris sicut hæreditas: qua de causa peculium sequi debet omnis obligatio peculiaris, quæ scilicet est in peculio, vel cui peculium obstrictum est: omnis obligatio activa et passiva, *l. 1. §. per contrarium, de dote præl. l. frater a fratre, de cond. indeb.* Ad hæc notandum ex hoc §. 1. manumissione servi non extingui legatum peculii, quod ei relictum est. Hoc tamen pugnare videtur cum *l. 1. et 2. hoc. tit.* Sed quod etiam Glossa intellexit, ibi agitur de servo alii legato cum peculio, quo casu manumisso servo a testatore post factum testamentum, et servi et peculii, tanquam accessionis legatum extinguitur. Nam cum principales res perimuntur, necesse est etiam extingui ea, quæ accessionis locum obtinent: hic autem servo legatum est peculium tantum, quo casu peculium non obtinet vicem accessionis, sed rei principalis, quæ sola servo legata est, et ideo manumisso servo non extinguitur legatum peculii, quia tunc vicem accessionis vel sequelæ peculium non obtinet.

Ad §. Ultimum.

Filiusfamilias cui pater peculium legavit, servum peculii vivo patre manumisit; servus communis omnium hæredum est exemptus peculio, propter filii destinationem: quia id peculium ad legatarium pertinet, quod in ea causa, moriente patre inveniatur.

Species et sententia §. ult. hæc est: Pater filiofam. peculium legavit, filius servum peculiarem manumisit vivo patre sine voluntate patris, hac

manumissio licet inutilis sit, ut in *l. seq. et l. filius*, *infr. de jur. patron.* filio tamen quandoque nocebit præmortuo patre. Nam is servus omnium hæredum communis erit, tamquam peculio exemptus, non quidem reipsa aut jure ipso, sed facto, et destinatione filii, qui eum manumisit, et in hoc §. post hæc verba, *servus communis omnium hæredum*, est, addendus est articulus, *qui exemptus peculio*. Denique id tantum peculium legatum intelligitur, quod in eadem causa fuit in diem mortis patris. In qua tamen per filium factum est, quantum in eo fuit, ne is servus permanserit. Manumissio igitur inutilis nocet manumissori, nocet etiam legatario, si alii servus aut peculium sit legatum, ut *l. 3. §. ult. sup. tit. prox.* Et additur ex Marciano in *l. seq.* nihil interesse, manumissio præcedat, an sequatur legatum peculii, nihilque interest, ante legatus sit servus, cum peculio scilicet et titulo peculii, et deinde manumissus, an contra hæc non esse distinguenda. Et tamen Alphenus in *l. duo filii*, *ff. de manumiss.* accurate separat atque distinguit, et palam multum interesse ait, planeque videntur inter se diffidere Marcianus et Alphenus in *l. duo filii*. Certe Marcianus, dum ait, nihilque interesse, notat aliquem, qui aliquid interesse dixerit. At videamus quomodo probabiliter in concordiam adduci possint: res est difficilis et abdita pluribus. Lex *duo filii*, ponit patrem filio legasse peculium, et vivo patre filium manumisisse servum peculiarem, proponit eandem speciem, et tamen ait, videndum et distinguendum esse, utrum prius testamentum fecerit pater, quam filius servum manumitteret, an postea. Priore casu, servum legato peculii contineri, et libertum esse filii manumissoris: posteriori casu non contineri legato peculii, et servum esse communem omnium hæredum patris: quod cum dicit plane demonstrat falsum esse, quod Glossa adstruit hoc loco in ejus l. specie. Utilem servi manumissionem fuisse, factam scilicet ex voluntate patris. Nam si utilis esset et efficax, non esset illo posteriore casu is servus communis omnium hæredum, sed sua frueretur libertate: ac præterea, si esset utilis manumissio, multo magis priore casu is servus legato peculii non contineretur, et tamen contineri dicitur in ea lege Itaque nihil agit Accurs. dum dissidii componendi causa fingit hoc loco inutilem fuisse manumissionem, factam scilicet voluntate patris: illam utilem fuisse. Probabilius dici potest, huic distinctioni locum non esse, cum agitur de peculio legato, sed indistincte. legato peculii non contineri servum peculiarem, quem filiusfamil. manumisit vivo patre: contra hanc distinctionem locum esse quum quæritur, an ex ea manumissione libertas servo competat: nam si pater filio prius legavit peculium, quam filius servum manumisit, is servus legato quidem peculii continetur ex sententia et mente patris, quia eo tempore quo legavit peculium, revera is servus erat in peculio, sed ex sententia, et destinatione filii, quæ post insequuta est, quia eum servum manumisit, is servus exemptus est peculio facto legatarii, nec legato continetur: nihil est certius. At manumissio servi licet ab initio fuerit inutilis, convalescit, et manumissus libertus efficitur filii manumissoris, quia ex post facto apparuit, manumissorem fuisse dominum servi, cedente die legati peculii: et regula Catoniana, quæ vetat, convalescere ea, quæ ab initio inutilia sunt, non habet locum in libertatibus, *l. generaliter*, §. *si hominem*, *de fid. libert. l. si privatus*, §. *ult. qui et a quibus manumiss. lib. non fiunt.* Nam regula Catoniana pertinet tantum ad ea, quæ cedunt a morte testatoris: libertates non cedunt a morte, sed ab adita hæreditate, et hæc de priori casu.

Sequitur altera pars distinctionis propositæ, si post manumissionem servi peculiaris, pater filio legavit peculium: hoc casu, neque ex sententia filii, nec ex sententia patris, servus legato peculii continetur, quem filius noluerit habere in peculium, et jam ante jusserat esse liberum, ideoque nec libertas ei ex manumissione filii competit, quia apparuit, filium non fuisse dominum, quoniam a patre non intelligitur ei legatus servus, quem jam peculio filius subduxerat. Itaque titulis sub quibus hæ ll. positæ sunt, inspectis, uti oportet, quia ut Divus Hieronymus dixit: *Tituli sunt claves legum sive scripturæ*, dicemus illam *l. duo filii*, *ff. de manumiss.* locum habere, si de manumissione servi quæratur: hanc autem Marciani legem, si de peculio legato quæratur. Et quod ait Papinianus servum esse communem omnium hæredum, non esse verum indistincte, sed ita verum, si manumissio legatum antecessit. Quod autem subjicitur ex Marciano, ne utamur superiore distinctione, pertinere tantum ad peculium legatum, cui legato is servus nullo casu inest, vel inspecta destinatione filii, alioquin nec priore casu effectus liber esset, cum tamen *l. duo* dicat, eum esse libertum filii manumissoris, ergo liberum.

Ad L. IX. de Supel. Leg.

Legata supellectili, cum species ex abundanti per imperitiam enumerentur, generali legato non derogatur, si tamen species certi numeri demonstratæ fuerint, modus generi datus in his speciebus intelligitur. Idem servabitur instructo præ-

dio legato, si quædam species numerum certum acceperint.

Initio hujus l. quæritur, supellectili legata, vel instructo prædio generaliter, si species quædam supellectilis, vel instructi enumerentur, an generi per speciem derogetur? Et Papin. ita distinguit: aut species quædam supellectilis, vel instructi ex abundanti per imperitiam, id est, dum testator putat non esse eas in supellectili, vel in instructo enumeratæ sunt, et tunc legato generis legato supellectilis, vel instructi nihil derogatur, quod ex Papiniano Ulpianus retulit in *l. quæsitum*, §. *pen. sup. de inst. vel instr. leg.* Aut consulto consilio enumeratæ sunt species certo et custodito numero, et tunc legato generis derogatur, et ea tantum legatario debentur, quæ specialiter enumerata sunt: legatum supellectilis, vel instructi minuitur. Priore casu exigo, ut propria nomina specierum, quæ legantur non exprimantur, ut *d.* §. *pen.* Nam si exprimantur, etiamsi per imperitiam, si relinquantur nominatim, illæ solæ species debentur, *l. cum de lanionis*, §. *qui fundum*, *eod. tit. de inst. leg.* Qua de causa, non abs re in *l. hæres*, §. 1. *sup. de leg.* 3. dicitur, duas statuas marmoreas nominatim fuisse legatas, et non deberi legatario ceteras statuas marmoreas, licet omne marmor ei legatum sit. Et notandum maxime ex *d. l. cum de lanionis*, §. *pen.* etiam longam et diligentem enumerationem specierum derogare generi, modum facere generi, quoniam non frustra fieri intelligitur, quæ fit prolixe, et accurate, et diligenter, non ex abundanti. Et additur in hac lege: Legato supellectilis cedere etiam supellectilem auream vel argenteam, vel argento inclusam, argento coopertam, cedere aureas vel argenteas mensas, et candelabra, et lectos argenteos, quæ tamen olim non erant in suppellectili. Quia veteres non utebantur, ut erant severiores atque justiores, suppellectili aurea vel argentea, sed luxus posterioris seculi etiam jus materiæ supellectilem usurpavit, *l.* 1. §. *ult. l.* 7. *hoc tit.* Et id refert etiam Papin. ex Odyss. Hom. Cujus tamen verba non proponit, lib. 23. *Ulyssem lectum, quem ædificaverat ex oleæ viventis, truncis*, ornasse auro et argento, variasse auro vel argento, quem Penelopa, inquit, recognoscendi viri signum accepit. Et *Penelopa* dicit, ut Plautus et Cicero, non *Penelope*, et *recognoscendi viri signum*, ut Homerus.

Σήματ' ἀναγνώσῃς, etc. Ex quo etiam hoc loco non est legendum *lectum viventis*, sed *lectum vi*-*rentis.* Legata igitur suppellectile non spectamus materiam, sed speciem, quoniam legato continetur omnis supellex cujuscunque materiæ, *ut d. l.* 7. Excipitur tantum in §. ult. suppellex argentea, quam testator pignori accepit, vel cujuscunque alterius materiæ, non argentea modo, sed cujuscunque alterius materiæ suppellex, pignori accepta, quoniam hæc legato non continetur: quia aliena est supellex, non testatoris, sicut servis legatis non continentur pignori accepti, *l, servos autem*, §. 1. *de leg.* 3. Prædiis legatis non continentur prædia pignori accepta, *l. qui habebat*, *eod. tit.* Quia aliena sunt prædia. Pignus non transfert dominium, nisi scilicet pignus fuerit, in usu et mancipio creditoris voluntate debitoris, id est, nisi sit pignus, quod veteres fiduciam vocabant. Nam fiduciæ dominium tranferebatur in creditorem. Qua de causa et cum debitor legavit servos suos, Paulus *lib.* 3. *sentent. tit. de legat.* scribit, non contineri servos, quos debitor fiduciæ dedit, quia sui esse desierunt. Ergo legata supellectile etiam debetur legatario supellex, quæ fiduciaria est testatori. Quod est proprium genus pignoris, quo mutatur dominium, sed ut ait: *sed si propositum*, ubi est legendum *oppositum.* Sed si oppositum sit pignus tantum propter contractus fidem et restituendæ rei vinculum, si opposita sit pignori supellex, non fiduciæ genere, sed propter contractus fidem et restituendæ rei vinculum, tum legato non continetur, quia non est in dominio creditoris. Et interim serva finem contrahendi pignoris, *propter*, inquit, *contractus principalis fidem, et restituendæ rei vinculum.*

Ad L. VIII. de Alim. et Cibar. Leg.

Pecuniæ sortem alimentis libertorum destinatam, unum, ex hæredibus secundum voluntatem defuncti præcipientem, cavere non esse cogendum, ex persona deficientium partes cohæredibus restitui placuit. Ob eam igitur speciem post mortem omnium libertorum, indebiti non competit actio; nec utilis dabitur. Diversa causa est ejus, cui legatorum divisio mandatur. Nam ea res præsentem ac momentariam curam injungit. Alimentorum vero præbendorum necessitas oneribus menstruis atque annuis, verecundiam quoque pulsantibus adstringitur.

Testator pluribus hæredibus institutis, unum ex eis præter portionem hæreditariam præcipere jussit pecuniæ quantitatem certam, ita ut ex incremento ejus pecuniæ sive ex usuris ejus sortis quotannis, vel quot mensibus, vel quot diebus alimenta præstaret libertis testatoris, quo genere libertis per fideicommissum alimenta legasse intelligitur: verum si ex libertis quidam vita decedat, quæritur, quia in ejus persona finitur fideicommissum, alimentorum partium emolumentum ex persona deficientis, ex persona libertorum deficientium, ad quem pertineat? Et ostendit pertinere ad hæredem, cui

prælegata pecunia est, alimentis præstandis destinata, ut *l. dominus*, §. *ult. sup. de usufr.* pertinere ad eum solum, non ad cohæredes. Proinde nec in præcipienda ea pecunia cavere cohæredibus debet ex persona libertorum vita decedentium, partes cohæredibus restitui, hoc cavere non debet, quia partes deficientes ad eum solum recurrunt, non ad cohæredes, quod et Divum Pium constituisse proditum est in *l. divus*, *ff. si cui plus quam per leg. Falcid.* Quinimo mortuis omnibus libertis, atque ita finito onere præstandorum alimentorum, cohæredibus ob eam causam non competit adversus eum repetitio pecuniæ quasi indebitæ, quod scilicet causa, propter quam eam pecuniam præcipere jussus est, finita sit: non competere, inquam, cohæredibus repetitionem ejus pecuniæ quasi jam non amplius debitæ cohæredi, sed quasi ejus commodo omnem eam pecuniam cedere. Et adjicit, nec utilem ejus pecuniæ cohæredibus condictionem dari, vel indebiti, vel sine causa, vel quasi ex tacita cautione: denique cohæredes nulla actione posse cohæredi eam pecuniam auferre, etiamsi finitum sit onus fideicommissi injunctum cohæredi. Et ait diversam esse causam ejus, cui legatorum divisio mandatur, qui et minister dicitur in *l.* 17. *de legat.* 2. et dispensator in Novel. Marciani *de testamento cler.* aliam esse causam hæredis certam pecuniam præcipere jussi ad alimenta libertorum, et extranei jussi dividere legata testamento relicta. Et rationem diversitatis adfert subtilissimam: ei cui legatorum divisio mandatur, præsens et momentaria cura mandatur, ut scilicet statim impleat exequaturque voluntatem defuncti. Qua de causa et clericis, quibus non licet suscipere tutelam vel curationem minorum, ne revocentur a ministerio sacro, *l. generaliter*, *C. de episc. et cler. et Novel.* 123. Divus Cyprianus in epistola ad clerum et plebem Furnis constitutam: *Jampridem*, inquit, *in consilio Episcoporum statutum sit, ne quis de clericis, et Dei ministris tutorem vel curatorem testamento suo constituat: quando singuli divino sacerdotio honorati et in clerico ministerio constituti, non nisi altari et sacrificiis deservire, et precibus atque orationibus vacare debeant.* Clerici igitur, quamvis tutores vel curatores esse non possint pupillorum vel adolescentium, licet tamen eis esse executoribus et dispensatoribus testatorum ex Novell. Leonis Philosophi 68. nimirum, quia, ut Papinianus ait, ea res præsentem et momentaneam curam exigit, nec clericum adstringit et destringit: admodum leve et momentaneum est onus; cujus remunerandi causa, sane non videtur testator ei quidquam reliquisse, sed tantum electa probitate ejus divisionem ei legatorum injunxisse, indixisse: ideoque si quis ex legatariis mortuus sit ante diem legati cedentem, legatum non fit dispensatoris, sed pertinet ad hæredem. Idque hæres a dispensatore, si penes se habeat, repetere potest, quasi ei indebitum, aut quasi apud eum sit sine causa. At majus est onus hæredis, qui pecuniam præcipere jussus est, ex cujus usuris libertis alimenta annua, vel menstrua, mensurna, ut Cornificius loquitur, vel diaria distribuat, quia plerumque longo tempore durat ea functio sive præbitio, et sæpe, si in eo munere exequendo hæres se præbuerit tardiorem, aut difficiliorem, id est, in præstandis alimentis, quæ dilationem non ferunt, ea res verecundiam ejus pulsat, id est, pudorem ei injicit, et irrogat infamiam, aut parit invidiam. Itaque gravis et molesta est ea provincia sane plurimum, et ideo pensandi hujus oneris gravissimi causa, placuit non onerari hæredem etiam cautione, aut restitutione partium deficientum, et quasi ex mente defuncti pro legatario eum haberi, non pro nudo dispensatore alimentorum. Quæ est sententia hujus responsi, cui locus est non passim in qualibet alia specie adsimili, sed in ea solum modo ipsa quam proponit, videlicet si hæres sit, qui a testatore pecuniam præcipere jussus est ad alimenta libertorum, vel aliorum, veluti pauperum, aut orborum. Nam si ab omnibus hæredibus relicta sunt alimenta, et ut fit, unum ex cohæredibus elegerint, cui pecunia daretur, ex cujus usuris aleret alimentarios, et præberet eis annua, vel menstrua, hic sane, etiamsi idem onus sustineat, quia nihil habet ex judicio defuncti, cum non sit electus a defuncto, sed ab hæredibus, cavere debet hæredibus, qui eum elegerunt, se redditurum partes ejus pecuniæ, ut quisque ex libertis decesserit, *l.* 3. *h. t.* Et eo nomine tenetur etiam cohæredibus condictione indebiti, vel sine causa.

Ad L. XXIII. de Liber. leg.

Procurator, a quo rationem exigere hæres prohibitus, eoque nomine procuratorem liberare damnatus est, pecuniam ab argentario debitam ex contractu, quem ut procurator fecit, jure mandati cogetur restituere, vel actiones præstare.

Hæc lex est apertissima, et videtur conjungenda esse cum *l. qui plures*, *sup. de adm. tut.* Nam sicut in ea l. hoc ipso libro 7. Papinianus docuit, hærede prohibito a tutore defuncti rationem exigere, non videri tutori remissum, quod ex tutela percepit et penes se habet, ita in hac lege docet, hærede prohibito rationem exigere a procuratore negotiorum defuncti, eoque nomine procuratorem liberare damnatum, non videri ei remissam pecuniam, quam exegit ab argentario ex contractu, quem cum eo habuit ut procurator, et actione mandati eum

posse compelli eam pecuniam hæredi restituere, quam penes se habet ex negotiorum administratione, vel si nondum exegerit, debere eum hæredi cedere actiones, quia domino per procuratorem, cum sit libera persona, acquisitæ non sunt. Et hæc est sententia hujus legis, cui tamen non erit locus, si nominatim testator id etiam ei remiserit, quod ex negotiorum administratione percepit et penes se habet, ut docuimus in *l. qui plures*, et probat *l. cum ita, sup. hoc tit.* Alioquin hoc nequaquam remissum esse intelligitur.

Ad L. XXIII. de Adim. leg.

Pater inter filios facultatibus divisis, filiam ex ratione primipili commodorum trecentos aureos accipere voluit: ac postea de pecunia commodorum possessionem paravit: nihilominus fratres et cohæredes sorori fideicommissum præstabunt, non enim absumptum videtur, quod in corpus patrimonii versum est, cum autem inter filios diviso patrimonio res indivisas ad omnes cohæredes pertinere voluisset, ita possessionem ex commodis comparatam dividi placuit, ut in eam superflui pretii filia portionem hæreditariam accipiat: hoc enim eveniret in bonis pecunia relicta.

Pater officio arbitri functus cum filios hæredes suos instituisset ex disparibus partibus, vel ex paribus, nihil refert, bona sua inter eos divisit, et filiæ prælegavit per fideicommissum ex ratione commodorum primipili aureos trecentos. Ea ratio commodorum primipili erat opulentissima, sed ex ea tantum voluit filiam ferre CCC. aureos, ea commoda non debentur nisi post finitam primipili administrationem, *l. 1. C. de primipilo, libro* 12. quia dum militat, non commoda, sed stipendia appellantur. Primipilus est primus centurio totius legionis, quem sequebantur sexaginta centuriæ, ut Dion. Halycarn. scribit, lib. 10. ut Vegetius, quatuor centuriæ, et capiebat is centurio primipili totius legionis merita, ut idem Vegetius ait, commoda, stipendia, et annonas militares, eaque omnia erogabat, quamobrem eo nomine erat obstrictus Reip. ad reddendas rationes, sed ferebat etiam a Rep. non stipendia tantum, dum militabat, sed etiam honoraria et commoda post militiam sive emerita. Pater igitur ex ratione commodorum primipili, quæ erant in hæreditate filiæ per fideicommissum reliquit CCC. aureos. Verum post testamentum factum pater ex pecunia commodorum primipilatus, quæ pluris erat, quam trecentorum aureorum, ut dixi, possessionem quoque quandam pluris emit ex pecunia illa commodorum, quam commodis primipilatus acceptam ferebat in rationibus suis: quæritur, an videatur filiæ fideicommissum ademisse, quod trecentos aureos filiæ relictos ex ea ratione, et ampliorem summam permutavit ex ea comparata possessione aliqua? Et respondet Papinianus, ademptum filiæ fideicommissum non videri, si pecuniam primipili commodorum consumpsisset et perdidisset male. Sane ademptum videretur legatum, quod non extat: at consumptum non videtur, quod in corpus patrimonii versum est, id est, quo comparata possessio est, quæ verba a Papiniano etiam in quæstionibus usurpata sunt, *l. idem servandum, de leg.* 2. Verum cum hac sententia prima specie pugnat omnino *l. alteri, inf. h. t.* Quam Accursius tamen non notavit, aut dissimulavit, quæ l. fusius explicabitur suo loco. Nam est ex 9. Resp. Ea, inquam, lex evidenter statuit, ademptum esse legatum prædii, prædio vendito, licet pretium redactum sit in corpus patrimonii. Nihil est quod facilius expediri possit. In *l. alteri*, legavit prædium: in hac l. legavit pecuniæ certum numerum: facilius extinguitur legatum prædii sive cujuscunque corporis certi, speciei certæ, quam pecuniæ. Nam certa pecunia legata, non corpora nummorum, sed quantitatem spectamus, l. 12. de legat. 2. Quantitas autem semper inest in bonis *l.* 88. *de verb. signif. l. deducta, §. acceptis, inf. ad verb.* Trecentos aureos habet, qui ne teruncium quidem habet, si modo habeat prædium dignum trecentis, quia ea quantitas refici potest ex bonis, quæ habet. Igitur non est mirum, si hac specie pecunia commodorum primipili versa in prædii comparationem, consistit semper ejus pecuniæ legatum, quia intelligitur inesse hæreditati quantitas quæ spectanda est: et nunc finge, patrem diviso patrimonio inter filios, adjecisse, ut si quæ res indivisæ remansissent, hæ ad omnes hæredes filios suos pertinerent, fundus, qui comparatus est post testamentum factum, indivisus remansit, an ad omnes pertinebit pro virilibus portionibus: si sint hæredes ex æquis partibus, vel pro hæreditariis portionibus, si sint hæredes ex imparibus partibus? Et respondet, non omnino eum fundum pertinere ad omnes, quia comparatus est ex pecunia commodorum primipili, ex qua filiæ prælegata sunt trecenta, quamobrem filia præcipiet eum fundum ad finem trecentorum, quæ ei prælegata sunt: *Pour autant valant.* Superfluum pretii, si fundi pretium superet trecentos, inter se partientur pro virilibus portionibus, vel pro hæreditariis, ut dixi; quo modo nihil obstabit *l. si cogitatione, C. fam. erc.* quam adducit Accursius. Nam etiamsi ea pecunia commodorum primipili remansisset in hæreditate, nec ex ea comparatus fuisset fundus et amplior fuisset trecentis, ut et initio proposui fuisse ampliorem et opulentiorem, ratione eorum commodorum, præceptis trecentis a filia, superfluum pecuniæ in-

ter se dividerent fratres ad eundem modum, id est, pro hæreditariis portionibus. Et id est, quod in extremo hujus legis proposuit Papinian.

Ad L. I. de Reb. Dub.

Fundum Mævianum, aut Sejanum Titio legaverat, cum universa possessio plurium prædiorum sub appellatione fundi Mæviani rationibus demonstraretur: respondi, non videri cetera prædia legato voluisse defunctum cedere, si fundi Sejani pretium a fundi Mæviani pretio non magna pecunia distingueretur.

In *l.* 1. *ff. de reb. dub.* hæc proponitur species: qui habebat prædiolum, quod fundum Mævianum appellabat, et huic adjuncta pleraque alia prædia, quæ omnia etiam possidebat nomine fundi Mæviani, eorumque omnium prædiorum reditus sub nomine fundi Mæviani rationibus suis ferebat acceptos; denique universitatem illam prædiorum vocabat fundum Mævianum, et specialiter prædiolum unum, non magni pretii, hoc nomine insignibat: hic vero alii legavit disjunctim fundum Mævianum, aut Sejanum, quem ipse legatarius eligeret: nam ponendum est electionem datam legatario, veluti fundo Mæviano, aut Sejano legato per vindicationem. Quæritur autem, de quo fundo Mæviano testator senserit, utrum de latifundio et possessione, quæ plura prædia complectabatur, an de prædiolo Mæviano tantum? ὁμωνυμία rem dubiam facit, sed Papinianus subtiliter respondet, homonymiam illam esse dissolvendam ex comparatione fundi Sejani, cujus quidem aut Mæviani eligendi testator legatario potestatem facit: nam si fundi Sejani pretium non magna pecunia distinguatur a pretio fundi Mæviani exiguioris, si tanti sit unus fundus quanti alter fundus, aut non multum inter se pretio et dignitate distent, tunc testator videtur legatario reliquisse, utrum ex iis mallet, Sejanum an prædiolum Mævianum, quia non intelligitur cum Sejano comparasse fundum Mævianum, qui erat amplissimus et latissimus, et cujus pretium longe superabat pretium fundi Sejani. Ex diverso, si fundus Sejanus adæquat latifundii pretium, quod testator etiam nomine fundi Mæviani possedit universum, tum id latifundium testator videtur posuisse in electione legatarii, non fundum Mævianum pretio longe inferiorem quod dixi prædiolum Mævianum: quoniam comparatio et electio apte et convenienter non fit, nisi in his rebus, quæ inter se dignitate sive quantitate pares, aut non valde dispares sunt, et ut Philos. dicunt ἐν τοῖς κοινωνίαν ἔχουσι πρὸς ἄλληλα, *in his, quæ inter se societatem et communionem quandam habent, aut affinitatem quandam.* Nam si res legatæ sub disjunctione, utram ex eis legatarius elegerit, valde dispares sint atque discretæ, frustra electio legatario data videtur, et ea tantum potius dicitur esse legata quæ longe pretio exuperat alteram; ut si tibi legavero fundum Titianum, qui erat dignus mille, aut fundum Tusculanum, qui erat dignus quinque, quem ipse eligeres, aut si ita legavero tibi, hunc vel illum per vindicationem, quo genere videor tibi tribuisse electionem, sane in legato tantum videtur esse fundus Titianus, qui est dignus mille, quem proculdubio tu electurus es. Et hujus rei argumentum præbet *l. si ita relictum*, §. *pen. sup. de leg.* 2. Ergo in proposita specie, ex comparatione, contentione, collatione fundi Sejani intelligitur, quis fundus Mævianus legatus sit exiguus, an amplius, sicut in *l. ult.* §. *ult. sup. de trit. vin. et oleo leg.* Cum legato vino amphorario, *du vin frelaté*, et vino Amineo, et Græco, et dulcibus omnibus cum dubitaretur, an potiones tantum dulces essent legatæ, an vero etiam cibi dulces, ut uvæ passæ, palmæ, ficus, cariciæ, Labeo recte respondet ex collatione vini amphorarii, Aminei, Græci, ea tantum dulcia legata videri, quæ potiones essent; comparatio adjunctarum rerum dubitationem omnem tollit. Et ita explicandum est hoc responsum Glossis omnibus obliteratis.

Ad Legem LXXVII. de Cond. et Demonst.

Avia quæ nepotem sub conditione emancipationis pro parte hæredem instituerat, ita postea codicillis scripsit: hoc amplius nepoti meo. quam quod eum hæredem institui, lego prædia illa: conditionem emancipationis repetitam videri placet; quamvis avia nullam in legatis, ut in hæreditate, substitutionem fecisset. Nam et cum servus pure quidem liber, hæres autem sub conditione scriptus, et si hæres non extiterit, legatum accipere jussus est: in legato repetitam videri libertatem D. Pius rescripsit.

Initio hujus legis hæc proponitur species. Avia nepotem pro parte hæredem instituit sub conditione emancipationis, id est, si emanciparetur a patre et si hæres non esset avia in defectum conditionis, alium ei substituit, deinde codicillis ei pure prælegavit certa prædia, non repetita conditione emancipationis, non repetita etiam substitutione, ac proinde ei substituit in hæreditate, non in legato, non repetiit substitutionem. Quæritur, an etiam in legato intelligatur repetisse conditionem emancipationis? Et ait Papinianus in legato eandem conditionem repetitam videri ex voluntate defuncti, quæ etsi aliis modis declarari possit, ut in *l. ult.* §. *ult. ff. de doli except.* tamen in specie proposita, ut proponitur a Papin. fuerat voluntas testatoris aper-

tius declarata his verbis, quibus, codicillis prædia prælegata sunt: *Hoc amplius nepoti meo, quam quod eum hæredem institui, lego prædia illa*: hæc verba, *hoc amplius*, hanc scripturam jungunt superiori scripturæ testamenti, et vim repetitionis habent, repetuntque eandem conditionem, ac si juncta scriptura ita testator dixisset, *hæres esto ex semisse, si te pater emancipaverit, hoc amplius quam quod te hæredem institui, lego tibi prædia illa*, hæc verba: *hoc amplius*, repetunt superiorem conditionem, ut in *l. libertis*, *inf. hoc tit.* sed non repetunt etiam substitutionem subjectam: nec igitur deficiente conditione substitutum ad legatum admittemus, sed ad portionem hæreditatis tantum. Et subjicit eodem modo, servo pure relicta libertate et hæreditate sub conditione aliqua et hæres non esset legato ei relicto, in legato repetitam videri ei libertatem, idque ait D. Pium rescripsisse, quod Marcianus alio loco scribit D. Pium rescripsisse favorabiliter in *l. Divus de man. testam.* rescripsisse, inquam, in legato repetitam videri libertatem, quæ institutioni præposita est, ut scilicet servus perveniret ad libertatem, nec intercideret legatum, quod constat servo proprio inutiliter relictum sine libertate esse, *l. 6. C. de leg.* hoc, inquam, rescripsisse favorabiliter, sed suffragante etiam voluntate testatoris qui non intelligitur servo voluisse legare inutiliter, quod tamen faceret, si non intelligeretur repetita libertas. Idemque ex hoc libro Papin. a Marciano repetitum iisdem verbis in *l. cum servus, ff. de cond. Inst.* In qua ex hoc loco plusquam manifestum est, initio illius legis non esse legendum, ut vulgo in omnibus, *in legato repetitam videri conditionem: ut D. Pius rescripsit*, sed, *in legato repetitam videri libertatem D. Pius rescripsit.* Nam non potest videri in legato repetita conditio adscripta in institutione, aut si repetita videtur et defecerit, tam legatum quam institutio intercidit, et tamen legatum valere ait, deficiente conditione institutionis, quasi relictum sub contraria conditione, si hæres non esset, id est, si deficeret conditio institutionis, et merito valere legatum, quia libertas ei competit, quasi repetita etiam in legato, ut *l. Trebatius seq. de hæred. inst. d. l. cum servus, de man. test.*

Ad §. Mutiana.

Mutiana cautio locum non habet, si per aliam conditionem actio legati differri possit.

§. 2. *Titio si mulier non nupserit, hæres centum dato: quam pecuniam mulieri eidem Titius hæres restituere rogatus est, si nupserit mulier; die legati cedente, fideicommissum petet, remoto autem fideicommisso legatariis exemplum Mutianæ cautionis non habebit.*

Hoc demonstrato Papin. tractat aliquid breviter de cautione Mutiana, de qua memini me dixisse eundem auctorem tractasse in *l. cum filius, §. qui Mutianam, sup. hoc tit.* Et iis, quæ illo loco diximus de cautione Mutiana, cujus utilitas consistit in conditionibus legatorum, vel fideicommissorum, vel hæreditatum, quæ in non faciendo conceptæ sunt, ut *l. 7. ff. hoc tit.* his, inquam, quæ illo loco diximus addendi sunt duo casus, qui proponuntur hoc loco, quibus non est locus Mutianæ cautioni. Ac primum quidem ei locus non est, si per aliam conditionem, quæ vel in faciendo, vel in dando consistat, legati petitio differatur. Finge, legatum relinqui sub conditione, *si Capitolium ascenderis*, vel *si hæredi decem dederis*, et, *si Alexandriam non ieris*, etiam si paratus sis præstare cautionem Mutianam, te Alexandriam non iturum, non capies legatum antequam impleveris aliam conditionem, quæ in dando, vel in faciendo consistit: conditio quæ consistit in non faciendo, quasi quodam modo impletur præstita cautione Mutiana, quæ in dando vel faciendo non nisi reipsa: et hæc, quia legato conjunctim adscripta est, differt legati petitionem. Non est etiam locus cautioni Mutianæ in specie §. seq. legavi Titio centum sub conditione, *si Mævia non nuberet*, et sub eadem conditione Titium rogavi, ut Mæviæ 100. restitueret: mulier statim petit fideicommissum non præstita cautione Mutiana, quia ea conditio mulieri remittitur, quæ inhibet nuptias, *l. Titio 71. §. Titio, et l. mulieri, h. tit.* adeo ut etiam si nupserit Mævia, petere fideicommissum possit. Propter mulierem autem etiam Titius die legati cedente, legatum petet, ut id mulieri restituat, quod tamen non posset petere, si ab eo sub eadem conditione de restituenda pecunia Mæviæ, si non nuberet, fideicommissum non esset relictum mulieri, id est, si Titio tantum legata essent 100. si Mævia non nuberet, nec fuisset oneratus fideicommisso sub eadem conditione de restituenda pecunia Mæviæ, si non nuberet. Petit igitur legatum propter fideicommissariam, quod remota fideicommissaria non peteret, ne præstita quidem quasi Mutiana cautione, veluti, daturum se operam, ne Mævia nubat, et, si Mævia nupserit pecuniam legatam se hæredi redditurum, quia Mutiana cautio in his tantum conditionibus locum habet, quæ non nisi morte legatarii expleri possunt, *l. Titio fundus, hoc tit.* hæc autem conditio, de qua agitur, *si Mævia non nupserit*, expleri potest vivo legatario, si Mævia moriatur superstite legatario. Eademque est ratio legis *hoc genus*, *inf. hoc tit.* Atque ita his duobus casibus non est locus Mu-

tianæ, aut quasi Mutianæ cautioni. Et postremo in hac l. proponitur elegantissima species, quæ talis est.

Ad §. Ult.

Pater exhæredatæ filiæ tutores dedit: eosque si mater ejus impubere filia constituta vita decessisset, ad rem gerendam accedere jussit: cum uxori mandatum esset, ut moriens decies filiæ communi restitueret non sub conditione tutores videbuntur dati: nec si quid aliud interea puella quæsisset ejus administratione prohiberi, cautio vero fideicommissi matri remissa, quocunque judicio voluntatis cautio legatorum vel fideicommissorum remitti potest. Itaque si cautionis non petendæ conditio legato vel fideicommisso præscribatur: conditionem ea res non faciet, non enim deficiet, si quis caveri desideravit, onere cautionis non secuto, quod adversus invitum hodie jure publico sequi non potest, postquam remitti posse cautionem placuit.

Pater filiam impuberem exhæredavit, non notæ causa, sed bona mente prudentique consilio, ut ei consuleret, ut in *l. multi*, *sup. de lib. et post.* Quod et postea declaravit in ipso testamento. Nam filiæ exhæredatæ tutores dedit, et uxorem hæredem institutam rogavit, ut si uxor vita decederet, filia impubere constituta, ei moriens decies restitueret, qui ingens est pecuniæ numerus, id est, decies centena millia, *un million.* Ac præterea si mater decederet filia impubere constituta, tum tutores jussit accedere ad rem gerendam, vetuit interim dum viveret mater eos rem gerere filiæ? Quæritur, an videantur tutores dati sub conditione, si mater decederet relicta filia impubere? Et ait, dationem tutoris esse puram, tutores datos non videri sub conditione, ideoque si qua bona adventitia obvenerint filiæ, post mortem patris ea tutores administrare posse, non etiam bona paterna, quæ impuberi filiæ relicta sunt per fideicommissum a matre hærede instituta, quia prohibiti sunt ea bona administrare usque adeo, donec mater moreretur. Dices, frustra prohibitos esse administrare bona paterna, quia vivente matre filia nulla habuit bona paterna, quæ fuit exhæredata. Dicam tamen non frustra esse prohibitos, quia his verbis: *ne accedant ad rem gerendam ante mortem matris*, prohibiti intelliguntur, ne a matre cautionem fideicommissi exigant, de restituendis decies, nimirum post mortem. Etiam vivente matre se immiscerent tutores administrationi bonorum paternorum relictorum filiæ per fideicommissum sub conditione, *si exigerent cautionem fideicommissi præstandi existente conditione*, quam tamen non possunt exigere, quia prohibiti sunt ad rem administrandam accedere, ad quam utique accederent, si cautionem exigerent. Est igitur ea prohibitio indicium remissæ cautionis Prætoriæ fideicommissi servandi causa, quam constat hodie quocunque indicio voluntatis remitti posse. Hæc sunt verba Papiniani, quæ sumpsit ex constitutione Divi Marci id est, ex *leg. 2. C. ut in possess. leg.* ex qua innumeris locis ff. proditum est hodie: *Qocunque indicio voluntatis testatoris remitti posse cautionem legatorum, aut fideicommissorum in diem vel sub conditione relictorum, quæ interponi solet ex edicto Prætoris.* Denique ea prohibitio, *ut non ad rem gerendam accedant viva matre*, non facit conditionem, ut videantur dati tutores sub conditione, quoniam aliam rem pupillæ jure administrabunt, aliam rem adventitiam gerent: sed vis ejus prohibitionis hæc est, ut remittat matri tantum cautionem fideicommissi. Et breviter, his consequens est, *legato vel fideicommisso præscriptam conditionem*, ut ait, præscribi dicitur etiam in *l. pater*, §. *conditionem*, *hoc tit. et l. dominus, de pecul. leg.* quod est apponi legato vel adscribi, ne vos fallat Accursius, cujus Glossæ delendæ sunt: legato, inquam, vel fideicommisso apponi vel adscribi conditionem si legatarius cautionem legati non petierit ab hærede, non minus deberi legatum, si legatarius cautionem petierit ab hærede, quia non videtur defecta conditio, quæ nulla est: sed iis verbis, *si legatarius non petierit cautionem ab hærede*, non videtur legato adscribi conditio, sed remitti hæredi onus cautionis. Ideoque, etiamsi legatarius desideret sibi caveri, capiet legatum, quoniam et id frustra desiderat, quia jure publico ex constitutione Divi Marci hodie cautio remitti potest, quocunque indicio voluntatis. Hodie, inquam, quoniam ante eam constitutionem non potuit remitti, quia testator non potest facere, ne leges vel edicta in suo testamento locum habeant, *l. nemo, de leg.* 1. nisi id ei specialiter lex permittat. Ideoque aliæ cautiones non possunt remitti in testamento, hæc potest remitti, quia id permisit constitutio Marci et Commodi.

Ad L. C. de Condit. et Demonst.

Titiæ, si non nupserit, ducenta, si nupserit, centum legavit: nupsit mulier: ducenta, non etiam centum residua petet, ridiculum est enim eandem, et ut viduam et ut nuptam admitti.

Certum est mulieri remitti conditionem viduitatis vel cœlibatus, quasi utilitati publicæ repugnantem, ut puta, si mulieri legetur sub conditione, si non nupserit, et illa nupserit, ex *l. Julia Miscella* mulier perinde admittetur ad legatum, atque si vidua permansisset, idque in hoc

titulo probat *l. cum ita legatum*, *et l. hoc modo*, et aliæ complures. Quo cognito, fac mulieri, si non nupserit, legati ducenta, et si nupserit, centum duntaxat: quæritur, an si nupserit, utrumque legatum capiat, id est, trecenta? et subtiliter respondet Papin. eam capere tantum 200. id est, amplius legatum, tanquam viduam, licet revera non sit vidua, quæ nupsit: tanquam viduam, inquam, quia fingitur conditioni paruisse, *l. mulier, hoc tit.* Alia autem 100. quæ si nuberet ei legata sunt, eam non posse capere, altero legato debere esse contentam. Id autem proculdubio electura est, quod est amplius, non capere igitur eam utrumque legatum, quoniam ridiculum esset eandem, et ut viduam admitti ad 200. et ut nuptam admitti ad 100. Ridicula sunt vitanda, *l. jam dubitari*, *ff. de hæred. inst.* Restat etiam *l. 56. ad SC. Trebell.*

Ad LVI. ad Senatusconsultum Trebellian.

Filiam fratribus, certis rebus acceptis hæreditatem restituere pater voluit, aute restitutam hæreditatem in possessionem hæreditatis filiam quoque mitti placuit. Cum autem interea filii res bonorum in solidum distraxissent, item alias pignori dedissent, hæreditate postea restituta constitit, ex eo facto ceterarum quoque portionum venditiones, item pignora confirmari.

Cujus species hæc est: pater filiam hæredem instituit ex parte, et rogavit acceptis certis rebus, quas utique pro sua parte imputabit in Falcidiam, hæreditatem, id est, portionem suam restituere fratribus cohæredibus suis. Certum est, post recitationem testamenti hæredes scriptos in testamento, etiamsi dicatur injustum aut ruptum aut falsum, interim, dum ea querela disceptatur, mitti posse in possessionem rerum hæreditariarum, quas defunctus possedit mortis tempore, ex edicto Divi Adriani, *l. ult. inf. de appellat. recip. l. 26. C. Theod, quorum appell. non recip.* hodie ex constitutione Justiniani, id est, ex *l. 3. C. de edic. Divi Adri. toll.* At quæritur, *an una cum fratribus cohæredibus suis etiam mitti possit in possessionem rerum hæreditarium filia, quæ onerata est fideicommisso restituendæ fratribus portionis suæ hæreditariæ?* Et ait, *aute restitutam hæreditatem posse, et ipsam ut hæredem scriptam cum fratribus mitti in possessionem hæreditatis ex edicto Divi Adriani.* Missis autem omnibus hæredibus in possessionem, si forte fratres res quasdam hæreditarias in solidum vendiderint, et alias in solidum pignori obligaverint, etiamsi in solidum eas neque jure vendiderint, neque pignoraverint, sane non jure pro portione sororis citra voluntatem ejus, tamen sorore postea restituente fratribus hæreditatem, id est, portionem suam retentis certis rebus, quas retinere jussa est, quasque fratres neque distraxerunt, neque pignoraverunt, rectissime Papin. ait ex post facto apparere jure venditas et pignoratas a fratribus alias res fuisse etiam pro portione filiæ, quæ postea eis restituta est ex causa fideicommissi, restitutionem hæreditatis retrotrahi, et pro eo haberi, ac si restitutio hæreditatis præcessisset venditionem et pignorationem: ac proinde convalescere pignus venditionemque, non quidem directo, quæ non constitit ab initio pro portione filiæ, sed ex æquo et bono, ut in *l. si Titio*, *ff. de pig.* Et ait, id apparuisse ex eo facto, quod alias dicit, et dicunt alii, *ex post facto*, *ex eventu*, *ex accidente*, *ex eo quod postea contigit*. Nam et in *l. pen. §. pater, ff. de castr. pec.* est scriptum, *ex facto*, pro *ex post facto.* Et hæc est sincera interpretatio hujus responsi.

Ad §. 1. L. X. de Usu et Habit.

Sed si χρῆσιν sit relicta, an usus sit videndum. Et Papinianus lib. 7. Responsorum ait, usum esse, non etiam fructum relictum.

Si sit χρῆσις legata certæ rei, refertur Papin. eo loci respondisse, usum nudum legatum videri, non usumfructum, χρήσεως nomine significari usum nudum, ut si χρῆσις domus, χρῆσις τῆς οἰκίας legata sit. Ambiguum est nomen, et multiplex: nam et fructum significat, ut illo loco Ciceronis, *Sum χρήσει μὲν tuus*, κτήσει δὲ, *Attici nostri* id est, *sum fructus tuus*, *mancipio vero*, *Attici nostri.* Significat etiam commodatum in Basil. quod alias dicitur *utendum datum*, et apud Aristot. 5. Ethic. dum enumerat contractus voluntarios, ubi male Heliodorus interpres Aristot. χρῆσιν accipit pro locatione et conductione: *cum quis*, inquit, *certa mercede domum suam, vel animal suum utendum dedit*, quo in errore versatur etiam Eustathius, quoniam eo loco aperte Aristot. χρῆσιν id est, *commodatum* separat a μισθώσει, id est, *locatione, et conductione*: at cum legatur χρῆσις domus, χρῆσις prædii, Papinian. respondet, nudum usum, non usumfruct. legari, χρῆσιν μόνην non χρῆσιν καρπῶν, vel ἐπικαρπίαν.

Ad §. Ult. L. XII. de Fundo Inst.

Idem Papinianus l. 7. Responsor. ait: instructis hortis filio legatis, mater argentum muliebre filiæ legaverat: respondit, etiam ad argentum muliebre, quod in hortis habuit, ut ibi esset instructior, ad filiam pertinere.

Certi juris est instructo fundo legato, non tantum deberi instrumentum fundi, sed etiam instru-

mentum patrisfam. vel matrisfam. qui quæve testatur, quod in eo fundo habuit, ut esset instructior: plenius esse legatum instructi quam instrumenti, *d. l.* 12. §. *sed si fundus hic.* Ergo si materfam. filio legaverit hortos instructos, legato continetur argentum muliebre, quod in hortis habuit factum vel infectum: puta, vasa argentea, aut mensas argenteas, quod ipsa, inquit, in hortis habuit, ut ibi esset instructior: nisi scilicet specialiter argentum muliebre alii mulieri legaverit: legatum est mulieri conveniens, muliebria muliebri: ut proponitur etiam filio legasse hortos instructos, filiæ argentum muliebre, quo casu proculdubio est generi per speciem derogatum, ut in *l. serv. urb.* §. *ult. de leg.* 3. Et filiæ, cui legatum est argentum muliebre, id etiam legatum videtur, non tantum quod alibi habuit mater, sed etiam quod habuit in hortis, ut ibi esset instructior. Generi per speciem derogatur, si alii legetur genus, alii species: imo etsi eidem genus et species secundum distinctionem tamen et divisionem a nobis explicatam in *l.* 9. *sup. de sup. leg.* Et ita instructi legatum, vel instructorum hortorum legatum quod relictum est, minuitur per legatum, quod specialiter filiæ relictum est nomine argenti muliebris. Nec obstat *l. si generaliter*, *C. qui pot. in pig. hab.* quæ specialem hypothecam constitutam uni creditorum, ait, non derogare generali hypothecæ, quæ alii creditori ante constituta fuerat: generi ergo per speciem non derogari. Sed hoc ideo, quia ex generali hypotheca jam priori creditori jus quæsitum erat, quod ei auferri non potest invito. Ei autem cui genus ante legatum est, nullum jus quæsitum erat vivo testatore, cum testator legatum generis minuit, ex eo genere detrahendo speciem, vel species certas, et alii legando. Et hæc est sententia hujus §.

Ad §. *Papinian. L. XII. de Instr. Leg.*

Papinianus quoque l. 7. Respons. ait: sigilla, et statuæ adfixæ, instrumento domus non continentur, sed domus portio sunt, quæ vero non sunt adfixa, instrumento non continentur, inquit: suppellectili enim adnumerantur excepto horologio æreo, quod non est adfixum. Nam et hoc instrumento domus putat contineri, sicut prothyrum domus, si velamen est, inquit, instrumento domus continetur.

In quo refertur ex eodem libro Papinian. sigilla, signa habentia formam hominum, vel deorum, sigilla, inquam, et statuas adfixas domui vel non adfixas, non cedere legatario, cui legatum est instrumentum domus. Instrumento domus, affixas non contineri: quia pars sunt domus. Si pars domus, ergo non instrumentum: nam pars inest toto: instrumentum non inest ei rei, cujus instrumentum est. Optatus Milevitanus 2. adversus Parmenianum: *si ornamentum est*, inquit, *corporis, pars corporis non est, aut si pars corporis, dos igitur aut instrumentum, aut ornamentum non est.* Ac præterea pars domus et domus quasi eadem res est, *l.* 7. *de except. rei judic.* Quod et Aristoteles tradidit. At instrumentum cujusque rei necesse est rem aliam esse, et alterius generis, atque ea res quæque sit, cujus instrumentum sit, quæ est definitio *l. ult. hoc tit.* Quod Philosophi exprimunt his verbis, τὸ ἕνεκα τοῦ, ἕτερον ἐστὶ τὸ οὗ ἕνεκα ἐστίν. Magentinus in 1. *prior. Annal.* qua ratione in *d. l. ult.* statuit, scaphas non esse instrumentum navis, quia et ipsa navis est, nec genere distat a triremi, vel alia oneraria nave, sed mediocritate tantum: et consequenter fundus fundi instrumentum esse non potest, §. *ea vero hujus leg.* Homo liber hominis liberi instrumentum esse non potest: at servus servi instrumentum esse potest: nam instrumentum instrumenti esse potest, §. *sed an instrumenti, sup.* et multo magis servus potest esse instrumentum liberi hominis: nam et instructo continetur, quo plus quam instrumento continetur. Instrumento prædii continetur tantum instrumentum, quod prædii gratia comparatum est. Prædio autem instructo legato continetur et instrumentum prædii et domini, quo instructior est in eo prædio, quodve in eo prædio habet usus sui causa. Denique plenius est instructi quam instrumenti legatum, §. *sed si fundus*, hoc loco: et instructo prædio legato continentur etiam servi rustici vel urbani, si instructum prædium urbanum legatum sit, §. *idem Celsus*, *et seq. h. l.* Ideo autem servus liberi hominis, vel servi instrumentum esse potest, quia jure civili, imo et prætorio servi pro nullis habentur, et sunt ἀπρόσωποι, ut Theophilus loquitur, *l.* 1. *de jure delib.* et pecudibus exæquantur, *l.* 2. *sup. ad leg. Aquil.* Verum e contrario tamen ne quid omittam, nunquam evenit jure, ut homo liber sit instrumentum, vel ministerium servi. Quod vero ait Papinianus, sigilla vel statuas adfixas partem domus esse, ergo instrumentum domus non esse propter rationes, quas explanavi ante, id videtur pugnare cum *l. pen. de verb. sign.* quæ negat statuas adfixas esse ædium: ergo nec partem vel quasi partem ædium esse, nec venire in emptionem, venditionem, aut in legatum ædium, quod hæ statuæ non perficiant ædes. Partes sunt quæ perficiunt totum, statuæ non perficiunt ædes: ergo partes non sunt ædium, sed habentur tantum ornatus causa. Sed animadvertendum est, Papinianum hoc loco agere de statuis domui adfixis,

inædificatis, injunctis, immolitis, quæ et sustinendo oneri ædium sunt, atque adeo partes ædium, quia perficiunt ædes, quum onera ædium sustineant, ut statuæ, quæ dicebantur τελαμῶνες. Illo autem loco agitur nominatim de statuis adfixis basibus fructilibus, quæ scilicet fiunt ex calce et cæmentis, non de adfixis domui: hæ neque sunt pars domus, neque instrumentum domus, quoniam ornamentorum tantum causa habentur; et multum interest inter partes, et ornamenta, et instrumenta, §. *si domus*, *h. l.* ubi Jurisconsultus refert Celsum dixisse, inter instrumentum et ornamentum multum interesse, et addere licet, similiter, et inter instrumentum vel ornamentum, et partem multum interesse. Et hæc de sigillis vel statuis adfixis, nunc dicamus de non adfixis.

Ea negat etiam Papin. instrumento domus contineri, quia suppellectili adnumerantur. Suppellex autem non domus, sed domini instrumentum est, quia domini gratia comparatur, ut mensæ, lecti, candelabra, delphines, et alia innumera. Ac proinde suppellex cedit quidem instructo, quod complectitur etiam instrumentum patrisfam. si domus instructa legetur: at suppellex non cedit etiam instrumento domus tantum legato, §. *suppellex*, *et* §. *proinde si fundus*, *h. l. et l.* 15. §. 1. *l.* 16. *in pr. h. t.* Breviter hæc sententia Papin. sigilla et statuas adfixas domui, non cedere instrumento domus, sed adfixas partem esse domus, non adfixas esse in supellectili. Deinde subjicit Papinianus *horologium tamen æreum*, ex ære scilicet, rotundum, quod scaphium Marcianus Capella appellat in Geometria: horologium, inquam, æreum, si non sit adfixum domui: nam adfixum pars est domus, cedere instrumento domus, quia, meo quidem judicio, id Papin. existimavit maxime pertinere ad munitionem domus, ut scilicet, nota essent horarum spatia. Nam domus quid fuerint in urbe, multi ignorant: domus indigebant in urbe munitione, quia erant amplissima et sumptuosissima ædificia, ideirco paucissimæ in urbe domus: insulæ vero sparsæ in urbe innumeræ, ut constat ex Sexto Ruffo, et Publio Victore, qui regiones urbis descripserunt, et in Exquilina regione ponunt domum Aquilii Jurisconsulti: et Plinius initio 17. *Aquilium illa domo quam juris scientiæ fuisse clariorem.* Et in eadem regione domum M. Crassi, et Quinti Catuli, et domum Crassi idem Plinius magnificam fuisse, Catuli aliquanto præstantiorem, Aquilii pulcherrimam. Idem Papinianus ait, πρόθυρον *domus, si velamen sit contineri instrumento domus.* Si velamen sit, id est, si non cohæreat domui, sed appendatur prælimini: nam si limini adhæret, magis domus portio quam instrumentum esse intelligitur. Et ita est accipiendum quod est in *l. pen. de verb. signif.* quod et huic loco adversari videtur ædium esse, id est, partem ædium esse prothyrum, quod in ædibus utrumque fieri solet, ut recte illum locum doctissimus Augustinus emendat, quoniam corrupte in Florentinis est scriptum, *quod in ædibus iterum fieri solet*, nullo sensu. Igitur partem ædium esse ait, prothyrum: *quod in ædibus utrinque fieri solet*, id est, quod in ædibus intra et extra inædificari solet: nam et prothyrum fuit extra et intra, sicut προαύλιον, ut vel locus evangelii indicat Marci 14. de Divo Petro, qui prodit εἰς προαύλιον. Quod demonstrat fuisse interius ostium, constat porta, postibus sive angulis, limine, superlimine, *linteau, le dessus de la porte*, quod vocant ὑπερθύριον, et antelimine, quod πρόθυρον. Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. *Papinian. ead. L.*

Papinianus quoque prædiis instructis legatis, mancipia non contineri, quæ temporis causa illic fuerunt, ac non eo animo eos transtulit paterfamilias, ut aut fundi aut suum instrumentum faceret.

Adfirmo ex eodem libro Papiniani esse quod refertur in hoc §. idque probabo inferius liquido: ut instructo prædio legato, domo scilicet, vel fundo legato, non contineantur servi, qui temporis causa in eo prædio sunt, ut ibi maneant aliquantulum, non ut cedant instrumento prædii, non etiam ut cum dominus ipse in prædium venerit, eis fiat instructior. Ergo instructo non continentur servi, quos dominus in prædio habuit temporis causa: quia nec fundi nec suum instrumentum fecit, ut *l.* 2. *C. de verb. sign. Non*, inquit, *eo animo eos transtulit in prædium, ut prædii vel suum instrumentum, eo in loco facere*:, *sed temporis tantum causa*, veluti custodiæ aut certæ operæ causa, et continentur tamen instructo, quæ ibi testator tum non habuit, id est, testamenti tempore, si modo habere consuevit, et ad tempus alio transmisit, quia non desierunt esse in instrumento suo vel fundi. Finge, esse actorem prædii, quem misit in provinciam, ut in provincia ordinatis quibusdam negotiis rediret ad idem prædium, eundemque actum, et cum is actor esset in provincia, testatorem legasse prædium instructum, an legato continebitur actor, qui abest vel nondum rediit? Sic videtur: optima ratione, quia ejus causa et conditio sive actus commutatus non est: et subjicitur etiam respondisse Papinianum: instructis horreis legatis contineri etiam vina, quæ ibi testator habuit, ut ibi ea consumeret usus sui causa, non etiam ea, quæ ibi habuit in horreis,

in horreo vinario, in apotheca, ut uteretur alibi: puta, in alio prædio, quoniam ea ibi non habet, ut se eo in loco instruat, sed ut eo in loco ea haberet in deposito ad usum loci alterius, non ejusdem. Quod etiam comprobat §. *proinde si fundus*, *et* §. *instructo autem fundo*, in hac *l.* In quo ostenditur similiter instructo prædio legato venire etiam libros, quos ibi paterfamil. habuit, et bibliothecam, ut quoties veniret, uteretur, sed non contineri etiam apothecam librorum quos ibi posuit, ut alibi uteretur. Idemque confirmat *l.* 3. *C. de verb. signific.* Sed obstare videtur *l.* 15. §. 1. *hoc tit.* quæ dicit: *domo instructa legata, non videri legata vina*, addita hac ratione: *quia domus vinis instructa intelligi non potest.* Verum observandum, eam absolute dicere: *vina non videri legata*, qui sermo est accipiendus secundum alias leges, quia cum sit absolutus suppletionem facile recipit, nempe hoc modo, ut dicamus in eo loco agi de vinis, quibus in ea domo dominus non instruebatur, non utebatur, quibus vinis sane nec domus instructa dici potest, quia non iis utitur.

Ad §. *idem respondit. eod.*

Idem respondit, domo per fideicommissum relicta cum supellectili Claudio Hieroniano clarissimo viro ab Umbrio Primo, et mensas et ceteram supellectilem, quam in hortis paterfamilias in proconsulatum profecturus contulerat, ut tutiore loco essent, contineri.

Præterea additur ex eodem libro: legata domo cum supellectile, etiam eam supellectilem deberi, quam testator in proconsulatum profecturus in hortos contulerat tutelæ causa: atque ita domo transtulerat in hortos tutelæ causa, quia non ideo intelligitur etiam ea separasse a reliqua suppellectile, cum tutelæ tantum causa ad tempus eam separaverit: nam dicimus legata domo cum supellectile, etiam eam supellectilem deberi quam domo transtulit in hortos ad tempus, ut tutiore loco esset: nam et eadem ratione mancipia aut vina non intelligitur separasse a prædio, cujus gratia comparata sunt, si ad tempus tutelæ causa ea alio transtulerit. Et jamdiu in hoc §. ostendi, me malle legere hoc modo, *domo per fideicommissum relicta cum supellectile a Claudio Hermoniano, Clarissimo viro Umbrio Primo*, quoniam legi Claudium Germinianum, quem propterea etiam virum clarissimum vocat, fuisse proconsulem Cappadociæ apud Tertullianum in lib. *adversus Scapul.* quem etiam hoc loco ideo ait profecturum in proconsulatum mensas et ceteram supellectilem in hortos contulisse: et ex eodem auctore didici eum in ea provincia vita decessisse, suscepta fide in dominum nostrum Jesum Christum. Hunc igitur pono virum clarissimum proconsulem Claudium Herminianum morientem in provincia, Umbrio Primo legasse domum cum supellectile, et legato cedere mensas, et ceteram supellectilem, quam domo movit et transtulit in hortos, ut tutiore loco esset, quoniam hanc translationem fecit ad tempus tantum.

Ad §. *Idem respondit theriacam eod.*

Idem respondit theriacam quoque, et cetera medicamenta, quæ secessus causa dominus ibi habuit, et vestem propter secessum ibi depositam, instructo fundo legato inesse.

Sequitur ex eodem libro, fundo instructo cedere theriacam, quod medicamentum adversus ferarum venena valet, et erat frequens in ea ætate, ut de eo proprium librum Galenus scripserit. Theriacam igitur, et cetera medicamenta, quæ in eo fundo secessus causa testator habuit, et vestem simililiter, quam ibi propter secessum depositam testator habuit, legato cedere, ut in §. *proinde si fundus*, *sup.* Ex quo magis, atque magis demonstratur semper instructi plenius esse legatum quam instrumenti: nam instrumento fundi legato, sane non cederet vestis, non cederent medicamenta. Deinde ponit, domo instructa legata cum omni jure suo, contineri servos ostiarios et topiarios, si in ea domo sint viridaria, ut ait *l.* 8. *sup.* quoniam horum opera est in exprimendis variis animalium figuris in viridariis. Contineri etiam diætarios, quorum ministerio paterfamil. utitur in diæta, in cœnaculo, triclinio: et aquarios, qui aquam deferunt. Si de mulieribus nomen accipitur in malam partem, cui nos in idiotismo præposuimus *m* literam: addita *m* maquarii, quos veteres aquarios, et aquariolos, sunt mulierum impudicarum sordidissimi asseclæ. Veteres cum Veneri operarentur, aquæ ministerio vulgo utebantur. Cic. pro Cœlio: *ideo ne aquam adduxi, ut ea tu inceste uterere?* Lampridius in Commodo: *aquam gessit ut leonum minister.* Hos omnes, inquam, si domui tantum deserviant, quæ instructa legata est, legato contineri, artifices autem eos non contineri, quorum operæ ceteris quoque prædiis exhibentur. Uno verbo; non continentur artifices, qui sunt in usu promiscuo variorum prædiorum, qua in re merito reprehenditur Papinianus, quia satis est, si ii artifices proprie sint domui legatæ destinati: nam cetera prædia eos a domo veluti mutuantur, §. *si quis eodem instrumento*, *sup. l. item*, §. 1. *de legat.* 3. Si igitur domus causa parati sint artifices, domus instructæ legato continentur, licet aliis quoque prædiis commodentur, supra ait: *licet alia præ-*

dia mutuentur eos a domo. Unde ita definias commodatum, et mutuum: *commodatum est mutuum ad usum, non ad abusum: mutuum autem proprie est commodatum ad abusum.* Debuit Ulpianus addere etiam Papiniano cum dixit, contineri ostiarios, topiarios, et ceteros, non debuisse addere taxationem, videlicet domui deservientes: nam etsi aliis prædiis deserviant, modo domui præcipuæ sint destinati, legato continentur. Igitur tantum debuit dicere, *domui deservientes.* Et ita Paulus 3. sent. *Domo*, inquit, *cum omni jure suo sicut instructa est legata, urbanam familiam: item artifices, et ostiarios*, ita emendavi, et *Zetarios*, id est dietarios: *et aquarios eidem domui servientes legato cedere.*

Ad §. Idem resp. domo, eod.

Idem respondit domo instructa legata, mensas eboreas et libros non contineri. Sed et hoc falsum est: nam omne quidquid in domo fuit, quo instructior ibi esset paterfamilias continebitur. Supellectilem autem patrisfamil. instrumentum esse nemo dubitat.

Reprehenditur etiam Papinianus in eo, quod dixit, legato domus intructæ non contineri mensas eboreas, quia omnis supellex continetur: non contineri item libros, quos ille habuit studiorum suorum causa, quoniam et hi continentur legato, §. *instructo item, sup.* Unde etiam apparet quam sit plenum legatum instructi. At in eo tamen approbatur valde quod Papinian. dicitur scripsisse eodem libro Respons. 7. quem solum nominavit ante in §. *Papin.* 1. Quamobrem superiora omnia responsa ejusdem recte vindicamus eodem libro. Scripsisse autem, domo instructa legata, non contineri merces, quæ sunt venales, non contineri pignora inventa in ea domo, quoniam non sunt domus, neque domini instrumenta, cum temporis tantum causa ibi habeantur, ut in *l.* 1. *C. de verb. sign.* Sed addit solemnem exceptionem *nisi aliud suadeat voluntas defuncti*, ut in specie, quam proposuit: si is, qui testatus est, sit mercator et fœnerator locupletissimus, et totidem filias habeat, quot filios, et 2. filios habeat, totidemque filias, easque filios et filias hæredes scripserit, filiis prælegaverit domum instructam, quia plenissimum prælegatum fecisse intelligitur, qui plures facultates vel ampliores relinquebat. Et hoc est quod ait, *facilem judici voluntatis conjecturam fore, ceteris patris facultatibus examinatis.* Et postremo in §. *Papin.* 3. legatis rebus omnibus, quæ in domo essent, non videri legatas cautiones debitorum, id est, nomina, non videri legatas emptiones servorum, id est, instrumenta emptionis servorum nondum traditorum. Unde etiam apud Paulum 3. *Sent.* ita alias ostendi esse legendum. *omnibus quæ in domo essent legatis, cautiones debitorum emptionesque servorum legato non cedere.* Sed addit Papinian. vulgarem exceptionem, *nisi aliud suadeat voluntas testatoris*, ut si servos ipsos legaverit: hoc casu etiam intelligitur legasse emptiones servorum, quæ sunt in ea domo, quod autem est in §. *ult.* jam ostendi in *l.* 9. *de supellect. leg.* esse etiam ex hoc lib. septimo.

JACOBI CUJACII J C.

COMMENTARIUS

IN LIB. VIII. RESP. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XXXIV. Famil. erciscundæ.

Servos inter cohæredes tempore divisionis æstimatos non emendi, sed dividendi animo pretiis adscriptos videri placuit: quare suspensa conditione mortuos, tam heredi, quam fideicommissario deperiisse.

Ut vero septimus, ita octavus liber totus est de legatis et fideicommissis: nulla in jure quæstio diffusior, quod Digesta plane demonstrant, in quibus extenditur illa quæstio in septem libros. Hujus legis speciem et sententiam proponam, ut vere a Græcis interpretibus perscripta, et exposita est. Quidam duos hæredes scripsit Cajum et Mævium, Cajum rogavit sub conditione ut hæreditatem, id est, portionem suam Sempronio restitueret: pendente conditione fideicommissi hæredes sumpserunt arbitrum familiæ erciscundæ, qui inter eos hæreditatem divideret: in ea hæreditate erant servi, quos arbiter facta eorum æstimatione Cajo in solidum adjudicavit: ea lege, ut is vicisssim certam pecuniam Mævio cohæredi numeraret pro parte, quam Mævius in eis servis habuit. Post, servi mortui sunt suo fato pendente, vel ut ait suspensa conditione fideicommissi: deinde extitit conditio fideicommissi. Quæritur, an Sempronio fideicommissario, Cajus teneatur ex causa fideicommissi cum ceteris rebus, quæ ei pro sua parte obtigerunt in dividenda hæreditate, et servos præstare jam mortuos aut pretium eorum, quod Sempronius intendit, quasi scilicet Cajo perierint servi, non sibi, hac ratione, quia eos servos Cajus in solidum per adjudicationem æstimatos accepit, et qui quid ita per adjudicationem judicis accipit, emptor est, *l.* 7, §. *si debitor, tit. seq.* Emptori autem cuique perit res empta, non alii. Dices ad hæc, partem tantum servorum emisse Cajum a cohærede divisionis causa, facta adjudicatione, et servos quidem

totos fuisse æstimatos uti oportet, *l. Mævius*, §. *ult. hoc tit. l. si idem*, §. *ult. sup. de jurisdict.* Ceterum non ideo totos emptionis jure possideri a Cajo, sed pro parte cohæredis tantum non pro parte sua. Dicam etiam quæri tantum de parte, quæ emptionis jure possidetur, cui perierit, servis sua morte defunctis? nam partem hæreditariam fideicommissario periisse constat, *l. mulier*, §. *sed enim*, *ff. ad Senatusconsult. Trebel.* De altera parte quam a cohærede Cajus accepit beneficio adjudicationis, de ea tantum quæritur, hæredi an fideicommissario, Cajo an Sempronio perierit? Cajus dicit, sibi nec pro ea parte servos deperiisse, quia eos non emit simpliciter, sed divisionis causa, alio jure esse emptionem simplicem, alio emptionem divisionis causa, sicut de donatione etiam proditum est in *l. si filiæ*, §. *si pater h. t.* Et de emptione dotis causa, *l. quoties*, *de re judic.* Et de emptione pignoris causa, *l. 2. de distract. pign.* quæ multum distant a donatione vel emptione simplici. Cajus dicit, se emisse partem illam coactum necessitate adjudicationis factæ a judice communionis dirimendæ causa: aliud esse emere simpliciter, aliud emere per adjudicationem judicis, hanc emptionem esse necessariam, illam voluntariam, *l. si pign. h. t.* Hanc non tam emendi, quam divisionis causa fieri. Ei qui simpliciter emerit, rem emptam perire in solidum: at ei, qui per adjudicationem emerit, rem adjudicatam, puta, servos adjudicatos in hac specie, et certis pretiis adscriptos, ut loquitur Papinian. *transcriptos*, *et venditos*, ut in *l. quæsitum*, §. *peto*, *de leg.* 3. non perire ei soli, non perire soli hæredi onerato fideicommisso restituendæ hæreditatis, sed perire tam hæredi, quam fideicommissario: hæredi pro quadrante Falcidiano: fideicommissario pro dodrante, ut Græci recte interpretantur his verbis: ἵνα τὸ τέταρτον μέρος. Denique hæc verba Papin. *perire servos tam hæredi, quam fideicommissario*, sic interpretantur, ut scilicet quadrantem damni agnoscat hæres, dodrantem autem fideicommissarius. Et secundum intentionem Caji Papinianus etiam respondit. Et omnino hæc est sententia hujus responsi: hæc sententia Papin. qui etiam hoc ipso libro in *l. cum pater*, §. *hæreditatem, de leg.* 2. similiter respondit non adstringi unum ex hæredibus rogatum restituere hæreditatem periculo nominum ei attributorum, si deteriora facta sint, aut periculo prædiorum adjudicatorum, si deperierint, et omnino ille §. comprobat nostram interpretationem. In ea igitur permaneamus, et transeamus ad eam speciem et interpretationem, quam Accurs. et fere omnes Latini interpretes et commenti et secuti sunt. Quidam duos hæredes scripsit, et ab eis per fideicommissum servos hæreditarios Titio legavit sub conditione: hæredes sumpserunt arbitrum famil. erciscund. et arbiter (pendente conditione fideicommissi ii servi communes hæredum sunt) uni ex hæredibus æstimatos in solidum adjudicavit, ut potuit, cum sua causa, *l.* 12. §. *res*, *h. t.* admissa scilicet licitatione ejus hæredis. Is vero hæres pretium, quo servos licitatus est emit a cohærede: cohæredi non solvit, sed cavit soluturum se, si deficeret conditio fideicommissi, si non essent ei restituendi servi fideicommissario. Sed mortui sunt pendente conditione fideicommissi, Papinianum ajunt definire hoc loco, eos servos periisse tam hæredi, quam fideicommissario, et fideicommissario quidem periisse, quia fideicommissum conditionale aut legatum perimi constat, si pendente conditione res, quæ verbis legati aut fideicommissi relicta est, extincta sit, *l. necessario*, §. 1. *ff. de peric. et comm. rei vend.* Et ideo fideicommissarium non habere fideicommissi persecutionem: hæredi autem periisse dicunt, id est, ut interpretantur, ei, cui pretium licitationis cautum est, cui cohæres cavit per stipulationem, quia desiit ei deberi pretium quod cautum est: hæredi autem alteri, cui servi adjudicati sunt, non periisse, quia etsi videatur eos emisse, non tamen emptionis principaliter, sed divisionis negotium gessit, atque contraxit: si simpliciter emisset, ei periissent servi, et pretii nomine teneretur ex cautione. Itemque, si in divisione emisset tantum dubium eventum conditionis, quod Accursius notavit ex *l. propter*, *h. tit.* Qua de causa hæc verba legis *non emendi animo servos pretiis adscriptos*, sic accipienda esse censet Accurs. non emendi scilicet spem: sic enim in Glossa legendum, non speciem: *spem*, vocat incertum eventum conditionis præscriptæ fideicommisso. Multæ autem sunt et magnæ rationes, quæ nos eam rejicere, nec admittere compellunt. Primum, quia pretium licitationis solvi solet statim, auctio scilicet et licitatio fieri solet præsenti pecunia, quod hodie exacte servatur, *l. a D. Pio*, §. *sed si emptor*, *ff. de re judic.* Græca fide, κατ' ἐνώπιον, ut Ausonius loquitur, juxta illud Varronis δός καὶ λάβε, quod omnino fervere ait, nemine habente fidei cuiquam. Ei autem, qui licitatione vicit, et rem abstulit, solet caveri de indemnitate, *d. l. propter.* Non autem ipse cavere. Cavisse tamen eum de pretio, non solvisse præsentem pecuniam: quod illi ponunt mera positio est, quia de eo lex nihil dicit, nequidquam etiam de spe empta, sed de servis tantum emptis divisionis causa. Deinde etiamsi res gesta esset, ut illi ponunt, tamen falsum est, mortuis servis adjudicatis pretium non deberi, quia non desiit deberi ex stipulatione certis modis, certis et cu-

stoditis numeris. Desinit deberi, quod ex stipulatione debetur, *l. obligat.* §. 1. *de obligat. et act.* inter quos modus hic non est. Præterea quæ urgent maxime, hæc verba *legis tam hæredi quam fideicommissario deperisse*, ex collatione fideicommissarii necessario accipienda sunt de hærede, qui debet fideicommissum, et de fideicommissario cui debetur: de hærede, inquam, cui adjudicati sunt servi, non de hærede, cui pretium deberi confingunt: et consequenter lex accipienda est, non de fideicommisso servorum singulari, sed de fideicommisso universali, id est, de fideicommisso hæreditatis: nam si in fideicommisso soli servi essent, soli fideicommissario deperissent, non etiam hæredi, Falcidia non interveniente, quia in fideicommisso singulari non simpliciter, et semper intervenit Falcidia, at semper intervenit Falcidia in fideicommisso hæreditatis, *l. in singulis, ad l. Falcid.* etiamsi quis partem tantum hæreditatis restituere rogatus sit, ex qua hæres scriptus est, quia in singulis hæredibus separatim ponitur ratio l. Falcidiæ, *d. l. in singulis.* Quamobrem recte Papin. dixit, *servorum periculum esse commune*, hæredis, scilicet pro quadrante, et fideicommissarii pro dodrante. Omitto tres interpretationes, quas ultra istam, quæ communis est adhibere tentant, una tantum approbata Alberici hoc loco. Quoniam sunt silentio et contemptu dignæ teneamus veram, præterquam etsi nihil hodie didicerimus, frustra a nobis positam operam existimare non debemus.

Ad L. LIV. de Don. int. vir. et ux.

Vir usuras promissæ dotis in stipulatum deduxerat, easque non petierat, cum per omne tempus matrimonii sumptibus suis uxorem, et ejus familiam vir exhiberet: dote prelegata sed et donationibus verbis fideicommissi confirmatis, legato quidem dotis usuras non contineri videbatur, sed titulo donationis remissas.

In *l. 54. de d nat. int. vir. et ux.* hæc proponitur species: Uxor viro stipulanti promisit dotem certam, et quo tardius eam solveret, usuras certas, cui stipulationi usurarum certi et explorati juris est inesse tacitam hanc conditionem, *si maritus suis sumptibus uxorem exhibuerit, et familiam ejus*, id est, *servos uxoris, si sustinuerit onera matrimonii.* Nam si in uxorem nullos sumptus fecerit, usuræ ei ex stipulatione non debentur, quæ promissæ intelliguntur ad exhibitionem uxoris, *l. cum post*, §. *in domum, de jur. dot. l. in insulam*, §. *usuras, sol. mat.* Porro vir usuras dotis per omne tempus matrimonii, quod diu stetit, nullas exegit, tacite videtur donasse et remisisse usuras dotis, arg. *l. cum post. in pr. de jur. dot.* quæ tamen donatio jure civili non valet, *l. si quis pro uxore*, §. *si uxor. hoc tit.* ubi ex Juliani sententia dicitur, *remissionem usurarum dotis quas uxor viro stipulanti promisit, esse donationem illicitam, si maritus sustinuerit onera matrimonii, si exhibuerit uxorem et homines ejus suis sumptibus.* Et tamen quod posset objici ex eodem Juliano refertur in *l. ex animo*, §. *ult. et l. de fructibus, h. t.* fructus et usuras licitam facere donationem. Sed ut tota res paucis explicetur, hoc est scriptum non de fructibus donatis, sed de fructibus, qui ex re donata, et usuris, quæ ex pecunia donata percipiuntur, quoniam et fructus lucratur vir aut uxor, cui donata res est, quos sua opera, et suis sumptibus percipit: lucratur item usuras, quas ex pecunia donata sua cura et suo periculo redegit, *l. fructus, sup. de usuris, d. l. ex animo*, §. *ult.* At remissio usurarum dotis, quam maritus fecit, qui sustinet onera matrimonii, sane illicita donatio est, et donatio fructuum dotis, si ex iis usuris vel fructibus donatarius locupletior factus sit, quas vel quos potius debuit inferre marito sustinenti onera matrimonii, non sibi habere, et lucrifacere, quod etiam non faciet, quoniam remissio usurarum dotis, vel fructuum dotis, quibus vir vel uxor locupletior facta est, illicita donatio est, *l. pro oneribus, C. de jur. dot. l. si fructus, C. de donat. inter vir. et ux.* Quod etiam aperte probat hæc lex, dum remissionem usurarum demonstrat non valere, nisi confirmata sit, dum demonstrat, eam indigere confirmatione. Confirmari autem potest remissio usurarum dotis, quæ in stipulatum deductæ sunt a marito ex constitutione Severi et Antonini et Senatusconsulto, si maritus durante voluntate proficiscatur e vita, *l. cum hic status*, §. *sive autem, hoc tit.* Nam quod Papinianus existimasse dicitur in *l. Papinianus, h. t.* quæ est satis difficilis, orationem Severi et Antonini pertinere tantum ad rerum donationem, id est, traditionem vel mancipationem, quibus modis donatio perficiebatur, non etiam ad rerum promissionem, puta, si quid uxori stipulanti maritus spoponderit donandi animo, hanc scilicet stipulationem non confirmari, non convalescere ex oratione Severi, etiamsi maritus durante eadem voluntate vita decesserit, ideoque mariti hæredem ex ea stipulatione non posse conveniri, quæ est sententia *legis Papinian.* Quæ quidem non excludit remissionem obligationis factam donandi animo, sed obligationem tantum contractam donandi animo. Nec eidem sententiæ Pap. quidquam obstat *lex cum hic status*, §. 1. *h. t.* dum ait, mortuo donatore durante voluntate ipso jure res donatas fieri donatarii, et obligationem esse civilem. Quod ait, *et obligationem esse civilem*, pugnare videtur cum

d. l. Papin. Verum ea verba sic accipienda sunt, ipso jure silentio et morte donatoris insecuta, res donatas acquiri donatario, res donatas autem, et cessas actiones, sive nomina, donatario facto procuratore in rem suam, ipso jure in donatarium transire, et civiles obligationes esse, ex quibus jure civili cum effectu donatarius experiri possit, si in eadem voluntate donator, qui eas cessit, perseveravit in diem supremum. At si quid donandi animo stipulanti promiserit, si se obligaverit viro vel uxori, licet in eadem voluntate perseveraverit in diem supremum, hæc stipulatio non convalescit ex oratione Severi, excepto uno casu: si interposita sit alimentorum causa, *l. si stipulata*, *h. t.* ubi annum sive menstruum nihil aliud significat, quam alimenta, ut *l. quædam*, *de pact. dot.* Si stipulanti uxori vir promiserit alimenta, vel contra, favore alimentorum potest dici, hoc casu stipulationem convalescere, ex oratione Severi et Antonini, vel confirmari etiam potest remissio usurarum dotis per fideicommissum, si maritus hæredem rogavit nominatim, ne usuras dotis ab uxore exigeret, vel etiam, ut est in specie hoc loco proposita, si dotem uxori prelegaverit, et generali sermone donationes a se in uxorem collatas per fideicommissum confirmaverit, hærede rogato, ne eas ab uxore revocaret, vel etiam per legatum hoc modo: *quæ vivus uxori dedi*, *donavi*, *in usum concessi*, *ei eripi nolo*, ut in *l. si quando*, *de leg.* 1. *l. uxori*, *de leg.* 3. In specie proposita dotem prelegando, quam uxor promisit, remittit obligationem dotis, non obligationem usurarum, quia usuræ non sunt pars, sed fructus dotis, *l.* 3. *de usufr. earum rer. quæ usu consum.* At titulo donationis, id est, generali capite confirmatarum donationum omnium, verbis fideicommissi etiam usuras dotis remittit, confirmat ve earum donationem et remissionem tacitam, quam arguit longum silentium, quoniam posuit, per omne tempus matrimonii siluisse virum, nec exegisse usuras dotis. Confirmatio donationum generalis non tantum expressas, sed etiam tacitas donationes confirmat. Et hæc est sententia hujus responsi. Multum vero interest, donatio facta inter maritos confirmetur ipso jure, id est, oratione Severi, an a testatore donatore per legatum aut fideicommissum. Nam quæ confirmatur, ipso jure retrotrahitur, quæ confirmatur legato aut fideicommisso, non item *l. donationes*, *C. de don. int. vir. et uxor.* quæ ipso jure confirmatur, capitur ut donatio, quæ supremo judicio donatoris, ut legatum vel fideicommissum, *l. ex verbis*, *C. eod. tit.*

Ad §. ult. L. LXX. et L. LXXI. de Leg. II.

§. *Ult. LXX. Cum autem rogatus quicquid ex hæreditate supererit post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, diminuisse, quæ vendidit, non videtur.*

Ad L. LXXI. Sed quod inde comparatum est, vice permutati domini restitueretur.

Hæres rogatus est restituere post mortem suam, non hæreditatem absolute, sed quidquid ex hæreditate superesset, superfluum hæreditatis. Quibus verbis tacite testator dat facultatem hæredi diminuendi ex bonis quia non rogat eum, ut bona omnia restituat post mortem suam, sed quidquid ex bonis superfuerit tantum. Et sane potest etiam hæres ex bonis bona fide, quid libuerit, quid voluerit, diminuere arbitratu boni viri, non maligne intervertendi fideicommissi causa, *l. deducta*, §. *ult. l. mulier*, §. *ult. l. Imperator*, *l. Titius*, *inf. ad Senatusc. Treb.* Et ex *Nov. Justin.* 39. quæ hoc certo fine taxavit, hæres ita rogatus potest tantum diminuere ex bonis ad finem dodrantis, ut quadrans fideicommissario salvus sit. At in hac specie in *l. prox.* §. *ult. sup.* cujus hic Papin. versus appendicula est, ostenditur, diminuisse ex hæreditate hæredem non videri, quod vendidit quasdam res hæreditarias, et ex pretio earum alias comparavit, quia non est diminutum, quod in corpus patrimonii versum est, *l. pater*, *de adim. leg.* Et ideo subjicitur in hac l. 71. ex Pap. Res ex ea pecunia comparatas contineri fideicommisso, et post mortem hæredis esse fideicommissario restituendas, quia ut ait Pap. *vice permutati dominii hoc est*, id est, pro eo habetur, atque si hæres rem hæreditariam cum alia re permutasset, et alteram submisisset in alterius locum. Sententia igitur hæc est: Reparatas aut permutatas res ex pretio rerum hæreditariarum venire in restitutionem fideicommissi, de quo agitur. Verum huic sententiæ duæ leges opponuntur, *l. sed etsi*, §. 1. *de pet. hæred.* quæ ait, eum qui hæreditatem ad alium pertinentem bona fide possidet, si rem hæreditariam distraxerit, et ex pretio aliam comparaverit, restituere vero hæredi, qui agit adversus eum petitione hæreditatis, debere pretium, quod redegit ex re hæreditaria, non rem comparatam ex pretio. At hic dicimus non pretium fideicommissario esse restituendum agenti fideicommissaria hæreditatis petitione, sed rem comparatam ex pretio. Hæc videntur inter se pugnare. Accurs. respondet, hic hæredem ex pretio comparasse aliam rem nomine hæreditario, ibi suo nomine. Quæ distinctio Accursii Bartolo displicet, placet Imolæ et Reiuerio, placebit quoque omnibus, si ita intelligatur secundum mentem Accursii, quam calumniatur ille: Si bonæ fidei possessor, vel hæres ex pretio rei hæreditariæ rem sui causa comparaverit, ut rem verteret in suum patrimonium, ut ait *d. l. sed si*

lege §. 1. non quod hæreditati ea res utilis aut necessaria esset, tum in petitionem hæreditatis vel fideicommissi venire pretium, non rem ipsam comparatam ex pretio. Et sic in *l. seq. h. t.* si ex pretio rei hereditariæ venditæ hæres proprios creditores dimiserit, proculdubio pretium cadit in fideicommissum: sed si rem ex pretio comparatam verterit in hæreditatem, si interfuerit hæreditatis eam comparari, atque adeo hæreditatis gratia comparata fuerit ex pretio hæreditariæ, tum verum est, rem comparatam, non pretium venire in petitionem hæreditatis vel fideicommissi quasi permutatione facta rei hæreditariæ cum alia re, et altera re submissa in locum alterius. Opponitur etiam sententiæ hujus legis, *l. cum pater*, §. *dulcissimis*, *inf. h. t.* Ubi quia testator legat fratribus bona materna, non videtur etiam ea bona legare, quæ ex pecunia materna comparavit. Sed hoc ideo, ut breve faciam: quia voluit tantum legare fratribus bona, quæ cum eis communia habuit, quæ erant profecta a matre. Idque apparet ex verbis testamenti, quæ proponuntur in *d.* §. *dulcissimis*. Communia non sunt, quæ ex pecunia communi comparantur, quæ ex communi pecunia quis comparat sibi, *l.* 4. *C. comm. utriusque jud.* Sed hac de re fusius tractabimus in *l. cum pater.*

Ad L. LXXVII. de Leg. II.

Cum pater filios eorumque matrem hæredes instituisset, ita scripsit: peto a te filia, ut acceptis ex hæreditate mea in portionem tuam centum aureis, et prædio Tusculano, partem hæreditatis restituas matri tuæ, respondi, prædium quidem hæreditarium judicio divisionis, de communi filiam habituram, pecuniam autem de parte sua retenturam.

Explicabo nunc legem, qua nulla est in jure æque referta acutissimis Papiniani responsis, ex quibus duo tantum interpretabor: ea vero est *l.* 77. *de leg.* 2. Et primum ex iis responsum pertinet ad hanc speciem. Pater filium et filiam, et eorum matrem hæredes instituit, et filiam rogavit his verbis: *Rogo te filia, ut partem hæreditatis, ex qua te hæredem institui, restituas matri tuæ acceptis ex hæreditate mea in portionem tuam centum aureis, et fundo Tusculano.* Fundus Tusculanus est communis omnium hæredum, hoc est certum. Eum igitur fundum proculdubio filia est acceptura de communi, partim jure hæreditario, partim jure legati, non de parte sua, quia is fundus totus non est in parte sua. Quæritur, an etiam similiter pecuniam, id est, 100. aureos sit acceptura de communi, partim jure hæreditario, partim jure legati, an de sua parte jure hæreditario totam? Tentari posset etiam pecuniam esse accipiendam de communi, quia pater dixit, ut eam pecuniam acciperet ex hæreditate sua, quod videtur esse ex communi patrimonio inter hæredes suos. Et quæstio elegantissima ad quam ita Pap. respondet. Filiam quidem fundum capere partim jure hæreditario a semetipsa, partim jure legati a cohæredibus officio judicis familiæ erciscundæ cognoscentis, hoc est, fundum Tusculanum totum eam capere judicio fam. ercis. Quod judicium divisionis vocat, non de parte sua, quia in parte sua, non est totus, sed de communi. Pecuniam autem totam eam capere, de parte sua jure hæreditario, non de communi, partim jure hæreditario, partim jure legati, quia ejus pecuniæ quantitas parti ejus inesse intelligitur, licet in hæreditate inventa nulla pecunia fuerit, quia in pecunia, quæ legatur, vel quam hæres retinere jubetur, vel accipere, vel præcipere, non corpora nummorum spectantur, sed quantitas, quæ semper bonis inesse intelligitur, *l.* 88. *de verb. sig.* Quod idem respondit etiam *lib.* 9. in *l. deducta*, §. *acceptis*, *ff. ad Senatuscons. Treb.* Igitur pecuniam totam accipiet jure hæreditario, de sua parte. Nec obstat quod pater dixit, ut eam pecuniam acciperet ex sua hæreditate, quoniam hæreditatem accepit pro portione hæreditatis, quam ei reliquerat, quoniam in usu juris est ita loqui, et partem hæreditatis vocare hæreditatem. Parti nomen dare totius, ex usu consuetudinis est, hæc est sententia hujus responsi. Transeo ad ea, quæ ei opponuntur. Opponitur primum huic responso *l. hæredes*, §. *ult.* adhibita lege seq. *sup. fam. ercis.* Quo loco dicitur, cohæredi prælegata certa pecunia, certo numero nummorum, sive pecunia in hæreditate inventa sit, sive non, eam pecuniam ei esse conficiendam de communi, et præstandam officio judicis fam. ercis. Quod etiam confirmat Paulus 3. Sent. initio tit. de leg. his verbis: *per præceptionem uni ex hæredibus nummi legati, qui domi non erant, officio judicis fam. ercisc. a cohæredibus præstabuntur*: fac, tres esse hæredes ex æquis partibus, et uni esse prælegatos 300. aureos, cohæredes ei præstabunt ducentos, aut de communi venundabunt rem hæreditariam, et pretium, quod redegerint ex venditione ad finem 300. aureorum, cohæredi præstabunt. Verum ut respondeamus, multum interest cohæredi sit prælegata pecunia a cohæredibus, an cohæres retenta vel accepta certa pecunia, nulla demonstrata persona dantis, hæreditatem restituere rogatus sit. Priore casu pecunia ei præstanda est de communi, posteriore casu ipse pecuniam retinet de parte sua, et accipit a semetipso jure hæreditario totam, quia ea summa parti suæ inesse intelligitur, nec intelligitur ei esse legata a cohære-

dibus; denique totam eam quantitatem capit jure hæreditario, et si lex Falcidia interveniat, totam imputat in Falcidiam, *l. acceptis in fin. inf. ad leg. Falcid. et d. l. deducta*, §. *acceptis*. Partes autem fundi, quas a cohæredibus accepit, qui pro eis partibus sunt domini fundi, non imputat in Falcidiam, quia eas capit jure legati, sed eam tantum partem fundi imputat in Falcidiam, quam a semetipso capit jure hæreditario, quoniam placet in Falcidiam tantum imputari ea, quæ jure hæreditario capiuntur, non quæ alio jure, *l. quod autem, et l. seq. et l. in quartam, inf. ad leg. Falcid.* Male Accurs. eam etiam filiam pecuniæ partem accipere a cohæredibus contra manifesta verba legis, quæ dicit, pecuniam filiam accipere totam de parte sua, ergo a semetipsa, non a cohæredibus. Inepte etiam idem Accurs. huic responso opponit *l. si fundum sub conditione*, §. *si libertus, supra, tit. proximo*, quod hic legatarius capiat totum fundum, cui legatus esse intelligitur, ibi servos legatos capiat pro quincunce tantum non totos. Inepte, inquam, quoniam id genus legati, de quo ibi agitur, nihil cum eo, de quo hic agitur, adfine aut propinquum habet, et quæ opponuntur et committuntur invicem, inepte committuntur, nisi inter se habeant adfinitatem, et quasi paritatem aliquam. Primum igitur ibi legatarius non fuit cohæres, hic fuit cohæres. Item servi legati sunt ibi ab hæredibus institutis ex quincunce tantum, non a patrono, qui hæres institutus erat septunce. Ergo servorum quincunx duntaxat legatus est, hic vero totus fundus generaliter legatus est ab omnibus hæredibus, sed pro parte legatarii inutile est legatum, quia hæredi a semetipso inutiliter legatur. Alioquin idem deberet legatum pro ea parte, et deberetur eidem, quod fieri nequit: verum et pro ea parte tantum fundum cohæres retinet jure hæreditario, pro reliquis partibus jure legati *l. legatum*, §. 1. *sup. tit. prox.*

Ad §. Eorum.

Eorum quibus mortis causa donatum est, fideicomitti quoquo tempore potest, quod fideicommissum hæredes salva Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus, exemplo legatorum, locum habere placuit, præstabunt: si pars donationis fideicommisso teneatur, fideicommissum quoque munere Falcidiæ fungetur: si tamen alimenta præstari voluit, collationis totum onus in residuo donationis esse. Respondendum erit ex defuncti voluntate, qui de majori pecunia præstari non dubie voluit integra.

Sciendum est a donatariis mortis causa posse fideicommissum relinqui, quia legatariis comparantur, et donationes causa mortis legatis, *l. Seja, de dote præleg. l. cum hi*, §. *idem erit, dicendum, de transact. l. ab eo, C. de fideicommiss.* A donatariis autem inter vivos fideicommissum relinqui non potest, *l. cum quis decedens*, §. *pater. infr. tit. prox.* Et a donatariis quidem mortis causa Papin. ait in §. 1. *hujus legis*, fideicommitti posse quoquo tempore, id est, vel donationis tempore, vel alio tempore. Et subjicit hic, *fideicommissum hæredes salva Falcidiæ ratione, quam in his quoque donationibus exemplo legatorum locum habere placuit, præstabunt.* Quid hoc sibi vult, hæredes, inquit, præstabunt fideicommissum, quod relictum est, tamen non ab hæredibus, sed a donatariis mortis causa; hoc est falsum, hæredes præstare fideicommissum relictum a donatariis mortis causa, quia non hæredes rogati sunt, sed donatarii. Hi igitur soli fideicommisso præstando obligati sunt, an falsa scribit Papinianus? quid dicemus? nimirum hanc esse mentem Papin. ut et omnes volunt, hæredes præstare donatariis fideicommissum, id est, quod fidei donatariorum mortis causa commissum est, ut alteri restituerent. Aut brevius, hæres præstare donatariis donata causa mortis post mortem donatoris, quæ sunt subjecta fideicommisso, deducta tamen Falcidia, si hæreditas sit exhausta vel onerata legatis, quia placuit, inquit, Papin. id est, placuit Divo Severo exemplo legatorum, et in donationibus causa mortis legi Falcidiæ locum esse, *l. 2. C. de mort. caus. donat. l. 5. C. ad leg. Falcid.* Donatarii autem, si passi sunt Falcidiam, tanto minus fideicommissario præstabunt, ipsi non habent deductionem Falcidiæ ex fideicommisso, sed quod ex donatione mortis causa Falcidiæ nomine hæres deduxit, etiam fideicommissum minuit, *l. pœnales*, §. *ult. ad l. Falcid. Plautius*, §. *ult. de condit. et demonstr. l. facta*, §. *si Titius, ad Treb. l. si mihi Stichus, sup. tit. proximo, l. 5. inf. si cui plusq. per l. Falcid.* Male Haloander hoc loco pro *hæredes*, legit, *hæredi*, nihil est mutandum, sententia est congrua, si sic accipiatur ut docui esse accipiendam. Hæc autem, quæ hactenus dixit Pap. in hoc §. 1. præfationis vice, καὶ ὡς ἐν προθεωρίᾳ, ut Theophil. loquitur, dixit: quod autem præcipue agit iis præfatis, et cognitis, hoc est, ut doceat, si non res omnes, quæ donatæ sunt relinquantur, sed pars donationis, veluti tertia aut dimidia, donationem mortis causa etiam hoc casu, et per consequentias fideicommissum quoque minui per legem Falcid. quam inducunt hæredes. Nihil igitur interesse, donatio tota, an pars donationis fideicommisso contineatur. Nam etsi fideicommisso contineatur pars tantum tertia donationis, etiam ex ea parte hæredes deducunt

Falcidiam, et eo minor pars tertia fideicommissario præstatur, quod adhuc satis est apertum. Verum addit, quod est caput hujus responsi, aliud esse dicendum si neque donatio, neque pars donationis fideicommisso contineatur, sed donatarius rogetur fideicommissario non præstare res donatas, aut partem rerum donatarum, sed alimenta, vel annua dena alimentorum nomine. Hoc enim casu diminuta donatione per leg. Falcidiam non diminuitur fideicommissum alimentorum, sed de residuo donationis, si sufficiat præstationi alimentorum, alimenta integra, integra annua dena fideicommissario præstantur. Et hoc est quod ait, collationis onus, id est, alimentorum præstationem, in residuo donationis esse sive consistere, et hoc efficere non favorem alimentorum, sed voluntatem d functi, qui non de donatione, aut parte donationis alimenta integra præstari voluit, sed de majori pecunia, id est, de patrimonio toto donatariorum, quod ideo Glossa vocat *onus extrinsecum*, et omnes DD etiam, qui non aliam linguam didicerunt, quam illam quam didicit Accursius. Onus est extrinsecum, quoniam non ex donatione, vel ex parte donationis relictum est, sed extrinsecus ex omni patrimonio donatarii. Itaque diminuta donatione per legem Falcidiam, concludit, non minui fideicommissum alimentorum, videlicet, si residuum donationis, quod superest deducta Falcidia, sufficiat integræ præstationi alimentorum, vel si non sufficiat integræ, id omne esse præstandum alimentario, quod est in residuo donationis sine diminutione. Quod etiam confirmat *l. liberto*, §. 1. *ff. de annuis leg. et l. maritum*, §. *ult. ad leg. Falcid.*

Ad §. Mater.

Mater filiis suis vulgo conceptis dotem suam mortis causa donando stipulari permisit, cum aliis hæredibus institutis, petisset a filiis, viro dotem restitui: totum viro fideicommissum dotis deberi, si Falcidiæ ratio non intervenerit; ideo retentionem dotis virum habere placuit. Alioquin Falcidiæ partem hæredibus, a filiis ex stipulatu cum viro agentibus, ex dote esse, per in factum actionem reddendam.

In hoc §. agitur etiam de fideicommisso relicto a donatariis causa mortis, et de donatione causa mortis minuenda per legem Falcidiam, ut et in §. 1. Mater cum dotem daret marito permisit filiis suis vulgo quæsitis eam dotem de marito stipulari in casum mortis suæ, id est, si ipsa prior moreretur in matrimonio. In eum quoque casum mortis suæ filiis donando dotem: denique dotem donando spuriis mortis causa: deinde in testamento aliis hæred.bus institutis, et filiis merito præteritis, ut nec jure queri possint de inofficioso testamento matris, qui alioquin si essent immerito præteriti, tametsi sint spurii, possent queri de inofficioso testamento, ut est proditum *sup. in tit. de inoffic. testam. l. suspecta*, §. *de inofficioso, eod.* si sint immerito præteriti, quæ præteritio pro exhæredatione habetur. Mater igitur testamento aliis hæredibus institutis, et filiis merito præteritis, iisdem filiis merito fideicommissum relinquit, rogando eos, ut dotem quam eis donaverat mortis causa marito restituerent, potuit eorum quibus mortis causa donaverat fideicommittere quoquo tempore, ut dixi in §. 1. id est, non tantum tempore donationis, sed etiam postea in ultima voluntate, ut in hoc §. Per fideicommissum igitur filiis ademit donationem causa mortis, non per pœnitentiam, ne hoc dixeris cum Glossa, alioquin si pœnitentia revocavit donationem causa mortis, fideicommissum a filiis relictum non valet. Ita posita hac specie, adhibenda hæc distinctio est. Aut legis Falcidiæ ratio intervenit hæreditate exhausta vel onerata legatis et fideicommissis, et donatione causa mortis supra dodrantem: aut non intervenit ratio legis Falcidiæ. Si non intervenit ratio legis Falcidiæ, quæ minuat donationem causa mortis subjectam fideicommisso, tunc totam dotem filii marito restituere tenentur, et eo nomine si dotem habeant, maritus cum eis agere potest ex causa fideicommissi, et multo magis si dotem non habeant, sed habeat maritus ipse, et illi cum marito agant ex stipulatu, qui illis stipulantibus promisit initio contrahendi matrimonii soluto matrimonio morte mulieris dotem reddi, multo magis dabimus marito retentionem dotis, opposita exceptione doli mali. cui damus actionem et exceptionem damus multo magis, *l. invitus*, §. 1. *de regul. jur.* At si legis Falcidiæ ratio interveniat, quæ minuat donationem causa mortis, quæ minuat dotem, filii cum marito recte et utiliter agent ex stipulatu sine metu exceptionis, ut scil. vel ex dote partem Falcidiæ, id est, dotis quadrantem maritus reddat quem hæredes efflagitant jure Falcidiæ, quemque mox a filiis revocabunt actione in factum, id est, utili actione in rem, vindicato quadrante, ut in §. *Mævio*, *inf. in hac l. et l. pen. C. ad leg. Falcid.* Residuæ dotis dodrantis retentionem maritus habet, non totius dotis lege Falcidia interveniente. Et hæc est interpretatio hujus §. satis obscuri. Ex quo insuper notanda est una differentia inter legata et donationes causa mortis, ante constit. Justiniani, id est, ante *d. l. penult.* hæredes legatorum Falcidiam sibi servabant, non per vindicationem, sed per retentionem legatorum, *l.* 11. §. 1. *l.* 15. §. 1. *l.* 93. *inf. ad. l. Falcid.* Ideoque legatario occupante vacuam possessionem rei legatæ sine voluntate hæredis, hære-

di dabatur interdictum quod legatorum, ut adipisceretur possessionem rei legatæ, et sibi servaret Falcidiam per retentionem possessionis, *l.* 1. *C. quod legat.* donationum autem mortis causa Falcidiam hæredes, ut servant hodie sibi et olim quoque teste Justin. in *d. l. penult.* servabant eam sibi per vindicationem, sive per actionem in factum, quæ utilis vindicatio est, quoniam possessio rerum donatarum jure constituta erat apud donatarium, non apud hæredes, ut nec possent hæredes earum donationum Falcidiam sibi servare per retentionem possessionis, quamobrem necesse fuit eo decurrere, ut hæredibus subveniretur data utili Falcidiæ vindicatione adversus donatarios, qui justi sunt possessores rerum donatarum. Et ita in specie proposita, ubi donatarii recuperaverunt dotis quadrantem a marito, confestim hæredes eum quadrantem ab eis donatariis revocabunt utili et extraordinaria vindicatione, quæ et in hoc §. et in tit. *de rei vindicat.* sæpe dicitur actio in factum, *l. in rem*, §. *quæcunque*, *l. quæ religios. l. cum autem*, *eod. tit.* Eadem ratio efficit, ut interdictum quod legatorum non pertineat ad donationes causa mortis, quia jus possessionis rerum donatarum mortis causa, non pertinet ad hæredes, sed ad donatarios, nec ut legata, ita donationes causa mortis præstantur ab hæredib. sed ἀμέσως ab ipso defuncto proficiscuntur, et transeunt in donatarium. Et hoc est satis adnotasse ad hunc §.

Ad §. Surdo.

Surdo et muto, qui legatum accipit, ut cum moritur restituat, recte mandatur: nam et ignorantes recte adstringuntur fideicommisso, quibus ignorantibus emolumentum ex testamento quæritur.

In hoc §. ostenditur a legatario surdo et muto fideicommissum relinqui posse, vel quod idem est, potest legatario surdo et muto recte mandare, ut cum morietur rem legatam præstet et restituat alteri: mandari, inquam, mando est verbum fideicommissi, §. *mando*, *inf. l. avia*, §. *pater*, *de condit. et demonstr.* Ergo hoc dicit in hoc §. ab ignorantibus fideicommissum relinqui posse. Ignorantes fideicommisso adstringi posse. Nam surdus et mutus pro absentibus et ignorantibus habentur, *l. ult. de verborum signifi. l.* 29. §. *ult. comm. divid.* Nec sine ratione est quod ignorantes fideicommisso adstringantur. Nam et ignorantes, inquit, ex testamento emolumentum legatorum acquirunt, id est, actionem legatorum, *l. si a furioso*, *de obligat. et action. l. filiusfamil. sup. qui testam. fac. poss. l. ult. C. quando dies leg. cedat.* Rerum autem legatarum dominium acquirunt agnitione, id est, cum agnoscunt legatum et amplectuntur; vel traditione, cum accipiunt legatum ab hæredibus, *l. ei qui ita*, *de cond. inst. l. cum vero in fin. de fideicomm. libert.* Ergo rerum legatarum dominium acquirunt scientes, non ignorantes, actionem legatorum etiam ignorantes. Atqui, quod posset objici, res legata dicitur esse legatarii ignorantis vel deliberantis, *l. si partem, in fine, sup. quemadm. servit. amitt. l. magis*, §. *fundum*, *sup. de reb. eorum, qui sub. tut. vel. cur.* Verum hoc ideo, quia cum actio ignoranti acquiratur, propemodum et res ipsa acquiri videtur, nam in usu est, ut et nostrum, sive proprium esse dicamus id de quo actionem habemus, *l.* 15. §. *quod annus*, *ad leg. Falcid. l.* 15. *de reg. jur.* Sequitur aliud responsum.

Ad §. Hæreditatem.

Hæreditatem filius cum moreretur, filiis suis, vel cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus, quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse pœna peremptam placuit, nec fideicommissi conditionem ante mortem filii hæredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.

Hujus §. species hæc est: Pater filio hæredi instituto electionem dedit, ut filiis suis, qui nepotes sunt patris, id est, filiis nepotibus suis, vel cui ex iis vellet, cum moreretur, hæreditatem restitueret. Post mortem patris filius in insulam deportatus est ex delicti causa, deportatione amisit testamenti factionem, quia desiit esse civis, et factus est peregrinus, non tamen amisit jus eligendi, cui liberorum hæreditatem paternam restitueret, quia electo pendet ex animi judicio, quod in eo post pœnam manet integrum, et facti est electio potius quam juris. Idcirco capitis diminutione, minore scilicet, veluti deportatione, non amittitur: deportatus amittit ea, quæ sunt juris, non ea quæ sunt facti, *l. legatum*, *inf. de cap. minut.* Et hoc Papiniani responsum nominatim ex hoc libro etiam in testimonium attulit Ulpianus in *l. ex facto*, §. *si quis rogatus* 2. *ad Senatus. Trebel.* ubi ex hoc loco etiam jamdiu docuit observatio tertia, in locum illorum verborum, *cui liber factus fideicommissum restitui velit* (quoniam deportatus non fit servus, ut expectari debeat ejus libertas, sed retinet libertatem, et civitate plectitur sola) esse legendum aut reponendum, *cui liberorum fideicommissum restitui velit.* Proinde hujus fideicommissi conditio, ut Papinian. ait, non existit ante mortem filii naturalem, licet deportatus sit: quia et post deportationem potest eligere, cui

liberorum fideicommissum restitui velit: moriente filio is quem elegerit, vocabitur ad hæreditatem fideicommissariam, ceteri excludentur: si neminem elegerit, omnes vocabuntur ad hæreditatem pro virilibus portionibus, ut in *l. unum ex familia*, §. *si duos*, *sup. hoc tit.* Aliud tamen dicendum esset, ut docet Ulpianus supradicto loco, filio damnato in metallum, quæ maxima est capitis diminutio, ut deportatio minor capitis diminutio. Maxima in omni jure morti comparatur semper, quæ plectit civitate, et libertate, quæ servum et peregrinum facit, minor antem non semper morti comparatur, non in hac specie, non etiam in specie legis *sed si mors*, *de donat. inter vir. et uxor.* non etiam in specie legis *si intercedat*, *de condit. et demonstrat.* Ideoque deportatus jus eligendi non amittit: damnatus in metallum jus eligendi amittit, et statim fideicommissi persecutio filiis ejus competit, non expectata morte naturali patris, quæ jam contigisse intelligitur: nec post damnationem editi liberi ad fideicommissum admittuntur, *d.* §. *si quis rogatus*: post damnationem reliqui liberi ad fideicommissum admittuntur, quia conditio fideicommissi, quæ semel extitit, nunquam resumitur, *l. pater*, §. *ult. de condit. et de monst.*

Ad §. *Qui Dotale.*

Qui dotale prædium contra l. Juliam vendidit, uxori legatum dedit, et emptoris fideicommisit, ut amplius ei pretium restituat, emptorem fideicommissi non teneri constabat, si tamen accepto legato, mulier venditionem irritam faceret, eam oblato pretio, doli placuit exceptione summoveri.

Notissima est l. Julia de fundo dotali, quæ vetat fundum dotalem alienari vel pignorari a marito, quamvis maritus ejus fundi dominus sit, sed dominus, non quidem simpliciter, sed dotis causa. Quid igitur si maritus fundum dotalem quandoque vendiderit, et tradiderit emptori, et ab eo pretium acceperit, potest ne hæc venditio quandoque soluto matrimonio mulieri esse fraudi? Minime vero, quoniam ex l. Julia uxor soluto matrimonio irritam venditionem facere potest, vindicato fundo ab emptore, nec oblato et reddito pretio, quod emptor marito intulit, quia illicita venditio est, *l.* 3. *C. de rei vindicat. l. si sciens*, *C. ad Senatus. Vell.* Sed si maritus vendidit quidem et tradidit fundum dotalem, sed pretium nondum acceperit ab emptore, quæ est species hujus §. Nam falso fingunt, maritum accepisse pretium ab emptore. Ponamus igitur, maritum fundum dotalem vendidisse, et tradidisse, pretium nondum accepisse, et morientem legasse uxori ab hærede rem certam, et hoc amplius, ponamus emptoris, qui nondum pretium solverat, fideicommisisse, ut uxori pretium restitueret et solveret. Hoc casu emptor quidem fideicommisso non tenetur. Idque constat inter omnes, quia scilicet uxore irritam faciente venditionem, ex post facto apparuit, emptorem marito pretium non debuisse: nec enim de pretio tenetur emptor, cui res empta evincitur, *l.* 5. *l. si fund. C. de eviction.* Apparet igitur, emptorem non fuisse debitorem mariti, debitor fideicommisso tenetur, quia ex constitutione Divi Pii etiam a debitore fideicommissum relinqui potest, *l. si pecunia*, *sup. tit. prox. l. cum quis decedens* 35. §. *pater*, *in fine*, *tit. seq.* At hic emptor debitor non fuit mariti, nihil etiam ei dedit maritus, ut eum fideicommisso obstringere possit, cui nihil dederis, non est recipiendum, ut eum rogando obliges, *l.* 6. *in fine tit. seq.* De suo quemque largiri oportet, non de alieno. Verum in proposita specie uxore irritam faciente venditionem fundi, et vindicante fundum dotalem ab emptore post mortem mariti emptor oblato pretio, quod ab eo uxori venditoris relictum est per fideicommissum, ultro oblato pretio, quod initio extorqueri non potuit, quia eum fideicommisso non teneri constabat, ultro tamen oblato pretio mulierem vindicantem fundum dotalem repellet exceptione doli mali, si doceat eam agnovisse legatum, quod ei maritus reliquit ab hærede; quia irritam facit venditionem vindicando fundum, facit contra voluntatem testatoris, cui tamen, cum legatum agnoverit, parere necesse habuit, quia in fideicommisso dicendo *amplius*, ut scilicet emptor amplius uxori pretium restitueret, et repræsentaret, quod verbum *amplius* tantundem valet, quantum, *hoc amplius*, *l. qui ita*, *de dote præleg. l. si servus legatus*, §. *si ita sup. tit. prox.* In fideicommisso dicendo *amplius*, vel *hoc amplius*, testator satis demonstravit, se ideo uxori legatum rei certæ relinquere ab hærede, et pretium fundi venditi ab emptore, ne venditionem rescinderet, ne venditionem faceret irritam; et vinciendo, connectendo legatum rei certæ cum fideicommisso pretii, hoc articulo *amplius* demonstravit, causam sibi esse eam relinquendi pretii, et legandæ rei certæ: causa autem relinquendi pretii, quæ alia est, quam ne fundum uxor avocet emptori. Ergo et eadem est causa legati, ut ratam faciat emptionem venditionem fundi dotalis; denique hic articulus *amplius*, repetit legatum; ac si dixisset *amplius quam quod uxori ab hærede meo legavi, emptor ei restituito pretium fundi dotalis, quem tibi vendidi*, et legato ea ratio adjicit causam, quæ fideicommisso inest. Ea-

dem verba *hoc amplius*, vel simpliciter *amplius*, sæpe magnam vim habent magnumque motum. Alias adjiciunt diem vel conditionem, *l. si tibi pure, tit. seq.* alias adjiciunt collegatarium, *l. 15. tit. seq.* alias adjiciunt vires et robur legato inutili, *l. legata inut. sup. tit. prox.* Denique magni momenti sunt in hoc responso, conficiunt totum negotium, quia legato priori relicto ab hærede adjiciunt causam, quæ inest fideicommisso. Rejiciantur Glossæ omnes et commenta Doctorum ad Glossas, qui ad Papin. supplent, quæ Papiniano non venisse in mentem verba ejus produnt satis: neque enim in necessariis ex Papiniani brevitate quicquam unquam solemus desiderare, supervacuis caret ταυτολογίαις, sed certe minus non dicit quam quod dici oporteat. Et cogor ob eandem causam hoc loco retractare id, quod in §. 1. hujus legis eorum vestigia subsequutus verba Papiniani prætergressus sum; si ex donatione causa mortis hæres Falcidiam detrahat, sive a donatario causa mortis tota donatio, sive pars donationis per fideicommissum alii relicta sit, minuitur fideicommissum. Fac, ut res sit aperta, donationem esse ABC, fideicommissum B, Falcidiam hæres detrahit non solum de AC, sed etiam de B, quod est fideicommisso. Minuitur ergo fideicommissum nec præstatur integrum, licet potuerit ex residuo donationis præstare integrum. Verum aliud dicendum est, si fideicommisso neque donatio, neque pars donationis contineatur, sed donatarius rogetur alii, verbi gratia, annua dena præstare alimentorum nomine, et patiatur donatarius Falcidiam, quia dicendum est, præstationem annuam non consistere in donatione tota, sed in residuo donationis, quod superest deducta Falcidia. Quod si abunde sufficiat præstationi annuæ, integram eam præstari sine diminutione: fac, in donatione esse fundum ferentem annua sexaginta, in fideicommisso annua 10. Falcidiam abstulisse quartam partem fundi, quæ ferebant annua 15. ex residuo fundo fideicommissario, sive alimentario integre annua 10. præstabuntur, non favore alimentorum, sed ut ait ex d. §. 1. ex voluntate defuncti, qui de majori pecunia haud dubie præstari voluit integra alimenta, nunquam relinquntur alimenta alii, nisi ex majori reditu quodam, ex majori pecunia, quæ resideat, aut relinquatur ei qui oneratur fideicommisso. In exemplo autem proposito major est pecunia residua, quia resident apud donatarium tres partes fundi, quæ fuerunt 45. quotannis. Ergo annua dena integra alimentario præstabuntur: si eadem aut minor sit pecunia residua, proculdubio tunc minuetur etiam fideicommissum alimentorum, et hoc est verius et convenientius verbis Papiniani, quibus nunquam utitur irreligiose, quam quod DD. tradunt, quos sequebar in d. §. nudius tertius, accipientes majorem pecuniam pro toto patrimonio donatarii, et nihilominus admittentes diminutionem fideicommissi, si residua pecunia non sufficiat integræ præstationi, quod est absurdum et incongruum: nam si debentur ex toto patrimonio donatarii: ergo non diminuuntur, etiamsi donatario diminuatur, nec sufficiat integræ præstationi alimentorum.

Ad §. Mævio.

Mævio debitori suo reus stipulanti mandavit, ut Titio, cui mortis causa donabat, pecuniam debitam solveret; cum sciens dominum vita decessisse, Mævius pecuniam dedisset, non esse liberationem secutam, constitit: nec si Mævius solvendo non esset, in Titium adjectionem solidi vel jure Falcidiæ dandam esse: quia mortis causa cepisse non videretur. Diversum probandum foret, si Mævius ignorans dominum vita decessisse, pecuniam errore lapsus dedisset: tunc enim portio jure Falcidiæ revocaretur.

Debitori meo mandavi inter vivos, non per fideicommissum, ut Titio statim vel me vivo pecuniam debitam solveret: non mandavi, ut etiam ei solveret post mortem, sed ut statim vel me vivo pecuniam mihi debitam solveret L. Titio, cui eam donabam mortis causa: ego mox vita defunctus sum, mandatum morte mea finitum est: (Mandatum finitur morte mandantis, *l. mandatum, C. mandati*, sicut jussum morte jubentis, *l. si per epistolam, ff. de adquir. hæred.* et cessitia tutela morte cedentis apud Ulpian. *tit. de tutelis.*) Et in specie proposita si quidem debitor meus sciens mortem meam, atque adeo finem mandati, solverit L. Titio, non liberatur, *l. ult. de solut.* in qua sic est legendum, ut probavit omnibus observatio prima: *Ei autem cui jussi debitorem meum solvere*, et illud *solvere*, est subdistinguendum: post mortem meam non recte solvitur, quia mandatum morte dissolvitur. At si debitor meus ignorans me vita decessisse, per errorem pecuniam solverit L. Titio, ex æquo et bono liberatur, *l. inter*, §. 1. *mand. l. pen. sup. de reb. cred.* § *recte, inst. de mand.* Quibus præmissis finge: ego vita decessi: morte mea finitum est mandatum pecuniæ solvendæ Titio, finita et extincta donatio causa mortis, quia donatario ea pecunia recte solvi non potest post mortem meam. Finge, inquam, mandatarium debitorem meum non ignorantem mortem meam pecuniam L. Titio solvisse: non liberatur, ut præmisi, et ideo hæredi meo tenetur ex stipulatione, vel ex alia causa, ex qua mihi tenebatur, sed si forte solvendo debitor non sit, si inanis sit actio propter ejus inopiam, quam in eum hæres meus

intendit; an hæredi meo est actio in L. Titium, qui pecuniam accepit a sciente, ut scilicet eam pecuniam reddat totam, vel saltem partem Falcidiæ, quod interveniat ratio legis Falcidiæ, et hæres desideret Falcidiam etiam ex donatione causa mortis secundum constitutionem D. Severi, de qua diximus in §. 1. Et respondet Papinian. hæredi nullam esse actionem in Titium, quia cum eo nullum negotium gessit, et pecuniam non habet ex mea donatione causa mortis, quæ extincta fuit morte mea, sed eam pecuniam habet ex donatione inter vivos debitoris, qui intelligitur ei donasse, quod sciens indebitum solvit, *l. cujus per errorem, de reg. jur.* Aliud dicendum est, si ignorans mortem meam bona fide animo exequendi mandati mei, ei solverit, nam hoc casu hæres aget actione in factum, ut dixi in §. *mater, sup.* id est, utili vindicatione Falcidiæ: hæres Falcidiam a L. Titio revocabit quasi donatario causa mortis, quia eodem loco res esse censetur, ac si L. Titius eam pecuniam accepisset ex donatione causa mortis, propter errorem et ignorantiam solventis: neque dicas ignorantiam debitoris prodesse L. Titio contra *l. iniquissimum, de jur. et fa. ign.* quia imo nocet cum patiatur Falcidiam L. Titius, quam non pateretur, si sciens debitor ei solvisset.

Ad §. Cum Pater.

Cum pater fideicommissum prædiorum ex testamento matris filiæ deberet, eandem pro parte ita hæredem instituit, ut hæreditatem fideicommisso compensaret, eademque prædia filio exhæredato dari voluit; quamquam filia patris hæreditatem suscipere noluisset, fideicommissum tamen ab hæredibus esse filio præstandum, ad quos hæreditatis portio, quam accepit filia, redierat, placuit. Quod si alium filiæ substituisset, eum oportere filio fideicommissum reddere.

Hujus species hæc est: pater filiæ suæ emancipatæ prædia quædam debuit, aut debet predia quædam a se hærede instituto testamento uxoris, eidem filiæ verbis fideicommissi relicta. Idem vero pater in testamento suo filium exhæredavit, filiam adjectis cohæredibus extraneis hæredem instituit ex parte, ea lege ut hæreditatis partem compensaret cum fideicommisso prædiorum, quod ei pater debuit ex testamento matris, filio autem exhæredato, ab eadem filia supradicta prædia fideicommissum reliquit deinde mortuo patre filia repudiavit hæreditatem paternam, et portio ejus accrevit cohæredibus, vel, ut loquitur, portio quam accepit, id est, quæ ei testamento adscripta est, rediit ad cohæredes: redire dicitur hæreditas non tantum ad agnatos jure legitimo, ut *l. 3. si quis omissa causa testam. l. Jurisconsultus, in princ. de grad. et adfin.* sed etiam ad cohæredes jure accrescendi. Portio igitur filiæ repudiantis accrescit cohæredibus, vel etiam transfertur ad substitutum, si quem filiæ substitutum dederit pater, et substitutus præfertur cohæredib. *l. 2. §. si duo, inf. de bon. poss. secund. tab.* nisi aliud suadeat voluntas defuncti, ut in *l. quidam, ff. de vulg. subst.* Duo autem sunt, quibus supradicta prædia hæredes patris debent. Nam et ea debent filiæ ex testamento matris, quo a patre hærede scripto ea prædia filiæ per fideicommissum mater reliquit, et eadem quoque debent filio exhæredato ex testamento patris quo a filia hærede scripta eadem prædia filio exhæredato per fideicommissum pater reliquit: verum hoc loco agitur tantum de fideicommisso illo prædiorum, quod relictum est testamento patris, et debetur filio exhæredato. Et quamvis filia, a qua relictum est filio exhæredato, hæreditatem repudiaverit, tamen non ideo minus prædia deberi filio exhæredato ait, nimirum deberi a cohæredibus, quibus portio filiæ accrevit, vel a substituto filiæ, qui portionem filiæ occupavit jure substitutionis, fideicommissa ab hærede relicta videri repetita a substituto et a cohæredib. qui quasi substituti cum suo onere consequuntur accrescentem portionem, videlicet post rescriptum Divi Severi, de quo in *l. licet, sup. tit. prox. l. 61. in fin. hoc tit. l. 4. C. ad Senatus. Trebell.* Quod non obtinuisse ante Severum liquet ex Celso, qui fuit longe antequam Severus rerum potiretur, *l. 29. hoc tit.* Quoniam jure veteri, quod uni ex cohæredibus nominatim fideicommissum erat, ita demum videbatur testator præstari voluisse, si ille hæres extitisset, quod si non extitisset, portionem illam vacantem accrescere cohæredibus sine onere fideicommissi, obvenire substitutis sine onere fideicommissi. Quod igitur hoc loco ait, *placuit*, sic interpretari debemus, ut et in §. 1. *h. l. placuit Divo Severo.* De fideicommisso eorundem prædiorum filiæ relicto testamento matris hoc loco non agitur, quia de eo minus dubitabatur, et constabat cohæredibus et substitutis, ad quos redit portio hæredis repudiantis, incumbere onus æris alieni, quod defunctus debuit hæredi, qui repudiavit, quique noluit æs illud suum compensare cum hæreditate, *l. cum ab uno sup. hoc tit.* Sed ab eo vel ea coguntur cohæredes vel substituti ea prædia redimere, si ea velit vendere justo pretio, et præstare filio exhæredato, aut eorum æstimationem, ut in *l. non dubium, §. ult. tit. seq.* Quamobrem recte statuunt DD. hoc loco contra Hugolinum, nihil huic responso derogari per Novell. 39. *de restitut.* vel authenticam, *res quæ, C. comm. de leg.* quæ vetat invito fideicommissario alienari, er-

go et legari directo vel per fidejcommissum, ea quæ sunt fideicommisso subjecta sive obnoxia. Nam et ea quoque prædia invita filia non transeunt ad filium exhæredatum : neque enim ea substitutis vel cohæredibus distrahere compellitur ; verum ea nolente distrahere , filio exhæredato præstatur æstimatio. In extremo versu hujus §. Haloander male legit *filiæ*, pro *filio*, secutus sum Florentinam scripturam. Alterum responsum est in §. evictis , cujus species hæc est.

Ad §. *Evictis.*

Evictis prædiis, quæ pater , qui se dominum esse crediderit, verbis fideicommissi filio reliqut, nulla cum fratribus et cohæredibus actio erit, si tamen inter filios divisionem fecit, arbiter conjectura voluntatis non patietur, eum partes cohæredibus prælegatas restituere, nisi parati fuerint et ipsi patris judicium fratri conservari.

Pater filios hæredes instituit, uni ex eis per fideicommissum a cohæredibus reliquit prædia quædam aliena, quæ sua esse credebat : dominus filio evicit prædia. Quæritur, an habeat filius eo nomine actionem aliquam adversus fratres consortes, quod sibi ea prædia habere non liceat, quæ ab eis legavit pater ? Et respondet , ei cum fratrib. nullam esse vel competere eo nomine actionem. Objicies statim , imo esse petitionem fideicommissi , quia etiamsi quis errore lapsus conjunctis personis rem alienam reliquerit, cujus se dominum esse credebat, legati aut fideicommissi petitio est , *l. cum alienam, C. de leg.* vel si reliquerit uxori *l. quoties inter, de aur. et arg. leg.* vel alii tali personæ, ut ait *d. l. cum alien.* puta alumno , ut in *l. testament. inf. de fid. libert.* vel hæredi rescripto *l. hæredi, inf. ad Trebell.* quia manifesta est affectio defuncti erga hæredem, quem donavit honore præcipuo institutionis. Ergo sive quis sciens, sive ignorans rem alienam legaverit conjunctæ personæ, vel alii tali personæ, legati petitio est. Idque est verissimum. At vero contra objiciam et respondebo, filio etiam hoc loco non denegari petitionem fideicommissi , si nondum præstitum est , sed evictis prædiis , quæ ei præstita sunt ex causa fideicommissi , denegari actionem de evictione in id , quod interest , prædia evicta non esse adversus cohæredes : nam hæredes legatariis vel fideicommissaris, quibus res certa relicta est, de evictione non tenentur, *l. si a substituto, in fin. l. si legati servi, sup. tit. prox.* quia legatarii et fideicommissarii sunt lucrativæ rei possessores, ut ait Paul. 5. *Sentent. tit.* 11. Et hæc est sententia prioris partis hujus §. Subjicit in posteriori parte , aliud esse dicendum, si pater filios hæredes instituerit, et inter eos bonorum suorum divisionem fecerit , quod facit certas res singulis prælegando , ut in *l.* 3. §. *quidam , inf. ad Trebell. l.* 33. *sup. fam. ercisc.* ut rectissime Accurs. in *l. nomen.* §. *ult. tit. seq.* prælegavit, sic interpretatur, *per divisionem adsignavit, vel attribuit.* Et illa quidem *l.* 33. *famil. ercisc.* omnino congruit cum hac posteriori parte hujus §. Ex quo apparet non omni ex parte hoc responsum esse singulare, quod tamen omnes nostri DD. tradunt. Ex his vero sequitur, officio arbitri famil. ercisc. sive dividendæ hæreditatis contineri in specie proposita, ut unicuique filiorum res, quæ relictæ sunt et distributæ a patre, solidæ præstentur. Quod fiet, quia singulæ res hæreditariæ sunt communes inter filios jure ipso, et singuli in singuli rebus hæreditariis habent partes hæreditarias. Id , inquam , fiet facta invicem permutatione partium : nam ut eleganter ait §. *hæreditatem, infra hac l. permutatio partium rerum communionem discernit,* atque ita genere permutationis divisio bonorum quam pater fecit, et inter filios ad affectum et emolumentum perducitur : ex hac permutatione autem exemplo emptionis et venditionis, cui proxima et adfinis est, nascitur evictionis nomine actio præscriptis verbis, *l.* 1. *et* 2. *C. de rer. permut. l. si familiæ, C. famil. ercisc. l. si fratres , C. comm. utriusque jud.* Quamobrem ex voluntate patris operam dabat judex familiæ erciscundæ, ut ita demum partes prælegatæ cohæredibus præstentur, si et ipsi vice mutua partes suas præstent, et in se vicissim detrimentum et periculum evictionis recipiant , ut æquum in omnium filiorum persona conservetur judicium, et voluntas, sive divisio partis. Et hoc vult in posteriori parte hujus responsi. Totius summa hæc sit. Facta et perfecta divisione bonorum inter filios, quasi ex permutatione alios aliis teneri de evictione : uni legata re certa una vel pluribus, alios de evictione non teneri. Neque primum obstat huic definitioni *l. non quocunque* , §. 1. *sup. tit. prox.* quam objicit Accursius, quia non dicit, hæredem legatario rei certæ , certive corporis teneri de evictione , sed legatario , qui non ex causa legati , sed ex alia causa lucrativa rem legatam naetus est , quamdiu eam rem tenet ex alia causa lucrativa , non esse legati petitionem , quia regulariter traditum est , duas causas lucrativas in eundem hominem et eandem rem concurrere non posse, §. *si res aliena, Instit. de leg.* Sed si forte ea res , quam nactus est ex alia causa lucrativa ei evincatur, tum incipit legatario esse petitio legati finita causa lucrativa. Et ea sententia §. 1. unde apparet eum §. esse de actione legati , non de actione evictionis. Nihil etiam obstat *l. scimus,* §. 1. *C. de inoff. test.* quam ibidem opponit Accurs. ex qua filio evicta legitima portione ,

quæ ei relicta erat, datur querela inofficiosi testam. vel supplementi actio. Hoc nihil obstat, quia *d. l. scimus,* de filio exhæredato loquitur: hoc autem loco agitur de filio hærede instituto, cui evictis prædiis legatis, non evincitur portio legitima, cum supersit institutio, quæ sufficit ad portionem legitimam: nihil etiam superiori definitioni obstant leges, quæ loquuntur de homine incerto legato, veluti hoc modo, *servum illi dato*, de homine generaliter legato, vel de qua alia re generaliter legata, quo casu ejus rei, quam elegerit et præstiterit, hæres evictionem præstat, quia non videtur præstitisse quod ita præstitit, ut habere legatarius, et perpetuo jure possidere non possit, *d. l. si a substituto*, §. 1. *l. si domus*, §. 1, *eod. tit.* qui est accipiendus etiam de legato generis. *l. qui concubinam*, §. *si hæres*, *tit. seq. l. hæres*, *de evict.* Hoc enim loco non agitur de re legata generaliter, et indistincte, sed de re certa legata specialiter, certis prædiis, et satis est talem rem præstari, qualis est, quod et M. Tullius prodidit 3. offic. *In mancipiorum venditionibus*, inquit, *venditorum fraus omnis excutitur: qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, præstat edicto ædilium.* Hæredum alia causa est, id est, hæredes non tenentur præstare, sanum esse servum legatum, quod tamen venditores præstare debent ex ædilitio edicto, ut in *l. si a substituto* §. 1. ac similiter hæredes non præstant evictionem servi legati specialiter. Ac postremo notandum est, non abs re initio hujus §. Papinianum posuisse, patrem ignorasse prædia, quæ filio verbis fideicommissi reliquit, aliena sed sua esse existimasse, quoniam si sciens aliena prædia legaverit, conjectura voluntatis exigit, ut cohæredes præstent evictionem, quia omnino ea filium voluit habere, qui scivit esse aliena et legavit. Totum facit hac in re voluntas defuncti, qui onerare cohæredes potuit. Et hoc Accursius notat recte in *l. Sticho*, *in fin. de usuf. leg.*

Ad §. Pater.

Pater certam pecuniam exhæredatæ filiæ, verbis fideicommissi reliquit, eamque nupturæ dotis nomine dari voluit, filio dotem stipulante, cum filius minorem dotem dedisset, superfluum esse filiæ reddendum constabat. Divortio quoque secuto, fideicommissum filiam recte petituram, ut actio stipulationis sibi præstetur, quoniam verisimile non erat, patrem interponi stipulationem voluisse, quo filia post primas nuptias indotata constitueretur, ceterum si postea nuberet ad secundas nuptias cautionem extendi non oportere.

Pater filiam exhæredavit, filium hæredem instituit, eumque rogavit, ut exhæredatæ filiæ sorori suæ cum nuberet trecentos aureos daret dotis nomine, marito numerandus, a quo marito jussit etiam, ut idem filius stipularetur soluto matrimonio dotem sibi reddi. Filius autem nubenti sorori non dedit trecentos aureos, sed ducentos tantum dotis nomine: invento tam optimo viro, qui ea dote contentus esset, et ut jusserat pater, stipulatus est eam dotem ducentorum soluto matrimonio sibi reddi. Quæritur, an residua centum, quæ sunt in fideicommisso, filiæ debeantur? Et respondet deberi, nec filium minuere posse fideicommissum dotis, quod taxata certa quantitate filiæ reliquit pater, etiamsi industria sua effecerit, aut gratia, ut nuberet soror in familiam claram et ditem: fratris esse, bene collocare sororem, nihilque ei exhæredatæ detrahere, maxime vero ex eo, quod dotis nomine reliquerit pater, nam et pater ipse post testamentum factum, si minore pecunia filiam in matrimonium collocasset, residuum fideicommissi filiæ deberetur, *l.* 22. *in fine*, *hoc tit.* Rursus quæritur, si divortio solvatur matrimonium, an maritus cogatur actione ex stipulatu filio dotem reddere? Quod videtur, quia jussu patris filius generaliter stipulatus est soluto matrimonio dotem sibi reddi. Sed quia non est verisimile, patrem, qui filium jussit stipulari, voluisse post primas nuptias filiam indotatam manere, filia jure fideicommissi consequetur, ut frater sibi cedat actionem ex stipulatu adversus virum, vel si jam frater dotem exegerit a viro, ut eam sibi restituat; denique conjectura voluntatis et pietatis paternæ non patitur, ut in alium casum sit filio efficax repetitio dotis ex stipulatione, quam in casum mortis filiæ, non etiam divortii, et eadem ratione, nec in casum mortis mariti, ne mulier maneat indotata, arg. *l.* 15. *sup. de pact. dot.* Divortio igitur aut morte mariti soluto matrimonio, dos filiæ integra servatur, qua iterum nubat: iterum nubet si velit, et qua forte si nubat eidem vel alii, invita ea non licebit filio de novo marito stipulari soluto matrimonio dotem sibi reddi, quia de primis tantum nuptiis cogitasse videtur pater, non de secundis, ut scilicet de primo marito dotem stipularetur, non de secundo: et secundus potest esse idem ipse redintegrato matrimonio. Et ita in illa lege notissima *boves*, §. 1. *de verb. sign.* dicitur hoc sermone, *quum nupta erit*, significari primas, non secundas nuptias. Et hæc est sententia hujus responsi summe notanda, quam equidem nolim temere produci ad quamcumque aliam speciem dissimilem. Et valde displicet Cyni et Bartoli opinio, qui eam producunt ad hanc speciem quasi similem, quæ usu contingit sæpe. Testator jussit die obitus sui dari civibus vel collegis,

vel pauperibus, vel aliis certam pecuniam: non erit, inquiunt Cyn. et Bart. ea pecunia, nisi semel præstanda, quo anno obierit mortem testator, non sequentibus: hoc est falsum. Dissimilis enim est species, et jus etiam dissimile: nam aliud est jubere hæredem stipulari dotem quæ nupturæ filiæ relinquitur, quod de prima vice, qua filia nupserit, intelligitur, quia non quotannis hæc res agitur, sed semel tantum cum voto perpetuæ et individuæ consuetudinis, ut in *l.* 1. *de jur. dot.* Aliud vero est jubere hæredem dare aliquid certis personis die obitus sui, vel die natalis sui, nihil refert, quæ res quotannis fungi et repeti potest. Et vero verisimile etiam est, testatorem non in primum annum id dedisse sed et in sequentes annos. Et ita etiam proditum est in *l. cum quidam*, *l. annua*, §. *ult. l. pen. ff. de ann. leg.* Sunt leges elegantissimæ. Videamus etiam, an verum sit, quod hic Accurs. notat, non esse sequendam voluntatem testatoris, si in specie proposita expressim in omnem casum soluti matrimonii, divortii scil. vel mortis alterutrius, jusserit filium dotem stipulari. Movetur duplici ratione. Unam sumit ex favore dotis; At ut respondeam, favor dotis non adeo est magnus, ut non possit pater initio constituendæ dotis legem subjecta stipulatione dicere suæ rei quam velit, antequam dos fiat, *l. quoties*, *sol. matrim.* Itaque et hanc legem dicet suæ rei mox vertendæ in dotem, ut eam dotem maritus quoquomodo soluto matrimonio restituat filio stipulanti. Quidni? Alteram rationem ducit Accurs. ex eo jure, quo portio legitima debetur filiis et filiab. At ut respondeam, debetur gratis tantum portio legitima, non ingratis et male meritis, qualem fuisse filiam in hac specie exhæredatio demonstrat, quam injustam esse pronuntiatum non fuit: nec enim proponitur, filiam egisse querela inofficiosi testamenti et causam tenuisse. Ideoque non est, cur si hoc nominatim expresserit pater in testamento, dotem stipuletur filius sibi reddi in omnem casum, et recte etiam agat in omnem causam, sive casum. Sequitur aliud respons. in §. *a filia.*

Ad §. *a Filia.*

A filia pater petierat, ut cui vellet ex liberis suis prædia restitueret. Uni ex liberis prædia fideicommissi viva donavit, non esse electionem propter incertum diem fideicommissi, certæ donationis videbatur. Nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est remota matris mortis electione.

Pater filiam hæredem instituit, et ea rogavit, ut cui vellet ex suis filiis prædia quædam cum moreretur, restitueret: electionem dedit filiæ, ut cui vellet cum moreretur ex suis filiis ea prædia restitueret: filia autem cum viveret, uni ex filiis prædia fideicommissi donavit. *Prædia fideicommissi* dicit, ut contra *fideicommissum prædiorum*, in *l. cum pater*, *sup.* Quæritur, an hæc donatio, quam viva fecit filia, contulitque in unum ex filiis pro electione, sit firma et certa, quæ nec revocari possit? Et respondet Papinian. hanc donationem non esse electionem certam et immutabilem, quia electio collata est in diem incertum, puta cum moreretur filia hæres, *l.* 1. §. *dies*, *ff. de cond. et demonst.* Quæ dies incerta conditionem facit, *l. dies*, *eod. tit.* Quæ quidem conditio non existit ante mortem filiæ, §. *hæreditatem, supr. in hac l.* Quocirca omne spatium vitæ liberum est filiæ ad eligendum, quem volet ex filiis, cui prædia fideicommissi restituat usque dum moriatur, et quamdiu variare et mutare electionem potest. Electio sive donatio prædiorum non est pro electione aut donatione certa, vel, ut loquitur, non est pro electione certæ donationis, sed est pro destinatione tantum et designatione quadam fideicommissarii infirma et instabili, quoniam interim variare potest filia, et a destinato recedere. Incerti fideicommissi, conditioneve incerta suspensi certa electio esse non potest, antequam conditio extiterit, puta, in casu proposito, antequam contigerit mors filiæ, quæ si contingat non mutata voluntate, tum procuIdubio destinatio illa convertitur in electionem et donationem certam atque stabilem, quoniam duravit ea voluntas filiæ usque ad mortem: et is igitur fideicommissum prædiorum capiet, quem filia destinavit, nec removit quamdiu vixit: sed si mutata voluntate alium, antequam moreretur, delegerit, destinatio illa prioris filii, irrita constituitur, *l. unum ex familia*, *in pr. et* §. *rogo*, *sup. hoc tit.* Itemque si is, quem filia destinavit prior moriatur; deinde filia, irrita destinatio est, et nemine alio electo omnes liberi superstites ad fideicommissum invitantur: at si is quem destinavit filiæ supervixerit, nec filia donationem sive destinationem revocaverit, et mutaverit, is, ut dixi, solus fideicommissum obtinebit. Ex quo apparet, destinationem quam vivus hæres fecit, et direxit in eum, qui remota matris electione, id est, matre neminem eligente, fideicommissum inter ceteros habiturus est, prorsus inutilem non esse, quoniam is, qui destinatus est, id est, cui prædia filia donavit, si filiæ supervixerit, ceteros excludet fideicommisso, tanquam electus a matre, quæ donationem non mutavit. Et hoc est quod ait, *nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est, remota matris electione.* His verbis refellit, quod objici poterat, *Eam destinationem esse inutilem*. *nec enim est inutilis,*

inquit, *si conferatur in eum, qui neminem eligente matre fideicommissum prædiorum habiturus sit.* Inter ceteros, id est, unum ex filiis. Accursius etiam objicit *l. post mortem, C. de fideic.* quæ post mortem hæredis certæ personæ relictum fideicommissum, ait, ab hærede representari posse, id est, hæredem vivum id præstare posse detracta Falcidia, si ratio legis Falcidiæ interveniat. Sed hoc ita, si, ut dixi certæ personæ fideicommissum relictum sit præstandum post mortem hæredis, cui sit omnino præstandum, si cohæredi supervixerit. At si uni ex liberis quem elegerit hæres, relictum sit fideicommissum post mortem hæredis, frustra repræsentatur fideicommissum uni, quod ei forte postea non debebitur hærede mortuo, tametsi hæredi supervixerit, puta, si postea alium hæres elegerit. Eligendi arbitrium quod hæredi datur, quodque confertur in tempus mortis hæredis, ambulatorium est. Eligendi arbitrium currit et recurrit toto tempore vitæ hæredis, quoniam interim dum vivit, integrum ei est subinde variare, et alium atque alium eligere.

Ad §. Fidei.

Fidei hæredum meorum committo, ne fundum Tusculanum alienet, *et ne de familia nominis mei exeat: secundum voluntatem eos quoque invitatos intelligendum est, quibus hæredes extranei fideicommissariam libertatem reddiderunt.*

Testator fidei hæredum commisit, ne fundum Tusculanum alienarent extra familiam nominis sui, his verbis: *fideicommissum fundi reliquit familiæ nominis sui*, et constat quidem post agnatos vocari ad fideicommissum libertos orcinos, id est, qui directo in testamento manumissi sunt, vel qui manumissi sunt inter vivos, *l. ult. C. de verb. sign.* quia per manumissionem assumuntur in nomen familiamque domini. Lactant. de vera sap. *Servus liberatus*, inquit, *patroni nomen accipit tanquam filius.* Tertull. de resurrect. carnis: *manumissus*, inquit, *patroni nomine, atque tribu et mensa honoratur.* Certum igitur est, hos libertos ad fideicommissum vocari, quia sunt de nomine testatoris. At quæritur, an etiam ad fideicommissum vocentur ii, quibus testator reliquit fideicommissariam libertatem ab hæredibus extraneis, id est, qui non sunt de familia et nomine testatoris, quoniam hi manumissoris, id est, hæredis extranei nomen accipiunt, tanquam patroni, non testatoris. Patronus hæres, non testator, §. *qui autem, Inst. de sing. reb. per fid. rel.* Qua in re hoc loco pueriliter loquitur Accurs. oblitus *d. §. Inst.* et male etiam in medium allata *l. pater inf. tit. seq.* quæ non de hoc quærit, an fideicommisso contineantur manumissi per fideicommissum, sed an liberti libertorum, qua de re est disquirendi alius locus in hac l. nempe in §. *libertis.* Verum secundum ea, quæ diximus, ad fideicommissum relictum familiæ nominis sui, non videntur admitti manumissi ab hærede extraneo per fideicommissum, quia non vocantur nomine testatoris, sed nomine hæredis extranei. Aliud tamen respondet Papin. in hoc §. ex voluntate testatoris ducens conjecturam, cui etiam manumissi per fideicommissum sunt suorum libertorum loco, ac si directa manumissione eos in suum nomen adsumpsisset: revera alterius nominis sunt, opinione testatoris habentur pro libertis ejusdem nominis, quia eis ipse dedit libertatem, hæredes reddiderunt, non dederunt, ipse gratuitam, hæredes debitam, *l. 1. C. de libert. et eor. lib.* Quamobrem, et qui libertis legat alimenta, etiam ea legare videtur iis, qui sunt manumissi per fideicommissum, id est, quibus dedit fideicommissariam libertatem, *l. 2. ff. de alim. leg.* quia eos habuit pro suis libertis, licet revera sui non sint liberti, sed manumissoris, *l. qui ex causa, ff. de bon. libert.*

Ad §. Fidei tuæ.

Fidei tuæ committo uxor, ut des, ut restituas filiæ meæ, cum morieris, quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit. Etiam ea quæ post codicillis uxori dedit, fideicommisso continebuntur. Nam ordo scripturæ non impedit causam juris ac voluntatis, sed dos prælegata retinebitur, quoniam reddi potius videtur quam dari.

Uxorem maritus rogavit, hoc modo: *Quidquid ad te quoquo nomine de bonis meis pervenerit, peto restituas filiæ meæ cum morieris.* Quæritur, an fideicommisso contineatur, quod satis est generale et amplum, cum dixerit, quidquid quoquo nomine, etiam dos quam uxori prælegavit? Respondet non contineri, quia dotem uxori reddit potius quam dat: rem uxori reddit, non suam dat. Qua ratione etiam Ulpianus utitur in *l. 2. §. mulier, de dote præleg.* Et Paul. 5. Sentent. tit. 1. Eademque ratio efficit, ut prælegatum dotis uxori relictum non patiatur Falcidiam, *l. sed et ususfr. §. dos, ad leg. Falcid.* Idemque, ut dote uxori prælegata, et petita a filio præterito bonorum possessione contra tab. uxor non redigatur ad virilem portionem, *l. virilis, §. si quid uxori, de leg. præst.* Ergo hoc fideicommisso dos prælegata non continetur: sed an continetur hoc fideicommisso, quod postea codicillis uxori legavit, aut reliquit: et hoc ait contineri quamvis postea uxori reliquerit, quia ordo scripturæ non spectatur, sed jus et

causa legati, et voluntas testatoris, qui verbo *quidquid pervenerit*, plane demonstravit, se velle etiam futurum tempus comprehendere quod falsam esse coarguit distinctionem, qua Accursius utitur in *l. cum virum, C. de fideicomm.* ut fideicommisso relicto ejus, quod pervenerit ad hæredem, contineatur: quod eo tempore ad eum jam pervenerat, non quod postea perveniet. Hoc falsum esse hic §. docet, quia *pervenerit*, etiam futurum tempus complectitur: aliud dicendum esset, si dixerit, quod uxori dedi: nam fideicommisso non continebuntur quæ postea dederit, ut in *l. uxori, §. uxori, tit. seq.*

Ad §. Volo.

Volo prædia dari libertis meis, quod si quis eorum sine liberis vita decesserit, partes eorum ad reliquos pertinere volo: collibertum patris eundemque filium, ex voluntate substitutionem excludere placet.

Quidam libertis suis prædia per fideicommissum reliquit, eosque in eo fideicommisso verbis precariis invicem substituit sub conditione, *si quis eorum sine liberis vita decederet.* Inter libertos sunt duo, pater et filius colliberti simul ab eodem patrono manumissi: mortuo patre quæritur, an locus sit substitutioni precariæ, id est, an pars, quam is habuit in prædiis fideicommissi jure posterioris fideicommissi, jure substitutionis ad omnes libertos pertineat. Et negat Papinian. pertinere, quia deficit conditio substitutionis: neque enim decessit sine liberis, qui filium naturalem, id est, quæsitum in servitute, collibertum suum superstitem reliquit, hic ceteros collibertos excludet, et efficiet, ut posterioris fideicommissi sive substitutionis conditio deficiat, atque adeo solus vocabitur in partem patris sui. Et hoc Papiniani responsum nominatim ad testimonium vocatur ab Ulpiano in *l. ex facto, §. si quis rogatus, ad Senatus. Treb.* Et ratio responsi, ut et superiorum fere omnium, quantum Papinianus ipse significat, proficiscitur ex voluntate defuncti, cujus introspiciendæ et eruendæ Papinianus est artifex acutissimus, quia in conditione substitutionis verisimile est, testatorem cogitasse etiam de liberis collibertis, qui naturales sunt, non justi, cum eos priore gradu ad fideicommissum prædiorum inter ceteros vocaverit. Et ita etiam in specie *l. ult. sup. de jur. delib. et l. pen. §. Damæ, hoc tit.* filiorum appellatione continentur etiam filii naturales et colliberti ex voluntate testatoris: quæ tamen utique semper an eadem sit, hoc Ulpianus, *d. §. si quis rogatus*, ait, deprehendi posse ex dignitate et conditione testatoris. Ex dignitate, ut si sit honestissimus paterfam. qui nullo loco numeret filios naturales hic creditur liberorum vel filiorum appellatione justos, non naturales intellexisse. Ex conditione, ut si ipsi testatori iidem sint, humilesque natales, et mores, et abjectior animus, ut eodem loco numeret liberos justos et naturales, aut certo hos ponat superiore quam illos, ut nonnullorum mores sunt, juxta id quod scribit Apollonius Rhodius lib. 1. Hunc vero facile dicam liberorum appellatione, naturales comprehendi voluisse. Denique ut definit Ulpianus supradicto loco, an liberorum appellatione contineantur naturales, voluntatis quæstionem esse. Quæstio igitur facti, non juris, *l. ex verbis, C. de don. int. vir. et uxor.* Quæ in æstimatione judicis est, non Jurisconsulti, in disquisitione Rhetoris, non Jurisconsulti, *l. voluntatis, C. de fideicommis. l. 2. C. plus val. quod ag. quam, l. 12. §. sed etsi Papinianus, de instr. leg. l. mora, de usur.* Et ideo quod Justinianus, in *l. generaliter, §. ult. C. de instit. et substit.* hanc conditionem fideicommissi, *si sine liberis decesserit*, accipit de justa sobole, hic ex voluntate testatoris modum et finem accipere debet, quod non patitur, ut id sit perpetuo verum. Sequitur aliud responsum in §. *curatoris.*

Ad §. Curatoris.

Curatoris sui frustra fideicommissa videbantur, ut hæredi fratri negotiorum gestorum rationem redderet. Quanquam igitur testamento cautum esset, ut cum ad statum suum frater pervenisset, ei demum solveretur, tamen sub curatore alio fratrem agentem recte placuit actionem inferre, cum illis verbis fratri potius consultum videtur, quam solutio, quæ juste fieri potuit, delata.

Certum est, a debitore fideicommissum relinqui posse ex constit. Divi Pii, *l. si pecunia, sup. tit. prox. l. cum quis decedens, §. pater, in fine, tit. seq.* puta ut debitor det, solvat, restituat aliquid, non hæredi. Nam frustra fidei debitoris committitur, ut quod debet solvat hæredi, quia hæres juri hæreditario eum satis obligatum habet. Ideoque si fidei curatoris mei committam, ut negotiorum gestorum rationem reddat fratri hæredi meo, quæ est species hujus §. inutile fideicommissum est, et consequenter frustra huic fideicommisso tempus adjicio, puta, *ut fratri hæredi meo rationem reddat, cum frater meus ad statum pervenerit*, id est, 25. ad annum: hanc ætatem vocat statum, ut Græci ἀκμὴν ut *l. cum de ætate, sup. de probat. l. pen. C. quando dies leg. ced.* quod hic sit olescendi sive crescendi finis: adolescentes ab olescendo dicti sunt. Quamvis igitur

tempus huic fideicommisso adjecero, poterit tamen frater hæres meus etiam ante tempus, antequam venerit in ætatem, id est, in statum, rationes et reliqua, quæ semper nomine rationum continentur, exigere a curatore meo, auctore curatore suo uti oportet, *l. 2. C. qui legit. pers. standi in jud. hab.* Et rationem hanc tradit Papinianus, quia nec supradictis verbis, ut rationem reddat hæredi, cum venerit in statum ætatis, moram redditioni rationum et solutioni reliquorum injicere volui, sed fratri potius consulere meo, ne ante justam ætatem repetita pecunia abuteretur; potui quidem nominatim differre solutionem reliquorum ex administratione data debitori liberatione ad tempus sine laxamento aliquo et justitio temporario, *l. Aurelius*, §. *centum*, *inf. de liberat. leg.* sed in dubio magis videor tempus adjecisse pro hærede meo, *l. cum tempus*, *de R. J.* Quapropter si frater, meo consilio meaque prudentia, uti nolit, ei licebit ante tempus quod finivi, debitorem meum exigere.

Ad §. *Ab instituto.*

Ab instituto extraneo prædia libertis cum moreretur verbis fideicommissi reliquerat, et petierat, ne ex nomine familiæ alienarentur: substitutum ea prædia debere ex defuncti voluntate, respondi. Sed utrum confestim, an sub eadem conditione, voluntatis esse quæstionem, sed conjectura ex voluntate testatoris capienda, mors instituti expectanda est.

Certum etiam illud est, fideicommissum relictum ab instituto, deberi etiam a substituto, ex tacita voluntate defuncti; et ita definit constitutio Severi et Antonini, ut docui in §. *cum pater*, *sup.* At finge, ab hærede instituto cum moreretur, vel post mortem ejus relictum fideicommissum fuisse, et institutum repudiata hæreditate substituto locum fecisse. Quæritur: an statim fideicommissi repræsentationem a substituto desiderare possint ii, quibus relictum est, an vero expectare debeant mortem hæredis instituti, id est, an conditio fideicommissi relicti ab instituto intelligatur etiam repetita a substituto, a quo fideicommissum repetitum intelligitur. Et Pap. ait, in conjectura voluntatis testatoris quæstionem esse positam, quid is senserit introspiciendum esse, in dubio expectandam esse mortem hæredis instituti, quasi eadem conditione a substituto repetita, quia fieri potest, ut fideicommissarii moriantur vivo hærede, quo casu fideicommissum intercideret, *l. hæreditate*, §. *ult. de jure fisci.* Et hæc sententia hujus responsi, cui opponitur *l. sub conditione*, *ff. de hæred. inst.* quæ ait, sub conditione hæredi instituto, si testator substituat, nisi eandem conditionem repetat, pure substituisse videri. Conditionem igitur adscriptam instituto non videri repetitam in substituto. Nihil est quod tam facile expediri possit. Loquitur in ea lege de conditione imposita hæredi instituto. Hæc non intelligitur tacite repetita in substituto: alia est substituti, alia instituti persona: et proinde alia institutionis, alia substitutionis causa. Hoc autem loco agitur de conditione imposita fideicommissario ab hærede instituto, quæ intelligitur etiam repetita a substituto, quia una est fideicommissarii persona, vel si plures sint conjunctim pro una habentur, pro una igitur causa fideicommissi, nisi probetur aliud sensisse testatorem. In dubio hoc responsum esse sequendum. Quod autem ait Accurs. repetitam non videri conditionem, si testator simpliciter repetierit legatum aut fideicommissum, hoc falsum esse coarguit, *l. in repetendis*, *tit. seq.* falsum, inquam, generaliter, nam potest specialis aliquis casus existere, quo repetita conditio non intelligatur, ut si repetitio ejus inutile legatum aut fideicommissum faciat, *l. si quis a filio*, *l. servo alieno*, §. *ult. sup. tit. prox*, *l. ult. inf. de fideic. lib.* Quæ exceptio, et in tacita repetitione locum habet.

Ad §. *Mensæ.*

Mensæ negotium ex causa fideicommissi, cum indemnitate hæredum per cautionem susceptum, emptioni simile videtur, et ideo non erit quærendum, an plus in ære alieno sit, quam in quæstu.

Mensa argentaria per fideicommissum relicta in hoc §. ostenditur, fideicommisso contineri etiam onera mensariæ, sive nummulariæ negotiationis, sicut hæreditate Mæviana relicta onera contineri dictum est, in *l. prox.* §. *Lucio*, *sup.* quia et hæreditatis, et mensæ nomen non est corporis, sed juris nomen, quod complectitur et commoda et incommoda: et omnino is, cui mensa argentaria per fideicommissum relicta est, cavere debet hæredi de indemnitate, ut ait hoc loco interpositis stipulationibus, ad exemplum stipulationum emptæ et venditæ hæreditatis. Et hoc est quod ait, *hoc negotium esse emptioni simile.* Emptioni scilicet universi cujusdam juris, ut emptioni hæreditatis, fideicommissum non solet esse damnosum, verum hoc fideicommissum potest esse damnosum, si mensa plus debeat, quam ei debeatur, vel ut ait, *si plus sit in ære alieno negotii mensarii, quam in quæstu*, et quæstum ut Græci κέρμα accipit pro fœnore. Mensæ igitur nomen non pro mensa ipsa accipitur, sed eo nomine significatur jus omne

mensæ. Denique mensa nomen est juris sicut hæreditas. Neque idem dicendum est in taberna argentaria. Nam tabernæ nomen, est loci nomen, nomen ædificii non juris, quocirca qui legat aut vendit tabernam argentariam, vel ædificium legat vel vendit si suum sit, vel si publicum sit ædificium, ut penc erant omnes tabernæ argentariæ, quæ erant circa forum Romanum, legasse aut vendidisse intelligitur jus, quod in eo ædificio habet. Nam plerumque earum tabernarum solum erat publicum, usus concedebatur privatis, *l. qui tabernas, de contr. empt.* Et ideo si tabernæ solum sit publicum, qui vendit aut legat tabernam, non quod est publicum legare, aut vendere intelligitur, sed jus suum, id est, usum tabernæ quem habet, *d. l. qui tabernas, de contr. empt.* Et hoc sensu apud Livium 26. Annibal dicitur, *tabernas quæ circa forum erant, venire jussisse.* At quæro, an legata, aut argentarias, vendita, quod etiam hic Bartolus tractat, taberna purpuraria, vel ferraria, vel qua taberna negotiatoria, merces legato aut venditione contineantur? Et dicam non contineri omnino: nec movebor *l. cum taberna, sup. de pignor.* quæ dicit, taberna pignorata et merces, quæ in ea sunt pignoratas videri esse; sed hoc ideo, quia plerunque pretium tabernæ non respondet debitæ quantitati, ut puta, cum sit vilissimum ædificium, ut plane inter creditorem et debitorem actum videatur, ut in fidem creditæ pecuniæ non vilissima taberna, vilissimum ædificium pignori sit, sed merces, quæ in eo sunt ex voluntate contrahentium. Tabernæ nomine non locus significatur, sed merx, quæ in eo loco sita est.

Ad §. Pater filiæ.

Pater filiæ mancipia, quæ nubenti dedit, verbis fideicommissi præstari voluit partus susceptos, etsi matres ante testamentum mortuæ fuissent, ex causa fideicommissi præstandos respondi, nec aliud in uxore confirmatis donationibus pridem observatum est.

Ad hunc §. sciendum est, donationem a patre collatam in filium, quem habet in potestate, vel in filium, quam æque habet in potestate, jure civili non valere, quia idem sibimet donasse videtur. Quandoquidem idem homo esse intelligitur pater et filiusfam. vinculum patriæ potestatis unam personam constituit. Concedit quidem pater filiofam. peculium quandoque, sed concessio peculii, donatio non est: nam et finitur morte patris. Favore tamen nuptiarum receptum est, ut si det pater filiæfamilias dotem, teneat datio, ut donatio, fiatque dos proprium patrimonium filiæ, nec finiatur, filiæve proprietate abscedat morte patris. Alias donatio facta inter patrem et filium filiamve famil. jure non valet, ac ne confirmatur quidem silentio solo et morte patris, *l. 2. §. ult. ff. pro hær. l. 1. §. 1. inf. pro don.* Confirmari tamen potest alia ratione, ut puta, ratihabitione expressa vel tacita post emancipationem filii vel filiæ. Nam emancipato potest donare, ergo et ratam facere donationem, quam fecit ante, quum filius erat in familia et sacris paternis, *l. donationes, §. pater, de donat. l, sive emancipatis, C. eod. tit.* Item retento filio filiave in potestate, verum est donationem ei factam posse confirmari ultimo judicio patris, si specialiter eam confirmarit verbis legati, id est, directis, aut fideicommissi, *l. pen. inf. de collat. dot. l. qui concubinam in princ. et l. item legato* in tit. *seq. l. 2. C. Gregor. fam. ercisc.* Et ita accipiendum est, quod Paulus scribit 5. *Sent. tit.* 11. in hunc modum: *pater*, inquit, *si filiofamil. aliquid donaverit, et in ea voluntate perseverans decesserit*, id est, *declarans se in ea voluntate perstare; morte patris donatio convalescit.* His cognitis, facito patrem nubenti filiæf. donasse ancillas aliquas in ministerium, ut fit plerunque, *l. prospexit, ff. qui et a quibus man. lib. non fiant.* Eamque donationem in testamento confirmasse, per fideicommissum hærede rogato, ut filiam sineret illas ancillas sibi habere et possidere; destinatio animi erga filiam ante fuit ea concessio ancillarum, in usum sive ministerium potius quam donatio, nunc vero etiam donatio non est, sed fideicommissum: confirmatio donationis inutilis facta verbis fideicommissi vel legati non est donatio, sed legatum vel fideicommissum, inter quæ multum interest. At re ita gesta, ut proposui; quæritur, si ancillæ filiæ donatæ ante testamentum patris, quod confirmat donationem verbis fideicommissi vita decesserint, nunquid ex causa fideicommissi partus earum filiæ debeantur? Et respondet Papin. deberi, et ratio, quam non explicat, hæc est, quia ut ancillæ precario rogata, id etiam agitur, ut partus sit precarius, si quem ediderit, *l. 10. inf. de precar.* ut ancilla empta et partus emptus intelligitur, *l. si quod ex Pamphila, hoc tit. l. non quodcunque §. Julianus, sup. tit. prox.* Ita etiam donata ancilla, quamvis in computationem donationis partus non veniat, cum scilicet quæritur de modo donationis, an excedat legem Ciniam, quæ modum imposuit donationibus *l. in ædib. §. ex rebus, et l. cum de modo, inf. de don.* Tamen ancilla donata id agitur, ut et partus donatione contineatur: ergo quasi confirmata verbis fideicommissi ancillarum donatione partus filiæ præstantur, partus filiæ omnes præstabuntur, qui ex ancillis donatis suscepti fuerint: ancillæ autem

non præstabuntur quia in rerum natura esse desierunt ante testamentum: et idem esset, si in rerum natura esse desiissent post testamentum vivo testatore. Imo et idem, si post mortem testatoris ante moram hæredis *l. cum res*, §. *ult. sup. tit. prox.* Id vero quod ita respondit Papin. ad quæstionem propositam subjicit, etiam pridem observatum fuisse in don. inter vir. et ux. *Pridem*, id est, ante orationem Severi et Antonini, et SC. quod eum insequutum est, de quo multories fit mentio potissimum in titulo illo, *de don. int. vir. et ux.* Ex qua oratione sive Senatusconsulto donationes factæ inter maritos confirmantur morte sola et silentio donatoris, si modo non mutaverit voluntatem, si non ademerit res donatas. Nam ante eam orationem, morte sola non confirmabantur, sed necessaria erat morientis donatoris confirmatio, expresso genere legati aut fideicommissi, quo casu confirmatio porrigebatur quidem ad partus donatarum ancillarum, quia sunt portio donationis: sicut ancillarum dotalium partus dicuntur esse portio dotis, *l. cum post*, §. *ult. de jure dot.* Sed non porrigebatur etiam ea confirmatio ad omnes fructus rerum donatarum, quia pro parte donationis fructus non sunt, et quia jure legati aut fideicommissi ea donatio confirmabatur ex judicio speciali donatoris, et convalescebat, non jure donationis, *l. ex verbis*, *l. donationes*, *C. de don. inter vir. et ux.* et ideo non retrotrahebatur ad tempus, quo primum donatio facta fuit, ut fructus interim percepti ad donatarium pertinerent, sed valebat tantum ex die mortis testatoris, sicut legatum et fideicommissum. Et hoc quidem pridem obtinuit. At hodie post orationem Severi et Antonini morte donatoris tacite, vel specialiter confirmata donatione inter virum et uxorem per legatum aut fideicommissum, pro donatione habetur, non pro legato aut fideicommisso, quamvis dixerit se legare aut fideicommittere, et ideo retrotrahitur, nisi forte inutilis fuerit ob aliam causam, veluti ob causam omissæ insinuationis, ut Justinianus declarat in *d. l. donationes*, qui et ea lege primus idem servari voluit in donatione inter patrem et filium filiamvefamil. quod statuerat supradicta oratio in donatione inter virum et uxorem. Ex quo evidenter apparet, totum hoc responsum Papiniani pertinere ad jus antiquum, quod obtinuit in donationibus inter patrem et filiumfam. ante constitutionem Justiniani, et in donationibus inter maritos ante orationem supradictam, quæ est sincera interpretatio hujus responsi. Delendæ sunt omnes Glossæ Accursii, quibus fingit, patrem non donasse ancillas filiæ, sed dedisse in dotem: deinde legasse per fideicommissum, et ideo etiam ancillarum æstimationem filiæ deberi, quasi re aliena legata, quia ancillæ sunt in bonis mariti dotis causa. Primum non animadvertit esse desiisse in bonis mariti, quia vita functæ proponuntur ante testamentum: deinde etiam Papinian. non dicit, ancillas patrem dedisse in dotem, sed dedisse simpliciter, quod est donasse. Comparatio rerum donatarum uxori, qua Papinianus utitur, demonstrat satis: comparat enim res donatas filiæ rebus donatis uxori, quod utraque donatio sit inutilis. Et ita quoque Dynus sentit, cujus et Bartolus ipse sensum ait esse satis bonum. Debuit dicere eum olim esse bonum et verum. Hoc tamen Dynus perperam adjecit; *mortuo patre per fideicommissum confirmata donatione ancillarum etiam fructus præteritos filiæ deberi, veluti mercedes operarum, retroacta donatione*, quia, ut dixi, non valet ut donatio, secundum jus de quo Papin. tractat, quod obtinuit ante Justinianum, sed ut fideicommissum, ergo non retrotrahitur, *d. l. ex verbis*: et partuum alia est causa, quia et ii ut donati sic per fideicommissum filiæ relicti intelliguntur. Præterea si ancillæ essent datæ in dotem, nec viventibus ancillis ea res indigeret confirmatione, nec utiliter per fideicommissum filiæ relinqueretur, quia res filiæ propria est, quamvis sit in potestate, *l. 3.* §. *ergo, de minorib.* et rei propriæ inutile fideicommissum est, *l. proprias*, *C. de leg.* Dos, etiamsi in bonis sit mariti constante matrimonio, si legum subtilitatem spectes, revera tamen et naturaliter permanet in dominio uxoris, *l. quamvis*, *sup. de jur. dot. l. in reb. C. eodem tit.* Et iisdem fere verbis, quibus *l. quamvis*, Boetius in Topica Cic. *Dos*, inquit, *licet matrimonio manente, in bonis sit mariti, est tamen in jure uxoris: et post divortium velut res uxoria peti potest.* Papinian. etiam non dicit, ancillarum æstimationem filiæ deberi, quod illi comminiscuntur, imo cum hoc tantum dicit, partus filiæ esse præstandos, qui matribus supervixerunt, satis negat, matrum nomine, quæ ante testamentum mortuæ sunt, quicquam peti posse. Brevius, ut dixi, erat alterum responsum, quod est in §. *hæreditatem.*

Ad §. *Hæreditatem.*

Hæreditatem post mortem suam rogati restituere, nominum periculo, quæ per divisionem obtigerunt inter cohæredes interpositis delegationibus, non adstringuntur: non magis quam prædiorum, cum permutatio rerum discernens communionem interveniet.

Sciendum est inter cohæredes divisionem prædiorum fieri mutuis permutationibus partium, ut *l. si filia*, §. *si pater*, *sup. fam. ercisc.* Nominum

autem, id est, æris alieni divisionem inter cohæredes fieri mutuis delegationibus interpositis, *l. tale pactum*, §. *post divisionem*, *ff. de pact.* quod et hic Papinianus aperte demonstrat, ut ecce, si mihi sit cohæres Titius, et ei prædium Tusculanum divisione obtigerit, mihi autem Sejanum, ego partem quam jure hæreditario habeo in fundo Tusculano, permutabo cum parte quam cohæres habet in fundo Sejano, ut hac via habeam Sejanum totum, et ille etiam Tusculanum totum. Vel si agatur de integro nomine Sempronii mihi attribuendo, et de nomine Mævii attribuendo cohæredi in solidum; ego delegabo cohæredi Mævium pro mea parte, et is vicissim pro sua parte mihi delelegabit Sempronium: sic nominum divisio fit interpositis delegationibus prædiorum, interpositis permutationibus. Hoc cognito, finge: unus ex hæredibus rogatus est hæreditatem, id est, portionem suam extraneo non cohæredi restituere, post mortem suam divisione facta, quomodo eam fieri prædixi, ex nominibus attributis in solidum, vel prædiis adjudicatis in solidum quædam perierunt; quæritur, cui perierint, an perierint fideicommissario? Sane pro parte hæreditaria, quam hæres fideicommisso oneratus in prædiis vel nominibus habuit, *l. mulier*, §. *sed enim*, *ff. ad Treb.* At pro parte adjudicata vel attributa videntur hæredi, qui oneratus est fideicommisso deperiisse, quia pro ea parte illam ex permutatione habuit, quæ vicem emptionis obtinet, *l. 1. C. comm. utriusq. jud.* Verum, quia non tam voluntaria quam necessaria fuit ea nominum rerumque permutatio, ut ait lex *si pignori*, *D. fam. ercisc.* quippe cum fieret communionis dirimendæ causa divisionis causa, quæ socio etiam invito extorquetur: nemo enim invitus in communionem venit, invitus communione discedit, æquum est, ut nec pro ea parte periculo nominum vel rerum fideicommissario hæres obstringatur, scilicet pro dodrante, quem restituit, quod omnino congruit cum *l. 34. sup. fam. ercisc.* quæ est ex hoc ipso libro, et videtur esse conjungenda cum hoc responso. Ipsi etiam cohæredes invicem, licet permutationis, et quasi emptionis genere, divisionem bonorum fecerint, vel ex conventione, vel ex judicio testatoris, vel arbitrio judicis fam. ercisc. periculum et damnum fatale sive fortuitum, detrimenta fatalia invicem non præstant, *l. 21. in princ. de evict.* periculum tamen evictionis invicem præstant, ut dixi in §. *evictu sup.* at fideicommissario hæres nec periculum evictionis præstat, *l. evictione inf. ad SC. Treb.*

Ad §. Filia mea.

Filia mea præcipiat sibique habeat, volo, rem matris suæ: fructus, quos medio tempore pater percipiet, nec in separato habuit, sed absumpsit, vel in suum patrimonium convertit, non videntur filiæ relicti.

Jure veteri ante edictum Constantini, quod est in *l. 1. C. de bon. maternis*, ut cetera omnia bona adventitia, ita etiam bona materna, per filium aut filiamf. patri acquirebantur pleno jure. Ex edicto Constantini, ususfructus tantum eorum bonorum patri acquiritur, quod et generaliter Justin. admisit in omnibus bonis adventitiis. Juri autem veteri conveniens est, quod proponitur in hoc §. patrem filiæ rem matris, id est, bona materna, quæ per filiam ad se pervenerant pleno jure, quasi rem suam legasse per fideicommissum, quoniam dixit, *volo*, quod est fideicommissi verbum, et quæstio vertitur in eo tantum, num etiam fideicommisso contineantur fructus, quos ex bonis maternis pater medio tempore percepit? Et respondet Papin. non contineri fideicommisso fructus, quos pater absumpsit, vel quos in proprium patrimonium convertit, puta, ex fructibus prædio sibi comparata, quoniam hi fructus in eadem causa non manserunt; at fideicommisso contineri fructus, qui in eadem causa manserunt integri, qui absumpti non sunt, qui in aliam speciem versi non sunt, quos scilicet pater in separato habuit, in condito, quos in horrea reposuit, et habuit mortis tempore: hi cum hæreditate materna filiæ restituendi sunt jure fideicommissi; rectissime, quia et in fideicommissariam quamcumque hæreditatis restitutionem veniunt fructus exstantes, fructus in horrea reconditi, fructus inventi in hæreditate, fructus maturi, *l. centurio*, *sup. de vulg. subst. l. 9. D. ad leg. Falcid.* Idemque est non tantum in hæreditate materna, sed etiam in qualibet alia hæreditate, quæ patri per filium aut filiamfam. quæsita, deinde filio vel filiæfam. a patre relicta fuerit. Et nihil est præterea in hoc §.

Ad §. Dulcissimis.

Dulcissimis fratribus meis, avunculis autem tuis quæcumque mihi supersunt in Pamphilia, Lycia vel ubicunque, de maternis bonis concedi volo, ne quam cum his controversiam habeas. Omnia corpora maternæ hæreditatis, quæ in eadem causa dominii manserunt, ad voluntatem fideicommissi pertinent. Ex iisdem igitur facultatibus percepta pecunia, et in corpus proprii patrimonii versa, item jure divisionis propriæ factæ non præstabuntur, cum discordiis propinquorum sedandis prospexerit, quas materia communionis solet excitare.

Species hæc est: quædam mulier filium hæredem instituit, et ab eo verbis fideicommissi fratri-

bus suis avunculis scil. filii reliquit, quæcunque sibi superessent de bonis maternis, adjecta causa, adjecto elogio, *ne qua filio cum avunculis suis per causam eorum bonorum controversia esset*, quibus verbis plane demonstravit, se tantum fratribus bona materna reliquisse, quæ communiter cum iis possidebat pro indiviso, non etiam, quæ possidebat pro diviso vel jure proprio. Fac divisisse eos inter se quædam ex bonis maternis, quædam indivisa reliquisse; indivisa in fideicommissum veniunt, non etiam ea, quæ jure divisionis mulieris propria sunt effecta. Rursus fac mulierem percepta pecunia numerata ex bonis maternis, percepta pecunia communi, possessionem sibi comparasse, eamque vertisse non in commune, sed in corpus proprii patrimonii: res ex communi pecunia comparata non est communis, sed emptoris propria, *l.* 3. *Cod. comm. utriusque jud.* Papin. hoc loco communia separat a propriis, ac rursus alia facit propria jure divisionis: alia propria jure emptionis, vel alio jure. Omnia, inquam, corpora maternæ hæreditatis, quæ in eadem causa dominii manserunt, id est, quæ in promiscuo dominio sororis et fratrum fuerunt, quæ communia fuerunt inter matrem et avunculos, ad voluntatem fideicommissi pertinent, id est, fideicommisso continentur, quod reliquit fratribus. *Ex iisdem ante*, inquit, *facultatibus percepta pecunia, et in corpus proprii patrimonii versa*, puta, ex ea pecunia comparato prædio, itemque corpora divisionis jure, matris propria facta non præstabuntur ex causa fideicommissi. Denique ea tantum bona fideicommisso continentur, quæ si manerent communia inter filium et avunculos, controversias inter eos excitare possent, id est, bona, quæ mater cum fratribus suis communia habuit, scilicet in iis bonis, quam partem habuit pro indiviso, eam fratribus suis reliquisse intelligitur, non tam ut eis quam ut filio consuleret suo, ne quam, sicut dixi, cum eis controversiam haberet: distinctio dominiorum sedat controversias, communio excitat immensas: idemque in *l. re communi, D. de servit. urb. præd.* Multo sane plures sunt lites inter consortes, quam inter dissortes, sed quia pauci sunt socii consortes, si conferantur cum immensa multitudine aliorum, qui separatim propria bona possident, ideo paucæ lites ex communione nasci videntur: verum, si inter omnes cives communio esset, et consortium omnium rerum, ut Socrates voluit introducere, sane inter eos multo plures essent lites, quam nunc sunt, jure gentium distinctis rerum dominiis.

Ad §. Pater pluribus.

Pater pluribus filiis hæredibus institutis, moriens et claves et annulum custodiæ causa majori natu filiæ tradidit, et libertum eidem filiæ, qui præsens erat, res quas sub cura sua habuit, adsignare jussit: commune filiorum negotium gestum intelligebatur, nec ob eam rem apud arbitrium divisionis præcipuam causam filiæ fore.

Pater, qui plures filios habebat et filias, eos hæredes instituit, et filiæ majori natu tradidit claves et annulum signatorium custodiæ causa, et eidem filiæ libertum, qui præsens erat, jussit adsignare vestem, vel argentum, vel alias res quas sub cura sua libertus habuit. Adsignare est annulo obsignatas præbere adservandas. Quæritur, an videatur pater filiæ prælegasse quæcunque clausa, obserata, obsignata essent: quod possit quis tentare, sumpta conjectura ex traditione clavium et annuli: cur enim tradidit, nisi ut ne quid ex iis rebus amitteret? Et eadem ratione, morituri, ei, quem sibi esse hæredem volebant, solebant tradere annulos suos signatorios, nisi forte quem eo genere bona sua captantem, et coram hiantem deludere volebant vana spe hæreditatis, tradito annulo signatorio, et interea tamen tabulis alio hærede scripto, ut Valer. Maxim. ostendit ad finem 7. lib. Justinus sive Trogus 12. quod jam moriens Alexander præclusa voce exemptum digito annulum Perdiccæ tradidisset, ex eo plerosque existimasse, et si non voce nuncupatum, judicio tamen Perdiccam hæredem electum. Aut ut Cornelius Nepos et Diodorus Siculus scribunt, Perdiccæ regnum commendavit, quoad liberi Alexandri, vel quoniam ambigitur an liberos reliquerit, quoad Aridæus Alexandri frater ex alia matre in suam tutelam pervenissent. Zonaras in fine suæ historiæ, et Nicetas sub principium suæ, regni concessi σύνθημα esse κατὰ γνώμην τοῦ πατρός. Argumentum esse voluntate patris accipere annulum signatorium: quod etiam confirmat 1. *Machabæorum cap.* 6. Unde etiam dici posset filiæ patrem tradidisse claves et annulos in rem filiæ propriam, sive præcipuam, ut præcipuo quodam munere afficeret filiam, nec frustra eam elegisse, cui claves et annulos committeret, cuique juberet adsignari res a liberto administratas se vivo. Verum aliter respondet Papinianus, non videri scil. patrem filiæ majori natu claves et annulos tradidisse custodiæ causa, ut sibi soli haberet clausa omnia et obsignata, sed ut sibi et fratribuis suis cohæredibus ea servaret, et commune negotium gereret. Itaque in dividenda hæreditate arbitrio judicis familiæ erciscundæ, nihil in eis rebus præcipuum habebit filia, sed ex æquo dividentur inter eam et fratres. Pater majori natu custodiam detulit tan-

quam prudentiori, non ut plus ferret quam fratres ceteri. Est elegantissimum responsum.

Ad §. Cum imperfecta.

Cum imperfecta scriptura invenitur: ita demum verbum legati vel fideicommissi, quod præcedit vel sequitur, ad communionem adsumitur si dicto scriptum congruat.

Ex hoc §. intelligimus, aliquando ex imperfecta scriptura deberi legatum aut fideicommissum, ut si dixerit testator: *Cajo fundum Tusculanum dari volo*: et si subjecerit *Mævio decem*, non repetitis superioribus verbis, *dari volo*, manca videtur esse oratio; itemque si scripserit in hunc modum: *Cajo fundum Tusculanum, Mævio decem dari volo.* Ex hac scriptura debetur fundus Tusculanus Cajo: verbum *volo*, quod præcedit aut sequitur, adsumitur ad communionem, id est, quod Grammatici dicunt repetitur ἀπὸ τοῦ κοινοῦ, ut in *l.* 10. *sup. de pact.* Hujus pactionis, ne se vivo petatur, neve constante matrimonio dos petatur, interpretatio sumitur repetitis his verbis, *se vivo* κατὰ κοινοῦ, ut est in Basil. eodem loco: adsumptis prioribus verbis ad communionem, ut Papin. loquitur: verbum, inquit, quod præcedit vel sequitur ad communionem adsumitur: quo sermone significat ζεῦγμα, quod fit dupliciter, vel a præcedenti verbo, vel a sequenti verbo legati aut fideicommissi. Hoc tantum exigitur, ut dicto, id est, ei, quod dixisse testator intelligitur, nec scripsisse perfecte, scriptum congruat, id est, ut salva sit ratio recti sermonis, *l. unum ex familia*, §. *pen. sup. h. tit.* Conservanda est ratio recti sermonis, *l. Plautius*, *inf. de auro et arg. legat.* unde si ita scripserit exempli gratia: *L. Titio centum dari volo*, et subjecerit, *Cajus fundi Sejani*, nihil præterea, Cajo nihil debetur, quia in eo sermone est stribiligo, nec ulla congruentia est superior nulla communio, quæ imperfectam orationem supplere possit. Res est satis aperta.

Ad §. Filius matrem.

Filius matrem hæredem scripserat et fideicommissa tabulis data cum jurisjurandi religione præstari rogaverat: cum testamentum nullo jure factum esset, nihilominus matrem legitimam hæredem cogendam præstare fideicommissa respondi. Nam enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.

Ex injusto vel irrito testamento nihil deberi certum est, nec legati, nec fideicommissi jure, etiamsi verbis fideicommissi relictum sit, nec testamenti, nec codicillorum jure; injustum, id est, minus solemne, aut irritum testamentum pro codicillis non habetur, nisi testamento sit adjecta clausula codicillaris, vel nisi hæredes legitimi ad quos rediret hæreditas ab intestato, rogati probentur: alioquin legitimi hæredes, nihil eorum quæ in testamento inutiliter relicta sunt præstare tenentur, *l.* 81. *inf. h. t. l. fideicommissa* 11. §. 1. *t. seq. l. ex ea scriptura*, *D. qui testam. fac. poss. l.* 1. *sup. de jure eod. l. ex testamento*, *Cod. de codic.* Ab hac sententia excipiendus est casus, qui proponitur in hoc §. Casus hic est. Filius matrem injusto testamento hæredem scripsit, eamque adhibita jurisjurandi obtestatione oneravit fideicommisso, vel hoc verbo, ἐνορκῶ, *ut l.* 2. *C. communia, de leg.* quod verbum Alciatus male divisit: est simplex verbum ἐνορκῶ id est, *adjuro te*, *ut des Titio fundum illum*, et dicitur, ἐξορκῶ, *ut* ἐνορκῶ, *liquido jure*, vel etiam his verbis, ut *l.* 3. *de jure fisci*: *Per Deum rogo te mater fundum illum L. Titio restituas*, vel ut in §. 1. *de fideicomm. hæredit. Instit. Per salutem Principis rogo te mater rem illam L. Titio præstare*: quod perinde est ac si diceret: *Per Deum a quo pendet salus Principis*, *l. qui per salut. de jurejur.* Finge igitur, matrem cum jurisjurandi obtestatione rogatam fuisse fideicommissum præstare, et matrem filio hæredem fuisse non ex testamento, quoniam erat injustum, sed ab intestato ex SC. Tertull. An præstabit fideicommissum de quo objurata est? Sic videtur optima ratione: *quia*, inquit, *enixæ voluntatis preces*, *omni nixu effusæ preces filii ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur.* Porrectæ videntur, id est, sive ex testamento sive ab intestato mater filio succederet, ut omnimodo fideicommissum præstaret, valde vult, qui quid per jurisjurandi religionem, ut fiat, obsecrat, et obtestatur, ut in *Nov.* 48. *Catull.*

Dum aliquid cupiens animus prægestit apisci,
Nil metuit jurare, etc.

Omnino igitur fideicommissum veluti etiam ab intestato relictum, a matre præstabitur. Et notandum est, matrem solam fideicommisso obligari, non etiam matre repudiante sequentes, qui succedunt in bona filii, quia rogati non sunt, *l.* 1. §. *ult. tit. seq.*

Ad §. Mando.

Mando filiæ meæ pro salute sollicitus ipsius, ut quoad liberos tollat, testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere: fideicommissariam hæreditatem sorori cohæredi non videri

relictam apparuit, quod non de pecunia sua testari, sed obtentu consilii derogare juri, testamentum fieri prohibendo, voluit.

Pater duas filias hæredes instituit, et de una filia ita cavit: *Mando filiæ meæ de salute ipsius sollicitus, ut quod liberos tollat testamentum non faciat; ita enim poterit sine periculo vivere.* Hæc sunt verba testatoris. Quæritur an his verbis portionem hæreditatis filiæ, si ea filia sine liberis vita decederet, pater per fideicommissum reliquisse videatur sorori cohæredi ejus. Mando est verbum fideicommissi, verbum precarium. Et respondet tamen Papinianus his verbis nihil pro fideicommisso significari, quia hæc verba: *sollicitus pro salute ipsius*, et illa, *ita enim poterit sine periculo vivere*, consulentis verba sunt, non fideicommittentis; consilium pro fideicommisso non habetur, quoniam qui consilium dat, de re sua pecuniave non testatur, sed rem alienam quemadmodum geri expediat, monet et demonstrat: fideicommissum autem est species decernendi de re pecuniave sua. Mando autem verbum est commune et consulentis et fideicommittentis, et procuratorem constituentis, *l.* 2. §. *ult. sup. mand.* Et consiliarium quidem verbum non obligat, *l. testatorem*, §. 1. *tit. seq. l. generaliter*, §. *si petitam, de fideicom. lib.* fideicommissarium verbum obligat et necessitatem imponit, ut in *l. prox.* §. *pater*, *sup.* Itemque id quo procurator constituitur, et contrahitur obligatio mandati ultro citroque. Consuluit autem filiæ pater in hac specie, ne testamentum faceret, antequam liberos suscepisset, metuens ne si extraneos filia palam hæredes nuncuparet, hi filiæ non darent spatium tollendorum liberorum, vitæ ejus comparatis insidiis, et properata fatali necessitate. Et ideo subjicit pater; *ita enim poterit sine periculo vivere.* Sine periculo insidiarum scilicet, ut in §. *sin autem, Inst. de pup. subst.* Ita vero pater obtentu consilii prohibendo filiam testari, ut Papinianus ait, sane voluit derogare juri publico, quo cavetur unicuique libero homini et civi Romano, esse liberam testamenti factionem, in XII. *Tab.* et in *l. Falcidia.* Voluit, inquam, derogare juri publico, sed nihil egit, quia illud consilium non tenet filiam, nihil etiam ageret, si citra consilium juri publico et formæ antiquitus constitutæ derogare vellet, *l. nemo potest, sup. tit. prox. l. Cerdonem, ff. de oper. libert. l.* 5. §. *Julianus, de adm. tut. l. testandi, Cod. de testand. l.* 1. §. *procul dubio, Cod. de lat. lib. toll.* Sed hoc ita intelligi velim, si directo hæredem suum prohibeat facere testamentum, quem forte hæredem scripsit ex asse, quo genere nihil agit: quia contra jus publicum libero homini nititur auferre jus faciendi testamenti: sed si hanc prohibitionem acceperit pro fideicommisso, valebit ut fideicommissaria voluntas et precaria, sicut in specie *l. qui filium, in princ. ad SC. Trebell.* Pater filium et filiam hæredes instituit, et de filia ita cavit, ut proponitur illo loco; *mando tibi, ut quoad liberos susceperis testamentum non facias*, non sunt consiliaria verba illo loco, sed fideicommissaria. Et ita in ea specie decrevit Antoninus Imperator, per fideicommissum supradictis verbis rogatam filiam videri, ut hæreditatem fratri restitueret, quia per hoc quod prohibuit eam testari, videtur eam rogasse, ut fratrem cohæredem suum faceret hæredem. Quod etsi nemo jure rogari possit liber homo, ut illum faciat hæredem, tamen ex SC. qui ita rogatus est, intelligitur esse rogatus de hæreditate restituenda, exstatque sententia hujus SC. in *l. ex facto, ad Trebell. et l. filiusfam.* §. *ut quis, sup. tit. prox.* In hac igitur specie filia intelligitur esse rogata rem hæreditariam restituere, si sine liberis, si illiberis decesserit, ut Tertullianus loquitur, restituere fratri cohæredi suo, retenta scilicet Falcidia, de qua poterit testari.

Ad §. *Rogo.*

Rogo te filia bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit: videtur omnibus liberis, et si non æqualiter promeruerint, fideicommissum relictum, quibus matris electione cessante, sufficiet, si non offenderint; eos autem quos mater elegerit fore potiores si soli promeruissent, existimari. Quod si neminem elegerit eos solos non admitti, qui offenderunt.

Pater filiam hæredem institutam oneravit fideicommisso his verbis: *Rogo te filia mea, bona tua quandoque distribuas liberis tuis, ut quisque de te meruerit.* His verbis injecit conditionem fideicommisso, quæ non potest existere ante mortem filiæ, ut in specie §. *hæreditatem et* §. *a filia, sup. in hac lege.* Quia liberum est filiæ, quamdiu vivit, eligere quem vel quos volet ex liberis suis de se bene meritis, et quorum electionem fecerit etiam mutare, si ipsi mutaverint mores in deterius, et male meriti erga matrem esse cœperint. His, inquam, verbis omnibus, non parte eorum; *Liberis tuis quandoque bona tua distribuas, ut quisque de te meruerit*, ultimo scilicet fine vitæ tuæ: meritorum ratio habetur die ultimo, quod qui hodie est bene meritus, potest cras male mereri. Imo pessime, et sic homo videtur μεταβολοψζῷον. Et hæc est vis eorum verborum: nam verbum hoc *quandoque*, solum eandem vim non haberet: facito matrem rogatam quandoque hæreditatem restituere, fideicommissum ab eo petetur, cum primum potuerit restituere, cum erit ei com-

modum: nec mors matris exspectabitur, *l. rogo, inf. quand. dies leg. ced.* Verum secus erit, si dixerit, *liberis tuis quandoque distribuas, ut quisque de te meruerit.* His etiam verbis, matri non permisit electionem plenam, sed arbitrio boni viri, non permisit arbitrium plenum, sed boni viri, ut in *l.* 11. §. *si fid. tit. sequ.* Ideoque bene meriti liberi duntaxat ad fideicommissum invitantur, et ii quidem omnes simul, licet æqualia non sint omnium officia: ut e contrario male meriti repelluntur omnes, licet omnium non sit par offensa adversus matrem, quia illud ipsum offendere vel promereri semper idem est, licet offeusa, aut merita sint disparia: male meriti sunt, qui offenderunt. Bene autem meriti dicuntur duobus modis, vel qui non offenderunt, ut in *l.* 22. *C. de inoffic. test. l.* 20. *inf. de man. test.* ubi Bartolus non ineleganter, *Meruisse eum, quem non apparet demeruisse.* Nam et eo sensu Ovid. dixit *demeruisse*: sed in Bartolo est corrupte scriptum *dememinisse*, vel *deminisse*, pro *demeruisse*, et pro, *meruisse*, cum lex agat de meritis: vel etiam bene meriti dicuntur et multo magis, qui promeruerunt benefaciendo. Et hi quidem et illi promiscue vocantur ad fideicommissum, si neminem elegerit mater, non etiam male meriti: et in *l. cum quidam, sup. h. tit.* dum ait: Si neminem elegeritis, a quo fideicommissum relictum est iis, quos dignos putaret, omnes admitti: omnes dignos intelligere oportet, non indiguos, ingratos, et male meritos. At si mater eligere velit, primum frustra elegerit male meritos: deinde, ex bene meritis, frustra etiam, ut opinor, prætulerit illos qui non offenderunt his, qui promeruerunt: At recte iis etiam illos commiscuerit: frustra etiam ex iis, qui promerueriut, quosdam delegerit, ceteros præterierit. Nam præteriti et omissi a matre ad fideicommissum invitautur: quæ est sententia hujus responsi.

Ad §. Donationis.

Donationis prædiorum epistolam ignorante filio, mater in æde sacra, verbis fideicommissi non subnixam, deposuit, et literas tales ad æditaum misit: Instrumentum voluntatis meæ post mortem meam filio meo tradi volo. Cum pluribus hæredibus intestato diem suum obiisset, intelligi fideicommissum filio relictum, respondi: non enim quæri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigetur.

Mater ignoranti filio donavit prædia per epistolam, in qua nulla erant verba fideicommissi, quibus rogarentur hæredes filio ea prædia præstare, sed ita erat simpliciter scriptum in epistola: *Fili mi scias me tibi donare illa prædia.* Eam Epistolam ignorante filio deposuit in æde sacra, data epistola æedituo servanda in æde sacra: deinde ad æditaum (*au Secretain*) cui ædes sacræ custodia tradita est, misit tales literas, *instrumentum voluntatis meæ, quod in æde sacra deposui, post mortem meam filio meo tradi volo*, quibus verbis ostendit se nolle donationem prædiorum effectum habere, nisi post mortem suam. Ergo quasi fideicommissum valere, non quasi donationem inter vivos, vel causa mortis: nam et donatio inter vivos, vel causa mortis ignoranti non fit, *l. absenti, infra de donat. l. inter mortis, infra de mort. caus. donat.* Fideicommissum etiam ignoranti relinquitur, et acquiritur, §. *surdo sup.* cui est similis, quod ibi prætermisi, sententia apud Paulum 4. *Sent. tit.* 1. Quod igitur ignoranti donamus post mortem nostram, fideicommissum est, non donatio, ut in *l. miles, in principio, h. tit.* In qua huic simile respousum proponitur ex *lib.* 6. et utroque ostenditur, fideicommissum valere, etiamsi verba non dirigantur ad hæredes, qui fideicommisso adstringuntur, sed ad eum solum, cui fideicommissum relinquitur, ut in specie proposita in epistola ad filium, deposita apud æditaum, æditaus ex fideicommisso non tenetur, sed ex deposito, ut in *l. Publia, sup. depos.* verum ex fideicommisso filio tenentur hæredes instituti matris testamento, licet rogati non sint, quia, ut ait: *non quæri oportet cum quo de supremis quis loquatur, sed in quem voluntatis intentio dirigetur*, id est, cui relinquatur legatum absolute aut fideicommissum, ut Græci τελείως, ut in *l.* 5. §. *ult. de mun. et honorib. l.* 5. *de testam. milit. l.* 5. *Cod. de iis, quib. ut indig.* In quibus locis sunt qui supplent, *supremis judiciis seu voluntatibus* inepte, cum dicatur absolute: sic igitur dicimus ex fideicommisso filio teneri hæredes institutos a matre. Nam omni adseveratione confirmo, quod in quibusdam legi, in contexto hujus §. sic esse legendum, *cum pluribus hæredibus institutis diem suum obiisset*, institutis scilicet testamento; nam si intestata mater diem suum obiisset, filius ejus hæres esset ex SC. Orphitiano, nec consisteret fideicommissum prædiorum hæredi a semetipso relictum: at testamento mater hæredes alios instituit, et filium præterivit, prædiis ei relictis per fideicommissum, quæ satis abundeque sufficiunt ad quartam debitæ portionis, quæ excludit querelam inofficiosi testamenti, hoc scilicet jure, *l. Papinianus*, §. *quarta, de inoffic. testam.* hoc, inquam, jure: quoquo titulo relicta sit quarta. Neque huic respouso objiciatur *l. donationes*, §. *pen. de inf. donat.* ubi area quædam

in æde sacra deposita apud æditum ea lege, ut eam solus is, qui deposuit, tollat, ut eam æditus ei soli tollere permittat, qui deposuit, vel post mortem ejus L. Titio hæredi sperato, ut ponit. Et recte respondet Papinian. qui est auctor illius l. non videri celebratam donationem, id est, non videri L. Titio donatam arcam, quæ deposita est apud æditum ea lege, ut eam sineret solum se tollere, vel post mortem suam L. Titio donatam fuisse arcam, sicut hoc loco proponitur donata fuisse prædia filio per epistolam, nec proponitur instrumentum ullum donationis depositum in æde sacra, quod L. Titio tradi oporteat. Itaque donationis jure, neque fideicommissi, neque ullo alio jure illa arca Lucio Titio debetur, cui exportare quidem licet eam arcam, sed non sibi eam habere, sed restituere hæredibus depositoris.

Ad §. Libertis.

Libertis prædium reliquit, ac petit ne id alienarent, utque in familia libertorum retinerent: si excepto uno ceteri partes suas vendiderint, qui non vendidit ceterorum partes, quibus non dedit alienandi voluntatem, integras petet. Eos enim ad fideicommissum videtur invitasse, qui judicio paruerunt, alioquin perabsurdum erit, vice mutua petitionem induci, scilicet, ut ab altero partem alienatam quis petat, cum partem suam alienando perdiderit, sed hoc ita procedere potest, si pariter alienaverit. Ceterum prout quisque prior alienaverit, partem posterioribus non faciet, qui vero tardius vendidit, in superiorum partibus fecisse partem intelligitur, at si nemo vendiderit, et novissimus sine liberis vita decesserit, fideicommissi petitio non supererit. Cum inter libertos ad prædii legatum liberta quoque fuisset admissa, quod patronus petit, ut de nomine familiæ non exiret, hæredem libertæ filium partem prædii, quam mater accepit, retinere visum est.

Hujus responsi quæstio est satis difficilis: Finge: Patronus libertis suis primo, secundo, tertio, quarto, fundum legavit, et eos rogavit, ne fundum alienarent, his verbis: *Rogo vos, ne fundum quem vobis legavi abalienetis, sed in familia et nomine vestro retineatis.* Idem est nomen, eademque familia patroni et libertorum, ut docui *supra in §. fidei hæredum.* Sed longe amplior est familia patroni, quia non tantum libertos continet, sed etiam cognatos et alios quosdam, de quibus dicemus in extremo hujus recitationis: verum satis habuit patronus cavere, ne fundus ille alienaretur extra familiam libertorum, ut in *l. filiusfam. §. Divi, sup. tit. prox. l. pater, §. duobus, tit. seq.* si modo in eo §. habeas, ut habent Florentini, utique habuit Accurs. ipse, *de nomine meorum libertorum*, scilicet non *de nomine meo.* Denique consulere libertis tantum suis patronus voluit, dum vetuit ne fundum legatum alienarent ex familia libertorum, quo genere intelligitur fideicommissum collibertis tantum reliquisse in hunc casum, si quis eorum alienaret partem suam extero. Nam hæc verba: *ut fundum in familia libertorum retineant*, habent vim fideicommissi, quod confertur in libertos, qui partes suas non alienarunt extra familiam, iis scilicet debetur pars, quam eorum aliquis alienarit extra familiam: fac, excepto primo, ceteros partes suas extero vendidisse citra consensum primi: nam si primus consenserit venditioni, aut quod tantundem potest, si subscripserit, non potest partem eorum persequi, vel consequi jure fideicommissi, nec pretia, quæ acceperunt, *l. nihil, §. 1. sup. tit. prox. l. pen. §. insulam, infra h. t. l. quoties, 1. C. de fideicommiss.* Neque obstat *l. si fundum per fideicommissum, in prin. sup. tit. prox.* quam objicit Accurs. et quæ dicit, non ideo minus fideicommissum fundi deberi fideicommissario, quod hæres eum fundum vendiderit fideicommissario præsente, et adsignante instrumentum venditionis suo sigillo, quia ea l. non loquitur de eo, qui consentit venditioni, sed qui præsens abest ut testis, vel ut signator. Præsentia et sigillum pro consensu non habetur, ut in *l. Tit. §. Lucia, sup. hoc tit. l. Cajus, de pignor. act.* Et longe aliud est signare, aliud subscribere: nam subscriptio pro consensu habetur, *l. fidejussor, §. pen. sup. de pignor. l. Titius, §. ult. sup. quib. mod. pign. solv.* Plus est subscribere quam signare. Nam subscribere quid est? subscribere non est nomen nudum suum scribere, sed et scripto signare, significare, cui rei, cuique negotio subscribat: ut *Novella* 126. Subscriptio constat duobus aut tribus versibus. Quia vero, ut initio proposui, primus neque consensit venditioni factæ collibertis, neque ipse vendidit partem suam, collibertorum partes quas vendiderunt exteris jure fideicommissi persequi, et eo nomine agere adversus collibertos potest: fideicommissi persecutio datur ei, vel eis, qui judicio defuncti paruerunt, id est, qui non alienaverunt partes suas exteris. Nam si omnes partes suas exteris vendiderunt, nulli competit repetitio fideicommissi, ut *d. l. quoties et Nov.* 159. quia, ut eleganter docet Papin. alioquin absurdum erit me tecum agere, quod partem tuam extero vendideris, cum et ipse idem fecerim: absurdum me tecum agere quod obsequium defuncto non præstiteris quod nec ipse præstiti: me id in te reprehendere, in quo mihi indulsi. Sed hoc ita procedere ait, si omnes pariter uno eodemque tempore cum

fundum extero vendiderint, hoc casu consumitur fideicommissum: secus est dicendum, si diversis temporibus separatim partes quisque suas vendiderit. Nam si primus partem suam prior extero vendiderit, ceteri qui nondum partes suas vendiderunt, admittuntur ad petitionem fideicommissi, id est, ad partem alienatam a primo. Tum deinde, si secundus partem suam extero vendiderit, tertius et quartus qui nondum partes suas vendiderunt, admittuntur ad partem secundi, non etiam primus, qui et ipse etiam partem ante extero vendiderat, eoque genere ceciderat jure fideicommissi. Et hoc est, quod ait Papinianus, eum, qui prior vendidit, non facere partem posterioribus, id est, ejus personam non numerari in partibus faciendis fideicommissi, sive portionis secundi quam scilic. post primum secundus extero vendidit: non venire igitur primum in parte portionis secundi, sed integram partem secundi pervenire ad tertium et quartum. Partem, inquam, secundi, quam in fundo habuit jure legati, et post primum vendidit extero, non etiam partem quam secundus fecit antea tertio et quarto in parte primi, id est, non trientem, quem secundus tulit ex parte primi, et simili modo, similique ratione post primum et secundum tertio quoque vendente partem suam extraneo, solus quartus, qui nondum vendidit suam jure fideicommissi admittitur ad portionem, quam tertius in fundo habuit jure legati, et vendidit extero, non etiam ad partem, quam tertius, cum nondum vendidisset suam, fecit quarto in portione secundi, vel secundo et quarto in portione primi. Denique sic statuamus: collibertorum partes alienatas exteris, quas acceperunt ex causa fideicommissi, qui nondum partes suas vendiderant, eas eos optimo jure retinere, etiamsi postea partes suas vendiderint. Optimo, inquam, jure retinere, et ut opinor etiam transmittere ad hæredem extraneum: nam etiamsi quam partem emerunt a collibertis, eam transmittunt in extraneum hæredem, *l. pater §. quindecim, tit. seq.* Quia testator suam quemque partem duntaxat vetuit extero vendere, quæ obvenit ei jure legati; non partem emptam a collibertis, quibus jure vendita est, cum sit vendita in familia libertorum, et statim atque quis eorum partem suam colliberto vendidit, defecit conditio fideicommissi. Conditio autem semel defecta non resumitur, *l. pater, §. ult. sup. de condit. et demonstrat.* Ex his igitur apparet, quid sit quod ait Papinianus hoc loco: eum, qui tardius vendidit partem suam, ut puta, tertium, ut Glossa ponit recte, ei, qui non vendidit, id est quarto, facere partem in partibus superiorum, id est, in partibus primi et secundi: nec quam semel tulit partem ex eis partibus, etiamsi postea vendat partem, quam in eo fundo habet jure legati, quartum ei adimere, et avocare posse, sed partem tantum venditam.

Ad hæc quæro, quid si et postremus omnium quartus partem suam æque extraneo vendiderit? quem casum palam non attingit Papinianus, quia ut arbitror, constabat nulli superesse fideicommissi petitionem, et rem pro eo haberi atque si ab initio omnes pariter fundum extero vendidissent, cum omnes sigillatim extero vendiderunt. Novissimi venditio erit consumptio fideicommissi. Item quæro, quid sit dicendum, si nemo partem suam vendiderit, et novissimus moriatur sine liberis, relicto hærede extraneo? Hunc casum attingit Papinianus, et ait etiam hoc casu non superesse fideicommissi petitionem, quia scil. ex libertis supremo moriente sine liberis, re transmissa ad extraneos hæredes, nullus superest ex familia libertorum. Ponendum igitur, partes collibertorum quod et ipsi decessissent sine liberis, pervenisse ad eum qui novissimus diem suum obiit, alioquin liberi libertorum ad fideicommissum vocarentur, novissimo hæredem relinquente extraneum. Nam prohibita alienatione extra familiam, censetur etiam prohibita institutio extranei hæredis, *l. peto §. ult. sup. hoc tit. l. 8. §. ceterum, C. de sec nup.* Item quæro, an etiam liberi libertorum ad fideicommissum vocentur? Fac, inter eos libertos, quib. fundus legatus est, esse libertam, quæ filium suscepit, hic matri extraneus hæres est, quia patris non matris familiam sequitur: Quæro inquam, an in parte fundi, quam mater accepit ut liberta, filius ejus, quamvis matri sit extraneus hæres, præferatur aliis libertis, qui eandem familiam et idem nomen habent, quod ipse tamen filius non habet? et subjicit Papinianus, filium libertæ præferri collibertis, quamvis non sit ex eadem familia, his verbis: *Cum inter libertos ad prædii legatum liberta quoque fuisset admissa; quod patronus petiit, ut de nomine familiæ non exiret, hæredem libertæ filium partem prædii, quam mater accepit, retinere visum est.* Quæ verba nolo divelli a superioribus, nec ex illis confici alium §. quoniam ad eandem speciem pertinent, ut et Glossa sensit, quæ ad hæc verba, *de nomine familiæ*, subaudit, *libertorum.* Videtur ergo hæc mens fuisse testatoris, ut liberti partes suas conferrent suis liberis quibuscunque, vel suis, vel extraneis liberis, aut his deficientibus collibertis: quam interpretationem voluntatis etiam Papinianus introduxit in specie *l. cum acutissimi, C. d. fideic.* Alium hæredem extraneum excluderent colliberti, sed non filium hæredem extraneum. Denique collibertis præferuntur liberi legatariorum, etiamsi non sint ex eadem familia. Et ita demum videtur extitisse conditio fideicommissi, si quis

eorum libertorum, vel libertarum, quibus fundus legatus est, non liberis suis aut collibertis, sed aliis extraneis partes suas reliquerunt. Familiæ nomen in hoc genere fideicommissi aliquando latius accipitur. Nam et emancipati ad fideicommissum vocantur licet mutarint familiam, *l. peto*, §. *ult. sup. hoc tit. l. filius familias*, §. *cum pater*, *sup. tit. prox.* Et is, qui fuit gener, vel nurus quamvis hi omnes revera ex eadem familia non sint, quia plerumque ex opinione nostra nobis sunt pro familiaribus: et Jurisconsulti est secundum judicium et opinionem nostram accipere, augere, et producere significationem verborum. Postremo quæro, si cum primus, secundus, tertius partes suas extero vendidissent, et ita quæsita esset quarto fideicommissi petitio, qui non vendidit partem suam, et mox antequam peteret fideicommissum, vita decesserit quartus sine liberis, relicto hærede extraneo, an transmiserit in hæredem extraneum petitionem fideicommissi? Et definitur in *l. seq.* §. *pen.* qui suo ordine latius explicabitur, cum transmisisse petitionem fideicommissi, cujus dies eo vivo cesserat etiam ad extraneum hæredem.

Ad §. *Cum existimaret.*

Cum existimaret ad solam consobrinam suam bona perventura; codicillis ab eo factis pluribus fideicommissa reliquerat, jure successionis ad duos ejusdem gradus possessione devoluta: rationibus æquitatis et perpetui edicti exemplo pro parte dimidia mulierem relevandam respondi: sed libertates ab ea præstandas, quas intercidere damni causa durum videbatur.

Sequitur ut exponamus §. *cum existimaret*, in quo hæc proponitur species et quæstio: qui existimabat ab intestato jure cognationis bona sua omnia perventura ad consobrinam, ignorans se habere etiam patruum vel avunculum magnum, id est, matris suæ patruum vel avunculum, qui eodem gradu est quo consobrina, nempe quarto, et æque cognatus ac consobrina; codicillis factis ab intestato, pluribus fideicommissa et fideicommissarias libertates a sola consobrina reliquit, quod existimabat solam sibi successuram jure prætorio, sive jure cognationis: post mortem ejus non consobrina tantum, sed etiam avunculus magnus ab intestato pro partibus æquis ei successerunt, accepta bonorum possessione unde cognati: quæritur, an ii, quibus fideicommissa in codicillis relicta sunt a consobrina, sola consobrina teneatur in solidum? Quod videtur, quia ea sola nominatim rogata est fideicommissa præstare, et ad eam solam scripti sunt codicilli. Et sane ipso jure ita est, eam solida fideicommissa præstare debere: et tamen Papinianus respondet æquitate subnixus aliter, nempe consobrinam onere fideicommissorum pro parte dimidia esse relevandam, quam ei abstulit concursus avunculi magni: hoc exigere rationem æquitatis, ne oneretur supra dimidiam, quæ dimidiam tantum accepit, quam etiam credibile est testatorem onoraturum non fuisse tot fideicommissis, si existimasset non ad eam solam omnia sua bona perventura: hoc etiam exigere ait exemplum edicti perpetui. Et credo Papinianum intelligere edictum prætoris de bonis libertorum, quo a liberto hærede instituto extraneo, patrono præterito, et patrono petente bon. poss. cont. tab. liberti, et evincente dimidiam partem bonorum liberti, ut ante Justinianum obtinuit, hæres scriptus pro parte dimidia, quam ei aufert patronus, relevatur præstatione legatorum et fideicommissorum, et pro ea tantum parte dimidia, quam sibi retinet legatariis et fideicomissariis obstringitur salva Falcidia, quod patet ex *l. Plautius. de condit. et dem. l.* 20. §. *libertus*, *de bon. libert.* Et eodem exemplo, si filius exheredatus per querelam inofficiosi testamenti, vel filius præteritus per bonorum possessionem contra tabul. hæredi scripto evicerit partem dimidiam, hæres scriptus pro ea parte, quæ evicta est, præstatione legatorum et fideicommissorum exoneratur, *l. etsi contra*, *in fi. de vulg. l.* 11. §. *Imperator*, *inf. ad l. Falcid.* At rursus quæri potest, an is qui partem aufert hæredi scripto, pro ea parte legatariis, ac fideicommissariis teneatur? Et dicemus incunctanter, pro ea parte legata et fideicommissa intercidere, quia is, qui ad alteram partem venit, rogatus non est, et quia ad eam venit suo jure, non beneficio judiciove defuncti. Idque comprobat etiam *l. prox. in princ. sup. et l. cum duobus*, *C. de inoffic. testam.* Et male Accursius hoc loco, fideicommissa ab utroque præstari pro partibus hæreditariis: quia certo certius est, fideicommissa intercidere pro parte ejus, qui propter cognationem suo jure cum muliere concurrit in successione intestati, quo nomine etiam Accursium reprehendit Paulus Castrensis. Nec obstat huic sententiæ, *lex militis*, *in prin. sup. de milit. test.* quæ merito potest objici, nec tamen objicitur, quoniam in ea lege is, qui partem hæreditatis aufert hæredi instituto ex asse, legata testamento relicta præstat pro parte sua quam evicit. Quod pugnare videtur cum superiore sententia. Sed ideo præstat legata pro parte sua, quia si inspiciatur diligenter species hujus legis, eam partem aufert ex judicio defuncti militis, qui post testamentum factum, in quo alium hæredem scripserat ex asse, eum codicillis ad testamentum factis hæredem scripsit ex semisse priori in testamento scripto adempto semis-

se, quo casu ambo præstant legata communiter. Quid enim justius est, quam ut judicium conservet et impleat, qui ex judicio defuncti ad hæreditatem venit? In legibus autem supradictis, qui partem aufert hæredi scripto, vel hæredi aut successori legitimo, quem solum sibi hæredem aut successorem fore defunctus arbitrabatur, suo jure venit, non ex judicio defuncti, et idcirco, nec judicio defuncti adimplendo obstringitur: hæc longe sunt diversa, jure suo, et judicio defuncti, *l. cum ab uno*, *sup. hoc tit. l. illud in princ. sup. de jure codicill. l. post emancipationem*, *tit. seq.* cujus quidem legis necessario nobis hoc loco sententia explicanda est, quoniam ea lex responso huic opponi solet. Cum filia suscepta post emancipationem patris existimaret patruum solum sibi hæredem fore ab intestato jure agnationis, excluso avunculo, qui cognatus est, et ignoraret etiam patruum sibi cognatum esse, non agnatum, nimirum soluta agnatione per emancipationem patris, factis codicillis ab intestato patruum rogavit, ut partem dimidiam hæreditatis avunculo restitueret, et amplius agros duos, et aliis quoque pluribus ab eodem patruo fideicommissa reliquit: utroque succedente ab intestato per bonorum possessionem unde cognati, patruo et avunculo, quoniam sunt cognati ejusdem gradus. Scævola in eadem *l. post emancipationem* ait, non consistere quidem fideicommissum hæreditatis, quod avunculo relictum est, quia suo jure partem hæreditatis obtinet ab intestato, consistere tamen fideicommissum agrorum pro parte patrui; fideicommissa quoque aliis a patruo relicta patruum debere in solidum præstare, nec relevari pro parte, quamvis præter opinionem defunctæ evicta sit ei pars, quod pugnat omnino cum iis, quæ ante dicta sunt de relevando hærede pro parte onere legatorum aut fideicommissorum. At breviter respondendum est, id quod scribit Scævola ita se habere directo et summo jure, et ad jus civile sive jus summum spectare Scævolam, ut et Marcellum in simili specie in *l. pen. sup. de jur. codicill.* sed ut ad Marcellum in *d. l. penult.* ita ad Scævolam addendum est: imo duntaxat partem a patruo deberi, secundum rationem æquitatis, quam Papinianus spectat et notat in hoc responso et secundum exemplum prætorii edicti: et huic distinctioni inter jus civile et æquitatem prætoriam etiam Accursius acquiescit, et a nobis latius explicata est ad Africanum in *l. 15. de jure codicill.*

Non est omittendum, quod hoc loco Papinianus, cum dixisset consobrinam pro parte dimidia, quam ei fecit avunculus magnus, esse exonerandam præstatione fideicommissorum, subjicit, *libertates tamen ab ea esse præstandas*, libertates scilicet fideicommissarias: nam directæ codicillis factis ab intestato jure non dantur: libertates igitur fideicommissarias a consobrina esse præstandas in solidum: nisi dixerimus, libertatibus quoque præstandis pro parte tantum consobrinam alligari, cohæredem autem ejus non alligari pro sua parte, ut *d. l. illud, de jure codicill.* sic fiet ut libertates, quæ pro parte præstari non possunt, quæ individuam causam habent, *l. duobus, de liber. caus.* recidant in irritum, quod esset durum et iniquum. Durum, *inquit*, videbatur libertates intercidere causa damni, *id est*, ob causam damni, quod mulieri, a qua relictæ sunt, adfert concursus hæredis legitimi. Verum addendum est ad Papin. servum, qui petit a muliere fideicommissariam libertatem, debere ei offerre pretium, quo mulier redimat a cohærede servi partem, deinde manumittat. Alioquin servus repellitur exceptione doli mali, vel officio judicis, *l. judicatæ*, *ff. de except. rei judic. l. qui gravi*, *et seq. de jure codicill.* Quod exposuimus etiam supra ad primum responsum proxime l. Bivium datur mulier ad consequendam partis æstimationem, exceptio doli mali, et officium judicis, sive prætoris fideicommissarii. Etiam non omittam, male Accursium edictum perpetuum, de quo hoc loco agitur, interpretari, ut edictum semper ubique generale, ut simili errore apud Cicer. 2. *de legib.* Diagoræ Thebani legem perpetuam, Adrianus Turnebus vir magnus, legem generalem interpretatus est. Potest idem esse perpetuum et generale, fateor: sed non omne generale perpetuum est, nec contra omne perpetuum generale. Perpetuum dicitur tantum comparatione temporarii: generale comparatione specialis vel singularis. Perpetuum autem prætoris edictum fecit lex Cornelia, de qua Dio 36. et Asconius in oratione pro Cornelio, ex quo scilicet omnes prætores perpetuo idem jus dicerent: edictum enim antea erat annuum, et ipsius quoque prætoris imperium erat annuum, § 1. *Inst. de perp. et temp. act.* Et pro varietate prætorum varia quoque erant edicta, nisi si quod forte caput translatum per omnium edicta ambulabat. At lege Cornelia hodie prætores ex perpetuis et similibus edictis jus dicunt, non ex annuis, quæ posuerint ipsi suo arbitratu.

Ad §. *Pater, qui filio.*

Pater qui filio semissem dederat, et sororibus ejus impuberibus quadrantes, quibus fratrem tutorem dedit, ita fuerat locutus: fili contentus eris pro tuo semisse aureis ducentis, et vos filiæ pro vestris quadrantibus, centenis; vice mutua liberis fideicommissum hæreditatis reliquisse non videbatur, sed æstimationem, ut a parenti-

bus frugi fieri solet, patrimonii sui fecisse, nec idcirco fratrem judicio tutelæ bonæ fidei rationes quandoque præscriptione demonstratæ quantitatis exclusum.

In §. sequenti, hæc proponitur species: pater filium hæredem scripsit ex semisse, et duas filias impuberes ex quadrantibus singulas, iisdemque fratrem tutorem dedit. Deinde ita cavit: *fili contentus eris pro tuo semisse ducentis aureis et vos filiæ contentæ eritis pro vestris quadrantibus singulæ centenis aureis*. Quæritur, an vice mutua, videatur liberis fideicommissum hæreditatis reliquisse, puta ut frater sororibus semissem restitueret, et vicissim sorores fratri alterum semissem, id est, duos quadrantes? Et respondet Papinian. in hac specie, nihil de mutuo fideicommisso significari, cujus nec ulla utilitas esset. Imo quod ridiculum esset, ut ait *l. si fundus, infr. ad l. Falcid.* si quantum frater daret sororibus, tantum ferret ab eis, et vice versa. Verum ea cautione eove sermone per post adscriptas filiis suis partes hæreditarias dicimus, patrem fecisse videri patrimonii sui æstimationem, idque totum æstimasse quadrigentis aureis, quod et plerunque, ut ait, parentes frugi, id est, boni patresf. facere solent, quibus vires sui patrimonii in numeratu sunt et in comperto. Quia tamen falli possunt, ideo nihil ea æstimatio officit veritati, si revera pluris sit patrimonium, quam id æstimaverit, aut si minoris sit, ut *l. 15. §. ult. sup. ad l. Falc. l. si fundum §. si libertus, sup. tit. prox. t. 1. C. arb. tu.* Et ideo, si in hac specie sorores a fratre tutelæ judicio exigent rationem plusquam ducentorum aureorum, non poterit frater se tueri exceptione quantitatis demonstratæ a patre, quia in quantitate ineunda falli potuit pater, sed ex bona fide sororibus ratio reddenda erit: et maxime notandum ex hoc loco, tutelæ judicio contineri tutelæ administratæ rationes bonæ fidei, id est, revocatæ rationes ad veritatem, ut scilicet reddantur finita tutela, et bonam fidem et veritatem idem esse.

Ad §. Titio fratri.

Titio fratri suo Mævius hæreditatem Seji, a quo hæres institutus erat, post mortem suam restituere rogatus, eodem Titio hærede scripto, petit, ut moriens Titius tam suam quam Seji hæreditatem Sempronio restitueret, cum ex fructibus medio tempore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset, æris alieni loco non esse deducendum fideicommissum respondi, quoniam ratione compensationis percepisse debitum videbatur. Plane si ea lege Mævius Titium hæredem instituat, ne fideicommissum ex testamento Seji retineat, Falcidiam compensationi sufficere sed iniquitatem occurrere. Prudentius autem fecerit, si ex testamento fratris hæreditatem repudiaverit, et intestati possessionem acceperit, nec videbitur dolo fecisse, cum fraudem excluserit.

In §. Titio hæc proponitur species: Sejus Mævium hæredem instituit et oneravit fideicommisso his verbis: Rogo te, Mævi, ut post mortem tuam hæreditatem meam ad Titium fratrem tuum pervenire facias: Mævius eundem Titium fratrem suum hæredem instituit et rogavit, ut moriens ipse Titius tam suam, id est, ut ipsius Mævii, quam Seji hæreditatem Sempronio restitueret. Quod attinet ad Mævii hæreditatem, utilis institutio, utile fideicommissum est: quantum vero attinet ad Seji hæreditatem, etiam pro quadrante, quam ex Sejana hæreditate Mævius retinere potuit jure Falcidiæ, utilis institutio, utile fideicommissum est. At pro dodrante Sejanæ hæreditatis, quem Mævius moriens cœpit debere Titio fratri suo, inutilis institutio est, quia creditor debitori frustra legat et relinquit, quod ab eo creditor ex alio testamento petere potest, *l. unum ex familia 69. in pr. sup. hoc tit. l. si debitor, inf. de lib. leg.* Et consequenter, inutile est fideicommissum, quia a creditore frustra alii relinquitur, quod ei creditori debetur, *l. 5. si rem, tit. seq.* Debetur autem ei, nempe Titio dodrans Sejanæ hæreditatis ex testamento Seji jure fideicommissi a Mævio relicti, quem sibi Sejus hæredem fecerat. Et ideo in specie proposita, in ponenda ratione legis Falcidiæ, primum deducit Titius dodrantem hæreditatis Sejanæ tanquam æs alienum, quod sibi Mævius ex testamento Seji debebat. Nam hoc est certissimum, antequam ineatur ratio legatorum et fideicommissorum et legis Falcidiæ deduci debere omnes æs alienum defuncti. Sic igitur deducit Titius fideicommissum sibi debitum ex testamento Seji usque ad dodrantem, deinde ex reliquis bonis Mævii omnibus detrahet Falcidiam, et residuum restituit Sempronio, *l. 6. et 8. C. ad l. Falcid.* Ab hac definitione, quæ certissima est, excipiuntur in hoc §. duo casus, quibus etiam, quod attinet ad totam hæreditatem Sejanam, utilis institutio, utile fideicommissum est. Unus casus hic est. Si post mortem Mævii fructus a Titio dum vixit medio tempore percepti ex bonis Mævii, efficiant pretium dodrantis Sejanæ hæreditatis, qui ei debetur ex testamento Seji. Nam hoc casu fructus cum debito compensatur, et ratione compensationis Titius fideicommissum, quod ei debebatur ex testamento Seji, percepisse intelligitur, ut in *l. 15. §. quod avus, ff. ad l. Falcid.* Et hoc est, quod ait in hoc §. *cum ex fructibus medio tem-*

pore perceptis fideicommissi debitam quantitatem Titius percepisset; æris alieni loco non esse deducendum fideicommissum respondi, etc. Hoc igitur casu Sempronio post mortem suam Titius hæresve ejus, qui ad vicem Titii propius accedit, restituet utramque hæreditatem Mævianam et Sejanam, deducta Falcidia, nisi et fructus medio tempore percepti Falcidiam etiam repleant, et debitum Seji, et debitum scilicet et Falcidiam, quia fructus medio tempore perceptos ante diem restituendæ hæreditatis placet imputari in Falcidiam, *l. in fideicommissariam, ff. ad S. C. Treb.* Et eo modo restituere tenetur integram Mævianam et Sejanam hæreditatem. Alter casus, quo etiam, quantum attinet ad hæreditatem Sejanam, utilis institutio, utile fideicommissum est, qui proponitur in hoc §. illo loco: *Plane si ea lege Mævius Titium hæredem instituat*, hoc est, si Mævius Titium fratrem suum hæredem instituerit ea lege, ne in ponenda rationes legis Falcidiæ deduceret fideicommissum ei debitum ex testamento Seji, æris alieni loco, sed compensaret cum Falcidia quam retineret ex utriusque bonis Mævii et Seji, dodrantem vero utrumque honorum Sempronio restitueret. Nam servanda est ea lex et voluntas Mævii, idque obtinebit et consequetur Sempronius apud arbitrum legis Falcidiæ, non remedio cautionis Mutianæ, ut Rogerius voluit: non remedio propriæ cautionis, de implendo modo, ut Accurs. voluit, quia neque modus, neque conditio ulla injicitur institutioni, quum ab instituto testator petit, ne debitum deducat, sed compenset cum Falcidia. Verum id Sempronius consequetur, ut ait *l. 12. inf. ad l. Falcid.* remedio exceptionis doli mali, quam opponet Sempronius Titio, fideicommissum debitum ex testamento Seji contra voluntatem Mævii deducere et reputare volenti, videlicet si tantum Titius habeat in Falcidia, quantum est in quantitate fideicommissi debiti Titio ex testamento Seji. Et idem comparat *l. is cum fideicommissum, ff. ad l. Falc.d. et l. Lucius, §. maritus, in fin. ff. ad S. C. Trebel.* Duo sunt casus, quos exposui. Priore casu fideicommissum Titio debitum ex testamento Seji, compensatur non cum Falcidia, sed cum fructibus medio tempore perceptis ex æquitate. Posteriore casu compensatur cum Falcidia ex judicio defuncti, ex lege quam defunctus dixit, et utroque casu compensatio fit, vel hoc, cum l. Falcidia, non quantacunque sit Falcidia minima vel maxima, vel illo casu cum fructibus. Non quanticumque sint fructus, ut Accurs. voluit, sed compensatio fiet pro modo concurrentis quantitatis, quod est pari pecunia, *l. 15. §. quod avus.* Nam si quid amplius sit in debito, quam in fructibus vel in Falcidia, sane in dodranti detrahitur, tanquam æs alienum *d. l. 15. §. cum fideicomm.* Verum hoc posteriore casu Papin. ait, iniquitatem et fraudem aliquam occurrere, et errorem in hoc negotio: *sed*, inquit, *iniquitatem occurrere*, sic legendum, quam postea vocat fraudem, *erat*, inquit, *hic dolus aliquis, iniquitas aliqua*, quod sic demonstrat, quia etsi testator, qui fideicommissum debitum jubet compensari cum Falcidia, palam non prohibeat Falcidiam, quod etiam non potuit ante Justin. Novel. *l. nemo, sup. tit. prox. l. 15. §. Inf. ad l. Falcid.* tamen quodammodo fraudem fecit legi Falcidiæ, eamque re ipsa labefactavit, atque convulsit. Nam si verbi gratia, plus non sit in Falcidia quam in debito, Titius jure Falcidiæ nihil habere videbitur, quandoquidem quod Falcidiæ ratione deducit, id jam ei debebatur ex testamento Seji, nec desiderat deberi. Quamobrem occurrente fraude et iniquitate ejusmodi, Papinian. Titio prudens consilium dat, ut repudiato testamento Mævii fratris sui, qui superstites nullos liberos reliquit, ab intestato ejus hæreditatem possideat: atque ita se expediat insidiis paratis a Mævio. Poterit autem omisso testamento fratris hæreditatem ab intestato amplecti ex hac causa, impune et citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti*, quoniam in illud edictum is tantum incidit, qui dolo malo in fraudem legatariorum vel fideicommissariorum omissa causa testamenti ab intestato possidet hæreditatem: nam hoc Titius non facit dolo malo in fraudem aliorum, sed fraudis sibi structæ vitandæ potius, et injuriæ a se propellendæ causa, ob quam plane licet omittere testamentum quasi suspectum et insidiosum, et venire ab intestato, ut *l. 12. de adq. hæredi. l. 6. §. si patronus, si quis omissa causa testam. hæred. ab intest. adier.* Et ita est explicandus hic §.

Ad §. A te peto.

A te peto, marite, si quid liberum habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis sive meis propinquis, aut etiam libertis nostris; non esse datam electionem, sed ordinem scripturæ factum substitutioni respondi.

Uxor a marito hærede instituto prædia quædam legavit per fideicommissum, his verbis: *Rogo te, ut illa prædia liberis tuis relinquas, si quos liberos habueris tempore mortis, vel si liberos non habueris, ut ea relinquas tuis vel meis propinquis, vel libertis nostris.* Quæritur, an possit maritus ex iis quos uxor demonstravit, quos volet eligere, quibus prædia relinquat? Et eleganter respondet Papinianus, nullam electionem esse datam marito, sed in fideicommisso prædiorum fa-

ctam esse substitutionem. Constat ut hæredibus, ita legatariis et fideicommissariis substitui posse, *l. ut hæredibus, sup. tit. prox.* et liberis substitutos propinquos mariti, et propinquis mariti substitutos propinquos uxoris, propinquis uxoris substitutos communes libertos ordinem scripturæ factum substitutioni, id est, substitutioni impositum esse ordinem scripturæ, qui sequendus sit. Idque apparet ex primo gradu substitutionis, quia dixit, *si liberos non habueris*, quare et sequentes gradus eodem modo accipiendi sunt. Ergo ordinem scripturæ sequamur, sic sane, nisi cum refragatur voluntas defuncti, ut in §. *fidei tuæ sup.*

Ad §. Ultimum.

Vicos civitati relictos, qui proprios fines habebant ex causa fideicommissi non ideo minus deberi placuit, quod testator fines eorum significaturum, et certaminis formam, quam celebrari singulis annis volnit alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte præventus non fecit.

Testator civitati vicos quosdam legavit per fideicommissum: et mox deinde alia scriptura dixit, se significaturum fines eorum vicorum et certaminis formam, quam celebrari in eis vicis quotannis vellet, nec tamen usquam significavit postea morte præventus Quæritur, an ideo minus debeatur fideicommissum prædiorum? Et ait, non ideo minus deberi, quia fuit omni ex parte perfectum: et pollicitatio illa, *se significaturum fines et genus certaminis, quod ibi quotannis vellet celebrari*, pro supervacua est. Quod supervacuum est non vitiat legatum aut fideicommissum: quæ abundant non vitiant scripturam. Et ita explicato hoc responso incongrue plane videbuntur ei oppositæ leges, quæ opponuntur in Glossa, quas mitto, quia nihil habent commune cum hoc responso. Non est omittendum hoc responsum Papiniani celebrari, et in testimonium vocari ab Imperatore in *l. pen. de inst. et substit.* trahique ejus rationem ad hanc speciem: *Ille mihi hæres esto secundum conditiones infra scriptas*, nullas conditiones infra scripsit, non ideo minus erit hæres. Nam utique pure hæres institutus videbitur, quia pollicitatio illa conditionum supervacua est, ergo inanis. Vicos autem legatos civitati, rusticos intelligit; ut in *tit. C. lib. 11. ut nemo ad suum patr. suscipiat vicos vel rusticanos eorum.* Vici constant ex villis diversorum hominum, quod plerunque sint castello domini insignes, etiam castella vocantur. Pagorum appellatio latius patet, ut cum Cæsar Helvetiam ait, fuisse divisam in quatuor pagos, *en quatre pays, contrées*, ut etiam Plinius dixit Pagum Gesorianum, *le pays de Grison.* Pagus, *pays, contrée*, ut hodie constat, et in testamento Caroli Magni, Pagus Turonicus, Pagus Nivernensis, Pagus Cabillonensis, *Chalons:* et in vita Gelasii, Pagus Lemovicus *Limosin.* Absolvi legem pulcherrimam, quam qui tenet, multa præclara et singularia tenet.

Ad L. X. de Ann. Legat.

Sejo amico fidelissimo, si voluerit, sicut meis negotiis interveniebat, eodem modo filiorum meorum intervenire, annuos senos aureos, et habitationem, qua utitur, præstari volo, non ideo minus annua Sejo pro parte hæreditaria viventis filiæ deberi placuit, quod ex tribus filiis Titiæ, duo aliis hæredibus institutis vita decesserunt: cum tam labor, quam pecuniam divisionem reciperent.

Primi responsi species hæc est: Titia duos filios puberes, et filiam quoque puberem unam hæredes instituit ex æquis partibus, et Sejo negotiorum suorum procuratori, si vellet etiam eodem modo post mortem suam filiorum suorum negotia procurare, et eorum rebus intervenire, legavit per fideicommissum senos aureos annuos, et habitationem, qua gratuito utebatur viva Titia, quæ habitatio alioquin finiretur morte Titiæ, si non legaretur, si eadem non esset hæredum voluntas, ut habitatione frueretur, *l. Lucius, ff. de don.* Post mortem Titio duo filii vita decesserunt, extraneis hæredibus institutis, sorore superstite, cujus duntaxat negotia Sejus administrabat. Nam filiorum negotia translata sunt ad hæredes extraneos; quæritur, an Sejo debeantur seni aurei annui? Et respondet Papinianus, ei non deberi annuam illam præstationem senum aureorum, nisi pro parte hæreditaria filiæ, cujus solius negotia gerit, id est, binos aureos tantum ei deberi. *Quia, ut labor, inquit, ita pecunia divisionem et diminutionem recipit.*

Minuitur labor Seji mortuis filiis, et eorum partibus translatis ad hæredes extraneos, ergo minuenda est annua præstatio, quæ Sejo relicta est pensandi laboris causa. Operæ numero dividuntur, *l. libertus, qui post. inf. de oper. libert.* Tres autem olim erant Seji operæ, quæ tribus filiis præstabantur, hodie una tantum est opera, quæ filiæ superstiti præstatur: ergo et qui olim erant ter bini aurei, hodie erunt bini tantum, quæ est sententia hujus responsi elegantissima. Recte ponit Papinianus, filios instituisse extraneos hæredes. Nam si hæredem sororem instituisset, neque minueretur labor Seji, neque annua præstatio: quod et hic Bartolus observavit recte: quod si omnes filii superstites essent, nec tamen vellent uti opera Seji in

negotiis suis, proculdubio Sejo per quem non stat quo minus eorum negotia gerat, deberetur præstatio annua, nisi filii haberent justam causam improbandæ operæ Seji *l. Mævia, inf. hoc tit.* Quid enim si fraudulenter Sejus negotia gerat? annua præstatio ei relicta est fidei remunerandæ gratia, non si fides ejus deficeret et collaberetur, quod et Titia demonstravit, cum in legando ita dixit, ut proponitur hoc loco, *Sejo amico fidelissimo.* Huic autem responso Papiniani unum tantum est, quod probabiliter opponi possit, quod sumitur ex *l. annua, in prin. inf. hoc tit. l. Cajo, §. 1. l. Stichus, §. ult. de ali. leg. l. 1. C. de leg.* In omnibus his legibus eadem fere species proponitur: annua alimenta legata sunt Titio, si moraretur cum matre aut filio et hærede defuncti, vel quoad moraretur cum eo et cum ea. Conditioni paruit L. Titius, habitavit cum filio, vel matre defunti, deinde mortuus est filius, vel mater superstite L. Titio, an post mortem filii vel matris annua L. Titio debentur? Et constat inter omnes deberi, quia verisimile est, testatorem sensisse de perpetua præstatione; quandiu viveret L. Titius. Cur et in specie proposita non interpretemur annuam præstationem Sejo perpetuo relictam et integram eam Sejo deberi etiam post mortem filiorum? Rationem expediet *l. illis libertis, ff. de de cond. et demonst.* quoniam evidens est, Titiam propter filiorum utilitatem annua Sejo legasse, ut negotiis eorum interveniret, quibus in alios translatis et finitis in persona filiorum, morte eorum, nulla amplius superest causa percipiendi legati. Nam etsi legatarium propter filii aut matris utilitatem appareat, cum filio aut filia morari voluisse in specie supradictarum legum, quæ huic opponuntur, ut scilicet legatarius esset in actu vel obsequio, vel ministerio filii aut matris defuncti, hoc casu morte filii, vel matris finiretur annua præstatio; sed in dubio ei, cui annua alimenta leguntur, si moretur, vel quo admoretur cum filio vel matre defuncti, eo genere videtur relicta habitatio certa in usum ejus, ut apud illum scilicet vel illam moretur apud aliquem ex hæredibus testatoris. Illud non est prætermittendum, quid sit dicendum in specie proposita de habitatione Sejo relicta. Nam de annuis rescribit tantum Papinianus ea deberi pro parte duntaxat hæreditaria viventis filiæ: de habitatione nihil rescribit, quæ etiam relicta fuit Sejo, ut negotiis filiorum interveniret: credo, habitatio est individua, ut rectissime sentit Accurs. in *l. penult. §. si ususfr. infr. ad leg. Falcid.* nec pro parte præstari potest: non possum domum, aut cœnaculum aut membrum pro parte habitare, pro parte non habitare, facta sunt individua: pecunia est dividua. Quamobrem annua quidem pecuniæ præstatio dividetur mortuis duobus filiis, sed non præstatio habitationis.

Ad §. Medico.

Medico Sempronio, quæ viva præstabam dari volo, ea videntur relicta, quæ certam formam erogationis annuæ, non incertam liberalitatis voluntatem habuerunt.

Medico mulier legavit per fideicommissum, quæ viva ei præstabat: non præstabat autem ei certam erogationem annuam, puta, tot aureos, vel tot culleos vini, vel tot pondo argenti; sed modo hac, modo illa re: et modo largius, modo parcius quotannis medicum munerabatur. Quæritur, ex causa fideicommissi supradicti, quid ei debeatur. Respondet nihil deberi: quia incertum est fideicommissum, et incerta liberalitatis voluntas. Et nota fideicommissum liberalitatem appellari, ut in *l. cum non facile, ff. si quis, plusq. per l. Falcid.* Legatum aut fideicommissum rei incertæ inutile est, *l. cum post, §. gener, sup. de jur. dot.* Paulus 3. *Sent. tit. de legatis. Legatum nisi certæ rei sit, nullius est momenti,* et ita salarium incertæ pollicitationis dicitur non deberi, *l. qui mutuam, §. salarium, mand.* nec votum incertæ pecuniæ, apud Titum Livium 31.

Ad §. Uxori.

Uxori præter id quod a me vivo annui nomine accipiebat, aureos centum dari volo, annuum videtur, et semel centum aureos reliquisse.

Uxori per fideicommissum legavit, præter id quod vivus annui nomine ei præstabat, centum aureos. Quæritur, utrum semel tantum, an quotannis centum aurei præstandi sunt? Et respondet, tantum semel esse præstandos, quia nihil pro centenis aureis significavit, sed tantum dixit, *ut præter annua, quæ vivus uxori præstabat,* quæ etiam vult ei præstari post mortem, eo amplius ei præstentur centum aurei, non annui quidem, quoniam hoc non dixit, sed ut semel tantum inferantur, annua tamen deberi post mortem ejus, quæ præstitit vivus. Nam cum dixit, *præter,* comprehendit etiam fideicommisso annuum, quod vivus præstabat, et *præter* significat ultra, ut apud Sveton. in Aug. *Præterquam Tecembri mense, quo scilicet constabat frequentatos fuisse ludos Saturnaliorum lusibus aliis, festis, profestisque diebus:* et l. 1. *in fine sup. de pigner. act.* qui æs pro auro pignori dedit, tenetur contraria actione pignoratitia præter stellionatum, quam fecit. Et

stellionatus crimine tenetur, et contraria pigneratitia, nec ea vox semper exceptionem facit.

Ad §. Ultimum.

Libertis dari volo, quæ viva præstabam, et habitatio præstabitur; sumptus jumentorum non debebitur, quem actori domina præstare solita fuit utilitatis suæ causa. Ideo nec sumptum medicamentorum medicus libertus recte petet, quem ut patronam ejusque familiam curaret, acceptabat.

Libertis reliquit, quæ viva præstabat: etiam habitatio, quam præstabat, eis debetur ut in *l. Sempronio, tit. seq.* ut et cetera, quæ eis præstabat annua in usum scilicet, et utilitatem eorum. Nam fideicommisso etiam non continentur ea, quæ libertis præstabat utilitatis suæ causa, veluti sumptus jumentorum, quos liberto actori præstabat excurrenti ad negotia sua: vel sumptus medicamentorum, quos liberto Medico præstabat, ut se familiamque suam curaret. Mædicus olim ipsemet conficiebat medicamenta, non, ut fit hodie, ab alio confici imperabat. Quamobrem recte Paulus 3. Sentent. tit. *de leg. instrumento medico legato, legato cedere omnem apparatum conficiendorum medicamentorum.*

Ad Leg. XXV. de Usu et usufructu leg.

Qui fructus prædiorum uxori reliquit, post mortem ejus prædia cum reditibus ad hæredes suos redire voluit: imperitia lapsus nullum fideicommissum dominus, neque proprietatis, neque fructus ad eos reverti dedit. Etenim reditus futuri non præteriti temporis demonstrati videbantur.

Uxori legavit fructus sive usumfr. prædiorum, et verbis fideicommissi declaravit se velle, ut post mortem uxoris fructuariæ, prædia cum fructibus redirent ad hæredes suos, quod utique fieret ipso jure, etiam si hoc non dixisset, quia morte fructuariæ finitur ususfructus, et revertitur ad proprietarium suum, sive consolidatur, id est, solida proprietas hæredum fit. Et ait, tale fideicommissum nullum esse, propter illam rationem quam attigi, quia hæredes mortua fructuaria suo jure prædia et fructus habituri sunt. Inutiliter mihi relinquitur, quod meo jure habiturus sum, citra speciem legati, *l. cum pater*, §. *curatoris, sup. de leg.* 2. *l. post emancipationem, de leg.* 3. Sensit utique testator hoc loco de fructibus futuris post mortem fructuariæ, ut redirent ad hæredes; non de fructibus præteritis, quos fructuaria percepisset: sed, ut ait, juris imperitia lapsus testator ita legavit frustra et inutiliter quod et citra legatum ad hæredes perveniret. Et hæc est sententia hujus legis.

Ad L. Uxori meæ IX. de Dote præleg.

Uxori meæ fundum Cornelianum, et quæ nuptura obtulit æstimata in speciebus restitui volo. Respondet non æstimatum prædium in dotem datum, exceptum non videri, sed universa dote prelegata rerum æstimatarum pretium non relictum; verum ipsas res, quales invenirentur.

Uxor marito in dotem dedit fundum Cornelianum inæstimatum, et alias plerasque res æstimatas. Fundus inæstimatus proprie dicitur dotalis, *l. unica*, §. *in fundo, C. de rei uxor. act.* quia licet sit in bonis mariti dotis causa constante matrimonio, tamen soluto matrimonio plerunque is ipse fundus mulieri reddi debet, nec interim a marito alienari potest. Alia est conditio fundi, vel alterius rei æstimatæ, quoniam si fundus æstimatus sit, vel quæ alia res in dotem oblata, soluto matrimonio liberatur maritus, si malit mulieri solvere æstimationem, non rem ipsam, *l.* 11. §. *ult. de jur. dot.* Et fundum æstimatum maritus alienare potest, quia pro emptore habetur: et lex Julia de fundo dotali, de inæstimato loquitur, non de æstimato. Hoc cogito finge, maritum, qui ab uxore in dotem fundum Cornelianum acceperat inæstimatum, et alias plerasque ræs æstimatas, mandasse hæredibus suis, ut post mortem suam eas res æstimatas mulieri restituerent in speciebus ipsis, ac si initio inæstimatæ fuissent. Quæritur, an etiam is ipse fundus, qui inæstimatus est mulieri reddi debeat: an vero satis sit, ejus fundi æstimationem mulieri solvi, quod posset quis tentare, quoniam qui jubet æstimatas tantum res in speciebus ipsis restitui, non quidem adjecta illa taxatione tantum sed qui de æstimatis tantum rebus loquitur, ut mulieri restituantur in speciebus ipsis, potest videri aliud sensisse de fundo inæstimato, ut non in specie ipsa restituatur, sed liberum sit hæredibus offerre fundi pretium. At Papinia. aliud judicium est, qui et fundum ipsum inæstimatum vult mulieri restitui, non pretium, quasi noluerit testator mutare jus et conditionem fundi inæstimati, sed fundi tantum æstimati, vel aliarum rerum æstimatarum. Itaque universa dos mulieri restituenda est in speciebus ipsis, tales quales fuerint tempore soluti matrimonii, *quales invenirentur*, inquit: quibus verbis significat, et deteriores factas recte restitui, ut *d. l.* 11. *in pr. et l.* 12. *de jure dot.* Potuit enim maritus constante matrimonio eas res usu deterere. Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad Legem III. de Instruct. et instrum leg.

Fundum instructum libertis patronus testamento legavit, postea codicillis petit, ut morientes partes suas fundi superstitibus restituerent, nec instructi mentionem habuit: talem in causam fideicommissi deductam videri placuit, qualis fuerat legatus, sed medii temporis augmenta fœtuum, et partuum, item detrimenta fatalium fideicommisso contineri.

Legavit patronus libertis suis fundum instructum et verbis fideicommissi petiit ab eis, ut morientes partes suas fundi superstitibus restituerent, id est, in eo fundo eos invicem precario substituit: et dixit, partes suas fundi, non partes suas fundi instructi. Sed quod dixit in legando, se libertis legare fundum instructum, id in fideicommisso ad communionem adsumitur, et repetitum intelligitur, ut in *l. cum pater*, §. *cum imperfecta. sup. de leg.* 2. ut scilicet morientes liberti partes suas fundi instructi, uti legatus est, superstitibus restituant. Itaque qualis fundus legatus est, talis etiam in fideicommissum deductus esse intelligitur. Logicum est quod Bartolus dixit hoc loco, et iisdem fere verbis usurpat Valerius in epist. ad Ruffinum, ne ducat uxorem, quæ extat inter opera D. Hieronymi. Logicum est, inquam, talia esse subjecta qualia præmiserint prædicata: ut in proposito, tale erit fideicommissum, quale fuit legatum: fuit legatum fundi instructi: et fideicommissum igitur erit fundi instructi. Et subjicit Papinianus quod est satis difficile, *fideicommisso hujusmodi contineri augmenta fœtuum et partuum, et detrimenta fatalium*, quæ verba non intelligens Martinus, tentabat ut Accurs. notat, addita negatione hoc loco legere *fideicommisso non contineri*, perperam, quia etsi instrumento non contineantur pecora fundi, quæ scilicet in fundo paterfamil. habuit, ut ex eis pecoribus, ut ex grege pecorum fructus caperet, vel negotiaretur venditis fœtibus pecorum *l. de reg. hoc tit.* continentur tamen instructo, *l.* 2. *C. de verbor. signific.* Et hic proponitur legatus instructus fundus: patet latius instructi nomen, quam instrumenti legatum. Ergo instructo continentur etiam fœtus pecorum fundi, qui submissi gregem retinent, et retentant, *l. deducta*, §. *hæreditatem*, *ff. ad Trebell. l.* 11. §. *si servi de jur. dot.* Addit Paulus, 3. *Sentent. tit. de leg.* etiam instructo contineri pecora, quæ patrifam. instruendarum epularum gratia in fundo comporata sunt. Ergo et fœtus eorum, quibus latius instruuntur epulæ paterfamil. qua Pauli sententia ductus valde probo, quod omnes libri veteres habent Varronis 2. de re rustica, *eum, qui parat pecus, scire debere in grege, quot fœminas habeat, quot parere possunt, quot arietes, quot utriusque generis soboles, quot epulæ sint alienandæ*: quæ postrema verba nullum non vexant, sed intelligere oportet, quot epulæ instruendæ sint hominibus distrahendæ. Nam et epula singulariter antiquos potuisse Festus scribit. Constat etiam instructo contineri mancipia, quæ in fundo habuit paterfam. sui cultus et ministerii causa, et uxores et natos, ut ait *l. quæsitum*, §. *contubernales*, *h. tit.* uxores et infantes, §. *uxores quoque*, *in eadem l. quæsitum*, vulgari sermone infantes accipiens pro natis, ut D. Hieronymus in Genesim ait, sua ætate Romæ omnes filios vocatos infantes, ut scilicet in idiotismo nostro, *enfant*. Denique partus ancillarum, quæ in fundo instructo sunt, partus, nati, infantes et ipsi instructo continentur. Et huc valde pertinet lex penult. *infr. hoc tit.* quæ ostendit etiam medio tempore agnata, a testamento facto scilicet in diem mortis testatoris instructo cedere. Quid vocat *agnata?* nisi fœtus et partus. Ergo recte etiam Papinianus ait hoc loco, *medii temporis*, a die scilicet mortis testatoris in diem fideicommissi cedentem, *augmenta fœtuum et partuum fideicommisso contineri*. Et addit, *ut augmenta*, *ita etiam detrimenta fatalium*, quæ alii vocant damna fatalia, quæ ex improviso contingunt, nec evitari possunt, fideicommisso contineri. Quid hoc est? augmenta scilicet augere instructi legatum: detrimenta fatalia minuere? puta, si suo fato deperierint pecora, vel mancipia, vel fœtus aut partus, instructum recipere augmentum et diminutionem. Et ita hoc primum responsum explicatum est. Sequitur aliud

Ad §. Minor.

Minor viginti annis instructa prædia consobrinæ suæ dari voluit, et quosdam servos prædiorum vivus manumisit. Non idcirco servi manumissi præstabuntur, quod ad libertatem pervenire non possunt. Idem juris est, cum ex quavis alia causa libertas non competit.

Minor viginti annis, cui per l. Æliam Sentiam non licet servum manumittere nec inter vivos, nisi vindicta, causa probata apud consilium prætoris vel præsidis, nec testamento, consobrinæ suæ legavit instructa prædia quædam. In instructo istorum prædiorum erant servi, quos vivus post testamentum manumisit inutiliter, libertas servis non competit. Vel finge, manumisit eos utiliter causa probata consilio, sed extrinsecus supervenit alia causa, quæ libertati impedimento est, veluti quæstio adulterii, ut in *l. cum filius*, §. *servus*, *sup. de leg.* 2 Quæritur, an ii servi, qui a testatore non jure, aut frustra manumissi sunt, instructo prædiorum cedant? Et respondet Papinian. non

cedere: recte, quia destinatione testatoris instructo exempti sunt, etiamsi ea destinatio ad effectum perducta non fuerit, ut in *l.* 19. §. *ult. inf. de pec. leg.* Et hoc quoque modo instructi legatum vel fideicommissum diminutionem recipit. Nec obstant tres leges quas Accurs. in medium profert, tanquam huic responso contrarias, *l. servum filii*, §. *si idem*, *de leg.* 1. *l. si servus legatus*, §. *si servus*, *eodem tit. l. qui testamento*, *de leg.* 2. *l. cum ita*, §. *ult. de opt. leg.* In iis omnibus ostenditur, eodem servo legato, et manumisso inutiliter non perimi legatum servi. Distinctio aliqua adhibenda est, ut hæ leges cum hoc responso in concordiam adducantur. An adhibebimus hanc distinctionem, qua utitur Glossa in *d. l. qui testamento.* Aut antiquius est legatum servi manumissione, ut in hoc responso, et tunc manumissio, quamvis sit inutilis, argumentum est adempti aut diminuti legati: aut manumissio inutilis, cujusve conditio defecit postea, nihil refert antiquior est legato, et utile legatum est. Sed hanc distinctionem refellit *d. l. servum filii* §. *si idem*: quæ legatum antiquius facit manumissione, et tamen statuit utile legatum. An igitur, ita distinguemus ut Accurs. hoc loco? Aut specialiter servum legavit, et legatum utile est, etiam servo manumisso, modo sit manumissio inutilis, alioqui legato præponderat manumissio. Aut generaliter servum legavit, ac manumisit inutiliter, et legatum inutile est. Hanc distinctionem etiam refellit *d. l. cum ita*, §. *ult.* quæ servo legato generaliter et manumisso sub conditione deficiente conditione libertatis ait: etiam in eo servo legatum consistere, et eligi eum servum posse ab eo, cui homo generaliter legatus est. An igitur potior erit hæc ultima Accurs. distinctio? Aut eodem testamento legavit servum, et inutiliter manumisit eadem scriptura, eodem tempore, et quasi momento, et non videtur tam cito a legato recenti, quod fecit juncta scriptura penitus recessisse, sed ita demum, si libertas servo competere possit. Aut testamento servum legavit et manumisit inter vivos, ut in hoc responso, et hoc plane videtur fecisse consulta opera, legati adimendi aut minuendi gratia. Multum interest duobus instrumentis quid fiat, diversisque temporibus, an instrumento uno, tempore uno, *l. quingenta*, *sup. de probat.* conjuncta, *l. plane*, §. *sed si non corpus*, *sup. de leg.* 1. Et hæc probabilior distinctio est. Sequitur *l.* 9. *de alim. et cib. leg.*

Ad L. IX. de Alim. leg.

Alio hærede instituto, ita scripsi: a te peto Gai Sei, quicquid ex hæreditate mea redegeris, illis alumnis meis des, singulis denos aureos eandemque summam penes te esse volo, cujus ex incremento eos alere te volo, reliquum restitues Numerio conliberto nostro. Respondi quamvis distrahere bona Gajus Sejus alio scripto hærede non possit, tamen eum alumnis relictum pecuniam, ut servet ac restituat intra Falcidiam recte petiturum, quod de superfluo probari non potest,

In *l.* 9. *de alim. legat.* proponitur testator L. Titium hæredem instituisse; deinde C. Sejum, quem neque hæredem instituerat, nec ei quidquam legaverat, fecisse dispensatorem sive curatorem et executorem certa in re, de qua mox dicemus, supremæ voluntatis suæ. Idem etiam dicitur minister, ἐπίτροπος, *et* ὑπουργός in Basilicis, ut memini me dicere lib. 7. ad *l.* 8. *hoc tit.* λειτουργός. Cujus pars etiam est de executore supremæ voluntatis, et apud Diogenem Laertium in testamento Theophrasti et Stratonis ἐπιμεληταὶ τῶν, etc. Et hoc causam dedit Bartolo in hac præcipue l. suopte ingenio multa quærendi, excogitandi, adinveniendi de executoribus supremarum voluntatum, cujus traditiones pleraque hac de re in mores abierunt, licet nulla certa lege subnixæ sint, sed ingenio tantum illius hominis, quoniam de executoribus testamentorum pauca legibus prodita sunt, quæ sola decrevi etiam paucis explicare. Et leges nihil fere dant executoribus supremarum voluntatum, mores dant hodie nimium.

Cum igitur in hac lege proponatur testator Cajum Sejum elegisse executorum suæ voluntatis, videamus, qua in re eum elegerit et fecerit executorem. Nimirum petiit ab eo, ut auctioni sive venditioni bonorum suorum interesset, vel præesse, et quidquid pecuniarum ex ea venditione redigeret Cajus Sejus, ex eo in primis reservaret, et seponeret alumnis testatoris singulis denos aureos, non annuos, quod perperam additur in quibusdam codicibus, sed singulis semel duntaxat attribuendos, eamque summam, puta, triginta aureorum, si erant tres alumni, testator Cajum Sejum penes se habere voluit, et ejus summæ incremento alumnos alere et tueri, superfluum autem incrementi Numerio restituere colliberto. Incrementum vocat usuram supradictæ summæ triginta aureorum. Usura est incrementum sortis, πλεονασμός, ut dixerunt 70. *Levit.* 25. Reliquum autem quod redactum est ex venditione rerum hæreditariarum, sane voluit testator L. Titium hæredem institutum suo jure sibi habere: hæc est testatoris suprema voluntas. Et primum quidem constat Cajum Sejum, non posse facere auctionem bonorum, quia hæres non est, hoc munus est hæredis, non dispensatoris vel executoris. Et hoc Papinianus ponit pro certo atque

confesso. Sed quæritur, an Cajum Sejus ab hærede petere possit alumnis relictam pecuniam, ut eam secundum voluntatem testatoris alumnis servet et restituat, alendo eos ex usuris ejus pecuniæ salva hæredi Falcidia, si locum habeat: nam ex relicto alimentorum Falcidiam detrahi constat, *l. hæreditatem, et l. Divi, ff. ad l. Falcid.* Et hic locus aperte probat, id esse verissimum, dum ait, *intra Falcidiam,* id est, salva hæredi Falcidia, relictam pecuniam alumnis eis a Cajo Sejo esse servandam intra Falcidiam, id est, citra Falcidiam, quæ hæredi salva esse debet, ut in Glossa *intra*, id est, *citra:* sicut retro *citra* pro *intra*, sæpissime apud Cornelium Tacitum legitur. Quæstioni autem propositæ Papinian. ita respondet: Cajum Sejum ab hærede posse petere pecuniam destinatam alimentis alumnorum testatoris, quod favorem alimentorum extorsisse apparet ex eo, quod Papinian. subjicit, *C. Sejum non habere etiam petitionem superflui usurarum ejus pecuniæ, quod Numerio relictum est.* Quia extra causam alimentorum alumnis præstandorum, vel extra quam aliam piam causam, ut probat *l. nulli, C. de episc. et cler.* nudo executori in hæredem nulla est actio; nam et causa alimentorum, piis causis adnumeratur, maxime si pauperibus relinquantur alimenta, *l. nulla, hoc tit. et Nov.* 131. illo loco εἰς πτωχῶν τροφάς, etc. In alimenta, inquit, pauperum et in alias pias causas, neque quidquam amplius de nudo executore supremæ voluntatis legibus proditum est præter id, quod jam habuimus *sup.* in *l.* 8.

Ad §. Eum quoque.

Eum quoque libertum inter eos, quibus cibaria, item vestiarium patrona, quæ viva præstabat, reliquit, recte fideicommissum petiturum existimavi, qui annuos viginti aureos et menstruum frumentum, atque vinum acceptavit.

Huic priori responso Papinian. subjicit aliud, quod ad longe aliam speciem pertinet quam superius, et vulgo confunditur male cum superiore. Patrona per fideicommissum reliquit libertis suis cibaria et vestiaria, quæ viva præstabat. Inter libertos est unus, cui viva præstabat annuos 20. aureos, et menstruum frumentum atque vinum. Quæritur, an huic etiam liberto ex superiore fideicommisso debeantur 20. aurei annui et frumentum vinumque menstruum quod viva ei præstabat? Posset dici non deberi, quia non hæc libertis reliquit per fideicommissum, sed cibatum et vestitum cibaria et vestiaria. Et tamen Papinianus ait, cum libertum ex causa fideicommissi ferre id omne, quod acceptavit a viva, id est, annuos aureos 20. et menstruum frumenti, vinique certum modum, certam erogationem, quam viva faciebat, et falsam demonstrationem non officere fideicommisso, quod omnino congruit cum *l. Titia, §. ultim. sup. de ann. leg.* vulgo non intelligunt quæ sit vis, aut qua in re consistat vis hujus responsi. Acceptare, quo verbo utitur, est verbum proprium præstationum annuarum, ut in *l. Sejo, §. ult. de ann. leg. l. qui nominibus, §. ult. ff. de adm. tut. l. tale §. post. divisionem, sup. de pact.*

Ad L. XXIV. de Liberat. leg.

Cum hæres rogatur debitorem suum liberare, de eo tantum cogitatum videtur, quod in obligatione manserit; itaque si quid ante tabulas apertas fuerit solutum, ad causam fideicommissi non pertinebit, quod autem post tabulas apertas ante aditam hæreditatem ab eo. qui voluntatem defuncti non ignoravit, fuerit exactum, dolo proximum erit, ideoque repeti potest.

Testator hæredem rogavit, ut debitorem suum, id est debitorem hæredis proprium, non debitorem testatoris liberaret: debitor ante apertas tabulas testamenti, eum ignoraret sibi liberationem legatam, ignoraret id etiam hæres, hæredi bona fide solvit. Quæritur, an postea cognita voluntate testatoris, debitor soluti condictionem habeat tanquam indebiti? Et respondet non habere, quia de eo tantum cogitasse testator videtur, quod in obligatione mansisset, non quod esse desiisset solutioni citra dolum hæredis: ut hic ponitur dolo caruisse hæres, qui ignorabat tenorem testamenti, clausis tabulis testamenti, necdum apertis. Nam si dolus hæredis interveniat, ut si post apertas tabulas cognita voluntate testatoris, quod sibi debitor debuit, qui ignorat voluntatem testatoris, exegerit, propter dolum hæredis, qui fraudem fecit voluntati testatoris, et distulit aditionem, ut exigeret debitorem contra voluntatem defuncti, hoc casu debitori condictio indebiti competit: differentiam igitur facit inter scientem et ignorantem voluntatem defuncti, quia in illo dolus est, in hoc nullus dolus est, et tamen in *l. si quis, §. 1. sup. de leg.* 1. dicitur indistincte, hæredem servum proprium a se legatum si manumiserit, legatario teneri, sive scierit, inquam, sive ignoraverit a se legatum. Ne dicas, ut Glossa ibi, hæredem servum manumisisse post aditam hæreditatem: idem erit, si manumiserit ante aditam hæreditatem: et verius est, sic esse definiendam rem omnem, facto hæredis legatum perimi non posse, veluti manumisso servo legato, sive scierit, sive ignoraverit esse legatum: et in specie hujus l. etiam facto hæredis non perimi legatum liberationis, sed facto debitoris solventis: si ignorans solverit ignoranti, legatum perimitur, non etiam si ignorans solverit scienti.

Ad L. XXIV. de Adim. leg.

Legatum sub conditione datum, cum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personæ cohæreat. Nam si quis uxori, sublatis liberis legaverit, repetita conditio nnn videbitur, quæ fuit in persona mulieris necessaria.

In principio legis 24. ostenditur, legatum relictum sub conditione, si adimatur et transferatur in alium, translatum videri sub conditione nisi, inquit, prioris legatarii personæ conditio cohæreat, ut quo exemplo utitur, si uxori legatum sit sub conditione, si liberos susceperit, etiam si legatum illud translatum sit in aliam mulierem, non intelligitur repetita esse eadem conditio, si et alia mulier liberos susciperet, quia ea conditio cohærebat personæ uxoris, quasi maxime necessaria in persona uxoris ex *l. Papia*, ut beneficio liberorum caperet legatum, cujus ex *l. Papia* alioquin incapax est ex testamento mariti. Quamobrem et ea conditio frequenter adscribitur legato uxori relicto, *l.* 9. *et* 25. *et* 60. *inf. de cond. demonstr.* In persona alterius mulieris, quæ erat capax, nec indigebat beneficio liberorum, non fuit ea conditio necessaria: ideoque nec repetita intelligitur. Et cum hac sententia Papinian. congruit omnino *l. Cajam in pr. sup. de alim. leg. et l.* 94. *inf. de cond. et demonstr.* Verum obstat huic sententiæ *l. sub conditione, sup. de hæredib. instit.* quæ ait, conditionem adscriptam hæredi instituto, non videri repetitam in substituto, in quem videtur transferri hæreditas: an aliud est in hæreditate, aliud in legato? Minime vero, sed hoc ideo ita est proditum in *d. l. sub. conditione*: quia in substitutum non transfertur hæreditas. Alioquin transfertur cum omni suo onere, cum omni causa sua, sed ei datur directo, et idem dicere in substituto legatarii. Noli igitur separare hæreditatem a legato, sed separa substitutum legatarii aut hæredis instituti ab eo, in quem transfertur hæreditas mutata voluntate, eodem testamento, vel alio, aut legato, vel fideicommisso.

Ad §. Pater.

Pater hortos instructos filiæ legavit, postea quædam ex mancipiis hortorum uxori donavit, sive donationes confirmavit, sive non confirmavit, posterior voluntas filiæ legato potior erit. Sed et si non valeat donatio, tamen minuisse filiæ legatum pater intelligitur.

Proponit, testatorem hortos instructos filiæ legasse, postea servum, qui erat in instructo vel instrumento hortorum, donasse uxori inter vivos, etiamsi donatio non sit confirmata ultimo judicio donatoris, id est, etiamsi inutilis sit, diminutum intelligitur esse legatum hortorum instructorum, etiam donatio inutilis, sicut manumissio inter vivos minuit legatum. Et posterior voluntas, id est, donatio collata in uxorem, legato filiæ est potior, id est, legato filiæ servus donatus eximitur, licet donatio effectum non habuerit. Et conjungi omnino debet hic locus cum *l.* 3. §. *ultim. sup. instr. leg.* et observa testatorem ex instructo hortorum uxori donasse alio instrumento, nempe inter vivos, et in eo servo legatum esse inutile, licet donatio inutilis sit: secus esset dicendum, si eodem testamento donasset eodem instrumento, ut *l. ult.* §. *ultim, de aur. et arg. leg.* Proponitur, quædam legasse quidam universa ornamenta sua. Deinde eodem testamento jussisse ornamenta quædam sua insumi in funus et condi, forte sarcophago, et huic voluntati non paruisse hæredes, quod potuerunt impune, non consumpsisse ea ornamenta, an debentur ei, cui universa sunt ornamenta legata, an cedunt lucro hæredum? Et dicitur: in eis ornamentis, quæ consumi jusserat, legatum consistere. Quod eadem scriptura non penitus minuisse videtur, sed ita demum si ornamenta consumerentur, quod confirmat distinctionem a nobis hæri approbatam. De donatione autem inter virum et uxorem confirmata testamento sunt repetenda, quæ dixi in *l.* 54. *de donat. inter vir. et uxor. et l. cum pater*, §. *pater filiæ, de leg.* 2.

Ad L. XVI. de His, quib. ut ind.

Cum tabulis secundis pater impuberi filio fratris filios cohæredibus datis substituisset, ac substituti fratris filii post mortem pueri matrem ejus partus subjecti ream postulassent, ut hæreditatem patrui legitimam obtinerent: victis auferendam esse partem hæreditatis ex causa substitutionis, respondi, quia ex testamento sententiam secundum se dictam non haberent.

Initio hujus legis hæc proponitur species. Pater filio impuberi, quem habet in potestate hæredi instituto substituit ex parte in secundum casum, quæ subutitutio pupillaris appellatur, id est, pupillare testamentum, substituit ex parte filios fratris, qui impuberi sunt fratres patrueles, et alios quosdam. Post mortem patris, mortuo etiam filio intra pubertatem, filii fratris testatoris, matrem pupilli ream fecerunt suppositi partus, ita scilicet vindicantes sibi totam hæreditatem patrui ab intestato, qui non accusata matre pupilli suppositi partus ex testamento pupilli, id est, ex substitutione pupillari tulissent tantum partem, tanquam substituti in partem duntaxat. Nam si substituti fuissent in

assem, jure substitutionis laturis assem, omnino nihil profuisset accusatio suppositi partus, sed ideo eam instituerunt, ut irritum facerent testamentum pupillare, et ab intestato patrui totam hæreditatem obtinerent. Et sane si in ea accusatione obtinuissent, proculdubio totam patrui hæreditatem ab intestato vindicassent et exclusissent cohæredes sibi adjectos in testamento pupillari. At si non obtinuerunt in accusatione suppositi partus: qui hac via captabant assem, et partis delatæ ex substitutione pupillari damnum facient, quia substitutione sunt indigni, quia eam oppugnaverunt, negando eos, quibus facta est substitutio, quæ non potest fieri nisi liberis in potestate constitutis, *l. 2. de vulg. et pupill. subst.* Negando, inquam, eos esse liberos defuncti, quod utique negant, qui dicunt matrem supposuisse partum, *l. 1. §. ultim. de Carbon. edic.* denique, qui captabant totum, et partem amittunt, quam alioqui obtinuissent. Sic sæpe falluntur aucupes et venatores, dum nimiam prædam affectant, quibus etiam Poetæ solent comparare captatores alienorum testamentorum. Et est vera vox illa vulgo jactitata:

Qui duos lepores insequitur, is neutrum capit.

Pars autem hæreditatis pupillaris, quæ aufertur filiis fratris tanquam indignis, proculdubio cedit in fiscum *l. 9. in fin. hoc tit.* Quæ ut indignis auferuntur, proprio nomine vocantur *ereptitia*, quod a fisco ea eripiantur plerumque exceptis duobus, vel tribus casibus.

Ad §. Quoniam stuprum.

Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quæ se non patroni concubinam esse patitur, ejus qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur, idque in testamento Cocceii Cassiani clarissimi viri, qui Rufinam ingenuam honore pleno dilexerat, optimi maximique Principes nostri judicaverunt, cujus filiam quam alumnam testamento Cassianus nepti cohæredem datam appellaverat, vulgo quæsitam apparuit.

Quidam Senator Pop. Rom. Rufinam ingenuam mulierem pleno honore dilexit, id est, uxorem legitimam habuit: honore isto pleno secernitur uxor a concubina, *l. item legato. §. pen. sup. de leg. 3. donationes sup. de don. l. 13. C. de postlim. rev. ab. host l. 8. C. de ope. libert.* neque enim concubina, si alterius, quam patroni sit concubina matrisfam. id est, uxoris legitimæ honestatem habet, quamvis jure licito habeatur in *l. probrum, de rit. nupt.* Et hoc maxime concubina distat ab uxore dignitate, seu honestate: *honore pleno.* Itaque concubina non est uxor, sed uxorem imitatur, ut ait Julianus in Nov. 17. Concubinatus non est matrimonium, sed imitatio matrimonii aut semimatrimonii, nec tamen est illicita. Imo legitima conjunctio, quod nostri ignorant quomodo fiat, quia non sunt in usu concubinæ hodie, nisi in montanis quibusdam regionibus. Ergo et matrimonium et concubinatus, utraque legitima conjunctio est, *l. in concubinatu, in fin. de concub.* Cum concubina struprum non committitur, etiamsi is, qui eam habet, non sit ejus patronus: patronus dicitur honestius libertam habere concubinam, quam matremfam. id est, uxorem justam. *l. 1. §. 1. sup. de concub.* Sed tamen et non patronum dicimus habere posse concubinam impune, nec cum ea struprum committere. Et hoc est quod ait §. hujus initio, *struprum in ea non contrahi: quæ se non patroni concubinam esse patitur.* Quæ se patroni concubinam esse patitur, hoc est certum, quia honestius a patrono habetur ut concubina, quam ut materfam. Sed et in ea struprum committi non placet, quæ se non patroni concubinam esse patitur: *non patroni*, id est, *exteri* nomine infinito, ut fit sæpe, vice nominis usurpato. Senator igitur Pop. Rom. ut initio posui, Rufinam in matrimonio habuit, et post mortem Rufinæ, filiam ejus, id est, privignam suam in concubinatum adsumpsit, in matrimonium non potuisset, non est vitrico connubium cum privigna, nec soluta adfinitate morte uxoris, quod Institutiones docent: et sæpe fit, ut cum qua non est justum matrimonium, sit tamen justus concubinatus, quod non eodem honore habeatur concubina, quo justa uxor, non eodem numero, ut in *l. 1. §. qui autem, et §. ultim. et l. ult. sup. de concubin.* Contra, videtur in hac specie Senatori cum privigna non fuisse justum concubinatum, quia fuit ingenua, nata nimirum ex Rufina ingenua muliere, *l. quod ex liberta, C. de oper. libert.* legend. *quod ex libera.* Cum ingenua autem muliere nec justus concubinatus est, *d. l. in concubinatu, sup. de concub.* ut et Vopiscus refert, Aurelianum Imperatorem concubinas ingenuas habere vetuisse. At ita respondet, imo et in concubinatu haberi posse ingenuam, quæ vulgo corpore quæstum fecerit, *d. l. in concubinatu.* Et in hac quoque specie, ut Papinianus ait, *apparuit supradictam privignam, vulgo quæsitam, sive quæstum*, ut habent Florentini proprius vero, sed deficiente verbo *fecisse*, quod supplendum est, *apparuit*, inquam, *supradictam privignam, vulgo quæstum fecisse*, ut in extremo hujus responsi esse legendum, jampridem ostendi. Jure ergo Senator eam habuit in concubinatu, et consequenter jure eam ut concubinam Senator testamento ex parte hæredem instituit sub appellatione alumnæ, adjecta cohærede

nepte ejusdem Senatoris. Justæ enim concubinæ plus habent hac in re, quam habuerint justæ uxores. Ante Justinianum, uxores non habebant, nisi beneficio liberorum solidi capacitatem ex testamento mariti, concubinæ habebant. Cum concubina igitur est testamenti factio, ut hic locus aperte demonstrat, et solidi capacitatem habet concubina, ut dixi, et habuit ante Nov. Just. *de natur. lib.* Cum concubina est testamenti factio, quia stuprum cum ea non contrahitur: cum stupro cognita virgine vel vidua non est testamenti factio, nec si militare testamentum sit, sed quod ei relinquitur, fiscus occupat, *l. muliere*, *sup. hoc tit. l. miles ita*, §. *mulier*, *de milit. testam.* Et hæc est sententia hujus 2. respons. quam Papin. confirmat ex decreto Severi et Antonini, quos solet optimos maximos Principes appellare.

Ad §. Ultimum.

Cum hæredis nomen, mutata voluntate paterfam. incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adjudicatum fuisset; eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem D. Marco placuit, et ideo cum suo onere fiscum succedere.

Testator qui plures hæredes scripserat, inciso lino, quo junctæ erant tabulæ testamenti: hoc est incisis tabulis, ut ait, mutata voluntate, unius hæredis nomen delevit. Quo facto, quia eum judicavit indignum sua hæreditate, fiscus in ejus portionem successit, et successit cum onere legatorum ab eo hærede relictorum et fideicommissorum et libertatum, ut D. Marcus decrevit, cujus etiam decreti fit mentio in *l. cum quidam*, *hoc tit.* Et forma decreti exponitur in *l. pen. de iiis, quæ in testam. delent.* Cum onere, inquam, legatorum, quia legatariorum nomina etiam testator non delevit. Legatarii retinuerunt voluntatem, is solus hæres non retinuit voluntatem, cujus nomen inductum et deletum est. Et generaliter tandem obtinuit ex omnibus causis caduca fieri cum onere, *l. quidam*, §. *quotiens de leg.* 1. *l. in facto*, §. *ult. de condit. et demonst. l.* 3. §. *cum ex causa*, *l. dicitur*, *inf. de jure fisci l.* 2. §. *ultim. siquis aliq. test. prohib. l. cum fisco*, *de Senatus. Syllan.* Maxime autem observandum est in specie hoc loco proposita, testatorem unius tantum hæredis nomen induxisse et delevisse, non omnium hæredum testamento scriptorum, ex quo evidenter apparet noluisse eum mori intestatum, ut in *l.* 2. *sup. de iis, quæ in testam. del.* Nam si voluisset intestati exitum facere, non unius, sed omnium hæredum nomina circumscripsisset: at sane si omnium hæredum nomina circumscripserit, voluntatis quæstio est, utrum voluerit intestatus decedere, quod si voluisse eum probaverint legitimi hæredes, qui veniunt ab intestato, scriptis hæreditatem auferent excluso fisco, nec hoc casu legata, aut fideicommissa debebuntur: quia probarunt eum mori voluisse intestatum, et legata etiam ab intestato fuisse relicta non proponitur, *l. ultim. sup. de iis*, *quæ in test. delent. l.* 1. §. *pen. inf. si tab. testam. null. ext.* Paulus 4. *Sent. tit. de intestator. successionibus*: ut est legendum, *in collatione legis Dei cum jure civili populi Rom.* cujus auctorem facio Licinium Rufinum, ubi referuntur maxime ad hanc rem apposita hæc Pauli verba: *Intestati sunt et qui linum, ut intestati decederent, abruperunt.* Et rursus quæstio est voluntatis, cum omnia hæredum nomina delevit, an hæredes scriptos judicaverit esse indignos sua hæreditate, quod in dubio præsumitur, nisi aliud probent legitimi hæredes, ut supra diximus, et fiscus in locum hæredum scriptorum succedit cum onere legatorum. In dubio adsumitur benignior sententia, ne intercidant legata aut fideicommissa, quæ intercciderent, si in dubio res intelligerentur deducta ad causam intestati, *l. pen. sup. de iis*, *quæ in test. debentur.*

Ad Leg. XCIII. de Condit. et demonstration.

Mater filio suo cohæredes sine ulla conditione filios ipsius dedit, ac petiit, ut filias suas emanciparet, ita ut curatores a prætore acciperent: filii videri fidei commisisse placuit, ut eas sui juris constitutas, ad hæreditatem aviæ pervenire pateretur, nec ad rem pertinere, si portionem filiarum jure substitutionis quæsisset.

Cum in superiori lege ex Ulpiano propositum esset, fideicommissum, quo hæres vel legatarius rogatur filios suos emancipare, jure quidem directo ratum non esse, quia scilicet patria potestas inæstimabilis res est, ut *l. filiafamil.* §. *secundum*, *de leg.* 1. sed agnito legato, vel hæreditate extra ordinem, id est, auctoritate Principis compelli eum posse, ut filios emancipet, ne circumveniatur voluntas testantis, quam utique circumvenit, qui agnoscit legatum et hæreditatem, et id tamen, cujus contemplatione legatum vel hæreditas relicta est, implere detrectat prolato in eam rem rescripto quodam Divi Severi; nunc in hac lege ex Papin. ejusdem rescripti species et sententia proponitur, quæ talis est. Mater filium suum, et filias ipsius, ut in hac lege, vel filios ipsius, ut in lege superiori, sed nihil refert, id est, neptes, vel nepotes suos hæredes instituit omnes pure, nec nepotum, vel neptium institutioni adje-

cit conditionem emancipationis : si a patre emanciparentur : sed omnes pure hæredes instituit, et eos invicem substituit vulgari modo, scilicet in primum casum verbis directis; deinde filium rogavit, ut eos nepotes neptesve emanciparet, ita ut emancipati curatores a prætore acciperent, qui erant minores 25. annis; nec rogavit etiam filium, ut eis restitueret portiones hæreditarias eis in testamento ante adscriptas, et filio per eos easve acquisitas jure patriæ potestatis, vel jure substitutionis vulgaris. Nam quod maxime notandum est, in electione et arbitrio et patris substituti, filiis suis, quos habet in potestate, utrum malit ex eorum persona acquirere hæreditatem jure patriæ potestatis, jubendo eos adire hæreditatem, an non jubendo, ex sua persona eam adquirere jure substitutionis vulgaris, quæ vice mutua facta proponitur : Et in hanc rem est valde singularis *l, Julianus in fine, sup. si quis omissa causa testamenti* : et tamen, ut Papinianus ait, filius rogatus emancipare filios ipsius cohæredes ei datos, tacite rogatus videtur post emancipationem iisdem filiis restituere portiones eorum, sive eas quæsierit jure potestatis, sive jure substitutionis. Quo enim emancipatio, nisi ut eis restituat portiones eorum? Quo rogatur eos emancipare, nisi ut mox eis restituat portiones eorum sibi acquisitas quoquo jure? cum in ejus arbitrio fuerit, hoc vel illo jure eas acquirere. Itaque et portiones eorum post emancipationem restituere debet sine mora, alioquin ex mora præstabit fructus et usuras, ut in superiori lege. Et hæc est sententia hujus responsi, congruens omnino cum rescripto Severi, quod proponitur in superiori lege, et aliud ex alio lumen fœneratur, congruens etiam omnino cum *l. quamvis, Cod. de fideicommiss.*

Ad L. CI. de Condit. et demonst.

Pater Severinam Proculam Æliam Philippo cognato nuptiis testamento designavit; eidem filiæ prædium, si Ælio Philippo nupsisset, verbis fideicommissi reliquit, quod si non nupsisset, idem prædium Philippo dari voluit, nondum viripotens puella diem suum obiit, respondi, cum in conditionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat, Ælio Philippo fideicommissum ita datum videri, si ei Procula defuncti filia nubere noluisset, quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri.

Aggredimur *l.* 101. *de condit. et demonst.* quæ continet quinque responsa : tribus primis hoc agitur, ut tribus exemplis propositis ostendat, in conditionibus, quæ testamentis adscribuntur, voluntatem potius testatorum spectari, quam verba. Primum exemplum tale est, pater filiæ impuberi, quam testamento nuptiis Philippo destinavit, filiæ, inquam, impuberi destinatæ Philippo, cum nubilis esset ætatis, prædium legavit per fideicommissum sub conditione, *si Philippo nupsisset, et sub contraria conditione, si Philippo non nupsisset*, idem prædium Philippo legavit : post mortem patris filia Philippo non nupsit, quia et ipsa mox mortem obiit impubes, nec dum facta viripotens, sive viripatiens, ut esse dicendum quosdam existimare Festus refert, credo, quia viripotens dicitur, de mare valido apud Plautum in Persa. Certum autem est filiam legatum in hæredem suum non transmisisse, quia pendente conditione vita decessit. At quæritur, an legatum Philippo debeatur? Si verba spectas conditionis, debetur; quia verum est, filiam ei non nupsisse; sed si voluntatem testatoris spectas, ita demum Philippo datum videtur legatum, si filia cum nubilis esset et viripotens, ei nubere noluisset. Cum ergo nondum facta viripotens, vita decesserit, non intelligitur extitisse conditio legati Philippo relicti, et consequenter legatum Philippo non debetur. In conditionibus defuncti voluntas scripto potior est, et primum locum obtinet, et regit conditiones, *l. in conditionibus, sup. hoc tit.* Quod in fideicommissis plerumque servatur, ut in eis plus valeat voluntas, quam scriptum aut nuncupatum, quod est, *l. cum virum, C. de fideicom. l. pen. sup. de leg:* 1. In directis hæreditatibus, et legatis sane olim potius sequebantur scripta et formulis inhærebant, ut patet ex *l. commodissime, de lib. et post. l. si alii, sup. de usuf. leg. l. ille aut ille, §. 1. sup. de leg.* 3. At meo judicio ex sententia Justiniani, voluntas dominatur in omnibus, ut ait *l. cum quæstio, in fine, C. de legat.* ubi in omnibus, id est, non tantum in fideicommissis aut conditionibus, sed etiam in hæreditatibus et legatis, ut declarat idem Papin. in quæstione 1. hujus legis, nec ineleganter cum alia de re agitur, quam de directa scriptura sive oratione, puta, quid rerum provincialium appellatione testator intellexerit, *l. ex facto proponebatur, §. rerum, sup. de hæred. instit.* totum, inquam, facit voluntas defuncti. Nam quid senserit, spectandum. Male autem quidam notant in specie proposita, in fideicommisso prædii filiæ substitutum fuisse Philippum vulgariter. Nam si Philippus filiæ substitutus esset, in utrumque casum admitteretur, sive nollet ei filia nubere, sive non posset per ætatem, ut fit substitutione hæredum vulgari, *l. 3. C. de hæred. instit.* Qui tamen Philippus negatur admitti ad fideicommissum hoc loco in

posteriorem casum, videlicet filia mortua, antequam nubere posset. Multum distat substitutus ab eo, in quem transfertur legatum aut fideicommissum, quod memini me attingere in *l.* 24. *in pr. de adim. leg.* Qui substituit, non mutat voluntatem collatam in priorem: qui transfert mutat voluntatem, substitutioni non inest ademptio, translationi inest, *l.* 5. *sup. de adim. leg.* Et in specie proposita, in defectum conditionis filiæ ademptum legatum, et in Philippum translatum intelligitur, sed quia non defecit conditio adscripta filiæ, cum decesserit priusquam implere conditionem posset, nec igitur in Philippi persona legati translatio locum habet: et Baldus immerito pudorem et silentium injecit Ticini, quod Paulus Castrensis refert, cuidam Doctori jactanti, se in materia ultimarum voluntatum, de omni re, quæ in quæstionem vocaretur ex tempore respondere posse, cum quæsiisset ab eo, quo loco juris nostri proponeretur casus, quo substitutio vulgaris in legatis complecteretur unum tantum casum, *si prius legatarius nollet*, non etiam alterum casum, *si non posset*; et obmutescenti ostenderet hanc legem quasi id proponeret, in qua tamen, ut patefeci nulla substitutio fuit. Impostura jactantiam elusit.

Ad §. Ita.

Ita fideicommisso dato, volo restituas, si sine liberis decedas, conditio deficit ex voluntate, vel uno filio superstite relicto.

Sequitur aliud exemplum in §. 1. quo demonstratur in conditionibus interpretandis voluntatem potius testatoris considerari, quam verba: fideicommisso dato ab hærede sub conditione, si hæres sine liberis decederet, si hæres unum tantum filium reliquerit superstitem, si verba spectas, extitit conditio fideicommissi, quia non reliquit liberos, sed liberum tantum, ut sæpe Justin. loquitur, et nonnunquam Quintilianus, *Liberi et parentis is est effectus in cæro.* At si voluntatem spectas, conditio fideicommissi defecit, quia vel uno filio superstite, verisimile est testatorem noluisse fideicommisso locum esse, ut *l. ex facto §. si quis, inf. ad Treb. l.* 6. *§. pen. C. eod. tit. l.* 4. *C. quando dies leg. ced.* Et sub plurativo numero, si sine liberis, testatorem etiam singularem comprehendisse, quod et usus loquendi admittit, *l. non est sine liberis, de verb. signific.* Divus August. 16. de civitate Dei. *In Latinæ*, inquit, *linguæ consuetudine liberi dicuntur filii, etiamsi non sint uno amplius.* Et ab hac igitur defuncti voluntate, verba prorsus abhorrent.

Ad §. Conditionum.

Conditionum verba, quæ testamento præscribuntur, pro voluntate considerantur: et ideo cum tutores testamento dati, quoniam interea puer adoleverat, id egerint, ut curatores ipsi constituerentur, conditio fideicommissi talis præscripta; si tutelam in annum 18. *gesserint, defecisse non videbitur.*

Tertium exemplum, quo etiam ostenditur, in conditionibus voluntatem testatoris spectari, non verba, proponitur in §. *conditionum.* Testator filio suo impuberi tutores dedit, et legatum eis reliquit sub hac conditione, *si tutelam filii gessissent in annum octavum decimum*; qui est finis plenæ pubertatis, tutores dari tutelam non gesserunt in eum annum, quia nec potuissent. Finitur enim tutela pubertate incipiente, quæ in mare incipit ab annis 14. completis, in fœmina 12. sed filio pubere facto id egerunt et curarunt tutores, ut ipsi curatores eidem filio constituerentur et confirmarentur. Inviti non coguntur, cujus tutelam gesserunt, finita ea curam suscipere, §. *qui tutelam, Inst. de excus. tut.* sed sua sponte eam susceperunt, ut in *l. Cajus, de excus. tut. l.* 15. §. *ult. de tut. et rat. distr. l.* 2. §. *quæri, de susp. tut. l. cum hæreditas, de admin. tut.* Idque fecerunt tutores conditionis fideicommissi sive legati sibi relicti fidei remunerandæ gratia, implendæ gratia: neque tamen eam impleverunt, si verba spectas, quia non tutelam, sed curam gesserunt. At si mentem spectas, testatoris conditionem implevisse intelliguntur. Testatoris, inquam, qui abusus est tutelæ nomine, ut vulgus, et nonnulli alii auctores, id producendo ultra pubertatem inchoatam, usque ad plenam atque perfectam: plena pubertas incipit in mare ab annis 18. in fœmina a 14. *l. adrogato*, §. 1. *sup. de adopt. l. Mela, sup. de alim. leg.*

Ad §. Socrus.

Socrus nurui fideicommissum ita reliquerat, si cum filio meo in matrimonio perseveraverit: divortio sine culpa viri post mortem socrus facto, defecisse conditionem respondi: nec ante diem fideicommissi cedere, quam mori cœperit nupta vel maritus, et ideo nec Mutianam cautionem locum habere, quia morte viri conditio possit existere.

In §. *pen. hujus* l. proponitur hæc species: socrus nurui fideicommissum reliquit sub hac conditione: *si cum filio meo in matrimonio perseveraveris*, vel, *nurui tot lego, si cum filio meo in matrimonio perseveraverit.* Quæ conditio vi

ipsa in non faciendo consistit, ac si dixisset, *si non diverteris a filio meo.* Post mortem socrus, si culpa viri divortium fiat, conditio pro impleta habetur, et fideicommissi petitio mulieri competit, *l. 5. ff. quand. dies leg. ced.* At si divortium fiat sine culpa viri, conditio fideicommissi defecisse intelligitur. Extitisse autem conditionem dicere non possumus ante mortem mulieris vel mariti, quandiu dissidio sine divortio solvi matrimonium potest. Existit conditio moriente muliere in matrimonio, quia ut dixi, *τῇ δυνάμει*, *vi ipsa*, in non faciendo consistit, ut in *l. si ita legatum, inf. hoc tit. l. ult. inf. quando dies leg.* Et ideo in hæredem mulieris, qua moriente conditio extitit, fideicommissi persecutio transmittitur. Existit etiam conditio moriente marito in matrimonio, et uxori superstiti fideicommissi persecutio competit. Denique impleri ea conditio potest, non tantum morte mulieris, sed etiam morte viri. Quia igitur morte alterius, quam mulieris, cui fideicommissum relictum est, puta, morte mariti conditio fideicommissi impleri potest, ex eo recte colligit Papin. in hoc §. *pen.* non admitti mulierem ad petitionem fideicommissi oblata cautione Mutiana, qua promittat, se in matrimonio perseveraturam, quia cautio Mutiana in his tantum conditionibus locum habet, quæ non nisi morte legatarii solius, vel fideicommissarii expleri possunt, non etiam in his conditionibus, quæ expleri possunt, non mortuo tantum legatario, sed etiam vivo, *l. avia*, §. *Titio*, *l. cum tale*, §. 1. *l. Titio fundus*, *l. hoc genus, hoc tit. l. servo invito*, §. *si testator. ff. ad Treb.* Dices forte in hac specie ominosum esse et infaustum expectare mortem mariti, et ideo mulieri petenti fideicommissum oblata cautione Mutiana non posse objici rem luctuosam et ominosam, conditionem impleri posse ea viva mortuo marito, ut in *l. cum tale*, *in princ.* Nec sane hoc mulieri objici posset offerenti cautionem Mutianam, quod morte mariti possit impleri conditio, nisi ab ipso testatore satis evidenter in casum mortis mariti fideicommissum esset collatum ut fideicommissum, quo de agitur in hoc §. relictum sub hac conditione; *si cum marito in matrimonio perseveraveris*, quod quid aliud est, quam si sola mors eos disjunxerit? Satis igitur manifesto contulit fideicommissum in mortem alterutrius. Denique videtur mulieri et post mortem mariti fideicommissum relinqui, ut in *l. hoc genus*, *h. t.* Proinde mors mariti expectanda est, quod mulierculæ ominosum quidem est, sed testator ita cavit, quod si non cavisset, aut si præsumeretur non cavisse, sane hunc casum, hancve rem abominaretur, ut in *d. l. cum tale.* Glossæ sunt valde suaves in hac re interpretanda.

Ad §. Ultimum.

Fideicommissa menstrua et annua sub ea conditione liberto relicta, quandiu res patroni filia gesserit; etsi præstari necesse est filia prohibente res suas administrari, tamen voluntatem filia mutante conditionem resumunt, quoniam plura sunt.

In §. ultimo hujus legis sequitur hæc species: Patronus liberto reliquit fideicommissa menstrua et annua, quandiu filiæ patroni negotiis interveniret, vel quod idem est, si filiæ suæ negotiis interveniret: filia in rebus suis non vult uti opera liberti, nec habet justam causam improbandæ operæ liberti; hoc casu constat liberto menstrua et annua deberi, quia per eum non stat, quo minus conditionem impleat, *l. Mævia*, *sup. de ann. leg.* At quæritur si postea filia mutata voluntate velit libertum accedere ad sua negotia, et is recuset, quod semel ab ea reprobatus libertus fuerit, an ei menstrua et annua debeantur? Et respondet, non deberi, quasi conditione defecta: conditio enim eadem sæpius resumitur et repetitur, quia plura sunt legata menstrua et annua, *l. 10. 11. et 12. ff. quando dies leg. ced. l. 4. et l. 11. sup. de ann. leg.* Quamobrem plurali numero Papin. dixit fideicommissa, non fideicommissum, et ideo quocunque anno libertus conditioni non obtemperaverit, filia volente uti ejus opera, ei menstrua, et annua non præstabuntur. Eadem conditio plurium legatorum sæpius resumitur, unius autem legati conditio semel defecta, vel impleta non amplius resumitur, *l. quidam*, *et l. rogo*, *ff. de fideic. libert. l. 3*: §. *Stichus*, *de statulib. l. ult. C. de condition. infert.* in illo loco *quod semel repudiatum est ab eo, in cujus persona conditio impleri debuit, redintegrari minime concedimus*, id est, conditio semel impleta non resumitur, quia unum fuit legatum, non plura.

Ad L. V. ad L. Falcid.

Verbis legati, vel fideicommissi non necessaria civitati relinquitur, quod ex causa pollicitationis præstari necesse est. Itaque si debiti modum testamento dominus excessit, superfluum duntaxat Falcidia minuetur. Quare nec fideicommitti legatarii poterit. Quod si dies aut conditio legatum fecerit, non utilitatis æstimatio, sed totum petetur quod datum est, nec si vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, fiet irritum quod semel competit.

Ad *l. 5. ad leg. Falcid.* notandum est, ex pollicitatione nuda, quam quis ultro facit et irrogatus

privato cuidam neminem teneri: imo nec Imperatori, *l. ultim. sup. qui test. fac. poss.* at civitati teneri, Reipublicæ, municipio Rom. etiamsi nuda pollicitatio fuerit, quæ habeat justam causam; sed etsi causam non habeat si modo cœperit facere, quod pollicitus est, quod cœperit facere Reip. causa, id perficere tenetur, *l. 1. et 3. ff. de Pollicit.* Ex quo sequitur, eum, qui civitati quid præstare necesse habet ex causa pollicitationis, id est, qui civitati obligatus est (obligatio est necessitas) *non necessarie*, ut Papinian. id est, eum frustra civitati legare, aut per fideicommissum relinquere, quod ei debet. Quod verum est, etiamsi civitati debeat ex alia causa, vel privato, non civitati. Et ideo legatum Falcidiæ non subjici. Dico nihil referre civitati debeat, an privato, quia jus commune hoc est, debitorem creditori frustra legare id, quod ei debet, *l. si debitor, l. legavi, §. ultim. de liber. leg.* Et ideo legatum Falcidiæ non subjici, quia inutile est legatum: et creditorem cui debitor legavit quod ei debuit, si quid ejus fideicommissum sit, fideicommisso non teneri, quia nihil capere ex testamento videtur. Et hoc quidem ita procedit, si plus non sit in legato, quam in debito, quia nulla utilitas legati futura est, *l. Mævius, sup. de leg. 2.* Nam si plus sit in legato, quam in debito, constat non esse inutile legatum, et Falcidiam pati, si ea locum habeat. Plus autem in legato potest esse, vel summa, vel tempore, aut conditione. Inter quæ est nonnulla differentia. Nam si plus fuerit summa, ut si debitor, qui centum creditori debuerit, legaverit centum quinquaginta, in superfluo tantum, id est, in 50. legatum consistit, ita ut superfluum tantum petatur actione ex testamento, reliqua centum actione creditæ pecuniæ. Itemque ut superfluum tantum minuatur lege Falcidia interveniente. Et ut pro modo tantum superflui fidei committi legatarii possit, fideicommisso onerari legatarius possit. Quod si tempore plus fuerit, ut si debitor, quod debet in diem vel sub conditione, pure legaverit, non tantum commodum repræsentationis, vel ejus æstimatio, quod etiam interusurium vocamus, et Græci ἐμπχρουσιασμὸν: non tantum inquam commodum repræsentationis, sed etiam tota pecunia jure legati ex testamento peti potest, quia tota repræsentatur. Et in hoc consentiunt Paulus in *l. debitor, sup. de leg. 2.* et Papin. hoc loco, dum ait, non utilitatis æstimationem, id est, non tantum interusurii æstimationem, sed totum peti quod datum est actione ex testamento. Falcidia autem detrahitur tantum ex commodo repræsentationes, ex interusurio, *l. 5. §. si quis creditori, hoc tit.* Et pro modo quoque interusurii tantum fideicommisso legatarius onerari potest, *l. 7. §. ult. de leg. 3. l. 2. in fi. de dote prælег.*

Addit autem Pap. hoc loco, in hoc casu, cum in legato plus est tempore, quam in debito, totius pecuniæ legatum utile esse, etiamsi vivo testatore dies pecuniæ, quæ legata est, pure venerit, aut conditio extiterit, quod est, si debitum factum fuerit purum, non ideo minus legatum esse utile, quia semel ab initio fuit utile, nec fit irritum, quod semel constitit, ut Papinianus ait, cujus sententia ex hoc loco etiam relata est in instit. *§. ex contrario, de legat.* Et hac in re Papinianus dissentit a Paulo omnino: nam Paul. in *d. l. debitor,* existimat irritum et inutile esse legatum, quod in eam causam recidit, a qua incipere non poterat, ut incipere non poterat legatum debitæ pecuniæ, si pure relinqueretur pecunia quæ pure debebatur: ergo et si quæ debebatur in diem vel sub conditione legata sit pure vivo postea testatore debito puro effecto; die veniente, aut conditione impleta, quia in eam causam recidit, a qua incipere non poterat, existimat Paulus, inutile esse legatum. Sed ejus propositio est admodum infirma: nam numquam constitit inter Jurisconsultos, an irrita fierent ea, aut non fierent, quæ ab initio utilia fuerunt si in eum casum recidant, a quo incipere et consistere initio non poterant, ut patet ex *l. 2. §. ex iis, l. existimo, l. pen. inf. de verb. obligat.*

Dico autem, utile esse legatum in casu proposito ex Papin. sententia etiamsi post factum testamentum vivo testatore dies venerit, aut conditio fuerit impleta, ut scilicet recte petatur actione ex testamento, non etiam ut Falcidiam admittat. Ne hoc dicamus, quia nullum ei jam inest commodum medii temporis, nullum emolumentum pecuniarium *l. si creditori, in fine, de legat. 1.* Et eadem ratione, nec ut fideicommitti legatarii possit, *l. 3. §. si rem, de leg. 3.* Et ita recte Paulus Castrensis. Novus quidam interpres hujus tituli aliter, et pessime, quia inconsiderate scripsit, Falcidiam admitti et fideicommissum, quum vivo testatore dies venerit, aut conditio extiterit.

Ad L. LVII. ad Senatusc. Treb.

Hæredes mei quicquid ad eos ex hæreditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ Coloniæ Beneventanorum: nihil de fructibus pendente conditione perceptis petitum videri constitit.

In Lege LVII. *ad Senatuscons. Trebel.* tria sunt responsa. In primo testator hæredes rogavit, ut quidquid ad eos ex hæreditate bonisve suis pervenisset, id omne post mortem eorum restituerent

patriæ suæ Coloniæ Beneventanorum, quam legimus in libro veteri de colonis popul. Rom. deduxisse Claudium Neronem Cæsarem. Ita vero fideicommisso relicto, et per fideicommissum civitate substituta hæredibus: quæritur, an fructus medio tempore ab hæredibus percepti fideicommisso contineantur, quod [posset tentari], quia dixit generaliter, *quidquid ex hæreditate bonisve meis, id omne:* aliud tamen Papiniano videtur, et recte, ut in *l. quod his verbis, sup. de leg.* 3. Quia non de fructibus restituendis sensit testator, quos hæredes sibi habere voluit, sed de eo tantum quod hæreditatis esset, fructus autem non hæreditati, sed rebus ipsis accepto feruntur, *l. in fideicommissariam, sup. hoc tit.* verum quod non est omittendum fructus medio tempore percepti, id est, pendente conditione fideicommissi hæredi imputantur in Falcidiam *d. l. in fideicommissariam, l. deducta, §. ante diem, ff. hoc tit.* Et ideo hi fructus Falcidiam submovent, si tantum sit in eis, quos hæres percepit pendente conditione fideicommissi, quantum in Falcidia, quia jure hæreditario percepti sunt, *l. mulier §. si hæres hoc tit.* Et pertritum illud est, in Falcidiam imputari quæcunque jure hæreditario capiuntur. Excipiuntur tantum ab hac definitione filii a patre rogati restituere hæreditatem sub conditione aliqua, qui fructus medii temporis perceptos non imputant in Falcidiam, licet hoc pater jusserit, sed eos sibi retinent supra Falcidiam: quod est beneficium Zenonis Imperatoris datum filiis in *l. jubemus, C. eod. tit.* et eo jure utimur. Proponitur autem hoc loco fideicommissum relictum civitati Beneventanorum, quia sic evenerat, verum nihil refert civitati, an privato relictum sit. Et huic responso nihil obstat *l. Ballista, hoc tit.* Quæ, ut jam pridem docuit Observatio 4. non est de hæreditate restituenda ex fideicommisso, sed ex cautione conventionali, quam constat recidere incrementum fructuum ex mente contrahentium a die interpositæ cautionis, et ita vero in *l. pater, §. pen. de leg.* 3. Si testator jubeat filios prædia conservare successioni suæ, si et ea de re jubeat invicem sibi cavere, non est fideicommissum, sed contractus, obligatio. Contractus recipit incrementum fructuum: fideicommissum non recipit incrementum fructuum perceptorum pendente conditione. Sequitur aliud responsum in §. *cum ita.*

Ad §. Cum ita.

Cum ita fuerat scriptum: fidei filiorum meorum committo, ut si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat, quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hæreditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo: defuncto altero, superstite filio, novissimo autem sine liberis: neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur: sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi, cessante prima substitutione: partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit avus, si novissimus frater quoque portionem suscepisset.

Pater duos filios, primum et secundum rogavit, ut si quis eorum sine liberis prior diem suum obiret, partem suam superstiti fratri restitueret; quod si uterque sine liberis diem suum obiret, ut partes suas sive hæreditatem totam nepti restituerent. Primus diem suum obiit, uno filio superstite relicto, ac proinde in ejus parte fideicommissi conditio defecit, ut sup. habuimus, in *l. pater, §.* 1. *de condit. et demonstr.* Denique quasi defecta conditione cessat, ut ait, substitutio facta primo, id est, substitutio fideicommissaria, substitutio precaria, fideicommissum restituendæ partis, post secundus obiit sine liberis, quæritur, an substitutio locum habeat, ut ex ea portio secundi pertineat ad neptem? Si verba substitutionis spectes, substitutio locum non habet, quia uterque filius non decessit sine liberis, sed novissimus tantum, et neptis ita substituta est, *si uterque sine liberis vita decederet.* At si voluntatem spectes, quæ etiam in fideicommissis potissimum intuenda est, *l. cum virum, C. de fideicom.* videtur testator ad neptem voluisse partem pertinere, cum et ad eam totam hæreditatem pertinere voluerit: si in partem primi secundus ex fideicommisso succederet, primo defuncto sine liberis: quod cum non evenerit, sed primo successerit filius suus, deinde secundo moriente sine liberis, æquum est, aut verisimile est, voluisse testatorem hoc casu eam venire in partem secundi, quam illo casu volunt venire in totum; concludit igitur Papinian. neptem in portionem, secundi substitutionis jure admitti, et excludere filium fratris, qui jure legitimo contendebat se patrui hæredem esse. Et hæc est species, et definitio hujus §. sane peritissima, et tamen vexatur mirum et miserum in modum ab interpretibus propter *l. pen. C. de impub. et aliis substit.* Quæ videtur cum hoc responso pugnare ex diametro: dum scilicet illi non possunt implere, quod profitentur in tradenda differentia, quæ est inter speciem hoc loco propositam, et speciem *d. l. pen.* neque enim utroque loco eadem species, nec quæstio vertitur eadem, ut non mirum si nec sit utriusque definitio eadem, sed adversa. In leg. pen. ut eam paucis enarrem, proponitur, patrem duobus filiis impuberib. hæredib. institutis, primo, et secundo ita

substituisse verbis directis, *si uterque impubes decesserit, Luc. Titius hæres esto*, quæ dicitur substitutio pupillaris, et primo decedente intra pubertatem, superstite altero, in ejus partem fratrem superstitem jure legitimo ab intestato succedere, non L. Titium jure substitutionis, quia nondum decessit uterque impubes, et quia ita substituit, *si uterque impubes decesserit*, sane voluit inter fratres conservare jus legitimarum hæreditatum, ut in *l. qui duos, de vulg. et pupil. subst.* quæ est sententia leg. penult. In ea quidem l. fuit substitutio directa, in hoc §. precaria. Sed hæc differentia nihil pertinet ad rem: hæc juris differentia, differentiam non facit ullam, nihil etiam pertinet ad rem, si dicas, ut Glossa, conditionem precariæ substitutionis in hoc §. extitisse in persona fratris supremi morientis, quia decessit sine liberis, in *l. pen.* in persona supremi morientis defecisse substitutionem pupillarem, quia adoleverat. Substitutio pupillaris finitur adolescentia sive pubertate, quod idem est, quia, inquit, adoleverat, quod tametsi lex non dicat, facile concedo, quia nihil interest adoleverit, an non adoleverit: nam etsi non adoleverit in partem fratris defuncti impuberis, frater etiam impubes ab intestato vocabitur excluso substituto, quia pater, ut dixi, qui eis ita substituit, *si uterque impubes decesserit*, voluit inter fratres conservare jus legitimarum hæreditatum. Vera et liquida ratio differentiæ in eo consistit, quod in specie legis penult. substitutus venit contra verba, *si uterque*, et contra voluntatem etiam testatoris, *qui cogitavit*, ut ait lex, *primo decedente fratrem suum in ejus portionem succedere*, id est, qui inter fratres voluit conservare jura legitimarum hæreditatum, et idcirco substitutus excluditur, cui neque scriptum, neque voluntas patrocinatur. In specie autem hujus §. substitutus venit quidem contra eadem verba; *si uterque*, sed non venit etiam contra voluntatem testatoris, qui cum totam hæreditatem adscripserit substituto vel nepti substitutæ, utroque filio decedente sine liberis, non videtur ei denegasse partem, novissimo tantum decedente sine liberis, et idcirco patrocinante voluntate substitutum admitti. Nihil est evidentius.

Ad §. Ultimum.

Peto a te uxor carissima, uti cum morieris hæreditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis vel cui volueris, vel cognatis meis, si cui voles excepta cognatione mea. Inter filios respondi, substitutionem fideicommissi factam videri, circa nepotes autem (et) ceteros cognatos, facultatem eligendi datam, ex ceteris autem cognatis, si nepotes superessent, non recte mulierem acturam propter gradus fideicommissi præscriptos: deficiente vero gradu nepotem, ex cognatis, quam velit personam eligi posse.

Responsum ultimum est ad aliquid simile ei, quod habuimus in *l. cum pater*, §. *pen. de leg.* 2. Maritus uxorem hæredem institutam rogavit, ut cum moretur, hæreditatem restitueret filiis suis, vel uni eorum, vel nepotibus suis, id est, testatoris, vel cui vellet nepotem, vel cognatis suis, si cui vellet ex tota cognatione testatoris. Circa filios primum non videtur matri testator dedisse electionem, quia non adjecit, cui vellet, simpliciter dixit, *vel uni eorum*, quomodo filios ad fideicommissum vocasse videtur, vel unum eorum qui superessent, vel qui superesset moriente matre, ut *in l. si fundum sub conditione*, §. *his verbis*, *de leg.* 1. Circa nepotes autem et cognatos testatoris manifestum est, mulieri electionem datam, ut cui vellet ex nepotibus, vel cui vellet ex cognatis restitueret hæreditatem. Sed animadvertendum est ordinem scripturæ factum substitutioni precariæ, ut in *d. l. cum pater*, §. *pen.* nempe ut filiis deficientibus, moriente uxore hæreditas restituatur nepotibus, quos elegerit, et deficientibus nepotibus, cognatis, quos elegerit, qui duo sunt gradus substitutionis precariæ diligenter observandi.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. IX. RESPONS. EMILII PAPINIANI. Anno 1579.

Ad L. XXXI. de Minorib.

Si mulier posteaquam hæres extitit, propter ætatem abstinendi causa in integrum restituta fuerit, servos hæreditarios ex fideicommisso ab ea recte manumissos, retinere libertatem respondi, nec erunt cogendi viginti aureos pro libertate retinenda dependere, quam jure optimo consecuti videntur. Nam et si quidem ex creditoribus pecuniam suam ante restitutionem ab ea recuperassent, ceterorum querela contra eos, qui acceperunt ut pecunia communicetur, non admittetur.

Exordium facio a *l.* 31. *de minor.* Totus hic liber est de fideicommissis. Et non de fideicommissis tantum rerum singularum, sed etiam de fideicommissariis hæreditatibus, et de fideicommissa-

riis libertatibus. Hæc lex præcipue est de fideicommiss. libert. cujus hæc est species. Mulier minor 25. annis testamento hæres instituta, in quo ab ea verbis fideicommissariis servis hæreditariis libertates relictæ erant, ex testamento hæreditatam adivit, et ut in eo præscriptum erat, ex causa fideicommissi servis præstitit libertatem, post beneficio ætatis e prætore in integrum restituta est, ut se abstineret hæreditate quam adiverat inconsulte, forte quod ab initio ei videbatur esse magna et luculenta hæreditas, postea apparuit esse exigua, nec sufficiens æri alieno. Quæritur, an servi ab ea ex fideicommisso recte manumissi, post ejus abstentionem retineant libertatem, vel an pro retinenda libertate pretium sui, id est, singuli 20. aureos inferre debeant iis, quorum interest, puta iis ad quos bona redeunt, hærede testamentario abstinente se. Dubitationis causa hæc est, quia non debetur libertas ex testamento, ex quo nullus hæres exsistit, *l.* 1. *C. de fideicom. libert.* Et nullus videtur ex testamento hæres extitisse, quandoquidem qui in eo scriptus est, se abstinuit bonis, quia prætor pro hærede non habet eum, qui se abstinuit bonis, vel hæreditate, *l.* 6. §. *ult. et l. pen.* §. *pen. de bon. libertor. l.* 2. §. *si bonorum, inf. ad Senatuscons. Tertul.* Hæc est dubitationis causa. Verum, quia jure civili hæres manet, qui semel ex testamento adiit hæreditatem, licet postea abstinuerit se per restitutionem in integrum, hæres, inquam, manet, sine re tamen, hæres nomine, non re, *l. cum quasi* §. *sed etsi suus, ff. de fideic. libert.* Et quia verum est, ex causa fideicommissi post aditam hæreditatem, antequam hæres abstinendi causa restitutus esset in integrum, recte ab eo hærede servis præstitas esse libertates, ideo et hi quoque liberi manent: ut ille hæres manet, ita et ab illo manumissi servi liberi manent, imo nec pro retinenda libertate iis necesse est pretium sui, id est, 20. aureos inferre bonis, ut hoc loco respondit Papinianus: quia, inquit, libertatem optimo jure consecuti sunt: optimum scilicet fideicommissi jus est, sicut Ulpianus *lib. sing. regularum tit. de legat.* scribit, optimum esse jus legati per damnationem, cui etiam in omnibus fere juris nostri articulis jus fideicommissi adsimilatur. Optimum autem jus legati per damnationem Ulpianus dixit, quod summe notandum est, per comparationem, non simpliciter, quod quæ res per damnationem legari possunt, ut res alienæ, non possunt etiam legari alio genere legati, veluti per vindicationem aut præceptionem, aut sinendi modum aut simili modo. Qua ratione etiam jus fideicommissi optimum dici potest, quia ut Ulpianus ait *quæ per damnationem legari possunt, et per fideicommissum relinqui possunt.* Verum in hac lege Papinianus, jus fideicommissi non dixit esse jus optimum, per comparationem, sed simpliciter: non quod non sit etiam optimum jus cujuscunque legati, sed quod jus fideicommissi æque sit optimum jus, atque jus cujuscunque legati, quodque jus fideicommissariæ libertatis, de qua agit, idem omnino sit, atque jus directæ. Directa autem libertas testamento relicta servo competit statim ab adita hæreditate sine facto vel opera hæredis, et retinetur: porro etiam postea hærede abstinente se, nec pro abstinet se ejus servo, vel hæredi quidquam cuiquam dependere necesse est, *l. in integrum, sup. hoc tit.* quam l. esse accipiendam de directa libertate, non ut Glossa voluit, de fideicommissaria, illa verba demonstrant: *Qui ad libertatem aditione hæredis pervenerunt*, quia ad directam tantum servi perveniunt aditione hæreditatis, ad fideicommissariam non aditione hæredis statim, sed præstatione demum, et manumissione ab hærede facta. Verum fideicommissaria libertas quam hæres servo præstitit, a servo retinetur, etiam hærede postea abstinente se, nec necesse est ejus retinendæ vel conservandæ causa servo vel hæredi quidquam dependere, vel refundere iis, ad quos ea res pertinet: optimum jus seipso contentum est, nec quidquam quærit, aut desiderat amplius quo melius fiat. Denique optimum jus dixit Ulpianus sup. dicto loco comparative, hoc vero loco Papin. simpliciter sive θετικῶς, ut et Imperator in *l.* 1. *C. de usur.* ex stipulatione usuras optimo jure deberi, non quod magis ex stipulatione quam officio judicis, vel ex nudo pacto suis casibus optimo jure debeantur, sed simpliciter, quod ex stipulatione optimo jure debeantur, atque ita æquitatem M. Tull. in *Partitionibus* modo spectari simpliciter, modo ex comparatione, in quibus causis, quid sit æquius, melius, æquissimumve queri solet. Et ex iis, quidem planum fit huic loco omnino non convenire, etiam *d. l.* 1. *C. de usuris*: distinctionem quam affinxit Accursius inter jus bonum, melius, et optimum; omne jus si simpliciter sequamur, optimum jus est. Male etiam idem Accurs. in specie proposita servos ex causa fideicommissi manumissos ab hærede post aditam, nec dum beneficio abstentionis derelictam hæreditatem, libertos non esse hæredis qui manumisit, sed libertos esse orcinos ex *l. cum quasi*, §. *quærendum, sup. de fideicomm. libert.* Quia is §. de eo servo non loquitur, quem hæres manumisit, antequam se abstineret hæreditate, sed de eo quem nunquam hæres manumisit, qui ex constitutionibus Principum, si ei fuerit relicta fideicommissaria libertas, ipso jure post abstentionem hæredis ad libertatem perducitur, perinde atque si directo ex testamento

libertatem consequutus esset, et consequenter libertus fit orcinus, non libertus manumissoris: quia nullius est libertus orcinus, nullius est libertus, ut eleganter ait *l.* 4. *in pr. inf. de bon. libert.* nimirum, quia quem ademit orcus, nullus est. At in specie proposita, servi certum manumissorem habent, nempe hæredem ipsum, qui eos manumisit post aditam hæreditatem, antequam se abstineret. Proinde certum et justum patronum habent, qui utique etiam post abstentionem, ut hæres jure civili manet, quemadmodum ante diximus, et patronus etiam manet, nec amittit libertum quem quæsivit semel justa manumissione, quia nec eo videtur locupletior factus: locupletior enim non est factus, qui libertum adquisivit, *l. nemo prædo,* §. 1. *de regul. jur.* Sed de Accurs. Glossis satis. Illud potius adnotemus, quod de pretio servorum Papinianus scribit hoc loco, singulos servos non esse cogendos pro libertate retinenda, quam optimo jure consequuti sunt, inferre viginti aureos: quoniam hoc erat legitimum, et vulgare pretium cujuscunque servi, *l. cum ex falsis inf. de manum. testam. l. Papin.* §. *ult. et l. seq. de inoff. testam. l. si fundum,* §. *si libertus, de leg.* 1. *l.* 2. *C. de fideicomm. libert. l.* 4. *C. de serv. fug.* Quamobrem vectigal vicesimæ, quod pro servo manumisso ex l. Manlia, ærario inferebatur, ut Livius scribit 7. et Arrianus 2. in Epictetum: recte dixeris constitisse uno aureo tantum. Quod autem *l. ult. C. de cond. instit. et l. si quis argentum, C. de donat.* servus æstimatur quindecim aureis tantum, ea vero mediocris non justa æstimatio est: mediocritas conficitur ex dodrante, et justitia minor est quadrante tantum, quam rationem et in legatorum mediocritate, et constituendo modo, legem Falcidiam sequi constat. Etiam illud notandum est, quod a simili responsum suum hoc loco confirmat Papin. de conservanda libertate recte et optimo jure manumissi. In specie proposita, fac eundem hæredem, priusquam se abstineret hæreditate, quibusdam creditoribus hæreditariis pecunias debitas ex hæreditate bona fide solvisse. Recte solvit: ergo etsi postea abstinuerit se iis, quæ de libertatibus respondi supra, consequens est, ut solutam pecuniam creditores sibi habeant, et retineant in solidum, nec eam communicent ceteris creditoribus hæreditariis, qui sibi non vigilarunt. Eleganter Scævola in *l. pupillus, in fin. quæ in fraud. credit.* jus civile vigilantibus scriptum esse: et additur in Basil. *ἀλλ' οὐχὶ τοῖς βαρέως κοιμου ἐνομις, χάλκεον ὕπνον κοιμουμένοις*: non iis qui altum dormiunt, quod confirmat *l. summa,* §. 1. *ff. de pecul. et l.* 2. *C. de ann. except.* Præcepta vivendi sapientes dant, quibus cives utantur, non quæ negligant. Et rursus eleganter *l.* 6. §. 1. *inf. de reb. auct. jud. possid.* alterius creditoris negligentiam vel cupiditatem ei, qui diligens fuit, id est, qui sibi vigilavit, qui suum exigere antevertit, nocere non debere, et *l. ult. C. depos.* industriam desidiæ pœnas solvere non debere. Postremo quod erit brevissimum, excutiamus ea, quæ huic responso objici solent. Sunt autem duo potissimum, unum est de legatis, quæ hæres post aditam hæreditatem ex testamento solvit, quæ, si postea hæres se bonis abstineat, tentant quidam revocari et eripi legatariis, ab iis ad quos bona pertinent, ex *l.* 5. *inf. de cond. indeb.* Perperam: eadem enim est ratio non revocandarum libertatum, quas servi jure optimo consecuti sunt, et non revocandorum legatorum, quæ jure optimo percepta sunt. At *d. l.* 5. secundum anteriores ex quibus pendet, ut in ea recte supplent Accursius, Baldus, et Albericus, de legatis indebitis, quæ per errorem hæres solvit, accipienda est, non de iis, quæ optimo jure debebantur. Alterum autem est, quod objiciunt de libertatibus præstitis ex testamento, quod postea falsum, vel injustum vel inofficiosum pronuntiatum est, quæ non revocantur quidem, sed ut eas manumissi retineant, coguntur inferre pretium sui, id est, viginti aureos, *l. cum ex falsis, ff. de man. test. l. Pap.* §. *ult. de inoff. testam.* At hæc lex nihil vult inferri. Sed et id quoque ita procedit, quia pronuntiato testamento falso vel injusto, vel etiam inofficioso, quo genere damnatur testamentum, tanquam furiosi voluntas nulla est, *l. Titia, de inoff. testam. l. nec. fideicommissa, de leg.* 3. et ex post facto apparuit, indebitas fuisse libertates, quas hæres præstitit, quasi relictas in testamento furiosi, vel in testamento falso aut injusto: in proposita autem specie verum fuit testamentum et justum, et sani hominis ultima voluntas, ex quo præstitæ sunt libertates debitæ optimo jure post aditam hæreditatem, quamobrem etiam retinentur, nulla re nullove pretio illato bonis, quæ hærede abstinente ad fiscum vel ad bonorum possessorem ab intestato transeunt.

Ad L. LVIII. De cond. indeb.

Servo manumisso fideicommissum ita reliquit, si ad libertatem ex testamento pervenerit, post acceptam sine judice pecuniam, ingenuus pronuntiatus est, indebiti fideicommissi repetitio erit.

Hoc responsum est de fideicommisso pecuniario cujus species est hujusmodi. Testator servo suo libertatem dedit verbis directis, verbis civilibus, eidemque fideicommissum pecuniarium reliquit sub hac conditione, *si ad libertatem ex testamento suo pervenerit*, id est, si liber fieret, non alia ex

causa quam ex causa testamenti. Ex testamento autem liberi fieri dicitur semper in jure, vel testamento manumitti, non is, cui fideicommissaria libertas relinquitur, quoniam hic non manumittitur testamento, neque libertatem capit ex testamento, sed is tantum, cui directa libertas datur, §. *pen. Instit. de sing. reb. per fideicom.* directa, inquam, libertas dari videtur, non cum ab alio servum manumitti rogat, sed cum velut ex suo testamento libertatem ei competere vult. Is autem servus quo de agitur qui liber ex testamento ab hærede fideicommissum pecuniarum accepit ultro hærede solvente fideicommissum sine judice, vel ut est in *Basi.* ἔξωθεν δικαςηρίου, citra *judicium* citra sententiam judicis, citra condemnationem. Postea apparuit eum hominem non esse ex testamento liberum, quia alio agente adversus eum præjudiciali actione, et dicente se ejus esse patronum, ipse ingenuus pronuntiatus est: jure, an injuria, nihil refert. Res judicata semper pro veritate habetur, *l. ingenuum, sup. de stat. hom.* qui ingenuus pronuntiatus est, pro ingenuo habetur omnino, id est, pro eo habetur, ac si revera ingenuus natus esset. Ingenuus nascitur: libertinus fit manumissione, *l. ingenui*, *C. de ingen. man.* deinde apparuit eum, de quo agitur a natalibus fuisse liberum, non ex manumissione testamentaria quum ingenuus pronuntiatus est, et consequenter apparuit defecisse conditionem fideicommissi pecuniarii, quod ei testamento relictum est. Denique indebitam fuisse pecuniam ei per fideicommissum relictam sub conditione, *si ad libertatem ex testamento perveniret*, et perperam solvisse hæredem, qui eam pecuniam solvit. Qua de causa concludit in hac l. Papinianus, hæredi competere condictionem indebiti, sed hoc ita, si ultro hæres sine judice fideicommissum solvit, nam si ex causa judicati id solvit, cessat condictio indebiti, licet natura indebitum fuerit, *l.* 1. *C. eod. tit. l.* 2. *C. de comp. l. cum putarem*, *sup. fam. ercisc. l. si fidejussor*, §. *in omnibus, ff. mand.* Quibus omnibus locis ostenditur, solutum ex causa judicati, etiamsi jure naturali indebitum sit, condici non posse, propter auctoritatem rei judicatæ, et quia res judicata, etsi naturalem obligationem non pariat, sicut nec naturalem obligationem extinguit vel expungit, *l. Julianus, hoc tit. l. procurator*, §. 1. *ff. rem rat. hab.* tamen civilem obligationem parit, cum actionem et exceptionem pariat, et actionem, quæ nulla exceptione infringi potest. Accedit etiam alia ratio ex jure veteri. Prior scilicet et antiquior ratio, quia solutum ex ea causa, quæ per inficiationem crescit in lite, condici non potest, *l.* 4. *C. eod. tit.* Et causa judicati olim inficiationem crescebat in duplum auctore Paulo, 1. *Sentent. tit. quemad. act. per inf. dup. Quædam*, inquit, *actiones si a reo inficientur, duplantur, veluti judicati.* Et addit deinde alias, *ut legis Aquilæ actionem, et actionem legati per damnationem, et actionem ex empto, actionem de falso modo agri, quem venditor dixit, et actionem etiam depositi,* quoniam illo loco pro *depensi*, quod nihil est, legendum *depositi*. Nam alio loco idem Paulus auctor est ex causa depositi *l.* XII. *Tab.* in inficiatorem esse dupli actionem, ex edicto prætoris simpli duntaxat: ergo inter eas actiones, quæ inficiatione crescunt in duplum, numeratur actio judicati, quod et M. Tullius confirmat in oratione pro Flacco: *Frater meus*, inquit, *pro sua prudentia decrevit, ut si judicatum negaret, in duplum iret.* Atque ideo secundum superiorem regulam merito dicimus: solutum ex causa judicati jure condictionis repeti non posse, tametsi natura indebitum sit. Qua de causa, hoc loco, et in *d. l. procurator*, 1. *rem. rat. hab.* proponitur solutio facta sine judice, et ideo hæredi competit soluti fideicommissi, cujus conditio defecerat, repetitio jure condictionis. Deficit autem conditio in hac specie, quia ei ut liberto scilicet orcino, ut directo manumisso ex ipso testamento fideicommissum relictum est, et postea apparuit reddito præjudicio non libertinum eum, sed ingenuum fuisse, quo casu constat ex Senatusconsulti justa interpretatione, legata ei ut liberto relicta hæredi esse restituenda, *l.* 1. *C. de ingen. manum.* et hæc est sincera hujus responsi interpretatio. Male Accursius ponit servum non eodem testamento, quo fideicommissum accepit pecuniarium, fuisse manumissum, non ab eodem testatore, sed ab alio. Quod si ita res se haberet, Papinianus non omisisset, et cum omiserit, nihil vaticinemur, nihil fingamus, sed simpliciter ponamus eodem testamento, ut Papinianus ponit, servum directo manumissum, fideicommissumque ei relictum sub conditione, *si eo testamento ad libertatem perveniret:* denique eodem testamento ab eodem, servo proprio et libertatem datam et relictum fideicommissum conditionale. Absurdius est quod idem Accursius cum Papinian. ait, illum fuisse ingenuum pronuntiatum, id sic accipit, quasi judex pronuntiaverit, cum fuisse manumissum alio testamento, non eodem quo fideicommissum accepit; manumissio libertinum fecit, non ingenuum, ingenuum facit tantum origo, si quis nascatur ex matre ingenua, vel libertina, connubio non interveniente, aut ex parte ingenuo vel libertino, connubio interveniente, *l. ingenuam*, *C. de ingen. manum. l. quod ex liberta, C. de oper. libert.* vel etiam ingenuum facit sententia judicis, ut ante diximus,

vel beneficium Principis, puta, restitutio natalium, non in quibus quis natus est, sed in quibus omnes homines fuerunt non dum naturali, neque civili jure descripto, nondum discreta libertate a servitute, quum eadem erat conditio omnium hominum idemque jus, *l. Imperialis*, *C. de nupt.* Manumissio autem ante Justinianum, nunquam quemquam ingenuum fecit, ergo inepte ingenuum pro manumisso accipit in alio testamento, scilicet, quam quo relictum est fideicommissum. Postremo quod idem Accurs. Papiniano objicit, hanc conditionem impositam ingenuo homini, id est, qui postea ingenuus pronuntiatus est, videlicet fideicommisso pecuniario relicto sub conditione, *si ex eo testamento, in quo etiam liber esse jussus est, ad libertatem pervenerit*: hanc, inquam, conditionem esse impossibilem, quia liber et ingenuus amplius liber fieri non potest. Conditionem autem impossibilem in legatis et fideicommissis, quod est notissimum, pro non scripta haberi, et fideicommissum igitur in hac specie deberi quasi purum, ac proinde solutum, postea repeti non posse. Conditionem impossibilem ipso jure impletam videri, *l. 4. §. ult. inf. de condit. inst.* conjuncta, *l. Mutiana*, *§. ult. inf. de cond. et demonstr.* Ea, inquam, objectio Accursii huic loco accomodari nullo modo potest, quia nulla speciem aut figuram impossibilis conditionis habet hæc conditio, quæ servo testamento manumisso adscribitur, *si libertatem in testamento obtinuerit*: impossibilis conditio est, quam statim ex ipsa figura verborum et specie prima sentimus, intelligimus, per rerum naturam existere non posse, veluti, *si cælum digito tetigeris: si plantis summa sydera contigeris*, apud Propertium, *si mare ebiberis*, *§. si impossibilis de inut. stipul.* Cujusmodi non est hæc conditio, *si ad libertatem ex testamento pervenerit*, qui scilicet testamento manumissus erat, licet postea per errorem aut sordes judicis ingenuus pronuntiatus fit: ergo impossibilis hæc constitutio non est: nec amplius est insistendum in ea objectione Accursii, a qua tamen is se expedire non potest.

Ad L. III. D. Probat.

Cum tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quam in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro majore hæres scribitur, probatio mutatæ voluntatis ei debet incumbere, qui convenitur, cum secreti suscepti ratio plerumque dominis rerum persuadeat, eos ita hæredes scribere, quorum fidem elegerunt.

Lex est de tacito fideicommisso, quo verbo significatur fraus, ut nomine tacite pecuniæ creditæ quæ ideo creditur tacite, quod non possit jure palam credi puta ei cui adnumeratur, est, quod in fraudem legum ei, qui capere non potest, ei qui testamenti factionem non habet, qui intestabilis est, tacite testator reliquit, secreto ad se vocato hærede et rogato incapaci fideicommissum restituere, hæredeque dante fidem, tam testatori, quam fideicommissario, plerumque cautione interposita, se ita facturum contra leges ut testator jussit. Id vero tacitum fideicommissum constat redigi in fiscum ex Senatusconsulto Plautiano, nec apud hæredem remanere, qui fraudis particeps est, deberi ei cui relictum est, quem leges incapacem fecerunt. Hoc cognito: finge: Testator primo testamento duos hæredes scripsit ex æquis partibus, Cajum et Titium, et a Titio tacitum fideicommissum reliquit incapaci electa fide ejus hæredis, eoque hærede fidem accommodante. Denique idem testator mutato testamento primo, secundum fecit, quo primum rumpitur, ut constat: et in secundo eundem Titium, a quo primo tacitum fideicommissum reliquerat, hæredem scripsit ex eadem parte veluti ex semisse, vel ex majori parte, veluti ex besse, aut etiam ex asse, neque in secundo testamento eum tacite quidquam rogavit, neque in eo repetiit tacitum fideicommissum, quod reliquerat primo jam rupto per secundum. Hinc quæritur, an fideicommissum, quod proponitur relictum primo testamento incapaci in fraudem legum, pertineat ad fiscum? Videtur non pertinere, quia primum testamentum, in quo relictum est fideicommissum, in irritum recidit: ergo et tacitum fideicommissum non est repetitum in secundo testamento. Denique non intelligitur esse relictum, et tamen Papinianus respondet, fideicommissum pertinere ad fiscum, hac ratione elegantissima, quia præsumitur testator, qui mutavit testamentum, nec mutavit tamen hæredem, *secreti ab eo suscepti*, ut ait, id est, tacite fidei interpositæ causa, ut fraudi suæ majorem nubem objiceret, mutasse testamentum, et ut fideicommissum mutatum esse intelligeretur, quod tamen omnino præstari volebat, seque hæres caverat omnino præstiturum. Denique quum mutatur testamentum nec hæres mutatur, erat in eo fraus magna quædam. Et hoc est quod ait, *cum secreti suscepti ratio*, id est, tacita fides, *plerumque dominis rerum*, id est, testatoribus, *persuadeat eos ita hæredes*, quorum fidem scilicet tacitam elegerunt, ut Græci interpretantur eleganter, οἷς ἅπαξ τὰς ἀποῤῥήτους ἡμῶν ἐδαῤῥήσαμεν γνώμας, *quibus semel secretam voluntatem nostram commisimus.* Et ait, plerumque hoc facere testatores: ex eo quod plerumque fit, ducuntur præsumptiones ut in *l. 9. h. tit.* Ait similiter, quia plerumque tam hæredibus nostris quam nobismetipsis cavemus, ergo

præsumitur semper cavisse etiam hæredibus nostris: quia igitur præsumptio a fisco faciat, recte ait, eo nomine a fisco hæredem conveniri posse et condemnari ut fideicommissum restituat, nisi scilicet hæres probet testatorem mutata voluntate, nec fideicommissum incapaci illud præstari voluisse præsumptio quæ facit a fisco, transfert onus probandi in hæredem, ut in *l. generaliter*, §. *si petitum*, *in fine D. de fideicomm. libert.* hæredis est probare mutatam esse voluntatem testatoris in fideicommisso, quam mutatam dicit, ut in *l.* 22. *h. tit. l. fideicommissa*, §. *si rem*, *de leg.* 3. Et congruit omnino cum hoc responso *l. Statius*, *D. de jure fisci*: quam tamen Accursius hoc loco huic responso adversam facit, quod dicat in fine, ex cautione præstita incapaci, ab hærede, qui tacitam fidem accomodavit fideicommissum præstari debere. Sed nihil est quod tam facile expediri possit: non enim vult fideicommissum præstari incapaci ex cautione sive stipulatione, sed fisco; quia fiscus succedit in locum incapacis, et quod non potest incapax capere, capit ipse fiscus jure suo et occupat, ne cedat lucro hæredis, qui fraudi participavit, et hæc est sententia hujus responsi.

Ad L. LVIII. LXI. de Leg. 1.

Domus hæreditarias exustas, et hæredis nummis extructas, ex causa fideicommissi post mortem hæredis restituendas, viri boni arbitratu sumptuum rationibus deductis et ædificiorum ætatibus examinatis, respondi.

Hodie explicabimus *l.* 58. *et* 61. *de leg.* 1. quia invicem nexæ et colligatæ sunt, et pertinent proprie ad fideicommissa rerum singularum. Sunt enim ambæ de ædibus hæreditariis per fideicommissum relictis, hærede rogato eas restituere post mortem suam, quod fideicommissum constat esse conditionale, *leg.* 61. *infr. de leg.* 1. *leg.* 4. *infr. quando dies leg. ced.* Et si forte eas ædes post mortem testatoris sine culpa hæredis incendium consumpserit; et hæres suis sumptibus eas restituerit, constat ædes post mortem hæredis fideicommissario, si hæredi supervixit esse præstandas, quia restauratæ ædes, eædem ædes esse intelliguntur, *l. servitutes*, §. *si sublatum*, *sup. de servit. urb. præd. l. Paulus*, §, *domus*, *et l. ult. sup. de pignor.* Eædem, inquam, esse intelliguntur, vel ratione soli, quod idem semper mansit, nec absumptum est, quia solum maxima est pars ædium, *l. qui res*, §. *ult. inf. de solut.* verum post mortem hæredis ædes petenti fideicommissario, ab hærede hæredis scilicet, obstabit exceptio doli mali, nisi refundat sumptus, quos hæres fecit in restaurationem ædium igne consumptarum, quos quidem sumptus, eleganter Papinian. ait hoc loco æstimari boni viri arbitratu ex bono et æquo, et examinatis, inquit, *ætatibus ædificiorum*, id est, *quantitatibus sive modulis* pro *ætatibus*, quod est rectissimum: habent, *quantitatibus*, codices quidam, in quibus scil. Glossa subjicit locum vocabuli huic rei proprie accomodati, quo usus est Papinian. Nam ut Græci ἡλικίαν sumunt non tantum ἀπὸ τοῦ χρόνου, sed etiam ἀπὸ τοῦ μεγέθους καὶ μήκους, ut Grammatici docent: ita proculdubio Latini *ætatem* accipiunt etiam pro quantitate, mensura, magnitudine corporis cujusque. Hoc ergo vult Papinian. sumptuum factorum in restituendis ædibus rationem haberi pro modo, sive mensura ædificiorum, quæ restaurata sunt, qualiter scil. se ædificia habent, qualive materia constructa sint: nec enim unquam quantitas sola spectatur sine qualitate, et iis sumptibus ab hærede retentis sive deductis, nova ædificia fideicommissario præstari debent. Denique hoc loco, ætatem ædificiorum accipio pro ætate statuque præsenti, non pro ea ætate, eove statu, quo in futurum hæc ædificia duratura sunt. Nam in jure, præsentia rerum pretia spectamus, non quæ fuerunt olim, ut *l.* 3. §. *Divi de jure fisci*, *l.* 2. *Cod. de pat. qui fil. distrax.* Et multo minus ea pretia, quæ futura sunt spectamus; si non spectamus præterita: præterita enim sunt certa, futura incerta, et ut nos ipsi censemur ex ætate præsenti non futura, *l.* 3. *inf. de censibus.* Ita et domicilia nostra, resve nostræ omnes. Merito igitur ætatem ædificiorum accipio, non pro perpetuitate, sed pro quantitate, et quod Vitruvius ait, lib. 2. cap. 3. cujus scriptura satis est explicatu difficilis, cum parietum communium, qui facti sunt ex molli cæmento, arbitri sumuntur, ut scilicet qui eos fecit a vicino impensas communi dividundo judicio, pro parte consequatur, in *l. si ædibus*, *inf. de dam. inf.* arbitros non æstimare eos parietes quanti facti sunt, sed ex pretio locationis singulorum præteritorum annorum deducere octogesimas, et ita ex reliqua summa partem reddi jubere pro iis parietibus, sententiamque pronuntiare, eos parietes non posse plusquam 80. annos durare: parietes, inquam, cæmentitios; lateritios enim parietes tanti semper æstimari, quanti facti sunt olim nulla facta deductione. Quod, inquam, Vitruvius ita scribit, huic legi et interpretationi nostræ nullo modo adversatur: nec enim lex nostra dicit, duntaxat sumptuum rationem haberi ad amussim æstimatis quantitatibus ædificiorum, sed etiam boni viri arbitratu, *viri*, inquit, *boni arbitratu*, *sumptuum rationibus deductis*: quæ verba *boni viri arbitratu*, sane multa comprehendunt multaque requirunt, puta, ut deducto veterum ædificiorum pretio, deducto ruderum pretio, id tantum quo

amplius restitutio ædificiorum constat, æstimetur. Et ut etiam in æstimatione incunda, deducatur rudus redivivum, quod ex veteribus ædificiis in nova conjectum est, ut in *l. emptor*, §. *ultim. sup. de dam. infect.* Item quod Vitruvius ait, ut pro qualitate structuræ sumptus, vel pluris, vel minoris æstimentur, et lateritia quidem structura, quæ modo stat ad perpendiculum, nec excurrit extra coria (corium in structuris est λίθων συνεθχής ἐπιβολὴ, Vitruvio) cubilia, coagmenta sua, tanti semper æstimetur, quanti olim facta est nullo deducto, sin autem cæmentitia sit structura, in æstimatione facienda sumptuum, non quanti opus faciendum locatum est, æstimetur. Hic est Vitruvii sensus. Sed si anno primo, quo sumpti sunt arbitri communi dividundo, ineatur sumptus æstimatio, deducatur sumptus pars octogesima: si anno secundo, duæ octogesimæ: si anno tertio, tres: si quarto, quatuor: et sic deinceps, quoad perventum sit ad annum octuagesimum, quo structura cæmentitia nullo est in pretio. Et hæc etiam, quæ ille auctor prodidit in specie proposita, esse spectanda non nego, quis enim sanus et siccus id negaret, etiam qualitatem ædificiorum spectandam esse, sed id dico significare Papinianum his verbis, *boni viri arbitratu:* quæ latissime manant, non illis, *et ædificiorum ætatibus examinatis*, quæ verba non respiciunt ad genus structuræ, non ad perpetuitatem aut vetustatem ædificiorum, sed ad quantitatem sive mensuram, quam et Græci et Latini ætatem vocant, vel Hesychio teste, qui ἡλικίαν, interpretatur μέγεθος τοῦ σώματος καὶ μέτρον τὸ τι: res est perspicua admodum.

Nunc illud maxime observandum est, quod initio posui, sine culpa hæredis incendium contigisse: nam si culpa hæredis intervenerit, proculdubio non potest reputare fideicommissario sumptus erogatos in restitutionem ædificiorum, ut ostenditur in *l. sequ.* Nam quod sua culpa contigit, æquum est ut hæres restituat de suo, nec id reputet fideicommissario. Observandum etiam illud est, quod initio posui, hæredem restituisse ædes exustas post mortem testatoris. Nam si vivo testatore ædes, quas reliquit per fideicommissum, exustæ sint, et vivus testator eas restituerit et instauraverit, sane nulli sumptus fideicommissario reputari possunt, et integrum fideicommissum debetur, quia non ipse testator eas ædes destruxit, alioquin videretur mutasse voluntatem, et ademisse fideicommissum, ut in *l.* 65. §. *ultim, inf.* sed eas destruxit casus fortuiti incendii invito testatore, ergo integrum jus fideicommissi permanet. Præterea illud etiam notandum est, hæredem, aut hæredem hæredis, qui per errorem fideicommissario tradidit ædificia, nulla facta retentione sumptuum, quos fecit in restitutionem ædificiorum, quæ ignis absumpserat, eum, inquam, hæredem posse uti adversus fideicommissarium condictione incerti, de indebito soluto, aut plus debito soluto, condictione incerti id est, condictione possessionis, quam retinere potuit sumptuum ratione, ut in *l. qui except.* §. *si pars, de cond. indeb. l. hæres, inf. ad Senatus. Trebel. l.* 2. *de condict. tritic.* Condictione, inquam, incerti, ut ait l. 60. non etiam condictione certi, puta, condictione pecuniæ, quam impendit in extructionem ædificiorum, de qua condictione certi est accipienda lex *si in arca, de cond. indeb.* quam huic l. 60. tamen Accurs. opponit non animadvertens l. 60. esse de condictione incerti, illam de condictione certi, et hanc non competere, illam competere hæredi, qui per imprudentiam nulla facta retentione sumptuum, nova ædificia fideicommissario tradidit: et ita eas duas leges nihil inter se pugnare. nec vero posse pugnare, cum et ambæ sumptæ sunt ex eodem Juliani libro 59. DD. atque ita sunt conjungendæ.

Postremo illud etiam summe notandum est, quod addit Papinianus in *l.* 61. in qua separat sumptus, quos pendente conditione fideicommissi hæres necessario fecit in reficiendis; non dico in restituendis, sed in reficiendis vel fulciendis ædificiis, a sumptibus quos fecit in restaurandis consumptis ædificiis. Denique in *l.* 61. separat sumptus, quos hæres fecit in reficiendis stantibus ædificiis, a sumptibus, quos fecit in instaurandis consumptis ædificiis. Nam hos simul reputat fideicommissario arbitratu boni viri, quia necesse non habuit hæres restaurate ædificia. Illos autem sumptus non reputat fideicommissario, quia necesse ei fuit sarta recta ædificia fideicommissario servare. Verum in *d. l.* 61. vulgo perperam legitur hoc modo, *sumptus autem in reficienda domo necessarios a legatario factos*, perperam, inquam, legitur, sumptus necessarios a legatario factos in reficienda domo. Nam si in reficienda domo legata, sumptus fecit ipse legatarius, quam ineptum et inconcinnum aut dissentaneum est subjicere, ei legatario petenti legatum, eos sumptus non reputari, quos ipse fecit. Sane enim non reputantur mihi sumptus, si quando, reputantur, quos ego feci, sed quos fecit alius: reputatio fit a reo actori, non ab eodem actore actori. Ergo perspicuum est, et necessario consequens ex *l.* 58. ex qua dependet lex 61. ita esse legendum in *l.* 61. *sumptus autem in reficienda domo legata necessarie factos, ab eodem hærede* scilicet, non in restauranda. sed in reficienda petenti legatum, cujus postea conditio extitit, non esse reputandos.

Ad Leg. LXXVIII. de Leg. 2.

Qui solidum fideicommissum frustra petebat, hærede Falcidiam objiciente, si partem interim solvi sibi desideraverit, neque acceperit, in eam moram passus intelligitur.

Sequitur ut exponamus *l. 78. lib. 2. de leg.* quæ quidem tota pertinet ad fideicommissa rerum singularum, quæ continet quinque responsa admodum brevia, quæ hac hora profligabuntur. Primum responsum est de fideicommissario, qui solidum fideicommissum sibi restitui petit sine diminutione, et cui hæres ratione Falcidiæ subnixus opposita exceptione doli mali contradicit, se non debere solidum restituere, sed dodrantem tantum, ut ipse quadrantem habeat salvum et incolumem, quem jure Falcidiæ retinere desiderat. Is sane fideicommissarius lege Falcidia interveniente, qui solidum fideicommissum petit, plus non petit, alioquin jure isto causa caderet; plus, inquam, non petit, quia ipso jure solidum ei debetur, sed ut eleganter Papinianus ait, frustra petit: denique non plus petit, sed frustra, quia petitionem solidi elidit exceptio doli mali, per quam Falcidia inducitur, *l. hæres, inf. ad SC. Treb. l. 15. in pr. et l. 16. et l. 80. in fin. inf. ad l. Falcid.* Verum videamus an fideicommissario, qui solidum fideicommissum petit, non habita ratione legis Falcidiæ, saltem mora fieri videatur in dodrante restituendo, et hoc responsum argumentum præbet nec moram ei fieri in dodrante restituendo, quia non dodrantem, sed solidum petit, quod interveniente Falcidia hæres juste recusat. Moram non facit, qui juste recusat, aut refugit aliquid, qui juste litigat, *l. si quis solutioni de usur. l. qui sine dolo, de reg. jur.* sed si fideicommissarius interim, dum excutitur ratio legis Falcidiæ, desideret dodrantem sibi restitui, qui non potest non deberi, nec restituatur ei dodrans: ex eo tempore quo hæres postulanti fideicommissario dodrantem restituere detrectaverit, non etiam ab initio litis, hæres moram fecisse fideicommissario intelligitur. Multum interest scire, a quo tempore hæres moram fideicommissario facere incipiat: nam ex tempore moræ fideicommissariis debentur usuræ fideicommissorum et fructus, §. *etiam inf.* in *hac l. 2. Cod. de usufr. et fruc. leg. l. 3. Cod. in quib. causis in integr. rest. non est necess.* Debentur commoda omnia, *l. 39. §. fructus, l. quæsitum, §. ultim. sup. t. t. prox. l 84. inf. h. t.* Ac præterea ex tempore moræ periculum rerum per fideicommissum relictarum pertinet ad hæredem frustratorem, qui scilicet moram fecit, *d. l. 39. §. fructus, et l. 3. Cod. de usur. et fruct. leg.* Et hæc quidem de primo responso sufficiant: sequitur alterum quod est in §. 1.

Ad §. Cum post mortem.

Cum post mortem emptoris venditionem Reipublicæ prædiorum optimus maximusque Princeps noster Severus Augustus rescindi, hæredibus pretio restituto jussisset, de pecunia legatario, cui prædium emptor ex ea possessione legaverat, conjectura voluntatis pro modo æstimationis, partem solvendam esse respondi.

Lucius Titius prædia quædam Reip. sive civitatis cujusdam bona fide emit a curatore Reip. et moriens ex eis prædiis, quæ emit, id est ex universa illa possessione plurium prædiorum Reip. quam vocant, σύγκτησιν et μετοχὴν, et compossessionem, Cajo Sejo unum prædium legavit per fideicommissum. Post mortem L. Titii Imperator Severus ex causa in integrum restituit Remp. adversus venditionem. Respublica minorum jure uti solet: ut minores, ita Resp. adversus ea, quæ administratores gesserunt male, in integrum restitui possunt, *l. pen. C. quib. ex caus. maj. in integr. rest. l. pen. C. de jure Reip. l. 1. C. de off. ejus qui vic. alt. jud. obt.* Atque ita Imperator Severus venditionem eorum prædiorum rescindi jussit, atque decrevit, restituto pretio hæredibus L. Titii. Omnis restitutio in integrum est reciproca, jussit Remp. prædia recipere, ac simul pretia restituere hæredibus emptoris, qui prædiorum pretia acceperunt, pro rata prædii legati. Quæritur, an fideicommissarius partem æstimationis petere possit, partem pretii, quanti est prædium legatum? Et respondet Papin. posse, sumpta conjectura ex voluntate testatoris, qui utique fideicommissario vel prædium, vel æstimationem ejus præstari voluit: non tenentur quidem hæredes fideicommissario de evictione, *l. prox. §. evictis sup.* nec teneri etiam eos de evictione Papin. ait, sed ex causa fideicommissi judicioque defuncti, cum prædii legati pretium receperint, ut id fideicommissario restituant, ceterorum prædiorum pretia sibi retineant, quæ redhibuerunt Reip. Et hæc est sententia secundi responsi.

Ad §. Etiam resp.

Etiam Respublica fideicommissi post moram usuras præstare cogitur, sed damnum si quod ex ea re fuerit secutum, ab his sarciendum erit, qui post dictam sententiam, judicatum solvere super sederunt. Nec aliud servabitur in litis sumptibus, si ratio litigandi non fuit: ignaviam etenim prætendentes audiri non oportere. Quod in tutoribus quoque probatur.

In tertio responso ostenditur, ex mora præstandorum fideicommissorum usuras debere non tantum

privatum, qui hæres institutus est, et oneratus fideicommissis, sed etiam Remp. si hæres instituta sit, et ab ea sint fideicommissa relicta: nam hodie receptum est, quamlibet Remp. hæredem institui posse, quod tamen olim non obtinuit, ut patet ex Plinii epistolis et lib. reg. Ulp. quia Respublica est incertum corpus, ut nec universi cives cernere hæreditatem, nec pro hærede gerere possint, ut hæredes fiant: verum alio jure utimur: ergo ut hoc loco proponitur, si Resp. sit hæres instituta, et ab ea sint fideicommissa relicta, et mora fiat in eis præstandis, etiam Resp. fideicommissariis debet usuras, et fructus, et commoda omnia ex tempore moræ, sed damnum quod ob eam rem Respublica patitur, id omne Reip. præstabunt actores Reip. vel administratores, vel magistratus *qui post sententiam dictam*, ut ait, *de restituendo fideicommisso, judicatum solvere supersederunt*: judicatum facere supersederunt, id est, qui post condemnationem et tempora judicati in solvendo moram fecerunt. Quo casu et usuræ et fructus et commoda omnia fideicommissario debentur a tempore litis contestatæ usque ad sententiam: quum Resp. moram fecit post sententiam et tempora judicati solvendi, *l.* 3. *sup. de usur.* Dico non tantum post sententiam, sed et post tempora judicati, quia post sententiam tempus judicati faciendi est immune a dependendis usuris: justi dies, qui dantur judicato faciendo sunt immunes a dependendis usuris, *d. l.* 3. *in bonæ fidei*, *C. eod. tit. l. ultim.* §. *pen. C. de usur. rei jud.* quia cum justi illi dies dentur humanitatis gratia, ut eleganter ait *l. si cum militis*, §. *ultim. sup. de compens.* cum, inquam, justi dies dentur, ut in *Basil.* πρὸς περιθαλψω: expertes igitur debent esse omnis inhumanitatis, ac proinde immunes a dependendis usuris. Et hæc quidem ita se habent omnia, quæ ante diximus ad hoc responsum, si actores Reip. habuerint justam causam litigandi adversus fideicommissarium, si ante condemnationem in mora non fuerint, ut sc. post condemnationem demum mora facta, et post tempora judicati usuræ et fructus fideicommissario debeantur a die litis contestatæ in diem sententiæ latæ. Nam si actores Reip. temere judicium acceperunt, si vitio litigaverunt, ex tempore moræ sive litis contestatæ, fideicommissario debent, aut debet Resp. usuras et commoda omnia in diem solutionis nullo justitio intermisso, id est, nullis justis diebus intermissis *d. l.* 3. Debentur etiam fideicommissario sumptus litis, in quos damnari more judiciorum solet is, qui temere litigavit et succubuit, *l. cum qui temere*, *sup. de jud*, *l.* 1. §. 1. *D. de vac. mun. l.* 3. *Cod. qui accus. non poss.* Sed hæc omnia detrimenta, vel usurarum, vel fructuum, vel aliorum commodorum, quæ ob moram fideicommissario præstantur, vel sumptuum litis, hæc damna omnia respublica imputat actoribus, vel administratoribus et magistratibus Reip. qui rem summam, rem communem male gesserunt, quoniam non tantum doli, sed etiam ignaviæ, id est, culpæ etiam levis nomine Reip. tenentur. Quod verbum *ignaviæ*, Glossa non intelligit, id est, culpam levem, cui adversa est diligentia: denique administratores Reip. non tantum doli, sed etiam culpæ nomine tenentur, et ignaviam suam prætendentes non sunt audiendi ut eo minus Reip. teneantur: nam et ignaviæ pœnam luunt, *l. magistratus*, *D. de adm. rer. ad civit. pert.* Quod hoc loco Papin. confirmat a simili, si tutor culpam præstat pupillo, sane etiam levem, *l. quidquid*, *C. arb. tut.* et actor reip. igitur, quoniam similis et pene eadem est causa conditioque pupilli et Reip. *l.* 9. *de appell. l.* 6. *infr. ne de statu de.* Et nihil est præterea in hoc 3. responso.

Ad §. *Prædium.*

Prædium pater de familia liberorum alienari verbis fideicommissi prohibuit. Supremus ex liberis qui fideicommissum petere potuit, non idcirco minus actionem in bonis suis reliquisse visus est, quod hæredem extrarium sine liberis decedens habuit.

Penultimi responsi species hæc est: qui habebat quatuor liberos, primum, secundum, tertium, quartum, prædium eis legavit, idque verbis fideicommissi, non nudo præcepto vetuit alienari extra familiam liberorum. Nudum præceptum, ne alienetur prædium extra familiam liberorum, nullius momenti est, sed id tantum præceptum quod fit adhibitis verbis fideicommissi: quum dicit *verbis fideicommissi* excludit nudum præceptum. Denique hoc addit, *verbis fideicommissi* non nudo præcepto prohibuisse patrem, ne prædium illud alienaretur extra familiam, non quidem suam omnem, sed extra familiam liberorum. Ita ut si quis eorum liberorum partem suam alienaret extero, ceteri fratres eam partem sibi vindicarent jure fideicommissi: donec ad eum, qui novissimus superesset, et ceteros vivendo vicisset, totius prædii proprietas veniret. Nunc facito, ad novissimum ex liberis morte ceterorum totum prædium rediisse, aut actionem eum acquisisse vindicandarum partium, quas fratres habuerunt in eo prædio, qui relictis extraneis hæredibus sine liberis vita functi sunt, vel qui vivi partes suas extero alienarunt. Rursus facito, postea etiam novissimum ex liberis vita decessisse sine liberis extraneo hærede relicto: Quæritur, an is ad hæredem extraneum quem reliquit, tran-

smiserit dominium prædii; vel actionem fideicommissi pro partibus fratrum? Et respondet Pap. transmisisse, quasi scil. jam extincta omni familia liberorum, quasi liberis omnibus extinctis sine liberis, ut in *l. prox.* §. *libertis : sup.* quasi nullo superstite ex familia liberorum, cui fideicommissi petitio competere possit, *l.* 2. *Cod. quando dies leg. ced.* denique quasi extincto fideicommisso. Res est perspicua. Restat ultimum responsum.

Ad §. *Ultimum.*

Si creditor ab eo, qui testamentum fecit, domum acceptam jure pignoris vendidit, contra emptorem fideicommissi causa, tametsi voluntatem defuncti non ignoravit, nihil decernetur.

Species hæc est: Testator domum quam creditori pignoraverat, L. Titio per fideicommissum reliquit: creditor cum ei pecunia non solveretur, vendidit pignus, jure pignoris vendidit domum, emitque eam: qui non erat ignarus fideicommissi: Quæritur, an L. Titio fideicommissario adversus emptorem competat persecutio fideicommissi, quasi non debuerit emere domum, quam sciebat esse fideicommisso subjectam? Et respondet fideicommissario adversus emptorem nullam competere actionem, nihilque a Prætore, vel Principe posse decerni, quo rescindatur emptio venditio jure et bona fide perfecta: neque enim scientia sola rei alienæ, aut scientia sola fideicommissi mala fides est, *l. generaliter, sup. de noxal. action.* Imo etiam prohibita alienatione domus verbis fideicommissi, huic responso Pap. locus foret, id est, prohibitio non noceret creditori, non impediret venditionem domus jure pignoris, *l. filiusf.* §. *Divi, sup. tit. prox.* hæredem non nego fideicommissario teneri, si modo fideicommissarius doceat, eum fuisse ignavum et negligentem in luendo pignore, quod et Glossa hic adnotavit recte: et hic est finis hujus legis.

Ad L. X. de Alim. leg.

Cum unus ex hæredibus certam pecuniam præcipere jussus esset, de cujus sorte libertis alimenta præstaret; hæredem quoque hæredis ad præceptionem admitti placuit; si tamen plures hæredes hæres haberet, intentionem quidem defuncti prima facie refragari: sed aliud probari non oportere. Quid enim si ceteros hæredes suos evitavit, et quietam ac verecundam atque etiam idoneam, libertis consulens, domum sequi maluit? Et ideo ab omnibus hæredibus hæredis alimenta præstabuntur.

In primo responso legis 10. hæc proponitur species. Testator pluribus hæredibus institutis, unum ex eis præter portionem hæreditariam præcipere jussit certam summam sub onere præbendorum libertis alimentorum quotannis ex usuris ejus summæ vel sortis, quo genere intelligitur liberis suis alimenta annua per fideicommissum reliquisse, ut in *l.* 8. *hoc tit.* Mortuo autem eo hærede, qui oneratus est præbitione alimentorum, constat idem onus sequi hæredem hæredis, si unum tantum hæredem reliquerit ex asse, ut quem sors sequitur primo hæredi legata per præceptionem, eum etiam sequatur onus, quod naturali rationi conveniens est. At quid fiet, si primus hæres, a quo libertis alimenta relicta sunt, plures reliquerit, inter quos ea pecunia sive sors destinata alimentis libertorum divisa sit pro hæreditariis portionibus, an omnes hæredes tenet onus libertis præbendorum alimentorum? Quod prima facie Papin. ait, intentionem testatoris non pati, qui per unum alimenta præstari voluit, quod et commodius peragitur per unum, *l.* 3. *h. t.* Verum, ut idem subjicit, aut ut adsignificat *necessitati succumbimus*, ut ait *l. pen. in fine, sup. de excus. tut.* quam ne dii quidem superant, et omnino cogimur, ne pereat fideicommissum alimentorum, statuere omnes hæredes, qui primo hæredi extiterunt, fideicommiso teneri, tametsi huic definitioni videatur refragari voluntas testatoris: sed refragatur prima facie, ut ait, prima ratione, κατὰ τὸν πρῶτον λόγον, ut Philosophi dicunt, non secunda ratione, forte cum ut idem Papin. ostendit, testator evitatis ceteris hæredibus suis, non tam eum hæredem, quem elegit, elegit a quo præstarentur alimenta libertis, non tam personam ejus hæredis elegit, quam quietam et verecundam et idoneam ejus domum, consulens libertis suis. *Domus* appellatione significat familiam et posteritatem, quæ ei succedet, legitimam: et quieta est ea domus, quæ non est amans litium: verecunda, quam pudet detrectare pia et fida obsequia defuncto, veluti alimenta, quæ defunctus præstari jussit: quam rem etiam *l.* 8. *hoc tit.* ait, pulsare verecundiam hæredis, percutere verecundiam hæredis, siquidem ea præstare detrectet alimentariis. Idonea autem domus, quæ est locuples et luculenta. Et cum hoc elegantissimo Papin. responso congruit, *l. alimenta : in prin. h. t.* Verum observanda in hoc proposito maxime ea differentia est, quam statuit in *l.* 8. quamque exposui *lib.* 7. inter hæredem scilicet, qui de prælegati sorte, hoc est, de incremento sive usuris ejus sortis, jubetur alimenta præstare, et nudum ministrum sive dispensatorem, aut præbitorem ali-

mentorum, cui nihil legatum est, quoniam onus nudum dispensatoris extinguitur cum persona, quia nulli alii rei quam personæ injunctum est: onus nudi dispensatoris cum persona perit, *l. si ita expressum*, *inf. de cond. et dem.* Quam in rem Bartolus et Albericus etiam non male adducunt in medium *l. cujus bonis*, *D. de cur. fur.* quæ dicit, curatorem bonis datum, id onus non transferre in hæredem suum, *et l. tutela*, *sup. de tut.* quæ dicit tutelam jure hæreditario non transmitti in hæredem tutoris. Onus autem legatario injunctum sequitur hæredem vel hæredes ejus, ad quos etiam legatum transit, nec tam personale quam reale onus est, id est, onus rei, vel summæ legatæ.

Ad §. Verbis.

Verbis fideicommissi pure manumisso, præteriti quoque temporis alimenta reddenda sunt, quamvis tardius libertatem recuperaverit, nec hæres moram libertati fecerit, tunc enim explorari moram oportet, cum de usuris fideicommissi quæritur, non de ipsis fideicommissis.

Testator servo suo pure libertatem per fideicommissum reliquit, eidem quoque servo pure alimenta certorum nummorum annua dedit: quæ quidem alimenta jure quidem servo non debentur, antequam pervenerit ad libertatem: servo meo nihil utiliter lego sine libertate, qua fruatur jam, *l. ex parte*, *§. servum*, *D. fam. erci. l. servus, Cod. de leg.* præstari ei quidem possunt alimenta favorabiliter etiam nondum manumisso extraordinem officio judicis, ut in *l. servos*, *inf. h. tit l. servus*, *sup. de ann. leg. l. servo alieno*, *§. 1. de leg. 1.* neque enim servis testamentorum omnia justa commoda denegantur, ut Symmachus ait in Epist. ad Theodosium, sed quæ officio solo judicis præstantur, non jure obligationis: sane non sunt in obligatione, neque debentur proprie, *l. ultim. sup. de eo quod certo loco.* Hæres autem in hac specie, a quo libertas servo et alimenta relicta sunt, neque moram fecit in præstanda libertate, neque in præstandis alimentis, servo nimirum cessante in petitione fideicommissi, nec interpellante hæredem: sed tardius hæres interpellatur a servo, tardius etiam servo præstitit libertatem, tardius eam ab hærede servus reciperavit, ut loquitur, quod genus loquendi notandum est, pro accepit ab hærede: mora fit fideicommissariæ libertati in personam, id est, interpellato hærede, nec satisfaciente interpellationi, in rem non fit non interpellato hærede usquequaque secundum distinctionem legis *cum vero*, *§. apparet*, *ff. de fideic. libert.* quam citat Accurs. Quæritur autem in hac specie: An præteriti temporis ante præstitam servo libertatem, quæ tardius præstita est, ut dixi, ex die aditæ hæreditatis alimenta servo manumisso debeantur? Quod non videtur prima facie, quia hæres non fuit in mora. Verum aliud judicium Papin. est, optima ratione, quia in præstatione fideicommissi nihil refert, hæres fuerit in mora, necne: nam etsi non fuerit in mora, omnimodo fideicommisso et præteriti et futuri temporis obstringitur ab eo die quo dies fideicommissi cessit, ut *l. libertis*, *§. 1. ff. hoc tit.* Et quod vulgo jactatur, spectari, observari, explorari moram hæredis, id tantum pertinet ad usuras fideicommissorum et cetera commoda, ut diximus heri ad *l. 78. de leg. 2.* quæ scilicet usuræ, vel commoda non currunt, nisi ex mora hæredis, quæ tum fit, quum interpellatus hæres ea non solvit: non etiam pertinet ad fideicomissa ipsa, quæ debentur omnino a die, quo cesserunt, etiamsi hæres nulla fuerit in mora. Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad §. Ultimum.

Alimentis viri boni arbitratu filiæ relictis ab hærede filio pro modo legatæ dotis quam solam pater exhæredatæ filiæ nubenti dari voluit, atque pro incrementis ætatis, eam exhibendam esse respondi, non pro viribus hæreditatis.

Pater filium hæredem instituit, filiam exhæredavit, quoniam voluit, eam esse contentam dote certæ quantitatis, quam ei a filio hærede instituto legavit cum nuberet: filia plerumque exhæredatur contemplatione dotis datæ vel relictæ, quod ea ei sufficiat, *l. emptor*, *§. ult. sup. de rei vindic. l. qui volebat*, *sup. de hæred. instit.* hoc amplius idem pater præter dotem scilicet filiæ alimenta præstari jussit, quoad nuberet, præstari, inquam, jussit viri boni arbitratu, quæ quidem alimenta, etiamsi relicta non essent, frater teneretur præstare sorori, quæ se aliter tueri non possit, *l. 4. sup. ubi pupil. educ. deb.* Hæc autem verba, *viri boni arbitratu* certam quantitatem exprimunt, non incertam, *l. 1. sup. de leg. 2.* quia æquitas semper est certa, cujus bonus vir magister est, et quasi sacerdos: nec tamen statim cuilibet liquido apparet, quem modum alimentorum filiæ in hac specie constitui oporteat. Ideoque declarat Papinianus hoc loco, quasi instruens bonum virum, quem testator moderatorem fecit, ut alimentorum modum filiæ constituat non pro viribus hæreditatis, quia filia exclusa est per exhæredationem, sed pro modo dotis filiæ legatæ, hoc est, non pro facultatibus defuncti, sed pro facultatibus filiæ, quæ in sola dote consistunt, ut plerumque bona mulierum dicuntur in sola dote consistere, *l. assiduis*, *C. qui pot. in pignor. hab.* Itemque, ut modum ali-

mentorum constituat pro incrementis etiam ætatis puellæ, prout scilicet ætatem ampliaverit, ut ait lex *alimenta*, §. *Basilicæ*, *ff. hoc tit.* Denique virgini pro modo dotis legatæ, quasi ex usuris dotis, et pro ratione ætatis alimenta præstabit, usque adeo, dum ierit nuptum: nuptiis contractis et dote soluta filiæ, maritove filiæ nomine, finitur alimentorum legatum.

Ad Leg. XXV. de Adimen. leg.

Alteri ex hæredibus præceptionem prædii dedit, mox alteri præstari adversus debitorem actiones ad eum finem mandavit, quo prædium fuerat comparatum. Cum postea prædio distracto citra ullam offensam ejus, qui præceptionem acceperat, pretium in corpus patrimonii rediisset, non esse præstandas actiones cohæredi, respondi.

Quidam duos hæredes instituit, primum et secundum: primo prædium prælegavit, ut hoc haberet præcipui titulo, quod quidem prædium ipse emerat ducentis aureis. Secundo autem etiam titulo præcipui jussit cedi actionem, et præstari adversus magnæ pecuniæ debitorem hæreditarium, ad finem tamen pretii ducentorum aureorum: post factum testamentum testator prædium ultro distraxit, non provocatus, non lacessitus ulla gravi offensa hæredis, cui prædium prælegaverat, et pretium ex predii venditione redactum retulit in corpus patrimonii sui: quæritur, mortuo testatore, an primo sit præstandum prædium prælegatum, aut æstimatio ejus; secundo æque an sit cedenda actio ad finem pretii supradicti prædii? Et respondet Papinianus, utrique hæredi legatum ademptum videri, et pretium prædii, quod rediit in corpus patrimonii, inter hæredes dividi pro portionibus hæreditariis. Obscura videtur esse admodum ratio hujus responsi: faciemus perspicuam sine negotio. Primum dico, ademptum legatum videri primo, quia testator prædium nuda et mera voluntate alienavit, non urgente necessitate ingratiis, ut ait *l. rem legatam*, *hoc tit. l. fideicommissa*, §. *si rem*, *d. leg.* 3. Testator qui rem legatam vendidit urgente necessitate, non videtur adimere legatum: at qui nuda voluntate rem legatam vendidit, videtur adimere legatum: proinde primo ademptum videtur legatum prædii, secundo etiam suum legatum ademptum videtur, quia causa legati deficit. Ideo enim testator secundo legavit partem nominis ad finem æstimationis prædii, ut æqualitatem constitueret inter hæredes, ut id prædium æquo animo sineret secundus habere primum cohæredem suum, quæ causa cessat primo adempto legato. Unde consequens est, quasi cessante causa, et secundo ademptum esse legatum, quod est singulare responsum Papin. nunquam memoria obliviscendum. At contra hoc responsum tentari potest ex *l. pater*, *hoc tit.* neutri esse ademptum legatum, quia pretium quo prædium testator distraxit in corpus patrimonii rediit, ut posuimus. Et non videtur absumptum, quod in corpus patrimonii est versum, quod latius exposui lib. 7. ad *d. l. pater*. At ut dissidium omne componatur inter hanc et illam l. animadvertendum est, *l. pater* loqui de pecunia legata, hanc leg. de prædio legato. Facilius autem prædii, quam pecuniæ legatum extingui vel. adimi, aut ademptum intelligi, quia pecunia semper hæreditati inest, non quidem eadem species pecuniæ, sed quantitas pecuniæ, summa, potestas, facultas, *la valeur.* Quantitas dicitur in *l.* 1. *de contrah. empt.* summa, in *l. si pœna*, §. *si falso*, *de cond. indeb.* potestas in *l. ideoque*, *ff. de eo quod certo loco*, facultas, in Epistolis ad Atticum: *Natura*, inquit, *nummorum et facultas: natura. c'est la loy:* facultas: *la valeur.* Denique pecunia, id est, quantitas semper inest in bonis, id est, mille aureos habere videtur, qui prædia habet digna mille aureorum: prædium autem, quod distraxit testator, plane hæreditati abscessit, nec videtur inesse hæreditati, licet pretium ejus insit, puta, redactum in corpus patrimonii, et ita ad *l. pater*, respondendum est. Ad *l.* 25. *de adim. leg.* quam nunc exposuimus hoc unum est, quod addi maxime velim in illa lege, hæc verba, *testatorem prædium distraxisse*, *quod uni ex hæredibus prælegaverat citra ullam offensam ejus, cui prælegaverat*, hæc inquam verba, *citra ullam offensam*, non esse otiosa: nam si apud testatorem hæres, qui prædium per præceptionem acceperat, in gravi offensa fuerit secundum distinctionem *l.* 3. §. *ult.* adhibita *l.* 4. *eod. tit.* ei soli nocet, quod prædium testator distraxit, id est, ei soli intelligitur ademisse prædium, qui eum offenderat, non etiam secundo cohæredi, in quem testator iratus et infensus non fuit: ideoque in ea l. Papin. adjicit, eum distraxisse prædium primo legatum citra ullam offensam primi, volens demonstrare testatorem pariter erga utrumque mutasse voluntatem, quod attinet ad legata, quæ eis dedit, quod attinet ad legatum prædii primo relicti, et quod attinet etiam ad legatum nominis secundo relicti ad finem æstimationis prædii. Idcirco ut conditio hæredum exæquaretur, ut fit in *l.* 12. *ff. de cond. et dem.* idcirco ut eadem æqualitas perseveret, ut eadem sit amborum hæredum conditio, adempto uni legato, et alii quod relictum est ademptum esse censetur, nec pejori conditione unus habetur quam alter, cum pariter in utrumque testator fue-

rit adfectus, ut hoc breviter etiam Glossa notavit, et rectissime.

Ad L. II. de Reb. dub.

Civibus civitatis legatum vel fideicommissum datum, civitati relictum videtur.

Ergo civilibus civitatis certæ datum legatum vel fideicommissum, non certis civibus, sed incertis, ἀορίςων, civitati vel Reip. quod etiam incertum corpus est, relictum videtur. Idemque est si testator dixerit in hunc modum: *Civibus meis illud do, lego*: quoniam illud civitati suæ legasse videtur, ut patet ex *l. pen.* §. *civibus, sup. de leg.* Et contra quoque civitati relictum, civibus relictum videtur, sicut cognationi relictum, cognatis, *l. si cognatis, ff. hoc tit.* Sunt enim hæc conjugata cives et civitas, cognati et cognatio. Res autem dubia fuit, quia dici poterat non civitati vel Reipublicæ, sed singulis civibus legatum relictum, qua interpretatione admissa, cives non quasi civitas vel respubl. sed quasi certi homines ad legatum vocarentur, *l. cum Senatus, ff. hoc tit.* Et ideo legati divisio inter eos fieret, in viriles, id est, pro virilibus portionibus, ut in *l. si quid relictum*, et *l. civitatibus. sup. de leg.* 1. Et in antiqua inscriptione: *Statuam Mercurii ob honorem quinquennalem posui, cujus dedicatione dedi populo viritim denarios singulos*: vel etiam si perexiguum esset legatum, quod intelligeretur esse relictum singulis civibus, quod distributum in singulos ad nihilum redigeretur, ridiculum magis est, quam utile legatum, argumento legis *si domus, de leg.* 1. *l. cum post.* §. *gener. de jure dot.* Verum, sane verius est, testatorem, qui civibus certæ civitatis legavit, voluisse legare non singulis, sed universis civibus, sive universitati civium, quæ uno nomine civitas appellatur: neque enim civitatem dicimus singulos cives nec quod civitati legatum esse intelligitur, id dicimus singulis civibus deberi, *l. sicut*, §. 1. *sup. quod cujusque universi.* Et rursus, civitatem etiam non dicimus domiciliorum collocationem, et conjunctionem cinctam mœnibus, non τὸ οἰκητήριον, sed universitatem civium et inquilinorum iisdem utentium legibus et moribus. Nam inquilinos sive incolas facio partem civitatis ex Arrio Didymo apud Eusebium 15. *de præpar. Evang.* definiente civitatem τὸ τῶν ἐνοικούντων σὺν τοῖς πολίταις σύςημα, consociationem, consortiumve inquilinorum et civium: quamobrem non civium, sed hominum. M. Tullius civitatem definit esse concilium cœtumque jure sociatum. Et Plato, πλῆθος ἀνθρώπων ὑπὸ νόμον τὸν αὐτὸν ὄντων. Ineptus autem est Azo, qui hoc loco, *civibus*, interpretatur *administratoribus civitatis*, quem et ineptiores alii plerique sequuntur. Quis enim nescit latius patere civium nomen, nec solos administratores Reipub. esse cives? Censebant illi administratores civitatis esse instar civitatis, et ideo facile admittebant, legatum datum administratoribus civitatis, civitati datum videri: nec tamen animadvertebant, etiam cives universos non tam esse instar civitatis, quam civitatem ipsam, et multo magis universis civibus relictum, civitati relictum videri: at fateor etiam administratoribus civitatis non nominatim relictum legatum, civitati relictum videri, sed nolo ad eos tantum hanc legem coangustari. Ergo sive civibus universis legatum detur, sive administratoribus civitatis, civitati dari videtur, sicut quod generaliter datur sacerdotibus, sive clericis certæ Ecclesiæ, ipsi Ecclesiæ dari videtur, ut in *l. annua*, §. 1. *sup. de ann. leg.* quod sacerdoti et ὑροφύλακι, et libertis, qui certo in templo ministerium præbent, templo legari videtur, quia non personæ legatariorum nominatim designatæ sunt, sed templi ministerium tantum. Habita igitur in primus est ratio templi non personarum, quæ templo ministerium præbent, quamvis ad eas sermonem direxerit testator: sicut quod Episcopo legatur ab extraneo, puta hoc modo: *Episcopo illius ecclesiæ prædia illa do, lego*, non personæ episcopi, quæ nec proprio nomine est demonstrata, sed ecclesiæ legatum videtur, *l. 41.* quæ est Græca constitutio *de episcopis et clericis, can. pontificis* 12. *quæst.* 3. *cap. requisisti, de Testam.* quoniam legatarius non est is, ad quem sermo dirigitur, sed corpus sive collegium propter quod cujusve intuitu et contemplatione legatum relinquitur, ut in *l. si filiofam. inf. de cond. et demonst. l. pen. C. de jus. delib.*

Ad Legem LXXVIII. De Condit. et demonstrat.

Cum pupillus aut tutor ejus conditionem in personam pupilli collatam impedit: tam legati quam libertatis jure communi conditio impleta esse videtur.

Duo sunt hujus leg. responsa: quod ad primum responsum attinet, fac, pupillo hærede instituto libertatem aut legatum relictum sub conditione collata in personam pupilli, et pupillum non pati, ut conditio impleatur, pupillum impedire conditionem ne impleatur, et per hoc ne libertatem aut legatum præstet. Quæritur, an conditio habeatur pro impleta secundum jus commune? quod proponitur in *l. in jure, de reg. jur.* Et respondet Papinianus, haberi pro impleta, quod subtilius examinandum est. Id quidem sane sine dubio verum est, si conditio collata in personam pu-

pilli consistat in facto, veluti, *si pupillo biennio servierit*, vel, *si cum pupillo moratus fuerit*, quoniam, ut ea conditio impleri potest in personam pupilli citra interventum vel auctoritatem tutoris, ita et a pupillo solo impediri potest, quo minus impleatur; et habebitur pro impleta, *l. si servus* 10. *de solut.* At si conditio in datione consistat, quæ collata est in persona pupilli, veluti, si pupillo decem dederit, non potest impediri ejus conditionis effectus a pupillo solo, quia nec in personam pupilli solius impleri potest, citra interventum tutoris, ne scilicet datio, ut ait *d. l. si servus* ex imbecillitate pupilli, pereat, id est, ne datum pupillo soli, pupillus mox dissipet, atque disperdat, quo pertinet etiam *l.* 13. *hoc tit.* Sed si interveniente tutore, auctore tutore, pupillus recuset accipere oblatam pecuniam, tum sane hæc conditio, quæ in datione et acceptione consistit, pro impleta habebitur: et ita qualisqualis sit conditio, adhibita hac distinctione pro impleta habebitur. At quod dicitur, jure communi conditionem pro impleta haberi, si per eum stat, in quem conditio collata est, vel in cujus personam implenda est, id patet etiam ex *l.* 14. *hoc tit.* Legatum relictum est sub hac conditione, *si statuas illas in municipio posuerit*, et legatarius paratus quidem est eas ponere, sed locus a municipibus non datur, conditio habetur pro impleta, et statim legati petitio est. In antiquis inscriptionibus solet notari locus ponendarum statuarum, vel extruendi monumenti datus decreto decurionum, ut intelligitur jure statuas esse positas, vel extructum monumentum. Id vero notatur vulgo his singulis et singularibus literis, *une* L. *et trois* DDD. quæ singula ita explananda sunt, *locus decreto decurionum datus*, quod integra oratione in Brundusina inscriptione legitur Græca hujusmodi, τόν τόπον τῆς βουλῆς εἰς τάφον ψηφισαμένης, *loco dato decreto curiæ.* Et apud Diogenem Laert. in Empedocle, Ἀκρόνος τοῦ θεάτρου τόπον αἰτοῦντος παρὰ τῆς βουλῆς εἰς κατασκευήν. *Acrone*, inquit, *petente locum a decurionibus ad extructionem monumenti paterni.* Aliquando locus dabatur indulgentia Pontificum ob religionem soli, ut in alia inscriptione antiqua, INDULGENTIA PONTIFICUM LOCUS DATUS EST. Et ita in *d. l.* 14. si quod locus non detur decreto decurionum in municipio, legatarius non ponat statuas, conditio pro impleta habetur. Et hoc est certissimum.

Ad §. *Disjunctivo.*

Disjunctivo modo conditionibus adscriptis, alteram defecisse non obierit, altera vel postea impleta. Nec interest in potestate fuerint accipientis conditiones, an in eventum collatæ.

Finge, legatum datum sub conditione disjunctiva, hoc pacto: *si hæredi decem dederit, aut, si Capitolium ascenderit.* Disjunctio non habetur pro conjunctione, quoniam unam ex iis conditionibus impleri satis est, quam volet legatarius impleri, utramque impleri nihil attinet, §. *pen. Institut. de hæred. institut.* Et notat Papinian. hoc loco, nihil interesse utrum conditiones sint potestativæ, ut in exemplo proposito, an casuales, sicut Justinian. loquitur, veluti, *illi centum do lego, si navis ex Asia venerit, aut, si Titius consul factus fuerit.* Alterutram conditionem impleri satis est, et tametsi quandoque disjunctio pro conjunctione accipiatur, ut in *l. sæpe, de verb. signific.* non tamen ita accipietur hoc loco, ue duplici conditione legatarius oneratus esse intelligitur. Casuales conditiones sunt, quæ in eventum conferuntur. Potestativæ quæ sunt in arbitrio et potestate accipientis. Et accipere conditiones dicitur hoc loco is; cui imponuntur et adscribuntur cuive dantur: nam et conditiones in hoc titulo sæpe dari dicuntur. Posset tentari si utraque conditio, quæ adscripta est disjunctivo modo sit potestativa, a legatario utramque esse implendam, quod ei sit in facili utramque implere, quoniam utraque pendet ex arbitrio ejus et libidine: sed nihil interesse ait, inter hæc duo genera conditionum, an ergo erit in electione legatarii, vel fideicommissarii, implere conditionem quam voluerit? Sic videtur, et patet ex *d. l. penult.* eliget legatarius quam volet, ut impleat, alteram omittat. Verum huic sententiæ obstat *l. sub diversis, sup. hoc tit.* quæ si sub diversis conditionibus legatum disjunctim relictum sit, legatarium, ait, parere debere novissimæ conditioni, non cui voluerit. Sed ut respondeam, ubi disjunctim, est separatim, diversis partibus testamenti; ut si prima parte testamenti legetur sub una conditione; deinde ima parte eidem etiam legetur eadem res sub alia conditione, hoc casu novissimæ conditioni parere necesse habuit: in legatis novissimæ scripturæ valent, aliter quam in libertatibus, *l. si mihi et tibi* §. *ult. de leg.* 1. Hoc autem loco disjunctim, sive disjunctivo modo, est quidem separatim, sed eadem parte testamenti, eodemque tenore continuato orationis, quo casu legatarius paret priori, aut posteriori pro arbitrio. Hic est finis hujus l. Sequitur longe celeberrima in hoc ipso titulo.

Paulo antequam venirem, scripto viri cujusdam doctissimi admonitus sum, quod dixi non ita dudum in *l.* 78. *de leg.* 2. §. *etiam*, explicans breviter sententiam *leg.* 3. *de usur.* iniquum videri, ut scilicet Resp. quæ justam habuit causam liti-

gandi, si moram faciat post condemnationem et tempus judicati, usuras dependat a tempore litis contestatæ ad sententiam, usuras dependet, inquam hoc ne iniquum videatur, imo æquissimum, nempe sicut est in regula juris, ut unicuique mora sua noceat, ut unusquisque moræ suæ pœnam sufferat: hanc vero esse pœnam moræ factæ post tempora judicati, post indulgentiam justi temporis, ut is, qui moram fecit, retro a die interpellationis in diem sententiæ præstet usuras, quasi scilicet et retro intelligatur fuisse in mora, quamvis re vera non fuerit in mora, nisi post tempora judicati, quasi, inquam, et retro intelligatur fuise in mora, qui nec judicato paret, nec agnoscit gratiam humanitatis causa lege sibi dati temporis conquirendæ pecuniæ, et judicato faciendo? Hæc est pœna ex decreto Marci Antonini, quæ proponitur *in d. l.* 3. ut quasi retro agatur mora, damneturque judicatus quasi mora facta etiam ante sententiam post interpellationem.

Ad Legem CII. de Condition. et demonstrat.

Cum avus filium ac nepotem ex altero filio hæredes instituisset, a nepote petiit, ut si intra annum trigesimum moreretur, hæreditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra ætatem suprascriptam decessit vita, fideicommissi conditionem conjectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur.

Species hujus legis hæc est: quidam filium et nepotem ex alio filio jam defuncto hæredes scripsit vel nuncupavit, qui et ab intestato ei pariter hæredes extitissent, et nepotem rogavit, ut si intra trigesimum annum ætatis vita decesserit, portionem suam filio, id est, patruo suo restitueret. Deinde nepos intra eam ætatem vita decessit relictis liberis et patruo superstite. Quæritur, an patruo fideicommiss. debeatur? Et ante Papinianum utique respondissent alii juris auctores patruo fideicommissum deberi, cum sit ei relictum simpliciter post mortem filii fratris, quæ contingit intra præscriptam ætatem: at primus Papinian. qui mirum in modum auxit suis conjecturis suaque prudentia admirabili, et locupletavit jus civile: primus, inquam, Papinian. induxit in hoc genere fideicommissi tacitam conditionem inesse: si nepos sine liberis vita decederet, quæ defecit relictis liberis, nimirum capta conjectura a verisimili, ex intentione voluntatis avi, ejusdemque testatoris, et pietate pia, qua duci videtur avus non tantum erga nepotem, sed etiam erga pronepotes ex eodem nepote. Itaque hoc casu verosimilius est, minus scripsisse testamentarium, id est, scriptorem testamenti: plus dixisse, vel dictasse, vel nuncupasse testatorem: testamentarium omisisse conditionem illam: aut sane testatorem ipsum minus scripsisse, plus scribere voluisse, quæ est sententia hujus responsi. Et similem conjecturam interpretationemve etiam in aliis causis alii Jurisconsulti admittunt, ut plus dictum, minus scriptum intelligatur: ut scriptum suppleatur interpretatione, ut in *l.* 1. §. *ex fundo*, *et l. quotiens*, §. 1. *de hæred. instit*, *l. unum ex familia* §. *pen. de legat.* 2. Quo exemplo audet Papinianus et eandem interpretationem introducere in specie proposita, et quum ait, minus scriptum quam dictum inveniri, tacite significat, hanc sententiam sive conjecturam suam non esse sine exemplo: denique non esse inauditam et novam, quod et in aliis plerisque causis juris auctores interpretantur, *plus dictum*, *quam scriptum.* Celebratur autem hoc responsum Papiniani ab Imperatore Justiniano in *l. cum acutissimi*, *C. de fideic. l. generaliter*, §. *cum autem*, *C. de inst. et substitut.* Sed longe alia ratione in eis constitutionibus Justinianus proponit aut refert speciem quasi positam a Papiniano, quam ponatur hoc loco. Sane non quasi nepos patruo avitam, ut proponit Papinian. et exposui initio, sed quasi filius alii cuilibet post mortem suam paternam hæreditatem restituere rogatus sit: idque facit Justinianus vel ex ampliore responso Papiniani quam sit relatum hoc loco, vel alio in Digestis, vel per consequentias responsi Papiniani, ut si in partem nepotis intelligitur testator pronepotes ex eodem nepote, qui modo supervixerint nepoti, quod requiritur, ut in *l. ex pacto*, §. *si quis autem*, *infr. ad Trebell.* Eos, inquam, prætulisse filio proprio: ita etiam intelligatur in partem locumque filii sui nepotes, aut pronepotes, aut abnepotes descendentes ex eodem filio prætulisse cuilibet fideicommissario, etiam ecclesiæ, ut quidam pensent recte, tametsi fideicommisso expressim non injecerit conditionem: *si filius sine liberis diem suum obierit*, quod et Justinian. in supradictis constitutionibus ad hoc exemplum statuit locum habere generaliter, puta, hæc est generalis definitio, puta, inquam, ut semper quicunque parentes quibuscunque fideicommissariis vel liberis, vel extraneis, fideicommissum reliquerint a liberis cujuscumque sexus vel gradus, vel conditionis, ac proinde, etiam a liberis naturalibus, ut exprimit Justin. in *d. l. generaliter:* vel ut quidam sentiunt non male, etiam a liberis adoptivis, qui jure hæredes instituti sunt, quibusve legatum aut fideicommissum speciale relictum sit sub onere fideicommissarii restituendi post mortem suam, huic fideicommisso tacite insit hæc conditio, *si sine liberis vita decesserit*, id est sine justis liberis: nam

naturales liberi fideicommissarium non excludunt, nisi appareat hanc fuisse voluntatem defuncti, ut docui lib. 8. ex *l. cum pater*, §. *volo*, *de leg.* 2. Atque ita hæreditate, legato, fideicommisso relicto liberis sub onere restituendi post mortem suam, cum, ut ait *l. cum acutissimi*, liberos restitutionis post mortem oneri subegit, ubi scribendum, *subjecit* ex vestigiis antiquæ scripturæ, eo, inquam, casu non separamus naturales liberos a justis, sed indistincte dicimus non aliter liberos vel justos, vel naturales, fideicommisso quo onerati sunt obstringi, quam si sine liberis vita decesserint, quamvis expressim ea conditio adscripta non sit. At interpretatione tacitæ vel expressæ conditionis hujus, proculdubio separamus liberos justos a naturalibus, et dicimus, deficere eam conditionem susceptis justis liberis, non etiam susceptis liberis naturalibus tantum, *d. l. generaliter in fine*, illo loco, *sine justa sobole*, et multo minus accersitis liberis adoptivis, ut *l. fideicommissum hoc tit.* Etiam illud observandum maxime est, huic responso Papiniani locum esse in liberis hæredibus, aut legatariis, aut fideicommissariis, non in extraneis, etiamsi parentes sint testatoris, vel cognati, ut Bartolus et alii notant: nam si patrem vel fratrem vel extraneum hæredem scripsero, et rogavero post mortem suam hæreditatem aliis restituere simpliciter, non intelligitur fideicommisso inesse conditio, si sine liberis decesserit, quia in extraneo cessat pietatis conjectura, et quia de liberis tantum tastatoris loquuntur Papinian. et Justinianus: liberi autem testatoris non sunt, qui nascuntur ex patre eodem, vel ex matre eadem, ex fratre vel extraneo, sicut nec ipsi pater, frater extraneus testatoris sunt liberi, *si tu mihi non es ex liberis*, *nec liberi tui sunt mihi ex liberis.* Illud quoque observandum est, huic responso locum non esse in fideicommisso præstando post mortem liberorum, non in eo, quod in vita liberorum præstari debet, quia singulare est Papiniani responsum: ergo sine lege id nobis procudere, vel ampliare non licet. Et ita Joannes sentit recte in *d. l. cum acutissimi*, et probat Bartolus optima ratione, quia si fideicommissarium prætulit testator liberis ipsis viventibus in casum diemve certum, et multo magis liberorum liberi, quia non debent deterioris esse conditionis liberi, quam liberorum liberi, *l. pen.* §. *non licet*, *C. de bon. matern.* Item observandum est, fideicommissum, de quo agimus, exspirare postea agnatis liberis ei, qui fideicommisso oneratus est, non etiam, si jam liberis hæredibus, aut legatariis tempore testamenti nati sint liberi, nec hoc ignoraverit testator: quia manifestum est testatorem, qui hoc non ignoraverit eis liberis prætulisse fideicommissarium. Et aperte *d. l. cum acutissimi* loquitur de iis tantum liberis, de quibus non cogitavit testator. Hæc sunt verba legis, *quod scilicet nondum essent in rerum natura.* Postremo ad hæc quæritur, quia ex Novella Justiniani 123. quæ repetita est ex lege 52. quæ est lex Græca, *C. de episc. et cleric.* fideicommissum relictum ab hærede vel legatario sub conditione, *si sine liberis decesserit*, non debetur, tametsi hæres aut legatarius decesserit sine liberis, si modo monachus aut clericus factus fuerit, et bona subjecta fideicommisso in pias causas consumpserit, vel reliquerit, quasi monasterium aut Ecclesia, cui se devovit, sit ei loco filii naturalis, nisi scilicet fideicommissum ab eo relictum sit in redemptionem captivorum, vel in exhibitionem pauperum: quod utique debetur etiam sine liberis defuncto eo in clericatu vel monachismo. Quæ est sententia hujus Novellæ, sed ut initio dixi, qui id ita cavetur ea Novella, quæritur, an ad hanc Novellam etiam porrigi possit responsum Papiniani? ut scilicet tacita conditio, quæ liberis adscripta intelligitur; *si sine liberis decesserint*, defecisse intelligatur liberis monachis, aut clericis effectis, quod Glossa quidem putat in *d. l. cum acutissimi.* Verum tamen non est, ut ostendam multis rationibus. Primum, quia jus singulare non temere producendum est ad alias species sine lege singulari, ergo nec responsum Papiniani quod singulare est, nec Novella Justiniani, quæ etiam jure singulari conditionem fideicommissi, quæ reapse extitit, pro defecta habet. Item quia Novellæ locus etiam est, extraneis hæredibus institutis, ut patet ex contextu ejus. Huic responso non est locus, extraneis hæredibus institutis, ut ante demonstravi, quæ varietas efficit, ne convenire invicem possint responsum Papiniani, cumque eo congruentes Justiniani constitutiones duæ, et supradicta Novella repetita ex *d. l.* 52. Item, quia si responsum Papiniani trahamus ad eam Novellam, eveniet, ut duo singularia concurrant in candem speciem, puta, ut fideicommisso insit conditio, quæ non est expressa ex hoc responso, et ut defecisse conditio intelligatur, quæ extitit ex supradicta Novella. Duo autem singularia vix aut ne vix quidem concurrunt in eandem speciem auctore Accurs. in *l. cum post*, §. *generaliter*, *de jur. dot.* Non omittam ejus Novellæ sententiam posuisse Irnerium in *C. sub tit. ad Senatuscons. Trebell.* his verbis, quæ referri et aptari debent ad initium legis *jubemus*, quæ præcedit: hæc sunt verba, *nisi rogati restituere datum dotis causa, vel propter nuptias donationis, vel relictum sub conditione nuptiarum, vel liberorum, monasterium, vel alium locum venerabiliter ingrediantur.* Nihil

addi amplius oportet: nam quæ sequuntur verba, vulgo in ea παρεκβολῇ Irnerii, *sive restitutio*, *sive substitutio fiat sub prædictis conditionibus*, *sive in redemptionem captivorum*, *seu in egenorum alimenta*: hæc, inquam, postrema verba absunt a veteribus libris, nec agnoscuntur ab Accurs. vel aliis interpretibus, et falsa etiam eorum verborum sententia est: nam multum interest substitutio, sive restitutio, id est, fideicommissum relinquatur in redemptionem captivorum, vel in alimenta pauperum, quoniam hujus fideicommissi petitio est, etiam hærede clerico effecto, vel monacho, si illiberis fuerit, ut Tertullianus loquitur, si orbus fuerit: an vero fideicommissum relinquatur in aliam causam personamve profanam, quia hujus fideicommissi ex ea Novella petitio non est hærede clerico facto vel monacho, nullis relictis liberis. Itaque obliteranda sunt ea postrema verba.

Ad Legem XIV. ad Legem Falcidiam.

Pater filiam quæ a viro diverterat, hæredem pro parte instituit, et ab ea petit, ut fratri et cohæredi suo portionem hæreditariam acceptam deducta sexta restitueret, admissa compensatione dotis in Falcidiæ ratione: si pater dotem consentiente filia non petiisset, Falcidiam quidem jure hæreditario, dotem autem jure proprio filiam habituram respondi, quia dos in hæreditate patris non inveniretur.

Continet hæc lex tria responsa, quorum ad primum quod attinet, sciendum est divortio facto bona gratia, vel culpa mariti, vitio mariti, aut morte mariti soluto matrimonio, dotem profectitiam, quam pater dedit pro filia de suo, patrem non posse repetere, nisi adjuncta et consentiente filia, quam habet in potestate: nam si sit emancipata filia, propria dotis repetitio est: si sit filiafamil. communis est dos, communisque repetitio dotis, ut nec pater sine filia, nec filia sine patre possit agere adversus quondam maritum de recuperanda dote, *l.* 2. §. 1. *et l.* 3. *sup. sol. matrim. l.* 2. *et l. filiæ*, *C. eod. tit. l. Titia*, §. *qui invita*, *de leg.* 2. *l. qui hominem*, §. *si gener*, *inf. de solut.* Quod si antequam dotem repeteret pater voluntate filiæ, vita decesserit pater, tum dotis actio proprie pertinet ad filiam, eamque dotem filia, quamvis patri hæres extiterit, repetit, non jure hæreditario, quia jam non intelligitur fuisse in bonis patris, sed magis in bonis filiæ, dominium filiæ præpollet, *l.* 4. *sup. de collat. bon. l.* 1. §. *ult. l. ult. ff. de collat. dot.* filiifam. proprium habent peculium castrense, vel quasi castrense: filiæfam. dotem etiam profectitiam, maxime mortuo patre, et vivo patre communem, magisque filiæ quam patris, etiam profectitiam dotem. Ergo filia, quæ patri hæres extitit, qui nondum repetita dote vita decessit, non repetit dotem jure hæreditario, vel in eam non transfertur repetitio dotis jure hæreditario, quia non invenitur in hæreditate patris, sed in bonis filiæ. Ideoque eam repetit jure proprio, ut lex ait hoc loco, jure suo, ut in *l.* 81. *ff. pro soc.* quia et exhæredata eam repeteret. Vis scire quam non repetat eam jure hæreditario, sed suo jure, etiam exhæredata eam repeteret, *l. si socer*, §. 1. *inf. sol. matrim. l. un.* §. *videamus*, *C. de rei uxor. act.* Quibus præmissis, finge: filiafamil. pro qua pater marito dotem dederat, divortium a marito fecit bona gratia, vel vitio mariti: post divortium dote, voluntate filiæ uti oportet a patre nondum repetita, pater filiam et filium hæredes instituit ex æquis partibus, et filiam pure rogavit, ut partem, id est, semissem restitueret fratri et cohæredi suo, non quidem deducta quarta, id est, sescuncia, *une once et demie*, quæ tamen ex lege Falcidia deducenda retinenda est, quoniam in singulis hæredibus separatim ponitur ratio legis Falcidiæ, *l. in singulis*, *inf. hoc tit.* Sed rogavit eam restituere partem suam fratri, deducta sexta tantum, id est, uncia, et ut semunciam, quæ Falcidiæ deest, compensaret cum dote, quam pro ea dedit pater: hæc est voluntas patris ultima. Quæritur, an hæc compensatio admittenda sit supplendæ Falcidiæ gratia, hoc est, semunciæ. Et respondet, hujusmodi compensationem non esse admittendam. Nec enim hæres quisquam cogitur compensare in Falcidiæ rationem, quod alius ei debet, non testator, et post divortium mortuo patre, qui dotem voluntate filiæ nondum petierat, soli filiæ maritus, a quo divortit, dotem debet, *l. in insulam*, *in princ. sup. sol. matrim.* quæ maxime ad hunc locum pertinet. Itaque dotem quidem filia a marito recipiet jure suo, quasi sibi debitam, jure propriæ obligationis, propriæ actionis de dote sua recuperanda, Falcidiam autem, id est, sescunciam integram recipiet jure hæreditario, sive jure testamenti, ut ait *l. qui duos*, *de vulg. subst. l. si legatus*, *ff. ad Trebellian.* Falcidia jure hæreditario sive jure testamenti percipitur. Et hæc quidem est sententia hujus responsi et species. Posui patrem vita decessisse, quod et vulgo ponunt fere omnes, voluntate filiæ nondum repetita, vel petita dote, quia verba illa hujus legis, *si pater dotem consentiente filia non petiisset*, sic accipio, si nullo modo dotem petiisset, et recuperasset, si tacuisset, ut et in *d. l. in insulam.* Hæc verba, *pater qui dotem consentiente filia non petierat*, hoc significant, nullo modo petiisse

aut exegisse patrem: denique aliud est dicere, si pater dotem non consentente filia petierit, quo sermone significante quidem petiisse patrem, sed non consentientæ filia, non efficaciter, non uti oportet: aliud dicere, si pater dotem consentiente filia non petierit, quod est simpliciter, si prorsus dotem non petierit, aut petens satis non egerit. Inde quæstiones tres existunt, primum quid sit dicendum, si pater priusquam moreretur dotem exegerit consentiente filia: an hoc casu admittenda erit compensatio ejus, quod Falcidiæ deest cum dote, quam secundum jus vetus non recepta distinctione nova Justiniani, quæ est in *l. ult. C. comm. utr. jud.* filia post mortem patris, propriam et præcipuam habitura est? Et mihi quidem videtur admittendam esse compensationem, quia exacta dote voluntate filiæ, proculdubio rediit in bona patris, atque adeo in hæreditate patris invenitur, quod demonstrat *l.* 10. *ff. de bon. damn.* quæ est una ex iis, quas Basilica Digestis restituerunt: nam ante Basilica etiam Florentinæ Pandectæ erant imperfectæ, sed dos rediit isto casu in bona patris, cum sua causa scilicet, ut filiæ dos servetur integra et imminuta, quoad alii nubat, vel cum eodem redintegret nuptias, *l.* 81. *sup. pro soc.* Rursus, et hæc est secunda quæstio, quid sit dicendum, si sine voluntate filiæ pater dotem exegerit; deinde vita decesserit? Et videtur idem dicendum prima facie, quia dos facta est in bonis patris per restitutionem mariti. Idem, inquam, videtur dicendum esse, ut scilicet in ratione Falcidiæ compensatio admittatur dotis, non totius utique dotis, sed pro modo unciæ, quam filia solam deducere jussa est, quia eatenus consumitur, minuiturve actio dotis, quæ filiæ adversus maritum competit, cum non jure pater dotem exegerit, id est, quum eam exegit invita filia, *l. si cum dotem*, §. *si pater*, *inf. sol. matrim.* videlicet, si amplior sit dos quam uncia: Superfluum autem dotis, quo dos amplior est uncia, mulier suo jure persequitur, et repetit a marito, *l. Titia*. §. *qui invita*, *sup. de legat.* 2. Maritus autem, quod mulieri restituerit, mox repetit per condictionem sine causa a cohærede mulieris pro deunce, qui ad eum pervenit partim jure hæreditario, partim jure fideicommissi. Sola uncia mulieri servatur, *l. qui hominem*, §. *si gener*, *inf. de solut.* Et ideo superfluum, quod filia consequitur a marito jure suo, non compensabitur cum eo, quod Falcidiæ deest. Et hoc, ut dixi, si amplior sit dos quam uncia, quæ sola remanent apud filiam ex judicio testatoris: quod si eadem sit quantitas dotis, et unciæ, tum sane totam dotem filia compensat cum eo, quod Falcidiæ deest, quia ejus dotis nomine nullam actionem efficacem adversus maritum habet, quamvis patris solverit dotem invita filia, quoniam quidem tantum filia cœpit ex bonis patris; quantum doti satis est; et ideo compensare debet dotem, nec petere a viro cum eo, quod ei dedit pater, id est, cum uncia, *d. l. si cum dotem*, §. *si pater.* Idemque dicendum est, si uncia quam ex sua portione retinet filia, major sit dote: fac, dotem non pluris esse, quam semunciam: nam et hoc casu, non est filiæ utilis, et efficax actio dotis adversus maritum, qui dotem solvit patri sine filia, cum plus ea filia cœperit ex bonis patris, quam sit in dote. et ideo semunciam, quanti est dos compensare debet cum semuncia, qua Falcidiam suppleri desiderat. Tertia quæstio hæc est, quid sit dicendum, si pater dotem petierit lite contestata adversus maritum? Alioquin non videtur petiisse, qui litem contestatus non est, ut recte Glossa notat ex *l. amplius*, *rem rat. hab.* Quid igitur sit dicendum, si pater dotem petierit cum marito lite contestata, et antequam dotem exigeret, et exprimeret a marito, vita decesserit? Facile est respondere huic quæstioni. Respondeo, idem juris esse in dote petita a patre; quod in dote exacta, eandemque distinctionem adhibendam esse, videlicet utrum pater petierit dotem volente filia, utrum patre interim mortuo, filiæ etiam secuta condemnatione mariti, propria sit exactio dotis, nec in hæredem patris aut cohæredem pro parte suum transmittatur, quod ostenditur recte in *l. si marito*, §. *si voluntate*, *sup. sol. matrim.* *l. un.* §. *et hoc C. de rei uxor. act.* Nam non omnes actiones, quæ contestatæ sunt a defuncto, transeunt in hæredem, ut actio dotis a patre contestata volente filia, non transit in hæredem patris, sed exactio est propria filiæ: et ideo hoc casu non admittitur hæc compensatio, quia filia dotem habet proprio jure, non beneficio patris. An vero pater dotem petierit invita filia, ut tum admittatur secundum subdistinctionem ante propositam in dote exacta sine voluntate filiæ in secunda quæstione. Et hæc quidem omnia ita procedunt, si pater initio dandæ dotis, ut in *l. quotiens*, *sup. sol. matrim.* stipulatus non sit divortio facto dotem sibi reddi: nam si stipulatus sit sibi reddi, propria est actio patris non communis patri et filiæ, non propria filiæ, atque adeo transfertur in hæredes, etiam in filiam, si hæres extiterit patri, pro qua parte extiterit, et compensatio admittetur, quia capit partem dotis jure hæreditario.

Ad §. *Avia*,

Avia nepotibus hæredibus institutis fideicommisit, ut omissa retentione, quæ per Falcidiam

ex alio testamento competebat, solida legata fratribus et cohæredibus solveret. Recte datum fideicommissum respondi : sed hujus quoque onus in contributionem venire.

Species hæc est : habeo quatuor nepotes, primum, secundum, tertium, et quartum. Ex iis nepotibus L. Titius extraneus quidam duos sibi hæredes instituit, tertium et quartum, et ab eis legata dedit primo et secundo, et aliis forte extraneis, ita ut legis Falcidiæ ratio intercederet : postea ego nepotes quatuor mihi hæredes institui, et tertio ac quarto fideicommisi, ut solida legata ex testamento Lucii Titii fratribus et cohæredibus suis primo et secundo solverent, quamvis intervenirel Falcidia, non retenta Falcidia: denique ut Falcidiam sibi competentem ex testamento Lucii Titii primo et secundo fratribus et cohæredibus suis condonarent et remitterent : et aliis quoque fideicommissis vel legatis oneravi eosdem nepotes meos, tertium et quartum, ita scilicet, ut et ex meo testamento sicut ex testamento Lucii Titii, eis competat beneficium legis Falcidiæ : Papinianus ait hoc loco, in ineunda ratione legatorum et fideicommissorum, quæ a tertio et quarto dedi, etiam ceteris fideicommissis contribui et connumerari onus illud fideicommissi, ne scilicet ejus testamenti jure, quod Lucius Titius fecit ex legatis in eo fratribus relictis, primo et secundo deducant Falcidiam, quæ eis jure competit. Et hoc est quod ait Papinianus, hujus quoque fideicommissi onus, ne utantur Falcidia, in contributionem venire, sive in computationem legis Falcidiæ. Contribuere legata aut fideicommissa est, in ineunda ratione legis Falcidiæ, ea communi calculo subjicere, *l. ii*, §. *quæsitum, sup. hoc tit.* Ideoque quanta est Falcidia, quæ tertio et quarto ex testamento Lucii Titii competet de legatis primo et secundo relictis, tantum testamento meo a tertio et quarto per fideicommissum reliquisse videor primo et secundo, et fideicommissum valet : *fideicommissum*, inquit, *recte datum respondi.* Cur vero recte, non simpliciter? quia rem vel jus hæredis sui nemo non recte legat, §. *non solum*, *Instit. de leg.* etiam sinendi modo, ut Ulpianus scribit *lib. reg. eod. tit.* Sicut et recte constat, servum hæredi manumitti testatorem prohibere, perinde ac si suus esset servus, *l.* 9. §. *ult. inf. de man. testam.* Sed idcirco maxime Papinianus respondit, recte datum fideicommissum, quia datum ita est, id est, citra fraudem legis Falcidiæ, quam excogitavit testator. Nam etsi non possit testator cavere, etsi non possim ego cavere, ne in meo testamento Falcidiæ ratio habeatur, sed solida legata ex eo præstentur sine deductione Falcidiæ, etsi hoc frustra caveam in fraudem legis Falcidiæ secundum jus vetus, quod obtinuit ante Justin. *l. seq.* §. *ult. l. Sejus, hoc tit. l. nemo potest, de leg.* 1. sine fraude tamen legis recte caveo, ne hæredes quodammodo ex alieno testamento competentem sibi Falcidiam deducant, quia non id ago, ut fraudem faciam legi Falcidiæ, sed ut hoc beneficium sive fideicommissum numerem nepotibus meis mihi carioribus. Verum enimvero, ut subjicit Papin. hoc quoque inter cetera fideicommissum lex Falcidia minuet, quæ in meo testamento locum habet, ut si quarta tertio et quarto de legatis primo et secundo relictis competens ex alieno testamentum sit centum. verbi gratia, ex ea quarta jure testamenti mei tertius et quartus deducent 25. quasi re sua aut jure suo legato : nam non solum ad res proprias testatoris legatas lex Falcidia pertinet, sed etiam ad res alienas, *l.* 1. §. *non solum h. t.* Ergo et ad res hæredis, jurave hæredis legata, ut patet ex hoc responso, non quidem ita ut Falcidia deducatur ex rebus alienis, aut ex rebus hæredis legatis, sed ex pretio earum, quod ex bonis defuncti dominis rerum præstatur, legata enim debebatur ex bonis testatoris, non ex alienis bonis : legatum est delibatio hæreditatis testatoris, non hæreditatis, bonorumve alienorum, *l. legatum, sup. de leg.* 1. et inde *non delibata hæreditas*, id est, *non onerata legatis*, apud D. Ambrosium oratione quadam funebri : et eodem sensu, *Illibatus quadrans in l.* 20. §. *Pap. fam. ercisc.* hæredis igitur, a quibus testator rem aut jus eorum legavit duplici deductione utentur : nam et pretium rei, jurisve sui deducent, et rem inferent bonis testatoris, quæ commixta aliis bonis defuncti, si omnia efficiant quadringenta verbi gratia, et legata sint quadringenta, rursus hæredes ex hac summa deducent centum, Et hæc est sententia et propria species hujus responsi, quam et secundo loco attigit Accursius. Paulus, et Alexander aliam speciem composuerunt, nempe hoc modo, nam et hæc nobis examinanda est. L. Titius, qui in bonis habuit quadringenta, me hæredem instuit habentem quatuor nepotes, primum, secundum, tertium, et quartum, et duobus ex eis nepotibus meis, primo et secundo a me legavit quadringenta, si legis Falcidiæ beneficio uti volo, non præstabo primo et secundo intacta et integra 400. sed trecenta tantum, ut centum salva habeam et sana, jure Falcidiæ. Verum antequam inirem et ponerem rationem legis Falcidiæ, mihique deducerem illa centum, facto testamento eosdem nepotes quatuor mihi hæredes institui ex æquis partibus, et rogavi tertium et quartum, ut solida 400. es testamento L. Titii fratribus et cohæredibus suis, primo et secundo solverent, nec Falcidia uterentur, qua alioquin uti possent ex per-

sona mea. Nam non tantum hæredi Falcidiæ deductio est, si oneratus sit legatis, sed etiam hæredi, hæredis, *l*, 10. *C. eod. tit. l.* 1. §. 1, *inf. quod legat.* Et insuper eosdem nepotes meos, tertium et quartum aliis oneravi legatis et fideicommissis, ita ut lex Falcidia locum habeat, fideicommissum illud quod ab eis relictum est primo et secundo valere constat, quia lex Falcidia hæredis causa lata est: nec fraus fit legi Falcidiæ, si jus suum diminuat hæres, sibi vel successori suo, fraus fit hæredi non legi, *l. potest. h. t.* fideicommissum igitur valet, sed perinde erit atque si primo et secundo, hoc notandum, legassem 50. a tertio et quarto, et commixtis atque confusis his quinquaginta cum aliis legatis, quibus oneravi tertium et quartum, si omnia excedant dodrantem portionum tertio et quarto adscriptarum, etiam ex illis 50. tertius et quartus Falcidiam detrahent, id est, decem cum dimidio. Lege autem Falcidia non interveniente 50. prestabunt primo et secundo pro portionibus hæreditariis suis, non centum. Et ita illi componunt speciem, quam non recipio, propterea, quod hac ratione fit, ut primo et secundo, non ut cavi, solvantur solida legata, id est, plena et integra, ut aliæ leges loquuntur, sed pro partibus tantum tertii et quarti. Quandoquidem primus et secundus pro partibus suis hæreditariis Falcidiam, quam mihi debuerunt, contribuunt conferuntque bonis meis, *l.* 1. §. *si debitor, hoc tit. l. si ei cui vendidi*, §. *ult. sup. de evict.* ut quod ego eis debeo, deducunt bonis, sic ex diverso, quod ipsi mihi debent, contribuunt bonis. Proinde sola legata, id est, quadringenta primus et secundus non consequuntur, sed 350. tantum, non interveniente scilicet Falcidia in portionibus tertii et quarti, vel Falcidia interveniente 340. et unum cum dimidio. In ea autem specie, quam initio proposuimus, et magis probamus, primus et secundus solida legata consequuntur, non interveniente Falcidia, vel ea interveniente diminuto tantum, et rescisso legatorum quadrante, id est, quadrantis quadrante deducto tantum: itaque verbis Papiniani sane prima species accomodatior est.

Ad §. *Ultimum.*

Duobus impuberibus substitutum, utrique hæredem existentem, in alterius hæreditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hæreditatis partis, quæ ad filios pervenerit, retineat. Quod si frater fratri legitimus hæres extitit, et impuberi supremo substitutus, portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiæ non confundetur, sed quartam ejus tantum portionem substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit.

Sequitur tertium et ultimum responsum, quod est in *l.* 14. *ad l. Falcid.* Pertinet ad materiam contributionum, qua nulla est subtilior in jure, et quæ potissimum tractatur in *l.* 11. *hujus tit.* Duæ autem sunt partes hujus tertii responsi, una est de substituto a patre duobus filiis impuberibus in secundum casum, quæ substitutio pupillaris appellatur. Secundus casus est casus mortis, quæ illis contingat, priusquam excesserint ex ephebis, priusquam pubuerint. Altera vero pars est de substituto a patre in eundem casum, ei tantum, qui supremus moreretur. Primæ partis species hæc est: Pater qui habebat 400. in bonis, primum et secundum filios suos impuberes hæredes instituit ex æquis partibus, eisque singulis separatim. L. Titium substituit in secundum casum, quæ, ut dixi, est substitutio pupillaris: primi partem oneraverat legatis supra modum legitimum, secundi partem non oneraverat, quia scilicet a primo legaverat ducenta: legata relicta a primo absumunt igitur portionem primi et exhauriunt, quæ est ducentorum; a secundo autem nihil legaverat, aut legaverat centum duntaxat: nondum solutis legatis utroque moriente intra pubertatem, unus post alium, vel commoriente utroque simul, substitutus utrique hæres extitit ex substitutione pupillari. Quæritur, an ex portione primi, quæ onerata est legatis, substitutus possit deducere Falcidiam, cum portio secundi, quæ est integra, aut non delibata supra modum ei sufficiat ad Falcidiam bonorum, quæ pater reliquit mortis tempore? Et respondet Papinianus in prima parte hujus responsi, substitutum in portione primi, quamvis onerata sit legatis, nulla Falcidiæ deductione uti posse, hac ratione, quia legata contribuuntur et commiscentur tam a primo quam a secundo relicta, simul et portiones hæreditariæ primi et secundi, quæ commixtio et confusio palam facit nullam in hac specie incidere quæstionem legis Falcidiæ, quia portio secundi, quæ est integra, quæ non est onerata substituto, sufficit ad quartam Falcidiam, et mortuis impuberibus substitutus comparatur ei, qui primo loco institutus est, *l.* 1. §. *si cohæredes*, *l.* 11. §. *si filio, et* §. *quæsitum, h. tit. et l. qui fundum*, §. *ult. ff. ad leg. Falcid. l. cohæredi*, §. *cohæres*, *sup. de vulg. subst.* Substitutus igitur, quum extitit conditio substitutionis, revocatur ad intellectum institutionis, ut illæ leges loquuntur, id est, pro instituto habetur primis tabulis. Institutus autem ex utriusque partibus, una parte onerata, altera non item, proculdubio confunderet et commisceret utrasque partes partiumque onera; ac deinde facta confusione componeret

rationem legis Falcidiæ. Ergo et instar instituti substitutus confundet partes hæredum institutorum, et legata ab eis relicta. Quo facto apparebit legem Falcidiam in hac specie locum non habere, quæ est sententia primæ partis : neque huic responso quicquam officit, quod in materia contributionum Dd. statuunt, et ego semper prædicavi esse verissimum, ut ad 29. quæstionum, id est, ad *l.* 11. *h. t.* et ad 6. respons. id est, *ad l. cohæredi*, §. *cohæres, de vulg. subst.* Ita vero statuunt, quum portio integra accedit adjungiturque oneratæ, contributioni portionum et onerum locum esse : cum vero onerata accedit integræ, contributioni locum non esse ex *d. l.* 1. §. *si cohæres*, *et l.* 11. §. *si filio*, *et* §. *quæsitum*, *et l. quod si alterutro*, *hoc tit.* Hæc definitio, quam habeo pro verissima, nihil obstat huic responso, ut cœpi dicere, quia in specie proposita neutra portio neutri accedit, sed utraque portio est æque principalis, et directo ac principaliter, quasi una hæreditas unumve patrimonium substituto obvenit ex substitutione pupillari, et ideo contributioni locus est, perinde atque si in primis tabulis ex asse hæres institutus esset, licet prius ei obvenerit portio onerata, quam integra. Et quæ supradictis locis tractantur, de contribuendis vel non contribuendis legatis, ad ea tantum legata pertinent, quæ relinquuntur a pupillo hærede scripto, et a substituto ejus, vel a duobus uni pupillo substitutis, vel ad ea, quæ relinquuntur singulis hæredibus institutis, contribui scilicet debeant, necne, vel ad ea, quæ relinquuntur ab instituto hærede eodemque substituto, vel a pupillo et cohærede ejus extraneo eodemque substituto : nihil autem pertinent supradicti loci ad ea, de quibus hic agitur, quæ scilicet relinquantur a pupilli duobus hæredibus institutis, quibus unus idemque substitutus hæres extitit, a quo nihil legatum est. Et de prima parte hactenus. In secunda parte hujus responsi : duobus impuberibus institutis, et unius portione onerata, non etiam alterius proponitur substitutus non utrique datus, ut in prima parte, sed ei tantum, *qui supremus moreretur* : quo casu si unus post alium fungatur vita, priori defuncto frater superstes jure legitimo ab intestato hæres existit, et eo postea moriente intra pubertatem, substitutus in bona ejus vocatur : in quibus bonis tametsi inveniat portionem prioris, quæ ei obvenit jure legitimo ab intestato ut consanguineo, tamen eam non confundit, aut contribuit cum portione posterioris, id est, ejus qui supremus mortuus est. Fac, portionem prioris esse integram, portionem posterioris oneratam, substitutus in portione posterioris, quam ex substitutione capit, Falcidiam inducere potest, licet pars prioris Falcidiæ sufficiat atque largiatur, quia partem etiam prioris partis substitutus non capit ex substitutione, cum substitutus priori non fuerit, nec posterior eam habuerit ex testamento patris, sed lege ad eum redierit ab intestato, ut fraterna, non ut paterna hæreditas, et ab eo deinde transierit in substitutum jure substitutionis, non quæ facta est priori quæ facta nulla est sed quæ facta est supremo morienti, *l. sed si plures*, §. *ad substitutos, sup. de vulg. subslit.* Hæ tantum portiones confunduntur, quæ sunt ejusdem hæreditatis, veluti hæreditatis paternæ, non quæ sunt aliæ atque aliæ, hæreditatis veluti fraternæ, et paternæ. Et rursus hæ tantum portiones confunduntur, quæ ex eodem testamento capiuntur, non quarum una ex testamento, altera ex lege, inspecta origine diverso jure. Nam etsi pater cogitaverit portionem ejus, qui prior vita decederet ex lege perventuram ad posteriorem ab intestato, *l. pen. C. de impub. et aliis substitut. l. vel singulis, sup. de vulg. sub.* non est tamen ea cogitatio patris, ne tacita quidem substitutio, itaque portionem fratris, qui prior decessit, frater superstes capit, non veluti ex testamento patris, sed veluti ex *l.* 22. tabularum, jure intestati. Quod hic locus aperte demonstrat. Substitutus igitur in hac specie, si portio supremi morientis, si portio posterioris onerata sit legatis, ejus portionis quadrantem deducet, id est, sescunciam, et præter hunc quadrantem etiam habebit integram portionem intestati prioris inventam in bonis posterioris, id est, qui novissimus e vita excessit, quod et aliquando fieri idem Papinianus notat in *l.* 11. §. *quod vulgo*, *sup.* illo loco. Potest evenire, ut substitutus longe plus habeat quarta paternæ hæreditatis. Sane id evenit in specie proposita : nam habet substitutus septuncem et sescunciam. Utramque autem partem hujus responsi Cyrillus Græcus interpres breviter complexus est his verbis : *Εἰ μὲν ἰδίᾳ ἑκάςῳ τῶν δύο ἀνήβων ὑποκαταςῇ τις, κοινῶς τρακτηΐζεται ὁ φαλκίδιος, εἰ δὲ τῷ ὑςέρῳ τελευτῶντι, κεχωρισμένως.* *Si quis*, inquit, *singulis duobus impuberibus substitutus sit, communiter habetur ratio legis Falcidiæ, sin vero ultimo morienti, separatim.* Ad hæc observandum est in specie primæ partis nihil interesse filii impuberes simul mortui sint ruina vel naufragio, an unus post alium: utrobique enim substitutus in ratione Falcidiæ confundit et permiscet utriusque partem et utriusque partis legata. At in specie secundæ partis, huic responso locus est ita demum, si unus post alium vita decesserit, ut tum scilicet non fiat confusio et contributio partium vel onerum. Nam si pariter eodem momento filii perierint impuberes, confusionem admittemus, ut in prima specie, quia uterque intelligitur supremus decessisse, et substitutus utri-

que succedit ex judicio patris, et substitutione pupillari, quam eis fecit pater, *l. qui duos, sup. de reb. dub. l. ex duobus, sup. de vulg. substit.* ubi satis ostendi ad Africanum non aliud esse dicendum in substitutione precaria, non esse in hac re separandam substitutionem directam a substitutione fideicommissaria, contra quam hic Glossa adnotavit, explicata ratione, *l. eum qui, et l. hæredes, §. cum ita inf. ad Treb.* quibus subnititur Glossa, quem etiam *§. cum ita*, memini me exponere fusius superiore libro responsorum. Ergo cum substitutionem pater fecit pupillarem ei tantum, qui supremus impubes moreretur; distinguimus, utrum simul ambo vita decesserint casu quodam, an diversis temporibus: et eandem distinctionem servari volumus, si ita pater liberis substituerit: si ambo intra pubertatem decesserint, vel si uterque intra pubertatem decesserit, ut patet ex *l. qui duos, sup. de vulg. substit. et l. pen. C. de impub. et ali. substit.* Nam si diversis temporibus moriantur discretis partibus hæreditariis, inducitur ratio legis Falcidiæ in portione posterioris, non in portione prioris, nec ideo minus in portione posterioris, si onerata, sit, quod portio prioris non sit onerata. At si eodem tempore simul decesserint, rationi Falcidiæ partes hæreditarias, partiumque legata contribuimus et confundimus, communive calculo subjicimus in computanda ratione bonorum et legatorum, quod et Accursius tradidit recte hoc loco, cujus Glossæ omnes in hunc locum rectissime sunt, præterquam in illa parte, qua separat substitutionem directam a fideicommissaria, ut docui in *d. l. ex duobus.* Idemque Antonius Polit. enarravit in hunc locum, nisi nescio qua mente in formulis concipiendis substitutionis pupillaris sexies scripsisset, *in pubertate, si in pubertate decesserit,* pro *si in pupillari ætate:* nam puberi in secundum casum directo substitui non potest, *§. ult. Instit. de pupill. subst.* Et quod etiam crediderim esse vitium ejus, qui expresserat male, quod ille descripserat bene, nisi etiam quum ita substituit liberis impuberibus; *si ambo mortui essent,* desiderasset singulis ita substitui contra quam proponatur in *d. l. pen. C. de imp. et ali. substit. et l. qui duos, de vulg. subst.* Et hic est finis legis. 14.

Priusquam veniam ad *l. 58. ad SC. Treb.* debeo satisfacere duobus ex vobis viri juris studiosissimis, quo genere et omnibus satisfaciam, quibus resident adhuc hæsitationes quædam juxta ea, quæ diximus ad primum responsum *l. 14. ad l. Falcid.* Ac potissimum ad eas tres quæstiones, quas proposui post expositam speciem hujus responsi. Et ad primam quidem quæstionem, quod dixi, de dote a patre exacta consentiente filia, ut compensetur cum Falcidia: quia invenitur in bonis patris; ibidem objicitur, prælegata etiam inveniri in bonis testatoris, et tamen non computari in Falcidiam pro ea parte, quæ a cohærede accipitur, ut in *l. in quartam, eod.* Ad respondeo, dotem filiæ fuisse prælegatam nusquam proponi, quia ex bonis patris filia dotem aufert tanquam præcipuam, et quasi non transmissam in utrumque hæredem institutum, sed in se tantum in assem, *l. unic. §. et hoc, C. de rei uxor. act.* Quod etiam olim obtinuisse certissimum argumentum præbet nova distinctio, quam hac in re introduxit Justinianus in *l. ult. C. comm. utriusq. judic.* Deinde etiam si dos prælegata esset, aut pro prælegata haberetur, dicerem totam eam compensari in Falcidiam, quia tametsi pars, quæ jure legati capitur in prælegato a cohærede non imputetur, sive non computetur in Falcidiam, compensatur tamen, *l. Nesennius, l. filio, eod. t. l. 58.* ad quam mox aggredior, *§. acceptis, ad Treb. l. filium quem, ff. famil. ercisc.* Aliud est computare, aliud compensare. Et hæc duo accurate semper distinguenda sunt, non confundenda, aut quod Dd. faciunt commutanda. Quod autem dixi ad secundam quæstionem, si tanti sit, quod filia ex bonis patris deducere jussa est, id est, si tanti sit uncia, quam deducere jussa est, quanti est dos, vel etiam si amplius sit, filiam dotem compensare cum Falcidiæ residuo, quod sibi suppleri desiderat. Ibidem quæritur, unde eam dotem habeat filia, et quo jure? Et respondeo, filiam eam dotem ex bonis patris habere videri, quod ex bonis patris tantum fert, vel amplius jure hæreditario, vel jure legati, et idcirco compensat cum dote: denique agnoscendo hæreditatem vel legatum, amittit propriam actionem dotis, qua in maritum a quo divertit frustra agit, *l. si cum dotem, §. si pater, sol. matrim.* et quod in hæreditate vel legato amplius habet, lucrifacit. Item quod quæritur, quatenus filia compenset dotem, ut habeat sescunciam? scribendum est, *sescunciam*, non *sexunciam.* Respondeo eam compensare totam dotem, quia posui non esse eam ampliorem semuncia, quæ Falcidiæ deest, aut non esse ampliorem uncia, quam filia retinere jussa est. Postremo quod dixi ad tertiam quæstionem (secunda fuit de dote a patre exacta non consentiente filia, prima de dote exacta consentiente filia) de dote petita a patre, non etiam exacta, idem juris esse in dote petita, quod exacta, id perfusorie dictum esse, cetera, quæ tradidi, ostendunt, et sane mutandum est. Nam si pater dotem exegerit consentiente filia, compensatur, si petierit tantum consentiente filia, non exegerit, non compensatur, quia propria est exactio filiæ, *l. si marito, §. si voluntate, sol. matrim. l. un. §. et hoc, C. de*

rei uxor. act. Quod si pater dotem petierit tantum non consentiente filia, eadem quoque ratione, quia filiæ exactio est propria, non compensatur: et multo majori ratione (quod unus ex illis accurate animadvertit) ne sit deterioris conditionis, quæ non consensit patri petenti, quam quæ consensit: quod eveniret, si hæc non compensaret, illa compensaret, et esse absurdum atque incongruum.

Ad L. LVIII. ad Senatusc. Trebell.

Deducta parte quarta restituere rogatus hæreditatem, priusquam restitueret hæreditario debitori hæres extitit, quoniam actio ea confusa per Trebellianum redintegrari non potest, pecuniæ quoque debitæ dodrans, ex causa fideicommissi petatur, sed in eum diem, quo actio confusa est usuræ præteriti temporis, quæ in obligatione, vel in officio judicis fuerunt, computabuntur, posteriores ita demum, si mora fideicommisso facta sit.

Sunt in hac lege plura responsa. Primum et secundum quoniam brevissimum, exponam: primi species hæc est: Sempronius me hæredem scripsit et pure rogavit, primum responsum est de puro fideicommisso, quod maxime ad rem facit, sequentia de fideicommisso in diem. Pure igitur me rogavit, ut deducta Falcidia Lucio Titio hæreditatem restituerem: in hæreditate erant nomina debitorum, quorum uni per aditionem hæres extiti, antequam L. Titio restituerem Sempronii hæreditatem, aditione extincta et confusa est actio hæreditaria, quæ mihi in eum debitorem competebat jure hæreditario, quia ejusdem pecuniæ factus sum creditor et debitor, *l. Stichum*, §. *aditio*, *de solut. et l. seq. h. t. l. debitori*, *C. de pact.* Quæ actio ita confusa redintegrari non potest, per S. C. Trebellianum L. Titio restituta hæreditate scilicet, quoniam Senatusconsultum Trebellianum transfert tantum in fideicommissarium actiones, quas hæres habet, et quibus obstrictus est, id est, activas et passivas: passivas, ut loquuntur, quæ scilicet nunc sunt in hæreditate, §. *qui post*, in hac lege, et in *l. seq. l. si mulier*, §. *ex asse*, *de jur. dot.* Actiones autem, quæ desierunt esse in hæreditate, Senatusconsultum Trebellianum, ex quo restituitur hæreditas fideicommissario Trebelliano, neque transfert, neque redintegrat, quia SC. illud est de transferendis tantum actionibus hæreditariis, non de redintegrandis, quæ cum sint extinctæ per confusionem, nec transferri possunt igitur in fideicommissarium Trebellianum, et ideo deficiente auxilio Senatusconsulti, æquum est subveniri fideicommissario, ne amittat commodum ejus actionis, quæ in hæreditate fuit mortis testatoris tempore. Quamobrem Papinianus ait, exemplo ceterorum bonorum et ejus quoque actionis, sive pecuniæ debitæ jure fideicommissi, deducta Falcidia, ut cavit Sempronius, debere L. Titio restituere dodrantem, dodrantem sortis, itemque dodrantem usurarum ejusdem pecuniæ: usurarum, inquam, præteriti temporis, quæ fuerint in obligatione, vel officio judicis usque in diem, quo confusa est obligatio, ut ait, id est, quo debitoris hæreditarii hæreditatem adivi; nam et ea obligatio usuraria, hæreditaria est, *l. postulante*, §. *sed et in hujusmodi*, *h. t.* Ergo ejus dodrans in restitutionem fideicommissi venit. Ab eo autem die, quo confusa est obligatio, usuræ consistunt, neque debentur fideicommissario pro dodrante, quod rursus officio judicis a me deberi incipiant, aut forte ex mora præstandi fideicommissi, quod interpellanti fideicommissario sine causa recusem restituere hæreditatem fideicommissariam. Medii autem temporis inter diem confusæ obligationis, et diem moræ, nullæ debentur usuræ, quia sublata per confusionem, quæ pro solutione est, obligatione principali, sublata etiam est obligatio usurarum, quæ illius sequela et accessio est. Quæ est sententia hujus responsi, in quo et hoc maxime notandum, quod usuras, quæ sunt in obligatione, Pap. separat ab usuris, quæ veniunt officio, sive arbitrio judicis, quia etsi quæ veniunt officio judicis, quandoque deberi dicantur, ut in *l. mora*, §. *in bonæ fidei*, *sup. de usur.* tamen proprie non debentur, quia non sunt in obligatione, *l. ult. sup. de eo quod certo loco*, *l. qui per collusionem*, §. *ult. de act. emp. l. non quidquid*, *de judic.* Et leges infligendarum earum judicibus tribuunt copiam, non imponunt necessitatem: in obligatione autem sunt usuræ ex stipulatione in causis stricti juris, vel ex pacto certis casibus: et paucis in strictis judiciis, vel ex lege in omnibus judiciis: nam et lege obligamur, *l. obligamur*, §. 1. *de oblig. et action.* ut in causa judicati: nam usuræ rei judicatæ sunt legitimæ et certæ, non arbitrariæ, in arbitrio autem judicis sunt usuræ ex mora in bonæ fid. contractib. et in legatis, ac fideicommissis, *l. 3. C. in quib. causis rest. in integ. non est necess.* et in pollicitationibus factis Reip. ob causam, *l. 1. inf. de poll.* et interdum etiam ante moram in bonæ fidei judiciis, ut in *l. 12.* §. *si mihi*, *sup. mand.* Iis etiam addamus, quod est perbreve et exiguum in §. 1.

Ad §. Cum hæreditas.

Cum hæreditas ex causa fideicommissi in tempus restituenda est: non idcirco nominum periculum ad hæredem pertinebit, quod hæres a quibusdam pecuniam exegerit.

Hæres in tempus, vel ut ait §. qui sequitur,

post tempus, quod idem est, puta post biennium rogatus est hæreditatem restituere L. Titio, et interim quædam nomina hæreditaria fœneratitia exegit intra biennium, quædam non exegit: quæ exegit fœnora, non veniunt in restitutionem fideicommissi, ut patet ex §. *seq.* cujus quæstio elegantissima est, quia ea ex judicio defuncti exegit, qui voluit integro biennio, quantum posset ex hæreditate emolumenti percipere, salva rerum substantia: nec enim diminutio hæredi onerato fideicommisso post tempus restituendo, permittitur, *l. mulier*, §. *si hæres*, *hoc t. et Nov.* 39. Quæ autem nomina non exegit, veniunt in restitutionem fideicommissi: veluti usuræ futuri temporis, et nomina, quæ non exegit, veniunt in restitutionem fideicommissi, et veniunt qualia qualia sint: nec enim hæres præstare debet, ea esse integra et idonea, ut si forte sine culpa hæredis deteriora facta sint, debitoribus facultatibus eversis, periculum eorum in se recipiat et agnoscat: nec enim agnoscit: quod tamen fideicommissarius hæredi objiciebat, desiderans, ut periculum nominum non exactorum, ad hæredem pertineret, et dicens, cur tu hæc nomina non exegisti, illa exegisti? cur his intervallum dedisti, non illis? Quod objicit frustra: nam etsi illa exegisset, si omnia exegisset, non fecisset meliorem, imo deteriorem conditionem fideicommissarii, quia tanto minus restitueret. Itaque ex eo solo culpa in hærede culpari non potest, quod alia fœneratitia: nomina enim proprie dicuntur de cautionibus fœneratitiis: quod alia, inquam, nomina exegerit, alia non. Et recte in *l. periculum*, *sup. de reb. cred.* periculum nominum ad eum tantum pertinere, cujus culpa deteriora ea facta esse probetur, non etiam ad eum, qui vacat culpa. Denique hæres nisi culpam, merito existimat omnia alia sibi indebita esse, quæ est sententia 1. §. Nec adversus eam quicquam facit, *l. cum quæreretur*, *sup. de adm. tut.* quam objicit Acc. quia non loquitur de nominibus hæreditariis, sed de nominibus factis a tutore: nam et nomina hæreditaria velim separari ab iis, quæ hæres fecit ex pecunia hæreditaria, et suo nomine stipulatus est, quæ hæres sibi imputat in Falcidiam, et si quid sit ultra Falcid. ultra quam jus non habet deminuendi fideicommissi, ut notatur in supradicta Nov. 39. In eo eam dabit electionem fideicommissario, quam dat tutor pupillo, in *d. l. cum quæreretur*, *et l. tut. qui repertorium* §. *si tut. pec. eod. tit.* ut aut tota nomina, quæ hæres contraxit agnoscat fideicommissarius, aut tota repellat, nec sit in ejus potestate integra sibi habere, et deteriora imputare hæredi, eaque ita dividere et scindere, quoniam satius est, aut in totum, quod fecit hæres in contrahendis nominibus eum approbare, aut in totum improbare.

Ad §. Qui post.

Qui post tempus hæreditatem restituere rogatur, usuras a debitoribus hæreditariis perceptas, quarum dies post mortem creditoris cessit, restituere non cogitur, quibus non exactis omnium usurarum actio, nam hæreditaria stipulatio fuit, ex Trebelliano transferetur. Et ideo nec in debiti repetitio erit. Ac similiter hæreditario creditori, si medii temporis non solvantur usuræ, fideicommissarium in his quoque Trebellianum tenebit, nec ideo querelæ locus erit, quod de fructibus hæres, quos jure suo percipiebat, fœnus non solverit. Quod si fœnus hæres medii temporis solverit, eo nomine non erit retentio, cum proprium negotium gessit, quippe sortem reddere creditori coactus, fideicommissario nihil usurarum medii temporis imputabit.

Sequitur ut exponamus §. *qui post tempus*, quod est tertium responsum hujus legis, cujus §. duæ sunt partes. Una est de actionibus, quibus defunctus aliis tenebatur obstrictus, altera est de actionibus sive obligationib. quibus defunctus alios sibi habebat obstrictos. Denique prima est de debitoribus hæreditariis, secunda de creditoribus hæreditariis: in prima parte tractatur de fructibus, usuris, pensionibus ab hærede medio tempore perceptis, ante diem fideicommissi, id est, antequam venisset dies restituendæ hæreditatis ad hærede per fideicommissum alii relictæ: denique agitur in prima parte, de fideicommisso hæreditatis relicto in conditionem: nihil refert, æqui istud facio, an scilicet veniente die restituendi fideicommissi, aut existente conditione, fructus, usuræ, pensiones interim perceptæ ab hærede fideicommissarium sequantur, et in restitutionem veniant? Loquitur tantum de fideicommisso in diem, puta relicto post biennium. Sed idem est in fideicommisso conditionali, *ut dixi*, hæc facio paria. At a fideicommisso in diem, vel in conditionem longe disparo fideicommissum purum sive præsenti die relictum. Nam fructus sati a defuncto nec demessi, qui immaturi erant mortis tempore, ab hærede percepti ante moram, per negligentiam, et ignaviam fideicommissarii non interpellantis hæredem, fideicommissarium non sequuntur, nec imputantur in Falcidiam, sed hæredis lucro cedunt; ut docui lib. 7. ad l. 8. de usu quia scilicet non hæreditati, sed ipsis corporibus hæreditariis hi fructus accepto feruntur, et in Falcidiam tantum imputantur, quæ ex hæreditate sunt, et in fideicommissum æque veniunt ea tantum, quæ hæreditatis sunt, sed ii tantum fructus

sequuntur fideicommissarium, qui percipiuntur post moram factam restitutioni fideicommissi, quæ omnia demonstrantur in *l. in fideicommissarium*, *l. mulier*, §. *si hæres*, *l. postulante*, §. *sed et in hujusmodi quæstione*, *sup. h. t.* Hi etiam fructus fideicommissarium sequuntur, qui inventi sunt in hæreditate mortis tempore, puta reconditi in horrea, vel qui maturi erant, et mox demetendi mortis testatoris tempore, quoniam ii pars hæreditatis sunt: Ii hæreditati accepto feruntur, qui inibi erant ut demeterentur, *l. 9. sup. ad leg. Falc. l. centurio*, *in fin. de vulg. subst.* Et hoc de fructibus. At usuræ pecuniarum a defuncto collocatarum, vel mercedes, aut pensiones locationum factarum a defuncto fideicommissarium sequuntur, fideicommissario debentur omnimodo ex mortis tempore in tempus restitutionis, *d.* §. *sed et in hujusmodi*, vel in tempus, quo principalis obligatio sublata fuerit, ut in primo responso h. leg. Et ratio hæc est, quia earum usurarum pensionumve actiones hæreditariæ sunt, quandoquidem exordium sumpserunt a defuncto: ergo concedendæ sunt fideicommissario, cui relicta est hæreditas, id est, quidquid esset hæreditarium. In usuris autem perceptis, non ex contractu defuncti, sed ex contractu hæredis, qui nummos hæreditarios fœnori occupavit, et in fructibus similiter satis ab hærede et perceptis, nulla est differentia, quia certum est, neque eas usuras, neque eos fructus contineri fideicommisso, propterea quod hæres suo periculo pecuniam hæreditariam fœnori occupavit, et suo quoque periculo, suaque impensa prædia hæreditaria sevit, curavit, et coluit, et hæreditariæ hæ actiones sive obligationes non sunt, ideoque nihil eo nomine hæres fideicommissario prestat, nisi mora intercesserit, *d.* §. *sed et hujusmodi.* Obligationes, quæ non sunt hæreditariæ, non cadunt in fideicommissum hæreditatis, quod et lex quæ sequitur, *l. debitor*, demonstrat, quoniam quidem, ut jampridem ostendi, in ea legendum est, *quoniam hæreditaria non est actio*: idcirco scilicet nihil eo nomine fideicommissario præstatur, sortes tamen, quibus sumptis ex hæreditate hæres fœneratus est, proculdubio præstat fideicommissario, *l. uxori*, *de usuf. leg.* Et hæc de puro fideicommisso. Videamus quid juris sit in fideicommisso relicto in diem, vel in conditionem: et certum est fructus medio tempore perceptos ex tempore mortis, in diem, quo extitit conditio, aut venit dies fideicommissi, non venire in restitutionem, nisi fuerint maturi mortis tempore, vel repositi in horrea, ut *d. l. centurio*, in qua fuit fideicommissum in diem, vel nisi mora hæredis intercesserit. Sed ceteri fructus, qui non veniunt in restitutionem fideicommissi, si hæres oneratus fideicommisso non sit ex filiis, quoniam filii excipiuntur a Justiniano in *l. jubemus*, *C. eod. tit.* imputantur hæredi, non veniunt quidem in restitutionem, sed imputantur hæredi in quartam, et quartæ fructus, quia eos hæres habet ex judicio defuncti, qui tantisper cum hæreditate perfrui voluit, vel ut ait secunda parte hujus §. eos hæres jure suo, id est, jure hæreditario interim percepit, *d. l. in fideicommissarium*, *l. mulier*, §. *si hæres*, *hoc tit.* Et constat in Falcidiam imputari omnia ea, quæ capiuntur ex judicio testatoris, si jure hæreditario, non alia ulla, sive agatur de Falcidia hæreditatis, sive de Falcidia legatorum, aut fideicommissorum specialium, *l. quod autem*, *l. in quartam*, *sup. ad leg. Falcid.* Exemplo autem fructuum usuræ, quas medio tempore percepit a debitoribus hæreditariis, cedente earum usurarum die post mortem testatoris in restitutionem non veniunt, sed imputantur in Falcidiam; quasi perceptæ certo judicio defuncti, §. *ante inf.* usuræ vicem fructuum obtinent, *l. usuræ*, *sup. de usur.* *l. postulante*, §. *sed et in hujusmodi*, in illo loco, *sane pro fructu*, etc. *sup. hoc tit.* Usuræ, inquam, vicem fructuum obtinent juris potestate, non naturæ, *l. si navis*, *sup. de rei vind.* nec enim usuræ natura proveniunt, quasi pecunia gignente pecuniam, sed ex obligatione descendunt, vel ex officio judicis. Usura est quasi fructus, et reditus pecuniæ, *l. 3. sup. de usuf. ear. rer. quæ usu cons. l. Titius*, *de præs. ver.* Sunt incrementum pecuniæ, *l. alio*, *de aliment. leg.* πλεονασμὸς τοῦ ῥέους, *Levit.* 25. Et idem etiam dicendum est in pensionibus prædiorum rusticorum vel urbanorum, quæ defunctus locavit, quas scilicet pensiones, antequam dies cederet fideicommissariæ hæreditatis, die earum pensionum cedente post mortem testatoris, hæres medio tempore percepit, *d.* §. *ante*, quia pensiones prædiorum etiam pro fructibus accipiuntur, *l. pensiones*, *de usur.* *l. 7.* §. *de pensionibus sup. sol. matr.* *l. ancillarum*, et *l. mercedes*, *sup. de petit. her.* Et rusticorum quidem prædiorum pensiones incunctanter dicimus pro fructibus accipi, cum sint pretia fructuum, quos prædia ferunt naturaliter. De pensionibus prædiorum urbanorum magis dubitatur, an habeantur pro fructibus, quia ex prædiis urbanis nulli fructus natura proveniunt, sed ex obligatione tantum locati et conducti: sed has quoque pensiones placet accipi pro fructibus, et hæredi, qui eas accepit, imputari in Falcidiam, nec fideicommisso contineri. Et hæc de fructibus, usuris, pensionibus ab hærede perceptis ante diem cedentem fideicommissi, quo sit restituenda hæreditas. Nunc videamus, quid fiat de illis, quos, quasve hæres non percepit tempore restituendæ hæ-

reditatis? Et hoc casu videntur etiam nonnihil distare fructus ab usuris, et pensionibus: nam fructus nondum percepti, qui ab hærede sati sunt, vel qui pendebant immutari tempore mortis testatoris, in restitutionem non veniunt, nisi mora facta sit restitutioni fideicommissi, quia non hæreditati, ut dixi ante, sed ipsis rebus hæreditariis accepto feruntur, *l. in fideicommissariam, hoc tit.* At usurarum et pensionum nondum exactarum actiones in restitutionem veniunt, etiam si dies earum cesserit post mortem testatoris ante moram hæredis, vel restitutionem fideicommissi, quia hæreditariæ actiones sunt, quatenus originem ceperunt a defuncto. Quamobrem hæredi non competit condictio indebiti, si usuris vel pensionibus non deductis, quarum dies jam cesserat post mortem testatoris, hæreditatem restituerit ex Senatusconsulto Trebelliano, quia non intelligitur plus debito restituisse, quod Papin. hoc loco significat his verbis, *et ideo, nec indebiti repetitio erit*; non erit scilicet hæredi, qui restituit hæreditatem his usuris, vel pensionibus non deductis: ne dicas, ut Glossa, *non erit debitori, qui solvit hæredi vel fideicommissario*. Illud etiam certissimum est, earum usurarum vel pensionum actiones fideicommissarium sequi, quarum dies tempore restitutæ hæreditatis nondum cesserat, forte quia erant debitæ sub conditione, quæ nondum extiterat, *l. ita tamen, §. actiones, sup. h. t.* At quæro, an etiam fideicommissarium sequantur usuræ, vel pensiones, quarum dies jam cesserat vivo testatore? Et ut sequi videantur magnum nobis præbent argumentum in hoc loco hæc verba Papin. *quarum dies post mortem creditoris cessit*. Secundum quæ etiam accipienda sunt hæc verba *d. §. ante, cum postea cessisset dies*, nempe dies usurarum aut pensionum, non dies fideicommissi, ut ibi Glossa notat, quæ etiam illa verba accipiendo de die usurarum uti accipenda sunt, ex hoc §. frustra exigit moram debitorum, cum usuræ pecuniæ creditæ citra moram debeantur ex stipulatione, ut et hoc §. significat, dum ait, *nam hæreditaria stipulatio fuit*, stipulatio usurarum scilicet. Igitur actiones usurarum, quarum dies jam cesserat ante mortem testatoris, fideicommissario competunt, vel si ab hærede perlatæ sint et exactæ, in restitutionem veniunt ut sortes, quasi sortes effectæ *l. uxori, de usuf. leg. l. qui negotiationem, §. ult. de adm. tut.* Sortes vero non ambigitur esse restituendas, quia fuerunt in hæreditate mortis tempore, qua de causa in §. 1. h. l. nomina, vel accipi oportet pro cautionibus fœneratitiis, ut *l. ult. in pr. C. de pact. con. super. dote, l. qui filium, sup. de leg.* pecuniæ, inquit, destinatæ nominibus faciendis, id est, contrahendo fœnori, nimirum, quia pecuniæ creditæ usuræ non debentur, nisi ex stipulatione; vel ut olim obtinuit, nomine facto ad mensam argentarii, ubi æra præscribuntur usuraria, ut Plautus ait, in Truc. his duobus modis, stipulatione scilicet et nomine facto fœtus contrahetur, *l. si plures, sup. de pact.* vel si in *d. §.* nomina tam pro usuris quam pro sortibus accipias, separandæ tibi sunt usuræ a sortibus. At dicendum sortes exactas ab hærede in restitutionem venire, et non exactarum actiones, ita ut earum actionum periculum hæres fideicommissario præstare non cogatur: usuras autem exactas, quarum medio tempore dies cessit, in restitutionem non venire, quoniam testator voluit, ut interim eas hæres sibi haberet, non exactas autem usuras concedi fideicommissario, quales quales sint earum actiones, hærede non agnoscente earum periculum, nec præstante debitores esse idoneos et locupletes. Ut usuræ sint exactæ ab hærede, ne restituantur, aut cedant fideicommissario, omnimodo requiro: nam si petitæ tantum sint ab hærede, etiam si petitionem sequuta sit condemnatio, id est, etiam si debitor condemnatus sit hæredi, dico fideicommissario exactionem competere, non hæredi argumento *l. si marito, §. si voluntate, sup. sol. matr.* Quod et suapte prudentia nullo loco adnotato ita sensit Angelus Perusinus. Hæc sunt, quæ pertinent ad primam partem, quæ notanda sunt. Venio ad secundam partem, quæ est de usurariis creditoribus hæreditariis. Et rursus dividitur in duas partes, quarum una est de hærede, qui non solvit usuras creditoribus hæreditariis, quarum dies cessit medio tempore post aditam hæreditatem ante diem fideicommissi cedentem: altera pars est de hærede, qui eas solvit. De prima, primum dicamus. Si ante diem fideicommissi cedentem medio tempore hæres non solvit usuras creditoribus hæreditariis, tametsi earum dies cessisset medio tempore: lege quidem Falcidia non interveniente onus istud solvendarum usurarum sequitur fideicommissarium ex S. C. Trebelliano, cui restituta est hæreditas: nam eo S. C. cautum est, ut actiones quæ hæredi et in hæredem competunt, ei, et in eum dentur restituta hæreditate, *l. 1. h. t.* Eadem igitur est ratio usurarum non exactarum ab hærede, et non solutarum: eadem ratio commodi et incommodi: nam et non exactarum commodum de quo egit supra, et non solutarum incommodum, sequitur fideicommissarium. Et hoc est, quod ait initio secundæ partis hujus §. At similiter cum dixisset de commodo non exactarum, quod sequitur fideicommissarium, subjicit de incommodo non solutarum, et id quoque similiter sequi fideicommissarium, servata eadem ratione in commodis, et in incommodis, ut nec sint commoda sine oneribus, nec onera sine commodis. Et subjicit, onus usurarum medii temporis non so-

lutarum ab hærede creditori hæreditario usque adeo fideicommissarium sequi, cui postea ex SC. Trebel. restituitur hæreditas, ut nec queri fideicommissarius aut expostulare cum hærede possit, hæredive vitio, aut culpæ dare, quod ex fructibus medio tempore perceptis eas usuras non solverit. Hæc querela fideicommissarii, justa non est adversus hæredem, quia hæres fructus jure optimo et jure suo percepit, et ex judicio defuncti suos fecit, sine onere ullo, ut nec debuerit ex eis ultro solvere usuras creditoribus hæreditariis, quæ est sententia Papiniani in prima parte secundæ partis; cui tamen obstare videtur lex *scribit*, *sup. h. t.* quæ ostendit de fructibus medio tempore perceptis debere hæredem replere fideicommissum, quod interim casus quidam diminuit, vel absumpsit. Et tamen hic dicitur, de iisdem fructibus hæredem ultro non debere subire onus solvendarum medii temporis. Sed speciem et sententiam integram *d. l. scribit.* priusquam respondeam, me aperire operæ pretium est. Testator, qui quadraginta habebat in bonis, hæredem rogavit, ut post mortem suam hæreditatem L. Titio restitueret; hæres medio tempore ex fructibus rerum hæreditariarum percepit quadringenta, quanti fuit hæreditas mortis testatoris tempore, et est etiam hodie. Quæritur, utrum fideicommissarrio hæres restituere debeat octingenta, vel quadringenta. Et certissimum est, satis esse 400. fideicommissario restitui quæ in hæreditate fuerunt, quia fructus medio tempore perceptos hæres imputat in Falcidiam, et id, quod amplius est in fructibus, quantum quantum sit, lucri facit sibi ex judicio defuncti. Hinc finge aliam speciem: medio tempore ex hæreditate deperiisse trecenta improviso quodam casu, hoc nomine regulariter hæres, qui culpa vacat, fideicommissario non tenetur, ut præstet quod non habet, quod vis quædam major eripuit et absorbuit, *l. mulier*, §. *sed enim*, *hoc tit.* At in proposita specie, cum ex fructibus medii temporis hæres tulerit 400. quæritur, an ex fructibus fideicommissario teneatur restituere 300. quæ deperierunt, an teneatur damnum fideicommissi resarcire ex fructibus medii temporis: quod illa lex ait Celsum diu multumque tractasse et vexasse, et novissime, id est, post longam et diligentem disquisitionem vel tractationem, Celsum statuisse hoc casu ex æquo et bono damnum, quod contigit fideicommisso eum debere agnoscere et resarcire, ad quem etiam fructuum medii temporis emolumentum rediit, id est, hæredem. Debere igitur hæredem fideicommissario supplere 300. de fructibus medii temporis, ut pro rata damni, quod medio tempore contigit, quodque sustinet fideicommissarius, et emolumentum fructuum sentiat, quæ est quæstio et sententia *l. scribit.* Et ut respondeam, satis apparet longe diversam esse quæstionem et speciem *l. scribit*, ab ea, quæ hoc loco proponitur, et tamen utramque dirimi ratione eadem, ut quod est secundum naturam, quem sequuntur damna, onera, incommoda, eundem etiam sequantur lucra, commoda, emolumenta pro portione, et contra, ut non sequantur damna eum, quem lucra non sequuntur. Eadem ratio modo onerat fideicommissarium, ut in hoc §. *qui post.* modo relevat, ut in *d. l. scribit.* Non possunt autem esse contraria, quorum eadem causa et ratio est, diversa species. Non possunt esse contraria, quæ una eademque ratione connituntur. At rursus superiori sententiæ Papiniani, quam exposui, quæ proponitur in prima parte secundæ partis opponitur *l. ult.* §. *ubi autem, et* §§. *sequent. C. de bon. quæ lib.* Ex quo loco Accursius efficit, cum adventitia hæreditas obvenit filiofamil. patrem, in cujus potestate est, quamvis ad eum fructus pertineat et usus, nuda proprietas ad filium, de fructib. tamen non solvere usuras creditorib. hæreditariis. Male. Consentit enim ea etiam lex cum ratione eadem, quæ et hoc loco, et in *d. l. scribit*, secundum naturam postulat, ut cui adjiciuntur commoda, injungantur etiam incommoda, quasi commodum et incommodum, labor et voluptas, dissimillima natura, ut Titius Livius ait 5. societate quadam inter se naturali juncta sint. Et secundum hanc regulam juris naturalis in *d. l. ult.* definitur, patrem, ad quem fructus hæreditatis, quæ obvenit filiofamil. pertinet, sustinere etiam damna et sumptus litium si quæ sint lites hæreditariæ, et onera legatorum, et urgente ære alieno hæreditario, id patrem quamprimum debere dissolvere ex bonis hæreditariis, ne usuræ crescant; aut sane de fructibus, quos percepit, usuras solvere creditoribus hæreditariis: et æs alienum idcirco dissolvere ex bonis hæreditariis; quia, ut ibidem notat Justinianus, bona non intelliguntur esse, nisi quæ supersunt deducto ære alieno, *l. 11. de jure fisci*, *l. usufructu*, *sup. ad l. Falcid.* *l. subsignatam*, §. *bona*, *de verb. sign.* Et Quintilian. declamat. 273. *bona porro quæ sunt? ut opinor*, inquit, *et quæ detractis alienis deprehensa sunt.* Et rursus, *ut opinor*, inquit, *detracto ære alieno omni, detractis oneribus bonorum, quod residuum ex patrimonio fuisset. Nam patrimonii in alium transituri ea ratio est, ut primum credito satisfiat.* Et hactenus quidem de hærede, qui non solvit creditori hæreditario usuras medii temporis, id est, de prima parte secundæ partis. Sequitur alia de hærede, qui solvit usuras medio tempore ante diem fideicommissi cedentem, ante restitutionem fideicommissi, quem Papinianus ait, quod maxime notandum, in restituenda hæreditate solutas usuras retinere, aut reputare fideicom-

missario non posse, et eo minus restituere, hac ratione, quia solvendo usuras medii temporis suum proprium negotium gessit, quoniam ipse solus usuris eo tempore tenebatur obstrictus: fideicommissarii autem, cui nondum tenebatur, nullo modo potest videri gessisse negotium. Qua ratione etiam subjicit, hæredem, si forte medio tempore per judicem coactus sit creditori hæreditario solvere sortem, sive caput, *le principal*, non posse eum medii temporis inter solutionem sortis, et restitutionem fideicommissi usuras reputare fideicommissario, hac ratione: quia, si eas quas ante solutionem sortis solvit creditori, non reputat fideicommissario, quod suum negotium gesserit, nec eas quoque reputabit, quas nec solvit quidem ipsi creditori, sed absoluto creditore sibi retinere desiderat, quasi vice creditoris sortem quidem solutam hæres reputat fideicommissario, et eo minus ex causa fideicommissi restituit, *l. ita tamen*, §. *actiones in fin. hoc tit.* vel restituta hæreditate ex Senatusconsulto Pegasiano, interveniente lege Falcidia, eam sortem pro dodrante a fideicommissario petit, ex stipulatione partis, et pro parte, de qua in *Instit. tit. de fideic. hæred.* quo quidem modo accipienda est *lex* 1. *C. ad Senatusc. Trebell.* usuræ veteres, quas hæres solvit, non reputat fideicommissario: ergo, nec usuras novas, quas post solutam sortem creditori hæreditario ad vicem et exemplum creditoris sibi retinere desiderat, quasi successerit in locum creditoris: nec enim successit in ejus locum, quia coactus ei solvit ex causa propriæ obligationis. Et alia est ratio, unde possit sumi argumentum in contrarium. Alia, inquam, est ratio secundi creditoris, de quo in *l.* 12. §. *sciendum, sup. qui pot. in pign. hab. et l. secundus, C. de pign.* secundi, inquam, creditoris, qui sortem et usuras solvit primo creditori, ut pignus quod utrique obligatum erat, sibi confirmaret, quoniam hic solvit ultro, non coactus, non obligatus, et ideo debitori imputat usuras, quæ præstandæ fuissent primo creditori, si ei non satisfecisset, non etiam usurarum solutarum usuras, quia ut illis locis ostenditur, suum magis quam debitoris negotium gessit. Gessit quidem etiam negotium debitoris, quia cum liberavit a primo creditore, sed suum gerere negotium magis in animo habuit, ut sibi pignus confirmaret, in quo primus creditor erat potior et potentior; si solius debitoris negotium gessisset, etiam usurarum solutarum usuras probe desideraret judicio negotiorum gest. quasi omni pecunia sorte effecta. Eademque ratio est ejus, qui prædium emit a non domino, quod creditori nexum erat, et agenti creditori actione hypothecaria solvit ultro sortem et usuras, ut sibi possessionem prædii confirmaret, magis quam ut liberaret debitorem, *l. emptor, sup. de rei vind.* At quum hæres non ultro, sed coactus quasi solus obligatus in eam rem medio tempore sortem solvit, post sortem solutam nullas usuras reputabit fideicommissario, quia nec reputat ante solutas usuras. Et hæc ita distinguenda sunt accurate et subtiliter, atque explicanda. Posui autem initio, hæredem coactum solvisse, hæredem coactum fuisse per judicem creditori reddere sortem ante restitutionem fideicommissi, ut Papin. etiam ponere, satis medii temporis commemoratio demonstrat. Et recte quidem ponitur coactus sortem solvisse ante restitutionem fideicommissi: nam regulariter post restitutionem fideicommissi non potest hæres cogi solvere creditoribus, sed adjuvatur exceptione restitutæ hæreditatis, *l. ita tamen*, §. *qui ex Trebelliano, h. t.* Post restitutionem, inquam, hæres non cogitur solvere, nisi scilicet res urgeat. ut in specie *l. cum hæreditas, h. t.* quoniam adhuc hæres etiam post restitutionem directis actionibus tenetur et convenitur efficaciter ex magna causa, puta, si absit fideicommmissarius, cui restituta est hæreditas, et periculum sit ne actio tempore pereat. Ex hac nimirum causa etiam post restitutionem cogitur hæres solvere creditori, cui instat finis actionis suæ, nisi mature quod debetur repeteret, nisi mature exigeret quod debetur. Alias directæ actiones post restitutionem in hæredem, inefficaces sunt, et efficaces tantum sunt utiles. quæ ex SC. Trebelliano translatæ sunt in fideicommissarium, cum quo tantum solo congredi debent creditores hæreditarii. Et hic est finis hujus §.

Quæ diximus ad §. *qui post tempus l. deducta, ad Trebel.* tanti momenti sunt, ut si forte per biduum, quod intermissi, vobis memoria exciderunt, et censetis ea repetenda, vestræ memoriæ, uti suggeram meo judicio æquum censeatis, sed vis excidisse putem, quia satis perspicue ea tradidisse videor, præterquam id forte, quod pertinet ad eum locum, quo Papin. ait, fideicommissarium non posse imputare hæredi, quod de fructibus medio tempore perceptis creditoribus non solvit usuras medii temporis, quatenus in eum scilicet locum Acc. notat, aliud esse in hærede, aliud in patre, quod, ut mihi satisfaciam et vobis, repetere libet, et facere previus apertiusque. Et quæso, quo argumento Acc. dicit, aliud esse in patre? quia, *inquit*, pater non solvit usuras ex fructib. bonorum adventitiorum filii sui, *l. ult.* §. *ubi autem in unum C. de bon. quæ lib.* Hoc vero si ita est, non est ergo aliud in patre, sed idem omnino, quod in hærede, qui etiam ex fructibus fideicommissariæ hæreditatis, ultro usuras solvere non tenetur. Debuit Accursius dicere, quia pater solvit usuras ex fructib. bonorum quæ advenerunt filiofam. ut est expressum in *d.* §. *ubi autem*

in unum, aut. seq. Et ratio eadem, ut me dicere memini, quæ ratio naturalis est, hanc differentiam facit atque constituit inter patrem et hæredem, ut scilicet, non ad filium, sed ad patrem pertineat onus solvendarum usurarum, ad quem etiam pertinet omne emolumentum, omnis fructus adventitiæ hæreditatis. At similiter, ut non hæredem sed fideicommissarium sequatur onus solvendarum usurarum, quem etiam sequitur omne emolumentum fideicommissariæ hæreditatis. Qua in re etiam illud considerandum est, majus esse jus patris, quod est jus fructuarii, quam jus hæredis onerati fideicommisso: quia jus patris est perpetuarium, id est, quandiu vixerit: jus hæredis plerumque est temporarium. Possit esse etiam perpetuarium, non nego, sed plerumque est temporarium, maxime, id, de quo agitur in hoc §. *qui post*, quo rogatur non post mortem suam, sed post tempus aliquod certum hæreditatem restituere. Itemque patris fiunt omnes fructus adventitiæ hæreditatis, non tantum quos ipse percepit, sed etiam quos a filio, vel ab alio perceptos postea nactus est, *l.* 12. §. *Julianus*, *de usufr.* Hæredis autem non fiunt fructus, quos fideicommissarius vel alius percepit post diem fideicommissi cedentem, tametsi eos postea hæres consequatur, et casu quodam nanciscatur, id est, possessionem eorum, quia, qui semel fructus facti sunt fideicommissarii, sine facto ejus fideicommissarii fieri hæredis non possunt, *l.* 11. *de reg. juris.* Varro 2. *de re rust. cap.* 1. *Quod enim alterius fuit, id ut meum fiat, necesse est aliquid intercedere*, fieri necesse est ex parte ejus, qui dominium habet, quo ab eo dominium discedat, et transferatur in alium, nec enim suapte sponte dominium mutatur. Nunc veniamus ad §. *nummis.*

Ad §. *Nummis III.*

Nummis centum acceptis, hæreditatem rogatus restituere, totam pecuniam jure Falcidiæ percipere videtur. Et ita Divi Hadriani rescriptum intellectum est, tanquam si ex bonis nummos retenturus fuisset, quod tunc quoque respondendum est, cum pro parte hæreditatem cohæredi suo restituere rogatur. Diversa causa est prædiorum pro hæreditaria parte retentorum, quippe pecunia omnis de portione retineri potest. Prædiorum autem alia portio nonnisi a cohærede, qui dominium habet, accipitur. Cum autem prædia majoris pretii, quam portio hæreditatis essent: in superfluo prædiorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est; concurrentem cum pecuniam compensari placuit.

Duas facio partes hujus responsi; prima est, de rogato restituere hæreditatem accepta certa pecunia, altera, de rogato restituere hæreditatem acceptis certis prædiis hæreditariis. Et primæ partis verba hæc sunt: *Acceptis centum nummis hæreditatem restituere rogatus, totam pecuniam jure Falcidiæ percipere videtur.* In Florentinis vox *centum* perperam iteratur; iteratio perturbat sensum, nec ullum sanum admittit, sensus hic est. Hæres rogatus est acceptis centum extraneo hæreditatem restituere, non demonstrata persona ejus, a quo acciperet, sed simpliciter rogatus est acceptis centum extraneo hæreditatem restituere; lex ait, tota ea centum hæredem imputare in Falcidiam, quasi jure hæreditario, jure testamenti, jure Falcidiæ (quæ tria idem possunt) percepta, perinde est atque si retentis centum ex bonis hæreditariis in portionem suam rogatus esset alii restituere hæreditatem, ut plane nihil intersit, dixerit testator, *retentis centum*, vel *perceptis*, vel *deductis*, vel *detractis*, an *acceptis*, tantum potest accipere quantum retinere, quæ retinere jussus est, computat in Falcidiam: ergo et quæ accipere jussus est, quibusque acceptis petitus est restituere hæreditatem. Quod et D. Adrianum constituisse, ait hoc loco, et in *l. acceptis*, *sup. ad l. Falc.* D. Pium, in *l.* 4. *eod. tit.* D. Antoninum, in *l. facta*, §. *rescripto*, *inf. h. t.* Divum ergo Antoninum Pium, qui et Adrianus dictus est, postquam fuit adoptatus in familiam et nomen Adriani Imperatoris, unde et quæ passim dicitur Epistola D. Adriani de fidejussoribus, est D. Pii, *l. si in testamento*, §. *quod si*, *de fidejuss.* Et quod dicitur in *l.* 3. *sup. si pars hæredit. pet.* Adriano ostensam fuisse mulierem, quæ uno partu quinque pueros ediderat, Julius Capitolinus id adscribit Divo Pio. Quod idem in *l.* 3. §. *divus*. *de sep. viol.* D. Adrianum vetuisse intra urbes mortuos sepelire, idem Capitolinus tribuit D. Pio, et similiter quod D. Adriano in *l. si de vi*, *de publ. judiciis*, id tribuitur D. Pio in *l.* 5. §. 1. *ad leg. Jul. de vi publ.* nimirum his omnibus locis D. Pius Adrianus appellatur jure adoptionis. Huic autem constitutioni D. Pii, de qua agitur hoc loco, ut hæres, quæ accipere jussus est, imputet in Falcidiam, locus est, non tantum, si, ut proposui, testator simpliciter dixisset, *Peto ut acceptis centum hæreditatem Mævio restituas*, non demonstrata persona dantis. Quæ centum generaliter verum est hæredi imputari in Falcidiam, perinde ac si ea restituere jussus esset ex hæreditate. Sed est etiam supradictæ constitutioni locus, si testator demonstraverit personam dantis, nempe hoc modo, *Peto ut acceptis a Mævio centum, hæreditatem Mævio restituas*, vel etiam palam adscripta conditione, *Peto, ut si tibi Mævius dederit centum*,

hæreditatem Mævio restituas. Hoc quoque casu constitutioni D. Pii locus est, non quidem generaliter, ut priore casu, sed duobus tantum casibus, quorum primus hic est: Si ea pecunia, quam hæres a Mævio accipere jussus est, contineat Falcidiam, et consulta opera testator eam pecuniam dari jusserit, ut Falcidiæ loco cederet, quod patet ex *l. cum quo*, §. *ult. l. quod autem*, *in fi. l. si hæres*, *sup. ad leg. Falcid.* et *d. l. facta*, §. *rescripto*, *hoc tit.* nisi scilicet, de ea pecunia alii restituenda testator hæredem rogaverit, ut in specie *l. acceptis*, *sup. ad leg. Falcid.* Alter casus hic est, quo etiam acceptis a Mævio centum hæreditatem rogatus restituere Mævio, eam pecuniam imputat in Falcidiam, videlicet, si eam pecuniam hæres accipere jubeatur a Mævio, veluti, pro pretio hæreditatis, atque ita hæreditatem Mævio vendere, quia pretium loco hæreditatis est. Ergo ut hæreditas jure testamenti capitur. Quæcumque, aut jure testamenti capiuntur, sive jure hæreditario, imputantur in Falcidiam, non quæ alio jure capiuntur, *d. l. in quartam.* Et ita Celso et Juliano placuisse dicitur in *l. in ratione*, §. *tametsi*, *sup. ad l. Falcid.* quia hic casus non fuit comprehensus constitutione D. Pii: et exceptus igitur est auctoritate tantum Celsi et Juliani. Et quod maxime notandum in §. *vendere d. l. in ratione*, *et* §. *tametsi*, illo loco quia non nostri causa capit id pretium ex *d.* §. *tametsi* perspicuum est, legendum esse, quia non mortis causa capit id pretium; sed jure hæreditario sc. capit, quia pretium vice hæreditatis est, et ideo imputari in Falcidiam: si mortis causa caperetur, non imputaretur in Falcidiam. Exceptis autem his duobus casibus, quos exposui, si quis, sub conditione rogetur Mævio restituere hæreditatem, *si Mævius ei centum dederit:* vel si conditionem facere voluit, qui rogavit, ut acceptis a Mævio centum hæreditatem Mævio restitueret: conditionem facit voluntas, non sermo testatoris, *l. 2. sup. de iis, quæ pœn. nom. rel. l. in conditionib.* §. 1. *de condit. et demonstrat.* Si igitur sub conditione manifesta vel tacita jubeatur accipere a Mævio centum, et ei restituere hæreditatem, jure communi hæres ea centum non computat in Falcidiam, licet Falcidiam expleant, sed habet ea supra Falcidiam, quia nec jure hæreditario ea capere intelligitur ex hæreditate, vel ex judicio defuncti, ut solidum fideicommissum præstet, sed capit ea jure mortis causa capionis: capit sc. ea mortis causa, quasi conditionis fideicommissi implendæ gratia ei data, numerata a Mævio, *d.* §. *tametsi*, *d. l. in quartam*, §. *ult.* et constat ea tantum imputari in Falcidiam, quæ capiuntur jure hæreditario, vel ex judicio defuncti Falcidiæ compensandæ causa, non quæ capiuntur jure legati, vel fideicommissi, vel mortis causa. Et in *d. l. in quartam*, quæ huic definitioni adversantur verba hujusmodi: *Sed quod conditionis implendæ causa fideicommissum hæredi datur*, *in eadem causa esse admittendum*, *sciendum est.* Hæc, inquam, verba recte absunt, et a Florentinis, et a Basilicis, et νοϑένεσϑαι etiam ea satis indicant, quod mortis causa capione, id est, datum et acceptum a fideicommissario conditionis implendæ causa, fideicommissum appellat, quo nihil ineptius, *l. quod mortis causa capitur*, *ff. de mort. causa donat.* Mortis causa capio, id est, datum conditionis implendæ causa et acceptum, non habet speciale nomen, ut legatum vel fideicommissum, sed demonstratur communi nomine: mortis causa capionis commune est nomen, quia quidquid capitur per occasionem mortis alterius, sive hæreditas sit, sive legatum, sive fideicommissum, sive datum conditionis implendæ causa, mortis causa capio est, sed specialiter commune nomen sibi fecit proprium datio, quæ fit conditionis implendæ gratia. Et ad hæc notandum est multum interesse, acceptis a Mævio centum vi, aut figura conditionis, non veluti pro pretio hæreditatis, non animo compensandæ Falcidiæ, hos enim casus semper excipio, rogetur hæres aut legatarius partiarius hæreditatem Mævio restituere, qui nihil ante ceperit ex testamento, id est, cui nihil ante quicquam in testamento relictum fuerit, an Mævio jam hæredi scripto, aut cohæredi, aut legatario, quia priore casu centum capiuntur mortis causa, non jure fideicommissi; posteriore casu jure fideicommissi, *l. 11.* §. *cum esset*, *de leg.* 3. Et ratio differentiæ hæc est perspicua admodum. Cum ab hærede jubetur certam pecuniam accipere, vel a legatario, facilius admittimus interpretationem fideicommissi, ut scilicet his verbis intelligatur oneratus fideicommisso, qui honoratus est hæreditate vel legato, ut *d.* §. *cum esset*. Cum autem jubetur accipere ab extraneo, cui nihil ante testator reliquit, eam pecuniam dicimus eum capere, non jure fideicommissi, quod nec ab illo relinqui potuit, cui nil dum reliquit testator, sed mortis causa, *d. l. acceptis*, *ad leg. Falcid.* Sequitur in hac l. supradicto responso sive constitutioni Divi Pii locum esse, non tantum si hæres rogetur accepta certa summa alii restituere hæreditatem, sed et si rogetur cohæredi suo restituere, ut scilicet, et cum cohæredi suo rogatur partem hæreditatis restituere accepta certa summa, totam eam summam imputet in Falcidiam, quia totam eam, non de communi, sed de sua parte, qui rogatus est eam partem cohæredi restituere, retinet jure suo, jure hæreditario: sive invenerit eam in parte sua, sive ex parte sua, ex rebus partis suæ

eam reficere et comparare possit: tantum nummorum etiam, non nummatus habere videor, quantum ex rebus meis cogere et efficere possim. Et mox in secunda parte addit: aliud esse dicendum, quod et lib. 8. dixit idem Papinianus in *l. cum pater in princ. de leg.* 2. si quis retentis vel acceptis certis prædiis partem hæreditatis cohæredi suo restituere rogetur, quo casu, quia prædia ea prælegata esse videntur, partem quidem prædiorum, quam jure hæreditario capit a semetipso, ut hæres, imputat in Falcidiam: partem vero, quam a cohærede accipit jure legato non imputat in Falcidiam, ut ostendit hoc loco, sed tamen compensat eam cum Falcidia, quam deducere desiderat ex sua portione, aut si nolit compensare, a cohærede nihil capit, *l. Nesennius, l. filio, sup. ad leg. Falcid. l. hæredi sup. de iis quæ ut indig. l. qui non militabat*, ubi exposui late, *de hæred. instit. l. filium, C. de fam. ercisc.* Quæ leges nihil huic loco adversantur, quo ait Papin. *diversa causa est prædiorum pro hæreditaria parte retentorum*: quia Papinianus de imputatione loquitur, et ait, partem, quæ a cohærede accipitur jure legati, non imputari in Falcidiam. Illæ leges loquuntur de compensatione, de æquitate compensationis, et dum interpretes omnes confundunt imputationem cum compensatione, nesciunt sane quomodo se expediant ab his supradictis legibus, easque cum hoc loco, similibusque componant, et concilient. Sed magna est differentia. Imputo, quod a memetipso capio: compenso, quod vice mutua a cohærede capio, imputatio est compensatio coacta, compensatio est imputatio voluntaria, nec enim compensabo invitus, sed si velim non compensabo, qua ex re tantum amittam, quod vice mutua a cohærede percipere potuissem. Imputatio fit ipso jure: compensatio opposita exceptione doli mali. Itaque in specie proposita, si prædiorum, quæ hæres retinere jussus est, partes ambæ sufficiant Falcidiæ, et unam imputet, quod necessario facit, et alterius compensationem velit admittere, nihil deducit Falcidiæ nomine: si non sufficiant Falcidiæ, deducit quod Falcidiæ deest: Etiam explicat Papinianus eleganter rationem differentiæ inter pecuniam et prædia. Nam rogatus restituere cohæredi partem hæreditatis accepta certa pecunia, pecuniam, inquit omnem in solidum de portione sua retinere potest, nec retinet de communi, quia quantitas ipsa pecuniæ, sive ἀξία, ut Artistoteles vocat, qua sola pecunia spectatur, et valet, non corpore, semper est in portione hæreditatis, licet nec nummus quidem sit in ea, *l.* 12. *de leg.* 3. *et l.* 88. *de verbor. significat.* Ergo jure hæreditario tota ea pecunia retinetur, sive cohæredi sive alii restituere jussus sit, et consequenter tota imputatur in Falcidiam. At prædiorum, quæ retinere jubetur in restituenda cohæredi hæreditate, unam quidem portionem sumit de parte sua jure hæreditario, aliam vero portionem non sumit de parte sua, sed de parte cohæredis, qui pro ea dominium habet, et sumit alteram partem a cohærede jure legati: ergo non imputat in Falcidiam utramque partem, *d. l. in quartam*, et exposita ratione differentiæ, subjicit Papinianus, quod nostri non intellexerunt: *Cum autem prædia majoris pretii, quam portio hæreditatis essent: in superfluo prædiorum petenti fideicommissario Falcidiam intervenire visum est.* Quorum verborum sensus hic est, et hic maxime adhibendi sunt animi: si quis rogatus sit partem hæreditatis cohæredi restituere retentis prædiis quibusdam, quæ majoris pretii sunt, quam pars hæreditatis, quam cohæredi restituere jussus est: fac, partem quam cohæredi restituit, esse centum, prædia esse trecentorum: non desiderabit quidem is qui rogatus est suam partem restituere, deducere Falcidiam ex sua portione, cum portio prædiorum, id est, centum et quinquaginta, quæ capit jure hæreditario, abunde sufficiat, imo superet Falcidiam suæ partis: verum cohæres, cui rogatus est partem suam restituere ex superfluo prædiorum, ut ait, id est, ex eo quo prædia, pro portione sua pluris sunt quam pars hæreditatis, quæ ei restituitur ex hyperocha, qui est, *la plus valeur*, ex eo quod plus dat ipse, quam vice mutua recipit, nimirum ex 50. quæ est prævalentia prædiorum, si et aliis legatis portio sua onerata sit, Falcidiam deducere potest ex 50. non etiam ex 100. cum pars ejus efficiat centum et quinquaginta in prædiis quam habet: non, inquam, ex 100. quia hæc centum, quæ prætcrea habet in parte prædiorum sua compensare debet cum illis centum, id est, cum parte hæreditatis, quam a cohærede jure fideicommissi accepit. Et hoc est, quod ait in fine hujus responsi: concurrentem legati prædiorum cum fideicommisso hæreditatis quantitatem compensari, et superfluum tantum, quod est in legato prædiorum Falcidiam pati. Itaque cohæredem, qui fideicommissum hæreditatis a cohærede petit, non universam suæ partis prædiorum æstimationem legato expensam ferre, sed eo minus, quod a cohærede fideicommissi nomine accipit, ut in *d. l. Nesennius, et l. filio*, et aliis ante allatis, quæ de hoc genere compensationis loquuntur. Et hæc est sententia hujus responsi.

Ad §. Hæreditatem.

Hæreditatem post mortem suam exceptis reditibus restituere rogatus, ancillarum partus non

retinebit, nec fœtus pecorum, qui summissi gregem retinet.

Testator rogavit hæredem, ut post mortem suam hæreditatem alii restitueret exceptis reditibus, quos quidem apud eum hæredemve ejus remanere, et ab eo retineri voluit, nec fideicommissario restitui, qui nec ei restituerentur, si non fuissent excepti, ut plane supervacum fuerit eos excipere. At quæritur, an hæres ejus hæredes possit retinere partus ancillarum vivo priore hærede, editos ante diem fideicommissi cedentem? Et respondet Papinianus, non posse ab eo retineri partus ancillarum: fructus quidem prædiorum posse retineri medio tempore perceptos: partus ancillarum medio tempore editos, non posse retineri, sed fideicommissario esse restituendos. Ratio hæc est, quia partus ancillarum in fructibus vel reditibus non computantur, *l. mulier*, §. *sed enim*, *sup. hoc tit.* Fructus et reditus idem est, ne quis ea Doctorum nostrorum exemplo distinguat, *l. qui fructus*, *l. quidam*, *de usufr. leg.* *l.* 12. *de alim. legat.* vetus autem fuit quæstio, an partus ancillæ esset nec in fructu, disceptata inter Scævolam et Brutum, vel M. Tullio teste 1. de finibus. Scævola dicebat partum ancillæ esse in fructu, Brutus non esse. Et obtinuit Bruti sententia, quod non possit homo hominis in fructu esse *l. vetus*, *sup. de usufr. ear. rer.* naturam fructus comparasse hominum causa: gignentia ut vocantur, produxisse hominum causa, id est, fructus, mundum, et omnia, quæ in eo sunt, fecisse hominum causa: quod et divinæ literæ docent, et Stoici loquuntur et Jurisconsulti nostri, qui omnes imbuti sunt a Stoicis, *l. in pecudum*, *sup. de usur.* rerum naturam non fecisse hominem hominis causa: si hominem fecisset hominis causa, omnes homines sub eodem genere non continerentur, quod dictu absurdum est, omnes homines non essent homines, quia semper, ut Philosophi dicunt, id cujus causa quid comparatur, alterius est generis, quam sit id, quod comparatur ejus causa: verba Philosophorum hæc sunt: Ἀεὶ τὸ ἕνεκα τοῦ ἕτερον ἐστὶ τὸ οὗ ἕνεκα ἐστίν. Est quidem naturalis quædam cognatio inter homines, *l.* 3. *de just. et jur.* sed non ideo tamen natura aliter in alterius fructu vel instrumento est. Huic autem responso Papin obstat *l. uxorem*, §. *sorori*, *sup. de leg.* 3. ubi Scævola ait, partus ancillarum, quæ a legatario post mortem ejus, alii per fideicommissum relicti sunt, vivo legatario editos non contineri fideicommisso, non esse fideicommissario restituendos, quos tamen Papinianus ait hoc loco fideicommissario esse restituendos, nec posse retineri ab hærede. Et is Scævola, qui est auctor. d. *l. uxorem*, quamvis non sit ille Publius Scævola, qui hac de re cum M. Bruto concertavit, sed Quint. Cerbidius Scævola, qui fuit sub Antoninis Imperatoribus, tamen suæ gentis, sive familiæ ad opinionem propius accedit in §. Sorori, dum non quidem statuit, partus computari in fructibus, quod tum non obtinebat prævalente Bruti sententia: sed dum vult partus sequi jus fructuum, licet non sint in fructibus, ut scil. non tantum fructus medio tempore percepti, quod constabat inter omnes jurisperitos, lucro hæredis cedant, nec fideicommisso contineantur, sed etiam partus ancillarum, ut idem sit in iis, quod in fructibus, quod et idem Scævola probat in *l. pen. de opt. leg.* Et huic opinioni accedit Paulus in *l.* 14. *de usur.* in qua lege hoc velim vos adnotare, post inscriptionem hanc, *Paulus libro* 14. *responsorum*, sequi initium tale in Florentinis, *Respondit Paulus moram in solvendo fideicommisso factam partus quoque ancillarum restituendos*, ubi manifeste legendum, *respondit*, non *Paulus*, cum satis intelligitur ex inscriptione, *respondit post moram in solvendo fideicommisso, non tantum fructus prædiorum, sed etiam partus ancillarum esse restituendos*, quod est verissimum, et constat apud omnes Jurisconsultos. De partubus tantum erat et est controversia inter JC. natis ante moram vel ante diem fideicommissi cedentem. Et ait in §. *d. l.* 14. hæredem rogatum post mortem suam hæreditatem restituere sine reditu, *sine reditu*, quod in hoc responso Papin. est, *exceptis reditibus*, vel etiam hæredem simpliciter rogatum restituere hæreditatem nulla addita exceptione: æque istud facit in §. *ult. d. l.* 14. non restituere partus editos ante diem fideicommissi cedentem, quia etsi partus non sint in fructu sive reditu, ut et idem Paulus subindicat in *d. l.* 14, et propalam fatetur 3. *Sent. tit. de leg.* dum ait: Ancillæ usufructu legato partum ejus ad fructuarium non pertinere: Sed quia ex sententia Pauli, partus jus fructuum sequuntur: et ideo ut fructus medio tempore percepti, ita partus medio tempore editi, ex sententia Pauli, non veniunt in restitutionem, non cadunt in fideicommissum, sed hæredi imputantur in Falcidiam, quasi percepti ex judicio defuncti, sicut fructus, ut et idem Paulus ait in *l.* 24. §. 1. *sup. ad leg. Falcid.* Denique obtinuit quidem sententia Bruti, partum non esse in fructu, atque ideo non pertinere quidem ad fructuarium, aut similem fructuario quemquam, veluti patrem, aut maritum, *l. plerumque*, §. *si servi de jure dot.* Nec ab ea sententia Bruti discedunt Cerbidius Scevola et Julius Paulus, quæ jam invaluerat, ut scilicet non sequerentur partus fructuarium: sed non etiam obtinuerat et invaluerat in fideicommissis aut similibus causis, partus non sequi jus fructuum. Itaque possumus dicere

ex sententia Scevolæ et Pauli, partus non sunt in fructibus, sed jus fructuum sequuntur tantum, qua in re dissentiunt ab Ulpiano et Papin. manifesto: nam Ulp. in *d. l. mulier*, §. *sed enim*, *h. t.* et Papin. hoc loco ita sentit partus non sequi jus fructuum, nec retineri ab hærede ut fructus, sed restitui fideicommissario. Contra Paulus et Scævola, partus jus fructuum sequi, nec restitui fideicommissario, sed retineri ab hærede, et imputari in Falcidiam, quorum sententia æquior est. Paulum notas scripsisse in responsa Papin. notissimum est, et in ejus scriptis aculeum fixisse, ubicumque patebat rima quædam. Delendæ sunt Glossæ hujus §. quod tamen in hoc ipso §, addit Papin. in fideicommissi restitutionem venire fœtus pecorum, qui submissi gregem retinent, id est, qui substituuntur, ut fit ex agnatis, ἐκ τῶν ἐπιγενομένων, in locum demortuorum vel inutilium aut vitiosorum capitum: in eo siquidem consentiunt omnes Jurisperiti, quia fœtus submissi fructibus non computantur, sed rebus ipsis hæreditariis, *l. plerumque*, §. *si servus*, *de jure dot.* Inutilia tamen et vitiosa pecora, in quorum locum alia submissa sunt, in fructibus computantur, et retinentur ab hærede, *l. vel inutilium*, *sup. de usufr.* Antonius Goveanus ad *legem* 24. *sup. ad leg. Falcid.* est valde suavis, qui et verba Papin. *qui submissi gregem retinent*, refert tam ad partus ancillarum, quam ad fœtus pecorum, ac si familia ancillarum sit veluti grex quidam, qui sit supplendus ab hærede ex agnatis nimirum, ut grex pecorum, quod nusquam extat, cum et suppleri vix possint numerus ancillarum ex agnatis: nec enim ea est in ancillis, quæ in pecoribus fœcunditas: et gregem tamen servorum ii quoque dicunt, qui improprie et figurate loquuntur: ut gregem venalium, gregem amicorum gregem Philosophorum, non nostri auctores.

Ad §. *ante diem.*

Ante diem fideicommissi cedentem fructus, *et usuræ*, *quas debitores hæreditarii*, *cum postea cessisset dies solverunt*, *item mercedes prædiorum ab hærede perceptæ*, *portioni quadrantis imputabuntur.*

Hujus §. sententia hæc est: hæredem post tempus rogatum restituere hæreditatem, imputare in Falcidiam fructus medio tempore perceptos, et usuras vel pensiones exactas a debitoribus hæreditariis, vel a conductoribus prædiorum hæreditariorum, quarum dies *postea*, id est, post mortem testatoris medio tempore cessit ante diem fideicommissi cedentem. Id vero jam satis exposuimus *sup.* in §. *qui post*, et nunc hoc tantum observari velim, Papinianum § *ante diem*, subnectere superiori §. ut differentiam constituat inter fructus medio tempore perceptos, et fructuum similes usuras atque pensiones, quæ in Falcidiam imputari ait, et partus ancillarum similiter editos medio tempore ante diem fideicommissi cedentem, ante moram, quos in Falcidiam imputari noluit in superiori §. sed fideicommissario restitui, contra quam Paulus sentiat in *d. l.* 24. *ad l. Falcid.* Quæ observatio evidenter demonstrat, quam sit futile et commentitium, quod Accursius ait, in superiore §. agi de partibus editis post moram, quod nemo siccus dixerit, et sequitur.

Cum autem post mortem suam rogatus hæreditatem restituere, *res hæreditarias distrahere non cogatur*, *sortium quæ de pretiis earum redigi potuerunt*, *usuræ propter usum medii temporis perceptæ non videbuntur*: *denique nec periculum mancipiorum aut urbanorum prædiorum præstare cogatur*, *sed nihilominus usus et casus eorum quadrantem quoque minuit.*

Cujus loci sententia hæc est: non posse fideicommissarium, cui post mortem suam hæres rogatus est hæreditatem restituere, objicere et exprobrare hæredi, quod medio tempore res hæreditarias non distraxerit, atque ita quas percipere poterat usuras maximas ex pretio rerum hæreditarium non perceperit: huic querelæ locum non esse si modo absit dolus vel lata culpa, quæ dolo proxima est, ipsius hæredis, ut *l. mulier*, §. *sed enim*, *D. ad Senat. Trebell.* nec hæredem, qui dolo caret hujus rei rationem debere fideicommissario reddere, cur res hæreditarias non vendiderit, et pretia fænori collocaverit: denique non teneri hæredem fideicommissario perinde atque si usuras percepisset, quas percipere potuit ex pretiis rerum hæreditariarum, propter usum medii temporis, si eas res vendidisset: non teneri, inquam, vel in hoc ut eas usuras imputet in Falcidiam quasi perceptas, quamvis non sint perceptæ, tantam diligentiam ab hærede non exigi, ut medio tempore vendat res hæreditarias, et ex venditione redacta pretia fœnori occupet, et procuret fideicommissario, non est æquum hæredem constitui vel invitum fieri veluti procuratorem fideicommissarii, ut eleganter ait *lex postulante*, *in fin. sup. hoc tit.* Et notat ex illo loco, *propter usum medii temporis usuras inferri*, *propter usum sortis*: et inde nomen usura est incrementum, quod accedit sorti propter usum sortis. Et addit Papin. etiam si modo tempore mancipia hæreditaria sua morte functa sint, vel si prædia hæreditaria exusta sint causa quodam fatali, hujus rei hæredem fideicom-

missario rationem non reddere, non præstare periculum, non præstare casum fortuitum, aut fatale detrimentum, ut in *d.* §. *sed enim*, *l.* 3. *in pr. sup. de inst. et inst. leg.* Imo etsi prædia hæreditaria medio tempore usu capta sint sine facto et culpa hæredis, eo etiam nomine hæres fideicommissario non tenetur, §. *sed enim*, *in fin.* verum, ut Papin. ait, in extremo hujus responsi: *nec periculum mancipiorum vel prædiorum urbanorum præstare cogitur*, quæ de hæreditate exierunt morte vel incendio, vel alia vi majore, vel usucapione sine culpa hæredis: totum illud quidem periculum non pertinet ad hæredem, sed commune est hæredis et fideicomissarii: nam et ob eos casus fatales, eamve usucapionem, Falcidia hæredi minor efficitur, et dodrans, qui fideicommissario restituendus est. Commune igitur est detrimentum, quia tanto minus hæres fert jure Falcidiæ, et fideicomissarius jure fideicommissi, propterea quod bona hæreditaria deperdita ac diminuta sunt medio tempore sine culpa hæredis. Et hoc est quod ait in fine hujus §. usum et casum eorum, id est, mancipiorum, et prædiorum urbanorum, quadrantem quoque id est, non dodrantem tantum, sed etiam quadrantem, id est, Falcidiam diminuere. Usum vocat usucapionem, ut in *l. denique et seq. et l. ait. prætor*, *sup. ex quib. cau. maj.* Casum autem vocat damnum fatale, casum fortuitum, quod SC. de petit hæreditatis, SC. Adrianum, deperditum et diminutum: nam deperditum est, quod desiit esse interdum natura: diminutum quod usucaptum est, *l. deperditum*, *sup. de petit. hæredit.* itemque in edicto, ex quibus causis majores, cujus initium ita emendandum in Pandectis Florentinis, aut supplendum: *Si cujus quid de bonis diminutum erit*, ut *l.* 2. *C. de rest. in integr.* Et in Basilicis eodem loco, ἐὰν μειωθῇ τὰ πράγματα τῇ ἀχρησίᾳ. Et diminutum accipe de eo, quod est per usucapionem, vel non utendo amissum: et ita hic loco explicandus est, in quo etiam Glossam deleri volo, eaque rejecta penitus recipi unus Alberici interpretationem, qui et postrema verba hujus §. sic tandem interpretatur, id est, inquit, *commune est periculum hæredis et fideicommissarii*: nec tamen ipse Albericus ullusve interpretum intellexit, quid esset usus, quidve casus.

Ad §. *Quod. ex hæreditate.*

Sequitur ut exponamus §. penult. et nos istam legem absolvamus tandem: verba §. pen. hæc sunt: *Quod ex hæreditate* (*) *superfuisset cum moreretur restituere rogatus*, *fructus superfluos restituere non videtur rogatus*, *cum ea verba diminutionem quidem hæreditatis admittant*, *fructuum autem additamentum non recipiant.* Quæ verba hanc præ se ferunt sententiam: si testator hæredem roget, post mortem suam restituere non hæreditatem simpliciter, vel quod ad eum ex hæreditate bonisve pervenerit, sed quod ex hæreditate superfuerit tempore mortis hæredis; his verbis hæredi permitti diminutionem, et alienationem rerum hæreditariarum, quæ modo fiat bona fide, justa causa impellente hæredem ad distractionem aut pignorationem tam propriarum, quam hæreditariarum rerum pro rata portione, non dolo malo, non malitia mala fraudandi et intervertendi tantum fideicommissi causa, ut in *l. Titius*, *et l. mulier*, §. *cum proponeretur, hoc tit.* Quod subtilius et diligentius Justin. explicat adhibita nova distinctione in *Novella* 108. *de restit.* Cujus sententia ab Irnerio relata est in *tit. ad Senatusc. Trebell.* incipiens ab. his verbis: *contra rogatus* Denique suprascriptis verbis testatoris hoc agi, ut medio tempore ex hæreditate diminuat hæres, quæ volet, et id tautum fideicommissario restituat, quod supererit de fideicommissi cedente. At quum quæreretur, an etiam in restitutionem venirent superflui fructus, id est, quod ex fructibus rerum hæreditariarum superesset die fideicommissi cedente, Papin. respondisse: quod ex fructibus superest die fideicommissi cedente, non venire in restitutionem, hac ratione: quia hæc verba: *Peto ut quod ex hæreditate supererit, quum morieris illi restituas*, additamentum, inquit, sive augmentum fructuum non recipiunt, sed diminutionem tantum hæreditatis hæredi permittunt: hæc vero ratio responso discrepat aut maxime disconvenit: nam si ea verba fructuum superfluorum additamentum non recipiunt, id est, si hæredi non adjiciunt, quod ex fructibus superest, mortis tempore, consequens est, id esse fideicommissario restituendum, cum non retineatur ab hærede. Et ita omnino idem Papin. scripsit in quæst. *l.* 3. §. *nonnunquam*, *sup. de usur.* vid. fructuum periude atque bonorum superfluum in restitutionem venire. Et verisimile non est, aliud sensisse Papin. in quæstionibus, aliud in responsis: constantes sunt habitus intellectus in erudito homine, perinde atque habitus voluntatis. Itaque vel suadente ratione, qua utitur Papin. quia, inquit, ea verba: *fructuum additamentum non recipiunt*, hoc loco, quod jam pridem ostendi, omni adseveratione esse legendum adfirmo, *fructus superfluos restituere videtur rogatus* ut scilicet, qui rogatus est post mortem suam restituere, quod ex hæreditate superfuerit, non tantum restituat, quod ex bonis superest, quæ

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 3. *cap.* 32.

tenuit interim, sed etiam quod ex fructibus superest in horreo reconditum, quod percepit, detracta negatione, quæ perperam irrepsit in contextum, et mirum in modum vexavit, nostros. Duo præcipue sunt casus, quibus fructus medio tempore percepti, qui regulariter non sunt in causa restitutionis, vel omnes, vel qui extant die fideicommissi cedente, restituendi sunt. Unus casus hic est: si testator specialiter expresserit, *l. in fideicommissariam, sup. h. t.* Alter casus hic est: si testator id ita senserit, licet non expresserit, voluntas testatoris totum facit, ut ait eleganter *l. ex facto proponebatur, sup. de hær inst.* Et non tantum expressa voluntas, sed etiam tacita et præsumpta, non tantum sermo, sed etiam mens animi. et omnino in testamentis idem est expressisse, et intellexisse, *l.* 88. *de legat.* 1. *l.* 6. *de adsign. lib.* Sed quantum ad rem propositam attinet, de sententia testatoris, quod dico, appositis exemplis planum facere debeo. Ac primum si testator legatario deducta re vel quantitate certa, residuum quod ad eum ex hæreditate pervenisset, jusserit fideicommissario restituere, hoc casu legatarius, id quidem quod deducere jussus est, retinebit cum fructibus, non etiam residuos fructus, quos forte percepit medio tempore, sed et residuum restituet cum fructibus: nam hæc videtur fuisse sententia defuncti, qui cavit, ut deduceret tantum rem aut quantitatem certam, et residuum restitueret, *l.* 2. §. *ult. de dote præleg.* legatarius non utitur Falcidia: eadem est sententia testatoris, si præstationem sive restitutionem fideicommissi distulerit in tempus, non hæredis, ut interim fructus suos faceret, sed fideicommissarii gratia, ut ei consuleret, ætate parvo forte: puta si pupillo fideicommissum relictum in tempus pubertatis, quo suæ tutelæ erit sæque potestatis, *l. si ita relictum* §. *Pegasus, de leg.* 2. Et eadem multo magis est mens defuncti in specie *l.* 3. §. *cum Pollidius, de usur.* si mater bona mente filia impubere præterita, et alio hærede instituto, et rogato filiæ hæreditatem restituere, cum ad annos pubertatis pervenisset, jusserit eum hæredem retinere certum prædium, palamque declaravit, se ideo fideicommissi restitutionem differre in tempus pubertatis, quod hæredi magis fidem habeat, cui bona fide restituenda committit, quam tutoribus filiæ datis testamento patris, vel lege, vel decreto judicis. Hoc sane casu omnes fructus, qui ab hærede sunt percepti medio tempore in fideicommissum cadunt ex voluntate defuncti. Voluit enim mater meliore loco esse rem filiæ, quam si tutoribus ea res committeretur: porro tutoris fructus filiæ servassent: ergo et hæres, cui res filiæ committuntur, earum rerum fructus filiæ servare, et restituere debet die fideicommissi cedente, in Falcidiam et Falcidiæ fructus imputato prædio, et fructibus prædii, et deducto si quid desit Falcidiæ. Idemque est in specie, de qua agitur hoc loco, et in *d. l.* 3. §. *nonnunquam*, si testator post mortem hæredis jusserit restitui, quod ex hæreditate superesset: nam etsi aliud sit proprie hæreditas, aliud fructus rerum hæreditariarum, *l. in fideicommissariam*, §. 1. *h. t.* tamen nomine hæreditatis hoc sermone testator, qui interim dedit hæredi arbitrium diminuendæ hæreditatis, videtur etiam superfluos fructus comprehendisse, ut scilicet ubi vivus hæres, quod libuisset, ex hæreditate diminuisset: tum moriens omne, quidquid non tantum ex bonis, sed etiam ex fructibus resideret, et superesset, fideicommissario restitueret; et hoc est, quod ait in *d.* §. *nonnumquam*, jure voluntatis fructus superfluos restitui, quasi scilicet testator voluerit hæredem esse contentum diminutione medii temporis, quam ei in Falcidiam imputari constat, *l. Marcellus*, §. *res sup. h. t.* Unde sic statuo: cui non licet diminuere hæreditatem, licet retinere fructus superfluos, quos ipse percepit, ut in *d. l. quod his verbis*, *de leg.* 3. *et l. hæredes*, *in princ. sup. hoc tit.* nisi ut ante dixi, aliud senserit testator. Cui autem licet diminuere, non licet retinere fructus superfluos: nimia licentia coercenda est. Diminutio non permittitur ei, qui post mortem suam, vel post tempus jubetur restituere hæreditatem, vel quod ex hæreditate ad eum pervenerit: contra diminutio permittitur ei, qui jubetur post tempus restituere, quod ex hæreditate superfuerit. Itaque multum interest, hoc vel illo modo concepta sint verba fideicommissi, nihil tamen interest, dixeris, *quod*, an *quidquid*, quæ cum distinguunt Glossæ et DD. scutica minus securi esse videntur: nihil, inquam, interest dixeris, *quod ex hæreditate*, an *quod ex bonis.* Utraque appellatio idem potest, et conjungi sæpe solet ἐκ παραλλήλου, ex hæreditate, bonisve, *d. l. quod his verbis*, *d. l. hæredes*, hæreditatis bonorumve possessio, *l.* 3. *de bonor. poss. l.* 3. *de jure codicill. l. si Titio pecunia*, *de legat.* 1. Et in notis sive siglis, quæ collegit Innocentius et Paulus Diaconus quatuor literis primoribus cujusque vocis, H. B. V. P. Nihil etiam attinet hæc distingui benignum jus a jure summo: refello quæcunque scripsit Glossa in *d.* §. *nonnumquam*, ne videatur hic §. *pen.* uti scriptus est dissidere a §. *nonnumquam.* Nihil igitur attinet hic distinguere jus summum ab æquitate, cum totum jus pendeat ex voluntate defuncti, quæ distincte observanda et exsequenda est. Nihil etiam attinet distingui voluntatem a voluntate, quasi alia fuerit voluntas testatoris in specie hujus §. pen. alia in §. *nonnum-*

quam, quod nusquam apparet, et manifesto falsum est, ubique eadem voluntas fuit, idem animus testatoris, et ne tantillum quidem distat una species ab altera: nihil etiam attinet distinguere fructus consumptos ab exstantibus, cum evidens sit, utrobique agi de fructibus superfluis sive residuis, qui exstant, an fideicommisso contineantur. Et verum est, fideicommisso contineri, et veritati subjicienda sunt verba §. *pen.* detracta negatione, ut dixi: quod autem additur, in §. *ult. hujus legis*, ad idem genus fideicommissi pertinet.

Ad §. Ultimum hujus legis.

Hæres ejus, qui bonorum superfluum, post mortem suam restituere fuerat rogatus, pignori res hæreditarias data, si non in fraudem id factum sit, liberare non cogitur.

Cum hæres post tempus aliquod sive post mortem suam rogatur restituere, quod ex hæreditate superfuerit, ei hæredi medio tempore, ait, licere res hæreditarias pignori obligare, quia diminutio et alienatio ei permissa intelligitur, quorum utroque etiam pignoratio continetur, *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Et si medio tempore vendere potest, et pignorare nullo magis, si alienatio sive venditio ei permittitur, et pignoratio igitur, *l.* 9. §. 1. *sup. de pignor. l. ult. C. eod. tit. l.* 1. *C. rem alien. gerent. non interd.* Et sicut, quæ medio tempore vendidit hæres bona fide redimere non cogitur, ut fideicommissario præstet: ita nec quæ medio tempore pignoravit, reluere et repignorare compellitur: reluat fideicommissarius si velit, hoc tantum exigitur ab hærede, ut bona fide vendat vel pignoret, non in fraudem fideicommissarii, ut ait in §. *ult.* non in eversionem fideicommissi, *l. mulier*, §. *cum proponeretur*, *hoc tit.* non intervertendi fideicommissi causa, *l. Titius*, *hoc tit.* non minuendi fideicommissi causa malitia mala, *l. etsi lege*, §. *quod autem quis*, *sup. de petit. hæred.* Illud valde notandum est, diversam esse causam hæredis, qui simpliciter hæreditatem, aut quod ex hæreditate ad eum pervenerit post tempus restituere rogatus est: nam etsi medio tempore res hæreditarias pignori opponere possit, quia fructus rei est, vel pignori dare licere, *l. ult. de usur.* tamen die fideicommissi cedente eas res, de suo liberare et repignorare, et fideicommissario salvas et incolumes præstare cogitur.

Ad L. XXVI. Quando dies leg. cedat.

Sequitur ut exponamus *l.* 26. *quando dies leg.* Sunt in ea tria responsa, ex quibus hodie duo priora explicabimus. Primi verba hæc sunt: *Firmio Heliodoro fratri meo dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni, postea non videri conditionem additam, sed tempus solvendæ pecuniæ prolatum videri respondi, fructibus fini pecuniæ relictæ non perceptis, ubertatem esse necessariam anni secundi.*

Primum in contextu, quod ait, *postea non videri*, depravatum est, scribere enim oportet, *propter ea non videri*, id est, propter ea verba testatoris, quæ proposuit, ut in §. *seq.* ait *propter hæc verba*: propter ea autem verba, *Firmio Heliodoro*, etc. ait fideicommissum non esse conditionale, ea verba non facere fideicommissum conditionale. Et rursus quod ait, *fini relictæ pecuniæ*, sic moris est Papinian. soli loqui, ut memini me ostendere in *l.* 6. *de dot. col. lib.* 7. ut Cato de re rustica, *operito terra radicibus fini*, et alio loco, *Ansarum infirmarum fini.* Ut autem intelligatur hoc responsum, secundum est, ad hæredem legatarii vel fideicommissarii, non aliter legatum aut fideicommissum transmitti, nisi si post diem legati vel fideicommissi cedentem legatarius vel fideicommissarius vita decesserit: legatorum autem vel fideicommissorum, quæ pure vel in diem certam relicta sunt, hodie cedere, sublata *l. Julia et Papia*: et a Justin. restituto jure antiquo, statim morte testatoris, exceptis quibusdam, quorum dies cedit ab adita hæreditate demum, ut si legetur usus, ususfructus, habitatio, vel si servo legato, aut servo testamento manumisso. Eorum autem, quæ sub conditione relicta sunt, diem cedere, vel etiam, quæ relicta sunt in diem incertam, qui pro conditione habeatur, diem cedere, quum conditio extiterit, effectus cessionis, diei est transmissio. Itaque si legato relicto pure, vel in diem certum vivo testatore legatarius vita decesserit, legatum ad hæredem suum non transmittit. Idemque est de legato sub conditione, si legatarius vita decesserit, antequam conditio existeret vivo vel mortuo testatore: quæ est summa hujus tituli. Quamobrem in eo sæpe de legatis plerisque disceptatur, utrum pura sint an conditionalia, ut in hoc primo responso, de legato sive fideicommisso ita relicto: *Illi dari volo quinquaginta ex reditu prædiorum meorum futuri anni.* Quod fideicommissum Papinianus ait, non esse conditionale, sed diem tantum ejus solvendæ pecuniæ esse prolatum in futurum annum post messes aut vindemias: mora suspendi fideicommissum, non conditione: magnam esse differentiam inter moram, quam adfert prolatio diei, quo solvatur fideicommissum, et conditionem, *l. quod pure*, *h. t. l. pen. C. eod. tit. l. hæres*, *sup. de cond. et demonst. l.* 1. *de legat.* 2. Itaque mortuo legatario, sive fideicommissario statim post mortem testatoris, legatum ad

hæredem legatarii transmitti, quod non sub conditione relictum est, sed in diem certum. Et hic est effectus hujus responsi. Quod autem addit Papinian. est valde notandum, si forte futuro anno, in quem contulit præstationem fideicommissi fructus non provenerunt fini relictæ pecuniæ, id est, si eo anno fructus percepti non efficiant 50. quæ relicta sunt, quod deest fideicommisso esse supplendum ex fructibus sequentium annorum, sicut propter sterilitatem, aut calamitatem aliquam, si quo anno colonus minus redegerit ex fructibus, quod inferat locatori mercedis nomine, si fructus non provenerunt fini mercedis, id ei colono repletur et reputatur ex ubertate sequentium annorum, *l. ex conducto*, §. *Papinian. sup loc.* Verum huic Papiniani responso opponi potest *l.* 5. *sup. de tritico, oleo, et vino leg.* et *l. si debitor*, §. 1. *de contr. empt.* quæ sunt conjungendæ, quoniam ambæ sunt eadem de re sive quæstione, et ex eodem libro Juliani, et in eis dicitur, *Legato aut vendito certo pondere, certave mensura, ex eo, quod ex fundo natum erit*, horno scilicet hoc anno, non anno est superiore anno: horno hoc anno veluti legatis, aut venditis vini amphoris decem, vel olei metretis decem, aut frugum, sive frumenti modiis decem, *ex eo, quod ex fundo horno natum erit, si quinque duntaxat horno provenerint*, ait, *non amplius deberi quam quinque.* Et tamen hoc loco dicitur, *legatis* 50. *ex reditu vel fructu prædiorum futuri anni, et collectis tantum decem*, verbi gratia, non sola 10. deberi legatario, sed et residuum ex ubertate sequentium annorum esse supplendum. Ratio differentiæ rem omnem explicabit, quæ talis est. Hic legata est pecunia certa, puta 50. Cujus pecuniæ quantitas non minuitur, si minores fructus ex fundo provenerint. Illic legati sunt fructus ad modum certum, qui nascerentur. Postrema verba taxationem faciunt, ut, *si non tot nascerentur, nec tot deberentur*: quoniam utique minores sunt fructus anno sterili vel infœcundo: hujus legati de quo agitur in hoc responso, taxatio est pecuniæ certæ quantitas, quæ nunquam disperit diminuiturque. Illius legati taxatio est, quod ex fundo hoc anno nascitur vel natum erit. Et rursus hoc legatum purum est, ut recte Papinianus respondit: illi conditio inest, puta, si fundus decem reddiderit, vel amplius decem, quasi scilicet velit ut si minus reddiderit, id tantum præstetur legatario, quod reddiderit. Verum observandum est maxime, multum interesse, legentur decem amphoræ vini, solvendæ duntaxat semel ex vino, quod hoc anno nascetur, ex vino horno: an ex fundo simpliciter, quod ex fundo nascetur, aut ex vino, quod ex fundo nascetur, quod fere idem est, sive dixerit amphoras decem legavi ex eo, quod nascetur in fundo, sive amphoras decem, ex vino, quod in fundo nascetur semel solvendas vel quotannis nil refert: nam hoc casu si vindemia non respondet legato, cum dixit ex vino, quod hoc anno ex fundo nascetur, ex anno superiore vel inferiore legatum non suppletur ex anno, id est, superiore anno, vel etiam ex inferiore anno legatum non suppletur, ut in *d. l.* 5. *de trit. vino, et oleo leg.* Posterioribus casibus quum dixit, *ex vino, quod ex fundo nascetur*, legatum suppleri debet, etiamsi primo anno post mortem testatoris fundus minus tulerit, quam legatum videatur. Et ratio hæc est, quia non certi anni fructus, veluti hujus anni demonstrati sunt, et onerati legato, sed omnium annorum simul his verbis generalibus, *ex fundo.* Denique generaliter demonstrati sunt fructus fundi omnium annorum, *l. inter* §. *pro quo, sup. de verb. obl. l. ex eo, sup. de tritico, et oleo leg. l.* 16. §. 1. *de ann. leg, l. Lucius, sup. de aliment. lega.*

Ad §. Cum ab hæredibus.

Cum ab hæredibus alumno centum dari voluisset testator, eam pecuniam ad alium transferri, ut in annum vicesimum quintum trientes usuras ejus summa perciperet alumnus, ac post eam ætatem sortem ipsam, intra 25. *annum eo defuncto, transmissum ad hæredem pueri fideicommissum, ab eo peti non posset, penes quem voluit pecuniam collocari propter hæc verba. Eamque alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere, fideicommissum ab hæredibus petendum, qui pecuniam dari stipulari debuerunt. Sed fidejussores ab eo non petendos, cujus fidem sequi defunctus maluit.*

Testator puero alumno suo centum per fideicommissum reliquit, quam pecuniam sive sortem jussit collocari fœnori apud L. Titium trientibus usuris, quæ quotannis reddunt quatuor, *c' est au denier trente-trois, et un quart*: quoad scilicet puer ille ad justam ætatem pervenisset, id est, 25. annorum; post quam ætatem ad ipsum L. Titium, quod notandum collato sermone, jussit eam pecuniam reddi alumno, his verbis: *eamque alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere.* Alumnus intra 25. annum vita decessit, quæritur, an ad hæredem alumni transierit fideicommissum, id est, sors alumno per fideicommissum relicta? Et respondet transisse: quia purum non conditionale fideicommissum fuit. Simile ei, quod propositum est, initio, quodque proponetur in §. *seq.* Cujus scilicet, solutio tantum prerogatur in diem certum, quo scilicet fideicommissarius

pervenerit ad annum 25. Et alia est ratio legati vel fideicommissi, de quo agitur in *l. si Titio h. t. et l. si cui legetur*, §. *hoc autem, sup. de leg.* 1. quæ leges huic responso solent opponi, quoniam in illis legibus, testator ita legavit, *Cajo Sejo cum erit annorum* 14. vel 25. nihil refert, *illam rem sive quantitatem do, lego, aut dari volo*; quod legatum conditionale est. Ideoque si ante eam ætatem vita decesserit, non transmittit legatum ad hæredem. In specie proposita testator non ita legavit, ut in illis legibus, sed ab initio pure legavit: deinde protulit diem solvendi legati, nempe hoc modo: *Cajo Sejo centum do, lego, quæ præstari ei volo, quum ad justam ætatem pervenerit, et interim Lucio Titio occupari fænori trientario.* Itaque nihil illæ ll. habent commune cum hoc responso. Illud non est omittendum, quod addit Papinianus, hæredem alumni fideicommissum ab eo non petere, apud quem pecunia fœnori occupata est, id est, a L. Titio, quoniam hæc verba, quæ ad L. Titium directa sunt, *eamque pecuniam alumno meo post ætatem suprascriptam curabis reddere*, vim fideicommissi non habent, *l. Julianus* 66. §. 1. *de leg.* 3. verbum, *curare*, fideicommissum non facit, fideicommissum necessitatem injungit: verbum illud cohortatur tantum ad diligentiam aliquam: ut quum ad amicum scribimus, ut curet nobis pecuniam, quomodo frequenter loquitur M. Tullius, et ita etiam hæc verba stipulationis, *decem dari curari*: sane non obligant promissorem ad dandum 10. abscisse, *l. ult.* §. *ult. sup. de reb. cred. l. illa*, §. 1. *inf. de ver. obl.* Itaque hæres alumni fideicommissum debet petere ab hæredibus, qui in collocanda pecunia Lucio Titio stipulari debuerunt, cum alumnus ad justam ætatem pervenisset, vel quum intra eam ætatem vita decessisset, eam pecuniam reddi debuerunt hæredes a L. Titio, cui fœneravit eam pecuniam ex voluntate defuncti, stipulari pecuniam reddi alumno in diem testamento præscriptum, vel sibi potius, quam redderent alumno, vel hæredi alumni; et stipulari debuerunt sine satisdatione, id est, non exactis fidejussoribus, qui locus maxime notandus est: quia nunquam oneratur satisdatione is, cujus fidem testator elegit, et approbavit, ac sequutus est, ut in tutore testamentario dato a patre receptum est, qui non satisdat rem pupilli salvam fore, quia electio patris pro satisdatione est, quiave pater quodammodo pro eo satisdedisse intelligitur, cujus fidem secutus est, *l.* 4. *et* 17. *C. de test. tut.* Lucii autem Titii fidem in specie proposita ipse testator elegit: ergo onerandus non est L. Titius satisdatione, sed sufficit cautio nuda, si stipulantibus hæredibus repromittat pecuniam reddi, cum venerit dies fideicommissi alumno relicti. Perperam autem interpretes hoc loco tractant de executore testamenti, de quo memini me dicere satis in *l.* 8. *sup. de ali. leg.* quasi scilicet L. Titius, cui pecunia datur utenda mutua sub usuris trientibus, sit executor testamenti, quo nihil est absurdius. Itaque nos ea de re nihil tractabimus.

Ad §. Ultimum.

Pater annua tot ex fructu bonorum, quæ uxori legavit, accessura filii patrimonio, præter exhibitionem, quam æque matri mandavit, ad annum ætatis ejus 25. *uxorem præstare voluit, non plura, sed unum esse fideicommissum certis pensionibus divisum apparuit: et ideo filio intra ætatem suprascriptam diem functo, residui temporis ad hæredem fideicommissum ejus transmitti: sed non initio cujuscunque anni pati pecuniam oportere, quod ex fructibus uxori datis pater filio præbere voluit, ceterum si pecuniam annuam pater alimentis filii destinasset (non) dubie persona deficiente, causa præstandi videtur extincta.*

Hoc ultimum responsum pertinet ad speciem hujusmodi. Pater filium hæredem instituit, et bona quædam uxori legavit sub onere fideicommissi, ut scilicet uxor filio præstaret annua decem ex fructibus eorum bonorum, quod notandum; ac præterea, ut filium aleret, exhiberet, educaret usque dum ad 25. annum ætatis pervenisset. Hac specie proposita Pap. ait, unum esse fideicommissum omnium annorum ad 25. usque ætatis filii, non plura fideicommissa: quod quidem ait, πρὸς ἀντιδιαστολὴν, ad differentiam annorum legatorum, vel fideicommissorum, quæ relinquuntur nomine alimentorum. Ea enim non unum sed plura legata, vel plura fideicommissa esse intelliguntur, *l.* 10. *et* 12. *et* 20. *h. t. l.* 4. *de ann. leg. et l.* 11. *eod. l. pater*, §. *ult. sup. de cond. et demonst. l.* 45. quæ est const. Græca, *C. de episc. et cler.* In hac autem specie, annua decem filio patrem non reliquisse alimentorum nomine, ex eo apparet, quod præter annua decem, etiam ei alimenta ab uxore præberi voluit, atque mandavit usque ad annum ætatis ejus 25. quod etsi non mandasset, ut rectissime sensit Accurs. in *l. codicillis, sup. de annuis leg.* etiam non esset vero simile, testatorem a legatario annua reliquisse nomine alimentorum hæredi suo omnium bonorum domino, sed potius in plures pensiones unum fideicommissum divisisse legatarii exonerandi causa, quoniam gravior est unius summæ magnæ persolutio Igitur multum interest annua legentur nomine alimentorum in gratiam legatarii; an non alimento-

rum nomine, sed ut prospiciatur hæredi, ne urgeatur ad solutionem statim totius summæ fideicommisso comprehensæ, sed eam restituat per partes sive pensiones. Et sunt hic etiam adnotandæ aliæ differentiæ. Annua, quæ alimentorum nomine relinquuntur, misericordiæ causa relinquuntur, ut ait *l. qui bonis, ff. de cess. bon.* videlicet, ut consulatur legatario fortasse consumpturo statim, et abligurituro, si qua magna summa ei præstaretur, non minutatim per partes in dies vel menses, vel annos ei dispensarentur plura legata et sufficientia præbita, ut Columella vocat, sive demensa præbita: providentia testatoris hoc facit, cui legatarii mores incogniti non sunt, quique alioquin integram summam repræsentari jussisset. Annua vero, quæ alimentorum causa non relinquuntur, sane ita relinquuntur gratia hæredis, vel legatarii, a quo relinquuntur, ne semel urgeatur ad solutionem unius summæ, quæ curatu difficilis sit, sed diversis pensionibus eam exsolvat, *d. l.* 12. *hoc tit.* in illo loco, *nisi forte evidens sit voluntas testatoris, in annuas pensiones ideo dividentis, quoniam non legatario consultum, sed hæredi prospectum voluit, ne urgeretur ad solutionem*: puta, quum relinquuntur usque ad diem certum, ut in specie proposita. Alimenta autem plerumque relinquuntur in perpetuum, id est, dum vivet alimentarius, sed relinqui etiam possunt ad tempus, *l. cum autem, §. sed etsi non fuerint, sup. de transact.* et in multis aliis ll. titulorum *de ann. leg. et de alim. leg.* Præterea alimenta, quæ relicta sunt, cum vita legatarii aut fideicommissarii finiuntur, nec in hæredem ejus transmittuntur, quia personæ cohærent, ac proinde deficiente persona, extinguuntur, ut Papinianus ait in extremo hujus legis, idque patet ex *d. l. cum hi, §. modus, de transact. l. in singulos, de ann. leg.* Mors alimentarii liberatio est ejus, a quo alimenta relicta sunt. Et hac ratione quodammodo moriens alimentarius tot hæredi legat annua, quot ab hærede ei erant. Martial. locus 9. Epigram. ad Bithyn. inquit;

Nil tibi legavit Fabius, Bithynice, cui tu
Annua si memini millia sena dabas.
Plus nulli dedit ille: queri, Bithynice, noli
Annua legavit millia sena tibi.

Bithynicus dum captaret hæreditatem Fabii, ei solebat annua millia sena dare, quo postea moriente nihil ex testamento ejus consecutus est, spe sua frustratus, sed tamen ille eum deridens ait; eum consequutum esse morte Fabii annua millia sena, quæ hæredi ejus haudquaquam præstare compelletur, neque debentur, etiamsi Fabio deberentur ex alieno testamento. Legatum autem vel fideicommissum, quod proponitur hoc loco ab uxore filio relictum, post patrem moriente filio, in hæredem filii transmittitur, quoad præstitutum tempus exierit, quo filius si viveret complesset justam ætatem, *l.* 20. *hoc tit.* quia non alimentorum causa, annua 10. filio relicta sunt, et ideo fideicommissum morte filii non extinguitur. Denique hoc fideicommissum est purum, nectitur alia differentia ex alia, hoc, inquam, fideicommissum, de quo agitur in hoc ultimo responso, est purum, cujus dies cedit ex die mortis testatoris, solutio tantum confertur in tempus, ut in superioribus duobus responsis, divisa in plures pensiones annuas exonerandi legatarii gratia. Glossa obiter dixit, *hæredis* pro *legatarii*, quoniam non ab hærede, sed a legatario annua filio relicta proponuntur. Annorum autem in alimenta relictorum primi anni purum est legatum sive fideicommissum, cujus dies cedit statim a morte testatoris, sequentium annorum legatis hæc conditio inest, *si legatarius vivat.* Denique sequentium annorum legata conditionalia sunt: nam mortuo legatario sequentium annorum annua hæredi ejus non debentur, *l.* 4. *sup. de ann. leg. l.* 1. *§. si in annos, sup. ad l. Falcid.* Postremo fideicommissum, quo de agitur hoc loco, quo filio relicta sunt annua decem, non potest peti initio cujusque anni, sed expectanda est collectio fructuum, expectandæ sunt messes aut vindemia, quoniam in fideicommissum divisis pensionibus pater præstari jussit ex fructibus bonorum uxori relictorum: ergo non ante peti potest, quam coacti sint fructus atque percepti, quod et Papinianus notat diligenter hoc loco. At annua legata vel fideicommissa destinata alimentis, peti possunt initio cujusque anni, *l.* 12. *hoc tit. l.* 1. *C. eod. tit.* Sed et ea annua, quæ non sunt destinata alimentis, ut ex contrario hic locus argumentum præstat, peti possunt initio cujusque anni, si non sit additum, ut ex fructibus præstarentur. De legatis tantum tracto, non de stipulationibus, quibus annua stipulamur dari, vel annuam pecuniam, quoniam notissimum est hac in re, alio jure esse stipulationes, alio legata. Et rationem differentiæ fusius exposuimus in *l.* 16. *de verb. oblig.* Illud non omittendum, quod Accursius hoc loco negat, uxori relicto victu, et vestitu, victum ei non deberi initio cujusque anni, quod falsum esse coarguit *d. l.* 12. *h. t. et l.* 1. *C. eod.* quæ dicunt, alimenta, quæ utique verbo victus significantur, peti posse initio cujusque anni vel mensis, prout distribuenda ei alimenta censuerit judex, cum id maritus non expresserit, *l. si cui, de ann. leg. l. pen. de alimen. leg.* Et ita Albericus sentit recte: *venter*, ut vulgo dicitur, *dilationem non patitur.* Quamobrem nec tempora judicati faciendi servantur in alimentis constituendis, *l.* 2. *inf. de re judic.* Vestiarium autem petet uxor, quum erit ei ex usu et commodo suo: ut relictum

in habitationem non petitur statim præsenti die, sed quo die est commodum solvi, quo scilicet die debetur pensio habitationis, *l.* 12. §. *si in habitationem*, *hoc tit.*

Ad L. XLII. de Oper. libert.

Cerdonem servum meum manumitti volo, ita ut operas hæredi promittat: non cogitur manumissus promittere, sed et si promiserit, in eum actio non dabitur, nam juri publico derogare non potuit, qui fideicommissariam libertatem dedit.

Cerdo, ut opinor, non est artificii nomen, ut Glossa sentit, non est sutor veterarius, παλαιοράφος, ut Græci vocant, *veteramentarius*, *veterivallus*, sed est proprium nomen servi, ut apud Apul. 2. Miles. *Cerdo quidam nomine, negotiator accessit.* Huic autem Cerdoni servo dominus ab hærede extraneo reliquit fideicommissariam libertatem, *Ita*, hæc sunt verba testatoris, *ut operas hæredi promitteret*, quæ verba, *ita ut*, quod fuit mihi sæpe usui in multis casibus, modum faciunt, non conditionem, ut et ex hoc loco patet, et ex *l. libertas*, §. *hæc scriptura*, *de man. testam. l. Titio centum*, §. 1. *sup. de condit. et demonst.* Igitur servo confestim præstanda est libertas ex causa fideicommissi, quod purum esse intelligitur, non conditionale, quod sub modo esse intelligitur, non sub conditione. Modus impletur post præstationem legati, conditio impletur ante præstationem legati: sed quæritur, an post præstitam libertatem manumissus cogatur operas hæredi promittere, quemadmodum testator cavit? Et respondet, non cogi, quinimo promittentem hæredi stipulanti non obligari, id est, ut Glossa ait rectissime, *promittere coactum*, quia si post manumissionem ultro donandi animo promiserit operas, proculdubio obligator, *l. Campanus*, *D. hoc tit.* Et recte etiam posui: ab extraneo hærede servo fuisse relictum fideicommissariam libertatem. Nam si sit relicta a filio, filius manumisso ex causa fideicommissi, potest donum, munus, operas, quas nos appellamus, *jurées*, quod et ex jurejurando debeantur, non minus quam ex stipulatione, imponere: filius, inquam, manumisso ex causa fideicommissi potest donum, munus, operas imponere, hac ratione, quia et directo manumisso, et liberto orcino operas posset imponere quasi patroni filius, *l. si filius*, *in pr. infr. de fideicom. liber.* Ratio autem hujus responsi hæc est, quia non potuit testator juri publico derogare, jubendo, ut manumissus ab hærede ex causa fideicommissi hæredi promitteret operas, vel juraret, *l. nemo potest*, *de leg.* 1. Non potest facere testator, ne jus publicum locum habeat, *l. testandi*, *C. de testam. l.* 5. §. *Julianus*, *de admin. tut.* Quintil. *declamat.* 373. *Potentius*, inquit, *est quod in albo legis*, *quam quod in testamento.* Jus autem publicum hoc loco vocat constitutiones Principum, quibus cavetur cessare persecutionem, sive petitionem operarum adversus eos, qui ex fideicommissi causa manumissi sunt, etiamsi eas coacti promiserint, *l.* 7. §. *rescriptum*, *h. t. l.* 2. *l. mater*, *C. eod. tit. l. qui ex causa*, *tit. seq. l. videndum*, *de leg.* 1. nec mutat, quod is, qui manumisit ex causa fideicommissi patronus est. Cur ergo, inquies, jure licito non imponet operas manumisso, vel munus, vel donum? nempe, quia non gratuitam, sed debitam libertatem præstitit, quia libertatem præstitit, quam non potuit non præstare, ut si ea accepto ferenda potius defuncto, quam manumissori.

Ad L. L. De Manumissis testament.

Quod D. Marco pro libertatibus conservandis placuit, locum habet irrito testamento facto, si bona venitura sint, alioquin vacantibus fisco vindicatis, non habere constitutionem locum, aperte cavetur. Servos autem testamento manumissos, ut bona suscipiant, jure cautionem idoneam offerre, non minus quam ceteros defuncti libertos, aut extrarios declaravit, quod beneficium minoribus annis hæredibus scriptis, auxilium bonis præstitutum more solito desiderantibus, non auferetur.

Pertinet hæc *l.* 50. ad genus illud succedendi in universa bona defuncti, quod introduxit constitutio D. Marci ad Pupillum Rufum, de quo genere successionis est in *Instit. tit. de eo cui lib. cau. bon. add.* Et de eo simpliciter agitur in *l.* 2. 3. 4. *tit. seq. et l.* 6. *et l. ult. C. de manumiss. testam.* si hæres scriptus testamento, quo servis directæ libertates vel fideicommissariæ datæ sunt, nolit adire hæreditatem ex testamento, nec repudiata causa testamenti ullus existat, qui ab intestato eam hæreditatem adire velit, forte ob grande æs alienum, quo ea premitur hæreditas, et creditores hæreditarii in eo sint, ut defuncti nomine bona possideant, et auctionem eorum bonorum faciant sub hasta et præcone, quæ res si fieret, maxime læderet existimationem, memoriamque defuncti: ideo ne intercidant libertates, quæ sane ipso jure intercidunt destituto testamento et deserto ab hærede scripto, ne lædatur existimatio defuncti, ejus nomine bonis a creditoribus distractis, ut inquam, conserventur libertates, simul atque existimatio defuncti, constitutio Divi Marci permittit iis, quibus libertates testamento datæ sunt, vel uni eorum, vel liberto testatoris, quem scilicet vivus manumiserit, vel etiam extraneo libero homini, ut a prætore vel præside postulet

bona universa defuncti sibi addici libertatum tuendarum gratia, ne pereant, oblata et præstita satisdatione, vel alia cautione idonea, creditoribus hæreditariis satisfactum iri, qua addictione bonorum impetrata, inhibetur auctio eorum bonorum, quia defensor idoneus existit, qui respondeat creditoribus, qui adsimilatur etiam bonorum possessori, *l.* 4. §. *is autem*, *tit. seq.* Et si forte non caverit creditoribus, etiam creditoribus perinde atque si eis cavisset, in eum dantur utiles actiones, quasi ex stipulatione tacita, *l.* 3. *tit. seq.* Et de hac re hoc loco Papinianus ita scribit, constitutioni D. Marci locum esse libertatum tuendarum gratia testamento, in quo datæ sunt, destituto ab hærede, et irrito facto. *Si bona*, inquit, *venitura sint*: nisi exsistat aliquis cui ea addicantur, quasi hæredi testamentario, aut bonorum possessori. Nam si bona venitura non sint a creditoribus, si non urgeant creditores hæreditarii, si bona, puta: solvendo sint, si locuples et luculenta hæreditas, atque adeo nemine hærede exsistente ex testamento, vel ab intestato, ea bona fiscus vendicet, et agnoscat tanquam vacantia ex l. Julia, *l. quidam*, §. *quotiens de leg.* 1. quæ dicitur lex Julia caducaria ab Ulpiano *libro sing. reg. tit. de bonor. possess.* tum vero cessat constitutio Divi Marci, id est, libertates servis non competunt, neque debentur. Et hoc est quod ait, *alioquin vocantibus bonis fisco vindicatis*, *non habere constitutionem locum.* Idque ait aperte, caveri ipsa constitutione. Et hoc idem probat etiam *lex* 4. §. *eadem*, *tit. seq.* sed indiget interpretatione, quoniam prima specie in *d. l.* 4. Ulpianus secum ipse pugnare videtur: namque primum ait, constitutioni locum esse, id est, competere libertates non tantum, si extraneus quilibet bona sibi addici postulet libertatum conservandarum gratia, ut a Divo Marco studiosus libertatum postulavit Popilius Rufus, ad quem ea constitutio Divi Marci dirigitur, quæ nusquam extat alibi integra quam in Institutionibus: innumeri sunt loci singulares in Institutionibus, quo libello juris neque pulchrior, neque facilior ullus est, nec dispositior, et præter illam constitutionem, cujus verba in Institutionibus integra referuntur, quæ non extant alibi, etiam invenies in eo tit. esse singulare, quod ait, quandoque libertates dari mortis causa. Verum ad rem. Non tantum, ut cœpi dicere, constitutioni locum esse, si extraneus sibi addici postulet, sed etiam si quæ creditores possidere et distrahere concupiscunt, fiscus agnoscat. Post additur in *d.* §. *eadem*, quod videtur pugnare cum superiori dicto, alia ratione fisco agnoscente bona, id est, non instantibus creditoribus, non urgentibus aut opprimentibus creditoribus, paucis aut nullis existentibus creditoribus, constitutioni locum non esse, id est, non competere libertates. Unde infert hoc modo: *Quare etsi caducis legibus bona delata sint*, *idem erit probandum*, ubi jampridem ostendi esse legendum: *quare etsi caducariis legibus*, id est, Julia et Papia, bona fisco delata sint, ut vacantia scilicet, probandum erit non esse constitutioni locum, id est, non competere libertates: et bona delata caducariis legibus, ut dixi, vocat bona vacantia, ut *d. l. quidem*, §. *quotiens*, *de legat.* 1. Bona vacantia sunt, quod notandum, quæ nec hæredes, nec creditores ulli persequuntur. Popilium autem Rufum; ad quem scripta est constitutio hæc accipio pro extrario libero homine Philosopho studioso libertatum tuendarum, petente sibi addici bona propter libertates, non ut Theophilus, pro servo testamento manumisso, quia servi binomines non erant, *ils n'avoient proint deux noms.* Et quod est in *l.* 6. *et l. ult. C. de testam. manumiss.* etiam extraneo postulante bona ei addici posse, libertatum conservandarum causa; id ex hac *l.* 50. liquet manare ex constitutione ista divi Marci, qui etiam extrario fecerit potestatem petendi addictionem bonorum. Et in hanc rem est hæc lex singularis, quæ etiam fiscum utique admisit sine satisdatione, vel satisfatione. Fiscus nunquam satisdat, quia semper est locuples, *l.* 1. §. *si ad fiscum*, *sup. ut leg. nom. cav.* nec mirum, si constitutio etiam admiserit extraneum quemlibet, cum libertatum causa sit publica, *l. si quis rogatus*, *tit. seq. l.* 4. *D. ne de statu def.* Additur in extremo hujus legis, *quod beneficium minoribus annis hæredibus scriptis, auxilium bonis præstitutum more solito desiderantibus non auferetur.* Beneficium scilicet hujus constitutionis, hic est sensus, non aufertur iis, qui a domino libertatem acceperunt, si hæredes scripti minores 25. annis initio abstinuerint se bonis: deinde post factam addictionem bonorum, libertatesque servis conservatas, vel præstitas, restituti sint in integrum adeundorum bonorum, adeundæ hæreditatis causa: neque enim servis ideo auferentur libertates, quæ semel competierunt, nec patroni, qui semel eorum effecti sunt, mutabuntur, ut *d. l.* 4. §. 1. quoniam adversus libertates non extenditur restitutio in integrum, *l.* 11. §. *ult. de minorib.* Et ait, *auxilium bonis præstitutum*, id est, auxilium generali edicto de minoribus præstitutum, et præfinitum minoribus, ut ad bona, quibus se inconsulto abstinuerunt, restituti in integrum, regressum habeant. Hæc vero est secunda interpretatio Accursii rectior, quam prima, quam tamen Græci sequuntur 48. Basil. ut scilicet e converso minoribus hæredibus scriptis initio hæreditatem adeuntibus: deinde beneficio restitutionis abstinentibus se, post audiantur, qui

bona sibi addici desiderant libertatum conservandarum gratia. Male: nam hoc frustra desideratur; sunt, quia libertates semel competierunt adita hæreditate, nec eis restitutio in integrum quicquam officit hæredibus restitutis abstinendi causa, *l.* 5. *C. de testam. manumiss.* Et hæc est vera interpretatio hujus legis.

Ad L. XXIII. de Fideicom. libert.

Fideicommissaria libertas prætextu compilatæ hæreditatis, aut rationis gestæ non differtur.

Initio legis hoc proponitur. Servus, cui per speciem fideicommissi libertas pure relicta est, dicitur expilasse hæreditatem jacentem, vel rationes gessisse hæreditarias jacente hæreditate, et conturbasse. Quæritur, an ideo differenda sit præstatio libertatis, quoad purgatis rationibus, et maleficio, quod ei objicitur, absolutus fuerit. Denique quæritur, an suspensa cognitione maleficii sit ei repræsentanda libertas ex causa fideicommissi? Et ait, moram non esse faciendam eo prætextu puræ libertati, quod et Divus Marcus constituit, *l. si pure, inf. hoc tit. l.* 1. §. *sed si fideicommissaria, si quis test. lib. esse juss. fuerit, l. pen. C. de crim. expil. hæred. l.* 4. *C. de testam. manumiss.* Neque obstat l. quam opponit Accurs. *l.* 5. *C. de leg.* cum qua consentit *l.* 48. *sup. ad Trebell.* quæ dicunt, non habere legatarium petitionem rerum legatarum, quas furatus est. Primum respondeo, hoc verum esse, si legatarius postquam furti damnatus est eas res petat, quas ante subripuerat, frustra enim petit, non si suspenso crimine furti, nec dum facto, sive peracto eas res petat, arg. *l. pen. D. de accusat.* Deinde ex eo, quod illis legibus continetur, male infertur non recte peti fideicommissariam libertatem ab eo, qui res aut rationes hæreditarias intervertit. Id enim non intervertit, quod petit.

Ad §. Fideicommissariam.

Fideicommissariam libertatem ab hærede non præstitam, cogendus est hæredis hæres, qui restituit ex Trebelliano Senatusconsulto hæreditatem, præstare, si ejus personam eligat, qui manumittendus est.

Hæres, a quo relicta est servo libertas per fideicommissum, vel hæres ejus, hæres hæredis, si hæreditatem alii restituerit ex SC. Treb. quæritur, an cogatur eum servum manumittere, translata jam hæreditate in fideicommissarium Trebellianum? Sic videtur Papinia. ut hæres etiam post restitutam hæreditatem, aut hæres hæredis cogatur eum servum manumittere, videlicet, si servus ab eo manumitti malit, quam a fideicommissario Trebelliano, quia is servus fideicommisso hæreditatis non continetur, *l. apud Julian. sup. hoc t.* quæ lex recte ait idem servari in persona fideicommissarii Trebelliani, quod in persona emptoris. Nam si eum servum quis ab hærede emerit, si hoc malit servus, cogitur eum hæres, idemque venditor redimere et manumittere, *l.* 15. *sup. hoc tit. l. generaliter*, §. *ult. h. t. l. Titius, de act. empt.* Hoc relinquitur in arbitrio servi, ut eligat, quem volet manumissorem, quoniam sæpe interest manumitti potius ab uno quam ab alio, pro varietate morum, quibus manumissores præditi sunt, vel etiam pro ætate, quoniam interest manumitti potius a sene, cui non diu edat operas officiales libertatis causa, quam a juvene, *d. l.* 15.

Ad §. Servum.

Servum peculii castrensis, quem pater fideicommissi verbis a legitimis hæredibus filiis liberari voluit, filium militem, vel qui militavit, si patris hæres existit, manumittere cogendum respondi, quoniam proprium manumisisse defunctus post donationem in filium collatam existimavit: portionem enim a fratre domino fratrem eundemque cohæredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum, nec ob eundem errorem cetera, quæ pater in militia profecturo filio donavit, fratri qui mansit in potestate conferenda: cum peculium castrense filius etiam inter legitimos hæredes præcipuum retineat.

Nemo ambigit in castrensi peculio filiifam. numerari, quod filio in militiam profecturo pater donavit, *l. castrense, inf. de castr. pec.* Donatio inter patrem et filiumfam. regulariter quidem non valet, sed si fiat in causam peculii castrensis omnino valet, quia filius in castrensi peculio pro patrefamil. habetur, *l.* 2. *sup. ad SC. Maced.* Nunc finge, filiofamil. proficiscenti in militiam, arma, equos, ornamenta, et multa alia patrem donasse, et inter cetera etiam servum calonem, sive caculam, *an gouiat*, et ei servo codicillis reliquisse fideicommissariam libertatem a duobus filiis, quos habuit tanquam legitimis hæredibus ab intestato, uno milite aut veterano, id est, militia jam functo et emerito, altero pagano. Quæritur, an si uterque filius patri hæres extiterit ab intestato, an ab utroque libertas fideicommissaria peti possit? Et respondet, a filio tantum milite peti posse, cui is servus a patre donatus est in castrensi peculio. Nec obstat, quod pater cum servum a filiis, ut posuimus, manumitti jussit, quia error in eo fuit patris, qui cum servum

in dominio suo mansisse perperam existimavit post donationem collatam in filium, id est, qui existimavit eam donationem non valere, quæ valet optimo jure, quum fit in causam castrensis peculii. Et hoc errore falsus quasi proprio servo pater a filiis legitimis hæredibus reliquit fideicommissariam libertatem, quam a filio servi domino tantum relinquere potuit, quia alter filius in eo servo nihil juris habet. Itaque is solus, qui servi dominus est, servum manumittere cogitur, nec propter errorem patris, ac si servus patris proprius fuisset qui non fuit: et proinde communis utriusque filii jure hæreditario, ut eum manumittat filius miles, aut veteranus, non cogitur redimere portionem fratris, qui ejus servi castrensis nulla ex parte dominus est, quia non fuit communis servus fratrum, sed filii militis aut veterani proprius in solidum. Verum quod hoc loco tradidit Papinianus, emendanda sunt Papiniani verba, dum ait: *Portione enim a fratre domino fratrem, eundemque cohæredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum.* Illud enim, *domino*, glossema est. Dominus enim fuit servi, qui redimere portionem a fratre non cogitur, non is a quo redimere non cogitur, quem tamen si addas, *domino*, facis dominum. Itaque perspicuum est illud, *domino*, irrepsisse in contextum, et ait, *citra damnum voluntatis*, ut damnum conditionis, *l. Imperatore, sup. ad Treb.* hoc sensu, quod valde notandum est, quod non cogatur frater dominus servi a fratre portionem redimere, ut eum manumittat, secutus errorem patris potius quam veritatem, non ideo fieri contra voluntatem patris, id est, hoc fieri citra damnum voluntatis paternæ, quia non intelligitur voluisse, qui erravit in jure, *l. si per errorem, de juris. l.* 116. §. *ult. de reg. jur.* Qua de causa ut subjicit, nec is error patris efficit, qui servum donatum filio ex causa castrensi putat proprium suum esse, non filii, cui donavit proprium in solidum, uti est. Is, inquam, error non efficit, ut filius ille non habeat eum servum, ceteraque omnia bona castrensia, quæ pater ei donavit, præcipuum ab intestato: is, inquam, error non efficit, ut ea bona conferat fratri pagano: imo sibi retinebit propria in solidum, ut *l.* 1. §. *nec castrense de collat. bon. l.* 54. *ad Trebell. l. cum duobus*, §. *idem Papin. pro soc.* Nec obstat, quod dicitur, errorem testatoris facere jus, *l.* 3. *in fi. sup. de suppell. leg.* quoniam hoc dicitur de errore facti, quo non læditur jus publicum, ut in exemplo ibi proposito, si vasa argentea, quæ sunt in suppellectili, rationibus testator referat in argento, non in suppellectili, propter errorem testatoris, legato argento, ea vasa continebuntur, quia error, id est, voluntas illa testatoris, errantis scilicet, pro jure est: error hic est index voluntatis non injustæ, aut jure publico adversæ: at hic est error juris maxime adversus juri publico, ut manserit servus proprius, quem donavit ex causa castrensi, et ut conferatur fratri a fratre, utque habeatur pro communi inter fratres, qui errores sunt stultissimi. Etiam illud adnotandum, irrepsisse mendum aliquod illo loco: *Qui mansit in potestate*, quo significatur, paganum mansisse in potestate et ex contrario igitur fratrem militem fuisse solutum potestate, quod est falsum, alioquin non esset legitimus hæres, sicut proponitur hoc loco. Ac præterea non fuisse eum emancipatum, nequaquam proponitur, nec potest dici, militia solvi patriam potestatem, *l. filiusfam. de ritu nupt. l.* 7. *C. de pat. potest.* §. *filiusfam. Instit. quib. mod. jus. pat. potest. amit.* Quinimo necessario ponendum est, etiam militem mansisse in potestate, ut etiamsi sit in potestate, in eo jus istud singulare observemus, ut sit ei castrense peculium proprium matrimonium, quod habiturus est præcipuum mortuo patre, nec collaturus fratri. Igitur mendum hoc quoque loco dum ait, *Qui mansit in potestate*, aliquod irrepsit, et videtur esse legendum. *Qui mansit in paganis*, ut loqui alii auctores solent, esse in puerilibus annis, in senioribus, novissimis. Et etiam *l.* 7. *de reg. jur.* jus nostrum non patitur eundem hominem in paganis, id est, qui sit in paganis, non in militibus. Atque ita exposuimus tria responsa hujus legis.

Ad §. *etiam fideicommissarias.*

Etiam fideicommissaria libertas a filio post certam ætatem ejus data, si ad eam puer non pervenit, ab hærede filii præstituta die reddetur. Quam sententiam jure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit.

Quod ad §. penult. attinet, in eo proponitur, patrem a filio impubere codicillis factis ab intestato servo libertatem fideicommissariam reliquisse. Pono filium fuisse impuberem, quia Papin. eum puerum vocat illo loco, *si ad eam puer non pervenit.* Et hoc sane multum facit ad §. ultimum, qui simul cum isto explicandus est: a filio igitur impubere reliquisse fideicommissariam libertatem his verbis, *illum servum cum filius meus ad* 14. *annum ætatis pervenerit, manumitti volo.* Hæc verba in se conditionem continent, *si filius effectus fuerit annorum* 14. Et tamen mortuo filio intra pubertatem, intra eam ætatem nondum facto annorum 14. placet hæredem ejus filii servo debere præstare libertatem ex causa fideicommissi præstituta die. *Præstituta die*, id est, qua die eam ætatem filius attigisset, si vixisset, quod ait fuisse

receptum jure singulari, hoc est favore libertatis, ut in *l.* 10. *C. eod. tit. l. si ita scriptum, sup. de manum. test. l.* 19. *D. de statulib.* favore libertatis conditio defecta pro impleta habetur. Defecta enim conditio est, qua qui mortuus est intra annum 14. sane non intelligitur esse annorum 14. aut fuisse, *l. si Titio, sup. quando dies leg. ced.* Sed pro impleta habetur favore libertatis; impleto tempore quo, si vixisset filius, servo ea libertas debita, et præstita fuisset, ut e contrario favore piæ causæ, conditio impleta nonnunquam habetur pro defecta in Novella 23. quod exposui hoc ipso libro in *l. cum avus, sup. de cond. et dem.* Multa contra juris rigorem, contra communes regulas juris pro libertatibus benigne recepta sunt, instituto a majoribus favore libertatum *l. generaliter*, §. *si quis servo, h. t. l. in bello*, §. *manumittendo, inf. de capt. et post l. rev. l. pœnales, in fin. sup. ad l. Falcid.* §. *ult. Instit. de don.* Philosophia amplectente libertatem, ut eleganter ait *lex pen. C. de iis quibus, ut indig.* Philosophia scilicet Stoica, in qua versantur omnes Jurisconsulti nostri, et cujus verbum hoc est apud. Diog. Laertium φαύλη ἡ δεσποτεία. *C' est mauvaise chose que d' avoir un maistre.* Idem vero non servatur in fideicommisso pecuniario quod in libertate, eidem servo relicto sub eadem conditione: quum filius erit annorum 14. nam filio mortuo intra pubertatem, fideicommissum extinguitur quasi defecta conditione. Libertas quidem et fideicommissum simul relicta sunt eidem servo, et sub eadem conditione, sed libertatis conditio pro impleta habetur, fideicommissi pro defecta. Quæ est sententia §. *pen.* cui nihil obstat *lex Firmio*, §. 1. *sup. quando dies leg. ced. vel l. pen. C. eod. tit.* Quoniam ut ostendi in *d. l. Firmio*, id purum fuit non conditionale fideicommissum: eodem vero modo si adscripta sit libertati et fideicommisso pecuinario hæc conditio, *si hæredi decem dederit, cum eidem servo relinqueretur libertas simul, et legatum, vel fideicommissum sub conditione, si hœredi decem dederit, servus non dederit hæredi, sed hæredi hæredis*, quantum ad libertatem attinet, conditio pro impleta habetur: quantum ad fideicommissum pecuniarium, pro defecta: est similis ratio et causa *l. sub diversis*, §. *ult. l. cum ita, in fin. sup. de condit. et demonst.*

Ad §. *Ult.*

Servum a filio post quinque annos, si eo tempore mercedem diurnam et filio præstitisset, manumitti voluit: biennio proximo vagatus non præstiterat, conditione defectus videbatur, si tamen hæres filius, aut tutores ejus ministerium servi per biennium elegissent, eam rem ex præterito, quod per hæredem stetisset, impedimento residuæ conditioni non esse constitit.

In specie quoque §. *ult. hujus l.* conditio defecta pro impleta habetur, sed hoc interest, quod in §. *pen.* pro impleta habetur jure singulari, in ultimo, jure communi. Quo argumento, quia sive libertati, sive fideicommisso, aut legato adscripta fit conditio, semper habetur pro impleta. In specie §. ultimi, puta, cum per hæredem, in cujus persona conditio sit, stat aut mora fit quo minus impleatur, communis hæc est regula juris, *l. in jure, de reg. jur.* quod jus commune vocat Papin. *in l. cum pupillus, in princ. sup. de condit. et demonst.* ad differentiam scilicet juris singularis, de quo dixit in §. *pen. h. l.* nam hic sane §. *ult.* omnino conjungendus est cum initio *d. l. cum pupillus*. Hoc loco ait, *filius aut tutores*, et illo quoque loco ait, *pupillus aut tutor.* Et rursus cur illa *in l. cum pupillus* ait, *tam legati, quam libertatis conditionem impletam videri*, nisi ad differentiam ejus, quod proposuit in §. *pen.* non ut libertatis, ita legati conditionem impletam videri? Denique jus singulare proponitur in §. *ult.* coaptato cum *d. l. cum pupillus*, jus commune. Et cohæret etiam hic §. *ult.* cum *pen.* quia uterque est de filio impubere; et ex conjunctione utriusque exoritur, et emergit illa differentia inter jus singulare, et jus commune: et ea quoque convenientia in eo, quod utroque jure conditio defecta habetur pro impleta, jure singulari favore libertatis: jure communi culpa pupilli vel tutoris, in cujus personam conditio collata fuit. Et utraque species §. *pen. et ult.* est de pupillo, propterea quod conditio confertur in majorem ætatem hæredis, adultam puta, vel justam. Unde apparet ex §. *ult.* in *d. l. cum pupillus*, proprie ita esse ponendam speciem. Pater a filio impubere post quinquennium, servum manumitti, et legatum certum ac fideicommissum ei præstari voluit sub conditione, *si tempore toto quinquennii is servus filio diurnam mercedem præstiterit, ex sua industria et locatione operarum, ex suo quæstu diurno.* Servus triennio diurnam pensionem sive mercedem filio præstitit, biennio autem proximo feriatus et vagatus, inquit, per orbem terrarum, filio nihil intulit: sane conditio libertatis defecisse intelligitur, et perempta igitur spes fideicommissariæ libertatis, hoc est extra omnem controversiam: at si servus feriatus et vagatus non sit, sed per biennium filius vel tutor, per biennium illud filius vel tutor ejus ministerium servi elegerit, et diurnæ pensitationi prætulerit, conditio tam libertatis, quam legati, aut fideicommissi pro impleta habetur, quia per filium aut tutorem, quod idem est,

in cujus personam collata conditio fuit, stetit, quominus conditio impleretur. Jure ergo communi pro impleta habetur, non jure singulari, quia non tantum libertas, sed etiam legatum servo deberi Papinianus ait: in fine hujus legis, ait, eam rem, quod biennio proximo servus filio ministerium præbuerit, non diurnam mercedem, ministerium præoptante filio vel tutore, quam mercedem ex præterito tempore, ex triennio scilicet, quo servus conditioni paruit, non esse impedimento residuæ conditioni, id est, eam rem non efficere, ut minus videatur servus paruisse conditioni biennio residuo, quia per filium stetit, quo minus et eo biennio pareret conditioni. Hoc est maxime notandum.

Ad leg. XXXV. de Statulib.

Non videbitur per statuliberum non stare; quo minus conditio libertatis exsistat, si de peculio, quod apud venditorem servus habuit, pecuniam conditionis offerre non possit: ad alienum enim peculium voluntas defuncti porrigi non potuit. Idem erit etsi cum peculio servus venierit, et venditor fide rupta peculium retinuerit: quanquam enim ex empto sit actio, tamen apud emptorem peculium servus non habuit.

Sententia *leg.* 35. *de statulib.* pertinet ad hanc quæstionem vel speciem: servo directo libertas data est sub conditione, *si hæredi decem dederit.* Inter omnes constat, et proditum est in jure locis innumeris posse statuliberum, id est, cui directo data libertas est, sub conditione dandi decem, dare ea 10. de peculio, si quod habuit apud testatorem a testatore concessum conditionis implendæ causa, *l.* 3. §. *h. t. l.* 3. §. *ult. sup. de cond. caus. data.* Et hoc quidem est benigne receptum et probatum jurisperitis omnibus, ut statuliber ex eo peculio dando quasi ex suo patrimonio suave pecuniam perveniat ad libertatem, conjectura facta voluntatis domini, quasi voluerit dominus, ut et posset ea 10. dare ex peculio suo tacite, *l.* 17. *h. t. l. in bello*, §. *si statuliber. de capt. et postl. rev.* At finge, nunc servum non apud testatorem habuisse ullum peculium, sed habere cœpisse apud hæredem, ei constitutum ab hærede, et hæredem statuliberum vendidisse, quod potest *l.* 25. *h. tit.* vendidisse autem sine peculio, statuliber conditionem libertatis implere potest in persona emptoris, dando emptori 10. quod est ex XII. tab. *l.* 29. *h. t.* et apud Ulpianum *lib. reg. tit. de statuliber.* At quæro, an eam conditionem possit servus implere sumpta pecunia, sumptis 10. ex peculio, quod habuit apud hæredem eundemque venditorem. Et certum est, non posse servum implere conditionem ex aliena pecunia. Peculium autem illud alienum est, quia id servus non habuit apud testatorem, sed apud hæredem habere cœpit, sine quo statuliberum hæres vendidit. *Ad alienum peculium,* inquit Papinianus, id est, quod alius statulibero constituit, non testator, voluntas defuncti non porrigitur: quod receptum est ex tacita voluntate defuncti, ut statuliber dando de peculio, expleat conditionem libertatis. Id pertinet tantum ad peculium, quod habuit apud testatorem, non quod habuit apud hæredem eundemque venditorem: vel etiam pertinet ad id, quod nunc habet apud emptorem. An igitur servus, quod ex peculio hæredis dare non possit, qui id sibi excepit in vendendo servo: an videbitur per eum non stare, quo minus conditio libertatis existat, id est, an conditio habebitur pro impleta, et statim liber erit? Et respondet non videri per statuliberum non stare, sic est Florentiæ scriptum rectissime: et male adnotarunt, qui Pandectas illas exprimi curaverunt, secundam negationem abundare: rectissime enim, ut scriptum est hoc modo: *non videbitur per statuliberum non stare,* id est, stat per statuliberum, quo minus conditio libertatis existat, quia etsi non possit dare ex peculio hæredis, dare aliunde potest, aliunde pecuniam corradere potest, qua data conditionem libertatis expleat. Et hæc est sententia Papin. cui prima specie plurimum adversatur *l.* 3. §. *si quis servum*, *h. t.* Servus jussus est dare decem et liber esse: cum hæres vendidit sine peculio, non erit statim atque venditus est, liber quasi prohibeatur dare de peculio, hoc ipso quod sine peculio venditus sit, sed tunc liber erit, quasi conditione habita pro impleta, cum ab hærede prohibebitur peculium tangere. At Papin. negat eum liberum fore, quod peculium non possit attingere, quod primum cœpit habere apud hæredem, et apud testatorem nunquam habuit. Sed ut perspicue respondeam abolita Glossa, in §. *si quis servum*, agitur de peculio, quod habuit apud testatorem, ex quo implere conditionem potest: et si prohibeatur ab hærede, conditio merito pro impleta habetur, et statim liber existit: et in hunc locum hoc ita recte animadvertit Benedictus Plumbinus, qui proprie affectavit scribere in hos titulos de libertatibus solus: nec abs re, quoniam sunt utiles, et conducunt maxime omnibus partibus juris nostri, ut plane sit stultus, qui non et eis quoque titulis vult dare operam. At in §. *si quis servum*, ut dixi, agitur de peculio, quod apud testatorem servus habuit, ex quo si prohibeatur ab hærede, ne 10. sumat conditionis implendæ causa, conditio habetur pro impleta, non statim hoc solo, quod servum vendidit sine peculio. In hac autem l. Pap. tractat de peculio, quod non apud testatorem ser-

vus habuit, sed apud hæredem, ex quo non potest sumere quicquam implendæ conditionis causa, cum non testatoris, sed alius, id est hæredis peculium sit. Et addit Papinianus, idem esse dicendum, si hæres servum vendiderit cum peculio, quod apud eum servus habuit, non apud testatorem sed fide contractus rupta emptori non tradiderit, quo nomine tenetur emptori actione ex empto nomine doli mali, quod fidem ruperit, quod et peculium vendiderit, nec tradere velit: actio ex empto est bonæ fidei, dolus malus vindicatur actione bonæ fidei, fides rupta vindicatur actione bonæ fidei, ut *l.* 1. *C. de dolo*: actione mandati, de qua eam legem esse accipiendam probat observatio tertia, et actione depositi, *l. ei apud quem, depos.* Et ideo servus, tametsi ex peculio, quod apud hæredem habuit, non apud testatorem, dare non possit decem, et implere conditionem, quod necdum habet etiam apud emptorem, quia etsi emptor actionem habeat ex empto ad peculium, ut sibi tradatur, quod veniit cum servo; non tamen videtur habere peculium. Et in hoc casu vitiatur regula *l.* 15. *de reg. jur.* quæ dicit, eum videri rem habere, qui actionem habet ad rem recuperandam, ut *l. si quis de vi, adq. poss.* quoniam aliud est in peculio, quod ut intelligatur esse peculium, exigit naturalem sive corporalem traditionem, *l. nec statim*, *de pecul.* Servus, inquam, non ideo, quod non possit dare de illo peculio, quod habuit apud hæredem, necdum habuit apud emptorem, dicere non potest, per se non stare, quo minus conditio libertatis existat, sed per hæredem qui peculium detinet mala fide, atque ideo se pro libero habendum esse, quasi conditione impleta. Denique nihil interesse, vendiderit hæres servum sine peculio, an eum peculio, sed fide rupta peculium retinuerit, nec tradiderit emptori, utroque casu per statuliberum stare videri, quo minus conditio existat, quamvis non possit eam implere ex peculio hæredis. Valde notandum est, quod ait Papinianus, *voluntas defuncti*. Quæ verba palam faciunt sententiam vulgo receptam, ut statuliber de peculio, quod apud testatorem habuit, conditionem implere possit, esse subnixam voluntate defuncti tacita, nec ejus sententiæ aliam esse rationem. Ad alienum, inquit, peculium voluntas defuncti non porrigitur, qui scilicet voluisse intelligitur, ut servus conditionem impleret de peculio, quod apud se habuit ex concessu suo, atque permissu: quod etiam *lex.* 17. *hujus tit.* ostendit, dum ait, id concedi statulibero sine injuria dominorum, id est, citra damnum voluntatis dominorum.

Ad L. pen. Qui sine manu. ad liber. perv.

Mancipia mater filiæ donaverat, ut filia curaret ea post mortem suam esse libera, cum donationis legi non esset ob temperatum, ex sententia constitutionis D. Marci libertates obtingere matre consentiente respondi: quod si ante filiam mater vita decessit, omnimodo.

In hac lege Mater filiæ donavit inter vivos servos aliquot ea lege et conditione, ut eos filia post mortem suam manumitteret, vel quemadmodum proponit Papinianus, *ut curaret filia post mortem suam eos esse liberos*, puta testamento vel codicillis data eis vel relicta libertate: verbum, *curaret*, non facit fideicommissum, non fidem implorat, sed diligentiam aliquam tantum. Idque habuimus in *leg. Firmio*, §. 1. *sup. quand. dies leg. ced.* Quod quidem fideicommissum, nec potuisset relinqui a donatario inter vivos, *l. cum quis*, §. *pater*, *de leg.* 3. Itaque hæc verba: *ut filia curaret ea post mortem suam mancipia donata, esse libera*, legem efficiunt donationi, et imponunt donationi conditionem sive modum potius, non fideicommissum constituunt. Quæritur autem, an filia mortua servus non relicta libertate, servi ipso jure ad libertatem perducantur sine manumissione? Quod frustra in quæstionem deduceretur, si constaret ea lege donatos cessante donatario, et vita decedente, non manumissis servis, servos fieri ipso jure liberos ex constitutione Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus sæpe fit mentio in libris nostris. Si igitur constarer ex ea constitutione servos donatos ea lege, cessante donatario ipso jure eripi ad libertatem, frustra quæreretur in hac lege, an sint ipso jure liberi. Sed ea constitutio, ut jam pridem ostendi, pertinet tantum ad servos venditos ea lege, ut ab emptore manumittantur, qui cessante emptore, ipsa constitutione, ipso jure ad libertatem eripiuntur sine manumissione, *l. Paulus*, §. 1. *inf. de lib. caus.* nihilominus emptorem patronum habent, perinde atque si ab eo manumissi fuissent. Quod pene est incredibile, ut qui non manumisit, sit patronus: et ex ea constitutione tamen ita est, *l.* 3. *hoc tit. l. sed si hac lege, in princ. sup. de in jus voc. l.* 3. §. 1. *de suis et legit. hæred.* non pertinebat autem ea constitutio ad servos donatos ea lege. De venditis tantum loquebatur, ut patet ex *d. l. Paulus*, §. 1. non de donatis ea lege, ut manumitterentur a donatario. Itaque non pertinebat constitutio proprie ad donatos, idque intelligere licet ex eo, quod Scævola respondit in *l. qui Romæ*, §. *Flavius*, *de verbor. obligat.* qui quidem Scævola vixit ætate eorum Imperatorum Marci et Commodi, et in servis donatis exigit omnimodo manumissionem donatarii, quasi constitutio eorundem Imperatorum, quod et verum est, et non pertineret ad donatos, sed ad venditos tantum. Sed postea Papin. qui

postea possedit Palmam Jurisprudentiæ, quem etiam constat, multa adinvenisse nova, et mirum in modum amplificasse jus civile, a Papiniano, inquam, ea constitutio porrecta est hoc loco, etiam ad servos donatos ea lege, non ex verbis quidem constitutionis, sed ut ait, ex sententia constitutionis quod et donati ea lege eundem mereantur favorem consequendæ libertatis cessante donatario. Neque dicat quisquam ipsum sibi Papin. refragari ex *l. servus ea lege, in fine*, quam objicit Accursius, *sup. de serv. export.* qui tamen secum ipse pugnare videretur, si in ea lege ita legeretur: *Quod si ut manumitteretur*, ut legit Glossa: Sed Florentinæ Pandectæ non sic habent, non habent, *Quod si ut manumitteretur*, sed, *quod ne si pœnæ causa exportaretur*. Quod autem Papinianus constitutionem Marci et Commodi porrexit etiam ad servos ea lege donatos, id etiam postea Imperator Alexander comprobavit in *l. 1. C. si manc. ita fuer. alien.* Quin etiam interpretatione prudentum postea porrecta est ea constitutio ad casum pecuniæ datæ pro capite, et quasi pro pretio servi, ut a domino manumitteretur: nam et hic non manumittente domino, qui pretium servi accepit, meretur eundem favorem consequendæ libertatis ipso jure ex sententia, non ex verbis constitutionis, *d. l. Paulus*, §. 1. *l.* 4. *C. si manc. ita fuerit alien.* Denique ad hos etiam duos casus porrecta constitutio est, nec tamen eam nobis licet porrigere ad alios casus sine lege, sine auctoritate, ut sane constat eam nondum esse porrectam ad negotium do, ut facias, do tibi pecuniam non quasi pretium servi, sed do tibi pecuniam, ut servum manumittas, an te cessante fiet liber? minime *l. naturalis*, §. *at cum do, de præscrip. verb.* non porrigitur etiam ad servum legatum ut manumitteretur, *l. si fundum sub condit.* §. *Stichum, de leg.* 1. Verum hoc admisso etiam ad donatos inter vivos eandem l. constitutionem Marci et Commodi porrigi, quod, ut dixi initio non obtinuit, sed invaluit auctore Papiniano, qui id introduxit, consequens est in specie proposita, si filia supervixerit matri, deinde vita decesserit servis sibi a matre donatis non manumissis, omnimodo eos fierii liberos, id est, etiam invitis hæredibus matris, aut filiæ, quorum voluntas non est exquirenda. Sin autem mater supervixerit filiæ, sed ita demum ex constitutione fieri liberos, si mater non mutarit voluntatem: nam venditor vel donator, qui hanc legem dixit venditioni aut donationi, ut venditi aut donati servi manumitterentur intra certum tempus, potest acta pœnitentia jubere, ne manumittantur, forte emergente causa, quæ servos faciat indignos libertate. Itaque cum mater, quæ donavit servos, supervixit filiæ, quæ legem donationis non implevit, non protinus servi fiunt liberi, sed ita demum, si mater perseveret in eandem voluntatem, *l.* 3. *hoc tit. l.* 3. *sup. de serv. export. l.* 1. *l. ult. C. si manc. ita fuerit alien.* Neque obstat lex prima hujus tituli: si mutaverit venditor voluntatem, nihilominus libertatem competere, quoniam, ut primo loco notavit Accursius, et sequuntur Græci interpretes, loquitur quidem l. 1. de venditore, qui mutavit voluntatem, et porrigi potest ad donatorem: sed de venditore, qui mutavit voluntatem, et postea decessit sine ullo hærede, qui objicere possit, venditorem aut donatorem mutasse voluntatem, et sibi injuriam fieri, si eripiantur servi ad libertatem: nam hoc casu nullo existente hærede venditoris aut donatoris, servo libertas competit ex constitutione, quia potest competere sine injuria cujusquam.

Ad L. XXXV. de Liber. Causa.

Servos ad templi custodiam, quod ædificari Titia voluit, destinatos, neque manumissos hæredes esse constitit.

Titia hærede instituto templum ædificari jussit, et ad custodiam ejus templi servos aliquot suos deputavit, ut in *l. servos, sup. de alimen. leg.* et in quibusdam antiquis inscriptionibus legitur, nec eos servos manumisit: voluit igitur ut servi manerent. Quæstionis est cujus servi maneant, hæredis ne Titiæ an templi, sive Dei, cujus templum est vel erit, quum ædificatum erit, quasi scilicet templo legati sint, qui ei custodiendo destinati sunt? Et prudenter Papinianus respondit, eos servos esse hæredis, non templi, quia nec consecrati sint templo, nec dedicati, nec legati. Denique non possunt manumitti nisi ab hærede: legati aut consecrati proculdubio ejus Dei servi essent, cujus templum foret, ut Martialis Larini, et in Sicilia, *ministri Veneris Ericynæ:* apud Marcum Tullium in Cluentiana, et in divinatione in Quint. Cæcilium, de Agonide quadam in servitutem adjudicata Veneri. Nihil est præterea in hac leg. Sequitur *l.* 82. *de regul. jur.*

Ad L. LXXXII. de Regul. Jur.

Ex hoc loco est restituenda inscriptio, *l. donari, de donation.* In qua repetitur hæc regula, sed male attribuitur *lib.* 10. Ergo ita restituatur ex hoc loco, quod sequentia probabunt manifestius, ut sit ex nono, non ex decimo, et *l. quidam, eod. tit.* quæ sequitur *l. donari*, separata a *l. donari*, ut in Basilicis, et in vulgaribus editionibus, non ut perperam in Florentinis, commista cum *l. donari* ut sit ex libro decimo. Denique, ut lex *donari* sit

ex nono, et quæ sequitur *lex quidem*, *ex decimo*: ac deinde, quæ interposita una valde pusilla subsequitur, *lex donationes*, sit ex duodecimo Responsorum: nam semper Tribonianus in digerendis responsis, servavit ordinem librorum. Fateor autem propriam speciem hujus regulæ esse sumendam ex *lege Cerdonem*, quam non ita dudum exposuimus, *sup. de oper. liber.* conjuncta *l. Campanus*, *eod. tit.* In lege *Cerdonem* Papinianus ait, servum ab hærede manumissum ex causa fideicommissi non cogi operas hæredi promittere, etiamsi id jusserit testator, et promittere coactum ex stipulatione non teneri, ergo neque cogitur ex testamento, neque ex contractu: non cogitur, inquam, hæc sunt verba *l. Cerdonem*, sed ut Campanus ait in *d. l. Campanus*, cujus Jurisconsulti fit etiam mentio in *l. invitus*, §. 1. *de fideicomm. libert.* si servus, cum sciret se operas recusare posse, obligari se passus sit consulta opera, non est inhibenda operarum petitio, quia, inquit, donasse videtur, ut in hac regula ait, *donari videtur*. Quod et subjecisse Papinianum responso legis *Cerdonem* hic locus indicat, qui est ex eodem libro, quo Papinianus ait, *Donari videtur, quod nullo jure cogente conceditur*. Donasse scilicet videtur servus ex causa fideicommissi manumissus, operas suas hæredi, qui cum nullo jure cogeretur, nec ex voluntate defuncti, nec ex stipulatione, quæ interposita est, operas hæredi præstare, ultro eas ei concessit, atque promisit. Et addatur quod ex eodem libro Papiniani refertur in *l. si cui legatum*, *de condit. et demonstrat.*

Ad L. si cui XCII. de Cond. et Dem. eo loco Papin. quoque.

Papinianum quoque libro nono Responsorum scribere referebam, non esse cogendum emancipare filios suos.

Legatarium rogatum emancipare filios suos, agnito et accepto legato non cogi eos emancipare: non cogi, scilicet jure ordinario, vel secundum vulgarem formulam juris, id est, jure directo, ut ait lex *filius famil.* §. *secundum*, *sup. de leg.* 1. quæ verba, *secundum vulgarem formulam juris*, quidam male applicant §. præcedenti, cum sit initium sequentis; et secundum vulgarem formulam juris, id est, jure ordinario, legatarius non cogitur filios suos emancipare, quia patria potestas est inæstimabilis, est enim res sancta. Cogi tamen potest, ut ait *l. si cui legatum*, jure extraordinario, id est, auctoritate Principis, ut eadem lex declarat. Et ideo si ultro pater eos emancipaverit, nihil eis donare videtur, quia donari id tantum videtur, quod nullo jure cogente conceditur, et cogi hic potuit aliquo jure, puta, extraordinario. Unde in hac regula, *nullo jure*, sic accipio, neque ordinario, neque extraordinario, neque naturali, neque civili, neque ex contractu, neque ex testamento. Et hic est finis hujus libri.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. X. RESPONS. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. VIII. de Pactis.

Majorem esse partem pro modo debiti, non pro numero personarum placuit, quod si æquale sint in cumulo debiti, tunc plurium numerus creditorum præferendus est: in numero autem pari creditorum, auctoritatem ejus sequetur prætor, qui dignitate inter eos præcellit: sin autem omnia undique in unam qualitatem concurrant, humanior sententia a prætore eligenda est: hoc enim ex Divi Marci rescripto colligi potest.

Solent hæredes scripti vel legitimi, qui se nolunt implicare negotiis hæreditariis, nec temere sibi delatam hæreditatem adire, forte, pluribus creditoribus defœneratam: solent, inquam, priusquam hæreditatem adeant, creditoribus hæreditariis coactis in unum, cum eis agere et tractare, si se velint hæreditatem adire, ut habeant cum quo experiantur, et qua parte debiti contenti esse velint, facta gratia residuæ partis, et de qua convenerit, de ea cum eis pacisci, transigere, decidere, atque ita adire hæreditatem. Exempli gratia: pacisci de dimidia parte tantum solvenda, et non solvenda altera dimidia, post aditam hæreditatem, ut in *l. qui habebat*, §. 1. *ff. de manum. testam.* puta, ut cui debentur centum, ei solvantur 50. tantum: cui mille, 500. tantum: quam pactionem etiam fieri cum sectore, sive emptore bonorum, creditoribus bona debitoris proscribentibus, et distrahentibus sub hasta et præcone, adhibito etiam quæstore Theophilus noster scribit in *t. t. de success. sub. quæ fieb. per bon. possess.* et probatur *l. Imperator*, *inf. hoc tit.* Necesse autem est, eam portionem fieri communi consensu omnium creditorum, et omnibus præsentibus; vel si forte dissentiant, aliis contentis dimidia parte debiti, aliis desiderantibus dimidiam et sextam, aliis dimidiam et tertiam. Olim quidem sibi quisque creditor rem gerebat, sibique paciscebatur cum hærede debitoris suo arbitratu, nec alterius pactio sive consensio alteri nocebat. Sed hodie ex constitutione Divi Marci, de qua agitur hoc loco, quum

inter se dissentiunt creditores in hac re, in modo pactionis, decretum interponit prætor vel præses, quo statuit, majoris partis creditorum sententiam atque consensum ceteris esse sequendum, et ut ferant omnes ab hærede portionem, quam statuerit major pars creditorum: residuæ partis gratiam faciant, ut in *l. prox.* §. *ult. sup. l. si præcedente*, §. 1. *inf. mand.* Majorem autem partem creditorum Papin. ex constitutione D. Marci, definit hoc loco, non numero personarum, sed pondere et cumulo debiti: ut si sint decem creditores hæreditarii, et quatuor ex iis longe plus debeatur, quam reliquis sex, illorum quatuor sententia prævalet et prædominatur, atque adeo, si sint parati cum hærede decidere dimidia parte debiti, et dimidia quoque ceteri contenti esse debent. Quam rationem etiam Justinianus censet esse sequendam in *l. ult. C. qui bon. ced. poss.* quum non bene convenit inter creditores, an debitori concedant dilationem quinquennii quam postulat, an magis admittant cessionem bonorum quam offert. Nam et hanc quæstionem dirimit major pars creditorum, quæ valeat pondere et quantitate debiti, non numero, quoniam ejus partis magis interest, vel quoniam res, qua de agitur, magis ad eam partem creditorum pertinet, magisque eorum interest pactionem justam fieri aliquam cum hærede. Cajus quoque eodem exemplo majorem partem hæredum, qui adierunt hæreditatem quibus res a defuncto deposita, restituenda est, accipit, æstimat, metitur non ex numero personarum, sed ex magnitudine portionum hæreditariarum, *l. si plures, in pr. ff. depos.* Dico qui adierunt, nam in ea l. hæc verba, *si major pars adierit*, non sunt accipienda secundum Glossam hoc modo, *si major pars hæredum repetierit depositum*, sed si adierit hæreditatem. Huic majori parti, quæ adiit, restituendum esse depositum, non expectatis ceteris hæredibus, ut recte est in Basilic. scriptum, ἐὰν κατὰ τὸ πλεῖον μέρος ὑπεισέλθῃ, etc, *si* inquiunt, *majoris pars adierit hæreditatem* depositoris. Numero autem Papinian. non aliter æstimat majorem creditorum partem ex mente constitutionis D. Marci, quam si creditores omnes sint pares in summa debiti, in quantitate, cumulo debiti, vincit quantitas debiti numerum, sed si non sit alia major pars vincit numerus. Quod quidem ita verum est, si disparis numeri diversæ sententiæ fuerint: nam si sententiæ diversæ sint paris numeri, ut si ex 10. quinque declarent esse contentos dimidia parte debiti, quinque desiderent dimidiam et sextam, *s' il sont partis*, ut loquimur, ea sententia superior est, eamque in decernendo prætor sequetur, in qua fuerint creditores dignitate excellentiores, id est, quoniam in eo verbo hæret Accursius, *dignitate*, id est, honestate, ut Cicero definit, et cultu, et honore, et verecundia digna auctoritate. Sin autem, ut ait, omnia undique in unam æqualitatem concurrant, si et numero personarum, et quantitate debiti, et dignitate omnes creditores pares sint, tum ait, humaniorem sententiam prætori eligendam esse: puta, ejus partis creditorum, quæ debiti parte minore contenta est: prætoris est humaniorem sententiam sequi et eligere: sicut et imperiale et regium esse dicitur, humaniorem sententiam sequi in *l. ult. in fin. C. de comm. servo manum.* Etiam simili modo in judiciis privatis, vel publicis jure nostro, ubi par est sententiarum numerus, ea sententia prævalet, quæ reum absolvit vel allevat, *il n' y a point de partage*: quoniam ea sententia prævalet, quæ pro reo facit, *l. inter pares, de re judic.*, *l. si pars, de inoff. testam. l. si præses, de pen.* Exceptis judiciis liberalibus, in quibus prævalet sententia, quæ pro libertate facit ex l. Petronia, et constitutione D. Pii, *l. lege, de manumiss. et d. l. inter pares.* Alias ea sententia potior est, non quæ pro actore, sed quæ pro reo facit. Inde vero legimus sæpe in auctoribus nostris, *reos absolutos paribus sententiis*: qui mos fuit et Latinorum et Græcorum. Euripidis in Electra; *Lex*, inquit, *est, vincere semper reum paribus sententiis*, et in Iphigenia in Tauris: *vincere reum, qui accepit sententias pares pro se.* Et favorabilior est reus, quod dixi paulo ante: etiam hujusmodi pactiones creditoribus fieri bona debitorum distrahentibus ex *l. Imperator. hoc tit.* et ex Theoph. nostro. Ad id etiam pertinet *l. 1. de priv. cred.* vel ut Florentiæ *l. cum bona, de reb. auct. jud. poss.* quæ vult in distractione, sive auctione bonorum debitorum, si plures existant qui velint esse bonorum emptores, et quasi successores debitorum, ut eis et in eos competant omnes actiones, pactione prius habita cum creditoribus solvendæ tantum certæ partis, præferri extraneo et cognato creditorem, cujus res agitur, si quis ex multis creditoribus bona emerit, et in se recipere velit onus solvendi æris alieni ceteris creditoribus pro parte, de qua convenerint: creditor ad licitationem admittitur, *l. 2. C. si in causa jud. pign. cap. sit*, et potior est cognato debitoris, quia rem suam persequitur. Extraneo autem parato emere bona, et pacisci cum creditoribus, potior est cognatus debitoris, si idoneus sit, et eo, quod convenerit solvendo, non impar. Et hoc est quod ait *l. Imperator, h. t.* Si creditores parati sint partem ex bonis licet ab extraneo, bonorum emptore scilicet consequi, si parati sint pacisci de certa parte debiti, residua remissa et condonata, rationem habendam prius necessariarum personarum, id est, cognatis potius

vendenda esse bona quam extraneo, si idonei sint cognati, id est, si sint solvendo, si habeant unde solvant partem debiti, qua creditores profitentur se fore contentos. Quod si ex creditoribus plures sint, qui ea bona emere velint, inter creditores, *d. l. cum bona*, ait, in emptione bonorum præferri eum, cui major pecunia debetur, quia scilicet ejus interest magis: sicut hoc loco, in dicendis sententiis, quota parte cum hærede ante aditam hæreditatem creditores decidere debeant, ut eum impellant ad adeundum, dicitur eorum sententiam prævalere, quibus major pecunia debetur: et hic est sensus *d. legis cum bona*, quam Accursius assequutus nullo modo est. Denique tota ea *l. cum bona*, est de bonorum emptoribus, qui auctionantur bona debitoris, quæ creditores venditioni exposuerunt et proscripserunt uter utri præferatur, si plures sint parati bona a creditoribus emere, quæ distrahunt sub pactione certa, et ut Basilica habent illo loco, tota est περὶ προτιμήσεως εἰς τὸ ἀγοράσαι, id est, de prælegatione in emendis bonis debitoris, quæ veniunt sub hasta varium et multiplex est jus προτιμήσεως, quod habet quis in emendis bonis debitoris, quæ a creditore distrahuntur, de quo in *d. l. cum bona*. Item quod habet dominus in emendo jure emphyteutico, id emphyteuticario volente vendere, de quo in *l. 3. de jure emphyt.* quod item habet agnatus vel dominus in emendo feudo, de quo in libris feudorum: quod habet item vicanus convicano volente fundum vendere: nam convicanus extraneo præfertur in emendo fundo, de quo jure προτιμήσεως est in *lib. 11. C. tit. non licere habitatoribus metrocomiæ*, μητροκωμίας, id est, *magni vici etc.* Et postremo jus προτιμήσεως, quod habet in venditione et distractione pignorum antiquior creditor, de quo est titulus, *qui pot. in pig. hab.*

Ad L. XXXIII. de Neg. Gest.

Hæres viri defuncti, uxorem, quæ res viri tempore nuptiarum in sua potestate habuit, compilatæ hæreditatis postulare non debet: prudentius itaque faciet, si ad exhibendum, et negotiorum gestorum, si negotia quoque viri gessit, cum ea fuerit expertus.

In hac l. ostenditur, crimine expilatæ hæreditatis ab hærede non posse accusari uxorem defuncti, quæ constante matrimonio res scilicet omnes in sua potestate, et in sua manu habuit quæ administravit, ut hodie habent pleræque dominæ malo more, quæ vivo marito res mariti in sua potestate habent, post mortem ejus non potest rea postulari expilatæ hæreditatis, quod etiam ostendit *l. pen. ff. pen. ff. de crim. expil. hæred. et l. 4. C. eod. l. l. quamvis, C. de furt.* Et ratio hæc est, quia nec compilare videtur uxor vel furari, si attrectat, quod vivus maritus in ejus potestate posuerit. Verum earum rerum nomine, ut subjicit in hac lege, hæres potest agere cum uxore defuncti ad exhibendum. Prudentius, inquit, fecerit, si omisso crimine expilatæ hæreditatis, egerit ad exhibendum, et exhibitas res vindicaverit: vel etiam, quod addi potest, si egerit petitione hæreditatis, cum res uxor possidet pro hærede vel pro possessore: vel, ut ait; si egerit hæres cum ea uxore negotiorum gestorum, cum ea gessit negotia omnia viri, viro dedito ignaviæ: et ait, prudentius fecerit, si egerit his actionibus omissa actione, sive accusatione expilatæ hæreditatis, si elegerit aptam actionem, et negotio, quo de agitur, competentem. Inepta actio frustra instituitur, et efficit sæpe, ut bona causa amittatur, *l. fidejussor, hoc tit. l. 1. ff. si mens. fals. mod. dix.* Et tamen inepta actio, quæ semel instituta est, non consumit aptam et congruam actionem, quod notandum est, *l. cum indebitum, de condict. indeb.* et maluit etiam Papinian. dicere, *compilatæ*, sive, *compilatæ hæreditatis*, cum hoc loco, tum in *l. 23. in pr. de fideic. libert.* quod alii omnes dicunt expilatæ.

Ad L. LVII. Mandati.

Mandatum distrahendorum servorum, defuncto, qui mandatum suscepit, intercidisse constitit, quoniam tamen hæredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit. Sed venalitiarium ex provincia reversum publiciana actione non utiliter acturum: cum exceptio justi dominii causa cognita detur: neque oporteat eum, qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam hæredum adfici damno.

Ad hanc l. præmittam, quod et ipse Papinian. præmisit, morte mandatoris sive domini, qui sui causa quid alteri negotii mandavit, vel morte mandatarii, sive procuratoris mandatum dissolvi, mandatum intercidere, *l. inter, in pr. et l. seq. §. morte, sup. hoc tit.* Morte, inquam, naturali vel etiam civili, id est, capitis diminutione, *argum. l. cum quis, in prin. de sol. et l. post. litem, sup. de procur.* quæ modo mors contigerit re integra, id est, negotio nondum inchoato: nam post negotium inchoatum mors hujus vel illius non solvit mandatum. Symmachus 1. Epistol. *venerabilius*, inquit, *Juliani sanctio stare procuratorum jussit officia causarum dominis viventibus inchoata.* Et ea constitutio Juliani est in *l. nulla, C. de procur.* Eodem

vero modo dicimus etiam jussum re integra extingui morte ejus qui jussit, *l. si per epistolam, ff. de acquir. hæred.* et si legitimus tutor alii tutelam in jure cessit, et moriatur, vel capite minuatur, cessitiam etiam tutelam extingui, ex Ulp. *lib. reg. tit. de tut.* Hoc præmisso, veniamus ad speciem hujus legis. Species est de venalitiario quodam, id est, de mangone, et quasi mercatore servorum venalium, quos solet emere ut vendat, non ut sibi habeat, qui et venalitius dicitur a M. Tullio, et Svet. Tranq. atque etiam ut Græcis σωματέμπορην, in *l. ult. ff. de ædil. edic.* illo loco: *ex venalitio novitiorum emptum*, id est, a mangone emptum servum novitium; cum tamen proprius sit, ea verba, *ex venalitio*, sic accipere de lapide, vel de pergula mangonis, de loco, non de homine, ut apud Petronium: *Erat*, inquit, *venalitium titulis pictum.* Denique de venalitiario species hæc est. Quidam venialitiarius, Roma profecturus in provinciam novitiorum coemendorum causa L. Titio mandavit ut servos, quos Romæ relinquebat, suo nomine venderet, quos quidem mango errans existimabat esse suos, qui eos emerat a non domino bona fide, nec dum usuceperat: sic est ponenda species, ut inferius demonstrabitur. Luc. Titius mandatarius mortuus est antequam servos vendidisset, et antequam mango ex provincia reverteretur: hæres autem L. Titii servos vendidit, lapsus errore juris, ut ait, id est, mandatum more L. Titii existimans non esse finitum: hæres igitur L. Titii servos bona fide vendidit, et tradidit bonæ fidei emptori, non animo furandi, alioquin essent furtivi, et plane non possent usucapi, quos tamen subinfert fuisse usucaptos postea ab emptore: verum hæres L. Titii illos vendidit animo exequendi mandati, quod putabat non esse extinctum, quod, ut ait eleganter, defunctus suæ curæ fecerat, quod defunctus susceperat. Per traditionem eorum mancipiorum hæres L. Titii dominium non transtulit in emptorem, quia finito mandato morte mandatarii, jus vendendi servos hæres non habuit. Verum fac, eorum servorum dominium postea emptorem acquisisse per usucapionem possidendo legitimo tempore; quæritur, an reversus mango ex provincia recte agat cum emptore, qui servos usu suos fecit, Publiciana in rem actione, quæ solet dari bonæ fidei possessori amissa possessione, ejus rei vindicandæ causa, quam ante possedit bona fide, nec dum usucepit? Quid est Publiciana actio? utilis rei vindicatio, quæ tanquam domino datur ei, qui rem bona fide possedit, nec dum usucepit, amissa possessione, adversus extraneum, non dominum, ad quem possessio pervenit, et aliquando adversus dominum, inventa et proposita in edicto, ut est in *Instit. tit. de action.* a Publicio Prætore, id est, a Quinto Publicio, quem Prætorem Urbanum fuisse cum M. Junio ex Cluentiana intelligimus. Videtur autem in specie proposita, mangonem adversus emptorem, qui servos usucepit, non utiliter agere Publiciana actione, quia emptor usucapione servorum dominium acquisivit, quod ipse mango non habet: et ideo agentem mangonem actione Publiciana excludere potest opposita exceptione justi dominii, *l. pen. et ult. sup. de Publ. in rem. act.* Regulariter actio Publiciana non datur adversus justum dominium: usucapione justum dominium acquiritur, quod legitimum dominium vocat Varro, 2. *de re rustica, cap.* 10. *In emptionibus, inquit, dominium legitimum sex fere res perficiunt: si hæreditatem justam adiit: si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit aut si in jure cessit, cui cedere potuit, et id ubi oportuit, aut si usucepit: aut si e præda sub corona emit: tumve cum in bonis sectioneve, cujus publice venit.* Denique justus et verus dominus potior est fictitio, qualis est mango, qui servos bona quidem fide emit, et possedit a non domino, sed nondum usucepit. Non abs re posuimus, mangonem non fuisse verum dominum servorum, sed bonæ fidei possessorem, et possessionem amisisse venditis servis ab hæredem mandatarii, antequam usucapionem implesset: alioquin hic frustra tractaretur de Publiciana actione. Non posuimus mangonem sive venalitiarium fuisse verum dominum, quia dominus ab emptore usucaptis servis dominium amisisset, et actionem in rem directam bonæ fidei possessor, qui est fictitius dominus, et cui datur actio fictitia, quasi usuceperit, quod non usucepit, nempe publiciana actio, nec servus ab emptore usucaptis eam actionem amittit: plus potest fictio juris quam veritas. Et Papin. quoque hoc loco concludit, mangonem ex provincia reversum contra emptorem, qui servos usucepit, Publiciana actione utiliter acturum, sic est legendum, *utiliter acturum* sine negatione, ut in Basil. καλῶς κινεῖ τὴν πουβλικιανήν, vel *non inutiliter acturum:* non ut Florentiæ perperam, *non utiliter acturum.* Quod et sequentia verba perspicue evincunt: ait enim mox Papinianus, mangonem utiliter agere Publiciana, quia nec ei obstat exceptio justi dominii, quod quæsivit emptor, quippe quia ea exceptio non datur passim et temere, quocunque casu agente non domino adversus dominum, non certe in casu legis *culpa sup. de rei vindic.* non in casu legis *si is cujus, sup. ex quib. cau. major.* non in casu legis, *et generaliter, de noxal. actionib.* non in casu *l. 2. de except.* non in casu *l. si quis rem, de except. rei judic.* non etiam in proposito casu; quia exceptio justi dominii datur

non temere, ut dixi, sed causa cognita et bene perpensa, id est, ita demum, si justa causa subsit dandæ ejus exceptionis, quæ nulla subest in casu proposito. Imo in casu proposito nulla est causa repellendi mangonem data exceptione justi dominii, cum non debeat ei, qui certi hominis fidem elegit in distrahendis servis, puta, L. Titii, error nocere, vel imperitia hæredum inscitia hæredis L. Titii; *cum non oporteat,* inquit, *mangonem, qui certi hominis, puta L. Titii fidem elegit, ut eos servos venderet, ob errorem et imperitiam hæredis L. Titii affici damno.* Itaque si mangoni agenti Publiciana emptor, qui servorum dominium acquisivit usucapione, opponit exceptionem justi dominii, ea exceptio a mangone submoveri poterit, opposita replicatione in factum, vel doli mali, quod non sit æquum, sibi stultitiam officere heredis mandatarii, cujus solidus fidem elegerat in exequendo mandato.

Ad L. I. in Quib. Caus. Pign.

Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii extruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemptori domino mandante nummos ministravit.

In hac lege ostenditur ex Senatusconsulto, sive oratione Divi Marci, quæ elicuit Senatusconsultum; domum, quæ corruerat aut exausta fuerat, restituta pecunia creditoris, creditori tacite pignori esse obligatam, qui eam pecuniam domino areæ numeravit ad domum restituendam, vel qui domino mandante redemptori subministravit. Redemptori, id est, ἀρχιτέκτονι, vel ei, qui domum restituendam conduxit, τῷ ἐργολάβῳ, ut est in Basil. Eidem creditori eodem Senatusconsulto datur privilegium in actione personali. Privilegium exactionis, *qu' il soit le premier payé*, ut *l. ventri*, §. 1. *de priv. cred. vel de rebus act- judic. possid. l. creditor, ff. de reb. cred.* Puto etiam eodem Senatusconsulto datam tacitam hypothecam ei, qui cessante domino domum alienam restituit et restauravit, quoniam et huic invenio ex oratione Divi Marci dari privilegium exactionis inter creditores chiropharios, *l. cum duobus*, §. *idem respondit, sup. pro socio.* At quærat aliquis, an etiam detur tacita hypotheca ei, cujus pecunia domus, quæ vitium faciebat, refecta est? Et dicam, non dari tacitam hypothecam ei, qui credidit ad domum reficiendam non restituendam, sed hoc tantum ei dari, ut si de pignore vel hypotheca convenerit nominatim, in ea præferatur etiam antiquioribus creditoribus hypothecariis, aut chirographariis, vel jure expressæ hypothecæ, quam nullam chirographarii habent. Facimus igitur differentiam inter restituere domum, et reficere, ut in *l.* 58. *et l.* 61. *de legat.* 1. Plus sane multo est restituere, quam reficere: et perperam Bartolus hoc loco restitutionem interpretatur refectionem. Rursus quæret aliquis, an is, cujus pecunia domus empta est, habeat in ea domo tacitam hypothecam? Et hunc quoque negabo habere tacitam hipothecam, et dicam tantum habere expressam, de qua convenerit specialiter, vel generaliter, *l.* 17. *C. de pigno. l. licet, C. qui pot. in pign. hab.* Et quod ante dixi de eo, cujus pecunia domus refecta est, forte non probavi. Id patet ex *l. interdum, qui pot. in pign. hab.* Ei, cujus pecunia domus refecta est comparo eum, cujus pecunia domus empta est, quia neuter habet tacitam hypothecam, et necesse est, ut sibi caveat pignus vel hypothecam, si velit, quia a lege non habet tacitam: neque tamen id etiam probes ex eo, quod legitur in *argum. Mostellar. Comœd. Argentum,* inquit, *mutuum acceptum dicit pignus emptis ædibus:* quoniam pignus ibi accipitur pro arrabone, non pro hypotheca. Ceterum si is, cujus pecunia domus comparata est, expressim sibi caverit hypothecam, exemplo ejus cujus pecuniam domus refecta est, in ea hipotheca præfertur antiquioribus, *d. l. licet. d. l. interdum, et Novel.* 97. Excipiendus tamen est pupillus, quod favor ejus ætatis expressit: nam si pupilli pecunia res comparata est, in ea re pupillus habet tacitam hypothecam ex constitutione Severi et Antonini, *l.* 3. *inf. de reb. eorum, qui sub tut. vel cur. l. pen. C. de servo pign. dato man.*

Ad. L. LXVII. de evict.

Emptori post evictionem servi, quem dominus abduxit, venditor eundem servum post tempus offerendo, quo minus præstet, quod emptoris interest, non recte defenditur.

Proponitur in hac l. servum venditum a non domino, dominum emptori jure, judicioque evicisse et abduxisse: non evicit rem, qui vicit, nisi et abduxit rem vel abstulit, *l. evictæ*, §. 1 *l. habere. l. si pro ea re*, §. *ult. h. t.* Plus est evincere quam vincere, sicut plus est emigrare quam migrare. Marc. Tullius de jure dicundo: *domo ejus emigrat, atque ab eo exit: nam jam ante migraverat*, plus est eradicitus quam radicitus. Plautus in Mostel. *omnia ergo malefacta vestra reperi non radicitus quidem hercle, verum etiam eradicitus.* Post abductum autem emptori servum a domino, quæritur, an venditor, qui evictionis nomine tenetur emptori ex empto in id, quod interest, an liberetur si post aliquod tempus, si post

evictionem transacto aliquo tempore, offerat eundem emptori agenti ex empto, redemptum forte a domino, vel qua alia ratione quæsitum? Et ait Papin. quod venditor servum venditum evictum offerat emptori, non ideo liberari venditorem, nec defendi recte, nisi etiam præter servum offerat quanti interest emptoris, cum sibi servum evictum non esse, eumve sibi interim habere non licuisse: quæ est sententia hujus responsi. Neque huic responso quicquam obstat *l. fidejussor*, *de doli except.* quam qui opponit Accursius, cujus Glossam omnem esse abolendam, sequentia demonstrabunt, quoniam ea *l. fidejussor*, suffragatur potius huic responso atque consonat: namque ait fidejussorem evictionis nomine condemnatum pro venditore: venditor est primus auctor: fidejussor secundus auctor, et neuter potest defugere auctoritatem emptore agente de evictione; fidejussorem, inquam, evictionis ait non liberari, si prædium evictum offerat emptori, et omnia, quæ jure empti continentur, nisi et pro damnis satisfaciat emptori: quid aliud est, quam nisi emptori pro eo quod interest, satisfaciat? Id, quod interest, est damnum datum, vel lucrum interceptum: atque ita plane ea lex congruit cum hoc responso: dices, fidejussorem etiam offerre id, quod interest in specie *leg. fidejussor.* Quoniam, ut ait, offert omnia, quæ jure empti continentur. *Omnia*, est verbum peremptorium, ut Valentinianus ait: imo dicam, hæc verba, *omnia quæ jure empti continentur*, non complecti quantum interest predium evictum non esse, sed complecti ea quæ dicuntur, *cetera venditionis*, ut solent dicere nostri auctores, *cetera litis*, *cetera cognitionis*, *l. magis*, §. *si pupillis*, *de reb. eor. qui sub tut. l. si duo* §. *si quis juraverit*, *de jurejur.* quæ dicuntur etiam reliqua, quæ per consequentias emptionis propria sunt, *l.* 5. *de action. empt*, puta, ut rei venditæ vacuam possessionem tradat, ut caveat de evictione, de sanitate, de noxiis, ut purget se de dolo malo, *d.* §. *si quis juraverit*, *l.* 1. *de rer. permut.* Et illis verbis, *omnia non contineri etiam quod interest* propter evictionem, finis legis demonstrat, qui exigit, et fidejussorem pro damnis emptori satisfacere, quæ scilicet attulit evictio, id est, pro eo, quod interest, quod non obtulit. Magis videtur huic resposo obstare *l. si vero*, §. *ult. solut. matrim.* quæ maritum, qui negotia gerens mulieris, vel invita muliere manumisit servum dotalem, quem quidem maritum eo nomine constat etiam manente matrimonio lege Julia obligatum esse mulieri condictione ex l. Julia, ut æstimationem mulieri præstet hæreditatis liberti, id est, servi dotalis manumissi, quæ scilicet ad eum quasi ad patronum pervenerit. Maritum, inquam, liberari ait, si non æstimationem præstet hæreditatis mulieri, sed res ipsas hæreditarias offerat, et tradere mulieri malit. Et hoc benigne admitti, ut liberetur tradendo res ipsas, cui ex verbis legis Juliæ tenetur tradere æstimationem rerum. Cur ergo et in specie proposita hoc non benigne admittimus, ut offerendo servum evictum venditor liberetur judicio empti venditi? Et summa ratio hoc exigit: nimirum, quia in damno versatur emptor, cui etiam non offeretur quod interest, id est, damnum quod fecit servo evicto, ob amissas servi operas, vel mercedes, vel acquisitiones: nec ulla hac in re est differentia, quod quidem Glossa notat inter actionem ex stipulatione duplæ interposita evictionis nomine, quæ semel commissa non perimitur, nisi solutione duplæ, *l. habere, in fine*, *hoc tit.* et actionem ex empto ob evictionem, in quantum emptoris interest, quæ etiam semel nata, non denascitur vel intercedit, nisi solutione, et prestatione damni, quod evictio attulit emptori. At in dicta *l. si vero*, §. *ult.* nullo damno officitur mulier, cui maritus præstat res ipsas hæreditarias, quæ ad eum pervenerunt ex bonis liberti, id est, nihil amplius mulieris interest, et satisfit ei in solidum: eademque ratio est legis *si fundus*, §. *si pluris*, *de pignor.* Si debitor conventus actione hypotecaria noluerit creditori pignus restituere, et ideo damnatus sit præstare litis æstimationem creditori, quanti creditor jurasset in litem; subtili jure ex lege duodocim Tabul. scilicet *tit. de reb. judic.* propter auctoritatem rei judicatæ debet præstare integram litis æstimationem, quam creditor juratus fecit, forte immensam, et æstimavit ac probavit judex, si quidem velit liberari hypotheca. Verum humanius est, ut ait, dicere hypotheca liberari, hypotheca exonerari, etiamsi non offerat quanti lis æstimata est, quod plerumque est immensum, et pœnæ vicem obtinet, sed offerat id omne, quod revera creditori debet, id est, sortem et usuras, quia hoc præstito, et solutis sumptibus litis, qui semper victori restituuntur, revera nihil amplius creditoris interest, nihil præterea damni superest, quod creditor facere videri possit: et in æstimatione ejus quod interest spectamus veritatem, non quantitatem comprehensam jurejurando in litem, quæ plerumque superat justam æstimationem: spectamus utilitatem, id est, quod vere interest, non pœnam, *l.* 4. §. *in eum*, *de dam. infec.* Et æstimatio juris jurandi in litem quasi pœnaria est, quia excedit veram æstimationem.

Ad §. L. LXXXVI. de Adquir. hæred.

Eum bonis se miscere convenit, qui remoto familiæ vinculo pro hærede gerere videtur. Et ideo

filius, qui tanquam ex bonis matris, ejus, cujus hæreditatem suscepit, agrum ad hæreditatem patris pertinentem, ut maternum ignorans possedit, abstinendi consilium, quod in bonis patris tenuit, amisisse non videtur.

Nemo est, qui nesciat, suos hæredes proprie vocari qui ipso jure statim post mortem parentis hæredes existunt, eosque etiam invitos et ignorantes non adire hæreditatem, quam amplecti cupiunt, nec pro hærede gerere, sed miscere se, vel immiscere se bonis quasi rei suæ: extraneos autem hæredes non existere statim, sed fieri adeundo, vel pro hærede gerendo. Adire vel pro hærede gerere, est acquirere hæreditatem, immmiscere se, est jam acquisita uti. Adeo, vel pro hærede gero tanquam qui non fuerim ante dominus. Immisceo metanquam qui fuerim ante dominus. Denique quod in estraneo est pro hærede gestio, id in suo hærede est immistio, *l. et si quis §. plerique, sup. de religios.* Verum quibus modis extraneus intelligitur se pro hærede gessisse, vel non gessisse, iisdem etiam suus hæres intelligitur miscuisse se, aut non miscuisse. Et hoc est, quod ait initio hujus legis, *eum bonis patris se miscuisse convenit*, id est, constitit inter omnes jurisperitos, *qui remoto familiæ vinculo pro hærede gerere videtur*: familiæ vinculum vocat patriam potestatem. Sui non sunt, nisi qui eo vinculo in familia devincti sunt: remoto familiæ vinculo emancipatione, vel alio modo legitimo sui hæredes fiunt extranei. Hoc igitur ait, quo modo emancipatus filius videretur pro hærede gerere, eodem suus videbitur miscere se bonis patris, vel hæreditati paternæ. Atqui filius emancipatus, vel hæres extraneus non videtur se pro hærede gerere, qui utitur re hæreditaria, quasi non hæreditaria: sicut e diverso videtur se pro hærede gerere, qui utitur re non hæreditaria per errorem, quasi hæreditaria, *l. si quis extraneus, §. 1. sup. et l. seq. infra.* Ergo et suus hæres non videtur se bonis immiscere, qui utitur re hæreditaria, quasi non hæreditaria, veluti re paterna, quasi materna. Fac, filium suum cepisse consilium abstinendi se bonis paternis, non etiam maternis, et ignorantem fundum paternum possedisse tanquam maternum, non videtur mutasse consilium abstinendi se bonis paternis, non videtur miscuisse se bonis paternis: nihil nocet error ei, qui existimavit maternum esse, quod erat paternum, *l. cum falsa. C. de jur. et fac. ign.* Notandum tamen est, aliquo casu filium videri se immiscuisse bonis paternis, quo tamen extraneus non videtur se pro hærede gessisse, ut si servum paternum filius manumiserit, videtur se miscuisse, *l. Julianus, §. si servum, hoc tit.* si vero extraneus servum defuncti nondum agnita hæreditate manumiserit, atque ita nullo jure manumiserit, qui nondum hæres effectus erat, non videtur se pro hærede gessisse, *l. 1. C. de jur. deliber.* Facilius videtur miscere se, qui ipso jure hæres existit, quam pro hærede gerere se, qui ipso jure hæres non existit. Ad summam, res eo redit, ut non quemadmodum iisdem modis, quibus extraneus se pro hærede gerere videtur, etiam suus videatur miscere se: quod proponitur initio hujus legis, non ita etiam quomodo omnis suus miscere se intelligitur, et extraneus, pro hærede geret.

Ad §. Pupillis.

Pupillis quos placuit oneribus hæreditariis esse liberandos, confusas actiones restitui oportet.

Sententia hæc est: Pupillus post aditam hæreditatem extranei liberatur oneribus hæreditariis, si consilium amiserit retinendæ hæreditatis: et liberatur pupillus quantum existimo ipso jure, mutata voluntate, ex edicto Prætoris, sicut post immixtionem hæreditatis paternæ mutato consilio ipso jure liberatur, etiam non petita restitutione in integrum, *l. impuberibus, l. necessariis, sup. hoc. tit.* At post aditionem pupillo liberato oneribus hæreditariis, æquum est, ut ait, restitui actiones aditione confusas et extinctas, quas in defunctum habuit ante aditionem, ut scilicet eodem loco sit res omnis, quo fuisset non adita hæreditate, integrato jure debiti quod aditio, id est, concursus juris debitoris et creditoris in unam personam consumpserat: et eodem modo æquum est redintegrari servitutes confusas aditione, quas scilicet prædiis pupilli prædia defuncti debebant, *l. 18. de serv. l. si hæres 3. §. ult. ad Trebell. l. si servus Titii, de leg. 1. l. cum filius, §. dominus, de leg. 2.*

Ad §. Quidam L. XXX. de Donat.

Quidam in jure interrogatus, nihil sibi debere tutoris hæredes respondit. Eum actionem jure amisisse respondi: licet enim non transactionem, sed donationis hæc verba esse quis accipiat, attamen eum qui in jure cofessus est, suam confessionem infirmare non posse.

Primi responsi species, quam nostri interpretes nullo modo assequuti sunt, hæc est: Hæredes tutoris acturi contraria actione tutelæ adversus minorem 25. annis, jam puberem factum, et ignorantes, an aliquid vicissim ex administratione tutelæ defunctus pupillo deberet, ne plus petendo in periculum inciderent, et damnum sentirent aliquod

ob eam rem: quia, qui plus petit causa cadit, et plus petit, qui non habita ratione compensationis, id est, non compensato vel deducto eo, eo, quod ipse vicissim debet, totum petit, quod ei debetur, ut recte Paulus ait, 2. *Sentent. tit. 4. in fine, et l. 4. de compensat.* Ideo in jure, id est, quo loco prætor more majorum jus dicere solet. Prætor ipse, a quo hæredes tutoris postulabat contrariam actionem tutelæ adversus minorem, priusquam conciperet formulam actionis desiderantibus hæredibus tutoris, interrogavit minorem, nunquid ei hæredes tutoris debeant, qui respondit, nihil sibi debere. Quæritur an jure et merito minor amiserit directam tutelæ actionem, quam forte habet, quod respondit nihil sibi deberi. Dicebat se non amisisse, quia id donandi, non transigendi animo in jure respondisset, et donationem nullam valere factam a minore 25. annis, etiamsi veniam ætatis impetraverit, ut et ex ipso Papiniano discimus in *l tutores*, §. *ab eo, de administ. tut.* et confirmat *l. ult. C. si major factus rat. alien. hab.* Transactio valeret aliquo dato, vel promisso, vel retento, ut *l. transactio*, *C. de transact.* puta, si quid hæredes tutoris minori darent, aut promitterent, ut actionem tutelæ remitteret, vel si quid ipse minor eo nomine ab hæredibus tutoris retineret: At donatio non valet, sive remissio actionis tutelæ facta donandi animo. At Papin. etiam si quis illa verba, *nihil sibi debere hæredes tutoris*, donationis, non transactionis verba esse accipiat, quæ quidem donatio non valet, id est, etiamsi quis dicat illa verba non facere transactionem, quæ posset valere, sed facere donationem, quæ non posset valere, tamen respondit, *non posse eum, qui in jure confessus est sibi nihil deberi, confessionem suam infirmare*, denique, remissionem actionis valere, non vi donationis, sed vi confessionis in jure factæ, quia confessio in jure facta apud Prætorem pro re judicata habetur, quasi in jure, id est, loco juris reddendi proprio, et competenti: partes judicis agente in seipsum eo, qui confitetur, quæ partes judicis cum non possint alio loco agi, quam constituto lege vel more, consequens et verum est, nec eum, qui confitetur alio loco quam in jure, pro judicato haberi. Et huc pertinet *l. post rem*, *de re judic. l. 1. §. proinde, si quid in fraud. pat.* Et quod est in 12. tabul. *Reis confessis, rebusque jure judicatis*, jure, id est, ubi oportet, comparatur in ea lege confessioni res judicata, seu confessionem tamen sequi solet sententia judicis confessioni compar, *l. 5. inf. de confessis*, *l. 3. de custod. rer. l. qui sententiam*, *C. de pœn.* Atque ita is, qui confitetur, fit, ut videatur damnatus duplici judicio, suo, et judicis, nec iterari judicia caret exemplis. Breviter hic est sensus hujus responsi, ut quamvis illa verba *nihil sibi debere*, quæ dixit in jure minor viginti quinque annis, non accipiatur pro transactione, sed pro donatione, quæ non valet, tamen confessio in jure facta non possit infirmari, quasi scilicet donandi animo remissa actione tutelæ, ea res non valeat ut donatio, sed ut confessio in jure facta. Neque obstat quod objici posset *l. cum donationis*, *C. de transaction.* quæ donationem valere dicit, qua remittitur actio tutelæ, quia accipienda ea lex est, ut patet ex similibus ejusdem tituli legibus quamplurimus, de donatione vel transactione, qua remittitur actio tutelæ, quæ fit a majore 25. annis. Denique in hac specie remissio actionis valet vi confessionis, non vi donationis, quia facta est a minore 25. annis. Potest etiam huic responso opponi *lex 3. C. de repud. hæredit.* Quæ lex e converso, vice versa et mutata, si transigendi, non donandi causa in jure profiteatur suus hæres major 25. annis, ut in *l. 4. eod. tit.* se hæreditatem patris, quam jam agnovit, et per immistionem acquisivit, non petiturum, ait, neque eam transactionem valere, quia nihil datum vel promissum, vel retentum est, ut ponit, neque professionem valere non petendæ hæreditatis, licet ea professio facta sit in jure, quia hæreditas semel acquisita repudiari non potest. Donari potest a majore viginti quinque annis: et pactum donationis causa interpositum valet. At quia interpositum est transactionis causa, neque ut transactio valet, nullo dato, vel promisso, vel retento, neque ut repudiatio hæreditatis in jure facta. Ergo potest dici, et in specie proposita, neque donationem valere factam a minore, neque confessionem, licet facta sit in jure. Et hanc legem, quæ valere confessionem dicit, nec posse irritam fieri, pugnare videri cum *d. l. 3.* verum, quæ post legem tertiam statim sequitur quarta, rem omnem explicat, et respondet tacite huic responso Papinianus hoc modo, ut quod dicitur hoc loco, confessum pro judicato haberi, vel quod idem est, confessionem in jure factam, non posse infirmari, quia instar est rei judicatæ, hoc ad eum tantum pertineat, qui fatetur se debere, aut sibi non deberi, non ad eum, qui repudiat in jure, profitendo se renuntiare bonis, qui repudiat hæreditatem in jure, quam semel acquisivit, quia ea repudiatio, etiamsi fiat in jure, non valet. Repudiamus enim delata, non acquisita, *l. 1. §. decretalis*, *de success. edic. l. Titia*, §. *Lucio*, *de legat. 2.*

Ad §. donationem.

Donationem quidem partis bonorum proximæ cognatæ viventis, nullam fuisse constabat: ve-

rum ei, qui donavit, ac postea jure prætorio successit, quoniam adversus bonos mores, et jus gentium festinasset, actiones hæreditarias in totum denegandas respondit.

In hoc secundo responso ostenditur, non valere donationem partis bonorum cognati viventis, et ignorantis factam ab eo qui ejus successionem sperat. Addidi, *ignorantis, ex l. 2. in fine, sup. de iis quib. ut indign. et l. ult. C. de pact.* Cur non valeat ea donatio, causa est turpis præfestinatio ejus, qui donat, quod jure nondum ad se pervenit, nec forte unquam perventurum est, et præmatura atque improba spes illa successionis, cum adhuc vivat is, cujus de bonis donat. *Præmatura et improba* appellatur in *l. 1. §. si impuberi, de collat. bonor. l. 2. §. interdum, de vulg. substit.* et a Seneca, *nefaria, et l. ult. C. de pact. acerbissima spes*: nefaria igitur donatio est, et contra bonos mores, contraque jus gentium, ut ait hoc loco: *contra bonos mores*, civitatis Romanæ scilicet, *et contra jus gentium*, id est, contra bonos mores gentium omnium, rationemque diffusam in omnes gentes, qua ratione, furtum dicitur esse *probrum*, et *prohibitum*: nam probrum a prohibendo dicitur, furtum, inquam, esse probrum jure naturali, in definitione furti, quæ extat in *l. 1. de furt.* et in *l. probrum, de verbor. signific.* furtum autem est de alieno donare, *l. si pignore, §. 1. de furt.* de alieno igitur donare partem bonorum, eamque vivente domino alii mancipare solenniter per æs et libram, quo genere pono in hac specie fuisse perfectam donationem partis bonorum cognati viventis. Alioquin non tam ratione turpitudinis nulla donatio esset, quam quod imperfecta esset: nec enim ante Justinianum donatio nudo consensu perficiebatur, sed mancipatione, vel traditione, vel cessione in jure, quo jure etiam utimur, *Donner et retenir ne vaut.* Qui autem dum præmature inhiat bonis cognati viventis, ita donavit, ut dixi, mancipando alii partem bonorum cognati viventis, si postea ei cognato successerit ab intestato agnita bonorum possessione unde cognati, non tantum ea pars, quam donare festinavit, ei aufertur ut indigno, et fisco vindicatur, sed etiam omnia bona, denegatis in totum hæreditariis actionibus, ut ait hoc loco, *et l. seq. et l. 2. in fine, sup. de iis quibus ut indign.* Nec restitutis confusis actionibus si quid ei cognatus debuit, *l. hæredem, eod. tit.*

Denique, qui præmature partem donavit, totum amittit. Neque huic sententiæ quicquam obstat *l. rescriptum, eod. tit. de iis, quib. ut indig.* Quoniam alia est ratio hæredis, qui post mortem testatoris, vel ejus, de cujus bonis agitur, subripuit partem hæreditatis, aut rem aliquam hæreditariam, antequam adiret hæreditatem: huic enim hæredi ea tantum pars, ejusve partis tantum Falcidia aufertur quasi indigno, et applicatur fisco, quam subripuit; quoniam hic in parte tantum peccavit, aut re hæreditaria quam subripuit: ille de quo agitur hoc loco, peccavit in totum, quia donando partem inhiavit totam quasi esuriens lupus, et spe devoravit totum, et ob id etiam toto indignus est. Non obstat etiam huic responso *l. 14. C. de capt. et postl. rev.* quæ (ut ejus speciem, et sententiam perstringam paucis) matre capta ab hostibus, si filius hæreditatem ejus adierit, vel ex ejus hæreditatis causa cum alio aliquid præmature transegerit, nondum accepto certo nuntio de morte matris, deinde filius vita decesserit, et post filium mater decesserit apud hostes, ait, nihil officere, quod filius gessit viva matre, filiis sororis, quo minus ad materteræ successionem admittantur, quæ post filium vita functa est apud hostes; ac proinde bona non vindicari fisco, sed jure retineri a filiis sororis, quia scilicet ad eos bona jure meritoque pervenerunt, neque se egerunt pro indignis successione materteræ. Itaque fisco locus non est. Si pervenissent ad filium præmortua matre, qui viva matre transegerat de bonis cum aliis, vel adierat bona, tum sane fisco locus esset. Nihil etiam obstat huic responso *lex si quis servum, de action. emp.* ubi venditor servi, qui ante traditionem eum manumisit, recte promittit emptori stipulanti quidquid ex hæreditate liberti ad se pervenerit restitutum iri. Libertus vivit, et tamen hæc conventio vivo eo admittitur: sed hoc ideo, quia venditor judicio empti in hoc tenetur, ut id promittat invitus, quod dixi, nec ipse festinavit, sed emptor sibi consulens et prospiciens in futurum. Nihil etiam obstat *l. 2. §. illud potest, sup. de hæredit. vend.* ex qua male efficiunt, nondum delatam substituto hæreditatem impuberis, recte vendi contra *l. 1. ejusd. tit.* quia ille §. de delata hæreditate loquitur, quæ vendi potest, non de non delata. Et quod ait ille §. *maxime si delata sit*, taxationis vim habet, ut ita demum recte vendatur hæreditas, si delata sit. Nihil etiam obstat *l. qui superstitis, sup. de acquir. hæredit.* ubi, qui viventis hæreditatem repudiavit post mortem ejus, eam non prohibetur adire, excluso fisco, quia is sane, qui repudiavit præmature, non inhiavit hæreditatem viventis. Nihil etiam obstat *lex 7. §. pen. de pact.* quæ recte ait, filium vivo patre pacisci cum creditore paterno, ne quid petat, vel ne totum petat, quia hic etiam non inhiat bonis paternis, sed rem gerit patris: denique gerit, quod ex re est patris, nec satagit suam rem. Postremo nihil etiam obstat *l. pen. in fine, de castr. pecul.* quæ ait; si vivo filio pater testamento manumise-

rit servum castrensis peculii, servo libertatem competere præmortuo filio, sive intestatus filius decesserit, quo casu peculium redit ad patrem, *l.* 2. *eod. tit.* sive testatus decesserit, si destitutum sit, et irritum factum testamentum ejus, puta, non adita hæreditate ab hærede scripto. Quo etiam casu bona castrensia filii, pater qui supervixit occupat jure peculii. Primum, nihil obstat ea lex, quæ vult competere libertatem datam vivo domino: at hoc responsum non vult valere donationem factam vivo domino. Nihil obstat primum, quia ut ait, hoc favorabiliter admittitur, ut competat libertas: deinde quia qui testamento manumittit, ut posuimus manumisisse patrem, magis cogitat de suis bonis, quam inhiat alienis; vis scire quam hoc sit verum; finge, patrem non manumisisse testamento, sed inter vivos, puta, vindicta servum castrensis peculii sane hoc casu nec præmortuo filio intestato libertas competit, ut ostendit eadem *l. pen.* §. *ult.* illo loco: *non tamen, si ut hæres servo vindictam imposuit.*

Ad L. XX. de Manumiss.

Causam minor xx. *annis, qui servum donatum manumittendi gratia accepit, ex abundanti probat post Divi Marci litteras ad Aufidium Victorinum: etenim si non manumiserit, ad libertatem servus perveniet: non idem in fideicommissaria libertate juris, cujus causam minor debet probare: nam libertas, nisi ita manumisso, non competit.*

In hac l. sunt tria responsa, quæ omnia pertinent ad constitutionem, sive ad rescriptum Divi Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum præfectum urbis, de servis venditis, vel etiam ex sententia constitutionis, de servis donatis libertatis causa, ut scilicet ab emptore vel donatario manumittantur. Quod ad primum responsum attinet, certum est, ex lege Ælia Sentia quæ lata fuit Augusti temporibus, minorem 20. annis servum suum inter vivos vindicta manumittere non posse, nisi causam se habere manumittendi justam probaverit in consilio Prætoris, vel Consulis, vel Præsidis provinciæ. Consilio judicis lex Ælia Sentia existimavit indigere eum, qui parum firmo consilio valet, parumve ætate firma, *l.* 4. *sup. de serv. export.* firma vel firmata ætas, ut Poeta loquitur, et nostri quoque Imperatores non est in mare ante xx. annum, *l.* 1. *C. Theodos. de iis, qui ven. ætat. impet.* Justa autem ætas, sive legitima non est ante xxv. annum, nec in mare, nec in fœminis. Ad rem. Huic capiti legis Æliæ Sentiæ locus est, non tantum, si minor xx. annis ultro libertatem præstare servo suo gratuitam velit, sed et si debitam ex causa fideicommissi, ut puta, quod legato sibi relicto rogatus sit servum suum manumittere: nec enim eum potest manumittere ex fideicommisso, nisi causa cognita apud consilium Prætoris, vel Consulis, vel Præsidis provinciæ probetur, et ostendatur, plus aut tantum esse in legato, quantum in pretio servi. Nam si vilius est legatum, servo vix consilium permittet manumissionem, et fideicommissum, quod alias dicitur necessitatem injungere vel imponere, *l. cum filius*, §. *pater*, *de leg.* 2., hoc casu necessitatem non injungere, nec agnito legato, quia non potuit testator derogare legi Æliæ Sentiæ, *l. nemo*, *de leg.* 1. *l. Cerdonem*, *de oper. libert.* Et hoc quidem proponitur in hoc responso inter cetera, itemque in *l. si rogatus*, *tit. seq.* In qua monendi estis, vulgares libros, et Basilica rectius sic habere, *minor annis* xx. male Florentiæ, *minor annis* xxv. quoniam illa lex pertinet ad l. Æliam Sentiam, et idem habet omnino, quod hoc responsum primum: atque adeo docet, quod et hic proponitur, aliud esse dicendum, si servus minori xx. annis donatus sit ea lege, ut eum manumitteret, si donatus sit libertatis causa: nam si minor eos, qui sunt in consilio prætoris, doceat, servum esse donatum libertatis causa, hæc est ratio manumittendi justissima, nec alia exquiritur, *l. illud*, §. 1. *tit. seq.* imo et consilio, hæc manumissionis causa allegatur ex abundanti, ut ait, hoc loco, sic loqui solet, ut et in *l. legata*, *de supellect. leg.* ἐκ περισσοῦ: quia etsi hæc causa non sit allegata consilio, vel allegata si forte non sit probata consilio, aut si consilium in ea causa probanda, et manumissione permittenda cunctetur, protinus servus ipso jure eripitur ad libertatem ex constitutione Marci et Commodi ad Aufidium Victorinum, cujus sententiam etiam Papinianus porrexit ad servos donatos, *suprad. l. pen. inf. qui sine man. ad libert.* Et eleganter Ulpianus in *d. l. si rogatus*, *tit. seq.* cunctante consilio, cunctante judice cum suo consilio, in cognitione et probatione istius causæ, quæ justissima est, quod servus donatus sit libertatis gratia, constitutionem D. Marci supervenientem istam judicis cunctationem dirimere, et amoliri repræsentata libertate. Sequitur secundum responsum.

Ad §. *Puellam.*

Puellam ea lege vendidit, ut post annum ab emptore manumitteretur, quod si non manumisisset, convenit uti manum injiceret, aut decem aureos emptor daret, non servata fide nihilominus liberam ex sententia constitutionis fieri

respondet, quoniam manus injectio plerumque auxilii ferendi causa intervenit: itaque nec pecunia petetur, cum emolumentum legis voluntatem venditoris secutum sit.

Vendita est ancilla ea lege, ut post annum manumitteretur ab emptore, et adjectum est in conventione, ut si emptor non manumisisset ancillam, venditori in eam manus injectio esset, vel uti emptor prout eligeret, pœnæ nomine venditori daret decem aureos. Quæritur, an ad hanc conventionem pertineat constitutio Divi Marci ad Aufidium Victorinum? Et videtur non pertinere: nam lex venditionis non est præcisa, vel districta, non est scilicet concepta abscisse, ut omnino ancilla manumittatur, sed ut vel manumittatur, vel si non manumittatur, pœnæ nomine emptor venditori inferat aureos decem, aut in eam venditori sit manus injectio. Et tamen Papinianus ait, ex sententia constitutionis, non ex verbis: sicut et superiore casu dixit in *l. pen. qui sine manum. ad lib.* ex sententia constitutionis idem esse statuendum in servis donatis, quod in venditis ea lege. Ergo et similiter hoc casu, ex sententia constitutionis post annum, cessante emptore in manumittenda ancilla, ancillam fieri liberam ipso jure ex constitutione, et ideo nec pœnam 10. aureorum committi, quia, ut eleganter ait *l ult. C. si manc. ita fuerit alien.* qua sane hoc secundum Papiniani responsum comprobatur, quia, inquit, *conditionis potestate*, sic est legendum in *d. l. ult.* non *potestatem*, id est, vi ipsa pacti adjecti, ut puella manumitteretur, pacti, inquam, adjecti venditioni, ut puella manumitteretur: *factum manumittentis repræsentatur*: vis ipsa pactionis repræsentat factum manumittentis, supplet factum manumittentis. *Conditionis potestatem* vocat *d. l. ult.* quod hoc loco Papinianus vocat *emolumentum legis*, id est, δύναμιν legis, id est, pactionis additæ venditioni, id est, vim pactionis adjectæ venditioni sequi voluntatem venditoris, et ancillam facere liberam statim. Itaque in *d. l. ult.* conditio accipitur pro lege venditionis, sive pactione, ut in *l. pen. eod. tit. l. Paulus respondit, in princ. ff. de lib. causa.* Ergo emolumentum legis ut ait Papinianus hoc loco, id est, vis ipsa et potestas legis datæ venditionis, *ut puella manumitteretur,* sequitur voluntatem venditoris, et liberam facit puellam, perinde atque si ab emptore manumissa esset, ut *l. 3. ff. qui sine man. ad lib.* Quod autem sibi venditor lege venditionis, ut initio posuimus excepit manus injectionem, si ancilla non manumitteretur, vel si pœnæ nomine non darentur 10. aurei, non ideo, ut docet hoc loco Papinianus, actum intelligitur, ut ancilla in dominium venditoris redeat, et serva permaneat, sed potius, ut manu injecta liceat venditori auxilium ferre ancillæ, et eam eximere ab injuria perpetuæ servitutis contra voluntatem suam, qui voluit eam manumitti post annum. Et eleganter manus injectio, inquit, non dominii vindicandi scilicet, sed auxilii ferendi causa plerunque intervenit, ut scilicet quis eximatur ab injuria. Tribuni plebis manu injecta cives eximebant ab injuria Consulum: creati autem sunt tribuni plebis auxilii ferendi causa. Et ita aperte in *l. pen. in fin. de serv. export.* manus injectionem sibi reservare venditores mancipii venditi causa, ut id vindicent ab injuria et eripiant auxilii causa, quo quidem auxilio jam non indiget, quæ ipso jure fit libera; libertas satis eam vindicat ab injuria, quæ ipso jure competit. Est quidem tam manus injectio, quam libertas comparata pro mancipio, ut eximatur ab injuria, sed ubi concurrit libertas, et manus injectio, potior est libertas, ut ait *d. l. pen* manus injectione potior est libertas: melius est remedium, sive auxilium libertatis potentiusque quam manus injectionis. Et ita hic locus explicandus est. Quod autem Accursius in hoc responso opponit *l. servum ea. in fin. de serv. export. et l. qui Romæ, §. Flavius, de verbor. signific at.* id quemadmodum expediendum sit jam ostendi supra libro 9. explicatis illis legibus ad *leg. pen. qui sine man. ad lib. perv.* restat tertium responsum, quod pertinet ad istam constitutionem, quod sequitur.

Ad §. Ultimum.

Tempore alienationis convenit, ut homo libertatis causa traditus post quintum annum impletum manumitteretur, et ut certam mercedem interea menstruam præberet, conditionem libertati mercedes non facere, sed obsequio temporariæ servitutis modum præstitutum esse respondi, neque enim in omnibus libertatis causa traditum comparari statulibero.

Venditus aut donatus est servus ea lege, ut post quinquennium manumittatur a donatario vel emptore, et ut interim donatario vel emptori præbeat, certam mercedem menstruam, ut in *l. 23. §. ult. de fid. lib.* Si eam mercedem menstruam, medio tempore servus non præbuerit; quæritur, *an et ad hoc genus conventionis pertineat constitutio D. Marci ad Aufidium Victorinum, ut servus liber fiat post quinquennium, non præstitis mercedibus menstruis intra quinquennium?* Et respondet statim, liberum fieri: subtiliter, etiam si non præstiterit menstruam pensionem emptori vel donatario, quia hæc conditio non est imposita libertati vel hic modus non est impositus libertati, ut scilicet emptor cum manumitteret, si interim servus præstaret

pensionem menstruam, vel ut ita eum manumitteret, ut interim servus præstaret pensionem menstruam: res inquit, sic acta non est, libertati nulla est imposita conditio, nullus impositus modus, sed obsequio tantum, et servitio quinquennii certus modus est præstitutus, ac si dixisset, *volo te emptori hoc modo servire servitutem interim, ut ei quot mensibus, tot inferas ex tuis operis.* Denique ea conditio sive modus non est impositus libertati, sed obsequio servitutis temporariæ, definito genere modoque obsequii. Quod quidem obsequium constat medio tempore servum libertatis causa traditum, debere emptori vel donatario. Breviter, impositus est modus, qui et conditio quandoque dicitur, obsequio interim debito non libertati. Ideoque etiam eo modo non impleto libertas competit; quæ neque conditionalis est, neque modalis, ut *l. Imperator, inf. de manum. testam.* Nec obstat, inquit Papinianus, quod servus traditus libertatis causa comparatur statulibero, et statulibertati scilicet inest conditio vel mora, alioquin esset liber, non statuliber. An igitur, quia comparatur statulibero, dicam et in hac specie, libertati ejus, qui traditus est libertatis causa, inesse conditionem, si medio tempore servierit? dico comparari quidem posse statulibero eum, qui traditur alii libertatis causa, manumissionis causa, sicut et statulibero comparatur is, cui fideicommissaria libertas relinquitur, qui dicitur quasi statuliber, *l. rogo, l. non tantum, §. qui per fideicommissum, de fid. libert.* Uterque est quasi statuliber, et qui traditur alii, ut manumittatur, et cui donatur fideicommissaria libertas: quoniam sicut statulibero dicitur esse implicitus casus libertatis, *l. ult. si ex nox. cau. ag.* ita illis implicitus est casus libertatis: et quasi medii generis sunt homines, inter servos et liberos: verum, ut respondet Papinianus non in omnibus comparantur statulibero, sed in quibusdam, puta, ut deterior eorum conditio non fiat, sicut nec eorum, qui revera sunt statuliberi, *l. statuliberum, inf. de statulib. l. is, qui ex causa, et d. l. non tantum, §. qui per fideicommissum, de fideicommis. libert.* In omnibus autem non comparari statulibero, sic demonstro: statulibero libertas datur directo, et sub conditione semper, vel in diem: statulibertas directa est, et suspenditur semper ex conditione: illis autem libertas non datur directo, sed injungitur alii, atque mandatur, ut eam det, neque huic mandato semper additur conditio, vel dies, vel modus, ut in specie proposita, nulla conditio, nullusve modus libertati additus intelligitur, sed obsequio tantum, sive servitio temporario.

Ad L. pen. Si Libertus ingenuus esse dic.

Patronum post quinquennium sententiæ pro ingenuitate dictæ, quo ignorante res judicata est, non esse præscriptione temporis submovendum respondi.

Sciendum est sententiam dictam pro ingenuitate non posse retractari post quinquennium ulla ex causa, *l. 2. sup. de jure aur. annul. l. 29. §. ult. de lib. causa.* Ab hac sententia in hac lege penult. excipitur tantum unus casus, si pro ingenuitate dicta sententia sit alio quodam agente, ut in *l. 1. hoc tit.* non agente patrono, sed ignorante patrono: ignoranti non officere præscriptionem quinquennii, ignorantem patronum posse agere præjudiciali actione, etiam post quinquennium in eum, qui ingenuus pronunciatus est, et detegere forte collusionem, quam is exercuit cum adversario, ut ingenuus pronuntiaretur, ut *l. 2. inf. de collus. deteg.* Et nihil est præterea in hoc responso. Opponit tantum Accursius *l. ult. in fine, C. de præscript. longi temp.* quæ ait, in præscriptione longi temporis, id est, 10. aut 20. annorum, non esse spectandam scientiam vel ignorantiam domini: nam sive dominus sciverit, sive ignoraverit rem suam possideri ab alio, ei præscriptio longi temporis nocet: et tamen hic dicitur, ignoranti præscriptionem non nocere quinquennii. Quid ni vero? nam illa lex ult. loquitur de præscript. longissimi temporis; præscriptionem brevissimi temporis, puta, quinquennii, non est æquum nocere ignorantibus.

Ad L. XLVIII. de Acquir. Possess.

Prædia cum servis donavit, eorumque se tradidisse possessionem litteris declaravit, si vel unus ex servis, qui simul cum prædiis donatus est, ad eum, qui donum accepit, pervenit, mox in prædia remissus est, per servum prædiorum possessionem quæsitam ceterorumque servorum, constabit.

Sciendum est, donationem secundum jus, quod obtinuit ante Justinianum, fieri quidem posse per epistolam, ut *l. Aquilius, et l. Lucius, sup. de don. et l. 5. et 15. C. eod. tit.* sed non perfici, nisi translato dominio, puta traditione, aut quasi traditione, *l. 6. C. eod. t. l. 2. C. de crim. stell. l. quædam, sup. de rei vindic.* vel ut olim solebat, cessione in jure, aut mancipatione: et alia est ratio emptionis, venditionis, quæ perficitur nudo consensu, impletur, et consummatur traditione: donatio non perficitur nudo consensu, sed perficitur simul et impletur traditione. In specie au-

tem hujus legis facta et donatio prædiorum per epistolam, sed nondum intelligitur esse perfecta etiamsi per epistolam declaraverit donator, se ea prædia tradidisse quia ea epistola, sive declaratio pro pacto nudo habetur, ut in *l.* 15. *de fundo dot. l. qui negotia, sup. mand. l. Paulus respondit, in pr. sup. de lib. caus.* Et certis juris est, traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri, *l. traditionibus, C. de pact.* Itemque traditionem non pactione fieri, sed datione possessionis naturali. At finge: absens ego per epistolam tibi donavi prædia cum servis, et me ea tibi tradidisse scripsi et declaravi; at revera naturaliter ad te possessio eorum prædiorum non pervenit, et unius tantum servis ex iis, qui in prædiis morabantur, possessio ad te pervenit, quem mox in prædia illa remisisti. Quæritur an videaris et ceterorum servorum, simul ac prædiorum possessionem nactus? sic Papiniano videtur, nempe, ut per eum servum, quem semel nactus es, et quem in prædia donata remisisti, ut ea possideret tuo nomine, videaris possidere prædia, et reliquos servos: idque constat inter omnes, *l.* 1. §. *veteres, h. t.* Quæ est sent. h. l. Malo in fin. l. ut aliis plerisque locis Papin. loquitur, legere, *constitit*, quod quidam Codices habent, quam *constabit.* Ponendum autem est in specie, quam proposui, unius ex servis prædiorum possessionem ad te pervenisse me volente, alioquin prædo esses, si me nolente rei donatæ aut venditæ, aut promissæ possessionem nactus esses, *l. si ex stipulatione, sup. h. t.* Posui etiam absentem me donasse, absentemve declarasse per epistolam me tibi tradidisse possessionem, quod solum per se pro traditione non est, nec præsumi potest, aut fingi pro traditione esse repugnante natura, quæ non patitur, ut nulla interveniente persona interposita, absens quicquam tradat alteri in manus: fictiones et præsumptiones convenire naturæ oporteat: at si præsens præsenti, et in re præsenti epistolam scripsero, qua contineatur, me tibi rem tradidisse, sane ea scriptura, sive actus facile intelligitur pro traditione, ut *l.* 1. §. *pen. et l. quod me*, §. *si venditorem, h. tit.* Et ita accipiendum est, quod de traditione instrumento emptionis comprehensa proditum est in *l.* 2. *C. eod. tit.* Præsens autem res est, quam tenemus, vel cui insidemus, vel quam intuemur, ut *d.* §. *si venditorem*, quam oculis adversam habemus. Et hujus distinctionis quæ vulgo recepta est, ratio illa est, quia fictiones, quæ naturæ non congruunt, prorsus rejiciuntur: sicut et de confessionibus, quæ fiunt in jure, proditum est in *l. confessionibus*, §. 1. *et l. seq.* §. *ult. et seq.* §. 1. *de in jure fac.* ut si dicam, me filium esse adolescentis, si maritum mortuæ mulieris, inanis confessio est. Et ita si absens prædium tibi donem, quod situm est, ubi tu es, et scribam, me tibi prædium tradidisse, quod propter absentiam meam nec fecit, nec facere potuit per rerum naturam, nisi nuntio misso, aut procuratore, ea scriptura inanis est, quia natura scripturæ repugnat. At si præsens præsenti scribam in re præsenti, vel si quis alius me volente scribat, me tibi eam rem tradidisse, etiamsi reapse non tradiderim, hæc scriptura pro traditione est; quia, quod continet, non abhorret a facultate naturali. Et simili modo, si tibi præsenti stipuler dari, vel fieri. facile quia fingat, aut præsumat te stipulatum esse, quod præsens fueris, tibique facile dederit utilem actionem ex stipulatu, ut *l. si procuratore, de verb. obl. l. si dictum*, §. *præsente, de evict.* non etiam si stipuler tibi absenti, *l.* 3. *C. de contrah. stipul. l.* 3. *C. de inut. stip.* quia naturæ convenienter fingi non potest stipulatum esse, et habuisse sermonem tecum eum, qui abfuit. Et eadem ratione, si absens peregre scripsero, me tibi stipulanti promisisse, inanis scriptura est, quia stipulatio non potest fieri inter absentes: verba sunt præsentium tantum. Sed si præsens te præsente id scripsero, me promisisse tibi stipulanti, licet revera tu stipulatus non sit, stipulatio præsumitur jure perfecta, *l.* 1. *et l. pen. C. de contrah. stipul.* Et ita intelligenda est *l. sciendum, de verb. obligat.* si quis scripserit se promisisse, omnia videri jure perfecta, et solemniter acta, videlicet, si res gesta sit inter præsentes, alioquin non fingitur actum, quod agi per naturam non potuit. Quibus argumentis potest dici, si re gesta inter præsentes tabellio rescripserit mihi, a te numeratam esse pecuniam in creditum, vel in solutum, nihil refert scripturæ standum esse, quasi pecunia revera numerata, licet testes dicant se solutionem, aut numerationem nullam vidisse, quod Bartolus sensit hoc loco, *si modo id ita, tabellio scripserit volentibus nobis*, alioquin tabellio falsi reus est, qui ita scribit absentibus et nolentibus nobis. Et hæc sunt, quæ pertineut ad hanc legem.

Ad L. XLV. de Usurp. et Usucap.

Præscriptio longæ possessionis ad obtinenda loca juris gentium publica concedi non solet. Quod ita procedit, si quis ædificio funditus diruto quod in littore posuerat, aut dereliquerat ædificium: alterius postea eodem loco extructo, occupanti datam exceptionem opponat. Vel si quis quod in fluminis publici diverticulo solus pluribus annis piscatus sit, alterum eodem jure prohibeat.

Initio legis ostenditur, præscriptionem longi

temporis id est, x. annorum inter præsentes, et xx. inter absentes; non dari ad retinenda sive obtinenda loca publica jurisgentium. Obtinere plus est, quam tenere. Tenemus cum primum nacti sumus possessionem, deinde obtinemus, *l. clam, sup. tit. prox.* Imo nec tenuisse videmur, nisi obtineamus, *l. non videtur, eod. tit.* Loca autem publica jurisgentium vocat flumina et littora, quæ usu communia sunt omnium hominum, *l. 7. §. quod si toto, de acquir. rer. dom. §. littorum, Instit. de rer. divis.* Nec ulla gens est tam barbara, ut poeta ait, quæ arenæ hospitio prohibeat, *primaque vetet consistere terra.* Quamobrem, et his duobus exemplis Papinianus utitur, quibus propositioni initio positæ ostendat esse locum, uno de littoris usu, hoc modo, *si quis funditus diruto ædificio, quod id littore posuerat, aut deserto ædificio*, id est, si postquam ædificium possidere desiit quod posuerat, et longo tempore possederat, alii eodem loco ædificanti, supradictam præscriptionem, sive exceptionem opponat, quod ibi ipse longo tempore ædificatum habuerit: nec enim ei qui possidere desiit, hæc præscriptio dabitur, quoniam ædificio dilapso, vel derelicto, quasi jure postliminii locus recidit in pristinam causam, et perinde publicus est jurisgentium, ac si in eo nunquam inædificatum fuisset, *l. quod in littore, sup. de adq. rer. dom. l. in tantum, in pr. sup. de rer. divis.* Proinde si locus funditus diruto ædificio, idve ædificium, si non dirutum sit, sed pro derelicto habitum a domino, occupanti conceditur, *l. 1. infra pro derelicto.* Servius in illum locum,

. . . *Hospitio prohibemur arenæ.*

Occupantis, inquit, *et possessio littoris.* Exigit autem Papinianus, ut funditus dirutum sit ædificium, id est, fundamenti fini: nam si pars ædificii supersit, ejus manet, cujus fuit: vel etiam exigit, ut non dirutum ædificium pro derelicto habitum sit, quo loco male Accurs. ponit disjunctionem, vel accipit pro conjunctione. Proponam autem verba Papiniani fere juxta vulgarem scripturam, quæ melior hoc loco est quam Florentina. Cum propoposuisset initio regulam, non dari præscriptionem longi temporis ad obtinenda loca publica jurisgentium, subjicit proposito uno exemplo: *quod ita procedit*, inquit, *si quis ædificio funditus diruto, quod in littore posuerat aut dereliquerat, ædificio alterius postea eodem loco extructo, occupanti dictam exceptionem opponat.* Hoc tantum mutata vulgari, quod scribo, *dictam*, non *datam exceptionem*, id est præscriptionem longi temporis, vel longæ possessionis, quam initio nec dari solere proposuit, quod est perspicue rectum. Ædificii etiam nomine hoc loco comprehendo omne ædificium, quod sit positum in littore, vel in mari, aut flumine publico: ergo comprehendo etiam moletrinam, de qua et DD. tractant hoc loco, et idem in ea statuo, quod in quolibet alio ædificio. Sequitur alterum exemplum de usu fluminis, *si quis quod in fluminis publici diverticulo pluribus annis*, id est, longo tempore, *piscatus sit*, qui nunc piscari desiit; nec perseveravit in possessione piscandi, eodem loco, *alterum piscantem eodem jure uti prohibeat*, id est, publico jurisgentium opposita supradicta præscriptione longi temporis. Præscriptiones opponuntur, vel exceptiones non agentibus tantum in judicio, sed etiam tentantibus aliquid in præjudicium alterius: ut exceptionem non numeratæ pecuniæ constat opponi, etiam si nondum agatur. Hoc vero casu, etiam illa præscriptio non admittitur, nec potest prohibere illa præscriptio piscari volentem, cum ille alter piscari desiit eodem diverticulo. Et huic responso Papiniani nota est et vexata satis, quæ opponitur *l. si quisquam, ff. de divers. temp. præscript.* In qua sunt eadem verba, sed adfirmantia; alterum scilicet eodem jure uti prohiberi posse, quæ hic vi ipsa sunt negantia; alterum eodem jure uti prohiberi, non posse, nullus tamen in eo dissidio componendo est labor. Nam *l. quisquam* accipienda est de eo, qui est in possessione piscandi certo quodam fluminis publici diverticulo, qui alium eodem loco piscari volentem prohibet recte, atque submovet præscriptione longi temporis. Contra hæc lex, ut superiore exemplo de usu littoris posui, desiisse possidere ædificium eum, qui id posuerat in littore: nec enim possidetur, quod in rerum natura esse desiit. quod funditus dirutum est, nec etiam quod pro derelicto habetur, *l. quod servus, ff. de stipul. serv.* Ita sane consequens est, hoc posteriore exemplo poni eum, qui longo tempore certo fluminis diverticulo piscatus erat, intermisisse piscationem, et desiisse possidere, quod sibi longo tempore paraverat, jus piscandi in flexu illo, et diverticulo fluminis: ideoque eodem loco piscari volentem non posse prohiberi, quia locus rediit in pristinam causam: et nunc non privatus, sed publicus est jurisgentium. Et ita Joannes et Angelus sentiunt recte, et Accurs. quoque breviter: Solve, inquit, hic non erat in possessione, ibi erat, nihil est rectius: postremo quod additur in hac lege, *post mortem etc.* hanc sententiam exprimit.

Ad §. Post mortem.

Post mortem domini servus hæreditarius peculii nomine rem cœpit tenere, usucapionis primordium erit tempus hæreditatis aditæ: quem-

admodum enim usucapitur, quod ante defunctus non possedit?

Si servus hæreditarius jacente hæreditate, alioquin non diceretur hæreditarius, igitur nondum adita, peculiari nomine, quod servus peculiatus esset, a defuncto rem emerit, et tenere cœperit post mortem domini, ante aditam hæreditatem, ut dixi, non procedere ejus rei usucapionem, si forte fuerit aliena, et bona fide empta, antequam aliquis hæres extiterit adita hæreditate, usucapionis primordium esse tempus aditæ hæreditatis, quia possessio non cœpit a defuncto, cœptam possessionem et usucapionem a defuncto, et ante aditam hæreditatem impleri, *l. cœptam*, *hoc tit. l. qui cum*, §. *ult. inf. pro empt. l. cum miles*, *sup. ex quibus caus. maj.* non cœptam a defuncto non inchoari ante aditam hæreditatem. Quod verum quidem est jure communi, sed jure singulari aliud esse receptum idem Papinianus scribit in *l. prox.* §. *nondum*, *sup. hoc tit.* nec alia ratione hic locus cum illo sine calumnia conciliari poterit. Et verisimile est, finem hujus l. imperfectum, aut mutilum esse, quoniam verisimile est subjecisse Papinianum, aliud esse receptum jure singulari.

Ad L. XII. Pro emptore.

Misso legatario in possessione, res pro emptore usucapiuntur, salva prætorii pignoris causa.

Ex hac lege intelligitur prætorium pignus constitui creditore, vel legatario misso in possessionem bonorum debitoris, vel bonorum hæreditariorum, ex edicto, et ex primo decreto prætoris, ut in *l. 2. C. de præt. pign.* Quo genere a debitore vel hærede possessio bonorum non transfertur in eum, qui missus est in possessionem, sed custodia tantum et observatio bonorum, id est, possessori, qui debitor est, vel hæres, creditor vel legatarius custos apponitur, *l. 5. in pr. sup. ut in poss. leg. l. 3.* §. *ult. sup. de adq. poss.* Nam primo decreto creditor vel legatarius non jubetur possidere, neque fit possessor, sed jubetur esse in possessione, et aliud est esse in possessione, aliud possidere: sicut aliud est esse in servitute, aliud servum esse. Et hoc quidem maxime distat prætorium pignus a conventionali: nam conventionalis pignoris naturalis possessio transfertur in creditorem, *l. cum et sortis*, §. *ult. sup. de pigner. act. l. per servum*, *in pr. sup. de adq. poss.* Denique constituto et tradito pignore ex conventione, debitor possidere desinit. Constituto autem pignore ex primo decreto prætoris, debitor possidere non desinit: verum post primum decretum si debitor non satisfaciat creditori, quo jure utimur etiam hodie, secundo decreto prætor possessionem bonorum transfert in creditorem vel legatarium, simul ac præbet occasionem usucapionis, *l. prætoris*, *in pr. et l. si finita*, §. *Julianus*, *de damno insec.* ubi dominum accipere oportet, cum ait creditorem secundo decreto dominium fieri, pro possessore, non proprietario, quia ut prætor non facit hæredem, sed facit bonorum possessorem, ita nec dominum facit, aut facere potest, id est, proprietarium, sed dominum possessionis tantum, id est, possessorem, hæredem et proprietarium facere est solius juris civilis, non honorarii. Itaque primo decreto facit creditorem in possessione bonorum debitoris, secundo facit possessorem: usucapio autem facit dominum jure civili. In hoc tamen prætorium pignus et conventionale inter se conveniunt, quod sicut debitor rem pignori datam ex conventione, quam forte pro emptore bona fide possidebat, etiam translata possessione in creditorem, usucapere potest eam rem, quia quantum ad usucapionem attinet, non intelligitur debitor, qui cœpit possidere, desiisset possidere, hoc est, usucapio procedit, et impletur, etiam si reapse non possideat, qui dimisit possessionem creditori, *l. 1.* §. *per servum corporaliter*, *sup. de adquir. possess.* ita et multo quidem magis constituto prætorio pignore debitor vel hæres, pro emptore vel pro hærede usucapere, vel inchoatam usucapionem implere potest, salva causa prætorii pignoris, ut ait, sicut, et rem pignori datam ex conventione debitor usucapit salva causa pignoris conventionalis, quia neque conventionalis, neque prætorii pignoris causam usucapio perimit, quia nihil quicquam cum domino, quod usucapione quæritur, commune pignus habet. Denique res usucapitur cum sua causa, *l. 1.* §. *cum prædium*, *sup. de pign. l. usucapio*, *C. eod tit. l. 2. tit. seq. l. justo* §. *non mutat*, *supr. de usurpat. et usucapion.*

Ad L. XL. de re Judic.

Commodis præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur, condemnato placuit interdici, et eam pecuniam jure pignoris in causam judicati capi.

Hæc lex est etiam de pignore, non tamen conventionali, vel, ut superior, de prætorio, sed de eo, quod in causam judicati capitur, quod discretionis causa interpretes nostri vocant *judiciale*, cum et id, quod prætorium est, sane etiam judiciale sit, et utrumque jussu prætoris constituatur, vel præsidis, sed non ex edicto utrumque: prætorium ex edicto, judiciale extra ordinem, *l. si pignora*, *sup. de evict.* Et docet hoc loco Papi-

nianus in causam judicati, id est, judicati exequendi gratia, posse capi jure pignoris etiam commoda premiorum, *quæ*, inquit, *propter sacras coronas præstantur*, videlicet, si qua commoda judicato competant ob victoriam, quam ex sacris certaminibus domum reportavit. *Commodis*, inquit, *præmiorum, quæ propter coronas sacras præstantur*: nam qui vincebant sacris certaminibus, veluti Olimpicis, coronabantur, *l.* 1. *C. de Athletis*, *l.* 6. §. *Ulpianus, sup. de excus. tut. l. spem, C. quæ res pign oblig. poss.* Alii, ut nostris, frondibus oleastri, alii lauri, alii pinus. alii apii more Grecorum, quorum etiam vox coronæ, est mera Græca. Ac præter istam coronam etiam de publico victoribus præstabantur annonæ annuæ vel menstruæ, quod pensitandi verbum demonstrat in *d. l. spem*, et Vitruvius initio 9. scribens, *Victores e Republica constitutis vectigalibus perpetua vita frui.* Et hæc quidem vectigalia, hæc commoda sive præmia, ἆπαθλα, sive annonæ publicæ possunt capi in causam judicati, judicato prohibito ea percipere, et quo die ea præstari solent, executore rei judicatæ ea auferente judicati faciendi causa. Quo argumento dici potest, etiam commoda, quæ clericis præstantur posse capi, et in causam judicati converti. Et probatur hoc etiam in capite 2. *ext. de fidejuss.* Itemque stipendia militum, quoniam *l. stipendia, C. de exsec. rei judic.* sub conditione tantum vetat stipendia militum pignori capi, si alia ratio suppetat, qua rem judicatam magistratus exequantur, et perducant ad effectum: quam conditionem etiam apponimus commodis athletarum, ut non possint capi in causam judicati, nisi quum alia bona condemnato non supersunt. Ex conventione vero constat hæc omnia commoda pignori jure non obligari, *d. l. spem.*

Ad L. XXI. de Privil. cred.

Antiochensium Cœlesyriæ civitati, quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit, jus persequendi pignoris durare constitit.

Hæc quoque lex est de pignore, non tantum de conventionali, vel prætorio, vel judiciali, sed de eo, quod lege datur, quod tacitum pignus dicitur, ut Antiochiæ splendidissimæ civitati Cœlesyriæ, curvæ vel Cavesyriæ ad differentiam Syriæ Phœnicis et aliarum Syriarum; Antiochiæ, inquam lex sua propria dedit privilegium in bonis defuncti debitoris; defuncti, non viventis, id est, dedit tacitam hypothecam in bonis defuncti debitoris, sicut in *l. simile, inf. ad municip.* dicitur, fiscum habere privilegium in bonis debitoris, id est, tacitam hypothecam, quod et privilegium dicitur in *l.* 2. *C. de servo pign. dat. man.* Est sane privilegium hoc fisci, ut habeat tacitum pignus, ut tacite ei sint pignorata bona debitoris, etiam viventis, quoniam idem privilegium non habet quælibet Resp. nisi quæ id accipit nominatim a Principe, ut ait *d. l. simile, et l.* 2. *C. de jure Reip. lib.* 11. vel quæ id habet sua lege, et more vetusto, ut habuisse Antiochiam civitatem Cœlesyriæ, ait, non quidem in bonis viventis, ut fiscus, sed defuncti tantum debitoris. Quod privilegium Antiochiæ etiam durare, hoc loco Papin. ait: quid hoc est, *etiam durare?* nempe non esse sublatum edicto Severi Imperatoris, quo omnia jura et privilegia eum Antiochenis ademisse, eo quod in bello civili Nigri Nigrum juvissent. Ælius Spartianus scribit in Severo, et in Anton. Caracalla: post adempta Antiochenis privilegia, tamen hoc privilegium tacitæ hypothecæ Papin. ait durare, quoniam id habuit ea civitas lege sua. Ratio igitur hæc est, quia tantum ea ademit Severus Antiochenis, quæ dederat ipse, vel data ab aliis Principibus initio sui Imperii confirmaverat. Ita quod fit hodie, est vetustissimum, ut soleant Principes initio sui Imperii, confirmare omnia privilegia, omnes immunitates, quod in jure nostro scriptum est, et scriptum esse pauci animadvertunt in l. 6. quæ Græca est, *de excus. tut.* quo loco agit de immunitate et privilegiis philosophorum, quæ eis, inquit confirmavit D. Severus, παρελθὼν εὐθὺς ἐπὶ τὴν ἀρχὴν διατάγματι τάς ὑπαρχούσας τιμάς, καὶ ἀτελείας ἐβεβαίωσεν: *statim atque principatum adeptus est, suos honores et immunitates confirmavit.* Quod quidem esse instituto Tiberii Imperatoris Svetonius scribit, et Aurel. Victor in Tito. Ademit ergo Severus Antiochenis sua beneficia, aut Principum superiorum, non ademit, quæ ea civitas lege sua et more patriæ recepto antiquitus habuit et exercuit; non ademit igitur jus taciti pignoris, quod habuit in bonis defuncti debitoris lege sua. Et hæc ratio significatur his verbis: *Quod lege sua privilegium in bonis defuncti debitoris accepit.* Recte enim editio Florentina expressit illud, *quod*, cum accentu gravi. Et hic sane est sensus hujus legis, quem et Basilica conservarunt, et expresserunt his verbis, Αντιοχία ἡ τῆς συρίας κοίλην τὸ νόμιμον ἔχει ἵνα ἐνέμυρα λάβῃ ἐκ τῶν πραγμάτων αὐτοῦ: *Antiochia Cœlesyriæ privilegium habet, ut si debitor ejus, vita decesserit, pignora capiat ex bonis ejus crediti servandi causa*, licet de pignore nihil convenerit, scilicet male igitur Alciatus hanc legem accipit de jure προτιμήσεος, quasi lex diceret, in persequendo pignore convento, singulos Antiochenos præferri extraneis creditoribus hypothecariis, etiam antiquioribus. Quod hæc lex nullo modo dixit, quæ non

est de jure prælationis, non de hoc privilegio, sed de jure et privilegio tacitæ hypothecæ. Male etiam Accurs. hanc legem accipit de eodem jure προτιμήσεως, in quo tamen longe aliter, quam Alciatus statuit, et tradit hic, Papinianum velle, civitatem vi privilegii, quod accepit sua lege, vel a Principe, non præferri privato antiquiori creditori hypothecario. Accursius nullum dat civitati privilegium, Alciatus dat aliquod, sed non quod erat in mente Papiniani.

Ad L. XIX. de Jure fisci.

Denique non esse præstandas usuras, cum pecunia revocatur, convenit; quoniam res, non persona convenitur.

Certum est fiscum in actione hypothecaria habere privilegium tacitæ hypothecæ ex suis contractibus, vel ex causa tributorum, non ex omnibus causis, ut demonstrat, *l. rescriptum, sup. de pact.* Et jure tacitæ hypothecæ non habet privilegium, ut præferatur ceteris antiquioribus: denique pro privilegio habet tacitam hypothecam, sed non etiam, ut jure tacitæ hypothecæ excludat priores creditores hypothecarios. Denique in actione hypothæcaria non habet nisi privilegium et prærogativam temporis: si fiscus sit prior, erit potior in hypotheca, si posterior, servabit suum ordinem. At in actione personali fiscus habet privilegium, et primum locum obtinet inter omnes creditores chirographarios, etiam antiquiores: nam et hoc idem privilegium exactionis in actione personali habet quælibet Resp. *l. quod quis, et l. pen. sup. de reb. auctor. jud. possid. vel de privil. cred. l. 3. C. qui pot. in pign. hab.* Et ideo si quis ex aliis creditoribus occupet suum repetere a debitore, integrum est fisco, solutam creditori pecuniam revocare et repetere jure privilegii sui, ut *l. prox. §. ult. sup. l. 5. C. de privil. fisc.* Revocat ergo fiscus, quod solutum est alii creditori, cui ipse est anteponendus, et revocat sortem tantum ei solutam, non etiam, ut ait hoc loco, ejus sortis usuras, quod creditor interim ea pecunia usus sit, quia inquit, res, non persona convenitur, id est, fiscus non agit in persona creditoris, qui festinavit suum repetere, quasi sibi obligatum, sed agit in pecuniam ipsam, quæ soluta præmature creditori est, non habita ratione privilegii fiscalis, eamque pecuniam vindicat. Constat autem in actionibus sive persecutionibus in rem usuras non venire, sed in actionibus in personam tantum, *l. si navis, de rei vindic.* Pertinet etiam ad hoc idem privilegium exactionis, quod fiscus habet, *l. 37. hujus tit.*

Ad L. XXXVII. Eodem.

Quod placuit fisco non esse pœnam petendam, nisi creditores suum recuperaverint: eo pertinet, ut privilegium in pœna contra creditores non exerceatur, non ut jus commune privatorum fiscus amittat.

Ostenditur, privilegium exactionis fiscum habere si suum persequatur, quod sibi abest, non si persequatur pœnam ex causa delicti. Nam antiquiores creditores chirographarii potiores sunt fisco pœnam persequenti, non rem, vel pecuniam suam. Et hoc est, quod dicitur, pœnam fiscalem esse post creditores, *l. in summa, l. Statius, §. ult. hoc tit. l. 1. C. pœn. fisc. cred. præfer. lib. 10.* creditores antiquiores scilicet, quoniam æquius est subveniri antiquiori creditori de damno sollicito, qui suum repetit, quam fisco affectanti lucrum ex præstatione pœnæ, quod adventitium lucrum est. Verum si pænæ debitio sit antiquior credito, sane hoc casu fisco non auferetur, quamvis certet de lucro, jus commune privatorum, ut ait, opponens jus commune, privilegio, id est, pœna exsolvenda prius erit fisco, quam pecunia posteriori creditori, ut *l. ult. §. pen. C. qui potior. in pign. hab.* Atque ita prærogativa temporis facit, ut qui de lucro certat, potior sit eo, qui certat de damno. Et ita hæc lex explicanda est. Et nihil est præterea in *lib. 10.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XI. RESPONS. ÆMILII PAPIN.

Ad L. XLI. De Pactis.

Intra illum diem debiti partem mihi si solveris, acceptum tibi residuum feram, et te liberabo: licet actionem non habet, pacti tamen exceptionem competere debitori constitit.

Species hujus legis hæc est. Convenit nudo pacto inter debitorem et creditorem, non, ut stulti fingunt, in ipso tempore credendæ pecuniæ, alioquin pactum formaret actionem, et daretur actio ex pacto, quod tamen lex negat, sed id ita convenit postea, intermisso aliquo spatio temporis, ita scilicet convenit, ut, *si debitor intra certum diem solveret creditori partem debiti* (sermo est conditionalis) quod plerumque paciscuntur creditores, qui pecunia egent, *creditor ei residuum acceptum ferret*, vel quod idem est, residuo eum liberaret per acceptilationem: forte creditor, qui

pecunia indigabat ante diem solvendæ pecuniæ, si debitor rei vellet intra diem breviorem solvere, et repræsentare partem debiti, pactus est, se residui gratiam facturum debitori, et eum liberaturum residuo per acceptilationem. Quæritur an debitor intra eum diem agere possit, ut per acceptilationem residuo liberetur oblata scilicet parte debiti, alioquin qua fronte id desideraret? oblata igitur parte debiti, de qua convenit, et creditore nolente partem oblatam accipere? Et respondet Papinianus, nullam debitori eo nomine competere actionem, quia ex pacto nudo non nascitur actio, sed quia nascitur exceptio: si post oblationem partis, quam creditor recusavit, creditor totum petat, et agat in solidum debitor se tueri potest exceptione pacti conventi, vel doli mali: nuda oblatione pactum non transire, non verti in contractum, ut actionem pariat, sed datione et obsignatione, *l. qui mutuam*, §. 1. *mand. l.* 9. *C. de solut.* Accursius et Doctores male ponunt, a debitore fuisse datam et solutam partem debiti: nam si soluta esset quasi pacto nudo jam perducto ad effectum, et in contractum converso, *do, ut facias, do partem debiti, ut mihi residuum acceptum feras*, tum debitori competet proculdubio actio præscriptis verbis in creditorem, ut se residuo liberet per acceptilationem, quia, ut nihil refert, quod et Doctores fatentur, statim atque pactus sum, stipuler, an postea, ut mihi competat actio, ita nihil interest, dem statim, an postea: et quod ait *l. petens, C. de pact.* in stipulatione, quæ sequitur, statim, inquit, id ad eam legem satis ostendi quo referendum sit, Observat. 10. nam ex eo non sequitur, quin, si id, quod pactus sum longo tempore, post deducam in stipulationem, mihi pariam actionem ex stipulatu. Quidni? datione vel stipulatione pactum sumit effectum, *l. divisionis, hoc tit.* Ergo in specie proposita nihil interest conditio pacti, *si solveris partem debiti citeriore die*, nihil interest ea pacti conditio impleatur statim, an postea: nam et conditio postea impleta retro recurrit, *l. potior, qui potior. in pign. hab.* Denique pactum transit in contractum, et in obligationis civilis causam, vel statim, vel postea pacti conditione impleta, unde nascitur actio, quia jam non est pactum, sed contractus. At quia in hac specie non fuit impleta conditio pacti, non fuit soluta pars debiti, de qua convenerat, sed oblata tantum: ideo ait, *offerenti*, quia nondum res pacti fines egressa est, id est, nondum transiit in contractum, sed stetit intra finem pacti; ex eo pacto non esse actionem debitori, ut liberetur, sed exceptionem tantum, secundum vulgarem regulam toto hoc titulo diffusam: ex pacto exceptionem dari, non actionem.

Ad L. XIX. de Compensat.

Debitor pecuniam publicam servo publico citra voluntatem eorum solvit, quibus debitum recte solvi potuit: Obligatio pristina manebit, sed dabitur ei compensatio peculii fini, quod servus publicus habebit.

Debitor Reipub. vel fisci (nihil refert) pecuniam debitam ex contractu Reipub. (sic est ponendum, non ex contractu servi publici, servi Reipub.) servo publico solvit eam pecuniam citra voluntatem ejus, qui præpositus est administrationi rerum civitatis, puta, curatoris Reipub. non recte solvit: ergo nec se liberavit a Repub. Curatori Reipubl. recte solvisset: servo publico sine voluntate curatoris Reipublicæ non recte solvit: ergo se non liberavit, et pristina obligatio manet, atque adeo integra est Reipublicæ actio in debitorem, qui, cui non debuit, solvit, perinde atque si nemini solvisset. Verum, ut monet Papinianus hoc loco, si cum eo agatur nomine Reipubl. quia ex negotiis gestis cum servo publico, sicut quilibet alius dominus, Respubl. tenetur de peculio, quod peti posset a Republ. actione de peculio, id est, quod servo publico solutum a Republ. repeti posset actione de peculio, non in solidum, sed in peculium tantum, quatenus ferunt vires peculii. Item si agatur nomine Reipub. ex pristina obligatione Reipubl. compensari potest, *peculii fini*, ut ait, id est, *peculio tenus*, quantum peculii tenus, quod arcus genus est, intendi potest, ut in *l. si sine hærede*, §. *Modestinus, de administ. tut.* Itaque si tantum sit in peculio, quantum solvit servo citra voluntatem administratoris Reip. nulla Reipubl. actio competit: sin minus sit in peculio, superflui tantum petitio Reipub. superest: etiam Reip. vel fisco compensatio opponi potest. *l. idem, et l. ult. h. t. l. aufertur*, §. *quod in compensationem, de jure fisci*, et opponitur in hac specie Reipub. compensatio *peculii fini*, ut ait, quia Resp. agit ex suo contractu, quod initio posui nam si Respub. ageret ex contractu servi, quum servo solutum est ex eo contractu nolente Republ. ut *l. quod servus tit. seq. l. quod. servus, inf. de solut.* si inquam, Resp. ageret ex contractu servi, solidum compensaretur, quod servo solutum est, non peculii fini. Idque probat aperte *l. si cum filiofamil. in princip. hoc tit.*

Ad L. LIII. Locati.

Qui fidejussor extitit apud mancipem pro colono publicorum prædiorum, quæ manceps ei co-

lono locavit, Reipublicæ non tenetur, sed fructus in eadem causa pignoris manent.

Lex est de eo, qui conduxit prædia publica, quem mancipem vocat, ut *l. 11. C. de vectig. et comm.* Aggenus 2. de limitibus constituendis: *Mancipibus*, inquit, *agros Reipublicæ conducentib. in annos centenos.* Et Festus: *Manceps est*, inquit, *qui quid a populo conducit*, quia manu sublata, ut fit in auctionibus, significat, se esse auctorem conductionis. Ponit autem hoc loco Papinianus, mancipem prædia publica colono locasse: nemo prohibetur, quod conduxit alii locare, quod quidem vocant ablocare, *l. 6. C. de locat.* quia non tantum uti, sed etiam frui conductori permissum est. Ponit igitur mancipem prædia quædam publica colono locasse, *baillé à ferme*, colonum autem mancipi cavisse de mercede sua die solvenda, dato fidejussore: quæritur, an Reipub. sit actio in fidejussorem. Et ait non esse, quia fidejussor se Reip. non obligavit, sed mancipi: fidejussor eum Rep. non contraxit, vel administratoribus ejus, sed cum mancipe. Ideoque nec in colonum ullam actionem habet, eum quo etiam non contraxit: si non in colonum, nec in fidejussorem ejus igitur. At fructus prædiorum tacite sunt Reip. pignori obligati, quisquis eos perceperit, pro mercede, scilicet, quam manceps, sive publicanus, quem hic Græci notant posteriores vocasse *commerciarium*, pro mercede, inquam, quam manceps Reipub. cavit, perinde atque si eos fructus manceps percepisset, ut *l. si in lege, §. 1. hoc tit. l. in prædiis, inf. in quib. cau. pign. vel hypoth. tac. cont. l. 3. C. eod. tit.*

Ad L. IX. De Præscript. verb.

Ob eam causam accepto liberatus, ut nomen Titii debitoris delegaret, si fidem contractus non impleat; incerti actione tenebitur: itaque judicis officio non vetus obligatio restaurabitur, sed promissa præstabitur, aut condemnatio sequetur.

Species hæc est. Te debitorem meum accepto liberavi ea lege, ut mihi vice tua delegares nomen debitoris tui: contractus est, non pactum: quia ego jam cœpi facere. Pactum est, si causa non subsit, id est, datio vel factum, sed nuda et simplex actio tantum, nudum solumque placitum dandi vel faciendi: ut faciam, ut des, pactum est: facio ut des, contractus est, ut hoc loco, te accepto libero, ut tu mihi cedas nomen debitoris tui, utrumque est facere, *l. si mandatu, §. quoties, supra mand.* negotium igitur ita gestum est, facio, ut facias, te accepto libero, ut mihi deleges nomen debitoris tui: pro pecunia, quam mihi debebas malui per delegationem sequi nomen debitoris tui, ut in *l. 68. §. ult. ff. de evict.* At finge: ego te accepto liberavi, et tu non mihi delegas nomen debitoris tui: mihi in te competit actio præscriptis verbis, quasi ex articulo, facio, ut facias: quæ quidem actio datur in hoc, ut vel mihi cedas nomen debitoris tui, vel, ut Papinianus loquitur, ut promissam præstes, ἀρχαϊκῶς, pro *promissionem*, sicut *missam* pro *missionem*, et Cyprianus, *remissam* pro *remissionem*: ut igitur mihi promissam præstes, ut scilicet mihi cedas nomen debitoris tui, vel præstes id quod interest. Qua de causa hæc actio dicitur incerti actio, quia persequitur id, quod interest, cujus æstimatio non est certa, quia pendet ex facto, non ex jure, *l. quatenus, de reg. jur. l. ult. de præt. stip.* Verum an officio judicis ego, qui egi præscriptis verbis, compelli possum, ut satis habeam, si reponas te in veterem obligationem, quam acceptilatio mea sustulit ipso jure. Possum id satis habere ultro, si velim, et agere in id tantum, ut vetus obligatio restituatur, aut restauretur, qua tu mihi tenebaris, ut *l. si mulier, et l. si accepto, sup. de condict. caus. data, l. licet, inf. de jur. dot.* Sed hoc judicio præscriptis verbis non possum compelli officio judicis, ut id satis habeam: sed quoniam nihil aut parum hic potest officium judicis in strictis judiciis, quod ego ago, id mihi omnino præstandum est, hoc est, vel obligatio, quæ promissa est, vel id quod interest, ut et *l. 5. hoc tit.* proponitur duobus locis aut tribus, actione præscriptis verbis non hoc agi, ut reddas, quod accepisti, cum tamen possem agere condictione ob rem dati, si vellem, sed non id ago actione præscriptis verbis: verum ut mihi præstetur id quod interest, quanti mea interest a te vicissim dari, aut fieri id, de quo convenit, et fidem eandem mihi servari, quam ipse prior exhibui dando, vel faciendo.

Ad L. 1. de Pignor.

Conventio generalis in pignore dando bonorum, vel postea quæsitorum recepta est. In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur. Sed facilior erit possidenti retentio.

In Pandectis Florentinis hæc lex 1. adscribitur libro 11. In Noricis autem et vulgaribus adscribitur libro 2. quam inscriptionem veriorem esse arbitror, quoniam lex, quæ sequitur, est ex tertio. Et Tribonianus in disponendis prudentum sententiis vel opinionibus segui solet semper ordinem li-

brorum, unde eas sententias vel opiniones sumit: primo loco dans eas, quæ sunt ex primo, deinde eas, quæ sunt ex secundo, et sic deinceps nisi cum unus scripto interseritur aliquid ex alio. Sunt autem in hac l. 1. responsa quinque. In primo proponitur differentia una inter generalem obligationem pignoris, et specialem. Generalis est obligatio, si quis obliget præsentia bona et futura, si quis obliget, quæ habet, habiturusve est, quæ generalis obligatio vulgo recepta est, quamvis nunc non sint in bonis debitoris, quæ quandoque habiturus est, quia collata obligatio in tempus intelligitur, quo in bonis debitoris erunt, ut *l. et quæ nondum*, §. 1. *hoc tit. l. ult. C. de remiss. pign.* Ergo generali obligatione, exceptis his rebus, quæ enumerantur in *l.* 6. *et sequentibus*, *hoc tit.* continentur non tantum, quæ debitor habet in bonis, sed etiam, quæ postea acquisierit, licet nunc ea non habeat in bonis: specialiter autem possum quidem obligare fructus, qui ex fundo, vel ex pecore meo nascentur, vel partus, qui ex ancilla mea, tametsi nondum sint in bonis meis, ob id ipsum, quod nec sunt, quia intelligitur obligatio collata in tempus, quo mihi nascentur fructus vel edentur, *l. et quæ nondum, in princip. l. potior*, §. *pen. inf. qui pot. in pign.* Itemque possum specialiter pignori obligare rem mihi debitam sive nomen debitoris mei, *l.* 3. §. 1. *ff. qui pot. in pign. l. si convenerit*, *sup. de pigner. actio. l. nomen*, *C. quæ res pign. oblig. poss.* Quod et in hoc responso Papinianus significat illo loco: *si non fuit ei, qui pignus dabat, debita.* Item specialiter pignori obligare possum rem mihi pignoratam, in qua habeo jus pignoris, *l. grege*, §. *cum pignori*, *hoc tit.* vel etiam eam rem, in qua usumfructum habeo, *l.* 11. §. *usumfructum*, *et d. l. et quæ nondum*, *in princip. hoc tit.* vel etiam rem, in qua habeo jus ἐμφυτευτικὸν, vel jus superficiarium, *l. tutor*, §. *ult. sup. de pigner. act. l. etiam superficies*, *ff. qui pot. in pign.* vel etiam rem, in qua habeo jus possessionis partæ bona fide, et justa ex causa, *l. si ab eo*, *inf. hoc tit.* Quod quidem jus videtur jus ἐμβατευτικὸν appellari in *l.* 3. §. *si jus*, *de reb. eor. qui sub tut.* Denique rem alienam, in qua habeo jus pignoris, vel jus ususfructus, vel jus emphyteuseos, vel jus superficiei, vel jus possessionis, pignori obligare possum, quia non rem ipsam obligo, quam non habeo in bonis meis, sed jus, quod in ea re habeo. Rem autem alienam, in qua nihil juris habeo, et quæ mihi non debetur, possum quidem pignori obligare sub conditione, *si in dominium meum pervenerit*, *l. si fundus*, §. *aliena*, *hoc tit.* Pure autem et specialiter rem alienam, in qua nullum jus habeo, et quæ mihi non debetur, pignorare non possum sine voluntate domini, *l. si servum quem, in fine*, *ff. de act. empt. l. sed etsi lege*, §. *si quis re sua*, *sup. de petit. hæredit. l. aliena*, *sup. de pignerat. act.* Et si eam rem alienam forte pigneravero, non est pignus. Et tamen rem alienam, ut constat inter omnes, vendere possum, *l. rem alienam*, *de contr. empt.* quæ nobis explicanda est ex libr. 5. Ulpiani ad Sabinum. Hoc est observandum in primis, et initio hoc proponi ex Sabino: rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est, quæ sententia, quod videretur dura, aspera, et iniqua, ut et *l.* 1. *C. de comm. rer. alien.* ait, satis illicitam esse venditionem rei alienæ, ideo eam sententiam Sabini statim Ulpianus sic explicat: nam hæc verba Papiniani, Ulpiani sunt: *nam* inquit, *emptio est et venditio*: ergo ultro citroque actio empti et venditi: sed res emptori a domino auferri et evinci potest, quia scilicet venditio rei alienæ, jus dominii non mutat, et re evicta a domino, evictionis nomine, emptori est regressus adversus venditorem actione ex empto, vel ex stipulatu. In hoc igitur consistit differentia inter pignus et venditionem, quod rei alienæ pignus non est, rei alienæ emptio, venditio est. Et ratio differentiæ est, quia pignore contracto, vel convento hoc agitur, ut res sit obligata, obnoxia, nexa: nemo autem potest obligare rem alienam, in qua nihil juris habet: venditione autem hoc non agitur, ut res obligetur emptori, nec ut dominium rei transeat in emptorem, nisi interveniat mancipatio, sed ut possessio tantum transeat in emptorem, quam venditor habet præstitia cautione evictionis nomine, et de dolo malo, *l.* 1. *de rerum permut.* Potest rei alienæ mea esse possessio: ergo et ejus rei emptio, venditio est, cujus possessionem tantum habeo, non dominium. Solius domini est pignori obligare: vendere non est solius domini, sed etiam possessoris. Et quod dicitur in *l.* 9. §. 1. *hoc tit.* quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere, id est ita supplendum, ne latius accipiatur, quod nostrum emptionem et venditionem recipit, etiam pignorationem recipere potest: neque enim id locum habet in re aliena, quæ venditionem recipit, non pignorationem: sed ea sententia locum tantum habet in eo, quod nostrum est jure dominii, vel jure ususfructus, vel jure pignoris, vel quo alio jure: usumfructum possum vendere, ergo et pignorare: quo argumento utitur *l.* 11. §. *usumfructum*, *hoc tit.* At quæritur in hoc primo responso, si rem alienam specialiter pignori obligavero, in qua nihil habebam juris, et quæ mihi non debebatur, quæ obligatio jure non consistit, et vitiosa est ab initio, an tamen convalescat postea, si ejus rei dominium acquisiero, ita

ut vel utilis actio hypothecaria creditori detur? Et respondet Papinianus creditori, si scierit rem esse alienam, quæ sibi pignori opponebatur, vix prætorem daturum utilem actionem hypothecariam, possit dare quasi convaluerit pignus dominio acquisitio debitori, sed difficilius dederit, vix dederit scienti creditori: facilius autem et sine cunctatione hoc casu, creditori, qui ignoravit, rem esse alienam dederit utilem hypothecariam, quia quod vulgo dicitur, *id quod ab initio non valet, ex post facto non convalescere*, quod audio quotidie objici. Ut facessat deinceps ejusmodi regula, cujus adeo frequens objectio est, statuendum eam esse regulam summi juris, ut omnes, quæ sunt in titulo *de reg. jur.* sunt veræ regulæ et de rigore juris, et ita omnes accipiendæ sunt. Unde objicienti eam regulam, duorum alterutrum contra objici potest. Primum, vitiari regulam, si sit lex specialis quæ statuat convalescere, quod initio vitiosum fuit: ut ecce, donatio inter virum et uxorem ab initio non valet, sed convalescit morte donatoris ex oratione Antonini. Regulæ derogat specialis constitutio, vel lex. Vel etiam in plerisque causis licet respondere, *quod initio vitiosum est, ex post facto non convalescit*: directo non convalescit, fateor, sed convalescit ex causa, æquitate suadente, prætore dante, non directam quidem actionem, cui obstat rigor juris, sed utilem actionem, cujus parens est æquitas: ut in hac specie, si rem alienam ignoranti creditori pignori opposuero, et postea ejus rei dominium nactus fuero, quasi pignus convaluerit acquisitione dominii, creditori prætor dabit utilem actionem, sive utilem hypothecariam contra debitorem, qui eam rem possidet jam ut suam, nec agenti creditori debitor probe resistit et adversatur, alioquin ex mendacio suo arguere-tur, qui eam rem pignori posuit quasi suam, si nollet eam vindicari a creditore, vel utilili hypothecaria, quæ est ratio Pauli elegantissima in *l. rem alienam, in fi. sup. de pigner. act.* Utilis actio bifariam accipitur in hoc titulo. Uno modo, pro actione hypothecaria directa, quæ et Serviana dicitur et quasi Serviana et utilis Serviana, et nonnunquam pignoratitia: utilis, inquam, actio dicitur, pro hypothecaria directa: quæ tamen ipsa actio omnino comparatur actioni Servianæ: quæ directo competit locatori tantum, de rebus coloni pignori obligatis pro mercedibus fundi. ad cujus exemplum actio hypothecaria datur cuilibet creditori hypothecario: et comparata actio hypothecaria actioni Servianæ, quæ locatori tantum datur, est utilis Serviana, vel quasi Serviana, ut in §. *cum prædium inf. h. t.* Altero modo utilis actio accipitur pro utili hypothecaria, ut in primo responso conjuncta *l. cum res, C si res alien. pign. data sit.* Denique hypothecaria collata cum Serviana, utilis est, collata cum utili hypothecaria, directa: potest ad exemplum utilis actionis, quæ et ipsa datur ad exemplum directæ, formari alia actio utilis, id est, actionis utilis: actio utilis, ut Publiciana actio est utilis, quæ datur ad exemplum directæ vindicationis, *l. in honorariis, inf. de obligat. et action.* Est tamen quædam Publiciana utilis, id est, quasi Publiciana, *l. nec quasi, de rei vindic.* et collata quidem Publiciana cum directa vindicatione, utilis vindicatio est: collata cum utili Publiciana, directa est.

Scienti autem creditori, ut ad responsum redeam, rem esse alienam, quam debitor pignori opponebat, re postea facta in bonis debitoris, Papinianus ait, vix prætorem daturum utilem hypothecariam, si pignus creditor non possideat. Et facilius, si creditor possideat eam, rem daturum retentionem rei, beneficio exceptionis doli mali adversus debitorem agentem directa vindicatione, qua dominium petitur, quod postea acquisivit. Et similem casum, quo pignoris retentio est, non persecutio per hypothecariam dabit paulo post l. 1. quæ est ex eod. lib. *inf. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.* et dat alium *l. 1. C. etiam ob chirog. pec. pign. ret.* ex qua pignoris ex alia causa obligati etiam ob chirographariam pecuniam retentio est, non etiam persecutio, id est, actio hypothecasia; facilius datur retentio quam persecutio. Hanc autem sententiam Papin. ut rei alienæ, quam debitor pignori opposuit, quæ obligatio jure non consistit, postea dominio debitori quæsito, creditori maxime ignoranti detur utilis hypothecaria, nedum retentio, difficile scienti, hanc, inquam, sententiam Papiniani nostri comprobat etiam Paulus in *l. rem alienam, sup. de pignor. act.* reddita ratione, quam exposui ante. Verum idem non admittit Paulus isto casu, si res aliena pignori frustra obligata a debitore sine voluntate domini, postea ejus rei dominus debitori hæres extiterit. Hoc enim casu, Paulus ait, non videri pignus convalescere, nec ignoranti creditori dari utilem hypothecariam, aut agenti creditori probe et merito resistere dominum, qui pignorationi rei suæ non consensit. At in proposito casu debitor ipse pignori consensit, sive pignoravit rem ipsam, cujus postea dominus effectus est: atque adeo improbe resistet, quo minus rata habeatur pignoratio, quam ipse fecit. Ergo Paulus differentiam facit inter hunc et illum casum, et adfert illam rationem differentiæ quam notavi. Verum animadvertendum est postea libris differentiarum, ea ipsa differentia exposita, quam Paulus tradit in *d. l. rem alienam*, Modestinum (qui longe fuit post Paulum: nam ad ætatem pervenit Gordianorum) docere in

l, si Titio, *hoc tit.* idem obtinuisse tandem, et hoc posteriore casu, domino rei succedente debitori: atque ita utroque casu pignus, non directo quidem convalescere, ut ait *d. lex si Titio*, sed dari creditori utilem hypothecariam, utilem pignoratitiam, hoc est, utiliter convalescere: nec sine ratione postea obtinuit idem hoc posteriore casu, quia æquum est hæredem facere ratum, quod defunctus gessit, quamvis id gesserit sine sua voluntate, *l. 3. C. de reb. alien. l. si ab eo*, *C. de lib. caus.* Postremo quod in specie, de qua tractat Papinian. in hoc primo responso, ait, facile dari creditori retentionem rei, tam scienti quam ignoranti, ei nihil obstat *lex cum vitiose*, *inf. hoc tit.* quæ ait, pignore vitiose vel inutiliter contracto retentioni pignoris locum non esse, etiam, inquit, si bona creditoris ad fiscum pertineant, quoniam ea lex de pignore est accipienda, quod ex post facto non convaluit tuitione Prætoris, ut de fundo dotali, quod exemplum est appositissimum, quem maritus obligavit contra l. Juliam, cujus pignoris nec retentio est, etiamsi bona debitoris, ut etiam videtur legendum in *l. cum vitiose*, *ex l. 2. de fundo dot.* ad fiscum pertineant, vel semper est locuples, et semper est solvendo, vel *bona creditoris*, non est locus retentioni, quia pignoris causa vitiosa permansit. At in hoc responso agitur de pignore, quod ex æquitate convaluisse intelligitur, cujus retentio est, et non retentio tantum sed etiam persecutio maxime ignoranti creditori. Ait Modestinus in *l. cum vitiose*, quæ pro regula est, quoniam est ex libro regularum, *cum vitiose vel inutiliter contractus pignoris intercedat*, *retentioni locum non esse*, hæc est regula, quam amplificat subjiciens, *nec si bona creditoris ad fiscum pertineant*: et nullo verbo immutato breviter sensus hoc est: Pignore vitiose vel inutiliter contracto, neque persecutionem, quod est certissimum, neque retentionem pignoris creditori esse, neque fisco, qui creditori successit: creditore forte damnato in metallum, aut deportato, hoc est fiscum jure suo quodam proprio non retinere pignus, quod privatus creditor, cui successit, vitiose contraxit, nec retinere potuit, sed fiscum uti jure privati creditoris, quod congruit cum *l. 6. in pr. ff. de jure fisci*, *et l. 2. de fundo dot. l. 1. §. 1. ff. quib. mod. pign. vel hypothec. solv.* Vitiose autem contrahitur pignus, ut puta, si prædium dotale pignori detur contra legem Juliam, ut si res pupilli aut adolescentis pignori detur sine decreto contra orationem D. Severi, vel si quæ res pignori detur supra modum legitimæ usuræ contra legem Gabiniam, *l. 4. inf. de naut. fæn. l. prætii*, *C. mand.* Inutiliter autem contrahitur pignus, ut puta si res aliena pignori detur, vel res litigiosa: hoc modo creditor repellitur exceptione litigiosi, *l. 1. §. ult. ff. quæ res pign. oblig. poss.* vel hac exceptione, *quod ea res in bonis debitoris numeratæ pecuniæ tempore non fuerit*, ut *l. 3. h. tit. l. qui prædium*, *C. si aliena res pign. data sit.* Priore casu, quum pignus datum est contra legem, creditor repellitur ipso jure, lex vitiosum pignus facit, exceptio justa, inutile et inefficax, et neque vitiosi, neque inutilis pignoris retentio est cuiquam, ac ne fisco quidem, nisi ex causa interveniente prætore, quasi quodammodo convaluerit. Et ita explicanda est *l. cum vitiose.* Veniamus ad secundum responsum hujus legis.

Ad §. Servo.

Servo pignori dato, *peculium ejus creditor*, *citra conventionem specialiter super eo conceptam*, *frustra distrahit. Nec interest quando servus domino peculium acquisierat.*

In secundo responso legis primæ ostenditur, servo a domino pignori obligato, non videri etiam pignoratum peculium servi, nisi ita actum sit nominatim, et ideo non posse distrahi peculium a creditore; servum posse distrahi jure pignoris, nec quicquam interesse, peculium id domino acquisitum sit, antequam servum pignori obligaret, an postea: nam quoquo tempore acquisitum sit, pignori non tenetur, nisi ex manifesta alia conventione. Denique peculium non sequitur creditorem, cui servus pignoratur, sicut nec legatarium, cui servus legatur tantum, *l. si legatus*, *ff. de pecul. leg.* nec emptorem, *l. quotiens*, *de contrah. empt.* et in fructibus fundi pignorati aliud dicimus, quam in peculio servi pignorati: nam fructus fundi pignorati tacite pignori esse creduntur, si modo percepti sint a debitore, vel hærede ejus, *l. 3. C. in quibus caus. pign. vel hypoth.* pro qua *l. in §. seq.* Accursius adducit male *l. in prædiis*, *inf. eod. tit.* quæ lex non est de fructibus fundi pignorati, sed de fructibus fundi locati. Itemque partus editi ex ancilla pignorata, tacite pignori esse creduntur, si dominium eorum ad debitorem pervenerit, vel hæredem ejus, *l. Paulus*, *§. 1. ff. hoc tit.*, *l. 1. C. de part. pignor.* At peculium servi pignorati tacite, non intelligitur esse pignori obligatum. Et ratio hæc est, quia fructus vel partus, ex re ipsa, quæ pignorata est, natura proveniunt et nascuntur. Peculium non nascitur ex servo ipso, sed ex industria ejus, vel negotiatione, vel adventitio lucro, et peculium res separata est a servo, nec accessio quidem est servi: ne hoc dixeris, nisi quum servus pignoratur, aut venditur, aut lega-

tur cum peculio : tum accessionis locum obtinet, *l. 2. ff. de pecul. leg, l. 2. ff. de pen. leg.* At si sine peculio legetur, pignoretur, aut vendatur, sane falsum est, peculium esse accessionem servi : quod tamen hoc loco Angelus imprudenter admittit, et adstruit, alioquin semper peculium sequeretur suum venditum, aut pignoratum, *l. libertorum, §. ult. de leg.* 3. Sequitur tertium responsum.

Ad §. Cum Prædium.

Cum prædium pignori daretur, nominatim ut fructus quoque pignori essent convenit : eos consumptos bona fide emptor utili Serviana restituere non cogetur : pignoris etenim causam nec usucapione perimi placuit, quoniam quæstio pignoris ab intentione dominii separatur : quod in fructibus dissimile est, qui nunquam debitoris fuerunt.

Proponitur in specie hujus §. fundum simul ac fructus, qui ex fundo nascerentur, fuisse pignori obligatos : quæ conventio non est supervacua, quia non sunt fructus omnes fundi tacite pignorati, si ea conventio non intervenerit, sed ii tantum, ut dixi in secundo responso, qui percipiuntur a debitore, vel hærede ejus, quia perceptione facti sunt in bonis debitoris. At qui percepti sunt ab alio, veluti a bonæ fidei emptore, cui debitor vel alius fundum creditori obligatum distraxit, non sunt pignori, nisi ex conventione expressa. At quemadmodum hoc loco proponitur, ubi conventio expressa intercessit, ut fructus fundi pignorati et ipsi pignori essent, si sint percepti ab emptore bonæ fidei, cui debitor vel alius fundum vendidit, ita distinguendum est. Aut ii fructus, quos percepit bonæ fidei emptor, extant, aut consumpti sunt : si extant, eos simul ac fundum emptor creditori agenti utili Serviana, id est, hypotecaria restituere cogitur, *l. si fundus, §. in vendit. in fi. inf. hoc tit.* maxime, ut ait, si fundus credito non sufficiat, si minoris sit fundus, quam id quod debetur creditori, tum etiam fructus creditori restituendi sunt, et veniunt fructus extantes in actionem hypothecariam, quia et ipsi fructus nominatim pignorati sunt creditori, ut proponitur : et licet nunquam in bonis debitoris fuerint, tamen ex fundo nati sunt, qui in bonis debitoris fuit : sed si consumpti sunt, puta, si eos emptor consumpserit, non tenetur creditori actione hypothecaria eos fructus restituere, eorumve æstimationem. Qui bonæ fidei emptor est, fructus perfecte et ad plenum suos facit consumptione *l. quæsitum, in fine, de acquir. rer. dom. l. sequitur, §. lana, de usurp. et usuc. §. si quis a non domino, Instit. de rer. divis.* Consumptio plenum dominium tribuit bonæ fidei possessori : extantium non est plenus dominus, quia vindicari a domino possunt, *l. certum, C. de rei vindic.* Consumptorum autem nulla repetitio vel actio est in bonæ fidei possessorem : ex quo sequitur consumptione acquisito dominio fructuum, perimi pignus, quo fructus tenebantur obnoxii ex conventione expressa, quia eorum nomine creditori nulla superest actio hypothecaria. Inane est pignus, cujus nulla est actio. Atqui huic sententiæ, quamvis sit verissima, objicit Papinianus, quod vulgo dicitur, usucapione, quæ est etiam species acquisitionis dominii, pignus non perimi, cur tamen perimitur consumptione, inquit ? Quærit rationem differentiæ : nam differentia negari non potest. Consumptione fructuum pignus perimitur, usucapione fundi pignus non perimitur, neque conventionale, neque prætorium, *l. justo, §. non mutat, ff. de usurp. et usucapion. l. usucapio, C. de pignorib. l. missio, ff. pro empt. l. 2. ff. pro hær.* Pignus Prætorium neque interpellat usucapionem, neque interpellatur, aut perimitur usucapione. Eademque est ratio conventionalis pignoris : ideoque creditori usucapto fundo pignorato, vel qua alia re, integra est actio hypothecaria adversum eum, qui usucepit. Perimitur quidem pignus et actio hypothecaria præscriptione longi temporis, vel longissimi adversus omnes, *l. creditor, ff. de diversis tempor, præscript. l. 7. et ult. C. de obligat. et action. l. 19. C. de evict. l. 1. et 2. C. si adv. cred.* sed non etiam perimitur usucapione anni in mobilibus, aut biennii in immobilibus, quod fuit usucapionis tempus legitimum ex XII. tab. quod sequuti sunt semper in Rep. usque ad Justinianum. Dominium, id est, proprietas acquiritur usucapione, non liberatio pignoris, quia res usucapitur et alienatur alio quoque modo cum sua causa : dominium a pignore sejunctum et separatum est, itemque ab usufructu, vel alio jure, quod rei cohæreat, *l. locum, §. pen. de usufr. d. §. non mutat.* Vis videre, quam jus pignoris, vel jus ususfructus, vel aliud jus, quod rei cohæreat, sit sejunctum a jure dominii ? fieri potest, et fit plerumque, ut in eadem re unus habeat jus domini, alter jus pignoris, vel ususfructus, vel emphytheuseos, vel superficiei : nulla igitur dominium cum hisce juribus societate conjungitur : et aliud juris est in legato operarum servi, quod usucapto servo perimitur, *l. 2. de usufr. leg.* quod ad hoc responsum notat Accursius subsistens in ratione reddenda, quæ talis est : cui legatum operarum servi debuit, non servus, sed hæres quasi dominus : et debere desiit igitur amisso dominio servi, puta usucapto servo, nec porro is debet legatum operarum, qui servum usucepit, quia ab eo legatum

relictum non est. Usumfructum vero non debet dominus, sed fundus vel res, in qua ususfructus constitutus est. Quamobrem nec mutatione dominii, sed mutatione rei, ususfructus perimitur, et pignus similiter, quia rei cohæret, *l. sicut*, *in princ. ff. quib. mod. pign. vel hypot. sol.* Verum adnotandum est ad hæc, hodie usucapione transformata a Justiniano, et prolata in longius tempus; juri antiquo consequens esse, rerum immobilium pignus perimi usucapione Justiniana, quia hodie non completur usucapio rerum immobilium nisi longo tempore, id est, decem annis inter præsentes, et 20. inter absentes, quo etiam perimitur pignoris causa rerum etiam mobilium usucapione, quæ hodie est triennii: olim ante Justinian. fuit anni, et ejus juris vetustissimi etiam vestigium remansit in *l. cum sponsus*, §. *pen. de Pub. in rem act.* illo loco, *nondum anniculo;* rerum, inquam, mobilium usucapione Justiniana, contra quem Accurs. sentiat etiam hodie perimi etiam pignorationem hisce rationibus: nam præscriptionem longi temporis, quæ hodie usucapio est, invenio requiri tantum in rebus immobilibus ad tollendam actionem hypothecariam, non in mobilibus: et par est atque conveniens productionem temporis factam a Justiniano, qua omnium rerum usucapionem produxit in longum tempus, eandem vim habere in mobilibus, quam immobilibus, ut et directam vindicationem perimat, et hypothecariam, ac si jure veteri (quod est verisimile obtinuisse) etiam rerum mobilium pignus perimeret præscriptio triennii. Secundum hæc autem quæ diximus, Papinianus, hoc loco statuit, consumptione fructuum pignus extingui, quamvis et eo genere bonæ fidei possessor dominium fructuum acquirat, usucapione tamen prædii pignus non extingui, reddita ratione differentiæ hujusmodi, quia facilius dominii acquisitione perimitur pignus fructuum perceptorum ab alio, qui nunquam fuerint debitoris, quam pignus prædii, quod fuit semper in bonis debitoris. Et hæc est sententia hujus responsi, ad quod multa quærit Accurs. sed ex eis jam enarratio hujus responsi multa profligavit. Restant quædam quæstiones Accurs. ad hoc responsum, de quibus tractabimus die proxima. Et tertio responso, quod est in *l. 2. de pign.* intelleximus, fundo et fructibus, qui ex eo nascerentur, nominatim pignori obligatis, fructus perceptos a bonæ fidei emptore, si extent venire in actionem hypothecariam, si consumpti sint, non venire. Consumptione perimi pignus fructuum, quasi infirmius, quod fructus illi nunquam fuerint in bonis debitoris. Usucapione tamen, quæ non minus perficit dominium fundi, quam consumptio dominium fructuum, non perimi pignus fundi, quia semper fundus fuit in bonis debitoris, et firmius est in fundo jus pignoris, quam in fructibus. Ad hæc duæ ab Accursio quæstiones proponuntur.

Prima quæstio Accurs. hæc est. Usucapto fundo si creditor ab eo, qui usucepit actione hypothecaria fundum avocaverit, ut potest, quia pignus non est peremptum usucapione, an creditor debitori offerenti pecuniam debitam, teneatur actione pignoratitiæ, quæ de pignore restituendo datur, ut restituatur debitori absoluto creditore? Movet dubitationem, quia fundus desiit esse in bonis debitoris, et usucapione factus est alterius, neque tamen ideo debitori si offerat debitum, deneganda est actio pignoratitia: nam etsi ab initio debitor in causam pignoris rem alienam tradidisset, vel si rem alienam a debitore pignori oppositam, creditor per injuriam et sordes, vel per errorem judicis domino abstulisset, edita actione hypothecaria, quamvis pignoris obligatio non consistat, tamen soluta omni pecunia debita, debitori adversus creditorem competeret actio pignoratitia, ut est proditum in *l. 9.* §. *pen. sup. de pign. act. l. rescriptum,* §. *pen. ff. de distr. pign.* Et si hoc ita procedit, cum pignus non consistit, puta, re aliena pignori data, et multo magis, quum pignus consistit, puta, re sua pignori data, quæ postea usucapta sit: nam quodcunque per obligationis occasionem evenit, quodcunque per occasionem contingit obligationis qualis qualis, justæ, vel injustæ a debitore interpositæ, id æquius est debitori, quam creditori proficere, *d. l. rescriptum*, §. 1. *arg. l. is qui alienum, ff. de solut. et l. qui alienam*, *in princ. de evict.* nec quidquam interest debitor mala, an bona fide rem alienam quasi pignori dederit: nam et prædoni, id est, malæ fidei possessori, et furi datur actio pignoratitia soluto debito, *l. si pignore*, §. *si prædo*, *sup. de pignor. act.* sicut datur etiam prædoni, et commodati actio, quia et interest ejus, eo quod domino tenetur, *l. commodare*, *et l. seq. sup. commod. l. 1.* §. *si prædo*, *ff. depos.* quas etiam Accurs. addit hoc loco. Et ita explicita est prima quæstio. Altera quæstio Accursii hæc est, an restituta re pignorata debitori per actionem pignoratitiam ei, qui eam rem usucepit, ulla sit actio cum debitore, qui rem recuperavit? Et constat esse in rem actionem, usucapio parit in rem actionem, et locupletat eum, qui usucepit cum damno alterius, *l. 18.* conjuncta *l. seq. sup.* ex *quib. cau. maj.* Ergo frustra rem a creditore repetierit debitor actione pignoratitia omni pecunia soluta, si postea dominus, id est, qui eam rem usucepit, eam a debitore jure suo vindicet? Sane ita est, frustra repetierit rem pignoratitio judicio, si is, quis usu-

cepit jure suo uti velit: neque enim ullo remedio potest se debitor tueri adversus eum, qui rem usucepit: non si forte creditor in accipienda pecunia debita, debitori cessit actione hypothecaria. Hoc remedium non est idoneum, quia, ut et Accursius animadverterit, inutilis ea cessio est; nec enim, ut et idem Accursius præcidit in *l. ult. C. de hæred. vel act. vend.* cedi potest actio hypothecaria sine principali, nec nisi omni jure nominis cesso, ut in *l. pen. inf. de distract. pign. l. emptori*, *sup. de hæredit. vend.* Competere quidem potest actio hypothecaria quibusdam casibus ei, qui desiit habere personalem, ut in *l. 1. et 2. C. de luit. pign. et l. debitor, ff. ad Trebell.* sed non potest cedi, aut competere actio hypothecaria ei qui nunquam habuit in seipsum, nec cedi ei potest utiliter, quoniam cessione confunderetur, eodem et debitore, et creditore constitutio ejusdem pecuniæ: ergo et hypothecaria eidem debitori utiliter cedi non potest. Nec obstat *lex in creditore*, *ff. de evict.* quoniam in ea l. actio personis non ceditur debitori, sed emptori pignoris, non proponam speciem, quoniam est apertissima. Nihil etiam obstat *l. mulier*, *ff. qui pot. in pign.* cujus species necessario exponenda est. Mulier marito dedit fundum suum in dotem quem creditori pignoraverat: post mortuæ uxori in matrimonio ex testamento hæredes extiterunt maritus et liberi, ex eo et ex alio marito nati: creditor actione hypothecaria vindicat fundum a marito, qui eum juste possidet ex causa dotis, quoniam præmortua uxore dotem lucratur, et adventitiam et profectitiam, si pater non sit; et creditori vindicanti fundum actione hypothecaria maritus offert pecuniam debitam: oblatione debiti creditor removetur a vindicatione pignoris, ab actione hypothecaria, et removeretur etiam offerrente injusto possessore, *l. Paulus*, *§. ult. inf. quib. mod. mod. pign. vel hypoth. solv.* quæ est conjungenda cum *d. l. mulier.* Non tamen injustus possessor offerendo pecuniam, creditorem etiam cogere potest, ut sibi cedat jus nominis, injustus possessor creditorem removere potest a vindicatione pignoris, cogere non potest ad cessionem nominis, quia qui injuste possidet cessionarius, vel procurator in rem suam justus esse non potest: maritus est justus possessor, prædo non juste possidet: at maritus quia justus possessor est ut paulo prius dixi, creditorem compellere potest, ut sibi cedat jus nominis, non tantum ut recedat a pignore, sed etiam ut sibi cedat jus nominis, personalem actionem scilicet, quia cum maritus sit morte uxoris factus plenus dominus fundi dotalis, consequenter non potest ei in suo fundo cedi jus pignoris: res mea non potest mihi esse pignori, *l. neque pignus*, *de reg. jur.* At recte marito ceditur actio personalis adversus cohæredes, id est, liberos ex se et alio natos: ceditur marito, fateor. Sed ut respondeam, quum marito ceditur, non ceditur debitori in solidum, sed debitori pro parte tantum hæreditaria, atque adeo non ceditur pro sua parte, pro qua cessio inutilis esset ratione confusionis, sed ceditur actio personalis pro partibus cohæredum, et recte. Præterea notandum est; non posse etiam adversus usucapionem debitorem eo se remedio tueri, quod protulit Accursius hoc loco, nec Bartolus probat, videlicet, si debitor creditori rem pignoratam dederit in solutum, quia hoc modo debitor rem gesserit domini, id est, ejus qui usucepit potius, quam creditoris vel suam: nam actionem utilem negotiorum gestorum de pretio in se domino paraverit, si dominus ratam faciat dationem in solutum, *l. 3. C. de neg. gest.* Est enim datio in solutum similis emptioni et venditioni, vel dominus ratam non faciat dationem in solutum, ei in creditorem paraverit efficacem in rem actionem pignore dato in solutum, creditore jam non possidente jure pignoris, sed titulo prosoluto: ac proinde sublato jure pignoris, etiam rei alienæ datio in solutum, sicut venditio, valet; et alio jure est solutio, alio datio in solutum. Solutio rei, pecuniæve alienæ non valet nec liberat debitorem pristina actione, *l. etiam*, *l. qui sibi*, *de solut.* datio in solutum liberat pristina actione, etiam si res aliena data sit, sed re evicta creditori competit actio ex empto de evict. *l. 4. C. de evict.* quia datio in solutum emptioni venditioni adsimilatur. Et ita sunt definiendæ hæ duæ quæstiones Accursii.

Ad §. Pacto.

Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis, fructus hypothecarum usuris compensentur fini legitimæ usuræ, quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit, cum ad diem minore fœnore non soluto, legitimæ majores usuræ stipulanti recte promitti potuerint.

In §. *pen.* proponitur hæc species; creditor crediti nomine accepit hypotheca, et stipulatus est usuras trientes ad diem certum solvi, addito pacto, ut si debitor ad diem non solveret usuras trientes, fructus hypothecarum creditor compensaret, et retineret in vicem usurarum, *fini* tamen, ut ait, *legitimæ usuræ*, id est, centesimæ, non supra centesimam: nam et quod supra modum licitum excederet, quod centesimam excederet, pro non adjecto esset, *l. pecuniæ*, *et l. placuit*, *ff. de usur.* Et Papin. ait, hanc pactionem, ut minoribus usuris ad diem non solutis, fructus hypothe-

carum retinerentur ad finem centesimæ usuræ, qua nulla est gravior, hanc pactionem esse justam et ratam : nam stipulatio majorum usurarum sub conditione concepta, si minores, de quibus initio convenit, ad diem non solvantur, valet, ut ait, idemque repetit Papinian. hoc ipso libro *in l. pecuniæ, et §. inf. de usur.* si rata est illa stipulatio, rata quoque est; quæ ei similis est pactio superior: et quamvis non sit quidem ex ea pactione petitio usurarum, erit tamen retentio hypothecarum, sive fructuum ad finem legitimæ usuræ, ut *l. per retentionem 4. et l. pignoribus, C. de usur.* Quæ est sententia h. §. Dixi, quod excedit legitimam usuram esse inutile, et pro non adjecto haberi: et ideo pacto placuisse, ut fiui tantum legitimæ usuræ fructus hypothecarum usuris compensarentur. Quid igitur si sit contracta ἀντίχρησις, ut vocatur ab auctoribus nostris, id est, ἀντί τῶν τόκων χρῆσις, puta, si actum sit, ut fructus hypothecarum retineantur, et compensentur in vicem usurarum, hæc conventio vocatur ἀντίχρησις, et valet jure civili, etiamsi quo anno fructus excedant finem legitimæ usuræ, propter incertum proventum fructuum, qui sæpe frustrantur dominos, *l. si ea lege, C. de usur.* Verum in specie proposita non est contracta ἀντίχρησις, quia non est actum simpliciter, ut fructus in vicem usurarum perciperentur, nullis ante usuris in stipulationem deductis, quo genere ἀντίχρησις contrahitur, sed actum est, ut in vicem usurarum, quæ in stipulationem deductæ erant, si non solverentur ad diem, fructus retinerentur ad finem legitimæ usuræ, quæ res indicat, animum fuisse creditori contrahendi fœnoris, non contrahendæ ἀντιχρήσεως, quia quum ἀντίχρησις contrahitur, nullæ usuræ specialiter in stipulationem deducuntur.

Ad §. Ultimum.

Cum prædium uxor viro donasset, idque prædium vir pignori dedisset, posset divortium mulier possessionem prædii sui recuperavit et idem prædium ob debitum viri pignori dedit. In ea duntaxat pecunia recte pignus a muliere contractum apparuit, quam offerre viro debuit meliore prædio facto, scilicet si majores sumptus quam fructus fuissent, quos vir ex prædio percepit. Etenim in ea quantitate proprium mulier negotium gessisse, non alienum suscepisse videtur.

In §. *ult.* proponitur: uxor prædium viro donavit, idque vir creditori suo pignori dedit: donatio prædii non valet, quæ facta est constante matrimonio. Ergo nec pignus valet, quia rei alienæ pignus nullum est. At finge, divortio facto mulier prædium vindicavit, utpote neque donatione valente, neque pignore, *l. si sponsus, §. ult. et l. si sponsæ, ff. de donat. int. vir. et uxor.* Et rursus mulier ipsa idem prædium ob debitum viri, a quo diverterat, pignori obligavit. Intercessit igitur pro marito: nam datio pignoris intercessionem facit, *l. quamvis, in pr. sup. ad Vellejan. l. 4. C. eod. tit.* Sed finge rursus, marito debere mulierem sumptus meliorati prædii, quos vir fecit in prædium, quamdiu eo fruitus est, ut prædium faceret melius et luculentius. Finge igitur, mulierem debere marito meliorationes, ut loquimur, prædii donati, quod ipsa revocavit, forte quia ii sumptus longe exuperant fructus a viro ex prædio perceptos. Et hoc casu compensata concurrente quantitate fructuum perceptorum, et meliorationum factarum in prædium, in superfluo sumptuum, quod viro mulier debet, consistit pignus prædii constitutum a muliere propter debitum viri: neque pro ea quantitate, id est pro superfluo sumptuum pignus infirmatur Senatusconsulto Vellejano, quia in ea quantitate mulier non intelligitur intercessisse pro marito, sed suum negotium gessisse, quia erat obligata marito, ut in *l. sin mulieri dederim, sup. ad Senatusc. Vellejan.* Illud maxime notandum est, sumptus meliorati prædii uxori, quæ prædium donatum revocat, reputari utiles scilicet, vel necessarios, ut in *l. sed si vir, §. si vir, de donat. inter vir. et uxor. l. si autem, §. pen. in fin. ff. de rei vind.* sicut eos quoque quos sumptus conductor reputat locatori, *l. pen. sup. loc.* et bonæ fidei emptor venditori, *d. l. sin autem, §. pen. l. si prædium, C. de præd. minor.* non etiam malæ fidei emptor, *l. 5. et ult. §. pen. C. comm. de leg.* Sumptus ergo meliorationum non reputari uxori, sed compensari, ut ait, cum fructibus a marito medio tempore perceptis: nam fructus ex prædio donato suis operis acquisitos maritos sane suos facit, *l. fructus, ff. de usur.* sed compensat cum meliorationibus. Qua in re hic §. maxime notandus est.

Ad Leg. III. Qui pot. in pign. hab.

Creditor acceptis pignoribus, quæ secunda conventione secundus creditor accepit novatione postea facta, pignora prioribus addidit. Superioris temporis ordinem manere primo creditori placuit, tanquam in suum locum succedenti.

Tria sunt responsa in hac l. 3. quæ explicabimus, et primi quidem species est hujusmodi: Fundum Tusculanum meum Titio primum, qui mihi crediderat centum aureos, in eam summam obligavi: deinde eundem fundum obligavi Cajo secundo creditori; post novata obligatione, qua tenebar Titio, aliis centum aureis mihi ab eo creditis, et

utraque pecunia cumulata in eandem summam et obligationem, eidem Titio eundem fundum Tusculanum cum aliis quibusdam fundis pignori obligavi, auxi posteriorem obligationem quantitate debiti, et additis aliis pignoribus; verum feci hanc novationem post obligationem contractam cum Cajo, ut Cajus videatur esse prior in causa pignoris fundi Tusculani. Quæritur, in distractione et persecutione fundi Tusculani, tam Cajo, quam Titio obligati, an Cajo Titius potior sit? Quod prima facie non videtur, quia tametsi exordio Titius fuerit prior in hypotheca fundi Tusculani, postea tamen cœpit esse posterior novatione facta. Et tamen aliud Papinian. judicium est, qui respondet, Titium esse potiorem in fundo Tusculano, quasi novatione facta mutarit obligationem tantum, aucta quantitate debiti, et additis aliis pignoribus, non etiam locum et ordinem suum, non privilegium prærogativamque sui temporis. Quod attinet ad causam fundi Tusculani pro primis centum aureis obligati, quia, ut ait, in ejus pignoris causa, in suum ordinem et locum Titius successisse intelligitur, id est, in priorem locum; aut nova obligatione locum pristinum non amisit, vel amissum mox recepisse. Et hæc est Papiniani sententia, quam ex hoc ipso libro Marcianus refert in *l.* 12. §. *Papinian. hoc tit.* hoc addito ex eodem responso, quod hoc loco relictum est imperfectum, posteriore creditore, id est, Cajo non offerente pecuniam debitam Titio, nec hac ratione succedente loco Titii, sibique confirmante pignus, Titium jure suo posse distrahere fundum Tusculanum. Ita ut primam tantum pecuniam, quod maxime notandum, expensam ferat, id est, prima centum, quæ mihi credidit, antequam eundem obligarem Cajo, non etiam secundam pecuniam id est, alia centum, quæ postea credidit mihi: quoniam in prima tantum pecunia jure hypothecæ persequenda, non in secunda, Cajo Titius præfertur. Itaque si Titius ex distractione, vel venditione fundi Tusculani redegerit 120. debet centum expensa ferre, quasi a se mihi credita primum, et 20. quæ supersunt restituere Cajo secundo creditori. Qua actione vero? Non condictione ex lege, non officio judicis, non actione in factum, ut incertus, et hæsitans Accurs. tradit, sed utili hypothecaria, quasi superfluo, id est, eo, quod plus esset in pretio fundi Tusculani. Cajo obligati, cui idem fundus pignoratus, est, ut in *l. pen. hoc tit.* ubi illud superfluum eleganti nomine appellatur *hyperocha*, *la plus value.* Igitur illa 20. quæ supersunt, persequetur Cajus actione hypothecaria, quasi ὑπεροχὴν fundi sibi obligati. Nec ab hac sententia discrepat, quod ex eodem Papin. proponitur in *l.* 1. *tit. seq.* Nam et in ejus l. specie fundo specialiter Titio obligato in centum, deinde Cajo generaliter omnibus bonis, ac postea novatione facta etiam Titio obligatis omnibus bonis, ob alium, vel ob eundem contractum, Titius jure suo eum fundum vendere potest, et ex pretio ferre centum duntaxat: superfluum si quod sit, servare Cajo, cui cetera bona omnia pignorata sunt prius quam sibi, et lex ea tantum tractat de venditione ceterorum bonorum a Titio non jure facta, quæ bona Cajus a quocumque possessore persequi potest actione hypothecaria: nullam vero in personam actionem habet Titium eo in nomine, puta quod cetera bona non jure vendiderit. Et hæc tantum pertinent ad primum responsum.

Ad § *Cum ex causa.*

Cum ex causa mandati prædium Titio cui negotium fuerat gestum, deberetur priusquam ei possessio traderetur, id pignori dedit: post traditam possessionem idem prædium alii denuo pignori dedit: prioris causam esse potiorem apparuit, si non creditor secundus pretium ei, qui negotium gesserat, solvisset. Verum in ea quantitate quam solvisset, ejusque usuris, potiorem fore constaret: nisi forte prior ei pecuniam offerat: quod si debitor aliunde pecuniam solvisset, priorem præferendum.

Secundi responsi species hæc est: mandavi tibi, ut prædium mihi emeres: emisti, et tibi traditum est tuo, non meo nomine: si meo nomine, meum esset effectum, *l. si procurator, ff. de acquir. rer. dom. l. qui mihi, ff. de donat.* At quia tuo nomine tibi traditum est, traditione factum est tuum, non meum, sed tu id mihi ex causa mandati tradere debes, et cum tradideris, tunc fiet meum, *l. res, ff. de acquir. rer. dom. l.* 2. *C. de iis, qui a non dom. manum, sunt:* verum antequam traderes, id ego prædium Titio pignori dedi, ut ait, id est, pacto obligavi, non dedi re ipsa, id est, non tradidi, et ita, pignori dare, sæpe accipitur in jure nostro, sicut in dotem dare, dandi verbo demonstrato placito, demonstrata conventione, non traditione corporali. Ergo prædium, quod mandatu meo emisti, antequam id mihi tradidisses pignori obligavi, et valet obligatio, quia prædium, etsi nondum sit meum, est tamen mihi debitum ex causa mandati, *l.* 1. *in pr. sup. de pignor.* At finge: postea tu mihi prædium, quod emeras, quodque jam Titio pignoraveram, tradidisti, et post traditionem idem ego prædium Cajo denuo pignori dedi, et tradidi; quæritur, quis in eo prædio jure hypothecæ sit potior, Titius, an Cajus? movet quæstionem, quod Cajo priori pignus tradidi, Titius prior est con-

ventione, Cajus traditione; et constat, quamvis Cajo priori res tradita sit, Titium ei præferri, cui conventa non tradita est, *l.* 12. §. *ult. ff. hoc tit.* Et alia ratio est in venditione, si primo fundum vendidero, secundo vendidero et tradidero, hoc casu secundus est potior, quia traditio eum fecit dominum rei venditæ, *l. qui tibi*, *C. de hæred. vendit.* In pignore autem traditio nihil facit, nihil adjicit, nec eo quicquam magis augetur jus pignoris, sed melius semper jus ejus est, potentiusque cui prior res pacto obligata est, ex quo pacto nascitur actio jure prætorio: est pactum legitimum: melius, inquam, semper est jus ejus, cui priori res pacto obligata est, licet tradita non sit, traditio non auget jus pignoris. Verum quod ait Papin. hoc loco: in pignore privilegio tempore Titium esse potiorem, hoc, quemadmodum idem explicat subtiliter, ita procedit, si tu, qui prædium mihi emisti mandatu meo pretium venditori solvisti ex tuis vel alienis nummis: nam si pretium solvisti ex nummis Caji, quos scilicet Cajus mihi credidit sub pignore ejusdem prædii, ut ex ejus nummis venditori solveretur pretium, hoc casu certum est Cajum in ea pecunia et usuris medii temporis esse potiorem, quia ejus pecunia prædium comparatum sit, idemque prædium eo nomine ei specialiter pignori nexum, ut in *l. licet*, *C. qui pot. in pign. l.* 13. *C. de pign. l.* 5. §. *plane*, *sup. de trib. act. l. potior*, *hoc tit. in pr. et Nov.* 97. Hoc igitur casu Cajum præferri Titio, *nisi*, ut subjicit, *Titius Cajo eam pecuniam offerat.* Hoc enim modo Titius succedit in locum Caji, et sibi confirmat pignus. Et hæc est sententia hujus responsi ab Accursio non intellecta, qui fingit me procuratori, cui mandavi, ut prædium emeret, idem prædium pignorasse, quod lex nullo modo dicit, vel subjicit. Item fingit, procuratorem pretium prædii solvisse de suo, cum lex dicat, id solvisse hoc est, *numerasse*: sæpissime, *solvere*, pro *numerare*, et contra, *numerare*, pro *solvere*: cum, inquam, lex dicat, pretium solvisse, id est, numerasse, secundum creditorem procuratori, ut id scilicet procurator solveret venditori, non quasi debitum procuratori, cui nihil debuit quique debitor ipse tantum fuit prædii ex causa mandati ante traditionem. Quod autem statuit Accurs. dominio prædii procuratori acquisito per traditionem; procuratorem habere retentionem quasi pignoris loco quoad sibi pretium solvatur, si id dedit de suo; id equidem facile concederem de suo; id equidem facile concederem exemplo *l. Julianus*, §. *offerri*, *sup. de act. empt.* Res mea mihi non potest esse pignori, fateor: sed potest esse quasi pignori, si mihi jus sit rei meæ retinendæ, quam alii debeo, *d.* §. *offerri*. Sed dicerem male id Accursum colligere ex *l.* 1. *tit. seq.* quam adducit, quæ non loquitur de procuratore, qui rei dominium adquisivit, quem potius excludit ea lex, et secernit his verbis *citra emptionem*, sed loquitur de procuratore voluntario, qui rem amici sui suis nummis pignore liberavit, cui dat ejus rei retentionem, non persecutionem jure pignoris. Restat tertium et ultimum responsum, est que brevius.

Ad §. *Ultimum.*

Post divisionem regionibus factam inter fratres, convenit, ut si frater agri portionem pro indivisio pignori datam a creditore suo non liberasset, ex divisione quæsitæ partis partem dimidiam alter distraheret: pignus intelligi contractum existimavi, sed priorem secundo non esse priorem, quoniam secundum pignus ad eam partem directum videbatur, quam ultra partem suam frater, non consentiente socio non potuit obligare.

Facito, fundum esse communem inter frates, primum et secundum, et omnia bona paterna pro in diviso. Primus partem suam dimidiam, quam in eo fundo habuit pro indiviso, creditori suo obligare potest, non etiam partem alteram, quam habet frater etiam pro indiviso sine voluntate socii pignorare potest. Hoc est notissimum, *l.* 1. *C. si commu. res pign. data sit.* Pone igitur primum obligasse partem suam pro indiviso, et postea accepto arbitro familiæ erciscundæ, vel communi dividundo, et divisione bonorum facta inter fratres consortes, certis regionibus eum fundum fratres inter se partitos ex æquo: post hanc divisionem, ne dicas eam tantum partem esse obligatam creditori primi, quæ obtigit primo, divisio non mutat causam pignoris, sicut nec usucapio, nec venditio, nec alienatio ulla; ab initio autem ante divisionem pars fundi ejus dimidia pro indiviso creditori obligata fuit. Ergo et post divisionem eadem pars creditori pro indiviso obligata manet, quo fit, ut non tantum partis; quæ in eo fundo obtigit primo, sed etiam partis quæ obtigit secundo, pars dimidia, dimidiæ dimidia pro indiviso creditori maneat obligata. Et ita est proditum in *l.* 7. §. *ult. inf. quibus modis pign. vel hypot. solv.* Et ratio hæc est, quia primus, non quam partem in fundo nunc habet, quæ certa est, et certis finibus sive regionibus circumscripta pignori obligavit, sed eam, quam tum habuit: habuit autem tum partem etiam in fratris consortis parte, quæ nunc ei obtigit, partem pro indiviso scilicet, quæ pars incerta est, quia non potest sensibus percipi, aut digito demonstrari: sed percipitur intellectu tantum, et abstra-

hitur: pars pro diviso oculis percipitur, et cerni et tangi potest, pars pro indiviso nec cerni, nec tangi potest, et occupat totam rem, *l. placet, sup. quib. mod. usufr. amitt. l.* 1. §. *hoc interdictum uti possid.* Quamobrem proponitur in specie hujus §. in divisione fundi convenisse inter fratres, ut si primus non lueret fundi partem a creditore suo, cui eam obligavit pro indiviso, secundo ut liceret partis, quæ ex divisione obtigit primo partem dimidiam pro indiviso distrahere, permissa distractio ejus partis, quod maxime notandum, est argumentum contracti pignoris, id est permissum secundo intelligitur, ut eam partem distrahere jure pignoris, si cessaret primus in luenda parte dimidia pro diviso partis certæ, quæ obtigit secundo, quam utique debet primus ei præstare immunem et liberam, quasi obligatus de evictione: nam divisio vicem emptionis obtinet, *l.* 1. *C. comm. utriusq. jud.* Erit autem secundus in eo pignore potior creditore primi, quamvis creditor primi sit prior, quia scilicet, ut etiam docet in *l.* 2. *hujus tit.* secundus in eo pignore non tam est potior, quam solus, id est, in eo pignore creditor primi, secundo non concurrit. Denique secundus in eo est solus, quia scilicet non partem jam obligatam creditori suo primus secundo pignorasse intelligitur permissa distractione, in qua creditor est prior et potior, sed partem, quam neque pignoravit, neque pignorare potuit creditori, invito secundo fratre suo, id est, partem dimidiam pro indiviso, quæ ex divisione obtigit primo; sic hæc pactio sive conventio accipienda est, cujus argumentum præbet, quod permissa distractio est secundo: nam si diceres videri pignoratam secundo partem dimidiam pro diviso partis, quæ obtigit primo, videretur id pignus directum ad eam partem, quæ obligata est creditori primi, nec in ea potior esset secundus. Et ita explicanda est hæc lex.

Ad L. IV. de Distract. pign.

Cum solvendæ pecuniæ dies pacto profertur, convenisse videtur, ne prius vendendi pignoris potestas exerceatur.

In hac lege ostenditur, prolato die solvendæ pecuniæ pacto convento, *ne pecunia, quæ debetur petatur intra certum diem*, sive id ita convenerit ab initio, sive aliquanto post creditam pecuniam, etiam tacite prolatum videri jus vendendi pignoris in eam causam obligati, nec posse distrahi pignus ante diem solvendæ pecuniæ, quod confirmat etiam *l.* 6. §. 1. *quib. mod. pign. vel hypoth.* Aliquid tamen interest, pactum sit perpetuum, puta, ne omnino pecunia petatur, an temporale, puta, ne petatur intra certum diem; nam si pactum sit perpetuum, id etiam pacto tacite inest, ne creditori sit persecutio pignoris, et tollitur actio hypothecaria per exceptionem pacti, *l. si tibi*, §. *de pignore, sup. de pact.* Actio hypothecaria nascitur ex pacto ipso jure, quasi legitimo pacto, id est, jure prætorio: non tollitur autem actio hypothecaria pacto convento ipso jure, ut actio furti, vel injuriarum ex duodecim tabulis, *d. l. si tibi*, §. 1. sed opposita exceptione pacti. *d.* §. *de pignore.* At si pactum sit temporale, quo dies solvendæ pecuniæ differatur ver proferatur, videtur tantum dilata vel prolata venditio pignoris, non etiam persecutio, quia creditoris interest pignori incumbere, ut in tuto sit creditum, *l. quæsitum, sup. de pignor.* Plus est cautionis et securitatis in pignore, quam in persona, *l.* 25. *de reg. jur.* in re quam in persona, *l. eos, C. de pignor.* §. *furti autem, Institut. de obligation. quæ ex delict.* Quamobrem, non persequendi, sed vendendi pignoris tantum potestatem Papinianus ait hoc loco ante diem solvendæ pecuniæ exerceri non posse.

Ad Leg. I. Quibus modis pign. vel hypothec. solvitur.

Debitoris absentis amicus, negotia gessit, et pignora citra emptionem, pecunia sua liberavit, jus pristinum domino restitutum videtur. Igitur qui negotium gessit, utilem sibi Servianum dari non recte desiderabit, si tamen possideat, exceptione doli defenditur.

In hac lege sunt tria responsa; in primo ostenditur, procuratorem voluntarium, sive negotiorum gestorem, qui amici sui pignora creditoribus obligata suis nummis liberavit, jus pristinum amico restituisse, id est, pignora ita liberasse, ut nec ei eo nomine teneantur obnoxia, nec ejus propria efficiantur, sed plena et libera domino restituantur. Ideoque nec earum rerum, quas amici causa liberavit persecutionem ei dari, quasi taciti pignoris jure per actionem hypothecariam, si eas non possideat, vel si possessionem earum amiserit, sed dari retentionem tantum, si eas res possideat opposita exceptione doli mali, domino eas res vindicante, quoad dominus pecuniam absolverit, qua res liberavit: habet etiam ejus pecuniæ repetendæ actionem negotiorum gestorum, *l. res, C. de pignor.* Et recte ponit Papinianus, eas res, negotiorum gestorum liberasse retulisse, repignorasse *citra emptionem*: nam si eas emit a creditore jure suo distrahente pignora, si emit, ut extraneus quilibet. dominus rerum efficitur, et earum persecutionem habet amissa possessione, non jure pignoris, sed jure dominii directo. Et alia est causa fidejussoris, vel secundi creditoris, qui emit pignore a primo

creditore, quoniam ii dominium pignorum non nanciscuntur, sed succedunt tantum in locum creditoris, a quo pignora redemerunt, quia non tam acquirendi dominii, quam in se transferendorum pignorum causa, ea pignora emisse videtur ut *l.* 2. *et l.* 5. §. *ult. et l.* 6. *sup. tit. prox. l.* 3. *sup. quæ res pign. oblig. poss.* Et habent igitur actionem hypothecariam, non directam vindicationem.

Ad §. *Cum venditor.*

Cum venditor numerata sibi parte pretii prædium, quod venierat, pignori accepisset, ac postea residuum pretium emptori litteris ad eum missis donasset, eoque defuncto donationem quibusdam modis inutilem esse constabat: jure pignoris fiscum frustra petere prædium, qui successerat in locum creditoris, apparuit, cujus pignoris solutum esse pactum prima voluntate donationis constabat, quoniam inutilem pecuniæ donationem lex facit: cui non est locus in pignore liberando.

Secundi responsi species hæc est: prædii venditi a me et traditi pretium mihi emptor pro parte solvit, et reliqui pretii idem prædium pignori dedit: post emptori per epistolam donavi reliquum pretium, reliquam partem pretii, quo modo donationem recte fieri ostendi libro superiore ad *l.* 48. *de acquir. possess.* Et donatione residui pretii, cujus nomine prædium obligatum est, constat solvi pignus, solvi pactum pignoris, ut ait, et prædium liberari. At quid fiet, si post mortem meam constiterit, eam donationem quibusdam modis, rationibusve inutilem esse vel ex l. Cincia, quæ fuit de donationibus, vel ex constitutionibus. Facito, me donasse post contractum capitale crimen, quæ donatio sequuta condemnatione inutilis est ex constitutione Severi et Antonini, *l. post. contractum, ff. de donat.* et me capitis fuisse damnatum, ac proinde fiscum mihi successisse, quod etiam hoc loco proponitur; quæritur, an fiscus possit, prædium persequi actione hypothecaria, quasi per donationem inutilem non soluto vel perempto pignore? Et Papinianus ita respondet, *jure pignoris fiscum frustra petere prædium apparuit*, id est, visum mihi est, ut in *l.* 3. *sup. qui pot. in pign.* Prioris causam potiorem esse apparuit. Cur vero fiscus frustra prædium petit jure pignoris? Cur frustra agit actione hipothecaria? quia ut declarat lex, sive constitutio Severi, et Antonini lex pro constitutione, ut in *l. tutor, sup. de pign. act. et l. lex, C. de administ. tut.* quia *lex*, inquit, *donationem tantum pecuniæ sive residui pretii inutilem et irritam facit*, non etiam liberationem pignoris, quæ donationi inest, quia ea liberatio non nascitur ex donatione ipsa, quæ inutilis est, sed ex nuda voluntate et pactione quæ utilis est, licet donationi inutili insit: nam etsi residui pretii donatio non valet, ut donatio: valet tamen ut nuda voluntas, nudave pactio, *l. Modestinus, ff. de donat.* sicut acceptilatio inutilis valet ut pactio, *l. an inutilis, de acceptilat. l. si unus*, §. *pen. de pact. l. cum emptor, de rescind. vend.* Pacto autem certum est remitti pignus, nec eam solam remissionem pignoris, quæ fit pacto, videri esse donationem, *l.* 18. *quæ in fraud. credit.* qua ostenditur, recte virum uxori, vel contra, uxorem viro remittere pignora, quia ea remissio non intelligitur esse donatio, propterea quod integra manente principali obligatione, nihil ob eam rem ex patrimonio ejus qui pignus remittit, abscedit, nec de suo quicquam largitur. Huic autem responso Papiniani Accursius opponit *l. debitum, C. de remiss. pign.* qua se expedire nequit lex ait, debito remisso inutile pactum, et debiti et pignoris remissionem nullam esse: nihil est facilius, per pactum inutile remissæ sortis non remittitur pignus, fateor: at per donationem inutilem, ut hoc loco, pignus remittitur, non donationis, quæ est inutilis, sed pacti potestate, quod non est inutile, quamvis inutili donationi insit. Et ita ad eam legem respondendum est, Glossa omni circumscripta Accursii.

Ad §. *Ultimum.*

Defensor absentis cautionem judicatum solvi præstitit: in dominum judicio postea translato, fidejussores ob rem judicatam, quos defensor dedit, non tenebuntur, nec pignora quæ dederunt.

In tertio responso et ultimo hoc proponitur: qui in judicio offerebat se ultro defensioni debitoris absentis, ante litem contestatam, ut debuit, cavit actori, judicatum solvi, datis fidejussoribus, qui et in eam causam pignora obligaverunt. Notissima est regula juris, neminem idoneum et locupletem videri defensorem esse litis alienæ sine satisdatione hujusmodi, quæ proponitur multis in locis, ut *tit. de proc. et de reg. juris.* Finge, debitore reverso pendente judicio, judicium, ut fit, omne in eum translatum esse: Papinianus definit translatione judicii defensorem et fidejussores et pignora liberari, nec posse, condemnato debitore in defensorem, vel in fidejussores committi stipulationem judicatum solvi, videlicet si actor translationem judicii factam in dominum, non ignorarit, quam ei esse significandam probat *l. si ante, ff. judicat. solvit.* Et hoc jure utimur: et hæc est sententia hujus responsi ult. Cui nihil obstat quam opponit Accursius *l. in causæ*, §. *sed ex parte, ff. de procurat.*

quia hoc loco loquitur Papinianus de defensore rei, qui satisdedit judicatum solvi, in quem stipulatio non committitur, si judicium translatum sit in dominum. Illo autem loco agitur de procuratore actoris, qui satis accepit, non qui satisdedit judicatum solvi, quæ stipulatio committitur postea judicio translato in dominum, et a procuratore ea stipulatio transit in dominum, hoc loco, *qui satisdedit, omne litis commodum et incommodum in dominum transfert, et se, fidejussoresque suos exonerat.* Illo etiam loco, *qui satis accepit omne litis commodum et incommodum in dominum transfert, ergo et stipulationem judicatum solvi, sibi a reo factam, in judicio in rem.* Nulla igitur repugnantia est; nihil est apertius. Potest autem alia differentia constitui inter procuratorem sive defensorem rei, et procuratorem actoris: ex *d. l. si ante*, quæ est de procuratore rei, et ex *l. Julianus sup. qui satisd. cog.* quæ est de procuratore actoris. Et vexata est mirum in modum hæc differentia ab Accursio et interpretibus, quæ constitui debet et declarari perspicue ac breviter omisso longo sermone hoc modo: defensor rei, qui satisdedit judicatum solvi, si postea fiat pro: curator accepto mandato, ut defendat reum, in eum condemnato reo stipulatio non committitur, quia non est eadem causa, et conditio personæ promissoris, qui satisdedit, quæ fuit interponendæ stipulationis tempore, quo tempore fuit defensor sine mandato, nunc est verus et justus procurator: hoc de defensore. Procurator autem ex parte actoris voluntarius, qui non habebat mandatum, qui a reo satis accepit judicatum solvi, si postea mandatum acceperit a domino, ut ageret, vel pergeret agere, et rem exequi condemnato reo stipulatio committitur, quia eadem mansit causa personæ promissoris, quæ fuit initio: quod satis est, licet non eadem sit causa actoris. Et ita ea differentia explicanda est.

Ad L. LXVIII. de Evict.

Cum ea conditione pignus distrahitur, ne quid evictione secuta creditor præstet: quamvis pretium emptor non solverit, sed venditori caverit, evictione secuta nullam emptor exceptionem habebit, quo minus pretium solvat.

In hac l. proponuntur duo casus, quibus venditor emptori non tenetur de evictione. Unus casus hic est, si creditor pignus vendiderit non jure communi promissa evictione, sed jure creditoris, jure pignoris non causa vel promissa evictione, ut definitur præcipue in illo *tit. C. creditor. evict. pign. non deb. lib.* 8. Denique si creditor pignus vendiderit, ut id suo periculo emeret, qui emeret, nec mancipio ei daretur: nam is tantum tenetur de evictione, qui mancipio dedit, vel promisit, et se dominum emptorem facere palam professus est. Plautus in Persa. *Suo periculo is emat, qui eam mercabitur, mancipio neque promittet, neque quisquam dabit.* Quamobrem in l. 4. h. t. Ulpianus videtur scripsisse hoc modo, *an is, qui mancipio vendidit, fidejussorem ob evictionem dare debeat, an repromittere tantum nuda cautione?* nam is, qui mancipio non vendidit, non tenetur de evictione, nisi nominatim caverit duplam aut simplam evictionis nomine, ut et Varro scribit 2. de re rustica *cap.* 10. Qui autem mancipio vendidit, facta solemni mancipatione rei venditæ solemniter per æs et libram, ut olim solebat, etiamsi nihil caverit, tenetur de evictione: nam mancipio cavet vel promittit, ut Paulus loquitur, satisdato promittit, nisi aliud convenerit, *eadem ne daret*, ut in lege mancipiorum addi solitum, etiam idem Varro scribit 2. de Lingua Lat. *satisdato promittit,* id est, dato, fidejussore, qui et auctor secundus dicitur, quæ satisdato Ciceroni 5. ad Atticum epist. 1. est *satisdato secundum mancipium.* Verum ad rem. Creditor jure suo vendendo pignus mancipio neque promittit: et ideo non tenetur emptori de evictione. Verum fac ita esse, creditorem scilicet pignus vendidisse jure suo, et emptorem pretium nondum solvisse, sed cavisse de solvendo pretio; an evicta re, si ex cautione ab emptore veditor petat pretium, tueri se emptor potest exceptione rei evictæ et ablatæ a domino? id est, an emptor, et si non habeat actionem de evictione, qui emit a creditore lege pignoris, habeat tamen exceptionem doli re evicta, et retentionem pretii? Et respondet Papinianus, nec retentionem pretii eum habere, quia evictionem pignoris nullo modo, nulla via venditor præstare debet, quia id jure pignoris vendidit, non jure communi. Alter casus, qui proponitur in responso, sive §. sequenti hic est.

Ad §. Creditor.

Creditor, qui pecunia nomen debitoris per delegationem maluit, evictis pignoribus, quæ prior creditor accepit, nullam actionem cum eo, qui liberatus est, habebit.

Si debitor creditori nomen sui debitoris in solutum dederit, et delegaverit, quo casu creditorem etiam ejus nominis pignora sequuntur, *l. empt. sup. de hæred. vend. l. pen. de distract. pign.* Evictis etiam pignoribus creditori, de evictione illi in debitorem nulla actio competit, quod proponitur in secundo responso hujus legis. Et ratio hæc est, quia venditor nominis, cui similis est is, qui nomen dat in solutum, *l. eleganter, sup. de pigner, act. l. 4. C. de evict.* non præstat

periculum evictionis, sed id periculum pertinet ad emptorem, *l. periculum, sup. de pign.* Et in hoc tenetur tantum venditor nominis, ut præstet nomen esse, actionem esse, debitorem esse: non ut præstet nomen esse idoneum, debitorem esse idoneum non ut præstet pignora esse in bonis debitoris, quia tale jus cedit et vendit quale habuit, nec optimum id jus esse præstare debet, *l. si plus, §. pen. hoc tit. l. si nomen, sup. de hæred. vend.* Eadem vero est sententia hujus loci, quæ responsi Pauli, quod est in *l. periculum, sup. de pignor.* quod Glossæ non animadvertunt. Recte tamen et vere notat eum, qui nomen debitoris sui in solutum dedit creditori suo, pignoribus creditori a domino evictis, ei debere cedere contrariam actionem pignoratitiam in debitorem suum, quod rem alienam pignoraverit. Idemque creditor, qui pignus jure suo vendidit, debet præstare emptori, *l. in creditore, hoc tit.*

Ad L. IX. de Usuris.

Pecuniæ fœnebris intra diem certum debito non soluto dupli stipulatum in altero tantum supra modum legitimæ usuræ respondi non tenere: quare pro modo cujuscumque temporis superfluo detracto, stipulatio vires habebit.

In primo responso hujus legis, proponitur pecunia credita convenisse interposita stipulatione, ut ad diem pecunia non soluta pœnæ nomine duplum præstaretur: debitor mutua centum acceperat, si ea intra annum non solveret, promisit ducenta: hæc stipulatio partim utilis est, partim inutilis, non tota inutilis, sed pro ea tantum parte, quæ in duplo, id est, in altero tanto, quod in stipulationem deductum est, usuram legitimam, puta, centesimam excedit, nec pars inutilis vitiat eam partem, quæ est utilis, quæ non excedit modum licitum, ut in *l. placuit, et l. pœnam, h. t. l. cum allegas, et l. eos, §. si quis autem, C. eod. tit.* Itaque post annum, si non solverit ad diem, si non solverit intra annum, ut placuit, non statim debentur altera centum, ne fraus fiat legi Gabiniæ, et constitutionibus, quæ usuris modum imposuerunt, sed ex die interpositæ stipulationis, ut in *l. lecta, in fi. sup. de reb cred.* pro modo annorum quibus cessaverit debitor in solvenda forte: ex stipulatione debentur usuræ legitimæ tantum, ut puta, si triennio cessaverit, usuræ sive pœnæ nomine debentur triginta et sex tantum, qui finis est legitimæ, id est, centesimæ usuræ, quæ in centum quotannis reddit XII. ex singulis centenis nummis duodenos nummos quotannis efficit. Et hæc est sententia hujus loci, quod et *lib. 5. resp.* idem Papin. se respondisse scripsit, ut Ulpianus refert in *l. Julianus, §. ibid. Papin. sup. de act. empt.* Respondit autem, ut opinor hoc loco, et similiter, quod ibi Ulpianus refert, si convenerit, ut ad diem pretio non soluto, venditori duplum præstaretur, nimirum hanc conventionem in fraudem legum, quæ usuris modum fecerunt, videri adjectam, quod legitimam usuram excedit, et quod ad excessum illum attinet, inanem conventionem esse, longeque aliam esse rationem: nam et hoc addidit Papin. esse rationem pactionis, sive legis commissoriæ puta ut ad diem pretio non soluto res fiat inempta, non ut duplum præstetur, quia hoc modo fœnus illicitum non contrahitur, ut superiore, sed lex tantum justa dicitur venditioni, ut si non solvat emptor venditori pretium ad condictum diem, res ad emptorem revertatur, in qua conventione nulla est species fœnoris. Porro ex hoc responso intelligimus, quod inutiliter adjicitur in stipulatione usurarum supra modum legitimum non vitiare eam stipulationem usurarum, quatenus utilis esse potest, ad finem legitimæ usuræ scilicet. Denique stipulationem partim esse inutilem, partim utilem, nec utile vitiari per inutile. Obstat (*) lex *Græce, §. item, ff. de fidejussorib.* quam citavit hoc loco Accurs. quæ l. ostendit, fidejussorem, qui pro debitore obligato in decem promittit quindecim, nulla ex parte teneri, neque in decem, in quæ tantum, si promisisset, teneretur utiliter, neque in 15. vel ut loquitur ea lex, omnino non obligari, ut in *l. 4. §. 1. rem pup. salv. fore*, Basilica οὐδ' ὅλως, nullo modo obligari, quæ verba tamen pessime Alciatus cavillatus est 5. parerg. statuens, fidejussorem non teneri in plusquam debeat debitor, puta, in quindecim, sed teneri in decem, in quæ tenetur reus, nec utile vitiari per inutile, per excessum aut superfluum, quod omnino repugnat et verbis legis et rationi, quæ paulo post declarabitur, quoniam lex ait fidejussores omnino non obligari: ac similiter in Institutionibus dicitur præcise, fidejussorem non obligari si reo promittente quinque, ipse promittat decem. Quod quid aliud est, quam nullo modo obligari nullave ex parte obligari: et inutilem adjectionem vitiare utilem? Verum, ut omnis controversia dirimatur, separare debemus eum, qui pro se ipso promittit, in qua stipulatione utile per inutile non vitiatur, ut *l. 1. §. sed si mihi, de verb. obl.* hunc, inquam, separare debemus ab eo, qui pro alio promittit. In qua stipulatione vel levi de causa ille non obligatur, et facile in eo utile vitiatur per utile: nam hoc est singulariter receptum in iis omnibus, qui pro aliis obli-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 51. et variant. adject. cap. 1.*

gantur stulte, veluti fidejussoribus, mandatoribus, expromissoribus, reis constitutæ pecunia, nempe, ut si in duriorem causam, adhibeantur, puta, in majorem et ampliorem quantitatem, prorsus non obligentur ulla ex parte, si vel minimum vitium insit intercessioni, quod mirum videri non debet; nam et in aliis plerisque causis fortunæ eorum, quæ plerumque miserrima est, singulariter jura subveniunt, quod docet observatio 20. c. 34. multis argumentis. Non omittam verum esse, quod Glossa notat hoc loco, Papinianum dixisse: *dupli stipulatum*, pro dupli stipulationem, ut in *l. uxori*, §. *ult. de leg.* 3. *l*, 3. *C. de inut. stip.* ut actionem ex stipulatu more veterum: actionem ex stipulatione, ut sponsum pro sponsione, et actionem ex sponsu, *l. sciendum*, §. *dictum, de ædil. ed. l.* 7. *inf. de verb. sign.* Et forte etiam initio hujus legis more veteri Papin. *pecuniam fœnebrem* dixit, pecuniam mutuam simpliciter, quæ et ab initio fuit sine usuris; et post etiam diem solvendæ pecuniæ palam usurarum mentio facta non est, sed duplæ sortis tantum: et id ita Theologi accipiunt etiam quod est scriptum Deuteron. 15. *pauperi fœnus fœnerabis*, ubi D. Augustinus: *δάνεον δανεῖ εἰς. Certe*, inquit, *cum operam misericordiæ præcipiat, non utique usurarum crudelitas suscipienda est, quamvis fœnoris verbo usus sit.*

Ad §. *Usurarum.*

Usurarum stipulatio, quamvis debitor non conveniatur, committitur, nec inutilis legitimæ usuræ stipulatio videtur sub ea conditione concepta, si minores ad diem solutæ non fuerint, *non enim pœna sed fœnus uberius justa ratione sortis promittitur. Si tamen post mortem creditoris nemo fuit, cui pecunia solveretur, ejus temporis inculpatam esse moram constitit, ideo si majores usuræ prioribus petantur, exceptio doli non inutiliter opponetur.*

In §. sequenti initio proponitur usurarum stipulationem committi sua die, etiam non interpellato debitore, quia dies satis debitorem interpellat, hoc est verissimum, *l. trajectitiæ, de oblig. et act. l. diem, de verb. obl. l.* 4. §. *ult. de lege commiss. l.* 12. *C. de contrah. stip l.* 2. *C. de jure emphyt.* Et hoc posito initio hujus §. subjicit Papin. et repetit, quod etiam scripsit in *l.* 1. §. *pen. sup. de pignor.* valere stipulationem legitimæ usuræ factam sub conditione, si minor usura, de qua initio convenit, ad diem non solvatur, *quia*, inquit *non pœna, sed fœnus uberius sortis, justa ratione promittitur*: separat pœnam ab usura, et tamen *l. Cajus, et l. Seja, inf. h. tit.* pœnam vocat si ob non solutas sua die minores usuras graviores infligantur. Verum hic, ut arbitror pœnam accipit pro usuris usurarum, negans id agi hac conventione, ut minores usuræ currere non desinant, sed quo tardius solvantur, earum usurarum usuræ præstentur, quod est illicitum: usurarum usuræ nunquam fuerunt permissæ, quæ est ratio dubitandi in *l. cum quidam*, *ff. hoc tit.* sed ut ait, hac conventione id tantum agitur, ut usuræ minores, si sua die, si statuta die non solvantur, in posterum currere desinant, et deinceps ex die cessationis, ut præscribit *l. cum quidam*, usuræ uberiores præstentur fini legitimæ usuræ: hic ergo est sensus: non usurarum minorum, si non solverentur, usuræ sunt promissæ, sed usuræ sortis graviores sunt promissæ, *justa ratione*, id est, ratione moræ et conditionis impositæ stipulationi, et ita quoque Græci hunc locum accipiunt: *οὔτε γὰρ τόκους τόκων δοκεῖ ἐπερωτῆσαι, ἀλλ' ἀπὸ ἄρεσιν πλείονα, καὶ νόμιμον τόκον. Non videtur*, inquiunt, *promisisse, usurarum usuras, sed sub conditionem tantum majorem, et legitimam usuram*, quod est rectissimum. At postremo subjicit, excusari promissorem a majoribus usuris, si post mortem creditoris non fuerit cui ad diem solveret minores usuras, nondum adita hæreditate ejus, et cunctantibus hæredibus, ut in *l. diem*, *ff. de verb. obl.* Et ideo postea, hæredibus adeuntibus, et ex stipulatione petentibus majores usuras, obstare merito exceptionem doli mali, quod, medii temporis mora sit inculpata, ut ait. Neque huic postremæ sententiæ quicquam obstat *l.* 18. §. *ult. inf. h. t.* quæ post traditionem rei venditæ mortuo venditore, cui incertus est successor, si emptor quod debet pretium non deposuerit, et consignaverit, qui rem venditam accepit, non ideo minus currere usuras pretii medii temporis: nec mirum, quoniam emptor cœpit esse in mora vivo venditore, cœpit esse in culpa vivo venditore rem accipiendo, nec solvendo pretium. Nihil etiam obstat *l. ult. tit. seq.* pœnam committi trajectitiæ pecuniæ non solutæ, si mortuo debitore incertus sit successor, quia ibi ponitur (ut respondeam) non fuisse, qui solveret: hic autem ponitur fuisse, qui solveret, non etiam cui solveretur? quæ longe diversa species est, diversaque ratio.

Quod dixi nudiustertius ad finem *l.* 9. *de usur.* ea quoniam dixi brevius et properantius, quam res postulabat, ut sæpe cogor præfestinare prætерlabente hora, mihi videor debere interim me exponere, quod dixi me daturum duo responsa tantum.

Si post mortem creditoris ideo non sint ad diem solutæ minores usuræ, quod incertus esse successor creditoris medii temporis graviores usuræ, quæ in stipulationem deductæ erant, effectu non

debentur, quia petentibus obstat exceptio doli mali. Hoc proponitur in extremo *d. l.* 9. quod pugnare videtur cum *l.* 18. §. *ult. eod. tit.* quæ ait, post traditionem rei venditæ et mortem venditoris, cui incertus successor fuit, nihilominus a debitore deberi medii temporis usuras pretii. Cur tam varie? Ratio differentiæ hæc est, quia in specie legis 9. mora non cœpit fieri creditori: nec igitur ex mora ei usuræ deberi cœperunt, sed mora facta est post mortem creditoris, ad diem non oblatis minoribus usuris, quæ mora extra omnem culpam est: *mora inculpata est*, ut ait cum nec cœperit a defuncto creditore, nec potuerit incipere ab alio, nullo dum extante cui minores usuræ solverentur, ut nec culpari merito debitor possit, cur eas usuras non consignaverit interim, et deposuerit in æde sacra, ut fiebat apud sacerdotem et Aedituum. Et tantum mora, hoc est tarda solutio nocet, quæ dolo, vel culpæ conjuncta est. In specie autem l. 18. mora cœpit fieri vivo venditore, quæ mora culpæ conjuncta est, cum debuerit emptor, qui re empta fruebatur, qui fructus percipiebat, solvere pretium, aut eo non soluto, usuras pretii venditori dependere; fructuum perceptorum ratio, et vicissim usuras præstari desiderat, *l. Julianus*, §. *ex vendito*, *de act. emp. l. curabit*, *C. eod. tit. l.* 5. §. *ult. de dot. collat.* Ex mora igitur usuræ in ea specie vivo venditori deberi cœperunt. Quamobrem et post mortem venditoris jure hæreditario debentur venditoris hæredibus, etiam ejus temporis, quo incertus venditori successor fuit, *l. cum pater eod. tit.* quia interim hæreditas jacens defuncti locum obtinuit, *l. non minus*, *in fin. sup. de hæred. instit.* Et consequenter merito culpari potest emptor, qui jam contraxit culpam vivo venditore, qui pretium interim non consignat et deponit in æde sacra, vel tabulario civitatis. Sola depositio eum excusaret a dependendis usuris pretii, si non est, cui offerat pretium, puta, jacente hæreditate. Si est cui offerat, etiam ei debet offerre omnino, nec sola depositio sine oblatione sufficit, *l.* 2. *C. de usur.* illud etiam cum fine *d. l.* 9. pugnare videtur, quod dicitur in *l. ult. de naut. fæn.* pœnam non solutæ pecuniæ sua die committi, etiamsi ea dies illuxerit post mortem debitoris nullo adhuc ei existente certo successore, et deliberantibus hæredibus. Sed, ut respondeam, longe diversa ea species est, quia in ea ponitur non fuisse debitorem, aut hæredem debitoris, et fuisse cui solveretur: quo casu ipso jure pœna committitur sine interpellatione, quæ fiat in personam, ex eo solo, quod die solvendæ pecuniæ, cum existat cui solvatur, nullus existat, qui solvat. Contra in specie *l.* 9. eo die, qui primus fuit solvendarum minorum usurarum, est qui solvat, non est cui solvatur, et merito culpari non potest, qui nulli solvit, cum nullus existit cui solvat. Et ita hæc explicanda sunt.

Ad L. LXXIX. de Leg. II.

Quæ fideicommissa moriens libertis viri debuit, eorundem prædiorum suis quoque libertis fructum reliquit. Juris ignoratione lapsi, qui petere prædia ex mariti testamento debuerunt, secundum fideicommissum inter ceteros longo tempore perceperunt. Non ideo peremptam videri petitionem prioris fideicommissi constitit.

Legis species hæc est: uxor hæres instituta a marito rogata est, ut quum moreretur libertis mariti prædia quædam restitueret, et moriens uxor, tam suis, quam mariti libertis usumfructum eorum prædiorum per fideicommissum reliquit; poterant et debebant mariti liberti ab hærede uxoris prædia petere jure primi fideicommissi relicti testamento patroni: sed juris ignoratione lapsi, ut ait, una cum libertis uxoris petierunt eorum prædiorum usumfructum ex testamento uxoris, et longo tempore usumfructum perceperunt. Ignoratio juris, quod Glossa non videt, in eo fuit, quod liberti mariti existimarint primum fideicommissum pendere ex mera voluntate mulieris, et non necessitate juris contineri, sed pudore tantum et conscientia mulieris, ut olim obtinuisse scriptum est in Institutionib. *tit. de fideic. hæred.* utque Seneca scripsit: *Religiosum hominem sanctumque solere fideicommissa tueri*: quæ nondum scilicet ullo juris vinculo continebantur, vel ex quibus nondum dabatur actio sive persecutio. Quæritur autem in hac lege an perceptione secundi fideicommissi ex testamento mulieris, perempta sit persecutio primi fideicommissi ex testamento viri? Et respondet non esse peremptam. Recte, quia juris ignorantia suum petentibus non nocet, *l.* 7. *et* 8. *de jur. et facti ignor.* Suum autem est et quodcunque debetur, *l.* 15. §. *quod avus*, *ad l. Falc.* Et quamvis longo tempore secundum fideicommissum perceperint ex testamento uxoris, nec quicquam exegerint ex testamento viri, primi fideicommissi petitio non perimitur præscriptione longi temporis, *l. neque, C. quib. non objic. long. temp. præsc.* Hæc est ratio hujus responsi. Verum huic responso Accursius opponit *l.* 5. *in pr. ff. si quid in fraudem pat.* et *l. Claudius*, *sup. de acq. hæredit.* Quod ad l. 5. attinet; primum in ea agitur de facti, non de juris ignorantia: quoniam in ea non est legendum, *an jus ignoranti*, ut vulgo, sed ut in Florentinis, *an ignorantiæ ejus.* Deinde in ea species proponitur hujusmodi: libertus, qui

vivus multa bona alienaverat in fraudem patroni, ut eo minor portio ad patronum perveniret, moriens patronum hæredem instituit ex semisse, ex debita portione debuit patronus omissa institutione petere bonorum poss. contra tab. quasi institutus ex modica parte, ob diminutiones a liberto factas in fraudem ejus: sed cum eas esse factas nesciret, quæ ignorantia facti est, non juris, liberti hæreditatem adivit; aditione jus bonorum possessionis contra tab. amisit, et consumpsit, quia agnovit voluntatem defuncti: an etiam amisit actionem Fabianam, de quo in illo titulo agitur, qua patroni revocare solent quidquid gestum est in eorum fraudem? Et ait lex, eum amisisse etiam actionem Fabianam, quia acquieverit voluntati liberti, et non simpliciter, quia factum ignoravit: nec enim facti ignorantia nocet, vel in damnis, vel in compendiis, sive lucris, sed quia vitio et culpa sua factum ignoravit, dum temere adivit hæreditatem, re omni et totius hæreditatis causa non bene perpensa, quod et ea lex significat his verbis: *Patronum sibi imputare debere*, hoc est, de se queri debere, stultitiæ suæ hoc acceptum ferre debere. Curiositas, prudentia et diligentia desideratur in eo, qui hæreditatem aditurus est, qua in re etiam legib. ei dantur certa tempora ad deliberandum. At si non utitur diligentia, sibi imputet, si quid damni senserit inconsulto adita hæreditate. Idemque putarem dicendum, si patronus juris ignorantia lapsus, liberti adierit hæreditatem, quia in compendiis juris error nocet, non in damnis rei suæ, *d. l. 8. de jur. et fac. ign.* Et hæreditas liberti compendium est, quoniam patronus non est creditor, etiamsi sit instituendus ex legitima parte non ideo est creditor, *l. 6. in fi. ff. ad l. Corn. de falsis.* Vis hoc tibi perspicue monstrari? Si esset creditor, si deberetur ei legitima quasi creditori, alienata in fraudem suam revocaret actione Pauliana, quæ creditoribus competit, nec indigeret propria actione, id est, Fabiana, vel Calvisiana. Et eodem modo respondendum est ad *l. Claudius*: qui per errorem facti adivit hæreditatem ex testamento secundo, quod erat inutile, cum debuit adire ex primo, quod erat utile, in quo ab eodem hæres scriptus erat, non potest redire ad primum testamentum, et rem amittit, quia temere et inconsulto adivit et seipsum ipsemet decepit. Idque Imperator Severus decrevit, ut ait *d. l. Claudius*. Eadem est ratio *l. filium emancipatum, eod. tit.* filius emancipatus in testamento hæres institutus a patre per errorem facti, existimans in testamento faciendo patrem desipuisse mente, et ideo inutile testamentum esse, vana simplicitate deceptus, quæ semper obstet, *l. 3. sup. ad Senat. Maced.* ab intestato bonorum possessionem unde liberi accepit, quæ non competebat existente testamento justo; jus omne suum amisit, et substituto dato in testamento locum fecit suo vitio, quia consultare etiam atque etiam deliberare debuit, antequam ab intestato bona patris adiret.

Ad L. Pen. de Dot. collat.

Pater nubenti filiæ quasdam res præter dotem dedit, eamque in familia retinuit, ac fratribus suis conditione, si dotem et cetera, quæ nubenti tradidit contulisset, cohæredem adscripsit. Cum filia se bonis abstinuisset, fratribus res non in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit obstare, quoniam pater filiam alterutrum habere voluit.

Hoc responsum elegantissimum est: facti species hujusmodi est: pater filiæ nubenti, quam habebat et retinebat in potestate, præter dotem bona quædam donavit: dotis datio valet, donatio ipso jure non valet inter patrem, et filiamfam. Deinde pater testamento filios suos hæredes scripsit, eadem filia cohærede adjecta, non pure, sed sub hac conditione, si dotem et donationem, hoc est, cetera præter dotem, quæ nubenti donavit fratribus suis in commune conferret. Post mortem patris filia se abstinuit paterna hæreditate: certum est, non posse fratres filiæ dotem auferre, quæ jure consistit, et quam nec pater ipse ei posset auferre, aut minuere, *l. filiæ, C. sol. matrim.* quia cœpit esse proprium patrimonium filiæ, ut *l. ult. h. t.* At quæritur, an fratres filiæ auferre et vindicare possint cetera bona, quæ præter dotem pater filiæ donavit, quæ donatio ipso jure non consistit, ut initio proposui. Et ait, ea bona vindicantibus fratribus, obstare exceptionem doli mali, quod ea petant contra voluntatem defuncti, ut *l. apud. Celsum, §. prætera, ff. de doli except. l. anniculo, de mort. caus. donat.* quia pater defunctus filiam alterutrum habere voluit, aut donationem et dotem, aut portionem hæreditatis, qua cum se abstineat filia, restat, ut dotem et donationem retineat ex voluntate patris. Donatio autem a patre in filium vel filiamfamilias collata, licet non valeat ipso jure, et destinatio animi sit potius quam perfecta donatio, ut eleganter ait *lex 11. C. de donat.* convalescit tamen officio judicis familiæ erciscundæ cognoscentis, si in extremum mortis diem pater in eadem voluntate perseveravit, *l. filiæ cujus, C. fam. ercisc. l. 2. C. Greg. eod tit. Paulus 5. Sentent. de donat. Pater, inquit, si filiofam. aliquid donaverit, et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.* Etiam illud notandum est,

eam dotem vel donationem a filia hærede instituta, nec abstinente se, non conferri fratribus, sed præcipuam retineri, *d. l. filiæ cujus*, *l.* 1. *et.* 7. *C. de collat. l.* 3. *in pr. sup. h. t. l. si filius*, *qui mansit*, *sup. si quis omiss. cau. test. l. Pomponius*, *sup. famil. erc.* Nec huic sententiæ obstat *l. si donatione*, *C. de collat.* quoniam ea lex pertinet ad liberos patri intestato succedentes, non ad liberos patri succedentes ex testamento. In successione testati, nec dos, nec donatio confertur, quod probant supradictæ ll. Quamobrem institutioni filiæ recte ponitur hoc loco adscriptam fuisse conditionem, si fratribus conferret dotem et donationem, quoniam in successione testati, non est locus collationi dotis vel donationis, nisi hoc jusserit pater. In successione autem intestati simul dos et donatio confertur fratribus simul ab intestato succedentibus, *l.* 4. 12. 13. *et* 16. *C. de collat.* nisi filia abstineat se bonis paternis, *l. ult. h. t.* Cur vero ex testamento non fuerit collationi locus, ut obtinuit semper ante Justinianum; ab intestato autem fuerit collationi locus, fuerit conferenda dos et donatio, ratio hæc est, quia liberi ex testamento veniunt ad hæreditatem patris, non ut liberi, sed ut extranei, quia eodem jure posset venire quilibet extraneus, si scriptus esset. Denique liberi in testamento veniunt non jure liberorum, non ut liberi, sed jure communi ut extranei, *l.* 1. §. *Pomponius*, *ff. de Carb. edic. l.* 10. *C. de collat.* et inter extraneos cohæredes nulla est ratio constituendæ æqualitatis remedio collationis, et vice mutua collatis bonis. Ab intestato autem liberi sane veniunt ut liberi, jure proprio, non communi, id est, jure fraternitatis: inter fratres consortes summa ratio hæc est constituendæ æqualitatis, collatis commixtisque bonis propriis cum bonis paternis. Nomen ipsum fraternitatis per se nihil aliud est, quam æqualitas et communio, *l. verum*, *in pr. sup. pro socio*, *l.* 2. *C. de off. div. jud.* Et in Panegyr. Falviensium, quod est incerti auctoris: *Fratrum*, inquit, *nomine et communitas apparet et æqualitas.* Quæ ratio differentiæ maxime notanda est.

Ad L. XIX. Quæ in fraud. cred.

Patrem, *qui non expectata morte sua fideicommissum hæreditatis maternæ filio soluto potestate restituit omissa ratione Falcidiæ plenam fidem, ac debitam pietatem secutus exhibitionis, respondi non creditores fraudasse.*

Quantum attinet ad hanc legem, illud est extra omnem controversiam actione Pauliana ex edicto in hoc titulo proposito, atque etiam interdicto, quod fraudatorium appellatur, rescindi et revocari quæcunque in fraudem creditorum alienata sunt. Hoc cognito, finge. Pater hæres institutus ab uxore, et rogatus post mortem suam, cum morte sua filii communes sui juris effecti essent, illis hæreditatem maternam restituere, non expectata morte sua filios per emancipationem sui juris fecit, et mox eis restituit totam hæreditatem matris uxoris suæ, non deducta Falcidia, omisso commodo S. C. Pegasiani. Quæritur, an hæc plena restitutio hæreditatis patris, a creditoribus paternis rescindi et revocari possit actione Pauliana? Et respondet, non posse, quia non videtur fraudasse creditores, qui plenam fidem, et plenum obsequium testatori præstat, qui plenum officium et debitam pietatem sequutus, ut ait, filiis fideicommissum restituit. Quod ostenditur etiam in *l. prox. inf. et l.* 5. §. *pen. de donat. inter vir. et ux. l. qui totam*, *sup. ad Treb. l. fideicommissum*, *sup. de cond. indeb. l.* 1. *C. ad l. Falc.* Plinius 5. Epist. *Illius testatoris*, inquit, *hoc munus*, *illius liberalitas*, *nostrum tamen obsequium vocetur.* Quod de se scribit ultro præstante ex voluntate testatoris, quod jure non debuit. Plenam autem fidem præstitit pater testatori, quia sine deductione Falcidiæ totam hæreditatem filiis restituit ex voluntate testatoris, lex Falcidia est contra voluntatem testatoris, *l. Titia*, *sup. ad l. Falcid.* Et præstitit quoque debitam pietatem exhibitionis, ut ait, id est restitutionis fideicommissi: nam et exhibere et exhibitio significationem restituendi habent, *l. Julianus*, §. *quantum*, *ad exhiben. l. pacto*, *C. de pact. l. ult. C. de æd. act.* Cur vero debitam pietatem? Quia etsi non esset pater nisi post mortem suam rogatus restituere hæreditatem, tamen et filiis emancipatione sui juris effectis, eam debuit restituere, quia mater, quæ jussit restituere hæreditatem post mortem patris, non tam spectavit modum, quo filii fierent sui juris, quam finem. Et quocunque igitur modo filii fiant sui juris sive morte patris, sive emancipatione, ex mente testatoris fideicommissum eis restitui debet, *l. si ita esset*, *sup. quando dies leg. cedit. l.* 11. §. *si cui*, *de leg.* 3. *l. mulier*, *in pr. ad S. C. Treb.* Pietas est obtemperare voluntati defuncti: ut contra impietas non obtemperare; *l. penult.* §. *illo*, *C. de neces. ser. hær. inst.* et debita pietas in hac specie, non gratuita, quia et filiis, si emanciparentur, fideicommissum hæreditatis relictum videtur. Denique hæc restitutio fideicommissi sive exhibitio, ut loquitur, est præsentis debiti solutio, non donatio, non repræsentatio debiti collati in diem, vel in conditionem: alioquin locus esset actioni Paulianæ, si vel donatio esset, vel repræsentatio, *l. ait Prætor*, §. *si cum in diem*, *et l. omnes*, §. *ult. h. t.* Glossa non intellexit hanc legem, quæ tamen est facillima.

Ad L. XXIX. de Except. rei judic.

Judicatæ quidem rei præscriptio cohæredi, qui non litigavit, obstare non potest, nec in servitutem videtur peti postrem pro libertate judicatam nondum ex causa fideicommissi manumissus, sed prætoris oportet in ea re sententiam servari, quam pro parte victi præstare non potest: nam, et cum alterum ex cohæredibus inofficiosi quæstio tenuit, aut etiam duobus separatim agentibus alter obtinuit, libertates competere placuit: ita tamen, ut officio judicis indemnitati victoris futurique manumisoris consulatur.

In hac lege duo proponuntur casus, quibus contra regulam juris res inter alios judicata aliis nocet. Primus casus vertitur circa speciem hujusmodi. Duo sunt hæredes, primus et secundus, qui jure hæreditario servum communem habent: cum primo solo servus agit de fideicommissaria libertate præstanda, quam sibi relictam dicit testamento defuncti, et agit apud Prætorem fideicommissarium, qui de fideicommissis cognoscit; habet etiam servus ex hac causa per se aditum ad Prætorem; et hoc nomine causam orare potest, *l. de libertate, ff. de fideicom. lib. l. mulier*, §. *non est, ad Senatuscons. Trebell. l. Titius, de action. emp. l. vix certis de judic.* Et Prætor quidem fideicommissarius, quem servus adiit, fideicommissariam libertatem servo præstari jussit, verum antequam præstaretur, alter hæres, puta, secundus, adversus quem servus non constiterat, vel quem in jus non vocaverat, eum servum suum esse vindicat jure hæreditario, an potest repelli exceptione rei judicatæ pro libertate? Et prima facie videtur rei judicatæ inter alios exceptio non obstare ei, qui non litigavit, quia non potest Prætor inter alios judicando aliis nocere, *l. is qui fundum, de usufr. l. Claudius, in fine, sup. qui pot. in pigno. hab.* Posui servum a primo, qui litigavit cum servo ex causa fideicommissi, et jussu prætoris nondum fuisse manumissum, nam si manumissus fuisset, secundus videretur liberum hominem factum jussu prætoris petere in servitutem, nec admitteretur, nec audiretur. At quia nondum est manumissus, quia res est integra, non videtur eum secundus ex libertate in servitutem petere: denique recte eum vindicare videtur. Verum aliud statuit Papinianus, ostendens melius esse et æquius favore libertatis sententiam Prætoris tueri, et exequi etiam adversus cohæredem, qui non litigavit, id est, secundum; ut et sententia inter alios dicta ei præjudicet, et servo libertas præstetur, quæ cum non possit præstari pro parte primi tantum, quem servus vicit, consequens est, ne intercidat libertas, et pro parte secundi eam debere præstari, utroque servum manumittente: denique solidam plenamque libertatem, quæ nec scindi potest servo esse præstandam, alioquin sententia Prætoris recideret in irritum, quod et comprobat Papinianus exemplo simili; si testamentum, in quo relicta est libertas pro parte tantum, rescissum sit per querelam inofficiosi testamenti, agente filio exhæredato, pro parte constiterit: nam querela potest facere intestatum pro parte tantum, hoc etiam casu certum est, libertatem directam servis competere, vel uno tantum hærede ex testamento exsitente, et pro parte tantum non ex asse testatore facto partim intestato, partim testato. Quod etsi fieri non possit ab initio, potest tamen fieri ex eventu, et fideicommissariam quoque libertatem esse præstandam. Idque proditum est in *l. 6. sup. de dot. coll. et l. cum filius, in pr. de leg. 2. l. cum duobus, C. de inoffi. testam.* Et receptum etiam hoc est favore libertatis: nam legata vel fideicommissa pecuniaria in eo testamento relicta pro parte, qua rescissum est testamentum querela inofficiosi, irrita constituuntur: libertates autem omnino conservantur, *d. l. cum filius*, libertates sunt individuæ, legata dividua; et simili modo, quod est aliud exemplum, si duo separatis judiciis hominem in servitutem petant, singuli pro parte dimidia, et uno judicio homo liber, alter servus pronuntietur, superior erit libertatis ratio. Ridiculum enim est arbitrari utramque sententiam valere, et ad emolumentum perduci debere pro parte dimidia ducto servo ab eo qui vicit; pro altera parte defensa libertate, quia libertas scindi non potest. Sabiniani quidem existimabant in hac specie, eum hominem trahi debere in servitutem potius, quam in libertatem, conservata sententia, quæ dixit, contra libertatem, et rejecta sententia, quæ dixit pro libertate: et Julianus (*) qui ex Sabinianis fuit, se etiam hujus opinionis esse nominatim scribit in *l. duobus, sup. de lib. caus.* Verum, contra quam se sensisse Julianus scribit, additur in ea lege, *non ex Juliano igitur, sed ex alio*, ex quo vero, nisi ex Marcello, qui notas scripsit in Julianum? Additur ergo ex Marcello, commodius esse contra opinionem Sabinianorum, favore libertatis servum ad libertatem perduci ab utroque domino, parte pretii præstitia victori, viri boni arbitratu. Nam et idem invenio Marcellum adnotasse ad Julianum in quæstione de servo communi, ab uno ex dominis manumisso testamento aut vindicta; nam manumissionem quasi inutilem non admittebant Julianus et alii nonnulli, quod non possit pro parte libertas competere; adnotasse, inquam, Marcellum, commodius esse et hoc casu, servum liberum fieri

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 1. cap. 15.*

ab uno tantum ex dominis manumissum, præstita tamen alteri domino parte pretii, et coacto altero domino vendere partem suam, et manumissionem comprobare, *l.* 1. *C. de comm. ser. manum. l. domino*, *sup. ad Senatuscons. Syllan. l. si servus communis*, *de vulg. substit.* in qua l. hæc verba: *quod si neque a patre, neque a pupillo fuerit redemptus*, quæ subjiciuntur verbis Juliani, proculdubio sunt ex Marcello, qui in Julianum notas scripsit, sicut in *d. l. duobus*, hæc verba: *commodius autem est favore libertatis*, proculdubio sunt ex Marcello. Et sententiam Marcelli hoc loco Papinianus comprobat evidenter, qui et similiter superioribus casibus censet officio judicis indemnitati ejus hæredis, qui non litigavit de libertate cum alio cohærede, servo contendente et vincente; item indemnitati ejus hæredis, qui vicit in querela inofficiosi testamenti, victo cohærede pro sua parte esse consulendum, oblata parte pretii; ac tum demum servum ab utroque communi consensu debere manumitti, quæ sententia est hujus responsi. Et notandum in eo maxime genus loquendi, quo Papinianus utitur illo loco: *cum alterum ex cohæredibus inofficiosi quæstio tenuit*. Quæ verba sunt ἐνεργητικῶς accipiende hoc modo, quum inofficiosi testamenti quæstio ab altero ex cohæredibus obtenta sit, et devicta adversus filium exhæredatum. Tenere est obtinere, ut in *l. ult. h. t.* sicut Florentiæ legitur in *l. cum falsis*, *de manumiss. test.* M. Tull. pro Cælio: *Scævolam dixisse causam apud centumviros*, *non tenuisse*. Et Horatius,

Quo responsore, et quo causæ teste tenentur.

Et sæpissime in libris nostris. Et hæc de primo casu, alter casus, quo res inter alios judicata aliis præjudicat, notatur in §. *seq. in fine hujus legis.*

Ad §. Si debitor.

Si debitor de domino rei, quam pignori dedit, non admonito creditore causam egerit, et contrariam sententiam acceperit, creditor in locum victi successisse non videbitur, cum pignoris conventio sententiam præcesserit.

Debitor creditori fundum pignori dedit, post de proprietate hujus fundi cum alio litigavit judicio in rem, quæ lis dominii dicitur in jure, et contra debitorem pronuntiatum est, fundi eum non esse dominum; quæritur, an res judicata inter debitorem aut extraneum de dominio fundi pro extraneo contra debitorem, noceat creditori? Et distinguendum est; aut scivit creditor, admonitus forte a debitore ipso, debitorem experiri de proprietate fundi, et hoc casu creditori agenti hypothecaria adversus eum, qui debitorem vicit, et fundum evicit, obstat exceptio rei judicatæ, quamvis inter alios judicatæ, *l. pen. de re jud.* Ratio hæc est, quia creditore sciente et consentiente, scientia et taciturnitas consensum imitantur. Quia, inquam, creditore sciente et consentiente, de jure, quod ex persona debitoris habuit, judicatum est, hac ratione etiam creditori obstat exceptio rei, quamvis inter alios judicatæ. Excipiuntur tantum duo casus in *l.* 5. *C. de pign.* si debitor victus sit, quod lusorie causam egerit et perfunctorie, quod colluserit cum adversario suo, et se vinci passus sit: nam collusio debitoris creditori nocere non debet. Et alter casus, qui excipiendus est, hic est: si debitor victus non sit causa cognita, sed ex præscriptione et edicto peremptorio, quod judicio defuerit, quod contumax fuerit. Extra hos duos casus, exceptio rei judicatæ inter debitorem et extraneum de proprietate pignoris, scienti creditori nocet. Aut quæ est altera pars distinctionis, si creditor ignoravit debitorem experiri de pignoris proprietate: et hoc casu res judicata adversus debitorem, nullum præjudicium creditori facit, et omnimodo salva est creditori actio hypothecaria adversus victorem, probanti creditori fundum eo tempore, quo pignus contrahebatur, in bonis debitoris fuisse, *l.* 3. *C. de pign. l.* 4. §. *pen. de appellat.* Sententia non perimit ignoranti causam pignoris antiquioris, sicut nec usucapio vel alienatio: nec enim creditor, qui ignoravit debitorem pati controversiam de proprietate, successisse intelligitur in locum victi debitoris, qui ante sententiam a debitore fundum pignori acceperat. Ponendum igitur est, pignoris conventionem esse antiquiorem sententia, et ita sententiam ignoranti nihil nocere, nec perimere pignoris causam: nam si post sententiam sequatur pignoris conventio, in locum victi debitoris successisse creditor intelligitur, et nocet ei exceptio rei judicatæ, ut in *l. si mater*, §. *ult. hoc tit.* Denique hoc casu inutile est pignus, quasi re aliena pignorata, quamvis ante pronuntiatum sit alienam esse, antequam pignori daretur.

Ad L. CXXI. de Verb. Oblig

Ex ea parte cautionis, dolumque malum huic rei promissionique abesse, abfuturumque esse, stipulatus est ille: *incerti agetur, stipulationis utiliter interponendæ gratia.*

Continet hæc l. quatuor responsa admodum brevia. Et ut statim atque paucis, quod initio proponitur, expediamus, solet omnium stipulationem sive cautionum extrema parte subjici hæc clausula, *dolum malum abesse abfuturumque esse*, *l.* 22. 53. 119. *et* 135. *hoc tit. l. si cum fundus*, *de contrah. empt. l.* 3. *C. de recept. arb.* quæ stipulationum novissima clausula dicitur, *l. novissima*,

ff. judicat. solvi, et honestatis formula D. Ambrosio 5. *offic.* Et hæc clausula tam honesta, non potest non esse utilis, sed quæ præcedunt clausulæ sive partes, vel ex partibus, quæ præcedunt, quædam potest quandoque esse inutilis, quæ tantum abest, ut vitiet hanc partem, id est, clausulam doli, quæ utilissima est et honestissima, ut ab ea potius vel confirmetur, ut *l.* 1. §. 1. *C. de rei uxor. act.* vel corrigatur ex ea clausula doli, data in promissorem actione incerti, quæ proprie dicitur actio ex stipulatu, ut partem stipulationis conceptam inutiliter emendet, et concipiat denuo, seque obliget utiliter. Omnes obligationes actione incerti condicuntur, quia jura sunt λόγῳ θεωρητά, quæ cogitatione sola percipiuntur: non sunt corpora certa, ut certi actione condici possint, *l.* 5. §. 1. *de usfr, ear. rer. quæ usu consum. l.* 3. §. *ult. si cui plusq. per leg. Falcid.* Et hoc vult tantum Papinianus in primo responso hujus legis, quod Glossa non intellexit.

Ad §. Mulier.

Mulier ab eo in cujus matrimonium conveniebat, stipulata fuerat ducenta, si concubinæ tempore matrimonii consuetudinem repetiisset: nihil causæ esse respondi, cur ex stipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat, mulier impleta conditione, pecuniam adsequi non posset.

Hic §. est de stipulatione pœnali a muliere, quum nubebat interposita sub hac conditione viro promittente: *si tempore matrimonii tuæ concubinæ consuetudinem repetieris, ducenta mihi dari spondes? spondeo.* Honesta stipulatio est, quæ coercet legitimæ uxori contra bonos mores concubinam superducentem, vel quam habuit ante nuptias, reducentem: ac proinde ex hac stipulatione, si quid secius vir fecerit, mulieri pœnæ pecuniariæ, quam in stipulationem deduxit, petitio est: nam etsi nulla pœna, quod sciam legibus constituta sit in eum, qui præter uxorem sibi adsciscit concubinam, tamen probrosum hoc et illicitum est, nec minus turpe, quam duas uxores eodem tempore habere. Nam et concubina uxorem imitatur, ut eleganter Julianus ait in *Nov.* 18. nullæ sunt hodie concubinæ: honestum erat concubinæ nomen, non scorti nomen, aut vulgaris mulieris, quæ se prostitueret in vulgarem Venerem: nec tamen licebat et uxorem et concubinam habere: et uxorem et quasi uxorem. Paulus 3. *Sent. Eo tempore*, inquit, *quo quis uxorem habet, concubinam habere non potest.* Hæc etiam sunt verba Pauli, *concubina igitur*, inquit, *ab uxore solo delectu separatur*, id est, ut habenti uxorem non licet habere aliam uxorem, sic nec aliam concubinam, quia concubina quasi uxor est, et ab uxore sola delectione et destinatione animi separatur, ut in *l. pen. sup. de concub.* Et ut arbitror ex edicto Prætoris, ut infamia notatur, qui duas uxores habet eodem tempore, vel duas sponsas, *l.* 1. *de iis, qui notant. infam.* Ita, qui eodem tempore habet uxorem et concubinam, ex sententia edicti, non ex verbis infamiam incurrit: sicut ex sententia edicti notatur etiam, qui eodem tempore habet sponsam et uxorem, *l. quid ergo*, §. *si alteri, de iis qui not. inf.* Eadem vero ratione si uxor a viro, vel vir ab uxore stipuletur pœnam sub conditione, *si culpa ejus divortium factum erit*, honesta stipulatio est, et congruens bonis moribus, et valet intra modum pœnæ legitimæ, *l.* 19. *hoc tit.* Nam divortii culpa punitur pecuniariter legibus Julia et Papia, et ut ait *d. l*, 19. *pœnis legum contenti esse debemus*, quod etiam ostendit *l. un. C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* Non debemus esse asperiores legibus ipsis: pœnæ legitimæ sunt juris publici, et juri publico privatorum conventione derogari non potest. Itaque in casum divortii facti conjugis culpa pœnæ stipulatio non valet supra legitimum modum. In priori casu uxori superductæ concubinæ pœnæ pecuniariæ stipulatio non habet modum certum, quia concubinatui sive pellicatui nulla pœna pecuniaria legibus constituta est, sed pœna infamiæ tantum ex sententia edicti Prætoris, ut dixi paulo ante. Rejicienda autem opinio est Bartoli et aliorum, qui male ducto arg. ex hoc §. existimant, valere stipulationem, si de aliquo stipuler pœnam sub conditione, *si alia unquam luserit*: nam etsi honesta sit stipulatio, tamen nihil interest mea, quod ad ream meam familiarem attinet, ludat ille alea, necne: et ideo, si nec subsit causa interponendæ hujus stipulationis, ex ea stipulatione actio nulla competit. Et in specie hujus §. stipulatio valet, non tam quia honesta est, quam etiam quia conjuncta est utilitati stipulantis, ne res domestica laboret, vel ne occidat, ut plerunque contingit, amicarum et pellicum injuria. Recte enim sapiens:

Cum conjux tibi sit, ne res, et fama laboret,
Vitandum ducas inimicum nomen amicæ.

Sic est legendum: quæ res etiam maxime honestas mulieres exasperat, ἀγριαίνειν ποιεῖ, ut est in *Nov.* 22. Et multo magis rejicienda est opinio eorum, qui generaliter statuunt, valere stipulationem certæ pœnæ, etiamsi nihil stipulantis intersit, nec stipulandi ulla causa subsit. Apage istam opinionem: nam etsi ex stipulatione pœnali detur actio, tametsi nihil actoris intersit, *l. inter*. §. *alteri, hoc tit. l. cum pœna, de recept. arbit.* aliter quam ex stipu-

latione, vel ex alio contractu, qui sit de re pecuniaria, de re familiari, ex quo non datur actio, nisi ei cujus interest, *l. qui fundum*, *sup. loc. l. si procuratorem*, §. *mandati*, *sup. mand.* quo sensu M. Tullius ait, *actiones exprimi ex damno*, *et injuria cujusque*; actiones rei persecutorias scilicet, non pœnales: nam pœnam persequitur et is, cujus nihil interest, sive cui nihil abest de suo; non tamen ex pœnali stipulatione datur actio, si nulla causa præcesserit negotii ita contrahendi, si nulla causa intercedente ex abrupto, ut stulti solent, ita stipuler, *si quis hodie* (non demostrans certam personam) *in Capitolium ascenderit*, 10. *dare spondes?* nam hoc exemplum, quod ita proponitur in *l. a Titio*, *sup. hoc tit.* si sani sumus, ita accipiendum, si qua mihi causa fuerit ita stipulandi et cavendi, veluti causa damni, quod facturus sum ex alia conventione, *si quis hodie Capitolium ascenderit*, sicut in aliis duob. exemplis, quæ proponuntur in *d. l. a Titio. si qua mihi nupserit dotis nomine tot dabis?* causæ stipulationis est dos, sine qua nolo ducere uxorem, et ferre onera matrimonii; et in alia stipulatione, *si quis a me decem petierit, decem dabis?* causa stipulandi est debitum, et metus creditoris, cui debeo 10. Denique harum trium stipulationum, quæ proponuntur in *d. l. a Titio*, causa est indemnitas, quam stipulator captat: alioquin stipulatio sine causa interposita, non valet, *l.* 2. §. *circa*, *de dol. excep. l. si stipulatus esses, de fidejuss.* Et quod dicitur in *l. si quis Sempronium*, *de hæred. instit. si Titius vel si quis* nihil refert, *Capitolium non ascenderit*, sane ideo valet institutio, quia hanc conditionem testator non adscribit, ut suum testamentum conferat in arbitrium alterius, quod nec posset utiliter, sed ex causa aliqua, quæ pendet ex illa ascensione Capitolii. Sani homines naturam imitantur: et ut natura nihil facit frustra, ita nec homo sanus et siccus. Ac propterea hujusmodi conditio, *si Capitolium ascenderit*, quod notandum, quæ frequens legitur in jure nostro, non est conditio, quam ullus forte unquam negotiis suis inseruerit, sed conditio hypothetica, quæ passim ab auctoribus usurpatur; eadem ratione, qua Titii, Mævii, Caii nomina hypothetica. Non omittam quod ad sermonem Papiniani attinet; qui affectavit unus ex omnibus quodammodo more prisco scribere, scripsisse eum tam hoc loco, quam in *l.* 15. *de ritu nupt. Mulier ab eo, in cujus manu conveniebat*, idque mutasse Tribonianum, pro *manu*, reposito *matrimonio*, *in matrimonium conveniebat.* Quod sua ætate in desuetudinem abjissent conventiones in manum, per quas justæ uxores et matresfam. fiebant, ut Ulpianus ostendit in *lib. reg.* et ut in *l.* 9. *in pr. de usur.* Sic hoc loco Papin. dixisse, *stipulatum* pro *stipulationem*, dum ait, ut in Florentinis scriptum est rectissime, nec debuit notari asterisco ut mendum: *nihil causæ esse respondi*, inquit, *cur ex stipulatu, quæ ex bonis moribus concepta fuerat:* prisce et leganter, non ad stipulatum, quod præcedit, sed ad stipulationem, quam intelligebat, relatis iis verbis, *quæ ex bonis moribus concepta fuerat*: quæ figura dicendi vocatur ἀναφορά. Pergamus ad §. *pen.* cujus sententia hæc est.

Ad §. *in Insulam.*

In insulam deportato reo promittendi, stipulatio ita concepta, cum morieris dari? *non nisi moriente eo committitur.*

Stipulatus sum a te, *quum morieris mihi decem dari*; his verbis significatur mors naturalis, non mors civilis, quæ contingit deportatione in insulam. Et ideo nec committitur stipulatio, si bonis ademptis deportatus in insulam, et ad peregrinitatem redactus fueris: sed committitur te moriente, et claudende fati diem extremum. At dicere quis possit, nec te moriente stipulationem committi, quia deportatione tota obligatio perimitur, et naturalis et civilis, ut ait *l. si debitori*, *de fidejuss. l.* 2. *l. tutelas*, §. *ult. de cap. minut.* Imo, ut respondeam, non perimitur obligatio simpliciter, quia transit in fiscum, ad quem deportati bona transeunt, sed perimitur contra deportatum duntaxat, quia fiscus ei in jura et bona universa succedit, *l.* 3. *ad leg. Juliam pecul. l. ult.* §. *ult. C. de sentent. pass.* Qua ratione deportatus in plerisque causis pro mortuo habetur, quia alius in ejus quasi mortui locum succedit, quod docet *l. actione*, §. *publicatione*, *sup. pro soc.* non quia civium numero esse desiit simpliciter, alioquin omnes peregrini pro mortuis haberentur, quod stultum est dicere; pro mortuo habetur is tantum, qui exuitur omnibus bonis, qui nudus exultat, non qui vestitus exulat, ut ita dixerim. Verum in hac stipulatione, de qua agitur hoc loco, hæc verba, *quum morieris*, proprie accipimus de morte naturali, non de civili, non ex mente contrahentium tantum, quod notandum, sed quia deportatus sibi videtur mori, non alii, non stipulatori. Quid ergo si non sit deportatus, quæ est media capitis diminutio, sed damnatus in metallum, quæ est maxima capitis diminutio: illa peregrinum facit, non servum, hæc plane servum facit, et servum pœnæ, non hominis ullius? Et hic sane, qui damnatur in metallum videtur mori sibi et aliis omnibus, ut in *l. intercedit, sup. de cond. et demonst.* Et stipulatio hæc, de qua hic agitur, committitur in eum, ad quem bona pervenerunt, *l. tutelas*, §. *pen. de cap. mi-*

nu. Maxima capitis diminutio semper morti adsimilatur: deportatio non semper. Nec abs re est, quod Papin. de deportato tantum loquitur, sicut nec abs re est, quod loquitur tantum de stipulatione ita concepta, *quum morieris, dabis,* quæ utilis est, quia ex ea obligatio incipit a promissore in ipso moriendi articulo. Concepta autem stipulatio post mortem promissoris ante Justinianus erat inutilis, quia non incipit a defuncto, vel moriente, ac proinde non debet in hæredem transmitti.

Ad §: Ultimum.

Ex facto rei promittendi doli stipulatio hæredem ejus tenet, sicut ex ceteris aliis contractibus, veluti mandati, depositi.

In hoc §. ostenditur, ex clausula doli, de qua dictum est initio, subjecta stipulationi, non tantum promissorem teneri, si quid fecerit dolo malo, sed etiam hæredem ejus in solidum, etiamsi nihil ad eum ex delicto, sive dolo defuncti pervenerit, id est, etiamsi ob dolum defuncti locupletior ad eum hæreditas non pervenerit, commissam stipulationem in defunctum transmitti in hæredem. Et idem hoc, ut subjicit, servari in strictis stipulationibus, et in ceteris omnibus contractibus bonæ fidei: nam et stipulationem nominat inter contractus bonæ fidei. Nam et ex causa depositi, et mandati et commodati, et tutelæ, et negotiorum gestorum, ob dolum defuncti hæres tenetur in solidum, si solus hæres sit, vel si plures sint hæredes, singuli tenentur pro portionibus hæreditariis, *l. ex depositi*, *et l. ex contractibus, sup. tit. prox. l. ad ea,* §. *ult. de R. J.* doli clausula stipulationem, contractum bonæ fidei facit, *arg. l. pen. de mort. cau. donat. et l. 3. C. de excep.* Verum in *Instit. tit. de perp. et temp. except.* dicitur, aliquando ex contractibus contra hæredem non competere actionem, quum testator dolose versatus est, et ad hæredem ejus nihil ex eo dolo pervenit, regulariter competere in hæredem, aliquando non competere, ut ait. Quod tum proprie evenire tandem cognovi, quum ob dolum defuncti nihil actori abest ex suis bonis, *l. 1. C. de hæred. tut.* Si quid abest, si quid damni senserit actor, proculdubio hæres defuncti ex dolo ejus ab eo actore in solidum conveniri potest, si unus fuerit hæres ex asse, vel si plures pro hæreditariis portionibus. Sed si nihil actori absit, nihil est causæ, cur hæredes conveniat, quia nihil ejus interest. Nam et quæso, quod erit extremum, et perbreve, cur hæredes ejus, quem vivum nemo eo nomine interpellavit, placet non teneri pœnali actione, veluti furti, aut injuriarum, nec mixta actione, quatenus pœnam persequitur, veluti damni injuria ex l. Aquilia, et vi bonorum raptorum: non pœnali inquam, etiamsi quid ad hæredes pervenerit: non mixta autem, nisi quatenus ad hæredes pervenerit ex dolo defuncti, nec excepta quidem actione vi bonorum raptorum, quæ etsi edicti verbis non detur de eo, quod pervenit ad hæredes, *l. 2. §. ult. vi bon. rapt.* dari tamen potest non inutiliter. Hoc vero qua ratione ita placet, ne hæredes teneantur pœnali, vel mixta actione ex dolo defuncti? nisi quia pœnali actione actor non persequitur rem, quæ sibi absit, sed pœnam tantum, quæ est extra rem familiarem, in quam æquum non est hæredem innocentem succedere, *l. si hominem, §. 1. depos. l. pen. de nov. op. nunt.* In precario, et in societate serva, quod jam pridem memini me adnotasse in hunc locum.

Ad L. XI. de Duob. Reis. Stip.

Reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accepi convenit. Reus itaque stipulandi actionem suam dividere si velit, neque enim dividere cogendus est, poterit eundem, ut principalem reum, item qui fidejussor, pro altero extitit, in partes convenire, non secus ac si duos promittendi reos, divisis actionibus conveniret.

Duo rei promittendi sunt, qui eadem pecuniam stipulanti promittunt, aut promisisse intelliguntur, singuli in partem virilem simul atque in solidum, *chacun pour soy, et un seul pour le tout.* Quorum jus, et conditio hæc est, ut quem ex eis elegerit stipulator, convenire et exigere possit in solidum. Duos dicimus etiam pro pluribus, quasi isto primo numero duorum procudente ceteros, quod sit, ut Anatolius ait, ἀριθμῶν σχέσις καὶ ἀρχὴ, quasi fundas; et ita duos reos, qui dicit, intelligit etiam plures. Et in primo responso hujus legis ostenditur, reos promittendi vice mutua, id est, alterum pro altero vicissim apud creditorem fidejubere posse. Videamus, quæ sint effecta hujus mutuæ fidejussioris. Primum hac ratione fit, si duo rei promittendi apud stipulatorem vice mutua fidejusserint, ut idem sit reus principalis et fidejussor ejusdem pecuniæ, et ut possit stipulator si velit unum ex eis convenire tanquam reum principalem pro virili parte sua, et tanquam fidejussorem pro parte conrei, divisis et dispartitis actionibus in partes duas, vel etiam, ut possit unam ex eis convenire in solidum tanquam reum principalem, vel tanquam fidejussorem: et si quidem tanquam fidejussor vel solidum vel partem pro conreo solverit, in conreum habet actionem mandati, quod semper solet præcedere fidejussionem: nec enim quisquam fidejubet fine mandato ejus, pro

quo fidejubet. Unde inter debitorem et fidejussorem ejus semper contrahitur obligatio mandati: inter fidejussorem autem et creditorem obligatio ex stipulatu, quoniam fidejussio non fit nisi per stipulationem: Item hac ratione fit, quod conrei scilicet vice mutua fidejusserint, ut unus ex eis conventus tanquam fidejussor (hic est alius effectus mutuæ fidejussionis) non tantum compensare possit, quod sibi stipulator debet, sed etiam quod idem stipulator debet conreo, quia convenitur ut fidejussor nomine conrei, fidejussor compensat utrumque, quod sibi vel quod conreo debetur, *l.* 4. et 5. *sup. de comp.* ii sunt duo effectus mutuæ fidejussionis, qui non existunt si omissa sit fidejussio mutua. Quod sic demonstro: si conrei vice mutua non fidejusserint, nec socii sint, solventi suo nomine, nulla actio est in conreum nec mandati inter eos non est contractum mandatum, nec negotiorum gestorum, ut Joannes scripsit male, quia conreus solvendo suum negotium gessit, non alienum, ut se liberaret obligatione, qua tenebatur obstrictus, *l. si pro parte, in fine sup. de in rem verso*: ei, qui suum negotium gessit, absurdum esset dare negotiorum gestorum in alium. Si conrei, qui vice mutua non fidejusserunt, sint socii, puta, ex contractu societatis, solventi competit in socium actio pro socio, ut agnoscat partem pecuniæ solutæ, et imputet sibi, *l.* 1. *C. de duob. reis*. Item si conrei vice mutua non fidejusserint, nec socii sint, is quem elegerit et convenerit stipulator non potest compensare, quod stipulator debet conreo, *l. prox. inf. h. t.* Si socii sint, potest compensare, quod stipulator socio debet ex causa societatis, quasi et sibi debitum, non quod debet ex alia causa, si forte non erant socii omnium bonorum. Et ex iis quidem effectis intelligimus satis, quare dicat: *non inutiliter reos promittendi vice mutua fidejubere*, et non esse inutilem mutuam fidejussionem. nimirum, quia parit hæc duo effecta. Item quod iis effectis tantum sit locus in conreis, qui socii non sunt, intelligimus ex eo, socios frustra vice mutua fidejubere, quia jus societatis in iis tantum præstat, quantum in aliis, qui non sunt socii, mutua fidejussio. Ex iis etiam intelligimus, conreos non videri vice mutua fidejubere, nisi in hoc ita actum sit. Quod indistincte verum est, sive socii sint, sive non: nam et in sociis, ut dixi, inutilis mutua fidejussio est, cum sufficiat jus societatis quod mutuæ fidejussioni consimile est, et non socii non possunt videri invicem fidejussisse, nisi nominatim interposita stipulatione, et restipulatione *fidejubes? fidejubeo*: necenim alio modo fidejussio contrahitur: et a Græcis duo rei promittendi dicuntur ἀλληλέγγυοι, non quod vice mutua fidejussores sint, etiamsi id cautum non sit, sed quod, ac si essent vice mutua fidejussores singuli non in suam partem tenentur tantum, sed et in partem conrei: verum principali proprioque nomine propter suam obligationem, non fidejussorio nomine, si invicem non fidejusserint. Nec obstat huic sententiæ, quod intervenientibus duobus reis promittendi, videatur alter pro altero intercedere, *l. vir, uxor, in fine, ad Senatusc. Vell.* et ideo, si mulier et Titius constituantur duo rei promittendi, mulieri succurritur, quasi intercesserit pro alio, Senatusconsulto Vellejano, quod infirmat intercessiones mulierum. Dico hoc nihil obstare, quod cum duo se constituunt reos promittendi, alter pro altero intercedere videatur, quoniam aliud est intercedere, aliud fidejubere. Intercedere est genus: fidejubere species. Fidejubemus uno duntaxat modo, si stipulanti adpromittamus pro debitore mandatu ejus: intercedimus, si vel fidejubemus, quod est proprie adpromittamus, vel si expromittamus, quod est aliud, puta, per novationem in nos translata principali obligatione, et liberato priori debitore, vel si res nostras pignori obligemus pro alio, vel si constituamus nos solutoros pro alio, vel si mandemus alii pecuniam credi, vel si ejusdem pecuniæ ex eodem contractu nos cum alio reos faciamus, et debitores principales in partem virilem et in solidum, ut *l. inter eos, inf. de fidejuss.* et aliis plerisque modis intercedimus, qui comprehenduntur Senatusconsulto Vellejano de intercessionibus mulierum. Male autem Joannes, conreos socios tacite videri vice mutua fidejubere: nam quod statuit in non sociis, ut non videantur vice mutua fidejubere, nisi ita expressum sit solemni stipulatione, ut debet, ita debuit Joannes idem statuere etiam in sociis, quanquam in eis inutilis sit mutua fidejussio, ut dixi supra. Denique detracta ea distinctione inter socios, et non socios, vera est sententia Joannis, cujus argumenta collegit Accursius in *dicta l. vir uxori.* Et examinavi omnia illa argumenta ad Africanum in eandem legem *vir uxori.* Illinc assumes, quæ ad eam pertinebunt: quanquam res non egeat multis argumentis, cum et hæc lex aperte demonstret, reos non videri vice mutua fidejubere, nisi ita accepti sint nominatim: et ratio quoque evidens est, quod fidejussio contrahatur per stipulationem expressam. Pessime autem Martinus indistincte dixit, conreos vel non socios semper vice mutua fidejubere. Ex iis etiam intelligimus, verissimum esse, præmissa propositione ejusmodi, reos promittendi invicem fidejubere posse. Inde colligit Papinianus, quod initio attigi, si invicem fidejusserint, stipulatorem, si velit, dividere actiones posse, convento uno ex conreis pro parte, actione creditæ pecuniæ, ut reo principali, et pro parte altera actione ex sti-

pulatu, ut fidejussore conrei: *Si velit*, inquit, *nec enim cogendus est dividere actiones*, quod frustra Papinianus adjicere videtur. Nam in arbitrio et electione fuit creditoris ante Justinianum in *Novella* 4. quem priorem conveniret reum principalem, an fidejussorem: nec potuit cogi prius convenire reum quam fidejussorem. Ergo manifestum est, nec cogi potuisse divisis actionibus partem exigere a reo, partem a fidejussore; sed totum ab hoc, vel ab illo exigere potuisse. Cur ergo monet nos, non esse cogendum dividere actiones et partem exigere veluti a reo, partem a fidejussore, quod erat evidentissimum? Hoc mihi nullus expediet, nisi qui animadvertet illam, quam ante Justinianum principum constitutiones creditori dabant electionem, ut si vellet, statim excuteret, et exigeret fidejussorem, nec cogeretur prius excutere reum principalem, prius experiri cum reo principali, vel saltem dividere actionem, hanc, inquam, electionem Papin. non admodum probasse, vel ipso Justiniano teste, qui magni Papiniani auctoritate utitur in eadem Novella, scil. si præsens esset reus principalis, et locuples: nam et hoc casu, cur excuties potius fidejussorem, qui habet præsentem reum, et idoneum? Quod, et Mar. Tullius ultima ad Attic. ait habere quandam δυσωπίαν, *une bonte*, si quis fidejussorem prius appellet, quam debitorem, qui præsens est, et solvendo. At fidejussorem eundemque correum ejusdem pecuniæ, ut in specie proposita, Papinianus facile concedebat sine distinctione statim conveniri posse in totum, ut reum, vel ut fidejussorem vel divisis, actionibus in partem, ut reum, in partem, ut fidejussorem, sicut illo loco: *non secus ac si duos promittendi reos divisis actionibus conveniret*, significat, et unum ex reis, quod addi potest ex l. quam mox adferam: unum, inquam, ex reis, vel fidejussorem ejus pro parte conveniri posse, et alterum reum vel fidejussorem ejus pro altera parte divisis actionibus, *l.* 5. §. 1. *h. t. l. inter*, §. *duo*, *ff. de fidejuss.* Difficilium autem Papin. permittebat partem debiti peti a debitore principali partem a fidejussore ejus, qui conreus non esset, si reus principalis erat præsens, et idoneus, existimans, honestius esse totum prius a debitore idoneo, et præsente peti quam a fidejussore, quod tamen alii auctores permiserunt, *l. grege*, §. *etiam*, *de pignorib. l.* 1. *C. de fid. tut. l. reos*, *C. de fidejus.* Papinianus ut sermonis, ita juris antiqui fuit studiosissimus, et jure antiquissimo, ut testatur Justinianus in eadem Novella, hæc libera electio creditori non fuit experiundi cum quo vellet in solidum, vel divisis actionibus, quæ postea data est Constitutionibus innumeris, et novissime adempta Novella Justin. restituto jure antiquo, et approbata Papin. sententia, quæ omnia maxime notanda sunt. Alterum responsum non est tanti laboris tantique momenti.

Ad §. I.

Cum tabulis esset comprehensum, illum et illum centum aureos stipulatos: neque adjectum ita, ut duo rei stipulandi essent: virilem partem singuli stipulari videbantur, et e contrario cum ita cautum inveniretur: tot aureos recte dari stipulatus est Julius Carpus, spopondimus ego Antoninus Achilleus et Cornelius Dius, *partes viriles deberi*, *quia non fuerat adjectum singulos in solidum spopondisse*, *ita ut duo rei promittendi fierent.*

In altero responso ostenditur, reos stipulandi non esse eos, de quibus ita instrumento scriptum est: Primus et Secundus centum stipulanti sunt; spopondit L. Titius: rei stipulandi sunt, quibus eadem pecunia debetur singulis in solidum, cujusmodi non sunt ii, de quibus cautum est hoc modo: *ille et ille stipulati sunt*, *spopondit ille*, nisi fit adjectum: *ita ut duo rei stipulandi essent*, quia ambigua ea oratio est, *ille et ille stipulati sunt.* Quid enim stipulati sunt, an singuli viriles, an singuli solidum? ambiguus est sermo, qui duo sensa habet, vel recipere potest: et in ambiguis id accipimus, quod stipulatoribus nocet, *l. stipulatio ista*, §. *in stipulationib. sup. tit. prox.* Itaque hoc casu non singuli in solidum stipulati videntur, sed in partem virilem tantum. Et e contrario, si ita scriptum sit, *ille centum aureos dari stipulatus est*, *spopondimus ego L. Titius et C. Sejus*, nec sit adjectum, *ita ut duo rei promittendi essent*, non sunt duo rei promittendi L. Titius et C. Sejus, id est, singuli viriles partes debent, non solidum. Et observanda maxime hic est una differentia inter duos vel plures fidejussores, et plures, qui se principaliter obligant (fidejussores sunt accessiones nam acceptis pluribus fidejussoribus id agitur plerunque, ut singuli in solidum teneatur, §. *si plures*, *Instit. de fidejuss.* Sed si ita agatur, ut dixi, habent beneficium divisionis ex epistola D. Adriani, cum sint omnes solvendo litis contestatæ tempore, *d.* §. *si plures.* Potest agi nominatim, ut singuli fidejussores in partem tantum teneantur *l.* 10. *inf. de fidejuss.* Sed si hoc dictum non sit, plerunque actum intelligitur, ut singuli in solidum teneantur. At quum plures se principaliter obligant in summam certam, ut apparet ex hoc responso, in dubio plerunque id actum intelligitur, ut viriles tantum partes debeant singuli, non solidum. Et ratio differentiæ inter plures fidejussores, et plures reos, debitores

principales hæc est, quia singuli fidejussores accedunt obligationi in solidum, quam reus principalis contraxit, cujus locum singuli obtinent, *l.* 4. *ff. de fidejuss.* At plures rei principales non accedunt alii obligationi, quæ sit contracta in solidum. Et ideo nisi aliud cautum sit, plerumque id actum intelligitur, ut viriles tantum partes debeant. Ratio est evidentissima. Postremo ex hoc responso apparet, duos reos stipulandi vel promittendi esse, de quibus specialiter actum est; ut duo rei stipulandi vel promittendi essent, licet solemniter singuli non sint stipulati, vel solidum non promiserint. Id vero specialiter agi necesse est in specie hujus §. ambiguitatis tollendæ causa: alioquin non videntur esse duo rei, si nulla sit ambiguitas, id est, si constet de mente contrahentium, forte ex tractatu ante habito inter eos. Duo rei stipulandi sunt, qui rogant, *spondes?* Duo rei promittendi, qui respondet, *spondemus*, vel *spondeo*, *l.* 4. *hoc tit.* Duos reos facit animus contrahentium, *l his verbis*, *hoc tit. l. cum appareat*, *loc.* At hodie ex *Novella* 99. generaliter dicimus, non fieri duos reos tacito intellectu, sed nominatim tantum et specialiter hoc expresso ut singuli in solidum teneantur. Sed licet ipso jure in solidum teneantur, tamen si omnes sint præsentes et idonei, habent beneficium divisionis, ut pro parte tantum condemnentur, sicut fidejussores plures et mandatores, et rei constitutæ pecuniæ. In principio observandum est proponi hanc propositionem, reos promittendi vice mutua fidejussores non inutiliter accipi. Cur dicat non inutiliter, ostendi satis aperte, prolatis effectis mutuæ fidejussionis, et ostendi cur dicat, *accipi*, nimirum, quia non accepi nominatim vice mutua: fidejussores duo rei promittendi invicem fidejubere non videntur, quæ fuit sententia Joannis rectissima, si non addidisset hanc exceptionem: *nisi socii sint.* Nam et rei promittendi, qui socii sunt, non intelliguntur vice mutua fidejubere, nisi id cautum sit nominatim, id est, nisi accepti sint vice mutua fidejussores, et vero frustra etiam invicem fidejusserint. Ex hac propositione, quam posuit Papinianus initio hujus legis infert: si duo ei vice mutua fidejussores accepti sint, posse creditorem si velit, unum ex duobus pro parte convenire, ut reum principalem, pro parte, ut fidejussorem correi, divisis actionibus. *Si velit*, inquit quod confirmat etiam *l.* 3. §. 1. *eod. tit. et l. grege*, §. *etiam*, *de pignorib. l. reos*, *C. de fidejuss. et mandat. l.* 1. *C. de fidejuss. tut. si velit*, inquit, et subinfert: cur dixerit, *si velit*, *neque enim*, inquit, *actionem dividere cogendus est*, in parte scilicet, ut partem exigat tanquam a reo, partem tanquam a fidejussore. Cur vero non est cogendus, cedo perspicue? Quia scilicet beneficium divisionis ex epistola D. Adriani datur pluribus fidejussoribus, vel mandatoribus credendæ pecuniæ. Ex epistola, inquam, Divi Adriani, cujus est frequentissima mentio in jure nostro, quam nec ignorant tabelliones, datur pluribus fidejussoribus, vel mandatoribus creditæ pecuniæ, ut in partes singuli conveniantur, non in solidum, licet in solidum teneantur si modo omnes sint præsentes, et locupletes litis contestatæ tempore, §. *si plures*, *Instit. de fidejussorib.* Idem beneficium non datur reo et fidejussori. Quod probat aperte *l. si plures*, §. *ult. de fidejussor.* quam omiseram, hoc est, non cogitur creditor invitus partem crediti petere a reo, partem crediti petere a reo, partem a fidejussore divisa actione, quia inter reum, et fidejussorem non est locus epistolæ D. Adriani, sive beneficio divisionis, sed totum potest petere, prout elegerit secundum, jus quod obtinuit ante Justinianum, vel a reo, vel a fidejussore. Et inde subjicit Papinianus hoc loco: *non secus ac si duos promittendi reos, divisis actionibus conveniret*: subjicit, inquam, idem esse in duobus reis promittendi: nam creditor si velit, potest partem petere ab uno, partem ab altero divisis actionibus, ut in *l.* 3. §. 1. *eod. tit. l. inter eos*, §. *duo*, *de fidejussor. si velit*, inquam, quia creditor non cogitur inter duos reos promittendi dividere actionem pro partibus, quia beneficium epistolæ Divi Adriani non pertinet ad duos reos promittendi: et ut ad duos reos promittendi pertineret, primus fecit Justinianus in *Novella* 99. ante Justinian. hoc est jure Digestorum ut loquuntur, beneficium epistolæ D. Adriani non pertinebat ad duos reos promittendi, id est, non poterat compelli creditor, ut pro partib. ageret si mallet agere in solidum in unum ex duobus reis: et eam ob rem, ante Justinianum uno ex duobus reis solvente partem, nullo modo liberabatur, neque ipso jure, neque per exceptionem obligatione residuæ partis, etiam si aliter conreus solvendo esset, *l. si ex toto*, §. 1. *de legat.* 1. Sed fidejussor, quia inter fidejussores locum habebat beneficium divisionis, qui solverat partem, liberabatur per exceptionem obligatione reliquæ partis, *l. inter eos*, §. 1. *de fidejuss.* Et hæc est sincera sententia hujus responsi, quæ nemini, ut puto, non videtur esse facillima.

Ad L. LII. de Fidejuss.

Amissi ruina pignoris, damnatum tam fidejussoris quam rei promittendi periculum spectat: nec ad rem pertinebit, fidejussor ita sit acceptus: quanto minus ex pretio pignoris distracti

servari potuerit: *istis enim verbis etiam totum contineri convenit.*

Hæc lex continet 4. responsa. In primo responso ostenditur; si res pignori data creditori ruina vel incendio perierit, periisse eam rem debitori et fidejussori ejus. Debitori, ut domino; pignoris causa non mutat dominium, æquum est domino cuique suam rem perire; debitori ergo perit, ut domino, *l. pignus*, *C. de pign. act.* fidejussori autem ejus perit, ut domini locum obtinenti, *l. 4. hoc tit.* Ex quo sequitur, amisso ruina pignore, creditorem non amittere crediti actionem. Ruina est casus fortuitus, casus fortuiti non imputantur creditori, *l. quæ fortuitis*, *et l. pignor. C. de pignor. act.* Dolus, et culpa creditori imputantur, et amissio pignoris, quæ contingit dolo, aut culpa creditoris, debitorem, et fidejussorem ejus liberat, *l. sicut*, *C. de pign.* non quæ contingit casu fortuito. Addit Papinian. neque fidejussorem debitoris liberari pignore ruina perempto; vel alia vi majore sive casu fortuito, licet fidejussor ita acceptus sit. *Quanto minus ex pignore creditor servare potuerit*, quasi nihil supersit, quod minus servaverit, nam, ut ait, et minus servasse intelligitur, qui nihil servavit, *l. illud*, §. *minus*, *de trib. act. l. 52. et 150. de verb. sign.* Igitur et ita acceptus fidejussor tenetur, licet nihil supersit ex pignore, quod casus major absumpsit.

Ad §. Inter.

Inter fidejussores actione divisa, condemnatus si desierit esse solvendo, fraus vel segnitia tutoribus, qui judicatum persequi potuerunt damnum dabit: quod si divisam actionem inter eos, qui non erant solvendo, constabit, pupilli nomine restitutionis auxilium implorabitur.

Si plures sint fidejussores debitoris certissimum est, singulos ipso jure teneri in solidum, ut paulo ante ostendi, sed si omnes præsentes sint et idonei litis contestatæ tempore, habent beneficium divisionis ex epistola D. Adriani, ut in singulos dividatur actio pro virilibus portionibus, quæ beneficio utuntur confidejussores etiam adversus pupillum creditorem, ut hic locus ostendit, qui in hanc rem est singularis. Fac igitur, pupillo agente adversus fidejussorem divisam fuisse actionem inter fidejussores in portiones viriles, qui præsentes et locupletes erant, et post condemnationem unum forte ex fidejussoribus, dum tutores creditoris cunctantur et procrastinant agere judicati, desiisse esse solvendo facultatibus eversum, quod plerumque in atomo contingit miseris mortalibus. Hujus inopia et infortunium nihil onerat confidejussorem, quia erat solvendo litis contestatæ, imo et rei judicatæ tempore, sed inopia hujus quæ contigit post damnationem, onerat tutores, quorum vitio factum est, ut ille, dum erat in facultatibus, non exigeretur in tempore: fraus, inquit, et segnitia, id est, dolus et culpa tutorum eis damnum dabit, quod notissimum est. Debent enim tutores præstare dolum et culpam, *l. contractus*, *de regul. juris*, *l. qui solidum*, §. *etiam*, *de leg. 2.* Quæro quid sit dicendum, si medio tempore post litem contestatam, ante rem judicatam ille desierit esse solvendo? Et ut respondet, hoc casu sane periculum pertinet ad pupillum ipsum, non ad confidejussores, non ad tutores, quia nihil imputari tutoribus potest, cum ante rem judicatam agere non potuerint, et exigere pecuniam, *l. tutores*, *in princ. et §. tutores*, *de adm. tut.* Imo nec restitui in integrum eo nomine pupillus potest, *l. 7. de fidejuss. tut. l. prox. §. pen. sup. hoc tit. Quia*, inquit, *non videtur esse deceptus pupillus, qui jure communi usus est*, id est, qui divisit actionem inter fidejussores, qui solvendo erant litis contestatæ tempore, licet postea desierint esse. At si divisa per imprudentiam fuerit actio inter fidejussores, qui omnes solvendo non erant litis contestatæ tempore, certum est hoc casu pupilli, vel adolescentis nomine implorari posse auxilium restitutionis in integrum adversus divisionem actionis inconsulto factam, quæ fieri non debuit; quia hoc casu minor deerravit a jure communi, qui inter quos non debuit, divisit actionem. Beneficio restitutionis in integrum minori restituitur actio plenior in eos fidejussores, qui solvendo erant litis contestatæ tempore, in locum eorum, qui eo tempore solvendo non erant. Ac præter beneficium restitutionis integra est pupillo vel adolescenti actio in tutores, vel in curatores, si qua eorum culpa arguatur, *l. 3. C. si tut. vel curat. interv.*

Ad §. Fidejussores.

Fidejussores a colonis datos etiam ob pecuniam dotis prædiorum teneri convenit, cum ea quoque species locationis vinculum ad se trahat: nec mutat confestim, an interjecto tempore fidem suam adstrinxerunt.

In hoc §. ostenditur, fidejussores datos simpliciter in causam locationis a colonis sive conductorib. prædiorum, non tantum videri datos ob pensiones, ut *l. si a coloni*, *inf. h. tit.* sed etiam, ut ait, *ob pecuniam dotis prædiorum*, id est, ob æstimationem instrumenti prædiorum, quod coloni a locatore æstimatum acceperant, ut in *l. 3. sup. loc. cit.* ea lege, ut finita locationis ejus instrumenti pretium reddant locatori. Debet locator agri colono etiam præstare instrumenta, et

vasa agri sive coloniæ necessaria, veluti dolia et alia, quæ enumerantur in *l. sed addes*, §. *illud*, *sup. loc.* Fac igitur, locatorem prædiorum dedisse instrumenta prædiorum colono æstimata: fidejussores dati a colono non tenentur tantum ob mercedes, sed etiam ob æstimationem instrumentorum datorum colonis, quæ instrumenta vocantur dotes prædiorum. Et idem Papin. in *l. 2. de inst. vel inst. leg.* dicit ea instrumenta, easve dotes prædiorum Græco vocabulo appellari ἐνθήκας. Recte igitur in Basilic. hic est expressa hujus §. sententia breviter: ὁ ἐγγυητὴς τοῦ μισθωτοῦ καὶ ἐπὶ ταῖς ἐνθήκαις τοῦ ἀγροῦ ἐνέχεται, *fidejussor coloni etiam nomine enthecarum agri tenetur*. Ideo autem ait, *fidejussores, quos dedit colonus, teneri etiam est pecuniam dotis prædiorum*, qui dotis prædiorum causa ex locatione nascitur, et locationis vinculum, id est, obligatio, causa locationis hanc quoque speciem ad se trahit sive comprehendit, id est, huic contractui inest, non ager tantum, sed et agri omne instrumentum, omnis dos: veluti, ut locator prædiorum colonis præstet non tantum prædia, sed etiam instrumenta et dotes prædiorum, et coloni reddant finito tempore conductionis, *d.* §. *illud*, et adjicit Pap. nihil interesse confestim fidejussor intervenerit initio locationis in causam locationis, confestim, sive ex continenti, an interjecto tempore, sive ex intervallo. Et ita accipiendum est, quod vulgo dicitur, *fidejussorem vel præcedere vel sequi obligationem principalem*, ut nihil intersit, quo tempore præcedat vel sequatur, sicut nihil interest, quo tempore pecuniæ creditæ stipulatio interponatur, confestim, an ex intervallo, *l. 3.* §. *ult. et l. 5. ad Macedon. l. 6.* §. *ult. et l. 7. tit. prox. inf.*

Ad §. Ultimum.

Plures ejusdem pecuniæ credendæ mandatores, si unus judicio eligatur, absolutione quoque secuta, non liberantur: sed omnes liberantur pecunia soluta.

Ex §. ultimo intelligimus rem admodum singularem, differentiam veterem, quæ fuit inter plures fidejussores vel plures reos debendi, et plures mandatores, quam sustulit Justinianus in *l. ult. C. eod. tit.* sed ejus differentiæ vestigium certissimum residet in hoc §. *ult.* Differentia hæc est: Si sint plures mandatores credendæ pecuniæ, liberum est creditori unum eligere, et convenire in solidum, sicut et unum fidejussorem e multis: nondum est differentia; verum electione unius mandatoris, et litis contestatione, omnes non liberantur, id est, electo uno mandatore, e judicio dictato in eum, neque reus liberatur hoc solo, neque ceteri mandatores, *l. reos, C. eod. tit.* quæ etiam de mandatoribus tantum loquitur, ut hic §. Res ergo ita se habet, electione unius mandatoris sola, et litis contestatione omnes non liberari, id est nullum liberari, nec reum principalem, nec ceteros mandatores, etiam si ille, qui electus est, judicio absolutus sit. Sed solutione demum omnes liberantur, cum satisfactum est creditori. De mandatoribus loquitur Papinianus hoc loco, ut *l. reos*, quoniam aliud erat, quam in mandatoribus, in duobus reis debendi, ut patet ex *d. l. ult.* quoniam electione unius fidejussoris vel unius rei debendi, ut in *l. 2. sup. de duob. reis*, etiam non expectata solutione, protinus ceteri omnes liberabantur. Quæro, quæ fuit differentia? Ratio differentiæ, quam nondum me tradidisse memini, hæc est, quia mandatores tenentur judicio bonæ fidei, id est, mandati, quo judicio æquum est, ne ante solutionem liberentur, qui absoluti non sint, ne creditor in damno versetur. At fidejussores et duo rei tenentur stricto judicio, id est, ex stipulatu: diversitas judiciorum constituit differentiam inter mandatores et fidejussores, vel reos debendi: fidejussores et rei debendi tenentur stricto judicio, quo creditor, qui agit in unum omissis ceteris, quia cogit se in angustum strictumque judicium, non potest ea res ei præjudicare. Hæc est ratio differentiæ summe notanda.

Ad L. XCVI. de Solut.

Pupilli debitor tutore delegante pecuniam creditori tutoris solvit. Liberatio contigit, si non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur. Sed et interdicto fraudatario tutoris creditor pupillo tenetur, si eum consilium fraudis participasse constabit.

Sciendum est, debitorem pupilli recte solvere id quod ei debet, tutori ejus, *l. quod si forte*, §. 1. *et l. solutam, h. t.* et solventem tutori liberari ipso jure *l. tutores*, §. *tutelæ, et* §. *ult. de adminis. tut.* liberari ipso jure, etiamsi tutori solverit sine judice. Nam constitutio Justiniani sententiam judicis exigit, non quum tutori, sed quum pupillo solvitur tutore auctore, ut adversus solutionem ita factam, nunquam possit impetrari restitutio in integrum, et debitori, qui solvit, plenissima contingat liberatio et securitas. Et quod dicitur in ea constitutione Justiniani, *l. sancimus C. de adm. tut. et* §. *at ex contrario, Instit. quib. alien. licet*, licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere, sic est accipiendum debitorem pupilli solutionem facere tutori vel curatori accipienti pupilli vice, cui debitor præsenti pecuniam offert, et solvere in

animo habet, atque adeo cui solvit tutore auctore potius quam tutori: quæ solutio, ut in totum debitorem absolvat, et securum faciat, nec per in integrum restitutionem irrita constituatur, Justinian. exigit, ut etiam ea solutio pupillo fiat, vel numeretur pecunia tutori vice pupilli, etiam judice auctore: solutio ita facta non revocabitur, nec beneficio restitutionis in integrum, siquidem facta sit pupillo, ut dixi, et tutore, et judice auctore, videlicet si qua pecunia solvatur pupillo, quæ semel inferenda sit, ut puta, legatum, si pupillo solvatur ex testamento, vel si sors solvatur ex chirographo, vel ex obligatione nominum, ne adversus solutionem hanc detur quandoque minori restitutio in integrum, exigitur a Justin. tum tutoris, tum judicis sententia, atque auctoritas pronuntiantis solvi pecuniam pupillo, si qua pecunia debeatur, quæ semel inferenda sit. Nam ex eadem constitut. reditus et usuræ, et mercedes locationum, quarum solutio dividi solet pensionibus, puta, ut solvantur vel quotannis vel quot mensibus, vel trino quoque mense, ut fit, hæc ita recte pupillo solvuntur tutore auctore etiam sine judice, et sine periculo et metu restitutionis in integrum abversus solutionem pensionum hujusmodi. Et ratio hæc est: quia grave esset his de causis toties judicem adire. Et ita explicanda est hæc constitutio Justiniani. Hoc cognito, finge: debitor pupilli, cum vellet solvere tutori ejus a tutore delegatus est creditori suo, puta, ut oblatam pecuniam solveret creditori tutoris, et solvit: quæritur, an liberetur? Et respondet Papin. liberatum videri debitorem pupilli qui delegante tutore, et mandante solvit creditori tutoris, nimirum, quia tutori solvitur recte, et tutori solutum videtur, cum ei solutum est, cui tutor solvi jussit *l. cum jussu, et l. solutam, hoc tit. l.* 167. §. *qui jussit, de reg. jur.* Verum huic responso addit Papin. hanc exceptionem: is non malo consilio cum tutore habito hoc factum esse probetur *si cum tutore fraudem non participaverit*, ut in Basil. si in ea re non intervenerit dolus malus utriusque, debitoris scilicet et tutoris. Nam si dolus utriusque intervenerit, non tantum eo nomine in tutorem est actio tutelæ finita tutela, qua dolus malus vindicatur, cum sit actio bonæ fidei, sed, ut Accurs. sentit recte, ex generali edicto, quod est de minoribus 25. annis, restituitur pupillo pristina actio in debitorem. Et hoc igitur casu, id est, si debitoris dolus, si collusio intervenerit, si in fraudem pupilli id ex compacto egerint inter se debitor et tutor, ut pecunia pervenirei ad creditorem tutoris, debitor liberatur quidem ipso jure, qui creditori tutoris solvit mandatu tutoris, sed pupillo restituto in integrum, ex hac causa actione utili debitor conveniri potest, id est, restitutoria actione: non est in plenum liberatus, in quem utilis sive restitutoria actio decerni potest, *l.* 5. *sup. de restit. in integ.* At quid fiet si dolus (nam superiora sunt apertissima) tutoris intervenerit, non etiam dolus debitoris pupilli, qui mandatu tutoris solvit creditori tutoris, si quantum in debitore est, res gesta fuerit bona fide, nullo colludio habito cum tutore, quo casu debitor omnimodo liberatur, nec adversus eum minor restitui potest in integrum: si denique non cum debitore, sed cum creditore suo, cui debitor pupilli bona fide solvit, tutor fraudandi, pupilli consilium inierit ei delegato debitore pupilli, quid fiet? Et tunc subjicit Papin. superesse pupillo in creditorem tutoris, qui pecuniam accepit a tutore pupilli, interdictum fraudatorium, si fraudem participaverit, ut posui, cum tutore: potest addi vel actionem Paulianam. Nam utroque remedio revocatur et rescinditur, quod tutor gessit in fraudem tutelæ, sive pupilli, cui ex tutelæ administratione obligatus erat, sicut quod quilibet alius debitor gessit in fraudem creditorum revocatur actione Pauliana, quæ proponitur in *l.* 1. *sup. quæ in fraud. credit.* vel revocatur interdicto fraudatario, quod proponitur in *l.* 10. *in pr. eod. tit.* de quo etiam fit mentio in *l. si postulante sup. ad Treb. et l.* 1. *C. Theodos. de restit. in integrum.* Et inter hæc duo remedia, hæc est differentia. Pauliana revocat dominium rei vel pecuniæ alienatæ in fraudem creditoris, *l.* 14. *eod. tit. quæ in fraud. cred.* creditor scilicet vindicat, et petit rem alienatam in fraudem suam, esse debitoris, etiam si ea res ei pignorata non sit: actio Pauliana vindicatio est rei, non qua petat creditor rem suam esse, sed qua petat rem esse debitoris, quam alienavit in fraudem, §. *item si quis in fraudem, instit. de actionib.* Interdictum autem fraudatorium revocat possessionem: interdicta omnia sunt de possessione, non de proprietate: ergo interdictum fraudatorium est de possessione, *l. ult.* §. *pen. eod. tit.* in illo loco: *possessionem restitui oportere:* nam quod notandum, tota ea *lex ult.* sicut et *l. ex iis, et l. Cassius, eod. tit.* quæ omnes sunt ex libro 6. interdictorum Venuleii, æque omnes sunt de interdicto fraudatario, et licet actionem nominent, tamen intelligunt interdictum fraudatorium, vel actionem in factum ex causa interdicti fraudatorii. Sequitur alia et gravissima differentia, quæ tollit magnas controversias. In Pauliana actione veniunt fructus medii temporis, id est, a die alienationis in diem judicii accepti, quo dictata est actio Pauliana et contestata. Perceptos post acceptum judicium certo certius est venire in condemnationem. Sed de quo dubitari poterat etiam percepti ante acceptum judicium medio tempore post alienationem veniunt in actio-

nem Paulianam, *l.* 10. §. *per hanc actionem, et* § *præterea, e d. tit.* Et ratio redditur in *l. videamus*, § *in Fabiana, de usur.* quia prætor id agit data actione Pauliana, ut perinde omnia sint, atque si nihil alienatum esset, ac propterea verbum, *restituas*, quod in ea re usurpat, plenam significationem habet, ut fructus quoque restituantur medii temporis. At in fraudatorium interdictum fructus medii temporis non veniunt: sed ii tantum, qui percepti sunt post judicium acceptum, post litem contestatam, *d. l. ult.* §. *non solum*, quæ tota est, ut dixi, de hoc interdicto, quia nulla alia ratione possum explicare, et in concordiam adducere eum *l.* 10. §. *per hanc actionem*, quæ dicit, fructus medii temporis in restitutionem venire, quam si dicam, non utroque loco de eadem actione agi, sed in illo de Pauliana actione, in hoc de interdicto fraudatorio, in quo fructum exinde tantum ratio habetur, ex quo judicium acceptum est: non retrorsum, sed prorsum secundum regulam propositam in *l* 3. *de interdict.* in interdictis restitutoriis ex eo die rationem fructum haberi, quo edita sunt non retro, a qua regula tantum excipitur interdictum unde vi, *l.* 1. §. *ex die sup. unde vi*, qui §. est conjungendus cum *d. l.* 3. Excipitur etiam ab ea regula interdictum unde vi, *d. l. videamus*, §. *in Fabiana.* Totam autem eam *l. ult.* esse accipiendam de interdicto fraudatario, non tantum inscriptio demonstrat, sed etiam verba §. *non solum*, quæ respiciunt ad verba interdicti fraudatorii proposita in *d. l.* 10. Verba sunt hujusmodi: *Quæ L. Titius fraudandi causa in bonis, quibus de ea re agitur fecit*, legendum, *in bonis quib. de agitur*, ut in §. *si fraudator d. l.* 10. non, *in bonis quib. de ea re agitur*, ut Florentiæ, §. inquam, *non solum*, respicit ad ea interdicti verba, dum ait, fructus, qui tempore alienationis solo cohærebant, quia pars sunt rei alienatæ, venire in restitutionem, *quia*, inquit, *in bonis fraudatoris fuerunt*, respiciens ad verba interdicti: medio autem tempore perceptos fructus non venire, *quia*, inquit, *in bonis non fuerunt.* Ex hac distinctione inter actionem Paulianam et interdictum fraudatorium patet et lucet discrimen, quod est inter *l.* 10. §. *per hanc*, et §. *præterea*, et *l. ult.* §. *non solum*, quod dirimere nostri nulla ratione possunt, nec expedire possit aliter quisquam, quam separata actione ab interdicto fraudatorio. Verum ad rem, in specie proposita hoc loco, qui debitor erat pupilli ex causa tutelæ, in fraudem pupilli creditori suo jussit solvi pecuniam pupillo debitam, et sciens creditor tutoris eam pecuniam accepit, si sciens tutor scienti creditori suo, suam vel sibi debitam pecuniam solvisset in fraudem pupilli, et ceterorum creditorum, proculdubio locus esset actioni Paulianæ, et interdicto fraudatorio, *l.* 2. *et* 3. *eod. tit.* Et multo magis, si pupilli pecuniam propriam, vel pupillo debitam solverit sciens, aut solvi jusserit scienti creditori suo in fraudem pupilli, locus erit iisdem actionibus rei restituendæ gratia. At præterra ex hoc facto etiam in tutorem tanquam in fraudatorem competit actio ex eodem edicto. Nam edicto non tantum datur actio in eum, qui a fraudatore accepti, ut rem alienatam restituat, vel possessionem, sed etiam in fraudatorem ipsum, *l.* 1. *et l. ult.* §. 1. *eod. tit.* Ergo ex hoc facto in tutorem pupillo competit, actio ex eodem edicto, et in creditorem quoque tutoris, qui fraudem participavit, qui turpiter facit, ut ait *l. si postulante, ad Trebellian.* turpiter fecit, qui fraudem participavit, id est, qui fraudis conscius est, qui cum fraudatore negotiatur, fraudem vero non ipse facit, sed debitor. Ideoque nec de dolo actio unquam fuit in eum, qui quid a fraudatore accepisset sciens, quia dolum ipse non facit, licet turpiter accipiat ab eo, quem non ignorabat esse fraudatorem, aut fraudandorum creditorum animum habere. Et M. Tullius 1. ad Atticum; de actione Pauliana sentit, cum ait, *Creditores Publii Varii egisse cum fratre Caninio de his rebus, quas a Vario fratre ejus dolo malo traditas mancipio acceperat.* Et ideo in *l.* 1. *quæ in frau. credit.* dicitur prætorem necessario proposuisse actionem Paulianam: quasi scilicet deficiente alia actione, quia in fraudatorem, et in participem fraudis nulla ex hac causa civilis fuit, aut sane fuit inanis actio in participem, non fuit actio civilis, vel prætoria; quia dolum non fecit: non fuit etiam in fraudatorem, quia bonis fraudator exutus est et spoliatus. Quandoquidem de actione Pauliana danda, vel interdicto fraudatorio nunquam tractatur, nisi quum creditores missi sunt in possessionem bonorum debitoris; eaque distraxerunt, aut mox distracturi sunt; eum in eo res est, tum revocant alienata in fraudem actione, vel interdicto, non alia ulla actione: deficiebat omnis alia actio etiam in fraudatorem, qui bonis spoliatus est, bonis possessis et distractis: sicut bonis cessis, facta cessione bonorum, aut bonis publicatis debitor liberatur, sed ex eo edicto etiam in fraudatorem datur actio, vel pœnæ causa, ut ait *d. ult.* §. *ult.* ut scilicet carcere et vinculis contineatur, quod res non restituat, quas nec restituere potest, qui exutus est omnibus bonis: in fraudatorem est quasi pœnaria actio: electio autem est pupilli vel adolescentis cum quo agat cum tutore vel cum creditore tutoris, quoniam ii duo inter se colluserunt in necem pupilli, delegato debitore pupilli. Hoc quod postremo dixit, probat *l.* 3. *et ult. C. si tutor vel cur. pup. interv.* Non est illud omittendum, quod

Papinianus in hoc responso loquitur de creditore tutoris, qui consilium fraudis participavit; ut in eum pupillo sit actio Pauliana, vel interdictum fraudatorium: nam in creditorem tutoris ignorantem, quid ageret vel moliretur tutor, non actio Pauliana, vel interdictum fraudatorium, quia creditor suum recepit: non ergo id, quod recepit, habet ex causa lucrativa, *l. ult.* §. *in maritum*, *eod. tit. l. ex promissione, de oblig. et act.* In eo qui quid accepit ex causa non lucrativa separamus scientem ab ignorante, et ignorantem non teneri dicimus, sed scientem tantum. In eo autem, qui quid accepit ex causa lucrativa, non separamus scientem ab ignorante: uterque tenetur Pauliana actione, vel fraudatorio interdicto, *l.* 6. §. *simili modo*, *quæ in fraud. cred. l. pen. C. de revoc. iis*, *quæ in fraud. credit.* Et hæc sunt, quæ pertinebant ad primum responsum h. l.

Ad §. *Si cum pupilla.*

Si cum pupilla magistratui, qui per fraudem pupillo tutorem dedit hæres extitisset, tutores ejus cum adolescente transegerunt; eam transactionem pupilli ratam habere noluit: nihilominus erit tutorum pecunia liberata, nec tutores contra adolescentem actionem, nec utilem habebunt, qui suum reciperavit. Plane si adolescens pecuniam restituere maluerit, rescisso quod gestum est, actionem utilem in pupillam hæredem magistratus accipiet.

Ad 2. responsum illud sciendum est in primis, quod si magistratus municipalis, sive duumvir pupillo per fraudem tutorem dederit minus idoneum, vel si a tutore dato non exegerit cautionem rem pupilli salvam fore, et pupillo aliquid absit ex administratione tutelæ suæ, quod servari non possit a tutore, vel a fidejussore tutoris, vel ab eo, cui quid tutor alienavit in fraudem tutelæ, tum in subsidium, magistratus municipalis pupillo tenetur in id, quod interest actione in factum, quæ eam ob rem dicitur subsidiaria, ex oratione Trajani, *l. pen. C. de magistr. conven.* quæ actio datur etiam in hæredem ex dolo, vel lata culpa defuncti magistratus, non ex levi culpa, ut vulgo existimant, *l.* 2. *C. eod. tit. l.* 4. *et* 6. *sup. eod. tit.* Quod tamen in levi culpa dubitatione non caret, ut alibi ostendi. Ceterum, quia ea actio in factum, quasi pœnalis actio est, ut ait *l. ult. sup. eod. tit.* ideo æquum est, ut non temere, sed causa cognita, id est, ex causa tantum detur in hæredem magistratus, qui tutorem dedit, et omisit cautionem rem pupilli salvam fore, nec bene pupillo prospexit: sicut temere etiam non datur actio in hæredem magistratus, qui non curavit postulanti vicino caveri damni infecti ædium vicinarum, quæ vitium faciunt; Ad quam speciem pertinere *d. l.* 6. *de magist. conveniendis*, demonstrat inscriptio legis conjuncta *l.* 4. §. *in eum*, *et* §. *ult. sup. de dam. infec.* cujus eadem inscriptio est. Et utraque igitur lex est, non de magistratu, qui omisit cautionem rem pupilli salvam fore, sed de magistratu, qui omisit cautionem damni infecti, quanquam in utroque idem jus sit, et possit, quod de uno dicitur licenter transferri in alterum. Hoc cognito, finge: magistratus per fraudem tutorem dedit pupillo cuidam: magistratui filia puella hæres exstitit; jure hæreditario pupilla hæres magistratus tenetur pupillo jam facto adolescenti actione in factum subsidiaria, qua tenebatur defunctus magistratus. Ideoque ex ea causa tutores pupillæ cum adolescente transegerunt, data ex arca sua adolescenti pecunia certa pupillæ nomine hæredis magistratus, pupillam suis nummis liberaverunt tutores; an etiam liberaverunt invitam? Fac eam transactionem non habere ratam; an nihilominus transactione liberata esse intelligitur? Et respondet liberatam videri etiam invitam et detrectantem probare, quod fecerunt tutores ejus nomine, quia scilicet, non possumus quidem inviti deteriorem conditionem facere, ceterum etiam inviti meliorem conditionem facere possumus, veluti soluta pecunia eo invito et vetante, *l. solutione*, *et l. solvere*, *h. tit. l. solvendo*, *de neg. gest.* vel supposito expromissore, qui novandi causa in se transferat obligationem debitoris, atque ita liberato debitore invito, eodemque mox supposito expromissore liberto per acceptilationem, *l. si debitor tuus*, *h. tit.* vel invito servo data libertate, *l. ult. C. de test. tut.* vel invito domino per servum acquisito lucro quodam *l. etiam*, *de adquir. rer. dom. l. quemad. de jure dot. l. servus vetante*, *de verb. obl.* Utilitatis ratio hoc suadet, ut et beneficia dentur etiam invitis, et nolentibus, et ut in iis non sequamur, quod in similibus causis obtinet, puta, ut donatio, vel legatum non acquiratur invito, ut invito non acquiratur bonorum possessio, ut invito non adsignetur libertus. *Propter utilitatem*, inquit Varro libris de lingua Latina, *dissimilitudines potius*, *quam similitudines sequimur*; *quæcumque usus causa ad vitam sunt adsumpta*, *in iis utilitatem quærimus*, *non similitudinem*: in donatione et legato, et bonorum possessione et adsignatione liberti est causa, qua causa invito beneficium non quæratur, quia donatio vel legatum, vel adsignatio liberti non intelligitur esse sine facto ejus, cui donatur, legatur, adsignatur sine acceptione ejus, vel admissione. Hæc non fiunt μονομερῶς, sine acceptione, vel agnitione. Illa superiora fiunt μονομερῶς, quia in liberatione non exigitur factum ejus, qui libera-

tur servitute, vel ære alieno: sed neque in acquisitionibus servorum factum domini, quia sufficit factum servorum. Et placet valde, quod in hanc rem dixit Leo in *Novella* 112. *duplex beneficium accipere eum, qui cogitur beneficium accipere.* In specie igitur proposita res ita est, pupillam tutores sua pecunia etiam invitam liberasse, ac proinde eam pecuniam ei reputare posse contrario judicio tutelæ, *l.* 1. §. *præterea, et l. ult. de con. tut. act.* vel opposita exceptione doli mali, si pupilla agat directa tutelæ, non habita ratione pecuniæ pro ea solutæ, *l. si opera, sup. de doli except.* nisi forte si quid pupillæ probetur interfuisse eam pecuniam non solvi, *l. cum pec. de neg. gest.* Ex eo, quod ita statuit Papinian. in §. 1. etiam efficitur, non habere tutores in adolescentem, cui solverunt pecuniam, condictionem indebiti, neque directam, neque utilem; *quia adolescens*, inquit, *suum recuperavit.* Et repetitio scilicet sive condictio nulla est ab eo, qui suum recepit, *l. repetitio, de cond. indeb.* tametsi, ut addit eadem lex, ab alio, quam a vero debitore, nomine tamen veri debitoris solutum sit. Et ad summam res ita se habet: si debitor liberatur, qui solvit pro se, vel pro alio, vel si is liberatur, pro quo solvit, non est condictio indebiti: si debitor non liberatur, ut si non mutata omnino specie tutor, vel quis alius solverit suo nomine per errorem, non pupillæ nomine, locus est condictioni indebiti, *l. si nomine*, §. 1. *l. si non sortem*, §. *filiofam. et* §. *si decem*, *l. cum is*, §. 1. *de cond. indeb. l.* 5. *C. eod. tit, l. qui hominem*, §. *ult. h. t. de solut.* Nunc quæro, quid sit dicendum, si adolescens, cui tutores solverunt ex causa transactionis malit pecuniam restituere tutoribus, et ex causa aliqua, vel etiam sine causa, restituatur in integrum, quod prætoribus nonnunquam accidit, ut etiam sine causa minores restituantur in integrum, aut supervacua; si igitur adolescens ex causa vel sine causa restituatur in integrum adversus transactionem oblata pecunia, quam acceperat? Et non est dubium, hoc casu adolescenti dari actionem in pupillam hæredem magistratus, quod est in fine hujus §. Et utilem actionem, id est, restitutoriam. Omnis actio restitutoria est utilis, rescissa transactione, per quam ipso jure ea actio fuerat extincta, interposita, ut fit, stipulatione Aquiliana, et acceptilatione subsecuta: hoc modo transactio ipso jure perimit omnem obligationem.

Ad §. Soror.

Soror, cui legatum ab hærede fratre debebatur post motam legati quæstionem transegit, ut nomine debitoris contenta legatum non peteret. Placuit quamvis nulla delegatio facta, neque liberatio secuta esset, tamen nominis periculum ad eam pertinere. Itaque si legatum contra placitum peteret, exceptionem pacti non inutiliter opponi.

In hoc §. proponitur species hujusmodi: pater filiæ forte exhæredatæ legatum dedit a filio hærede instituto, filia egit de legato actione ex testamento adversus fratrem, et nondum finita lite transegit ea de re ita cum fratre nuda pactione, ut frater ei cederet nomen cujusdam debitoris hæreditarii, quod eum erat bonum nomen, et ipsa a lite discederet, et legatum omitteret: nuda pactio est, quia nulla ex parte sumpsit effectum, quia neque frater sorori nomen debitoris delegavit, aut cessit, neque ipsa interposita Aquiliana stipulatione et acceptilatione subsequuta fratrem liberavit obligatione contracta ex legati causa. Re ita gesta, et transacta inter fratres, quæritur, an nominis illius de quo convenit, periculum pertineat ad sororem, forte postea debitore facto non solvendo, everso facultatibus? Et respondet Papinian. periculum nominis pertinere ad sororem, et si pergat legatum petere, aut si repetat legati petitionem, summoveri eam exceptione pacti. Ex quo apparet, quod est summe notandum, pactionem nudam habitam inter hæredem et legatarium, etsi non liberet hæredem ipso jure, quia ex pacto nudo neque nascitur obligatio, neque liberatio, transferre tamen periculum ejus rei, de qua pactum conventum est, in legatarium: quod ne novum quidem et iniquum videatur, confirmabo exemplo consimili: oblatio nuda rei, pecuniæve debitæ sine depositione et obsignatione, non liberat debitorem ipso jure, attamen periculum rei pecuniæve oblatæ transfert in ita creditores, *l. stipulatus sum, de verb. oblig.* Et hoc tertium responsum explicandum est, in quo posui initio fuisse bonum nomen debitoris tempore habitæ conventionis, alioquin quodammodo huic responso obstaret lex, quam adducit Accurs. *si cum dotem*, §. *si mulier, sol. matr.*

Ad §. Cum eodem.

Cum eodem tempore pignora duobus contractibus obligantur, pretium eorum pro modo pecuniæ cujusque contractus creditor accepto facere debet, nec in arbitrio ejus electio erit, cum debitor pretium pignoris consortioni subjecerit. Quod si temporibus discretis superfluum pignorum obligari placuit, prius debitum pretio pignorum jure solvetur, secundum superfluo compensabitur.

Qui debebat mihi 20. ex duobus contractibus, ex duabus causis, ex stipulatione 10. ex testamento 10. dedit mihi pignus in utramque causam,

quod ego pignus jure meo vendidi sexdecim. Quæritur, an sit in arbitrio meo, in quam causam voluerim pignoris pretium, id est, 16. accepto referre? hæc est quæstio hujus §. Et Papin. ita distinguit: aut eodem tempore in utramque causam debitor pignus obligavit, aut discretis temporibus: si discretis temporibus, ut puta, si in causam legati primum obligavit pignus, deinde interjecto tempore ejusdem pignoris superfluum, quod nos vocamus ὑπεροχήν, *la plus value*, in causam stipulationis obligavit: hoc casu pignore distracto sexdecim, ut posui decem imputantur in primum, seu antiquius debitum, et sex in secundum debitum, residuorum quatuor petitione creditori salva, *l. creditor* 2. *sup. de reb. cred.* si eodem tempore pignus obligavit debitor in utramque causam, pretium quod redegit creditor ex venditione pignoris, acceptum referre debet, ut ait, *pro modo, pro rata pecuniæ cujusque contractus*, id est, ἀναλόγως, ut scilicet imputet in primum debitum octo, et in secundum totidem, quoniam utriusque causæ par summa est: neque enim est in arbitrio creditoris in unam tantum causam imputare pretium pignoris, *quod*, inquit, *debitor consortioni subjecit*, id est, quod simul et communiter obligavit in utramque causam: ratio est elegantissima, et distiinctio quoque. Verum valde obstat huic distinctioni, sive responso *l. Imperator* §. *in iis*, *sup. hoc. tit.* Sententia hujus §. hæc est. Creditor cui debentur usuræ ex stipulatione, et aliæ usuræ ex pacto, ex stipulatione civiliter, ex pacto naturaliter: ex diversis contractibus, ex causa diversorum contractuum etiamsi usurarum quantitates sint dispares, pretium pignoris, ut illo loc ostenditur, imputat æqualiter in utramque causam, non pro rata, ut exempli gratia: si XXIV. debentur ex pacto, XII. ex stipulatione, et pretium pignoris fuit decem et octo, novem pacto imputabuntur, et stipulationi totidem, non pro rata XII. pacto, et VI. stipulationi. Valde videtur obstare §. *in iis h. t.* Sed res mihi ita explicanda esse videtur, ut dicamus in dicto §. *in iis* agi de usuris, quæ diversis temporibus pactæ vel conventæ sunt, quod est certum, et in quas pignus æqualiter obligatum est, non in has usuras pignus totum, in illas ὑπεροχή, sive superfluum; et placet omnibus usuris imputari æqualiter pretium pignoris, quod etiam æqualiter constitutum, sive contractum est. Hoc autem loco, nec in prima parte propositæ stipulationis, discretis temporibus pignus contractum est æqualiter sed in unam causam ad finem sortis integræ; in alteram ad finem ὑπεροχῆς, ergo inæqualiter. Inæqualis causa pignoris et inæqualem imputationem exigit: nec item in secunda parte distinctionis pignus contractum est discretis temporibus, sed uno eodemque tempore. Et ubi contractum, et temporum diversorum par causa est, omnibus summis pretium pro portione imputatur, id est ἀναλόγως, ut ait *l.* 8. *h. t.* Hinc apparet ratio.

Ad §. Cum institutus.

Cum institutus deliberaret, substituto pecunia per errorem soluta est: ad eum hæreditate postea devoluta causa conditionis evanescit, quæ ratio facit, ut obligatio debito solvatur.

Deliberante hærede instituto, debitor hæreditarius solvit per errorem substituto, antequam substitutioni locus esset: indebitum solvit; Quæro, an id, quod solvit condicere possit, quamvis post longam deliberationem, et consultationem hæres institutus repudiarit hæreditatem, et substituto locum fecerit? Et ait, cessare condictionem indebiti, quia ex eventu apparuit substituto indebitum non fuisse solutum. Denique causa condictionis evanescit, et debitor omnimodo liberatur: nam hæc sunt consequentia: si non est condictio indebiti, ergo debitor liberatur: cui simile est exemplum, quod ponitur in *l. sub conditione*, *sup. de cond. indeb. et l. cum is*, §. *qui hominem*, *sup. hoc tit.* Debeo tibi aliquid sub conditione. idque tibi per errorem solvo pendente conditione. indebitum solvo; verum si post solutionem conditio extiterit, non dabitur mihi condictio indebiti, quod ab initio videbatur esse indebitum, quia ex eventu apparuit non fuisse indebitum. Et hic est finis hujus legis. Sequitur *l.* 2. *rem ratam haberi*, cujus verba hæc sunt.

Ad L. II. Rem. rat. hab.

In stipulatione de rato habendo non est cogitandum rei promittendi vel stipulandi compendium, sed quid interfuerit ejus qui stipulatus est ratum haberi, quod gestum est.

Lex est valde difficilis. Glossa, et qui ab ea profecti sunt ceteri omnes, in eam adferunt lex interpretationes, nec in qua potius consistant, habent. In omnibus nihil nisi culpæ manifestæ, et intolerabiles, planeque repugnantes verbis auctoris: danda nobis est opera, ut sensus ejus omnibus in facili, et in aperto esse videatur. Sciendum est, rem ratam dominum habiturum, et neminem amplius petiturum, plerumque stipulari eum, qui convenitur a procuratore vero, vel falso nomine creditoris, vel domini, sive conveniatur in judicio, sive extra judicium, ut in *l. interdum*; *l. amplius*, *l. si commissa*, *in fine*, *et si sine judice*, *h. t.* Et interdum etiam is, qui agit, a defensore absentis, eandem stipulationem stipulantur, id est, de

rato habendo, atque interponit, ut in *l.* 6. *et l.* 8. §. *ult.* illo loco : *vel adversus procuratorem h. t. l. non solum*, §. *si status, et seq. usque ad finem legis et l. seq.* §. *sed et is, de procur.* Et in judicio quidem hæc stipulatio interponitur ex edicto Prætoris, prætoria stipulatio est, *d. l. interdum, hoc tit.* Et causa interponendæ ejus hæc est, ne quis impune sæpius eadem de re conveniatur, *l.* 8. §. *ult. hoc tit.* ne rursus dominus vel creditor retractet, quod actum est, *l. non solum*, §. *est et casus, de procur.* ne bis idem præstet debitor vel possessor, *l. si in fine*, §. *Julianus, hoc tit.* denique, ut tutiore loco sit, qui contrahit cum procuratore absentis, *l.* 12. *hoc tit.* Concluditur autem hæc stipulatio his fere verbis, quod compendii facio : *si creditor vel dominus ratum non habuerit, cujus tu nomine agis aut contrahis, quanti ea res est, tantam pecuniam dabis*, *l.* 3. *l.* 8. §. *ult. hoc tit.* Et in multis aliis locis, ubi statim ambigitur, quemadmodum ea verba, *quanti ea res est*, accipienda sint. Sunt enim ἀμφίβολα, et incertam quantitatem continent, ut ait *l.* 2. §. *incertum, de præt. stip.* Sunt verba πολύσημα. Alias enim referuntur ad veritatem, id est, ad quantitatem veram ejus, quod stipulatoris interest, quod interdum pluris est, quam rei pretium verum et justum, qua de agitur principaliter, *l.* 1. *de action. empt.* modo inquam, pluris est quod interest, quam verum rei pretium, ut *d. l.* 1. modo minoris, *l.* 9. §. *ult. ad exhib.* Et ita quidem hæc verba accipiuntur in actione, quæ ex stipulactione judicio sisti tanti competit, quanti ea res est, *l.* 2. §. *ult. satisd. cog.* et in stipulatione damni infecti et judicatum solvi, quæ quanti ea res est concluduntur et concipiuntur, *d. l.* 2. §. *incertam* et in actione in factum, quæ datur, quanti ea res est in magistratum municipalem, qui non curavit postulanti caveri damni infecti, *l.* 4. §. *eum, in de damn. inf.* et in actione in factum, quæ datur quanti eas res est in falsum tutorem, ei, qui illo auctore frustra cum pupillo contraxit, *l.* 7. §. 1. *quod fal. tut. auct.* His actionibus continetur utilitas actoris, et veritas, id est, vera utilitas, sive quod in veritate actoris interest (utilitas, et id quod interest idem est semper) sive quantitatis vera ejus quod ob eam rem actori abest de suo, vel quod lucratus non est : non etiam continetur quantitas quantumque ab actore æstimata et petita, non pœna. Quantitas quæ egreditur veritatem pœna est. Alias vero hæc verba non referuntur ad id quod interest, sed ad verum rei pretium, ut in actione furti, *l. in furti actione, ff. de furt.* et in actione vi bonorum raptorum, *l. prætor*, §. *nec autem, vi bon. rapt.* In quibus actionibus duplatur vel quadruplatur, non id quod interest, sed verum rei pretium, quamvis ita concludantur, quanti ea res est. Itemque in actione ex stipulatione duple interposita evictionis nomine, ad quam pertinet *l.* 179. *de verb. significat.* et in actione in duplum, ex edicto de publicanis, ad quam pertinet *l.* 192. *eod. tit.* Alias ea verba referuntur non tantum ad id quod interest, quod proprie consistit circa rem tantum, de qua principaliter agitur: sed etiam ad omne quodcunque compendium, et omne damnum etiam, quod extrinsecus actori contingit, ut in *l.* 2. §. *ult. de eo quod certo loco*, de qua dicemus inferius. Alias ea verba referuntur, non ad rei pretium, non ad id quod interest, vel circa rem, vel extra rem, sed ad quantitatem infinitam, quantumcunque actor æstimarit jurejurando in litem; et ad pœnam etiam, etiamsi nihil reapse actoris intersit, ut si per calumniam egerit, si calumniosam actionem instituerit. Et ita ea verba accipinutur in actione in factum, quæ datur quanti ea res est: ea sunt verba edicti : *in eum, qui in jus vocatum vi exemit*, *l. pen*, §. 1. *ne quis in jus voc.* et in actione in factum, quæ datur in eum, qui jus dicenti non obtemperaverit, etiam si nihil intersit adversarii, *l.* 1. §. *ult. si quis jus dicenti non obtemper.* Hæ actiones meram pœnam, ut ait d. lex 1. non utilitatem, id est, non quanti res ea est, non quanti revera actoris interest, continet, sed etsi nihil actoris intersit, continent quantitatem, quam actor juratus æstimaverit. Varie igitur ea verba in jure accipiuntur. Et inde quæritur, quemadmodum in stipulatione, rem ratam haberi, accipienda sint? Et Papinianus ait hoc loco, in stipulatione de rato, ea verba referri ad id, quod interest stipulatoris ratum haberi, quod actum est; non ad compendium, inquit, stipulatoris vel promissoris; quod minime spectandum esse ait, manifeste compendium separat ab eo, quod interest, ut *l. Titium*, §. *altero, et l. qui negotiationem, de admin. tut.* et Theophilus noster, qui separat in §. *plus, de action.* τό διαφέρον, id est id, *quod interest*, ab eo, quod τό κέρδος vocat, id est, *compendium*. Et differentia sive separatio hæc est, quia id quod interest versatur circa rem, qua de agitur: compendium venit extra rem prorsus. Vel aliter: id quod interest, est utilitas, quæ circa rem consistit: compendium est utilitas, quæ consisti extra rem. Exempli gratia, alioquin non posset res intelligi: si a procuratore conventus stipuler, dominum rem ratam habiturum, domino rem ratam non habente, et denuo agente mecum de eadem revel. pecunia, mea interest ob sumptus quos facio in litem, quam mihi dominus intendit, eosque repeto a procuratore, vel fidejussore ejus, qui cavit de rato: nam hæc cautio satisdatio est; eos, in-

quam, sumptus repeto actione ex stipulatu de rato, sive me dominus vicerit, sive non, *l. si fine*, §. *Marcellus, hoc tit.* Sumptibus litis possunt addi sumptus itinerarii, id est, viatica, quæ imponendo in jus peregre proficisci coactus vocante domino, qui quod gestum est, ratum non habet, *l. eum, qui temere, de judic.* Et hi omnes sumptus significantur in *l.* 18. *hoc tit.* his verbis: *prout intersit agentis, quod litigat, quod consumit, quod advocat*, consultores scilicet et patronos. Vel hos sumptus solos repeto actione ex stipulatu de rato, vel præter hos sumptus etiam repeto, quod domino ratum non habenti damnatus solvi, quod addit *d. l.* 18. aut quod procuratori solvi. Qua in re servandæ sunt distinctiones hujusmodi, ut res omnis perspicue intelligatur, ex *d. l. sine.* Aut falso procuratori solvi, cui nihil mandatum erat. Aut vero, et aut sine judice solvi, aut interveniente judice, nimirum ex sententia judicis. Si sine judice falso procuratori solvi debitum, vel indebitum, nihil refert, et dominus vel creditor ratam solutionem non habuerit, id est, si dominus de eadem revel. pecunia rursus mecum egerit, sive vicerit, sive non vicerit, præter sumptus litis actæ cum domino, repeto etiam actione ex stipulatu de rato id, quod procuratori falso solvi, vel quia indebitum solvi, vel quia, si debitum solvi, ea solutio me debito non liberavit, *l. si quis offerenti, de solut.* sed neque sententia, qua domino agente et superato absolutus sum, me liberavit ab obligatione naturali, *l.* 8. §. 1. *hoc tit.* Sequitur altera pars distinctionis, si ex sententia judicis debitum vel indebitum falso procuratori solvi, ab eo quidem procuratore non repeto, quod ei per judicem solvi, quia soluti ex causa judicati repetitio non est, etiam si maneat obligatio naturalis, *l. cum putarem, famil. ercisc. l. si fidejussor*, §. *in omnib. mand.* Non repeto, inquam, quod falso procuratori solvi ex sententia judicis, tametsi damnatus tantundem solverim domino ratum non habenti, quod actum est inter me et falsum procuratorem. Id autem, quod domino damnatus solvi, etiam a domino non repeto, qui ratum non habuit, propter eandem rationem, quia soluti ex causa judicati repetitio non est. Id, inquam, a domino non repeto, cui solvi, sed id repeto a falso procuratore ex stipulatione de rato, *d. leg.* 18. illo loco; *quod damnatus solvit*, *et l.* 3. §. *ult. hoc t.* Hæc de falso procuratore. Si vero procuratori solvi, nihil interest judicio coactus ei solverim, an sine judicio, sine judice: nullo enim casu repeto, quod ei solvi, tametsi dominus solutionem ratam non fecerit, et lite redintegrata forte me vicerit, quia jure non potuit me vincere: qui vero ejus procuratori solveram, nec me potuit domino condemnare judex, nisi per imprudentiam, vel injuriam, quam æquum non est mihi præstare procuratorem aut fidejussorem ejus, ideoque nec ab eo repeto, quod domino solvi damnatus per injuriam judicis, *d. l. si sine*, §. *cum autem.* Injuriam quæ mihi facta est, penes me manere, quam ad verum procuratorem, et eundem promissorem de rato transferri, æquius est, *l. exceptione, de fidejuss. l. si per imprudentiam*, *de eviction.* Denique a vero procuratore ex cautione de rato, quod ei solvi vel domino, non repeto, quia domino solvi per injuriam judicis, et quod ei solvi, jure solvi, sed repeto litis sumptus tantum, quos feci in litem mihi motam a domino. Idemque erit si dominus, qui solutione rata non habita, quam vero procuratori feci, judicio mecum expertus est, et litem amiserit, quoniam et hoc casu, quod solvi vero procuratori, non repeto, sed sumptus litis tantum, quos a domino forte servare non possum, *d. l. si sine*, §. *Marcellus.* His distinctionibus postremo addamus hanc regulam; quotiens a falso procuratore repeto, quod ei solvi, simul et id repeto, quod ex re, pecuniave ei soluta, aut circa eam rem medio tempore lucri facere non potuit, nec feci, veluti fructus fundi, aut usuras pecuniæ. Nam in æstimatione ejus quod interest, non tantum damni dati habetur ratio, sed etiam lucri intercepti, ut generaliter definitur in *l. unica*, *C. de sentent. quæ pro eo quod interest profer.* Et specialiter in causa stipulationis de rato proditum est in *l. si commissa*, *hoc tit.* dum ait, commissam stipulationem de rato in tantum competere, in quantum stipulatoris interest, quod ita interpretatur, id est, quantum actori abest, quantumque lucrari potuit, si dominus ratum habuisset. Non habetur ratio compendii, quod facere potuit extra rem, qua de agitur, sed ut dixi, lucri, quod circa rem ipsam versatur, quodve sit ex re ipsa, veluti usura, aut fructus, aut id quo pluris hodie res ipsa est, quam fuit eo tempore, quo eam falso procuratori solvit. Compendium hoc loco pro extrario compendio accipitur, cujus rationem non haberi in æstimatione ejus quod interest, certum est. Exempli gratia, si dicam me ex re procuratori soluta medio tempore potuisse negotiari, et ingentem quæstum facere, in stipulatione de rato non habebitur ratio incrementi negotiationis, compendii negotiationis, quod extrinsecus contingere potuit, *l. ult. de peric. et comm. rei vend. l. si sterilis*, §. *quum per venditorem, de act. emp.* sed in stipulatione de rato id tantum cogitandum erit et spectandum, quod stipulatoris circa rem ipsam interest, qua de agitur. Et eleganter in *d.* §. *cum per venditorem*, qui est arx hujus quæstionis, separat utilitatem, quæ extra rem est, ab

ea, quæ circa rem consistit, ut et Seneca id distinguit 1. *de benefic. Omnia ista*, inquit, *extra rem sunt, ut nec circa rem sint*, ut quemadmodum in æstimatione utilitatis, id est, ejus quod interest, non habetur ratio damni dati, nisi quatenus quid actori abest ex re sua, ut sibi debita, ut si mihi absit triticum, quod emi per moram venditoris, quod hodie forte pluris est, quam fuit venditionis tempore, ejus damni ratio habetur in actione ex empto, quæ datur in id, quod interest, non etiam ratio habetur hujus damni extrarii, si quod mihi triticum non traderetur, servi mei fame interierint, aut jumenta, quod damnum consistit extra rem ipsam quæ veniit, *d.* §. *quum per venditorem.* Ita vero ut damni, ita in æstimatione ejus quod interest, habetur ratio lucri intercepti hujus tantum, quod mihi res ipsa, quæ in contetionem venit, sua vi attulisset, non ejus lucri quod compendium dicitur, quod extrinsecus facere potui mercaturis faciundis, excepto uno tantum casu, qui est in *l.* 2. §. *ult. de eo quod certo loco*: si agatur de nautica, sive trajectitia pecunia, in quo judicio legitimus modus usurarum, vel modus legitimus ejus quod interest, non observatur, sed venit omne quodcumque compendium facere creditor potuit, et omne damnum quod fecit, etiam quod consistit extra rem: sicut veniunt etiam usuræ immensæ et immodicæ, et supra duplum. In trajectitia pecunia alia est ratio, quæ nullum servat modum, propter pensationem periculi gravissimi, quod creditor in se suscepit. De hoc autem compendio extrinseco est accipiendum, quod ait Papinianus hoc loco: *in stipulatione de rato non esse cogitandum compendium rei promittendi vel stipulandi*, id est, compendium ejus, cum quo agitur ex stipulatione de rato, qui promisit, de rato, vel compendium actoris, sive stipulatoris: uno verbo, non esse spectandum compendium rei vel actoris, ut in Basil. τό κέρδος τοῦ ἐναγομένου ἤ τοῦ ἐνάγοντος, *lucrum rei vel actoris.* Conjunxit utrumque, reum, vel actorem, id est, promissorem vel stipulatorem, ut ostenderet stipulatione de rato, stipulatorum neque compendium consequi posse, quod facturus erat extra rem, si dominus ratum habuisset, veluti ex incremento negotiationis, neque etiam consequi posse compendium, quod promissor, id est, falsus procurator fecit extra rem ipsam, quam ab stipulatore exegit, ut puta, si promissor ex negotiatione ejus rei, quam exegit, magnum aliquod emolumentum consequutus fuerit, vel si se ea re, vel pecunia liberavit imminente sibi pœna quadam gravi ex contractu quodam, ut in *l. Imperator*, §. *si centum, de legat.* 2. Hujus compendii, quod procurator fecit extra rem, quam ei stipulator solvit vel præstitit in revocanda ea re per actionem de rato, ratio non habetur, nec venit in restitutionem, quia satis est stipulatori procuratorem restituere rem ipsam, et quod ex re ipsa ferre et lucrari stipulator potuit. Et ita hæc lex est accipienda.

Ad L. XX. de Jure fisci.

Sed pecunia revocata in fidejussorem liberatum utilis actio dabitur.

Sciendum est, privilegium fisci hoc esse, ut in exigenda pecunia sibi debita, quemadmodum Paulus ait 5. *Sentent. tit. de jure fisci*, primum locum obtineat ante omnes creditores, chirographarios scilicet, sive personales, ut in actione in personam potiora jura habeat, et in actione in rem multo magis, id est, Serviana, ut *l. eos, C. qui pot. in pign.* quia scilicet persequitur tacitam hypothecam, quam habet ex suis contractibus omnibus, *l.* 2. *C. in quibus caus. pign. vel hypot. tac. contr.* et ex causa tributorum, *l.* 1. *C. eod. tit.* non ex omnibus causis, *l. rescriptum, sup. de pact.* Nam quod dicitur *in l. aufertur*, §. *fiscus, inf. hoc tit.* fiscum semper habere jus pignoris, sic est accipiendum semper, ex suo contractu, non ex omni causa, sed ex causa tributorum tantum, vel ex causa æris sui, sive contractus et obligationis suæ, quod jus fiscale dicitur in *l.* 10. *sup. de manum.* Sic igitur statuamus, fiscum potiora jura habere in actione in personam, et in actione in rem, sive hypothecaria, et præferri omnibus alis creditoribus chirographariis in utraque actione, et multo magis in hypothecaria, quam ipse habet, non creditores, quibuscum contendit: et præferri, inquam, omnibus aliis creditoribus chirographariis aliis creditoribus chirographariis etiam antiquioribus etiam privilegium habentibus adversus alios post fiscum, non adversus fiscum, *l. quod quis, sup. de reb. aut. jud. poss. sive privileg. cred.* hypothecariis creditoribus antiquioribus fiscus non præfertur: in hypothecis fiscus non habet nisi privilegium, quod ei tempus dedit, quodque dat omnibus, *l. si pignus, sup. qui potior. in pign. hab.* In hypothecis fiscus habet jus commune, non proprium, aut præcipuum aliquod. At chirographariis creditoribus etiam antiquioribus præfertur, *d. l. quod quis*, sicut et Respublica quælibet, *l. pen. C. de privil. credit.* Commune igitur hoc est privilegium fisci et Reipublicæ. Itaque debitor, qui debet pecuniam fisco, et alius plerisque erecreditoribus chirographariis, debet prius pecuniam solvere fisco, quam alii creditori chirographario, etsi forte fiscum prævenerit alius creditor privatus ejusdem debitoris, cui debitor prius solvat quam

fisco, ejus pecuniæ, quam solvit quantitatem fiscus pro modo sui debiti, si ejus intersit, ut puta si aliunde suum servare non possit, ei, cui præmature debitor solvit, auferre potest utili actione in factum jure sui privilegii, *l.* 5. *C. de privil. fisci.* Idque verum est omnimodo rejecta distinctione Papiniani, inter scientem et ignorantem. Nam Papinianus ignoranti privato creditori, id est, qui ignoravit eum, a quo pecuniam sibi debitam accipiebat, et fisci debitorem fuisse, nolebat Papinianus ignoranti pecuniam auferri a fisco, sed scienti tantum. Quam distinctionem hoc ipso lib. 11. fecerat et libro quoque 6. sibi constans, *l.* 18. §. *ult. sup.* sed recepta ea distinctio non est. Igitur sive scienti, sive ignoranti solverit debitor ei, cui soluta est pecunia, antequam fisco satisfactum esset eadem pecuniæ quantitas, non species eadem a fisco auferri potest actione utili in factum, quasi in rem. Verum post sublatam privato creditori pecuniam a fisco, solutionemque rescissam, creditori restituitur actio vetus, actio utilis scil. in debitorem principalem ex Constitutionibus: sicut rescissa expromissione mulieris, quæ intercessit pro alio, constat ex Senatusc. Vell. actionem restitui in veterem debitorem. Et ita hoc casu revocata pecunia a fisco, quæ soluta prius fuerat privato creditori, creditori restituitur actio utilis in veterem debitorem, in principalem debitorem: atque etiam, ut ostenditur in hac *l.* 10. in fidejussorem ejus liberatum ipso jure scilicet, sed non omnino liberatum, quia restituitur in eum hoc casu utilis actio: utraque est actio utilis, id est, restitutoria, quia directam solutio consumpsit ipso jure. Proinde utraque est utilis non directa, quæ restituitur, vel in debitorem principalem, vel in fidejussorem ejus, a fisco solutione rescissa; et tamen illa, quæ restituitur in debitorem principalem dicitur actio directa in *l.* 18. §. ult. Sed videndum est, quo respectu. Dicitur directa per comparationem ejus actionis, quæ in fidejussorem restituitur, quæ non est principalis actio, sed accessoria: illa autem directa, id est, principalis, quia datur in reum principalem. Proinde illo loco directa actio non opponitur utili, sed accessoriæ actioni, sive fidejussoriæ. Ceterum utraque est utilis, et restitutoria: directa et principalis, idem est, sicut directo et principaliter idem est, sicut directo et principaliter idem, *l. ult. de leg.* 3. §. *ult. Inst. quod cum eo, qui in al. potest.* Sequuntur duo loci nondum explicati, in quibus ab aliis auctoribus ex eodem libro Papinianus in testimonium vocatur. Unus est in *l.* 11. §. *ususfructus, de pignor.*

Ad §. *Ususfructus L. XI. de Pignoribus.*

Ususfructus an possit pignori hypothecæve dari, quæsitum est, sive dominus proprietatis convenerit, sive ille, qui solum usumfructum habet. Et scribit Papinianus libro 11. *Responsorum, tuendum creditorem, et si velit cum creditore proprietarius agere,* non esse ei jus utifrui invito se, *tali exceptione eum prætor tuebitur:* si non inter creditorem, et eum ad quem ususfructus pertinet convenerit, ut ususfructus pignori sit. *Nam et cum emptorem ususfructus prætor tuetur, cur non et creditorem tuebitur? Eadem ratione et debitori objicietur exceptio.*

Hæc est sententia Papin. usumfructum posse obligari pignori, tam a domino proprietatis, quam ab usufructuario, a domino plenæ proprietatis scilicet, puta, ut fundi sui ususfructus pignori sit, non proprietas, ut in *l.* 15. *in prin. h. t.* Dico a domino plenæ proprietatis. Nam dominus nudæ proprietatis, non potest pignorare proprietatem, quæ alterius est, *l.* 6. *C. de usufr.* In domino proprietatis plenæ dubitabatur, an posset usumfructum pignori vel hypothecæ dare: hac ratione, quia usumfructum pignorando, pignorare videtur, quod non habet, quodve suum non est, *l. quod nostrum, sup. de usufr.* quia, qui habet proprietatem etiam solidam et integram, jus separatum ususfructus non habet, quia nemini suus fundus servit, *l.* 5. *si ususfruct. pet. l. in re communi, de servit. urb. præd.* Sed ut hæc dubitatio submovitur, etiam dominus proprietatis, qui usumfructum pignori dat, non pignorat servitutem ususfr. quam nec habet in re sua (ususfructus est jus alienis rebus utendi, non suis) sed pignorat preceptionem et commodum fructuum, factum, non jus. Sicut et fructuarius, qui usumfr. pignorat. an pignorat jus servitutis ususfructus? Minime vero, quia personæ ejus cohæret, ut nec ab ea avelli possit, sed pignorat tantum perceptionem et emolumentum fructum, *l. usufr. de jure dot. l. si postulaverit,* §. *jubet, ad leg. Jul. de adulter.* In fructuario autem dubitabautur, an possit usumfructum pignori dare? hac ratione, quia fructuarius non est dominus fundi, sed tamen et fructuario idem permittitur, quia et usumfruct. vendere potest, et emptorem prætor tuetur adversus fructuarium, et proprietarium ipsum. Quod autem ex bonis nostris venditionem recipit, et pignorationem recipit, *l.* 9. §. 1. *hoc tit. l. ult. C. eod. tit. l. un. C. res al. geren. non interd. rer. suar. alien.* Ususfructus venditionem recipit, vendente fructuario scilicet, ergo et pignorationem. Quæ ratio, quia cessat in eo, qui nudum usum habet, recte sequitur, usuarium, ut vendere, ita pignorare usum non posse, *l.* 11. *de usu et habitat.* Quia in usu nihil est corporis, quod capi possit; in usufructu est commodum fructuum, qui corporales sunt. Ita-

que nulla ratione usus nudus locari aut vendi, aut pignorari potest; si non vendi, ergo nec pignorari potest, ut contra ususfructus, si vendi, et pignorari igitur. Nec obstat, quod fructuarius non est dominus fundi, quia nec fundum pignorat, aut pignorare potest, *l.* 6. *C. de usufr.* Nomine fundi significatur proprietas, et nomine rei cujusque, nomine jumenti, nomine vasis, vel alterius rei: sed fructuarius pignorat usumfruct. tantum, et non jus servitutis, sed perceptionem fructuum, quam jure servitutis in fundo habet, in qua habetur pro domino, *l.* 8. *in pr. de reb. auctor. jud. possid. Fructuarius*, inquit, *etiam dominus esse intelligitur*, quæ verba respiciunt ad edictum prætoris de bonis possidendis et distrahendis. In quo dominus nominatur, ut vel Quintiana oratio docet, in qua ex edicto illo hæc referuntur: *dominum invitum detrudere non placet:* qui vocat dominum non proprietarium tantum, sed etiam fructuarium. Unus est dominus proprietatis, alter dominus ususfructus, et in eadem re quandoque sunt tres, aut quatuor domini, unus dominus proprietatis, alter ususfructus, alius dominus possessionis, alius dominus ἐμφυτεύσεως, vel superficiei, domini nomen latissime manat. Ut igitur emptorem ususfructus, qui emit a fructuario, ita creditorem, cui fructuarius in debiti causam usumfructum pignori dedit, prætor tuetur adversus proprietarium, si agat jus illi non esse invito se utendi fruendi, data exceptione hujusmodi, ut hoc loco proponitur: *si non inter creditorem et fructuarium convenerit, ut ususfructus pignori esset.* Quæ exceptio datur etiam in fructuarium, si a creditore vindicet usumfr. actione negatoria, cui usumfructum ante pignori dedit. Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat *l.* 6. *C. de usufr.* quæ non negat, usumfructum a fructuario pignorari posse, sed proprietatem. Et res exigit, ut tota ea l. exponatur. Quæstio hæc est, an maritus fundum in dotem datum possit pignori obligare? Et l. distinguit: Aut mulier dedit in dotem usumfruct. fundi tantum, et tunc maritus non potest fundum obligare, id est, proprietatem, quo nomine proprio etiam lex utitur: At si fundum sive proprietatem fundi mulier dederit in dotem, pacto interposito, ut morte mariti soluto matrimonio æstimatio fundi mulieri restitueretur (non est legendum in ea lege, *eadem possessio*, sed, *ut æstimatio restitueretur*). Denique si proprietas fundi æstimata data sit in dotem, maritus constante matrimonio potest eam pignorare, quia fuit æstimata: si fuisset inæstimata, nec alienare potuisset, nec pignorare ex *l. Julia, de fund. dot.* Quod manifesto demonstrat, illo loco legendum, *æstimatio*, non per scribiliginum, *eadem possessio.* Alter locus est parvi momenti, qui est in *l. cetera*, §. *sed et si quis*, *de leg.* 1.

Ad §. *Sed et si quis*, *L. XLI. de Leg. I.*

Sed et si quis ad opus Reipubl. faciendum legavit, puto valere legatum. Nam et Papin. lib. 11. *Responsorum refert, Imperatorem nostrum, et Divum Severum constituisse, eos, qui Reipublicæ ad opus promiserint, posse detrahere ex ædibus suis urbanis atque rusticis, et id ad opus uti quia hi quoque non promercii causa id haberent.*

Certum est ex edicto Vespasiani, ut in *l.* 2. *C. de ædif. privat.* Et ex Senatuscons. quod factum est Adriani temporibus, Ofilio Aviola, et Cornelio Pansa Coss. ut est in *pr. d. l. cetera de leg.* 1. cautum esse, ne deformetur ruinis urbium aspectus, ne possint legari ea, quæ juncta sunt ædibus, veluti tigna juncta ædibus, marmora, ostia, columnæ, statuæ, tegulæ. Nam si valeret legatum, utique detrahendæ hæ res essent, et præstandæ legatario, quod esset deforme civitati. Huic Senatus. Constitutiones addiderunt, ut etiam juncta ædibus non possint detrahi *promercii causa*, id est, negotiationis causa. Addiderunt eædem Constitutiones, ut tamen is qui promisit se opus facturum Reipub. possit detrahere suis ædificiis, quod jungat operi publico, quod ipse facit: quia id non facit promercii causa, sed ornandi publici ædificii causa, quod ex hoc Papiniani libro refertur in *d.* §. *sed si quis*: eoque argumento dicitur etiam ad opus Reipub. faciendum posse legari Reipub. vel ei, cui injungitur onus operis publici perficiundi, ea, quæ juncta sunt ædibus testatoris. Et hic est finis hujus libri.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XII. RESPONS. ÆMILII PAPIN.

Ad L. XXXV. Famil. ercisc.

Pomponius Philadelphus dotis causa prædia filiæ, quam habebat in potestate tradidit, et reditus eorum genero solvi mandavit: an ea præcipua filia retinere possit, cum omnes filios hæredes instituisset quærebatur. Justam causam retinendæ possessionis habere filiam, quoniam pater prædia, de quibus quærebatur, dotis esse voluit, et matrimonium post mortem quoque patris steterat, respondi: filiam etiam, quæ na-

turaliter agros tenuit, specie dotis, cujus capax fuisset, defendi.

In hac l. hæc proponitur species: Pater filiæfam. certa prædia donavit dotis causa: donatio valet, quæ facta est filiæfam. dotis causa, sicut datio: alioquin donatio aperte collata in filium. filiamvefamil. non valet: nemo sibi ipsi donat. Et idem esse censetur homo, pater et filiafamil. aut filiusfam. Atque adeo propter vinculum illud patriæ potestatis, quod unam ex patre et filia vel filio personam facit, regulariter non consistit donatio inter patrem et filium, filiamvefamil. *l.* 11. *C. de donation.* In donando autem pater filiæ mandavit, ut prædiorum donatorum reditus marito solveret genero suo, quo plane demonstravit, se ea prædia donare dotis causa, non ut ipsa prædia marito in dotem essent, sed fructus eorum prædiorum. Deinde pater testamento omnes filios, et illam quoque filiam hæredes instituit, et vita decessit constante matrimonio filiæ. Quæritur filia cum fratribus veniente ad hæreditatem patris ex testamento, an judicio famil. erciscundæ in dividenda hæreditate paterna, prædia sibi donata dotis causa retinere possit præcipua, nec teneatur ea conferre in commune? Et videtur filia non posse ea prædia retinere præcipua extra portionem hæreditatis, quia filiæ donata sunt, non in dotem data: dotem præcipuum retineret utique non dubie, quia dotis datio valet a patre quæ fit filiæ, quam habet in potestate. Donationem autem videtur filiam non posse retinere præcipuam, quia nulla donatio est, quæ nec morte patris sola confirmatur, secundum jus, quod obtinuit ante Justinianum, id est, ante *l. donationes. C. de donat. inter vir et uxor.* Et ante eam legem, donationem a patre collatam in filium vel filiumfam. nec morte patris, vel silentio solo confirmari patet ex *l.* 1. §. 1. *ff. pro don. et l.* 2. §. *ult. inf. pro hær.* Et omnino ita se res habet: est una tantum exceptio, nisi appareat patrem in extremum vitæ diem in eadem voluntate perseverasse, *l. pen. inf. de collat. dot. l. si filiæ cujus, C. famil. ercisc. l.* 2. *C. Gregor. eod. tit.* Quo casu etiam confirmatur tota donatio officio judicis fam. ercisc. cognoscentis, qui tuetur extremam voluntatem patris, non ipso jure, *d. l. filiæ.* Aut interdum minuitur donatio etiam officio ejusdem judicis, ut puta, si inofficiosa fuerit, quæ lædat alios liberos, *l.* 2. *C. de inoffic. donat.* Videbatur ergo hac ratione, filiam prædia sibi donata non posse retinere præcipua, quia non apparebat in eadem voluntate patrem perseverasse. At contra Papinianus existimat, eam donationem, licet nulla perseverantia patris appareat, filiam retinere titulo præcipui vel excipui, quia scilicet non est simplex donatio, sed donatio dotis causa. Alio jure est donatio simplex, alio donatio dotis causa. Donatio simplex non eodem jure est, quo dos. Donationis causa dotis, et dotis idem jus est: et ita legitimus aliud esse donationem simplicem, aliud donationem divisionis causa, *l. si filia*, §. *si pater, hoc tit.* aliud esse venditionem simplicem, aliud venditionem dotis causa, *l. quoties, ff. de jur. dot.* vel pignoris causa, *l.* 2. *de distract. pignor.* vel divisionis causa, *l. prox. sup. hoc tit.* In specie igitur proposita, ut Papinianus ait, filia justam habet causam retinendæ possessionis prædiorum, nempe causam dotis, speciem dotis, ut ait, cujus filia est capax, quæ non esset capax donationis simplicis propter vinculum patriæ potestatis. Et speciem dotis dicit, ut speciem legati, *l. si filia*, §. *Papinianus, hoc tit. et l. Mævius, de leg.* 2. et speciem fideicommissi, in constitutionem Divi Marci, *de eo, cui liber. caus. bona addic.* quæ est in Institut. Dos fratribus confertur, et communicatur ab intestato, non ex testamento, *l.* 3. *in pr. de collat. dot. l. si filius, qui mansit, ff. si quis omiss. caus. testam. l.* 1. *l.* 7. *C. de collat.* Cur conferatur ab intestato, nec conferatur ex testamento, rationem differentiæ perspicuam memini me reddere superiori libro *ad leg. pen. de collat. dot.* Dos ergo non confertur ex testamento, id est, quum patri succedunt fratres ex testamento. Ergo nec donatio dotis causa, quæ pro dote habetur. Et in hac specie filia cum fratribus patri successit ex testamento, ut posui initio, non ab intestato. et ideo dotem non confert fratribus, vel donationem dotis causa, quæ pro dote est, sed eam filia titulo dotis, specie dotis, præcipuam retinet et possidet naturaliter, ut ait, naturaliter, inquam, quasi res dotales. Uxor domina est rerum dotalium naturaliter, maritus civiliter: domina est, seu possestrix rerum dotalium naturaliter, maritus civiliter, *l. in rebus, C. de jur. dot. l. sciendum*, §. *si fundus, qui satis. cog.* Non est omittendum huic legi, sive responso Papiniani, quod jam satis explicatum est, derogare Novellam Justin. 18. *de triente et semisse*, quæ etiam ex testamento introducit dotis, et aliorum bonorum collationem inter fratres, qua de causa et in Basilicis hæc lex omissa est. Pergamus ad legem, *cum sex menses, de ædil. ædic.*

Ad L. LX. de Ædil. edic.

Cum sex menses utiles, quibus experiundi potestas fuit, redhibitoriæ actioni præstantur, non videbitur potestatem experiendi habuisse, qui vitium fugitivi latens ignoravit: non idcirco ta-

men dissolutam ignorantiam emptoris excusari oportebit.

Lex est de actione redhibitoria, quæ actio ex edicto Ædilium Curulium datur emptori ob vitium, morbumve rei venditæ, quod latebat venditionis tempore, venditor noverat et reticuerat, emptor ignoraverat. In hoc datur scilicet, ut venditione rescissa, omnia in integrum restituantur, venditor recipiat rem, quam vendidit et tradidit, emptor pretium, quod ei numeravit: aut liberetur obligatione ex vendito, si nondum numeravit, et inde redhibitoriæ actioni nomen. *Redhibere*, verbum est commune recipientis venditoris, et reddentis emptoris: et contra Plautus in Mercatore dixit: *se redhibere, si non placet*, id est, venditor dixit se recepturum rem venditam, si non placeret emptori, quæ conventio jure recepta est, *l. 6. ff. de rescind. vend.* Et sic dictum est, *reddere*, *et redhibere*, ut *præbere*, *et perhibere*. Hæc autem actio redhibitoria non est perpetua, sed finitur sed mensibus utilibus, id est, quibus emptori experiundi potestas fuerat, intra quod tempus si non egerit emptor redhibitorio judicio, repellitur præscriptione temporis supradicti, quam præscriptionem sumpserunt ædiles ex legibus Platonis *lib.* 11. Tempus autem illud utile sex mensium, hoc loco Papinianus docet numerari ex die, quo emptor vitium cognovit, ut Plato eodem lib. ὅταν τις ᾔσθηται τῶν πριαμένων: *quum emptor vitium cognoverit*, nec enim tempus utile cedit, aut currit ignoranti, sed continuum tempus tantum, *l. generò, sup. de iis, qui not. inf. l. 2. quis ordo in bon. poss. serv.* Utile tempus est, quo experiundi potestatem habet is, cui actio competit, *l. 1. de div. temp. præscript.* Ignorans autem non videtur habere experiundi potestatem, *l. annus*, *de calumn.* Quod ergo dicitur in *l. sciendum*, *§. ult. hoc tit.* tempus sex mensium cedere ex die venditionis, non est verum, si latens vitium emptor ignoraverit: puta si ignoraverit servum quem emebat esse fugitivum, vel erronem. Verumtamen, quod eo loco ostenditur, et scribitur in *l. sciendum, §. ult. hoc tit.* si dissoluta et supina fuit ignorantia emptoris, ut puta, si nescierit, quod populus sciebat, si nesciebat παροιμίας, id est, voces de via collectas, dissoluta ignorantia non est ferenda, *l. 6. ff. de jur. et facti ignor.* Dissoluta ignorantia prope scientiam est, *l. si fidejussor, in prin. sup. mand.* Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco, dissolutam ignorantiam vel ignorationem emptoris excusari non oportere.

Ad L. ult. de suis et legit.

Pater instrumento dotali comprehendit filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hæreditate patris speraret: eam scripturam jus successionis non mutasse constit. Privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri.

Ex hac l. ult. notandum est, quod si pacto dotali caverit pater, ut filia dote contenta essent, et nihil præterea desideraret ab intestato ex hæreditate patris, quæ conventio hodie frequens est, ea conventio non onerat filiam, non nocet filiæ, non mutat jus publicum, quo ab intestato filia ad hæreditatem patris vocatur, quæ mansit in potestate ex 12. tabul. *cautio privatorum*, inquit, *legum auctoritate non censetur*, id est, non habet legum auctoritatem adversus leges ipsas, et jura publica, quæ est certissima regula juris, nisi quatenus leges permittunt, et cautiones approbant, *l. ult. §. ult. C. de temp. appell.* Valet pactio, ne adversario si condemnetur liceat appellare, ne liceat uti communi auxilio appellationis, quod sic appellatur in *l. 3. §. ult. rem rat. hab. Commune auxilium appellationis*: quia ea lex legum austeritatem (sic habent omnes veteres) permittit, aut sinit mitigari inter consentientes, inter convenientes: *pacta justa juri præstant*, ut ait Cicero, et Cornificius, quæ legibus non sunt improbata scilicet; exempli gratia, actionem, quæ ipso jure competit, justi pacti elidit exceptio, hoc est certissimum, et ita pactum juri præstat: hoc autem genus pacti, de quo agitur hoc loco etiam improbatur in *l. 3. C. de collat.* Et hoc Papiniani responsum meo judicio intellexit Imperator in *l. si quando §. 1. C. de inoffic. testam.* dum hanc pactionem improbat, ut filius certis rebus acceptis a patre contentus sit, nec exhæredatus agat querela inofficiosi testamenti, hac ratione reddita; quia meritis magis filii sunt provocandi ad obsequia parentum, quam pactionibus adstringendi. Quam rationem adfert ex Papiniani responso et videtur fuisse huic responso subditam, eandemque refert Paulus 4. *Sentent. tit. de inoffic. quer.* Non est omittendum, hodie tamen jure Pontificio, hanc pactionem, ut filia sit contenta dote, nec quicquam amplius petat ex bonis parentis, nec quicquam amplius speret ex bonis paternis, justam esse, atque admodum servandam, si modo jurejurando filiæ sit confirmata *c. 2. de pact. in* 6. Et ita quoque aliud genus pacti, quod uno verbo appellatur a Græcis, pactum ἰσομερίας, puta, ut filia, quam pater collocat in matrimonium, ex suis bonis ferat eandem portionem, quam frater, ut ferat æqualem portionem: pactum ἰσομερίας, quod improbat *l. pactum*, *C. de pact.* Leo tamen Imperator postea probavit, et probasse postea intelligo nuper Senatum in *Novell.* 19. Qui etiam in ea testatur nunquam *d. l. pactum*, qua pactum æqualis portionis, æqualis successionis inter fratres improbatur, usu fuisse receptam: non omnia, quæ le-

gibus scripta sunt, vel a Jurisconsultis, vel ab Imperatoribus, usus approbavit.

Ad L. XXXI. de Donat.

Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit. Nec si matrimonium postea inter eos fuerit contractum, ad irritum recidere, quod ante jure valuit. An autem maritalis honor et affectio pridem præcesserit, personis comparatis, vitæ conjunctione considerata, perpendendum esse respondi: neque enim tabulas facere matrimonium.

Initio primi responsi ostenditur, donationem collatam in concubinam valere, nec revocari posse, *l. 3. §. Divus, et l. si prædia, sup. de donation. inter vir. et ux.* Qua in re satis compertum est omnibus, distare concubinam ab uxore. Nam donatio collata in uxorem revocari potest, quasi improbata jure civili, quæ sola differentia non est inter concubinam et uxorem. Nam et ex testamento mariti olim, id est, ante Justinianum uxor solidum capere non poterat, *l. ult. C. Th. de legit. hæred.* concubina solidum capere potuit ex amici sui testamento, sive vice conjugis, *l. cum tabulis, §. quoniam, de iis quib. ut indign.* Per leges non licet tam liberalibus nobis esse in uxorem, quam in concubinam. Si liceret esse liberalibus, extemplo profusi et prodigi in eas essemus, quia tanta animi propensio hominibus sanis non est in concubinam, quæ justos liberos non pariat: insani quid agant, non spectant, dantur frena conjugibus, non concubinis, et ut ait *d. l. ult. reprimendus est potius quam incitandus conjugalis favor.* Posset ea ratio differentiæ dilatari, sed nolo, fugiens prolixitatem. Inde quæritur hoc loco; an donatio collata in concubinam, postea fiat irrita, si concubina uxor ducatur: quo genere liberi naturales ex concubina suscepti fiunt justi liberi, si procedente affectione, ut est in *Institutionibus*, quæ fuit in concubinatu, ducatur in matrimonium. An igitur donatio facta concubinæ irrita fit, si postea uxor ducator? Quod videtur dicendum secundum opinionem illorum, qui ea, quæ ab initio constiterunt, corrumpi, et irrita fieri putant, quum in eum casum recidunt, a quo incipere non potuerunt. Quæ opinio obtinet in quibusdam casibus, ut *l. existimo, l. si sub una, §. 1. de verbor. obligat. l. pro parte, sup. de servitut. l. 3. de iis, quæ pro non script.* non obtinet tamen in omnibus casibus, ut ait recte *l. pen. §. ult. de verbor. obligat.* non in casu *d. §. ult.* non in casu *leg. si qua, in pr. et l. oratione, in fine, de ritu nupt.* non in casu *l. 3. C. de interdic. matrim. int. pup.* Jure contractum matrimonium superveniens casus non dissolvit, qui ei tamen fuisset impedimento, si extitisset ab initio. Non obtinet etiam in casu proposito: nec enim donatio jure facta concubinæ irrita fit postea, si uxor ducatur. Et ut ait *l. 85. §. 1. de reg. jur.* novum non est hoc, ut quæ semel utiliter constituta sunt, durent, etiamsi casus aliquis extiterit postea, a quo incipere non potuerunt. Et ratio differentiæ inter hos et illos casus, cur iis, quæ initio utilia fuerunt, casu superveniente aliquo non evanescant, illis evanescant: nunc explicanda est ratio: causa, inquam, hujus differentiæ et varietatis consistit in eo, quod omnibus illis casibus, ex eodem tempore, ea de quibus agitur, vires non accipiunt, sed quædam ex præsenti, quædam ex futuro: et quod id solum tempus intuendum est, ex quo potissimum vires accipiunt, non aliud tempus quodcumque *l. 22. tit. seq. l. non oportet, de leg. 2.* ut in servitutibus acquirendis spectatur tempus, quo constituuntur, non tempus, quod antecessit, puta, quo in stipulationem deductæ sunt, nondum constitutæ et impositæ prædiis, non tempus etiam, quod constitutam servitutem insequutum est. Quamobrem, quæ initio fuit utilis servitutum stipulatio, resolvitur et perimitur, si tempore, quo constituuntur servitutes, casus aliquis existat, quod in stipulationem deduci non potuissent, si idem casus extitisset ab initio interponendæ stipulationis, *d. l. existimo, d. l. si sub una, d. l. pro part.* Et contra, servitutes, quæ jure constitutæ et acquisitæ sunt, ex accidenti, et post facto intercidere non possunt, *d. l. pen. §. ult. de verb. obligat.* Et similiter in omnibus acquisitionibus rerum vel possessionum tempus spectatur, qua eas apprehendimus: hic enim est ultimus finis, quem nobis proponimus, ultimus effectus rei, quæ geritur: ac proinde tempus spectatur quo eas acquirimus et apprehendimus, non quod antecedit, vel sequitur: quod rapto vel instanti tempore est utile, inutile est, si ex tempore acquisiti dominii utile non fuerit, si finem optatum non habuerit: contra tempore acquisiti dominii, quod utile est, id neque antecedens, neque subsequens tempus corrumpere potest, *§. item contra, Instit. de inut. stipul. l. 1. §. ult. et l. 2. de itin. actuque priv. l. si de eo fundo, §. pen. de acq. poss.* In legatis autem et fideicommissis tempus spectatur, quo dies eorum cedit, quia ex eo tempore demum vires accipiunt, et ideo, quorum dies cessit utiliter, ex post facto intercidere non possunt: quorum autem dies cessit inutiliter, sane intercidunt, licet testamenti tempore utilia fuerint, *l. 3. de iis, quæ pro non scrip. hab.* Neque obstat huic sententiæ *l. 3. sup. ad leg. Falcid.* in qua Pap. ait, *utile esse legatum, quod utile fuit testamenti tempore,* puta in hoc casu scilicet, si debitor, quod debet sub conditione, vel in diem, credi-

tori pure legaverit, licet postea debitum purum esse cœperit conditione debiti existente ante diem legati cedentem. Quæ sententia Papin. etiam probatur in *Institutionibus*, a Cajo scilicet in *tit. de legat.* §. *ex contrario.* Excipiendus est hic casus hac ratione, quia hujus legati, de quo agit Papinianus in *d. l.* 5. dies non cedit prorsus inutiliter, quandoquidem præter actionem creditæ pecuniæ legatario creditori comparatur actio ex testamento, si malit creditum repetere ex testamento quam ex stipulatu, vel conditione certi: utilitas quædam est in laxiore agendi facultate, *l. cum filius*, §. *variis*, *de leg.* 2. Nec recte ut opinor in hoc casu a Papiniano dissensit, ut certe dissensit Paulus in *l. debitor de leg.* 2. Nam ea tantum legata, quæ ab initio constiterunt, intercidere æquum est, quorum dies prorsus inutiliter cedit, non si ad aliquid vel tantillum cedat utiliter. Porro in matrimoniis et in donationibus tempus exstans, sive præsens intuemur, quo perficiuntur, non tempus instans sive futurum, quo forte pervenerunt in eam causam, a qua incipere non poterant, quia suo tempore utiliter vires acceperunt, ut in specie hujus legis, et in *d. l. si qua*, *et l. oratione*, *de ritu nupt. et l.* 3. *C. de interd. matr. int. pupil.* Illud observandum est maxime in specie proposita, eum, qui volebat revocare donationem collatam in concubinam, Jurisconsulto proposuisse duas rationes, quarum utra quærebat revocare donationem posset, vel an neutra posset. Ac primum hanc adferebat causam revocandæ donationis, quod concubina uxor postea esse cœpisset, quam Papinianus rejicit statim. Adferebat et hanc causam revocandæ donationis, quod et tempore factæ donationis, cum ea muliere tabulas nuptiales, sive instrumenta dotalia confecisset, quam causam etiam rejicit Papinianus. Quia tabulæ solæ nuptiales matrimonium non faciunt, quod est verissimum, *l. neque sine nuptiis*, *C. de nupt.* Matrimonium facit destinatio animi, sive consensus nudus, quem mox absque dubio etiam sequitur omnis honor et adfectio maritalis. Concubina, ut Paulus dixit *in Sententiis*, ab uxore separatur solo delectu, id est, solo animo, *l. ult. de concub.* quem utique animum comitatur semper honor et dignitas et adfectio plenior, *d. l. cum tabulis*, §. *quoniam*, *l. item legat.* §. *pen. de leg.* 3. *l.* 8. *C. de oper. libert. l.* 13. *de post l. et red. ab hostib.* Honor, inquam, plenior, sive honestas matronæ: nam concubina si alterius, quam patroni sui concubina sit, matrisfa. sive matronæ honestatem non habet, quamvis concubinatus sit legitima conjunctio, *l probrum*, *de ritu nupt.* Et recte Lysias adversus Eratosthenem, concubinam cum uxore collatam, esse ἐλάττονος ἀξίας, longe minoris dignitatis. An autem mulierem quis habuerit uxoris, loco, an concubinæ, ejus animum eleganter Papinianus ait hoc loco esse æstimandum et perpendendum, facta comparatione utriusque personæ, et considerata vitæ conjunctione: nec enim præsumitur ingenus in matrimonium habuisse libertinam, sed in concubinatum potius: non præsumitur etiam ingenuus ingenuam habuisse in matrimonium, quæ corpus suum ante vulgo publicaverat, quæ corpus aluerat corpore, *l. in liberæ*, *de ritu nupt.* nec item eam, cui in domo non detulit honores, et ministeria congruentia dominæ (sic vocatur uxor legitima et materfa.) vel quam mensa dignatus non est, atque cubili, nisi quandoque rei causa; quod notatur in cap. *illud de præsumpt.* Spectanda etiam est fama et opinio vicinorum, *l. si vicinas*, *C. de nupt. et d. cap. illud:* sicut in agnoscendis liberis constat spectari opinionem vicinorum, *l. filium*, *de iis qui sunt sui vel alieni jur.* Sola adfectio, quæ iis signis et argumentis deprehenditur, solus animus nuptias facit, nec quicquam amplius exigitur ad nuptias perficiendas, consummantur et implentur concubitu, adhibito ritu solemni, ut olim sacrificio facto, ut scribit Ulp. in *lib. regul.* et auspicibus advocatis, ut hodie interveniente ἱερογία, *la benediction*, qua etiam prima ecclesia usa est, et deductione in domum mariti, consummatur et impletur hoc modo; perficiuntur solo consensu, ut emptio impletur traditione, et numeratione, perficitur nudo soloque consensu: et ut venditio, ita matrimonium quoque perficitur consensu collato in præsens tempus, non in futurum: quam in rem sunt comparata quasi formalia, et τυπικὰ verba, *accipis*, *accipio*, aut iis similia, in *cap.* 9. *et pen. de spons. et matr.* et Lombardus 4. *distinct.* 17. et Thomas 3. *quæst.* 44. Hæc verba, *volo*, *cupio*, *opto*, vel quæ alia, quæ non sunt adfinia illis, *accipio*, *accipis*, non sunt idonea ad nuptias perficiendas, quia nec ad sponsalia constituenda, quod est notandum, quæ fieri debent his verbis: *accipiam*, *accipies*, *d. cap. pen. cap.* 3. 4. *de spons. duor.* Quod omne et catholica ecclesia probat.

Ad §. Species.

Species extra dotem a matre filiæ nomine viro traditas, filiæ, quæ præsens fuit, donatas, et ab ea viro traditas videri respondi, nec matrem offensam repetitionem habere: vel eas recte vindicare, quod vir cavisset extra dotem usibus puellæ sibi traditas, cum ea significatione non modus donationis declaretur, nec ab usu proprietas separetur: sed peculium a dote puellæ distingueretur: judicem tamen æstimaturum,

si mater jure contra filiam offensa, eas revocare velit, et verecundiæ maternæ congruam, bonique viri arbitrio competentem ferre sententiam.

In secundo responso hujus legis hæc proponitur species: Filia nubente mater marito ejus extra dotem, ejusdem filiæ nomine, quæ præsens erat, tradidit res certas, veluti monilia quædam in honorem nuptiarum, ut addit Paulus 5. *Sentent. eod. tit.* expressa ea sententia Papiniani, quæ proponitur initio hujus responsi, filiæ scilicet eas res matrem donasse, et mox filiam marito easdem tradidisse videri. *Species*, inquit Paulus, *extra dotem a matre præsente filia genero traditæ donationem perfecisse videntur.* Quod, inquam, alii traditur meo nomine, ego accipere et mox alii tradere videor, *l.* 141. *in fin. tit. seq.* Sed in hac specie celeritate conjungendarum inter se actionum, id est, actuum duorum, una actio occultatur et subripitur, ut ait *l.* 3. §. *ult. sup. de don. int. vir. et ux.* nimirum occultatur donatio et traditio earum rerum, quæ primum filiæ facta esse intelligitur: et mox easdem res a filia traditas fuisse marito: celeritate conjungendorum extremorum medium occultatur aut transcenditur, re transacta brevi manu, ut nostri auctores loquuntur, ut Titius Livius 32. *Transcendo medio summis continuatis imis:* neque enim possunt duo extrema esse sine medio, quod vel fingatur, vel intellectu apprehendatur, quod Philosophis notissimum est, Ut autem filiæ extra dotem eas res mater donasse videtur, quas filiæ nomine tradidit marito ejus præsente filia; ita res quas parens suis nummis emit filiæ nomine, aut vir uxoris nomine, filiæ vel uxori donasse videtur, *l. cum hic status*, §. 1. *sup. de don. int. vir. et uxor. l.* 1. *C. de revoc. don. l. filiæ cujus, C. famil. ercis.* videlicet si eas ei tradidit, ut *l.* 9. *C. de donat. int. vir. et uxor.* vel argumento hujus responsi, si eas alii tradidit ejus nomine ea præsente, dixi, extra dotem matrem marito res tradidisse: ideo dixi, extra dotem, quia, quod dotis causa filiæ nomine marito traditur, ei confestim acquiritur jure tituloque dotis. Quod autem extra dotem marito traditur puellæ nomine, soli puellæ acquiritur donationis titulo pleniore, et vindicari a filia potest, vel peti quandoque actione ad exhibendum, vindicandi causa, *l. si ego, in fin. sup. de jur. dot.* nisi id actum sit, ut in dominium mariti transeat, et quasi contracta fiducia, soluto matrimono puellæ restituatur. Quo casu puellæ divortio facto condictio earum rerum competit, non vindicatio, nec veniunt etiam hæ res in actionem de dote, *d. l. si ego*, §. *dotis.* In qua ostenditur eas res, quæ sunt extra dotem in usu mulieris παράφερνα appellari, et ut ait, Gallico vocabulo, *peculium mulieris*, quo etiam hodie Aquitani utuntur. Gallico igitur vocabulo hoc loco Papin. utitur, dum res extra dotem filiæ donatas a matre, peculium vocat filiæ. Illud maxime notandum est, quod efficiat præsentia filiæ; hoc enim efficit, ut filiæ mater donasse eas res, et filia viro tradidisse intelligatur, quas mater filiæ nomine tradidit viro, puta, dicendo, hæc tibi tradit filia mea. Qua ratione invenio etiam alteri, quo modo præsens fuerit, nos stipulari utiliter, quia ipse stipulatus est voce nostra, et ipsi promissum videtur, ac proinde utilem ex stipulatu actionem habet, *l. si procuratori, de verbor. oblig.* Et quod dicitur, neminem utiliter alteri stipulari posse, hoc ita dicitur, si ille alter absit, ut in *l.* 3. *C. de cont. stipul. l.* 3. *C. de inutil. stip.* non si præsto sit. Eodemque modo emptor, qui præsenti venditori denuntiavit, ut liti assistat, quæ movetur emptori de proprietate rei emptæ venditæ, *l. si ideo, in fin. sup. de evictión.* ut et formulæ, qua auctor, id est, venditor laudatur, *quand on le somme à garent*: hæc verba demonstrant, *quando* te in jure conspicio, postulo an auctor fias, *si vous ne prenez point a garentaige, si tu veux estre garent.* Fit ergo denuntiatio præsenti, facienda est præsenti in personam: *la sommation de garent se doit faire a la personne du vendeur, ou à son procureur luy present:* sed satis videtur etiam denuntiare præsenti, qui denuntiat procuratori ejus eo præsente, non si eo absente: si eo præsente, denuntiatio valet, perinde atque si in personam ejus facta fuisset, *l. si dictum*, §. *si præsente, de evict.* At persequamur speciem hujus responsi, non dum enim expleta est. Mater parapherna filiæ nomine genero tradidit, filiæ ea donasse videtur, et mox filia tradidisse marito; cavit autem matri, sive socrui gener, se ea parapherna accepisse in usus puellæ. Post offenso animo matris, et alienato a filia, vult ipsa revocare parapherna, quæ tradidit marito, vult ea condicere, aut vindicare hac ratione: quod ea tradiderit tantum in usus filiæ et quasi commodaverit, ut et maritus cavit se ea accepisse usibus puellæ. Et Papin. ait, hanc rationem matris non esse idoneam, non esse masculam: nam his verbis, *in usus filiæ*, non est impositus modus donationi, non est restricta donatio, puta, ut earum rerum filia domina non fieret, sed ut eis tantum uteretur quamdiu libuisset matri; imo dominium earum rerum videri translatum in filiam; nec his verbis fuisse separatum usum a proprietate, sed sub nomine usus etiam intelligi proprietatem, ut accidit etiam in specie *l. ult. sup. de usufr. earum rer. quæ usu consum.* sed his verbis fuisse separatum peculium filiæ, id est, parapherna a dote, quoniam parapherna sunt, quæ

extra dotem mulier in usu habet in domo mariti. Denique his verbis hoc actum est, ut a dote discernerentur parapherna, non ut usus a proprietate. Hac igitur ratione non poterit mater revocare donationem; sed non negat, quin possit eam revocare ex causa ingratitudinis, si nata sit offensio matris ex filiæ injuria, et magna ingratitudine. Vetustissimum jus hoc est, ut donationes revocentur ex causa ingratitudinis, quæ modo probata sit judici, ut *l. pen. et ult. C. de revoc. don.* Et ita si mater judici probaverit ingratitudinem filiæ examinatis meritis filiæ, *Judex*, ut eleganter ait Papinianus, *debet verecundiæ maternæ congruam, et boni viri arbitrio competentem ferre sententiam. Verecundiam maternam*, dicit, ut verecundiam paternam *l. filiusfamil. de castr. pecul.* Quoniam una et æqualis reverentia omnibus parentibus servanda est, *l.* 6. *de in jus. voc.*

Ad §. *Pater qui filiæ.*

Pater qui filiæ, quam habuit in potestate, mancipia donavit, et peculium emancipatæ non ademit, ex post facto novationem videbatur perfecisse.

Donatio a patre collata in filiamfamilias, ipso jure non valet, et res donatas interim filiafamil. habet et tenet, non ut proprias, sed ut peculiares, quia donatio non valet: denique eas habet in peculium consentiente patre: verum ea donatio potest convalescere ex bono et æquo ex post facto, veluti filia emancipata, non adempto peculio, in quo sunt res donatæ, quod etiam probat *l. sive emancipatis, C. eod. tit.* Constat etiam, eam donationem confirmari officio judicis familiæ erciscundæ, si filia non emancipata, pater moriens in eadem voluntate perseveraverit, ut exposuimus in *l.* 1. *hujus lib.* 12.

Ad §. *Ejusmodi.*

Ejusmodi lege deposita in æde arca, ut eam ipse solus, qui deposuit, tolleret, aut post mortem domini Ælius Speratus, non videri celebratam donationem respondi.

Deposita est arca nummaria in æde sacra apud Æedituum vel sacerdotem templi, ut soleri fieri ostendit *l. si reus, de procurat. l. ait Prætor, de minor, l.* 4. *in princ. de statulib. l.* 1. §. *si pecunia, in fin. depos. l.* 1. §. *sin autem, C. de commun. serv. manum.* Solere fieri ἀσφαλείας χάριν, ut addit Dio Chrys. λόγῳ ῥοδιακῷ: deposita autem ea arca est a domino ea lege, ut sibi soli redderetur, vel post mortem suam Ælio Sperato; quæritur, an videatur dominus eam arcam Sperato donasse mortis causa? Respondet, non videri donasse, quia nullum extat argumentum, nulla significatio donationis, aliter quam si Sperati nomine arcam deposuisset, *serva hanc arcam Sperato, l.* 6. *C. de donat. int. vir. et uxor.* vel si instrumentum donationis in æde etiam deposuisset, quo significasset se post mortem suam velle arcam Sperato restitui, quo casu valeret donatio jure fideicommissi, *l. cum pater*, §. *donationis, de leg.* 2. At neutrum horum intercessit in hac specie, sed lex tantum dicta est Æedituo depositario, ut non alium sinat arcam tollere quam se, vel Speratum post mortem suam. Speratus est adjectus solutionis gratia, non est donatarius: et si forte Æedituus ei, ut potest, etiam invitis hæredibus domini restituerit arcam, hæredes domini eam a Sperato vindicabunt, quia non intelligitur ei esse donata. Ipse vero Speratus, cum sit adjectus solutionis gratia tantum, repetendæ arcæ in Æedituum nullam actionem habet, *l.* 10. *de solutionib.* neque dixeris habere utilem actionem depositi ex *l. pen. C. ad exhib.* quia ea *l. pen.* dat utilem actionem depositi ei cujus res propria ab alio deposita est sub hac lege, ut ei restitueretur: hæc arca, qua de agitur, non fuit Sperati, neque etiam idem contendas ex *l. Publia, in pr. sup. depos.* quoniam ea lex de filio loquitur, non de extraneo qualis fuit Speratus. Et species hæc est: mulier cum proficisceretur ad maritum, deposuit arcam clausam apud amicum ea lege, ut eam sibi redderet, vel post mortem suam filio suo ex alio marito; muliere defuncta intestata, secundo marito nulla dabitur actio repetendæ arcæ nomine, sed dabitur filio ejus: nec enim est novum, ut per parentes filiis etiam parentur utiles actiones, ut satisfiat affectioni summæ parentum. Igitur is solus filius, qui nominatus est, repetet arcam utili depositi; solus, inquam, non cohæredes ejus, si plures fuerint filii, qui matri intestatæ hæredes extiterint ex Senatusconsulto Orfit. Quod non ita in extraneo, veluti in Sperato, procedit.

Ad §. *Ultimum.*

Ratæ donationes esse non possunt post crimen perduellionis contractum, cum hæredem quoque teneat, etsi nondum postulatus vita decesserit.

Pertinet hic §. ad id, quod definitur in *l. post contractum, sup. hoc tit.* quæ est valde celebris inter nostros, quod inquam, ita definitur in ea lege, est ex constitutione Severi et Antonini, cujus etiam fit mentio in *l. ex judiciorum, ff. de accus. l. ult. C. ad l. Jul. majest.* Et ex qua etiam constitutione sumpta est sententia hujus §. Post contractum capitale crimen, donationes factas ab

eo, qui crimen contraxit, non valere, si donatoris condemnatio sequuta sit, *non valere*, habent Pandectæ Florentinæ recte: sed non recte, *nisi condemnatio secuta sit*, cum sit scribendum, *si condemnatio secuta sit*, non *nisi*: nam vel affirmate legendum est, valere, nisi condemnatio *sequuta sit*, vel ut in Basil. *non valere si condemnatio, sequuta sit*, quod est rectius. Et in ea constitutione crimen capitale accipere opportet non stricte, ut in *l. transigere, C. de transact. l. ult. C. si reus, vel accus. mort. fuer.* Pro crimine, quod irrogat pœnam sanguinis, sive ultimum supplicium, sed etiam pro crimine, cujus pœna est exilium vel servitus pœnæ, et publicatio bonorum omnium, ut *l. 2. ff. de publ. jud.* Certissima autem illa definitio est, donationes inter vivos factas post contractum capitale crimen non valere, et revocari a fisco, si postea ex causa ejus criminis donator condemnatus sit: dico, *post contractum capitale crimen, post reatum*, id est, postquam judicio reus postulatus est: nam etsi, cum nondum reus postulatus esset, is, qui crimen admisit, donationem fecerit donatio non valet, et revocatur a fisco, si postea reus postulatus, reus factus et condemnatus sit, quia donasse præsumitur suspicione reatus futuri, pœnæque futuræ, et in fraudem fisci. Ante contractum capitale crimen donationes factæ inter vivos valent, quia factæ sunt sine suspicione pœnæ ab innocente, et citra fraufidem fisci, *l. 7. tit. seq. l. cum hic status*, §. *si maritus uxori, sup. de donat. inter vir. et ux. l. res uxori, C. eod. tit.* illo loco: *ante tempus criminis, et in l. 9. §. 1. C. de bon. proscript.* in simili loco: *ante tempus criminis et reatus:* quæ verba in utraque lege desumpta sunt ex *l. 1. C. Theod. de bon. proscrip.* Ergo ante crimen factæ donationes omnimodo valent. Et hoc maxime distant donationes inter vivos a donationibus causa mortis: nam donationis causa mortis etiamsi factæ sint ante contractum capitale crimen, secuto crimine et damnato donatore non valent, quia donationes causa mortis legatis comparantur: et constat legata capitis damnato testatore irrita fieri, *d. l. 7. tit. seq.* ubi Accurs. recte a donationibus causa mortis excipit donationem, quæ eis simillima est, a viro collatam in uxorem, quia etiamsi ea donatio a viro collata in uxorem donationi causa mortis comparetur, propterea quod donatoris morte sequuta demum completur et confirmatur, quæ ab initio non valet, *l. 12. C. ad leg. Falcid. d. l. cum hic status*, §. I. placet tamen Constantino, eam donationem, quam vir contulit in uxorem, non fieri irritam (hoc primus voluit Constantinus) marito ex pœna mortuo aut facto servo pœnæ, *d. l. res uxoris, d. l. 9. C. de bon. proscript.* si modo uxor dua permanserint: hoc enim uxori dat Constantinus præmio pudicitiæ, ut ait. Ergo idem non est dicendum e contrario, si uxor viro donaverit, quod uxor ultimo supplicio postea, aut in metallum damnata fuerit: res enim viro donatas, quasi jure communi irrita facta donatione per damnationem uxoris, per capitis damnationem, viro fiscus aufert, qui et cetera bona aufert uxori, quia hoc casu quum uxor donavit viro, jure communi nominatim derogatum est: nec viduitatis in mare tanta sunt præmia, quanta in fœmiua, quod maxime notandum est. Notandum etiam est supradictæ constitutioni Severi et Antonini locum esse non tantum si per donationem, sed etiam, si quocunque alio modo post contractum capitale crimen res alienatæ sint in fraudem fisci, *l. in fraudem, in princ. de jure fisci, l. ult. C. ad leg. Jul. majest. et d. l. ex judiciorum, inf. de accusat.* ubi alienationibus junguntur etiam manumissiones servorum, quia idem jus est et in manumissionibus factis post contractum capitale crimen, ut non valeant, non competant libertates, si condemnatio secuta sit. Denique idem jus est in alienationibus et in manumissionibus; separatio tamen nominum, quæ fit in *d. l. ex judiciorum*, et in *d. l. ult.* atque etiam in *l. prospexit, inf. qui, et a quib. man. lib. non fiant*, et in *l. ult. §. sed. quia, C. communia de leg.* demonstrat, manumissiones alienationes omnino non esse, quia scilicet, qui manumittuntur non transeunt in dominium alterius: quatenus tamen manumissi dominio nostro abeunt: recte manumissio comparatur alienationi supradictis locis, et in *l. alieno § si fideicommissum, inf. de fideicommiss. libertat. l. ult. C. de reb. alien. non alien.* Et tamen in emancipationibus liberorum, quæ fiunt post contractum capitale crimen, idem jus non est, quod in manumissionibus servorum: valent enim emancipationes, quasi studio et adfectu liberorum factæ neglectis bonis, quæ per eos acquiri possent; non fraudandi fisci causa, *l. cum quidam, ff. de jure fisci*, et ita explicanda est *l. post contractum.* Male Accursius et alii omnes, excepto Odofredo accipiunt *d. l. post contractum*, sive constitutionem Severi et Antonini, ut post contractum capitale crimen, donationes factæ ante damnationem valeant, etiam si postea damnatio secuta sit; et ut ea tantum non valeant, quæ fiunt post damnationem. Quæ interpretatio inepta et vitiosissima est, quia nec verba *l. post. contractum*, nec *lex ex judiciorum*, nec *l. ult. C. ad l. Jul. majest.* quæ congruunt invicem, hunc sensum admittunt. Et si haic fuisset sensus Imperatorum, non dixissent frustra, *post contractum capitale crimen*, sed, *post condemnationem.* Ac præterea donationes factæ post damnatiouem,

ut non valeant. Hoc vero constitutio illa Imperatorum primum non efficit, sed jus vetustissimum hoc est, ut sententia et damnatio statim vires suas exerat, et præoccupet pœnæ executionem, mortem, servitutem, publicationem bonorum, *l. quod ad statum, l. qui ultimo, inf. de pœn.* hoc non obtinuit, sed constitutio effecit, ut et ante damnationem post contractum capitale crimen donationes factæ inter vivos non valerent, si postea damnatio sequeretur. Et ita solus Odofredus eam constitutionem accepit recte, nihil est evidentius. Addamus constitutioni huic locum esse in omni crimine capitali, etiam perduellionis: nam post contractum crimen perduellionis, donationes factæ etiam non valent, si condemnatio sequuta sit ex eadem constitutione supradicta, *d. l. ex judiciorum, l. ult. C. ad l. Jul. majest.* Sed hoc in crimine perduellionis speciale est, quod accusatio memoriæ et condemnatio sequi potest mortem ejus, qui crimen perduellionis contraxit, quæ si sequatur etiam post mortem, donationes ab eo ante reatum et damnationem factæ post contractum crimen perduellionis irritæ sunt, quæ est sententia hujus §. *ult.* Et hæredibus qui crimen perduellionis, quo arguitur defuncti memoria, non purgaverint, hæreditatem aufert fiscus, *l. ult. inf. ad l. Jul. majest. l. 4. C. de hæretic.* Crimen perduellionis hæredes tenet. Itemque crimen repetundarum, et peculatus residuorum, et si qua sint similia crimina quæ pecuniæ ablatæ persecutionem habeant, *d. l. ex judiciorum:* non quidem, quod notandum, ut memoria damnetur defuncti ex crimine repetundarum, vel simili, quæ damnatur tantum ex causa perduellionis, sed tantum ut et post mortem ejus, qui in ea crimina incidit, exigantur pecuniæ ablatæ, aut pœnæ pecuniariæ. Alia autem crimina nullo modo hæredes tenent mortuo eo, qui ea admisit ante damnationem. Est etiam hoc speciale in crimine perduellionis, quod emancipationes liberorum a perduelle factæ post contractum illud crimen non valent, si accusatio et condemnatio sesequuta sit vivo eo, vel post mortem ejus, nihil refert, *l. quisquis, §. emancipationes, C. ad l. Jul. majest.* quæ tamen emancipationes valent, si factæ sint post contractum aliud crimen, ut dixi ante. At quæro, quid sit dicendum, si donationes factæ sint ante contractum crimen perduellionis? Et quia Papinianus ait hoc loco: *post contractum crimen perduellionis,* ex contrario significat factas ante crimen esse ratas. Idemque demonstrat *d. l. cum hic status, §. si maritus uxori,* qui §. est de donationibus factis ante crimen perduellionis, vel antequam donator sibi mortem consciscerct ob conscientiam sceleris cujusdam, quas si vir alii, quam uxori fecerit inter vivos, valent, non si mortis causa, quia damnatione irritæ fiunt donationes mortis causa, sicut legata, ut dixi supra. Et damnatur æque post mortem, qui sibi turpiter mortem conscivit ductus conscientia sceleris anteacti, et qui quid commissit contra Rempubl. vel contra majestatem ipsius Principis. Recte enim alia scelera sive crimina dicuntur extingui mortalitate in *l. ult. inf. ad l. Jul. majest.* mortalitatis nomine significata morte, quam sors, et conditio humana adfert, et mortalis hominum natura. Nam morte sibi adscita nullum crimen extinguitur. At ut ostenditur id *d. §. si maritus uxori,* si vir donationem fecerit uxori quasi inter vivos ante contractum crimen perduellionis, vel antequam mortem sibi adsciscerct, donatio non valet, quia instar obtinet donationis causa mortis, cum morte tantum donatoris confirmetur, instar obtinet donationis causa mortis, sive legati, ac proinde damnatione irrita fit. Ac postremo hoc est etiam speciale in crimine perduellionis, quod post contractum crimen perduellionis, nec ante nec post reatum, id est, post accusationem, perduelli debitor ejus solvit recte, *l. ult. C. ad leg. Jul. majest.* aut jure ei solvisse non intelligitur, si vel post mortem memoria ejus damnata sit, et interdictum posteris nomen. Et tamen post contractum aliud crimen capitale: imo et post reatum reo debitor bona fide solvit recte, *l. aufertur, §. in reum, ff. de jure fisci.* Alioquin plerique innocentium, id est, quia postea declarabuntur innocentes, et absolventur, interim necessario sumptum egerent, si suum quod est, non possent recipere jure a suis debitoribus, *l. reo, inf. de solut.* Et hic est finis quæstionis.

Ad L. XXXVI. de Liber. Caus.

Dominus qui obtinuit, si velit servum suum abducere, litis æstimationem pro eo accipere non cogetur.

Hæc sententia apertissima est: si dominus servum suum esse petierit liberali judicio, qui erat in possessione libertatis, et vicerit eum, statim veluti manu in eum injecta servum adducere posse, nec cogi pro eo oblatam litis æstimationem accipere, id est, non cogi eum vendere: litis æstimatio est similis venditionis emptioni, *l. 3. pro empt. l. ult. quib. ex caus. in poss. eatur, l. si propter, rer. amot.* Alio jure est is, cui servus noxæ deditus est sententia judicis, qui quidem postquam deditus est servus, eum ducere et jure dominii retinere non potest, si servus corrasa pecunia, et quæsita ei offerat æstimationem damni, quia oblata æstimatione damni, sive noxæ, quam ei servus fecit, etiam invito eo liber fit auxilio

prætoris, §. 1. *Instit. de noxal. act.* quia, et non sua sponte factus est dominus servi deditione, sed magis necessitate quadam noxalis judicii, qui desiderabat tantum sibi damnum, sive noxæ æstimationem præstari, non servum. Qua ratione etiam eleganter Græci utuntur in *l.* 8. *in fin. sup. de noxal. action.* Si servus communis plurium L. Titio damnum dederit, et Lucius Titius velit agere noxali actione cum uno ex dominis servi, is, quem elegit si velit evitare actionem noxalem, quæ in eum daretur in solidum, debet ante litem contestatam Lucio Titio cedere partem, quam habet in servo: atque ita desinet teneri noxali actione, quia desinit esse dominus; ac præterea Lucius Titius etiam adversus ceteros dominos amittet noxalem actionem, quia socius in socium nunquam agit noxali actione, et Lucius Titius factus est socius ceterorum, acquisita in servum parte dominii: non habet etiam Lucius Titius in socios actionem communi dividundo, ut scil. pro partibus suis damnum sarciant, quoniam damnum, quod dedit servus, sive maleficium servi antiquius est communione, et ideo non venit in causam communionis. Verum *d. l.* 8. concludit, æquius esse Lucio Titio dari actionem communi dividundo, ut pro rata partium sociorum suorum, ei damnum præstetur, quod intulit servus. Et ratio redditur a Græcis elegantissima, æquum esse dari ei communi dividundo: quia non tam factus est dominus sua sponte, quam necessitate judicii noxalis, ἐπὶ οὐχ ἑκουσίως, ἀλλ' ἀνάγκῃ τῆς νοξαλίας, non quæsivit dominium servi sua sponte, sed ex natura judicii noxalis: at qui dominium servi vindicavit, adserens se esse dominum, et obtinuit, non ideo prohibetur servum abducere, quod pro eo offeratur æstimatio, ut illo loco proponitur: et longe est alia ratio hujus atque illius. Et ita vero legatarius cui homo, vel res certa legata est, non cogitur pro ea oblatam æstimationem accipere ab hærede, nisi ex justa causa, sed districte agit, ut sibi ea res ipsa præstetur, quæ legata est, *l. si domus*, §, *qui confitetur et seq. de legat.* 1. Ac similiter is, qui rem emit, non cogitur pro ea accipere æstimationem, vel quanti sua interest, sed venditor præcise cogitur ei rem tradere, si ejus tradendæ facultatem habeat: nam et donationem perfectam nuda conventione ex constitutione Justiniani, ipse Justinianus ait, in se habere necessitatem traditionis, quæ necessitas, ne quis cavilletur, et simplex et absoluta, id est, sine exceptione, sine adjunctione. Id vero de donatione est in §. *alia Institut. de donat.* Et quod ait *l. contractus, C. de fide instrum.* venditori impositam esse necessitatem contractum perficere, id est, rem tradere, et implere contractum, vel id, inquit, quod interest emptoris persolvere; ibi *vel*, non facit exceptionem vel adjunctionem;, adjunctio exceptio est, quæ fit hoc modo: *necesse est te dedas hostibus, si non vis fame perire;* vel, *nisi mavis fame perire.* Et ita si dixisset, *necesse est venditori rem tradere, si nolit præstare id, quod interest*, vel, *ni malit præstare id, quod interest;* sane non esset simplex necessitas et absoluta, sed cum exceptione; at quum dicitur, necesse esse venditori rem tradere, vel præstare id, quod interest, ostenditur, alterutrum esse necesse simpliciter et absolute, prout emptor elegerit, et res tulerit. Et ita nominatim Paulus 1. Sentent. *si id, quod emptum est*, inquit, *neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat. vel mancipet.* Placet valde quod ait *l. ult. C. de fideicommiss. libert.* stultum esse judicem, qui damnat in æstimationem eum, qui rei restituendæ facultatem habet, qua de agitur. Neque huic sententiæ, quæ communis est, repugnat, quod ait *l.* 1. *in princ. de action. emp.* si res vendita non tradatur, agi ex empto, quanti rem habere emptoris interest; nam quod statim subjicit; *interdum pluris interesse, quam res valeat vel empta sit;* sane ostendit hoc casu præcipue emptorem, si sapit, acturum in id, quod interest, quod pluris est, alioquin si minoris intersit, sane acturum præcise, ut venditor rem tradat, cujus tradendæ potestatem habet, et ita ea lex explicanda est. His exceptis ex adverso opponuntur duo alia exempla contraria, unum ex *l.* 23. §. *ult. de re judic.* alterum ex *l. non cogendum*, §. 1. *de procurat.* Dicamus primum de l. 13. §. *ult.* in ea ait, eum qui promisit damni infecti, verbi gratia, puta prohibere se, ne in ea re damnum stipulator patiatur, prohibere se, ne quod ex ruina, aut vitio ædium, quod ædes faciunt, vel minautur, damnum stipulator patiatur, si non facit quod promisit, si non prohibeat, non accuret, in pecuniam numeratam condemnari, id est, in id, quod interest, ut *l. stipulationes* 72. *de verbor. oblig.* nec cogi præcise facere quod promisit. Et ita servari ait in omnibus faciendi obligationibus, ut promissor si defecerit in faciendo, damnetur in id, quod interest: sed hoc ideo, quia integrum promissori non est facere, quod promisit damno jam illato stipulatori, lapsu ædium forte: at re integra sane ad faciendum compelli potest, si hoc malit stipulator: sicut hæres ad præstandam rem legatam compelli potest, nec liberatur offerendo litis æstimationem invito legatario, quia aliud pro alio solvi non potest invito creditori, *l.* 2. §. *mutui. de rebus credit.* Præstare facere est, *l. si fundum certo die, de verb. oblig.* Et si hæres jussus facere opus Reipubl. non liberatur offeren-

do pecuniam Reipubl. ut ipsa faciat, *l.* 11. §. *ult. de legat.* 3. Ac similiter donator, ut ante diximus, et venditor rem donatam, aut venditam tradere coguntur. His addatur etiam dominus, qui rem concessit in feudum, præcise eam tradere cogitur. Et ut nominatim scriptum est in 4. *Feud. tit.* 15. dominus feudi non liberatur præstando id, quod interest. Denique quicumque rem debet, non liberatur offerendo rei pretium, alioquin aperta erit via pœnitudini et perfidiæ post contractum perfectum cuicunque volenti ab eo recedere invito altero, si detur potestas offerendæ pecuniæ pro re debita. Nec verum est, quod quidam dicunt, incivile esse ad faciendum cogi eum, qui paratus est subire litis æstimationem. Quæso, an est incivile suum exigere, atque etiam efflagitare? Quis hoc dicat? et perperam in id adducunt *l. nec temere*, *C. de jure deliber.* quæ ait, neminem cogi emere, aut donatum accipere, aut hæreditatem adire: sic sane, quia in hoc obligatus non est. Ceterum si obligatus esset, sane cogeretur, nec posset frangere fidem contractus. Et observandum est in *leg.* 11. 12. *et* 13. *de re judic.* proponi quatuor casus, quibus alia re, vel causa in obligationem deducta, fit condemnatio in id, quod interest. Primi casus ratio hæc est, quia ad diem fieri aliquid convenerat, et factum eo die non est, quod alio die fieri mihi stipulatori inutile est. Idcirco damnatur reus in id, quod interest, *l.* 11. Secundi casus ratio hæc est, quia rei debitæ restituendæ facultatem debitor non habet, *d. l.* 12. Tertii casus ratio hæc est: quia quum quis promisit satisdare, et fidejussorem dare, nihil in satisdationis promissione aliud venire potest quam quod interest stipulatoris, ex sententia Proculi, *l.* 112. *et l. seq.* §. *ult. de verb. oblig.* Quia plerunque difficilis ac molesta, ac pene impossibilis est præstatio satisdationis, *l. omnes præterea*, *C. de episc. et cler. et l.* 6. *sup. si cui plusq. per leg. Falcid.* Et hic tertius casus proponitur in *d. l.* 13. *in princip.* id est, *in parte* 1. Quartus casus proponitur in *parte* 2. in §. *ult.* Is nempe quem exposui ante, cujus ratio hæc est, quia res non est integra, ut prohibeat quis et arceat damnum, quod datum jam est, quod erat in obligationem deductum, idcirco necessario recurritur ad æstimationem pecuniariam. Contextus autem illius §. *ult. d. l.* 13. valde depravatus ita restituendus est: *si quis promiserit prohibere se, ne quod damnum ex ea re stipulator patiatur, et faciat*, id est, prohibeat, *facit quod promisit etc.* quæ initio aliter erant proposita, nempe hoc modo, *si quis promiserit prohibere se, ut aliquod damnum stipulator patiatur et faciat*, quoniam non est scribendum, *ut aliquod damnum stipulator patiatur*, sed scribendum est, *ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur*, addito semicyclo, sive virgula, *et faciat*, *faci quod promisit*: sin minus, quia non facit quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur. Idque glossema, quod insertum est eo loco in Pandectis Florentinis aperte demonstrat his verbis: *ita habeatur.* Proponuntur duæ lectiones in hoc §. Prior falsa est: posterior vera, quod glossema probat, dum ait; *ita habeatur*: hoc est, *ita legatur*: *ne quod ex ea re damnum stipulator patiatur etc.* cui simile glossema observavi apud Arnobium 3. contra Gentes: *si tempus*, inquit, *significatur hoc nomine Græcorum, ut interpretes autumant*, *quod* χρόνος est, illud χρόνος oportet scribere Latino charactere: *habeatur* χρόνος charactere Græco: *nullum est Saturni nomen*, inquit. Illud *habeatur* χρόνος, Græco charactere, quod ita scriptum legi in Bibliotheca regia glossema est, quo emendatur superior scriptura Latini characteris. Quod idem sæpe efficit in libris Varronis, de re rustica, quæ sæpe inserta est et intexta in manuscriptis litera L. ut Victorius testatur, et legi in eadem Bibliotheca, in qua litera interpretanda multi laborant. Admonemur, ut legamus eo modo, non alio: uam litera illa L. significat, legatur. Et hæc de dicta *l.* 13. §. *ult.* Restat tantum *lex non cogendum*, §. 1. *de proc.* quæ ait, procuratorem, qui cavit judicatum solvi, quæ cautio, ut scitis, tres clausulas habet, de judicato faciendo, de re defendenda, et de dolo malo, *l.* 6. *judicat. solvi*: eum, inquam, non cogi præcise judicium accipere et rem defendere, ex Sabini sententia. Sed si judicium accipere detrectet, agi posse ex clausula, sive ex stipulatione de re defendenda, et in eo judicio æstimari, justa fuerit necne causa recusandi judicii, ut si justa fuerit, reus absolvatur, quia non simpliciter promisit rem defendere, sed arbitrio boni viri, et boni viri arbitrio congruum est, ut invitus rem non defendat, qui justas causas excusationis adfert. Atque in hoc casu, nec cogitur judicium accipere, nec stipulatio ob rem non defensam commissa esse intelligitur, ut *l. vir bonus*, *jud. solvi.* Sin autem injusta causa fuerit recusandi judicii, non cogitur quidem præcise judicium accipere, sed condemnatur, quanti ea res est ex stipulatione judicatum solvi. Dico autem hoc Sabinum non scripsisse de quocunque procuratore sive defensore, sed de eo tantum, qui non cogitur defendere, ut patet ex *l. mutus*, §. *qui non cogitur*, *de proc.* cui cohæret *dicta l. non cogendum.* Quis vero non cogitur defendere? Is qui non egit alieno nomine: is qui non provocat alium alieno nomine ad judicium: ego non cogor te defendere, si quis tecum agat, si

non ago cum eo tuo nomine, si quam fidem suscepi, eam implere debeo: fidem autem aut defensionem absentis invitus suscipere non cogor, si non ago ejus nomine, *l. invitus*, *C. eod. tit.* Et si forte cavero judicatum solvi, Labeo quidem existimavit, me præcise compelli posse ad defendendum, et judicium accipiendum, nisi si qua causa mihi justa esset recusandi judicii, et tractu temporis res actoris non esset petitura, ut quia temporalis actio non esset, quam intersit actoris vel contestari tantum cum defensore præscriptionis interrumpendæ gratia. Verior tamen est Sabini sententia, ut etiam si cavero judicatum solvi, non cogar judicium accipere et reum defendere, id est, litem contestari, sed agi tantum mecum possit ex stipulatione ob rem non defensam. Et ratio Sabini hæc fuit: quia edicto prætoris expressum non est, ut ille, qui non cogitur defendere, etiam si caverit judicatum solvi, judicium accipere compellatur. Verum aliud dicendum est in eo, qui cogitur defendere absentem, puta, in eo, qui agit absentis nomine. Nam si is quo eum agit absentis nomine, invicem etiam cum eo absentis nomine agere velit, et mutuæ petitionis sint, sane edicto Prætoris expressum est in *l. servum*, *§. ait prætor*, *eod. tit.* eum cogi defendere absentem, alioquin non admitti ad agendum, *l. mutus*, *§. pœna eod. tit. l. actionem*, *C. eod. tit. l. 1. sup. de novi oper. nuntiat.* Defendere autem ille non videtur, nisi caveat judicatum solvi, secundum quam cautionem a Prætore, postulante adversario, cui cavit, districte compelli potest ad judicium accipiendum, litem contestandam, rem defendendam, etiam si paratus sit ex stipulatione judicatum solvi, subire litis æstimationem, et præstare quanti ea res est, nisi justam causam habeat judicii recusandi, aut justa ex causa removeatur a domino, quæ est sententia legis *sed et hæ*, *§. pen. eod. tit.* quæ videbatur pugnare cum *d. l. non cogendum.* Verum addamus, etiam eum, qui datus est procurator ad litem defendendam, si dominus pro sciente et consentiente, id est non contradicente caverit judicatum solvi, sane, ut etiam est edicto expressum in *l. 8. §. ultim. eod. tit.* eum, inquam, cogi præcise judicium accipere cum illa exceptione, nisi justam causam habeat recusandi judicii; quales multæ proponuntur in *d. l. 8. §. ultim.* et aliquot legibus sequentibus, quæ tamen etsi justæ sint causæ, nullius momenti sunt, quum aliqua est captio actoris propter temporis tractum; quoniam hoc casu, etiamsi justam causam habeat cessandi, omnimodo cogitur judicium accipere, ne actio pereat actori, *l. 12. eodem tit.* Quod exemplum Labeo sequebatur etiam in eo defensore, pro quo sciente dominus non cavit judicatum solvi, sed defensor ipsemet, de quo, quod nihil esset edicto comprehensum, ideo reprehenso Labeone Sabinus, qui fuit diversæ scholæ, sensit, nullas esse partes prætoris ad compellendum eum rem defendere abscise. Unde apparet, non de quolibet defensore Sabinum loqui. Illud tamen addi oportet, eum quoque defensorem, pro quo nesciente dominus cavit judicatum solvi, proculdubio nec compelli judicium accipere, nec agi cum eo posse ulla actione, quia nihil cavit, neque ipse, neque dominus ipso sciente, sed dominus, qui cavit eo nesciente et detrectante defensionem, ex ea cautione conveniri potest, vel fidejussor ejus, *l. 14. eod. tit.*

Ad L. IV. de Separat.

Creditoribus, qui ex die, vel sub conditione debentur, et propter hoc nondum pecuniam petere possunt, æque separatio dabitur, quoniam et ipsis cautione communi consuletur. Legatarios autem in ea tantum parte, quæ de bonis servari potuit, habere pignoris causam convenit.

Sciendum est, edicto prætoris proposito in hoc titulo promitti beneficium separationis bonorum postulantibus creditoribus defuncti intra quinquennium ab aditione hæreditatis; ut in *l. 1 §. quod dicitur*, *hoc tit.* videlicet, si hæres solvendo non sit, et futurum sit, ut patiatur possessionem et venditionem bonorum. Quo beneficio causa cognita, ut oportet, a prætore concesso creditores hæreditati separantur a creditoribus hæredis, et bona hæreditaria a bonis hæredis, et in bonis hæreditariis creditores hæreditarii, id est, creditores defuncti, potiores et soli sunt, ut nec ea attingere possint creditores hæredis, nisi si quid adimpletis creditoribus hæreditariis, superfuerit ex bonis defuncti, *d. l. 1. §. item sciendum*, *hoc tit.* Sed creditores hæredis in suum debitum habent bona hæredis, in quorum possessionem hærede non solvente etiam mittuntur soli, submotis creditoribus defuncti. Creditores autem defuncti mittuntur in possessionem bonorum hæreditariorum, crediti sui servandi causa, ut pro pignore ea habeant, quod piguus prætorium dicitur, quia ex ordine et edicto prætoris constituitur. Atque ita fit dato beneficio separationis bonorum defuncti et hæredis, ut unum patrimonium, quod scilicet aditio hæreditatis genere quodam fecerat unum, quasi dividatur in duo, et ut una persona, quæ fingitur esse hæredis et defuncti, quasi dividatur in duas: hic est effectus separationis. Inter creditores autem hæreditarios sive defuncti connumerantur etiam legatarii, quamvis a defuncto eis deberi non incipiat, sed ab hærede. Nam et legatarii, quotiens hæres non

est solvendo, possunt impetrare separationem bonorum, *l. pen. hoc tit.* Eoque referri potest, quod ait *l. hæreditarium*, *inf. de obligat. et act.* hæreditariarum actionum loco haberi actiones legatorum, quamvis ab hærede incipiant, non in omnibus causis scilicet, sed in causa separationis bonorum, ut æque eam impetrent causa cognita legatarii, atque creditores defuncti. Docet autem Papinianus hoc loco, etiam hoc beneficium sive commodum separationis dari creditoribus hæreditariis, quibus debetur ex die, vel sub conditione licet nondum pecuniam petere possint: non ergo tantum creditoribus hæreditariis, quibus præsenti die debetur, sed etiam iis, quibus ex die vel ex conditione debetur: ergo et iis, quibus legatum est ex die vel sub conditione. Nam, ut diximus, in causa separationis bonorum legatarii connumerantur creditoribus hæreditariis, aut loco eorum habentur. Et rationem hanc subjicit Papinian. quia iis creditoribus, quibus debetur ex die, vel sub conditione communi cautione consulitur, quoties scilicet hæres solvendo non est: nam hic est casus, qui tractatur in hoc tit. *Quoniam*, inquit, *et iis cautione communi consuletur*. Quid vocat cautionem communem? vel cautio communis hoc loco accipitur pro prætorio pignore, quod constituit missio in possessionem, vel pro satisdatione de solvendo debito, cum dies venerit, aut conditio extiterit, vel pro utroque remedio per consequentias, id est, uno trahente aliud, et consequente. Ac primum quidem in *l.* 6. *supr. quib. ex caus. in poss.* Paulus ait, *creditores conditionales in possessionem bonorum debitoris mitti solere*, quo genere pignus prœtorium constituitur, ut dixi, *l. misso*, *pro empt.* Et vel uno qualicunque creditore misso in possessionem, ea missio sive cautio pignus est, cautionis species, et longe melior cautio, quam cautio personalis, *l.* 25. *de regul. jur.* Ea, inquam, missio sive cautio pignoris omnibus creditoribus prodest, vel uno tantum misso in bona etiam conditionalibus creditoribus, qui in rem fit, et generaliter non in personam, ut *l. cum unus*, *sup. tit. prox.* Qua de causa Grœci eam missionem vocant, τὴν καθόλου νομὴν τῶν δανειςῶν, id est, *generalem possessionem creditorum.* Et eadem ratione hoc loco videtur appellari cautio communis, quod innuit etiam id, quod paulo post in *h. l.* Papinianum de legatariis loquitur, eam cautionem communem pignoris causam vocare videtur, pignoris prœtorii scilicet, non pignoris, quasi ex tacita conventione, quod Justi. dedit legatariis in ceteris rebus hœreditariis, l. 1. *C. comm. de leg.* Quod tamen Accurs. sensit, quum in ea verba, *pignoris causam* hoc loco adpinxit l. I. male, quia Justinianus palam profitetur, se primum esse auctorem dandæ legatariis tacitæ hypothecæ tacitive pignoris invicem conventi, ut plane Accursio sit necesse longe a vicinia veritatis errare. At quod dicimus etiam cautionem communem hoc loco Papinianum accipere videri pro prætorio pignore, etiam a vero videtur errare, quia creditores conditionales vel in diem: dehinc quum dicam, creditores conditionales, idem existimate me dicere de iis, quibus debetur in diem. Creditores igitur conditionales idem Paulus, qui scripsit in possessionem mitti solere, *d. l.* 6. ait in *l. pen. eodem*, in possessionem non mitti. Quod sic velim componi et accipi, ut conditionales creditores non mittantur in possessionem cum effectu, quia nec possunt bona ex edicto vendere, antequam dies vel conditio venerit, *d. l. pen. l. Fulcinius*, §. *si in diem*, *eod. tit.* nec si a debitore prohibeantur venire in possessionem ex decreto Prœtoris, in eum habent interdictum restitutorium, de quo in *tit. ne vis fiat ei*, *qui in possess. missus est*, vel actionem quanti ea res est, quam habent ii, quibus præsenti die debetur, si non admittantur ad possessionem, si prohibeantur ingredi possessionem; de qua potissimum actione est *d. l. pen.* nec possunt etiam creditores conditionales interim desiderare caveri sibi de restituendo debito, cum dies venerit aut conditio exstiterit. Hoc enim tantum permittitur officio judicis in judicis bonæ fidei, etiamsi non alia causa subsit, quæ urgeat, exigendæ cautionis, *l. in omnibus*, *sup. de judic.* Sed in hoc providentia est, quod possit interim labi facultatibus, *l. quotiens*, §. *si semel*, *de pecul. l. si constante*, §. *quotiens*, *sol. matrim. l. quod si in diem*, *de petit. hæredit. l. Seja*, *de mortis caus. donat.* non tantum in judiciis bonæ fidei officio judicis, sed etiam in legatis vel fideicommissis ex die vel sub conditione relictis, de quibus caveri interim sibi recte desiderant legatarii ex edicto prætoris, non officio judicis: ex edicto prætoris, inquam, proposito tuendarum supremarum voluntatum gratia. Eaque cautio legatorum, quæ legatariis ex edicto præstatur, cautio vulgaris dicitur in *l. filiusfamil.* §. *Divi*, *de leg.* 1. id est, cautio communis, usitata et ordinaria, eadem forma, qua cautio judicatum solvi dicitur cautio sive satisdatio communis in l. *pen.* quæ est Græca, *de procurat.* κοινὴ ἱκανοδοσία, solita satisdatio in *l. Pomponius*, §. *sed etsi quis*, *sup. de Procurat.* Quæ una est differentia inter creditores et legatarios, quoniam his cavetur interim, non illis. Et ex ea differentia pendet etiam et proficiscitur altera: quia legatarii conditionales, si eis non caveat heres, effectu mittuntur in possessionem bonorum, ut si res exegerit, etiam bona vendantur. Creditores autem, quum eis interim caveri non oporteat pro solvendo debito, non est

consentaneum non cavente debitore, quasi debitoris contumaciæ coercendæ causa, quæ nulla est, mitti in possessionem bonorum. Solent mitti, ut ait *d.* lex 6, mos hic est, non jus, quia frustra mittuntur, cum et non admitti impune possint, et sequi venditio non possit, antequam conditio exstiterit. Unus tamen casus est, quo non frustra mittuntur in possessionem pendente conditione: hic casus tractatur in hoc titulo: si hæres debitoris solvendo non sit, si suspectus sit conditionalibus creditoribus et aliis omnibus: hoc enim casu ex edicto prætoris pro solvendo debito, etiam conditionalibus creditoribus cavere hæres debet, ex edicto, inquam, prætoris in hunc casum composito, de quo in *l. si creditores*, *sup. tit. prox.* Aut, ut ibidem ostenditur. si hæres cavere recuset, pignus prætorium constituitur eum effectu, missis creditoribus in possessionem bonorum hæreditariorum. Ac postea ex ordine distractis bonis, atque in hanc rem et finem, ut ostendit hoc loco Papinianus, separatio bonorum postulatur, ut separatim fiat missio, separatim venditio: quia hoc casu, id est, quum hæredis bona solvendo non sunt, etiam conditionalibus creditoribus ait, nedum præsentibus, communi cautione consulitur, id est, cautione solvendæ pecuniæ sua die, qua non præstita consequatur prætorium pignus, ex *d. l. si creditores.* Sed et hoc casu alia differentia existit inter creditores et legatarios, quam hoc loco Papinianus indicare voluit. Differentia hæc est: creditores defuncti bona, quæ separaverunt beneficio Prætoris possident universa, atque distrahunt in solidum debitum; legatarii autem, qui cum iis concurrunt, id tantum habent in causam pignoris prætorii, non præstita cautione vulgari; et id tantum distrahunt quod, absolutis creditoribus defuncti, superest ex bonis defunti, si quid superest, *l. pen. hoc tit.* quod ex bonis defuncti servari potuit post impletos et absolutos creditores defuncti. Et ratio est evidens, quia legata non debentur, nisi deducto ære alieno, id est, postquam satisfactum est creditoribus defuncti. Quod et l. Falcidia, et Senatusconsul. Pegasiano expressum fuisse probat *l:* 1. §. *hæc verba*: *Si quis plus quam per leg. Falcid. et l. successores*, *C. ad leg. Falcid.* si quod superest, sufficiat legatariis, solidum acquirent, si non sufficiat, portionem tantum acquirent, ut ait *d. l. pen.* Non lex Falcidia tantum, sed et æs alienum minuit legata, aut sane nihil omnino acquirent, si nihil superest, et evanescent legata. Et ista interpetatione hujus legis, totiusque quæstionis, nihil est enucleatius. Non est prætereunda insolens illa loquutio Papiniani, *creditoribus*, *qui debentur ex die vel sub conditione*, ut in Florentinis scriptum est non male. Ea scilicet forma, qua solvi creditores dicuntur, quum eis pecunia solvitur, et a Papiniano deberi dicuntur, quum eis pecunia debetur, et nihil est præterea. E responsis libri 12. quæ nobis supersunt restant tantum duo, quæ sunt in *l.* 3. *rem rat. hab.* In priore est negotii aliquid, in posteriore nihil. Prioris species hæc est.

Ad L. III. Rem rat. hab.

Cum minor XXV. annis, creditor pecuniam recuperare vellet, interpositus procurator debitori de ratum habendo cavit: restitutione in integrum data, neque indebiti condictionem, neque stipulationem committi constabat. Idemque eveniret si falsi procuratoris actum minor annis ratum habuerit. Et ideo ita cavendum erit, præcedente (quidem) mandato, si ille in integrum restitutus fuerit, hæresve ejus, aut is, ad quem ea res, qua de re agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, mandato vero non interveniente, vulgaribus verbis de rato habendo. Hæc quoque prudentius inter consentientes adstringentur, alioquin si non conveniat, nec creditor minor consentiat, actionem dari oportebit. Falsus procurator de ratum habendo cavit, atque ita dominus, a sententia judicis procuratore victo provocavit: stipulationis defecisse conditionem, apparuit, cum ad auxilium commune superatus confugisset. Quod si dominus, qui ratum non habuit, pecuniam exegerit, stipulatio de rato committetur in eam pecuniam, quam dominus accepit, quamvis nihil procurator accepit.

Creditor minor XXV. annis, cum pecuniam sibi debitam recuperare vellet, debitore parato eam solvere, procuratori in eam rem specialiter constituto mandavit, ut eam pecuniam reciperet: minor quidem non potest facere procuratorem ad agendum in judicio sine curatoris auctoritate, *l. neque*, *C. de proc.* quia nec ipse potest agere sine curatoris auctoritate: actorem non facit, qui ipse agere non possit, *l. liberto*, §. *pen. de negot. gest.* Libertum non facit, qui ipse liber non est, *l. qui pœnæ*, *de manumiss.* At minor XXV. annis, extra judicium omnia, quæ ad se pertinent, exceptis paucis, gerere et administrare potest sine curatore, quem etiam invitus non accipit in res suas omnes generaliter. Ita etiam extra judicium potest procuratorem facere, non adhibito curatore. Et in summa, quod per se potest, et per procuratorem potest, quod non per se, nec per procuratorem. Recte igitur procuratori mandavit, ut oblatam a debitore pecuniam reciperet, quod et procurator fecit, debitori incerto vel ignaro de mandato præstita cautione de rato. Pecuniam autem exactam pertulit ad dominum minorem XXV. annis,

dominus accepit: *post acceptam pecuniam*, ut et in Basilicis expressum est: *κατὰ τὸ λαβεῖν τὸ χρέος*, minor eam pecuniam perdidit et restitutus est in integrum adversus solutionem mandatu suo procuratori factam, qui quidem procurator, ut dixi, debitori caverat de rato in recipienda pecunia ex conventione scilicet. Sicut quum res inter debitorem et procuratorem agitur extra judicium, proditum est in *l. interdum*, *inf. hoc tit.* solere interponi cautionem de rato habendo ex conventione, non jam ex edicto prætoris. Ex hoc facto pendet quæstio hujusmodi, an debitori, restituto minore in integrum, competat condictio indebiti adversus minorem, vel adversus procuratorem, si forte omissa sit stipulatio de rato, quia si interposita sit, ut proponitur, condictio indebiti perimitur, *l. si sine judice*, *hoc tit.* vel an debitori competat actio ex stipulatione de rato, quæ interposita est adversus procuratorem? Et respondet Papinianus, neutram competere, nec condictionem indebiti, non interposita stipulatione de rato, non competere condictionem indebiti, quia debitor liberatur, qui vero procuratori solvit, *l.* 6. §. *Celsus*, *de condict. indeb.* liberato condictio non datur: et eadem ratione non competere debitori actionem ex stipulatu, quia liberatus est, quia solutio suum effectum habuit: liberatus est etiam, minore postea ratum non habente, quia ratihabitio non consideratur in eo, qui mandavit, *d.* §. *Celsus.* Et hoc amplius, quia pecuniam exactam a procuratore recepit: ac præterea ubi non interposita stipulatione de rato, condictioni indebiti locus non est, nec eam stipulationem interpositam committi placet, quia in locum condictionis interponitur, *l. si sine judice*, *et l. ultim. in fine*, *hoc tit.* Et consequentia semper hæc sunt, non competeret condictio indebiti, si omissa esset stipulatio de rato: ergo si interposita sit stipulatio, committitur. Et cum hoc scripsisset Papinianus de vero procuratore, qui mandatum habet, addit statim, idem evenire in falso procuratore, qui mandatum non habet, ut scilicet si interposita cautione de rato, pecuniam debitam minori xxv. annis exegerit, et minori restituerit: atque ita accepta pecunia minor solutionem ratam et gratam habuerit, et post pecunia de perdita inconsulto, adversus solutionem et ratihabitionem in integrum restitutus fuerit beneficio ætatis, neque debitori indebiti condictio competat, quo casu alias solet competere, neque actio ex stipulatu de rato, eadem ratione, quia debitor liberatus est, quia solutio quam ratam habuit dominus, effectum habuit semel. Quamobrem Papinianus suadet, ut debitor, si in hunc casum, quo minor restituitur in integrum, sibi cautum esse velit, atque prospectum, stipulationi de rato, quam de vero procuratore, qui mandatum habet in solvenda pecunia, creditori minori debita, stipulatur, adiiciat hanc clausulam verbis solemnibus stipulationis de rato: *si ille in integrum restitutus fuerit hæresve ejus, aut is ad quem ea res, qua de agitur, pertinebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari. Aut*, inquit, *is ad quem ea res pertinebit*: recte Accursius, veluti bonorum possessor aut fideicommissarius Trebellianus. Nam et is successor minoris in integrum restitui potest, *l.* 6. *sup. de in integ. restit.* Et observandum est in hac clausula nova, omnem successorem universi juris significari, non successorem rei, veluti emptorem, aut donatarium, aliter quam in vulgari et solemni stipulatione de rato, in qua his verbis: *Ratum habiturum eum, ad quem ea res pertinebit*, *l. si sine* §. *si in stipulatione*, *l. procurator*, *hoc tit.* continetur etiam emptor. *l.* 16. §. *ultim. hoc tit. et* omnes venientes a domino personæ, *l.* 8. §. *ultim. hoc tit.* Et similiter mandato minoris non interveniente, et falsi procuratoris, qui pecuniam exegit actu comprobato a creditore minore xxv. annis, propter incertum restitutionis in integrum, ut loquitur lex *si Titius*, *sup. de fidejuss.* consultius est vulgari stipulationi de rato, eandem clausulam addere, *si ille in integrum restitutus fuerit*, *etc. mandato*, inquit, *non interveniente*, *consultius et prudentius est vulgaribus verbis stipulationis de rato, illam quoque clausulam addere*, *adstruere*, id est, adnectere inter consentientes, inter convenientes, ut et nonnisi ex conventione, quum solvitur procuratori extra judicium, omnis hæc stipulatio interponitur, *d. l. interdum.* Et ex hac quidem clausula, *si ille in integrum restitutus fuerit*, si post ratihabitionem minor restituatur in integrum, vel successor ejus, stipulatio committitur in id, quod stipulatoris, id est, debitoris, interest, non si omissa sit hæc clausula, si in hunc casum sibi non prospexit, ut consulit Papinianus et suadet: et hactenus quidem omnia sunt satis aperta in hoc responso. Quod sequitur in fine hujus responsi, *alioquin si non conveniat*, *nec creditor minor consentiat*: omnibus obscurissimum videtur, etiam ea verba obscurissime interpretantur, maxime ab Accursio, cujus tamen mentem Doctorum commentarii satis declarant. At si vis perspicue hæc verba intelligere, mitte argutias, consectare simplicitatem. *Veritatis*, ut inquit Seneca Trag. *simplex oratio est. Alioquin* hoc loco non significat absurdum, vel contrarium, sed diversum, quasi mutata specie, scilicet accipitur pro *ceterum*, ut sæpissime in his libris. Hoc igitur vult Papinianus, ceterum, si non conveniat, quod non est, si non adstruatur, et connectatur illa clausula, *si ille in integrum restitutus fuerit*: quo tamen modo ac-

cipiunt ea verba, *sed si non conveniat*, id est generaliter, si vulgaris stipulatio de rato prorsus omittatur, quæ interponi solet ex conventione, quum debitor procuratori solvit extra judicium, *d. l. interdum: nec creditor*, inquit, *minor consentiat*, id est, ratum non habeat; quod sine mandato procurator exegit a debitore, si ratam non habeat solutionem factam falso procuratori, *actionem dari oportebit*, id est, condictionem indebiti adversus procuratorem, ut definitur etiam in *l. creditori, Cod. de condict. indeb.* quæ et actio condictionis dicitur in *l. 1. Cod. eod. tit.* et alio quodam loco Papiniani, actio simpliciter: locum alium esse scio similem, ubi sit non memini, forte vos meministis. Nam in Papiniano similiter invenimus quodam loco actionem accipi, pro condictione indebiti. Hæc autem sententia hujus versus maxime congruit cum jure, ut ubi omissa est stipulatio de rato, id est, si non convenerit: quod ait, condictio indebiti competat: sicut vice mutata, ubi illa stipulatio interposita est, condictio cessat, *l. si sine, et l. ult. in fine, hoc tit.* In posteriore responso hoc tantum proponitur: falsum procuratorem egisse adversus debitorem L. Titii præstita cautione de rato ex edicto Prætoris: hoc casu, ex jussu prætoris, et superatum fuisse, judice pronuntiante, nihil deberi Lucio Titio, cujus nomine agebat sine mandato. Lucium vero Titium ab ea sententia appellasse, quasi re ad se pertinente. Et ait, hoc casu non committi stipulationem de rato, *quia*, ut ait, conditio stipulationis defecit nimirum, quia Lucius Titius ratum habuit, quod gestum est in judicio inter falsum procuratorem et debitorem: appellatio ejus quod actum est, tacita ratihabitio, sive tacitus consensus est, *l. 2. C. de filiisf. et quemad. pro iis, pater ten. lib. 11.* Ratum habemus non tantum verbis, sed etiam actu et tacite, *l. 5. h. tit. l. ultim. de bon. poss. Quid verba curem*, inquit Tullius, *cum facta videam*? Quod si L. Titius non appellaverit; sed per judicem pecuniam debitam exegerit, tunc sane stipulatio de rato committetur in id, quo Lucio Titio damnatus debitor solvit, ut in *l. 18. hoc tit.* illo loco; *quod damnatus solvit.* Atque ita stipulatio de rato committitur in procuratorem, qui victus est, quique nihil accepit, nihil expressit a debitore. Et hic est finis hujus libri.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XIII. RESPONS. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. XX. de Compensat.

Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum, curatorem condemnatum pecuniam jure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensatur.

Ob negotium copiarum, etc. Copias vocat vivendi causam, copias victuales, quæ in castra perferentur, ut Cassiodorus ait in *Psalm. 21. et 77.* Et inde cauponæ nomen Festo, *Caupona*, inquit, *taberna a copiis dicta.* Copiarum autem negotium expeditionis tempore mandatur curatoribus annonæ, quos fecerit Princeps, vel Respub, qui συνωνῆται et σιτῶναι dicuntur, qui si forte conveniantur nomine Reipub. civili actione residuæ pecuniæ, vel mandati vel condictione furtiva, et condemnentur ex ea causa, quod frumentariam sive annonariam pecuniam abusi sint, actioni judicati, si quid vicissim iis Respublica vel fiscus debeat, non possunt opponere compensationem, sed quam primum Reipubl. eam pecuniam restituere debent, quæ est sententia hujus responsi, *et l. aufertur, §. ut debitoribus, de jure fisci, l. 17. sup. hoc tit. l. 1. Cod. eod. tit.* Pecunia igitur ex ea causa Reipublicæ debita non compensatur. Et ratio hæc est, ut eleganter ait *l. 2. §. frumentariæ, inf. de administrat. rer. ad civitat. pert. quia*, inquit, *necessaria omnibus Rebuspubl. annonaria pecunia, moram solutionis accipere non potest.* Dixi ex hac causa conventos actione judicati non posse opponere compensationem sibi invicem a Republ. debitæ pecuniæ: actione judicati, inquam, quoniam lex ait, curatorem condemnatum. Ex quo intelligitur alias actioni judicati opponi compensationem posse, licet priori judicio opposita non fuerit, ut in *d. l. 17. et in l. 2. Cod. eodem tit.* Neque vero huic responso obstat *d. l. 17.* cum ait, condemnatum ex eo, quod ædilitatis tempore arctiorem præbuerit annonam, actioni judicati posse opponere compensationem, quia, ut eadem l. ostendit, dum adjicit hæc verba: *frumentariæ pecuniæ debitor non videtur*, ea l. non de debitore loquitur pecuniæ frumentariæ, vel annonariæ destinatæ copiis militaribus, sed loquitur de ædile curuli, qui populo arctiorem annonam præbuit, id est, qui non tantum præbuit, quantum oportuit, quive sibi ex ea retinuit aliquid, et in usus suos convertit, qui eo nomine recte conventus condictione furtiva, recte opponit compensationem sibi a Repub. invicem debitæ pecuniæ, quia non est debitor pecuniæ delegatæ frumento, vel annonæ comparandæ, sed est debitor annonæ, panum civilium, qui populo erogari solebant: est debitor annonæ quam intervertit, nec publice, ut debuit, erogavit, et compensationis jus denegatur tantum debitori pecuniæ annonariæ. Notandum, condictioni furtivæ opponi compensationem posse ut in *l. 10. §. quotiens, hoc tit.* ubi legendum tamen est,

hoc modo, *id est*, *etsi condicatur ex causa furtiva*; ut quodam loco ostendi. Condictioni furtivæ opponi compensatio potest, non actioni pœnali furti, hoc nusquam inveniens: opponi potest actioni, quæ rem pecuniamve persequitur, quæ actori abest, non actioni, quæ persequitur pœnam etiam pecuniariam, vel in civili, vel in criminali judicio. Et in *d. l.* 17. etiam ostendi recte in Florentinis esse scriptum, *ædilitatis tempore*, id est, tempore gerendæ ædilitiæ potestatis, ut et Basil. ἐν τῷ ἀγορανομεῖν, et male veteres et novos quosdam interpretes legere, *edulitatis tempore*, quæ vox Latina non est, et corrupte in Alexandro Severo Lampridii, *cum vilitatem populus Rom. ab eo peteret*: quidam *edulitatem* habent, id est, cum populus posceret viliori pretio addici species annonarias, frumentum, vinum, oleum: ut in Commodo. *vilitatem proposuit*, inquit, *ex qua majorem pecuriam fecit*: quod plerumque contingit, ut quum cara est annona, si magistratus proponat vilitatem, eo fiat carior. Recte etiam in hac l. 20. Basil. hoc loco ὁ λαβὼν χρήματα ἐπὶ συνωνῇ ἐν καιρῷ στρατοπέδου, id est, *qui accepit pecuniam ad coemptionem expeditionis tempore*, id est, ad coemptionem copiarum, et specierum militarium, quas etiam invitis provincialibus coemit suo pretio, ut in *tit. Cod. ut nemini lic. in coempt. specier se excus.* Boetius 1. de consol. *acerbæ famis tempore gravis, atque inexplicabilis indicta coemptio.* Coemptio frumenti scilicet extorta venditione ab invitis. Planudes sic vertit, τῷ καιρῷ τοῦ ὤμοτα του λιμοῦ.

Ad L. XVII. de Iis, quib. ut indign.

Hæredem, qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit, fructus omnes restituere cogendum æsistimavi, nec probe desideraturum, actionem confusam restitui: deceptum autem ignoratione facti, bonæ fidei possessoris defensionem habiturum, ante motam scilicet controversiam, si ratio fructuum subducatur, nec improbe confusam actionem reddi postulaturum.

Si hæres post aditam hæreditatem non ulciscatur necem testatoris, jure scilicet et legibus, eo qui testatorem occidit, reo cædis postulato et peracto usque ad sententiam, certum est indistincte sive scierit necatum fuisse testatorem, sive ignorarit, fiscum ei, ut indigno potiundæ hæreditatis eam hæreditatem auferre, qui non defendit necem defuncti: sic punitur non tantum dolus, sed et negligentia hæredis, qui non inquisivit in genus mortis testatoris. Sed quæritur, adempta a fisco, et erepta hæreditate, an etiam fructus omnes, quos percepit, aut percipere potuit, post aditam hæreditatem fisco restituere debeat: Ac præterea quæritur, an vicissim ei sint restituendæ, et redintegrandæ actiones, quas habuit in defunctum, quasque aditio hæreditatis confudit, atque peremit: Quod item quæri potest de servitutibus prædiorum, quum prædium hæreditarium prædio hæredis ante aditionem servitutem aliquam debuit, quam aditio confuderit. Et ad quæstionem hujusmodi Papinianus distinguit inter scientem et ignorantem, ut fecit etiam lib. 6. in *l. propter*, §. 1. *de Senatus. Syllan.* In hæreditate auferenda non distinguimus inter scientem et ignorantem: at in fructibus auferendis, quos percepit hæres post aditionem, et in restituendis hæredi obligationibus vel servitutibus, quas aditio confudit, distinguimus inter scientem et ignorantem. Scientem dicimus omnes fructus restituere: *omnes*, id est, quod lex ipsa ostendit satis aperte, quoquo tempore perceptos aut percipiendos ante vel post motam a fisco controversiam bonorum: sciens omnes fructus restituit, quos percepit ante vel post, quia malæ fidei possessor est. Et certum est, malæ fidei possessorem etiam fructus cum ipsa re præstare, *l. certum*, *C. de rei vindicat.* ubi etiam ex hoc loco, *omnes fructus*, sic oportet accipere, quod nostri non tenent, quos scilicet percepit, aut percipere potuit, ante vel post litem contestatam, ante vel post controversiam motam: ne dicas omnes, ut in *l. bonæ fidei*, *de acquir. rer. dom.* id est, et eos qui sponte nascuntur, et eos qui satione et cura nostra proferuntur, quo modo posset vox, *omnes*, accipi: nempe, *omnes*, *qui vel satione prodeunt*, *vel nulla satione*, *aut cura*, *ut viridari poma*, *ut sylvæ*, *ligna*, *aut pecudum lac*, quod Virgilius in Culice vocat, *Agrestum bonam sortem*, *curamque securam*, quia etsi ii omnes fructus in restitutionem veniant, tamen non respicit hoc loco ed eam differentiam fructuum, quum dixit, *omnes*, sed ad tempus, quo perciperentur, aut percipi potuissent, ut scilicet temporis nulla distinctio fiat. Eadem vero ratione, quia malæ fidei possessor est, scienti non restituuntur actiones vel servitutes prædiorum aditione confusa, non integratur ei jus debiti, vel servitutis pristinæ, *l. indignum*, *sup. hoc tit. et l. prox.* §. *bonis*, *inf. l.* 1. *C. eodem tit. l. ejus*, §. *ultim. inf. de jur. fisc.* Hæc de sciente. Ignorantem, qui deceptus ignorantia facti existimavit, testatorem sua morte functum, non violenta, βιαιοθάνατον, ait, non restituere, cum reipsa fructus perceptos anta motam controversiam et comsumptos: quia bonæ fidei possessor est: fructus, inquam, perceptos suo labore, impensa cura sua: nam αὐτομάτους fructus placet restituere etiam bonæ fidei possessorem, quocumque tempore provenerint, *l. fructus*, *de usur.* non fructus, ἠργασμένους,

multo sudore paratos, ut Ovidius ait undecimo:

Multo sudore parentes.
Dura lacertosi fodiebat arva coloni.

Post motam autem controversiam a fisco, fructus perceptos, aut qui percipi potuerunt bonæ fidei possessor restituit, quia post motam controversiam comparatur malæ fidei possessori, *d. l. certum.* Placet etiam, ignoranti actiones vel servitutes confusas aditione, ablata hæreditate a fisco esse restituendas. Et hæc est sententia hujus responsi; ait, *hæredem qui sciens defuncti vindictam insuperhabuit*: quo verbo in his libris solus Papinianus utitur: *insuperhabuit*, pro neglexit et omisit, ut in *l. sunt personæ, de relig. et sumpt. fun. propter utilitatem publicam*, inquit, *strictam rationem juris insuperhabemus.* Et Imperator quoque in *l. 2. Cod. si omissa sit causa testam. judicium defuncti non insuperhabitum*, ut perspicue emendavimus, id est non omissam causam testamenti, cui opponit causam irriti facti testamenti ratione juris, non repudiatione, vel insuperhabitione hæredis. Eadem voce utuntur etiam Apulejus, et Symmachus, et A. Gellius, et vetus interpres Panareti, *qui animam suam diligit, insuperhabebitur*, id est, despicatui et contemtui ducetur sunt in eo intreprete multa antiqua et elegantia verba, quæ temere mutanda non sunt, ut illud, *insuperhabebitur, et infrunitus*, pro *insipiens*: quod est duobus in locis, quo Cato et Seneca duobus locis utitur, *infruniti*, inquit, *est ostentare divitias*, ut est apud Festum in verbo *frunisci*, et Matisconensis Concilii *can.* 19. Sequitur lex 15. *ad l. Falcid.* quæ continet multa oracula Papiniani.

Ad L. XV. ad Leg. Falcid.

Quod bonis jure Falcidiæ contribuendum est a debitore, cui mortis causa pacto debitum remissum est, in factum concepta replicatione retinebitur.

Quod ad primum responsum attinet, sciendum est, non tantum ex legatis et fideicommissis, sed etiam, ut Severus constituit, ex donationibus causa mortis, quæ instar legatorum sunt, Falcidiam detrahi, hærede legatis, fideicommissis, donationibus causa mortis onerato supra dodrantem, *l. 5. C. eod. tit. l. 2. C. de mort. caus. donat.* Qua de causa ut legata, ita donationes causa mortis in ponenda ratione legis Falcidiæ bonis hæreditariis contribuuntur, commiscentur, connumerantur, quæ moriens testator reliquit, ut *l. Seja, §. ult. inf. de mort. caus. don.* ut scilicet, ea inter se partiantur hæres, et legatarii, fideicommissarii, donatarii mortis causa, pro quadrante et dodrante: ita ut hæres jure Falcidiæ ex universis bonis ferat quadrantem, dodrantem præstet legatariis fideicommissariis, vel donatariis causa mortis sibi habere sinat. Donatio causa mortis est, non tantum si rem meam donandi animo tradidero mortis causa, sed et si debitori meo pacto cum eo habito, quod Græci vocant συγχωρητικὸν σύμφωνον, pecuniam debitam remisero mortis causa, id est, ut non peteretur, si is mihi superviveret: contra, ut peteretur, si ego ei supervixerem, si eum vivendo vincerem. Ergo et me præmortuo, debitor eam pecuniam quasi donatam mortis causa bonis meis contribuere et computare, et Falcidiæ subjicere debet, si 1. Falcidiæ ratio interveniat, nempe ut hæres ex ea pecunia retineat xxv. si in debito fuerint centum, quod remissum est mortis causa. Et hic maxime notanda est differentia una inter legata et donationes causa mortis: nam Falcidia quidem locum habet in omnibus, verum ex omnibus non eodem servatur, aut retinetur modo: legatorum enim hoc jure, quod obtinuit ante Justin. id est, ante *l. pen. C. eod. tit.* legatorum, inquam, Falcidia servatur, vel fideicommissorum, non ut hodie ex ea constitutione Justiniani, etiam per actionem, id est, vindicationem aut repetitionem Falcidiæ, sed per retentionem tantum legatariis ab hærede legata petentibus, ut fit, opposita exceptione doli mali, vel in factum, si ea solida petant sine diminutione Falcidiæ, ut *l. sequ. et l. 80. in fi. hoc tit. l. hæres, ff. ad Treb.* Qua retentione si forte non utatur hæres remedio exceptionis, qui non ignoravit Falcidiam intervenire, sane videbitur Falcidiam legatariis remisisse, et noluisse uti beneficio legis, quæ ejus causa lata est, ut ait *l. potest, hoc tit.* Alia ratio est donationum mortis causa, quia non petuntur ab hærede ut legata: non præstantur ab hærede ut legata, sed ab ipso donatore, eodemque testatore per traditionem aut mancipationem præstitæ jam et perfectæ sunt, dum is vixit; et ideo earum retentione Falcidiæ causa uti hæres non potest, quia eas penes se non habet. Quamobrem ne Falcidiam earum rerum, quæ mortis causa donatæ sunt, amittat, necessario danda est hæredi adversus donatarium Falcidiæ repetitio, aut vindicatio, quia retinendi eas res facultas nulla ei suppetit, quod ita semper obtinuit et obtinet vel Justiniano auctore in *d. l. pen.* quasi, ut ait, ipso jure Falcidia earum rerum semper manserit in bonis testatoris, derogare nec testator potuit. Idque comprobat etiam *l. cum pater, §. mater, et Mævio, de legat.* 2. Et ex hac differentia inter legata et donationes causa mortis, quæ evidentissima est, enascitur alia, quod interdictum

quod legatorum pertinet ad legata, ut beneficio interdicti possessionem legatorum, quam nacti sunt legatarii sine voluntate hæredis, ab iis recuperet vel adipiscatur retinendæ Falcidiæ causa, quoniam ejus tantum habet retentionem, non petitionem: verum ad donationes causa mortis interdictum non pertinet, quia ex donationibus causa mortis, hæres Falcidiæ petitionem habet, *l.* 1. §. *si quis mortis, quod legator. l.* 1. *C. eod. tit.* Itaque in specie proposita hæres a debitore, cui totum debitum testator remisit mortis causa, recte petet quadrantem debiti jure Falcidiæ, quem vel jure Falcidiæ habere debet: et si debitor hæredi agenti opponat exceptionem pacti, quasi toto debito sibi pacto remisso, hæres posita replicatione doli mali, vel replicatione in factum hoc modo: *quod jure Falcidiæ sibi quadrans debitus ex donatione mortis causa, non potuerit pactione remitti*: quæ replicatio auxiliatur actioni, atque ita ex summa debita Falcidiam hæres retinebit atque deducet; per actionem igitur, non per exceptionem; nam replicatio actionis adminiculum est: actio est telum, exceptio clypeus: replicatio aliud telum: actione igitur sive replicatione doli mali, vel in factum inducetur Falcidiæ et retinebitur ab hærede ex donatione debiti facta mortis causa. Papinian. dixit, *replicatione in factum concepta*, nec addidit, vel replicatione doli: quoniam satis constat, ubi illa est, et hanc esse, concurrere semper replicationem doli, vel actionem, vel exceptionem doli cum actione, vel exceptione, vel replicatione doli. Actiones tamen, exceptiones, replicationes in factum verbis temperari, nec in eis fieri mentionem doli mali, *l. non debet, sup. de dolo malo*: leviores esse verbis: vi tamen ipsa esse de dolo malo, et fide mala. *In factum concepta*, ait Papinianus, id est, in factum comparata, *l.* 4. §. *si a Titio, de doli except.* in factum composita, §. 1. *Instit. de except.* quam eodem loco recte Theophilus ait, opponi διηγηματικῶς, ut Glossæ Philoxeni, *in factum conceptas*, interpretantur διηγηματικῶς: in quibus tamen corrupte legitur, *facto conceptas*: διηγηματικῶς, id est, exposita narratione rei gestæ simpliciter, et omissa atrocitate verborum, non notato dolo, aut fraude rei, vel ut ait, *l. cum mota, C. de transact* præscriptis verbis demonstrata re gesta, hoc est, uno verbo, in factum, ut *l.* 1. *C. de revoc. iis, quæ in fraud. cred.* sicut negotium gestum erit, id est, in factum. Vertam παραφραστικῶς verba hujus responsi, ut sensus sit apertior: quod debitori testator pacto convento mortis causa debitum donavit et remisit Falcidiæ servandæ causa, bonis hæreditariis testatoris contribuendum et conferendum est, ut hæres qui Falcidiam ex eo debito retinere desiderat et repetit, eam retineat et repetat adversus exceptionem pacti, qua se defendit debitor opposita replicatione doli mali, vel in factum, quod non potuerit ei ultra dodrantem mortis causa debitum remitti: sic hæres exiget a debitore quadrantem; dodrans debiti tantum apud debitorem remanebit. Hæc est sententia hujus responsi. Male Accurs. semel ponit speciem in liberatione legata, quia manifestum est Papinian. loqui de donatione causa mortis, et liberatione legata, non actionis vel replicationis jure hæres Falcidiam retineret, sed jure exceptionis, debitore, cui liberatio legata est, agente ex testamento ut ab hærede accepto liberetur, *l.* 3. §. *nunc. l.* 7. §. 1. *de liber. leg.* Male etiam Accurs. tentat hæredem ipsum debitori pacto convento debitum remisisse mortis causa: nam si hæres ipse remisit debitum, plusquam manifestum est, non cadere eam remissionem in rationem legis Falcidiæ, de qua tamen hic agitur. Male etiam Accurs. quam Papin. ponit, pacto fuisse remissum debibitum mortis causa, ait idem esse, si acceptilatione remissum sit debitum mortis causa. Quod fit quidem recte, ut in *l. mortis causa capitur*, §. *Julianus, inf. de mort. caus. donat. l. quærebatur, inf. hoc tit.* quia acceptilatio, etiamsi non possit fieri sub conditione expressa; potest tamen fieri sub tacita, *l. actus, de reg. jur.* quæ quidem inest acceptilationi factæ mortis causa. Sed si testator acceptilatione mortis causa debitum remiserit, et l. Falcidia locum habeat, hoc casu non est hæredi necessaria replicatio doli, vel in factum, sed de Falcidia experiri potest, Falcidiam repetere aut vindicare potest sine metu exceptionis, quia nulla exectione se tueri debitor potest, quandoquidem, ab initio acceptilatio in quadrante non intelligitur constitisse, sed in dodrante tantum, ut nominatim est proditum in *d. l. quærebatur.*

Ad §. *Frater.*

Frater cum hæredem sororem scriberet, alium ab ea, cui donatum volebat, stipulari curavit, ne Falcidia uteretur, et ut certam pecuniam, si contra fecisset, præstaret: privatorum cautionibus legibus non esse refragandum constitit: et ideo sororem jure publico retentionem habituram, et actionem ex stipulatu denegandam.

Species hæc est: frater sororem hæredem scripsit, et ab ea multa legata legavit, vel donavit mortis causa supra modum legis Falcidiæ; et cum nollet sororem uti beneficio legis Falcidiæ, nec tamen posset vetare palam, ne Falcidia uteretur, *l. nemo potest, de leg.* 1. interposuit L. Titium, cui fundum, verbi gratia, mortis causa donaverat, qui stipularetur ab sorore, eam Falcidia non usu-

ram, aut si uteretur, certam pecuniam sibi daturam pœnæ nomine. Ita Græci ponunt speciem recte hoc loco, videlicet sororem promisisse pœnam, ut ajunt, μέλλοντι λαβεῖν μετὰ θάνατον δωρεὰν, accepturo donationem post mortem, donatario mortis causa, quod latius memini me exponere in Novella 1. Justiniani. Quæritur an si hæres Falcidia utatur, committatur stipulatio pœnalis? Videri potest hæres sequuta voluntatem fratris, quæ interposito a fratre, id stipulanti promisit: et sane si post mortem (*) fratris idem promisisset, se non usuram Falcidia, vel si contra faceret, daturam pecuniam pœnæ nomine, committeretur stipulatio, *l. quod quis*, *inf. hoc tit. l. ult. C. eod. tit. l. si patronus*, §. 1. *de donat.* Et ratio hæc est, quia unicuique licet de commodo suo detrahere: ergo hæredi licet non uti Falcidia, quum ea locum habet, puta, post mortem testatoris. Lex Falcidia hæredis causa data est, *d. l. potest*, *hoc tit.* Ergo hæres ea non uti potest. At quia vivo testatore id promisit hæres scriptus vel scripta, antequam ullum jus sibi competeret antequam Falcidiæ casus existeret, stipulatio interposita esse videtur, non ut juri privato, quod nullum erat, sed ut juri publico derogaret, id est, legi Falcidiæ. Et ideo ipso jure stipulatio non valet: dico ipso jure, quoniam Papinian. destricte ait, *actionem ex stipulatu denegandam.* Igitur mortuo fratre integra est hæredi Falcidiæ retentio ex donatione causa mortis, et legatis omnibus et fideicommissis, ut nec stipulatori ea conventio, nec ulli alii proficiat, quo minus patiatur Falcidiam. Privatorum, inquit, cautionem legibus non esse derogandum: in *l. ult. inf. de suis et legit. hæred.* privatorum cautionem legum auctoritate non censeri: quo argumento, quia lex legi derogare potest, privata causa legi derogare non potest. Ergo legis auctoritate non censetur. Quod in Basil. hujus secundi responsi sententia relata est, nec omissa, id satis validum argumentum præbet, etiam hodie quod ex Novella Justiniani potest facere testator, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat, eam tamen pactionem, de qua hic agitur, nullam vim habere.

Ad §. Non idcirco.

Non idcirco minus Falcidiæ rationem in ceteris annuis legatis admitti visum est, quod primo ac secundo anno sine ulla detractione fuisset legatario soluta.

Sequitur aliud responsum, quod tertio loco positum est in *l. 15. ad l. Falcid.* Finge: Lucio Titio legata sunt annua centena, in alimenta forte: plura sunt legata: primi anni legatum est purum, cujus dies cedit statim a morte testatoris: sequentium annorum legata sunt conditionalia, quatenus inest eis hæc conditio, *si legatarius vivat*, quia talia legata morte legatarii finiuntur, *l. 4. et l. 11. de annuis leg. l. 10. et 12. et 20. quando dies leg. ced. l. 1. §. si annos, sup. hoc tit.* Porro hæres Lucio Titio primi et secundi anni legata solvit in solidum sine detractione Falcidiæ, quam certum erat locum habere. Quæritur, an et sequentium annorum hæres cogatur plena, integra, solida, legata solvere, non detracta Falcidia, qui priorum annorum jam cœpit solvere legata integra? Et respondet, non posse cogi. Detrahit igitur Falcidiam, cui locus est, ex sequentium annorum legatis: quæro, an etiam ex sequentium annorum legatis detrahit Falcidiam pro legatis primi et secundi anni? Et distinguo: Aut ea legata ultro primo et secundo anno solida solvit sciens prudensque, animo omittendæ Falcidiæ, et in eis legatis specialiter plenioris fidei testatoris exhibendæ gratia, pleniorisque obsequi: et hoc casu pro iis nihil detrahit, sed pro sequentium annorum legatis tantum: et ratio est evidens. Aut ea legata solida solvit non animo omittendæ Falcidiæ: et tunc ex reliquis legatis Falcidiam detrahere potest etiam pro iis, quæ jam solvit, ut constat ex *l. prox.* quæ sequitur, et loquitur etiam de pluribus legatis uni relictis, sicut hic §. puta, de pluribus rebus uni legatis, quia tot sunt legata, quot sunt res, *l. 5. sup. de legat.* 2. Et adjicit in *l. sequenti*, idem esse, si uno legato tantum relicto partem dimidiam solverit integram, quam utique nemo dicet solvi animo omittendæ Falcidiæ: nam ex reliqua parte totius legati Falcidiam retinere potest, hæc vero dicimus de pluribus legatis uni relictis: nam si pluribus plura relicta sint, et hæres ultro quibusdam solverit legata in solidum sine ulla detractione, ex ceterorum quidem legatis poterit Falcidiam detrahere, *l. 6. C. eod.* ubi legendum. *ultro*, non *ultra*: sicut et in *l. si pignori*, *in fi. famil. ercisc.* Florentini recte *ultro*: alii haud recte, *ultra.* Ex ceterorum, inquam, legatis Falcidiam detrahere potest pro rata ceterorum legatorum, non etiam pro iis, quæ aliis legatariis solida et integra solvit. Et ratio hæc est, quia sui quisque non alieni legati Falcidiam pati debet, quum autem uni plura legata sunt, et in uno legato omnium Falcidiam legatarius patitur, suorum, non alienorum legatorum Falcidiam patitur: nec conqueri potest, quod in uno legato omnium patiatur Falcidiam, maxime quum legata consistunt in pecunia numerata, quamquam et idem sit in pluribus rebus uni legatis ut in *l. sequen.* Quod autem ait *d. l. 6. in fin.* hæ-

(*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib. 2. cap. 4.*

redem, qui solvit quibusdam solida legata, aliorum legata jure Falcidiæ diminuere posse, nec invitum aliis præstare solida; recte Theodorus notat, abrogatum esse Justiniani Novell. 1. quæ vult, eum, qui solida legata quibusdam legatariis solvere cœpit, et ceteris similiter solida debere persolvere, quasi approbata in omnibus voluntate testatoris, et legatariis omnibus remissa Falcidia, nisi, ut ait, hæres deceptus fuerit justa ignorantia facti, ut quemadmodum in ea Novella ait Julianus Antecessor, si mirabile aliquid extiterit, quod diminuat patrimonium defuncti, veluti inopinatum æs alienum defuncti, *mirabile* vocat, quod in ea Novell. Justinian. παράδοξον: neque tamen ex ea Novella etiam efficias probe, uni pluribus legatis relictis, et quibusdam ei solutis in solidum, et cætera eidem esse solvenda in solidum: alioquin dicendum esset cum Accurs. et hunc §. abrogatum esse, et leg. quæ sequitur, quod est falsum: quia Novella loquitur de pluribus legatis pluribus personis relictis, non de pluribus legatis uni relictis: et jus novum restrictius accipiendum est, non ampliandum. Itaque verius est, hæredem, qui uni quædam legata solvit in solidum, eo facto non videri omnium legatorum Falcidiam uni eidemque legatario relictorum remisisse: sicut, nec si unius legati partem dimidiam solvisset integram sine diminutione, qua comparatione utitur l. proxima, quæ sequitur, plura legata uni relicta quasi quodammodo unum sunt. Male etiam Accursius ad illa verba, *sine ulla detractione*, quæ supponunt hæredi facultatem fuisse detrahendæ Falcidiæ, si voluisset, sed noluisse uti facultatem quam habuit, et quædam legata solida exolvisse. Addit ad illa verba, *sine ulla detractione, et sine cautione*, inquit, *de restituendis legatis, si Falcidia emergeret:* de qua cautione est totus titulus qui sequitur, et solet vocari, *cautio Falcidiæ*. Supplet igitur Accursius, et sine ulla cautione soluta fuisse legata: male, ut dixi, quoniam ubi hæredi facultas est detrahendæ Falcidiæ, ut puta, quum certum est et liquidum Falcidiam locum habere, huic cautioni locus non est, *l.* 3. §. *si in plures*, *tit. seq.* frustra dicit omissam cautionem, quæ etiam interponi non potuit: at non frustra Papinianus dicit, omissam Falcidiam, quæ detrahi potuit. Male etiam Accursius in contextu legit, *quod primo ac secundo anno sine ulla detractione fuisset legatario soluta*, et illa verba, *fuisset legatario soluta*, sic interpretatur, quod fuisset soluta ratio, quæ poterat retineri, id est, Falcidia, ac si Papinianus inepte scripsisset, sine detractione Falcidiæ, Falcidiam fuisse solutam: et sane rectius Florentini, *fuissent legatario soluta legata*, scilicet primi et secundi anni, non *fuisset*. Idem Accursius male et ἀπροσδιορίστως opponit *l.* 1. *C. de fideicomm.* quæ si hoc diceret, solutis integris legatis aut fideicommissis quibusdam annuis, et sequentium annorum eidem integra legata solvi debere, sane recte opponeretur et nobis facesseret negotium, sed sine hac adjunctione, *integris, et integra*, ait, *d. l.* 1. solutis uni quibusdam legatis annuis simpliciter, et sequentium annorum legata eidem solvi debere, quasi approbato judicio defuncti, licet forte ab initio inutilia fuerint: quod non pugnat cum hoc responso, in quo de Falcidiæ ratione agitur. In ea *l.* 1. de Falcidiæ nihil agitur. Male etiam Antonius Goveanus, qui et proximum superius responsum male interpretatus est, in hoc responso ponit speciem de legato relicto annua, bima, trima die, *a trois payes*, *dans trois ans*, quod non plura, sed unum est legatum, divisum tribus pensionibus annuis *l. Firmio*, §. *ult. quando dies leg. ced.* nec quot sunt pensiones, tot sunt legata: denique unius legati pensiones non sunt legata, sed partes legati, plura legata annua, et plures pensiones sunt fateor, ut in *l.* 47. *hoc tit.* quæ promiscue dicit legata annua, et pensiones annuas: sed contra plures pensiones non semper sunt plura legata. De pluribus autem legatis agi in hoc §. illa verba manifesto demonstrant; *in ceteris annuis legatis:* non ergo de legato relicto annua, bima, trima die, vel etiam quadrima die, et quinto anno, in plures dies annuas pensiones, quanquam, quod notandum est, et in legato relicto annua, bima, trima die, quadrima die, quinto anno, sexto anno, ut opinor, idem juris sit, ut locum habente lege Falcidia, si hæres cum posset ex omnibus pensionibus Falcidia statim deducere, *d. l.* 3. §. *si in plures*, ex quibusdam sciens ultro non deduxerit, non ideo possit videri et ceterarum pensionum Falcidiam remisisse, Falcidia etiam incerta, nec dum emergente, vel apparente. Dico nihil distare legata annua a legato relicto in pensiones plures: nam et prima legata primorum annorum solvuntur integra accepta cautione Falcidiæ, de qua in tit. seq. solvuntur, inquam, integra, interim dum veniat annus, quo contra legem Falcidiam aliquid ultra dodrantem debeatur, et cum is annus venit, retro omnia legata singulorum annorum lege Falcidia minuuntur, quod constat ex *l.* 1. §. *si in annos, et l.* 47. *et l.* 73. §. *magna, hoc tit.* Nam post longum tempus, post aliquot annos Falcidiam induci non est novum, quæ ante non fuit inducta, *l.* 58. *hoc tit.* Ita vero et unius legati pensiones primæ integræ solvuntur, quum incertum est lex Falcidia locum sit habitura necne, et ex postfacto si emergat Falcidia, minuuntur, quæ est meo judicio sententia *l.* 32. §. *annua, hoc tit.* dum ait, legato relicto annua, bima, trima die,

non tantum ex posterioribus pensionibus, vel annis, quibus scilicet emersit Falcidia, quibus extulit caput, sed etiam ex superioribus annis, retrorsum legis Falcidiæ rationem haberi, licet superiorum annorum pensiones integræ solutæ sint, quod et ratio suadet: et male tamen ille, nondum existente nec emergente Falcidia. In quo casu, quem ante proposui in annuis legatis, haud perseverat cum eis conferens legatum relictum annua, bima, trima die, aut sane delirat: ait, *ultimo anno non expectato nondum emergente Falcidia, de omnibus pensionibus eam detrahi*: quod est ac si diceret, *Falcidiam detrahi ante Falcidiam, ante casum Falcidiæ.* Tunc enim duntaxat non expectatur ultimus annus, et statim ex omnibus legatis vel pensionibus detrahitur Falcidia, quum certum est, eam locum habere, *d. l.* 3. §. *si in plures*, non quum dubitatur, utrum lex Falcidia locum habitura sit, nec ne, et tamen cum esset incertum eam locum habere, si hæres ex quibusdam legatis vel pensionibus uni debitis non deduxerit Falcidiam, non ideo et ex ceteris non debet deducere, ut Papinian. respondet hoc loco. Res non carebat dubitatione. Dubitationem enim faciebat, quod hæres, qui locum habente Falcidia, vel in quibusdam legatis, ea non utitur, eam penitus omisisse et judicium defuncti in totum approbasse videatur, quæ dubitatio tanta est, ut et in legatis pluribus personis relictis, id hodie voluerit Justinianus obtinere in *Novel.* 1. Et præterea, quod ille ait, hoc posito, non etiam concesso a nobis, nondum legem Falcidiam emersisse in specie hujus §. nullam esse in hoc §. dubitandi causam, quasi primi et secundi anni legata interim hæres debuerit omnimodo integra persolvere. Id etiam non placet: quoniam ea res maxime fuit controversia inter juris auctores; aliis, prima legata interim solida solvi volentibus, quorum sententia magis est in usu, aliis volentibus statim ex omnibus legatis Falcidiam detrahi, æstimatis legatis conditionalibus, quanti venire possunt, *l.* 45. 53. 55. *hoc tit.* Minus etiam placet differentia, quam statuit inter res et summas plures uni legatas, ut quibusdam rebus solutis sine detractione, ex reliquis Falcidia servetur per retentionem, etiam pro iis, quæ jam solutæ sunt: ex summis autem, per actionem, non animadvertit, quod ad effectum attinet (*quant à la maniere de proceder, il y a differenc*) nihil interesse ipso jure per actionem fiat aliquid, an per exceptionem, *l. nihil interest, de regul. juris*: non animadvertit etiam jure isto regulariter Falcidiam detrahi ex legatis quibuscunque per retentionem tantum, non per actionem, nisi si quæ res sint in legatis, quæ jam apud legatarium fuerint mortis tempore, ut in specie leg. *lineam hoc tit.* de linea margaritorum, tracta serie margaritorum, linea divite, ut Martialis loquitur, quæ jam erat apud legatarium: contra in donationibus causa mortis regulariter Falcidiam servari per actionem, nisi si quæ res donatæ apud defunctum vel hæredem fuerunt, ut in §. *prox. sup.* Et postremo male etiam idem statuit hoc velle Papin. in hoc §. *ex posterioribus legatis, quæ Falcidiæ dant causam, etiam pro superioribus quæ integra soluta sunt, Falcidiam retineri.* Quod Papinian. non dicit, nec dici potest indistincte, ut initio ostendi, id est, non nisi constet animum non fuisse omittendæ Falcidiæ hæredi, qui superiora legata solvit integra, et voluit tantum Papinianus definire, quod etiam est primum, an pro rata posteriorum legatorum posset retineri Falcidia; an posteriora legata possent revocari ad exemplum priorum, quæ integra soluta sunt, non etiam an ex posterioribus legatis, et pro rata priorum detrahi Falcidia posset. Et hæc sunt quæ in eum §. dicenda erant.

Ad §. quod Avus.

Quod avus ex causa tutelæ nepoti debuit, cum avo nepos solus hæres extitisset, ratio Falcidiæ, si poneretur, in ære alieno bonis deducendum respondi; nec ad rem pertinere, quod hæredem avus idemque tutor rogaverat, ut si sine liberis ante certam ætatem decederet, tam hæreditaria quam propria bona restitueret: non enim ex hoc hæreditatem debito compensatam videri: cum vel ideo maxime declaretur non esse compensationem factam, quoniam hæredem suum habere propria bona defunctus ostendit. Plane si conditio fideicommissi fuerit impleta, fructus hæreditatis post mortem avi percepti, pari pecunia debito tutelæ compensabuntur, sed quartam hæres nepotis de bonis duntaxat, quæ moriens avus reliquit, retinebit.

Quartum responsum est in §. *quod avus*, in quo proponitur species hujusmodi. Avus, qui nepoti debuit mille ex administratione tutelæ, nepotem hæredem instituit ex asse, et non oneravit quidem legatis, ut vulgo fingunt, sed rogavit tantum, ut si sine liberis intra xxv. ætatis annum vita decederet, L. Titio hæreditatem avi, atque etiam bona propria omnia restitueret. Quod ad bona avi attinet, fideicommissum valet: quod ad bona propria hæredis, fideicommissum non valet, *l. cohæredi* §. *quod si hæredem, de vulg. substit.* in illo loco: *nec fideicommisso propriæ facultates filii hæredis instituti tenebuntur, et l.* 5. *cum filiusfam. l. miles ita* §. *extran. sup. de milit. testam. l. precibus, in fi. C. de imp. et aliis substit.* quia non potest testator hæredem suum one-

rare per fideicommissum supra id quod ei dedit: in suis bonis potest enim onerare fideicommisso, non in bonis hæredis propriis: fac vero nepotem medio tempore, id est, post mortem avi, et ante diem fideicommissi cedentem adita hæreditate, ex ea fructus percepisse, et post diem fideicommissi cessisse impleta conditione fideicommissi, id est, nepote mortuo sine liberis intra xxv. annum: si habeatur ratio legis Falcidiæ inter hæredem nepotis, et L. Titium, qui fideicommissum petit, videtur hæres nepotis duplici deductione uti posse. Primum, ut bonis avi deducat, quod avus nepoti debuit ex causa tutelæ, id est, mille. Nam in ponenda ratione legis Falcidiæ, id est, in computando onere æris alieni, et quantitate bonorum, quæ deducto ære alieno supersunt, et onere fideicommissi, constat ante omnia bonis deduci omne æs alienum defuncti, et cum creditor debitori hæres extitit, etiam quod defunctus hæredi debuit, quia etsi aditione confusa sit obligatio et actio, retentio tamen et deductio debiti, non est interclusa vel interempta, *l. qui fundum*, §. *si quis hæredem, hoc tit. l.* 6. *et* 8. *C. eod. tit. l. un.* §. *igitur*. *C. de rei uxor. act.* Ergo in in specie proposita hæres nepotis potest deducere ex bonis avi, quod avus nepoti debuit, quod initio hujus §. proponitur, et eo deducto, deinde ex residuo bonorum avi potest deducere Falcidiam. Ergo duplici deductione utitur. Dices, non posse debitum tutelæ deduci bonis, quia debito tutelari, inquies, Falcidia compensatur, quam ex bonis avi jure hæreditario capit nepos vel hæres ejus. Dicam Falcidiam nunquam debito compensari, nihil ex manifesta voluntate defuncti, ut in §. *seq.* et in *l.* 18. *hoc tit. l. mulier*, §. *si hæres*, *l. in fideicommissaria*, *l. deducta*, §. *ante*, *inf. ad Treb.* At in hac specie non est manifesta voluntas testatoris, qui voluerit Falcidiam debito compensari, id est non liquet hoc voluisse testatorem, certe hoc non cavit nominatim. Non deerat, qui diceret, voluisse avum Falcidiam compensari, nec deduci bonis, hoc argumento, quia et bona propria nepotis, quæ ipse administrarat ut tutor, simul atque bona hæreditaria jusserit nepotem L. Titio restituere, quasi facta confusione utrorumque bonorum. Verum Papinianus idem argumentum in illum retorquet valentius, dicens vel eo maxime avum voluisse videri, ut bonis suis hæreditariis nepos propria deduceret, atque adeo debitum proprium, nec hæreditatem suam, hæreditatisve suæ Falcidiam debito compensaret. Quod rogando nepotem, ut tam hæreditaria quam propria bona restitueret, ostenderit, nepotem habere bona propria separata a bonis hæreditariis, proinde nepotem ea bona in separato habiturum et deducturum bonis avi, et debitum tutelæ igitur. Nam et quod ei debetur, proprium ejus est, *l.* 79. *de leg.* 2. Sic igitur concludamus in ponenda ratione legis Falcidiæ ante omnia deduci æs alienum quod avus ex causa tutelæ debuit nepoti hæredi suo. Sed huic conclusioni tamen addamus hunc modum, sive hanc exceptionem, ut si fructus a nepote medio tempore percepti ex bonis avi sufficiant debito tutelari, tunc nepos bonis avi illud debitum non deducat, sed fructus cum illo debito compenset, ut Papinianus ait hoc loco. Atque etiam idem Papinianus in *l. cum pater* 77. §. *Titio*, *de legat.* 2. etiam fructus ait cum debito compensari pari pecunia, id est, pro modo concurrentis quantitatis, ita scilicet, ut si in fructibus fuerint mille, vel plusquam mille, avitis bonis ob debitum tutelæ nihil deducatur: sin autem plus sit in debito tutelæ, quam in fructibus, quos interim percepit, quemadmodum hoc loco proprie esse ponendam speciem ex ea conjicio, quod de fructibus etiam computandis in Falcidiam nihil Papinianus scribit, tum id quod plus est in debito tutelari, sane deducit hæres nepotis bonis avi: deinde ex iisdem bonis avi, quæ habuit avus mortis tempore, juxta definitionem *l. in quantitate*, *hoc tit.* deducit Falcidiam: ex bonis avi, inquam, non ex bonis propriis nepotis, quia bona tantum avi, non bona nepotis fideicommisso tenentur. Quam rationem, quæ verissima est, solus Albericus hoc loco attingit. Et hæc est sincera interpretatio hujus responsi, quæ neque addit ei, neque aufert quidquam. Verum ad hæc si quæras, an si fructus medii temporis non tantum debito, sed etiam Falcidiæ sufficiant in totum vel in partem aliquam, etiam debeat nepos, aut hæres nepotis fructus imputare in ratione Falcidiæ, sibique acceptam facere Falcidiam, si compensatis debito fructibus tantum supersit adhuc ex fructibus, quantum Falcidiæ satis est, vel pro modo superfluorum fructuum? Dicam certissimum esse fructus ex hæreditate medio tempore perceptos, quia percipiuntur ex judicio defuncti, in Falcidiam et Falcidiæ fructus imputari, ut §. *fructus*, *inf. et l.* 18. *hoc tit. et l. si mulier*, §. *si hæres*, *et l. in fideicommissariam*, *ad Trebell. et l. deducta*, §. *ante*, *eod.* quas supra adduxi, non suo loco. Nam erant tantum hoc loco adducendæ ut ex eis probaremus, fructus medio tempore perceptos imputari in Falcidiam et Falcidiæ fructus. Uno tantum idoneo argumento possit quis tentare, nepotem in Falcidiam hodie fructus non imputare, quia nepoti ea Falcidia debetur vice quartæ legitimæ portionis, quæ etiam dicitur debitum bonorum subsidium, *l. si totas*, *C. de inoffic. donat.* quam Justinianus ait in *l. scimus*, §. *repletionem*, *C. de inoffic. testam.* sumi et repleri directo ex sub-

stantia ipsa, et hæreditate testatoris, non ex adventitio lucro, veluti ex substitutione, vel ex jure adcrescendi, puta, ususfructus, inquit Justinianus in *d.* §. *repletionem*, *ex jure adscrescendi ususfructus.* Igitur si forte exhæredato, cui legatus est fundus, ususfructus obvenerit jure adcrescendi, quod explicandum est ex *l.* 3. §. *ult. sup. de usufr. adcresc.* Nam ususfructus, qui ad proprietatem redit ex consolidatione, non jure adcrescendi, videtur esse ex ipsa substantia testatoris, quia redit sine novo jure, sponte, naturaque sua. Et de jure adcrescendi ususfructus loquitur in eo §. *repletionem*, non de jure adcrescendæ hæreditatis, quia filius exhæredatus proponitur, non de jure adcrescendi legati, quia collegatarium habuisse non proponitur: quæ interpretatio maxime notanda est; si autem ex substitutione vel ex jure adcrescendi, vel in summa ex alio quocunque adventitio lucro, non est replenda quarta legitimæ portionis; ergo nec ex perceptione fructuum medii temporis, qui etiam adventitii sunt, nec directo ex ipsa hæreditate proficiscuntur, *l. in fideicommissariam*, §. 1. *inf. ad Trebell.* Et tamen nos dicimus, nepotem fructus medii temporis imputare in Falcidiam, quod quid aliud est, quam ex fructibus replere Falcidiam, quæ vicem obtinet in nepote legitimæ portionis: at ut respondeamus, constitutio illa Justiniani non de nepote loquitur, sed de filio aut filiis. In filio autem speciale hoc est ex constitutione Zenonis, ut fructus medii temporis non imputet in Falcidiam, *l. jubemus*, *C. ad Trebell.* et hoc amplius ex constit. illa Justiniani, ut nec alia ulla adventitia lucra imputet in Falcidiam. Et ita *l. scimus*, locum habet tantum in filiis, de quibus locis etiam loquitur, et patre, non in ceteris liberis. Quin etiam filios iis consequens et vero consentaneum est, fructus non imputare in debitum, quod pater eis debuit, vel non compensare cum alio quocunque debito, quod et hic Paulus Castrensis tradit.

Postremo quærit Accursius hoc loco si fructibus medio tempore perceptis ex bonis avi compensatis cum debito, et imputatis in Falcidiam: quid vero interest, inter *compensare*, *et imputare?* Quos imputo in Falcidiam meam Falcidiam voco: quos compenso cum debito, meum debitum non voco: *in*, substitutionem significat: *cum*, retributionem, si inquam, fructibus medio tempore perceptis, compensatis cum debito, et imputatis in Falcidiam, tantum adhuc supersit ex fructibus, quantum est in bonis propriis hæredis: an etiam bona propria veniunt in restitutionem fideicommissi, vel si minus sit in fructibus qui supersunt, an pro modo superfluorum fructuum bona propria in fideicommissi restitutionem veniunt? Hæc est quæstio Accursii, ad quam respondet tum hoc loco, tum in *l. cohæredi*, §. *quod si hæredem*, *de vulg. substit.* hoc casu etiam bona propria cadere in fideicommissum: et ab Accursio una tantum lex est, quæ facere videatur, *l. Imperator*, §. *pen. de leg.* 2. Quæ, ut breviter speciem ponam, loquitur de hærede instituto ex semisse, verbi gratia, et rogato post certum tempus, vel post mortem suam, ut ait, cohæredi restituere tertiam partem bonorum propriorum, et ait, cum fideicommisso obligari, etiamsi plus sit in ea portione tertia, quam in semisse, si modo fructus medio tempore percepti ex semisse suppleant id, quod plus est in triente. At ea lege nihil movemur, quia in illa specie hæres partem tantum bonorum propriorum restituere jubetur, in hac specie omnia bona propria. Item in illa hæres non rogatur restituere etiam bona hæreditaria: in hac rogatur etiam bona hæreditaria restituere, nimirum oneratur hæres: et si ob causam fructuum medio tempore perceptorum ex bonis hæreditariis intelligat ex sententia Jurisconsultorum etiam in propriis fructibus fideicommissum consistere, utique maluerit hæres repudiare hæreditatem, et intestatum facere testatorem (quod et plerique hæredes faciebant, ante legem Falcidiam, ut est in *Instit.* nolentes pro nullo aut minimo lucro adire hœreditatem) et hic etiam nolit hæres sub incerto et temporario fructuum proventu, adita hæreditate omnia sua bona, tam propria quam hæreditaria in periculum deducere extraneo restituendi jure fideicommissi. Melius igitur esse, et verius in specie proposita constituere fideicommissum, quod ab initio non constitit in bonis propriis hæredis, nec ex post facto convalescere, etiam si fructuum quantitas præter debitum et Falcidiam adæquarit etiam bona propria, alioquin exuetur hæres tam hæreditariis, ex quibus neque debitum deduxit, neque Falcidiam, ut ostendimus, quam bonis propriis, et quodammodo ei erepta illo testamento videtur testandi facultas, quod perdurum est. Et in hoc responso nihil est præterea.

Ad §. *Cum fideicommissum.*

Cum fideicommissum ex voluntate matris, a patre moriente debitum filio pater cum hæreditate sua, quam in filium conferebat, compensari voluit: quod filio debetur, si ratio Falcidiæ poni cœperit, fini quadrantis, quem ex bonis patris cum effectu percepit, compensabitur, atque ita superfluum æris alieni dodranti tantum detrahetur.

Venio ad interpretationem §. *cum fideicommissum.* Falcidiam, quam in superiori specie §. *quod*

avus, diximus non compensari debito, id est, cum eo, quod testator hæredi debuit, quod eam fuisse voluntatem testatoris liquido non appareat: in specie h. §. contra dicimus, quia voluntas testatoris manifesta est, Falcidiam debito compensari. Species hæc est. Uxor maritum hæredem instituit, et rogavit, quum moreretur filio communi hæreditatem restituere: pater filio hærede instituto voluit, et cavit hœreditatem suam compensari debito fideicommissariæ hæreditatis uxoris, quod moriens filio debiturus est, eundemque filium oneravit legatis, ita ut lex Falcidia interveniat in ponenda ratione legis Falcidiæ officio judicis (nam et judex dicitur in *l. cum Titio*, *hoc tit.*) vel officio arbitri, qui dari solet ad ineundam, et computandam rationem legis Falcidiæ, *l.* 1. §. *cum dicitur*, *tit. seq.* servabitur voluntas defuncti, et ratione doli exceptionis, ut ait *l.* 12. *hoc tit.* quæ scilicet hæredi volenti debitum legatariis reputare, opponi potest, quia facit contra voluntatem testatoris, juxta *l. apud Celsum*, §. *prœterea*, *de doli except.* vel potius, quia exceptio doli suppletur officio arbitri, si omissa sit a legatariis, quasi tacite huic negotio insit, ut in *l. unum ex familia*, §. *sed si uno*, *de leg.* 2. Ratione, inquam doli exceptionis, et tacitæ compensationis, quæ inducetur officio arbitri, hæreditatis cum debito compensatio fiet, atque ita debitum bonis paternis non deducetur, nec reputabitur legatariis, ut *d. l.* 12. *et l. cum pater*, §. *Titio*, *in secunda parte*, *de leg.* 2. *et l. Lucius*, §. *maritus*, *inf. ad Treb.* Compensatio autem fiet, ut Papinianus ait hoc loco, *fini quadrantis*, hoc est, *Falcidiæ*, *quam ex hœreditate patris filius cum effectu percipit*: sicut in superiore §. dixit, fructus debito compensari *pari pecunia*, id est, fini quantitatis fructuum. Ergo si in Falcidia plus, vel tantum sit, quantum in debito fideicommissi in ponenda ratione legis Falcidiæ, debitum filius non deducet, non detrahet bonis patris, si plus sit in debito fideicommissi, superfluum dodranti deducet, et quod inde restabit solum præstabit legatariis: fac, in bonis patris esse quadringenta, in debito 100. filius jure Falcidiæ deducet centum, jure crediti nihil, quia creditum Falcidia compensat: si non compensaret, deduceret 175. 100. jure debiti 75. jure Falcidiæ ex trecentis. Et hæc est sententia hujus §. Nihil admodum refert, dixerit testator velle se debitum hæreditate sua compensari, an nolle se debitum legatariis reputari, ut *d. l.* 21. Nam quocunque judicio voluntatis eam compensationem ad finem Falcidiæ fieri subindicat, §. *quod avus.* Indicium autem est satis apertum, si vetuerit testator debitum legatariis reputari. Quid enim est hoc aliud, quam vetare debitum retineri et detrahi suis bonis? et iniquum, atque ineptum est dicere, si vetuerit debitum legatariis reputari, tum quantulamcunque Falcidiam compensationi sufficere: nam omnis compensatio fit semper ad finem concurrentis quantitatis, paris quantitatis duntaxat, *l. cum alter*, *sup. de comp. l.* 4. *Cod. eodem*, nec unquam major summa compensata est minori; nisi quoad concurrentem quantitatem. Igitur, et vetito hærede legatariis debitum reputare, si in bonis fuerint 400. in debito 150. dicam centum compensari cum Falcidia, quæ ex bonis cum effectu apud hæredem remansura est, residua autem 50. dodranti detrahi. Ait autem Papinian. *Falcidiam cum effectu ex hœreditate percipi*, quia ab hærede jure perpetuo retinetur, et post multum tempus detrahi potest, *l.* 58. *h. t.* nec avelli ei ulla ratione potest: dodrans etiam percipitur ab hærede, sed non cum re, non cum effectu, quia præstari eum et erogari legatariis oportet. Ratio autem dubitandi in specie proposita hoc loco hæc erat: quia pater, qui Falcidiam debito compensari jubet, quodammodo fraudem facit legi Falcidiæ: quo argumento? quia si tantum sit in debito, quantum in Falcidia, hæres Falcidiam retinere non videtur, quia quod Falcidiæ nomine retinet, jam ante ei debebatur: et tamen receptum est hac in re, lege potiorem potentioremque esse voluntatem testatoris, quæ tamen alias consulta opera Falcidiam minuere, vel auferre non potuit ante Justinianum, ut in §. 1. *et ult. h. l.* nempe, quia, præsumimus fraudandæ legis animum non habuisse patrem, qui eam compensationem indixit. Et hoc existente casu, tutius erit utiliusque filio: ut idem Papin. suadet in *d. l. cum pater*, §. *Titio*, repudiato testamento patris, si ab intestato hæreditatem patris possederit. Quod citra metum edicti, *si quis omissa causa testamenti*, facere potest, cum id non faciat, ut eos circumscribat, quibus quid ex testamento deberi potuit, si repudiatum non fuisset, sed ut fraudem a se propulset, atque propellat, *d.* §. *Titio.* Potest autem hodie tentari argumento eorum, quæ favore filiorum constituta sunt in *l. jubemus*, *C. ad Trebell. et l. scimus*, *C. de inoff. testam.* qua de re diximus ante, ut scilicet fructus medio tempore perceptos, vel alia adventitia lucra filii non imputent in Falcidiam, tametsi id jusserit pater, ita nec filios invitos, etiamsi hoc jusserit pater, debito Falcidiam debere compensare, quæ locum obtinet quadrantis legitimæ portionis, quæ vulgo dicitur deberi jure naturæ. Sicut et Paulus Castrensis in *superiore* §. dixit, non sine ratione; nec cum alio debito filios compensare fructus medio tempore perceptos, quod omnimodo constitutiones filiorum lucro cedere volunt: neque enim lucrari viderentur, quod cum suo debito compen-

sare cogerentur. Et illud etiam, quod posse tentari supra dixi, audet Accursius affirmare prima, tertiaque interpretatione ad hunc §. illud ipsum hunc §. velle, ut scilicet invito et vetante patre filius debitum bonis paternis deducat, nec compenset cum Falcidia: sed merito ab omnibus explosa utraque interpretatio est. Alia ratio dubitandi ad hunc §. perperam adsumitur ex *l. 14. hoc tit.* quod dicat, frustra jubere patrem Falcidiam cum dote compensare filiam hæredem institutam, quia in specie dictæ l. 14. non dotem pater, quam ipse debuit filiæ, jubet compensari, sed quam maritus debuit filiæ, quod jussum inutile est: non possum inducere compensationem ejus, quod non ipse debeo, sed alius, sicut nec ejus, quod non mihi debetur, sed alii. *l. ejus, C. de compens.* Et nihil amplius est in hoc §. Sequitur §. *ex donationibus*, qui erit brevissimus.

Ad §. Ex donationibus.

Ex donationibus in uxorem collatis, quod hæres ejus reddere viro cogitur, in bonis mulieris non erit: nam ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur: quod autem hæres inde minuit, viro non perit.

Quia in ponenda ratione legis Falcidiæ per arbitrum legis Falcidiæ bonorum quantitas æstimatur, manet nos Papinianus in hoc §. in bonis defuncti non esse, quod defunctus vel hæres ejus alii reddere debet, id enim æri alieno connumeratur, quod in primis bonis detrahi oportet. Et ideo in bonis defunctæ uxoris non esse res a viro, qui uxori supervixit, ei donatas, quia hæres uxoris viro eas reddere debet, propterea quod donatio non valet, et cogi potest, ut reddat condictione sine causa, vel ex injusta causa, non quidem, ut eas reddat in solidum, sed eatenus, quatenus uxor ex donatione locupletior facta est *l. si sponsus*, §. *ult. et l. seq. sup. de donat. inter vir. et uxor.* Ratio dubitandi hæc erat, quam objiciebant legatarii hæredi uxoris, volenti deducere bonis, quod a viro uxori donatum viro restituere debet, quia, hæc erat ratio qua legatarii utebantur, æs alienum ideo deducitur, quod tanto pauperior videatur defunctus fuisse. Et ex donatione uxorem factam esse locupletiorem: alioquin, si non esset facta locupletior, donatio valeret, nec revocari posset condictione sine causa, ut puta, si donata mulier male consumpsisset, *d. l. si sponsus*, §. *pen.* consumptione hujusmodi donatio convalescit et confirmatur. Quod si facta est locupletior, non pauperior igitur: et si non pauperior, ergo in ære alieno, bonis donatio deducenda non est: laudanda est ea ratio, ut subtilis, fugienda, ut minus subtilis, quoniam ut eleganter ait Papinianus, *uxor ita fit locupletior, ut tanto pauperior esse videatur*, quia condici ei potest revocata donatione, quasi dicat, his opibus a viro in se collatis, uxorem inopem esse, et hæredi ejus abesse videri id in quo viro obligata est, *l. si quis mandato, de negot. gest.* Reddere autem hæres uxoris debet res pecuniasve donatas uxori et consumptas. Nam extantes vindicari possunt, non in solidum, sed in quantum uxor locupletior ex eis facta est, *d. l. si sponsus*, §. *ult. l. de his, C. de don. int. vir.* ut si donata sint uxori centum, et uxor LX. solverit creditori suo atque ita se pœna, vel usuris liberavit, alia XL. male consumpserit LX. quæ versa sunt in rem uxoris, quibusve uxor intelligitur facta locupletior esse, viro restitui oportet, non XL. ea enim viro quasi domino pereunt, *l. id quod donatum, eodem tit.* Præterea reddere hæres uxoris debet quodcunque ex rebus donatis ipse consumpsit bene vel male. Nam consumpta ab hærede post mortem uxoris nullo modo pereunt viro, quia vir hæredi donatum noluit. Et hoc est, quod ait in fine hujus §. *Quod autem hæres inde minuit*, id est, consumpsit bene vel male, *viro non perit.*

Ad §. Fructus.

Fructus prædiorum sub conditione verbis fideicommissi relictos, in causa fideicommissi non deductos, hæres in ratione Falcidiæ sic accepto facere sibi cogitur, ut quartam, et quartæ fructus ex die mortis, bonorum quæ mortis tempore fuerunt, habeat, nec ad rem pertinet, quando Falcidia lex admissa sit. Nam etsi maxime post impletam conditionem fideicommissum locum habere cœpit, tamen ex die mortis fructus quadrantis apud hæredem relinqui necesse est.

Initio hujus §. in vulgaribus et in Florentinis Pandectis ita scriptum est: *fructus prædiorum sub conditione relictos*, cum sit legendum, *fructus prædiorum sub conditione relictorum. Relictorum*, non *relictos*, ut in Basilic. οἱ καρποὶ τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντος ἀγροῦ. Et in Cyrilli interpretatione, οἱ καρποὶ τῶν ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντων ἀγρῶν: *fructus prædiorum sub conditione relictorum.* Et ita etiam legunt Albericus et Imola, et nihil est evidentius. Species autem et sententia hujus responsi hæc est: testator ab hærede instituto multa prædia Lucio Titio sub conditione per fideicommissum reliquit: hæres medio tempore, id est, post mortem testatoris, et ante diem legati cedentem, sive pendente conditione fideicommissi fructus percepit: post impletam conditionem fideicommissorum si intervenerit lex Falcidia, Papinianus ait, hæredem

fructus medio tempore perceptos imputare in Falcidiam et Falcidiæ fructus, quod est verissimum, *l.* 18. §. *ultim. hoc tit. l. qui* 400. §. *ultim. hoc tit.* Et in hoc titulo plures alii sunt loci, quibus id manifestum fit, *l. Papinianus* §. *unde*, *de inoffic. testam. l. mulier*, §. *si hæres*, *inf. ad Trebellian.* fructus autem omnes, quos hæres medio tempore percipit, id est, pendente conditione fideicommissorum, quasi jure hæreditario percepti, imputatat in Falcidiam et Falcidiæ fructus, præterquam eos, qui maturi erant mortis testatoris tempore, qui quasi pars prædiorum veniunt in restitutionem fideicommissi, *l.* 9. *h. tit.* Regula igitur hæc sit: ceteros omnes fructus, quos hæres percepit pendente conditione fideicommissorum imputari in Falcidiam, et Falcidiæ fructus, quoniam omnimodo hæres debet habere salvam quartam partem hæreditatis, et quartæ partis fructus, quartam, inquam, salvam et illibatam: cujus regulæ duæ sunt exceptiones. Una hæc est, si filius hæres institutus sit. Nam, ut ante dixi, fructus filius non imputat in Falcidiam, nec restituit fideicommissario, *l. jubemus*, *C. ad Trebell.* Est beneficium Zenonis Imperatoris, quod solis filiis datur, non aliis liberis. Altera exceptio hæc est: si specialiter rogatus fuerit fructus restituere medii temporis, *l. in fideicommissariam*, *ad Trebell.* qua de causa in hoc §. ponitur, fructus non fuisse deductos in causam fideicommissi, non imputarentur hæredi in Falcidiam, sed in fideicommissi restitutionem venirent, non tantum percepti post impletam conditionem fideicommissorum, sed etiam percepti pendente conditione. Nam cum de is sit regula superior, et exceptiones ei subjectas de iisdem esse necesse est: quod tamen quidam imprudenter negavit: et quod attinet ad fructus Falcidiæ, in quos imputari dixit fructus ex prædiis sub conditione per fideicommissum relictis medio tempore perceptos; ait, nihil interesse, quo tempore lex Falcidia emergere et locum habere cœperit, quia non ex eo die tantum, quo Falcidia locum habere cœpit, sed etiam retro fructus Falcidiæ hæredi debentur, puta, ex die mortis testatoris, quia et retro Falcidja cœpisse intelligitur: fac, post impletam conditionem fideicommissorum Falcidiam emersisse, non ex eo die tantum Falcidiæ fructus hæredi debentur, sed et retro ex die mortis testatoris, quia quasi retro acta conditione fideicommissorum, et retro Falcidia trahitur, et recurrit ad tempus mortis testatoris: *fideicommissum*: scriptum est in Florentinis pro *fideicommissorum*, κατά συγκοπήν, ut in *l.* 19 *de hæred. instit. pretium* pro, *pretiorum*, et ait, *fideicommissorum*, quia quot prædia relicta sunt, tot sunt fideicommissa, *l.* 5. *de leg.* 2. Hæc est sententia h. §. Ei tantum videtur obstare *l.* 73. *et* 75. *inf. hoc tit.* cum ait, *fructus perceptos post mortem testatoris ad lucrum hæredis pertinere*: nam ex eo recte colliges hæredem igitur fructus non imputare in Falcidiam. Verum ut respondeam, illæ leges non loquuntur de fructibus legatorum aut fideicommissorum ex die, vel sub condictione relictorum, qui medio tempore ab hærede percipiuntur, quos constat interveniente Falcidia, in Falcidiam imputari, sed loquuntur de aliis fructibus rerum hæreditariarum, non legatarum, vel etiam de fructibus legatorum sub conditione relictorum, qui pari quantitate facta imputatione in Falcidiam, supersunt; quos omnes constat hæredis lucro cedere, nec imputari in Falcidiam, nec proficere legatariis, sive non augere hæreditatem, quia in bonis mortis tempore non fuerunt, quod solum tempus spectari visum est in exquirenda quantitate bonorum, *d. l.* 73. Ineptissimus autem est Accursius, qui scribit hoc loco, in Falcidiam imputari fructus satos mortis testatoris tempore, postea satos non imputari, quia certo certius est, satos mortis tempore, si et maturi erant hæreditati imputari, *l.* 9. *sup. hoc tit.* hæreditatem augere. Immaturos autem vel satos post mortem, et perceptos ex fideicommissis conditionalibus, vel in diem, cum ea fideicommissa Falcidiæ subjiciantur, Falcidiæ imputari. Sequitur §. penultimus.

Ad §. Fideicommissum.

Fideicommissum portionis supplendæ gratia, pro quæ matrem filius hæredem instituit, eidem matri datum ratione Falcidiæ minuitur. Et eam pecuniam mater supra quartam portionis suæ percipiet.

Filius matrem hæredem instituit ex minori parte quam efficiat quarta legitimæ portionis, quæ dicitur vulgo deberi jure naturali, adjecto matri cohærede: et quia portio illa, quam adscripsit matri, non implebat portionem legitimam, ideo supplendæ legitimæ, et debitæ portionis causa, ut in Basil. εἰς ἀναπλήρωσιν τοῦ χεχρεωστημένον καὶ νόμιμονμερους, *implendæ debitæ et legitimæ portionis gratia*, matri etiam verbis fideicommissi, ut impleret ei legitimam, fundum prælegavit. Ita sunt accipienda illa verba, *supplendæ portionis gratia*: nam absurda est glossæ interpretatio, *supplendæ*, id est, augendæ portionis hæreditariæ gratia: fundum autem illum mater partim jure hæreditario capit a seipsa, pro modo portionis sibi adscriptæ, partim a cohærede jure fideicommissi. Hoc est jus prælegati, hæc conditio seu natura prælegati, ut diverso jure capiatur, *l. eum qui*, §. *pen. de iis*, *quibus ut indig.* Facito, cohæredi matris competere beneficium legis Falcidiæ: competere etiam matri. In sin-

gulis hæredibus separatim poni rationem legis Falcidiæ certissimum est, *l. in singulis*, *inf. h. t.* Verum quæritur, an etiam cohæres possit detrahere Falcidiam ex parte fideicommissi matri relicti, quam a cohærede mater accipit jure fideicommissi? Et respondet, detrahere posse: recte, quia et prælegata Falcidiæ subjiciuntur, *l. qui non militabat*, *sup. de hæred. instit. l. a cohærede*, *Cod. ad leg. Falcid.* Quod autem ex ea parte, detracta Falcidia a cohærede, supererit, rursus quæritur, an mater id debeat imputare in Falcidiam, si et ipsa in parte hæreditatis sibi relicta Falcidia uti velit? Et ait non imputari quod superest ex ea parte in Falcidiam sibi competentem, nimirum, quia jure fideicommissi id capit, et in Falcidiam ea tantum imputantur, quæ jure hæreditario capiuntur, non quæ jure legati, vel fideicommissi, vel alio jure, *l. Nesennius*, *et l. quod autem*, *et seq. et l. in quartam*, *hoc tit.* Quod jam pridem ostendi esse verum in quacunque Falcidia, non ea tantum, quæ directo detrahitur, sed etiam in ea, quæ detrahitur ex fideicommissaria hæreditate, ex Senatuscons. Pegasiano, et hodie Trebelliano. Nam et in hanc ea tantum imputantur, quæ jure hæreditario capiuntur, quod ostendit Observatio 8. Et quod ait vexata illa lex 1. *de leg.* 1. *per omnia exæquata esse legata fideicommissis*, non in omnibus dicit esse exæquata, sed id scripsit Ulpianus, cum ostendere vellet, exæquata esse legata fideicommissis in imputatione Falcidiæ, non in omnibus causis: et *fideicommissis* dixit, generaliter comprehendens tam fideicommissa hæreditatum, quam fideicommissa pecuniarum, hac sententia, ut quæ imputantur in Falcidiam, quæ detrahitur legatis, ea etiam et quidem sola imputentur in Falcidiam quæ detrahitur ex quibuscunque fideicommissis. At non omittendum est, in quartam legitimæ portionis, quam dicunt deberi jure naturæ, quæ scilicet excludit querelam inofficiosi testamenti, imputari etiam ea, quæ jure legati vel fideicommissi capiuntur, §. *ultim. Institut. de inoffic. testam.* Quamobrem et in hoc §. ultim. ponitur, *supplendæ ejus quartæ gratia fideicommissum relinqui.* Idque aliquando etiam Justinianus ipse probavit, sed mutavit tamen ad extremum in *Novella* 115. et in eam quartam ea tantum imputari vult, quæ jure hæreditario capiuntur, sive titulo institutionis, quod idem est. Ceterum, quia in Falcidiam, quam mater ex legatis a se relictis retinere desiderat, non imputat, ut diximus, id quod a cohærede capit jure prælegati, ideo Papinianus ait, eam pecuniam, quam scilicet a cohærede consequitur jure fideicommissi, matrem habituram supra quartam, id est, supra Falcidiam suæ portionis, ut in *l. filium quem*, *Cod. famil. ercisc.* Id habens, inquit, *supra quartam*, id est, id neque imputans in quartam, neque compensans cum quarta, et in *l. in quartam*, *hoc tit. extra quartam*, id est, quod a cohærede accipitur, non imputatur in Falcidiam, id est, in quartam Falcidianam. Restat §. ultimus.

Ad §. Ultimum.

Quarta, quæ per l. Falcidiam retinetur, æstimatione, quam testator fecit, non magis minui potest, quam auferri.

In ponenda ratione legis Falcidiæ apud arbitrum Falcidiæ, bona, quæ moriens testator reliquit, æstimantur vero et præsenti pretio, *l.* 42. 62. *et l. seq. inf. h. tit.* Vero, inquam, pretio, id est, non formali pretio, ut ait l. 62. id est, non impositio pretio, quod quisquam fecerit pro libidine, vel affectione sua. Basil formale pretium vocant, τετυπωμένην διατίμησιν, id est, *formalem æstimationem*, quam scilicet format et fingit sibi quisque, non inspecta vera facultate et dignitate rei. Non ergo etiam æstimanda sunt bona pretio, quod fecerit ipse testator, æstimato forte suo patrimonio trecentis, quod in veritate dignum est quadringentis, quam æstimationem, si sequeremur, Falcidia minueretur hæredi: vel patrimonio, quod erat quadringentorum, æstimato octingentis, quam æstimationem si sequeremur, Falcida prorsus auferretur hæredi et absumeretur: at hujus æstimationis ratio non habetur in ponenda Falcidia, *l. si fundum*, §. *si libertus*, *sup. de leg.* 1. sicut nec in aliis causis, *l.* 1. *C. arbit. tut.* Ergo æstimatio testatoris Falcidiam neque minuit, neque aufert. Nec post Novellam Justiniani, quæ dat potestatem testatori interdicendæ Falcidiæ, hodie dicam æstimatione a testatore sui patrimonii facta, non statim interpretabor, voluisse eum ob id prohibere Falcidiam: quod vel pluris, vel minoris bona æstimaverit, non dicam eum voluisse derogare l. Falcidiæ, quia falli potuit in æstimandis suis bonis, nec duci studio abrogandæ Falcidiæ. Qua in re hallucinatur Accursius hoc loco, dum ait, *ex ea Novella*, *hodie æstimatione patrimonii facta*, *Falcidiam abrogari;* quia hoc voluisse testatorem ex sola æstimatione, quam fecit, non ducitur idoneum argumentum. Et hic est finis hujus legis.

Ad L. Ult. de Obseq. parent. vel patr. præst.

Liberta ingrata non est, quod arte sua contra patronæ voluntatem utitur.

Certum est, libertis datam libertatem rescindi, libertis redactis in servitutem, si ingrati fuerint erga patronos, id est, si violaverint obsequia de-

bita patronis : qua de causa et sub hoc titulo *de obseq. præst. patr.* tractatur de libertis, quos patroni accusant ut ingratos revocandæ manumissionis causa, *l.* 3. *et* 4. et hoc loco, cujus accusationis exitus et effectus est, servitus, capitis diminutio maxima liberti, §. 1. *Instit. de cap. dem.* et vel levis offensa sufficit, levis causa ingratitudinis, *l.* 2. *C. de lib. et eorum lib.* At nulla est causa offensæ, ne levis quidem, si libertus artem quam novit, quaque tolerat et tuetur se vitamque suam, exerceat invito patrono, si vetanti patrono ne eam exerceat, morem non gerat, veluti artem medicinæ, vel negotiationem aliquam licitam, quia nec jure eum patronus prohibet ab arte vel negotiatione licita, *l.* 2. *l. quæro*, *sup. tit. prox.* *l.* 45. *inf. tit. prox.* et si forte prohibeat patronus, veluti ne libertus medicinam faciat, qui medicinæ peritus est, forte quod et ipse patronus medicus sit, ductus æmulatione quadam, vel lucri studio, ut multo plures haberet sibi imperantes medicinæ gratia, si inquam, hoc vel illo studio libertum medicum prohibeat medicinam facere, et indicat ei quasdam alias operas, quas sibi exhibeat, ob eam rem non obtemperante liberto, non judicium ingrati in libertum patrono dabitur, sed judicium operarum tantum, in quo veniet æstimatio operarum, *l. medicus*, *inf. tit. prox.* In qua lege et illud præclarum est, quod ait, a libertis esse exigendas liberales operas, non serviles operas, puta, ut eum sinat patronus, dum ei dat operam, valetudinis et honestatis suæ rationem habere, nec excruciet eum indictis operis continuis, assiduis, et ut sinat, inquit, eum acquiescere meridiano tempore, quod Latinis est *meridiari* et μεσημβριάζειν similiter Græcis, quod populo Rom. et patribus quoque illis rerum dominis, gentique togatæ, fuisse solemne Procopius indicat, 3. *de bello Vandalico*, quum illis meridiantibus narrat urbem Romam captam fuisse ab Alarico Gothorum rege, ἁπάντων, inquit, ὕπνον ὡς τὸ εἰκὸς, ἡμέραν μέσην, *Omnibus*, inquit, *meridiantibus*, *ut solent post prandium.* Varro de re rustica, *si non diffinderem*, inquit, *meo instititio somno meridie*, *vivere non possem.* Quod autem ait eadem *l. medicus*, patronum medicum prohibuisse, ne libertus eadem arte uteretur, ut ipse multo plures sibi imperantes haberet, de quo sermone Alciatus, et Duarenus aliquid scripserunt; iis tam novus videri non debet: nam *imperare et jubere* est commune nomen ægroti et medici. Obstetrix, quæ mulier medica est apud Terentium in Andr. act. 3. sc. 2. *quod jussi ei*, inquit, *dari biber*, *et quantum imperavi*, *date*, scribendum est, *biber*, non *bibere*, ut 1. Tuscul. *Ganymedem a diis raptum propter formam*, *ut Jovi biber ministraret*, ex veteribus nam impressi perperam dicunt, *ut Jovi pocula administraret*, et Gajus Fannius : *domina*, *ejus*, inquit, *ut ad villam venerat*, *jubebat biber dari*, et Cato : *date huic mulieri biber*, *iracunda est*, apud Charisium. Verum transeamus ad *l.* 8. *de public. et vectig.*

Ad L. VIII. de Public.

Fraudati vectigalis crimen ad hæredem ejus, qui fraudem contraxit, commissi ratione transmittitur. Sed si unus ex pluribus hæredibus rem munem causa vectigalis subripiat, portiones ceteris non auferuntur.

Loquitur Papinianus in hac lege de crimine fraudati vectigalis, quod uno verbo dicitur, κλεπτοτελώνημα et σφετερισμὸς, et illud a Græcis interpretibus, hoc in glossis Philoxeni; ut si quis negotiator merces subjectas præstationi vectigalis publici et munificas suppresserit, nec ad publicanos lege Censoria, uti oportet, professus fuerit, cujus criminis pœna hæc est, ut merces in commissum cadant, id est, committantur fisco, recidant in fiscum, nisi forte per errorem transierit negotiator improfessis mercibus, nisi per errorem in commissum inciderit : nam hoc casu merces ei restituuntur, nec retinentur a fisco, si modo duplum vectigal inferat, hoc casu duplo vectigali publicanos contentos esse oportet. Et interea tamen duplo ille error, illaque incuria plectitur. Etiam ignorantia sæpe plectitur in jure nostro, quod et definitio legis demonstrat : et id quod dixi de duplo vectigali proponitur in *l. ultim.* §. *Divi quoque fratres*, *hoc tit.* hoc autem crimen fraudati vectigalis, ait Papinianus hoc loco ad hæredem ejus, qui crimen contraxit, trasmitti, id est, et hæredem ejus teneri commissi ratione, id est, non nisi commissi ratione, videlicet etiam si vivo reo nihil ea de re cum eo actum sit, hæredem, inquam, teneri, ut merces commissæ, quæ pervenerunt ad eum (nam hoc ponendum est omnino) quibusque locupletior factus est, ei auferantur. Et hoc est quod ait, hoc crimen transmitti ad hæredem commissi ratione, ut scilicet commissum, quod habet, ei eripiatur, sicut et peculatus, et residuorum, et repetundarum crimen dicitur ad hæredem transmitti, etiamsi vivo reo accusatio mota non sit, et transmitti ratione subreptæ pecuniæ, quæ pervenit ad hæredem, *l. ex judiciorum*, *inf. de accusat.* *l. ult. inf. ad l. Jul. pecul.* Et quod hic ait Papin. id ipsum est, quod proponitur in *l. commissa*, *inf. hoc tit.* commissa vectigalium ad hæredem transmitti : quia, inquit, quod commissum est, statim ipso jure desinit esse ejus, qui fraudem contraxit, et publico acquiritur, publico vindicatur. Ea propter commissi persecu-

tio etiam hæredem adficit. Et de hoc quoque genere commissi est accipienda *l. 1. inf. de jure fisci.* Quo loco ait, nuntiationem sive delationem fieri ad fiscum, quotiens adversus commissum factum est, adversus leges Censorias, scilicet quas Censores dicunt in locandis publicis vectigalibus. Varro de re rustica: *Greges ovium ad publicanos profitentur, ne si inscriptum pecus paverit, lege Censoria committant.* Verum additur in hac lege, si plures fuerint hæredes ejus, qui in commissi pœnam incidit, et unus ex eis rem munem, vel non immunem vectigalis causa, rem obnoxiam vectigali subripuerit, in eum solum transmitti pœnam, quia nihil pervenit ad ceteros, nullæ sunt portiones, quæ auferri possint ceteris cohæredibus. Et rem munem dicit rem munificam, ut in *l. 4. §. 1. in fin. h. t.* quod est muneri publico et vectigali subjectum: Plautus in Mercatore, *gratum me et munem fortem*, non *memorem*, ut quidam libri scribunt, id est, officiosum et munificum, ut Festus interpretatur. Porro aliæ res sunt munes aliæ immunes a præstatione vectigalis: ut in militia alii sunt milites munifices, *l. 18. de verbor. signif.* et apud Festum, qui explent munera militaria: et munifices Julius Firm. recte συνεργοὺς interpretatur *lib. 1.* unde et in epistola Divi Pauli ad Corinth. Θεοῦ ἐσμεν συνεργοί, *Dei sumus munifices;* alii autem sunt immunes, beneficiarii, principales: ut in mulieribus aliæ mammæ munifices, quæ lacte abundant, vel mammæ mimæ, quibus lac deficit, apud Plin. et Varr. Si igitur ex pluribus hæredibus ejus, qui crimen fraudati vectigalis contraxit, unus rem munem causa vectigalis, id est, vectigali et commisso obnoxiam subripuerit, in eum solum transfertur crimen defuncti, nihil petitur a cohæredibus: *cohæredibus*, inquit, *portiones non auferuntur*, quia nullæ portiones ex eo crimine ad eos pervenerunt. Et quod notandum, communis etiam ea res hæredem non est, quoniam statim dominio fraudatoris abscedit, *l. commissa, inf. h. t.* Quo argumento recte dices, vulgo et in Basil. etiam hoc loco, male scriptum esse, *rem communem*, quia non est communis inter hæredes, sed statim facta est fisci. Recte Florentini, *rem munem.* Papiniano placent antiqua verba, et antiquæ rationes loquendi, ut fini peculii, fini quadrantis, et insuperhabere, et betere.

Ad L. XLII. de Mort. caus. donat.

Seja, cum bonis suis traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit et convenit, ut, si Titius ante ipsam vita decessisset, proprietas ad eam rediret, si postea superstitibus liberis Titii mortua fuisset, tunc ad eos bona pertinerent. Igitur si res singulas hæredes L. Titii vindicent, doli non inutiliter opponetur exceptio: bonæ fidei autem judicio constituto, quærebatur, an mulier promittere debeat, se bona cum moreretur, filiis restituturam? incurrebat hæsitatio non extorquendæ donationis, quæ nondum in personam filiorum initium acceperat: sed nunquid interposita cautione, prior donatio, quæ dominio translato pridem perfecta est, propter legem in exordio datam retinetur, non secunda promittitur? Utrum ergo certæ conditionis donatio fuit, an quæ mortis consilium ac titulum haberet? Sed denegari non potest mortis causa factam videri: sequitur ut soluta priore donatione, quoniam Seja Titio superstes fuit, sequens extorqueri videatur. Muliere denique postea diem functa, liberi Titii, si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.

In hac L. sunt duo responsa, quæ simul explicabuntur: prioris hæc est species: Seja donationis causa L. Titio cognato suo, bonis suis cessit in jure: perficitur donatio etiam cessione in jure, *l. 1. C. Hermog. de don.* si et exhibitio et traditio rerum, quæ donantur, corporalis interveniat, quæ peragitur, eas res accipiente et vindicante eo, cui ceduntur, et prætore addicente, apud quem fit cessio, id est, in jure. Perficitur ergo donatio cessione in hac specie, et traditione, eoque modo donatario acquiritur et quidem plenum dominium, nisi donator sibi receperit usumfructum, ut in hac specie proponitur, Sejam sibi recepisse, et retinuisse usumfructum. Cessione ergo et traditione, nuda tantum proprietas transiit in Titium: donationi autem subjecta hæc lex, et conventio est, ut si Titius prior moreretur, eorum bonorum proprietas ad Sejam rediret, quæ conventio valet, *l. 2. C. de donat. quæ sub modo:* ac præterea, si post mortem Titii Seja moreretur superstitibus filiis Titii, ut tunc ad eos ea bona pertinerent: hæc est conventio; quæ donationi adjecta est *in exordio*, ut ait, id est, ex continenti, sive tempore donationis: Titius præmortuus est, relictis hæredibus, id est, filiis, qui et ei hæredes extiterunt; nam illo loco hujus legis, *hæredes l. Titii*, id est, filii: hæredum appellatione filii significantur, ut in *l. 6. §. 1. de bon. libert. Hæredibus ejus D. Marcus opem tulit*, id est, filiis ejus; nam id, quod agitur in ea lege, habet tantum locum in filiis: et in *l. ex facto, §. ult. ad Trebell.* hæc conditio, *si sine hærede moriaris*, sic accipitur, sine liberis. Porro filii L. Titii, et hæredes, si eorum bonorum, quæ Seja Titio donavit, res singulas a Seja vindicent, ut possunt ipso jure, quia per cessionem et tra-

ditionem earum rerum dominium Seja transtulit in Titium, cui hæredes extiterunt: si inquam, eas res vindicent sigillatim, repellentur, ut ait, opposita exceptione doli mali: quia contra legem dictam donationi et contra conventionem eas res petunt, quia convenit, ut mortuo Titio, ad Sejam superstitem proprietas rediret; sed quia et hoc convenit inter Sejam et Titium, ut mortua Seja, eo bona ad filios Titii pertinerent: quæritur, an interim, dum vivit Seja possint hæredes L. Titii desiderare caveri sibi ab ea, de restituendis bonis post mortem suam? Movet Papinianum, quod vindicationi opposita exceptio doli mali judicium in rem, quod non erat bonæ fidei, fecerit bonæ fidei: nam ut Dorotheus auctor τοῦ πλάτους, hoc loco definit, opposita doli mali exceptio omni modo bonæ fidei judicium facit, nimirum, quia, ut Dialectici dicunt, exclusio ûnius contrarii, positio est alterius. Porro dolo malo contraria est bona fides, *l. 3. in fin. pro soc.* Excluso igitur dolo malo, necesse est judicium fieri et peragi ex fide bona, ac si ab initio mota fuisset actio bonæ fidei. Quod et quodammodo confirmat *l. 3. de except.* dum ait, replicationem doli oppositam judicium tutelæ facere bonæ fidei, quia scilicet quamvis actio tutelæ sua natura sit bonæ fidei, prætore actioni tutelæ nominatim adjiciciente exceptionem vel replicationem doli, quæ etiam non adjecta inesset bonæ fidei judicio, *l. sed et si ideo sol. matr.* tunc tamen non tam videtur actio tutelæ per se bonæ fidei esse, quam fieri beneficio et potestate exceptionis, aut certe, quam maxime fieri bonæ fidei, adjectione exceptionis doli expressa. In bonæ fidei autem judiciis quum nondum dies venit præstandæ rei, pecuniæve, constat recte agi ad cautionem interponendam interim, de re pecuniave solvenda cum dies venerit, *l. in omnibus, sup. de judic. l. si constante, §. quotiens, sol. matr.* quæ cum illa conjungenda est, *l. quotiens, §. si semel, de pecul. l. quod si de petit. hæred.* In hac igitur specie, an recte intendunt filii L. Titii, Sejam officio judicis cavere oportere, bona cum moreretur sibi restitutum iri? Quod videtur, quia actionem in rem, quam filii instituerunt adversus Sejam, opposita exceptio doli mali bonæ fidei actionem fecit: et ut diximus, in bonæ fidei actionibus officio judicis hujusmodi cautiones interponuntur. Verum ne hoc admittat et concedat Papinian. Movetur alia ratione, quæ est subtilissima, quia si filii L. Titii invitæ Sejæ illam cautionem extorqueant, invitæ donationem extorquent, quod non potest fieri, nec ex persona Titii, quia morte ejus resoluta et revocata donatio est: nec ex persona filiorum, quia nondum in persona eorum donatio initium accepit vivente Seja, nemo invitus donat alteri: si invitæ Sejæ posset extorqueri cautio illa, invitæ donatio extorqueretur, quoniam cautio illa, promisso donationis est, ergo non potest extorqueri, neque exprimi Sejæ invitæ. Et hoc Papinian. ut faciat evidentius, quærit, quid sit dicendum, sit filii Titii ex consensu Sejæ, ultro oblatam, non extortam cautionem acceperint, utrum cautione hujusmodi prima donatio, quæ collata est in Titium, retinetur, id est, utrum cautio illa non est promissi secundæ donationis factæ filiis Titii, sed primæ donationis factæ Titii, quæ revocata fuit morte Titii, retentio et renovatio, puta, conventionis in ea adjectæ, ut post mortem Sejæ bona pertinerent ad filios Titii, quæ etiam filiis proficere potuisset, *l. quodcunque, §. si ita quis, de verb. oblig.* nisi et principalis donatio revocata esset: nam principali donatione revocata, et conventio ei adjecta nulla constituitur. Utrum igitur eo ipso quod eam cautionem Seja ultro præstitit, videatur perseverasse in donatione prima, et lege ac conventione ei adjecta in continenti? an vero Seja præstita illa cautione intelligitur secundam donationem cavisse et promisisse filiis Titii. Et hoc subindicat esse verius, cautionem Sejæ sponte præstitam, secundam donationem esse factam filiis Titii stipulantibus: nondum est satis. Quæritur rursus, utraque donatio prima et secunda, sitne donatio inter vivos facta sub lege et conditione certa, an donatio causa mortis? Et ait, non posse negari mortis causa donationem factam videri; quia conditiones donationis sunt conditiones, quæ non solent adjici, nisi donationibus causa mortis. Et ex eo subtiliter efficit Papin. resumpta prima quæstione, an invitæ Sejæ a filiis Titii cautio supradicta extorqueri possit, quæ est principalis quæstio, resumpta, inquam, ea quæstione principali ex definitione subsequentium aliarum duarum quæstionum Papin. efficit, resoluta donatione prima morte Titii, Sejæ non posse extorqueri illam cautionem, quia ea cautio secunda donatio est, et nemo invitus donare cogitur. Quod ergo dicitur in bonæ fidei judiciis agi posse ad interponendam cautionem illam, non pertinet ad cautionem, quæ donatio est, aut donationis promissio: sed ad cautionem, quæ simplex securitas, non donatio est, quod maxime notandum est. At subjicit Papinian. quod si ultro Seja cum non posset cogi, eam cautionem præstiterit filiis Titii, postea Seja mortua iisdem filiis superstitibus, consequi ex superioribus et inferri, quia ea cautio donatio est causa mortis, sive promissio donationis causa mortis, in ea donatione filios Falcidiam pati, si lex Falcidia interveniat: vel ut ait contributioni propter Falcidiam filios Titii teneri, ut in *l. 15. in prin. ad l. Falcid.* dixit, *bonis contribui propter Falcidiam debitum re-*

missum mortis causa : et in secundo responso hujus legis, *bonis contribui donationes Falcidiæ causa.* In donationibus causa mortis, quæ instar legatorum sunt, lex Falcidia locum habet ex constitutione Severi, *l. 2. C. de mort. caus. donat. l. 5. C. ad l. Falcid. l. cum pater*, §. 1. *de leg. 2. l. 1.* §. *in mortis, si cui plus quam per leg. Falcid.* quam constitutionem Severi intelligit, in secundo responso hujus legis, illo loco : *non ad aliam constitutionem pertinere ;* D. Severi scilicet. In donationibus autem inter vivos locum Falcidia non habet, *l. 27. hoc tit.* Quod et in secundo responso hujus legis ostenditur ; cujus species hæc est.

Ad §. *cum Pater.*

Cum patris in extremis vitæ constitutus emancipato filio quædam sine ulla conditione redhibendi donasset ; a fratres et cohæredes ejus bonis contribui donationes Falcidiæ causa vellent, jus antiquum servandum esse respondi. Non enim ad alia constitutionem pertinere, quam quæ lege certa donaventur, et morte insecuta quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta : eum autem, qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare.

Pater filio emancipato quædam donavit sine ulla conditione redhibendi, reddendive : donatio est inter vivos, non mortis causa, licet, ut ait, in extremis vitæ constitutus eam donationem fecerit filio emancipato : donatio mortis causa habet certas conditiones redhibendi, reddendæ rei donatæ, si donator convalescat, si donatorem donationis pœnituerit, si prior donatarius decesserit, *l. 16. et 30. hoc tit. l. non omnis, sup. de reb. cred.* At donatio nullam habuit conditionem redhibendi ; ergo fuit donatio inter vivos, non mortis causa. Ex quo efficitur, in ea donatione Falcidiam locum non habere, sed in ea servari jus antiquum, id est, quod in omnibus donationibus servabatur ante constitutionem Severi, quæ etiam Falcidiæ subjecit donationes tantum mortis causa, non donationes inter vivos, et donationes mortis causa subjecit Falcidiæ, non nisi facto testamento, quia facto testamento recte donationes causa mortis comparantur legatis, non ab intestato, ubi nulla comparatio legatorum existit, *l. si filius, de leg. præst.* Quod et hic Græci recte notarunt. Sed hodie ex constitutione Gordiani, id est, ex *l. 2. C. eod. tit.* etiam ab intestato in donationibus causa mortis, sicut in fideicommissis ex constitutione D. Pii lex Falcidia locum habet, quod plenis ostendit *caput. 6. observat. 20.* Concludit ergo Papinian. in specie secundi responsi, constitutionem Severi pertinere tantum ad ea, quæ certa lege donarentur, et morte insequuta donatoris quodammodo bonis auferrentur, spe retinendi perempta a mortuo donatore. In hac specie non fuisse donationem ita factam, sed filio emancipato patrem absolute et pure donasse. Nec mutare quod decumbens donarit, mortique proximus, quia non ideo tam mortis causa donavit, quam moriens donavit. Denique moriens donavit sed inter vivos, non mortis causa : nam et moriendi momentum vitæ deputatur, non morti. Quod valde notandum est.

Ad L. XXI. de Manumiss.

Servum dotalem vir, qui solvendo est, constante matrimonio manumittere potest, si autem solvendo non est, licet alios creditores non habeat, libertas servi impedietur, ut constante matrimonio deberi dos intelligatur.

Sciendum est, legem Juliam prohibere alienationem fundi dotalis : de fundo loquitur, non de servo dotali : de alienatione, non de manumissione. Nam servum dotalem marito, qui modo locuples et solvendo sit, proculdubio, quia dominus est, servum dotalem manumittere licet in testamento, vel inter vivos constante matrimonio, etiam invita uxore *l. 3. C. de jur. dot. l. 1. et ult. C. de ser. pign. dat.* et ejus servi dotalis, quem manumiserit patronus efficitur, et ad legitimam hæreditatem ejus vocatur, *l. intestat.* §. 1. *sup. de suis, et legit. hæred.* Verum si liberto hæres extiterit ab intestato jure legitimo, vel ex testamento, debet, etiam constante matrimonio uxori restituere portionem bonorum liberti, quæ debetur jure patronatus condictione ex l. Julia, *l. hæc actio, sol. matr. l. filius,* §. *ult. ad l. Corn. de fals.* Cetera bona liberti, quæ ad eum pervenerunt restituit soluto matrimonio, judicio seu actione dotis, *l. dotalem, sup. sol. matrim.* et ipsius quoque servi, ut certum est, æstimationem, quem manumisit licet æstimatus in dotem datus non fuerit. Et hoc de marito locuplete, qui servum dotalem manumisit. Sed si maritus egenus et non solvendo sit, frustra manumittit, servum dotalem, quia libertati obstat lex Æliæ Sentiæ quæ in fraudem creditorum datam libertatem irritam et nullam facit ipso jure, *l. 27. inf. qui et a quibus manum.* Nam etsi alios creditores maritus non habeat semper tamen servo dotali, quum non est solvendo, intelligitur dare libertatem in fraudem mulieris, quæ est creditrix, id est, cui etiam constante matrimonio dos debetur, quum maritus incipit labi facultatibus, *l. constante, sol. matr. l. ubi, C. de jur. do'.* Et dos, quæ alias non repetitur, nisi soluto matrimonio, hoc casu, nempe marito urgente ad inopiam, etiam manente matrimonio repeti potest, aut cautio exigi

idonea de dote restituenda soluto matrimonio, *d. l. si constante*, §. *quotiens, etc. l. pen. ext. de donat. inter vir. et ux.* quia de dote judicium bonæ fidei est: et ut sup. diximus, in omnibus bonæ fidei judiciis ante diem præstandæ pecuniæ, in hoc agi potest, ut cautio interponatur. Vulgo ex hac lege notant, rem mobilem datam in dotem alienari posse, quod equidem verum esse arbitror, qualiscunque res mobilis seu movens fuerit. Sed id parum apte ex hac l. colligi dico: quia aliud est manumissio de qua hic agitur, aliud alienatio: alienatio est mutatio dominii, *l. 1. C. de fund. dot.* manumissio non est mutatio dominii. Et observandum in *d. l. 1. C. de fund. dot.* quod ait, alienationem esse omnem actum, per quem dominium transfertur, eis verbis non tam proponi definitionem alienationis, quam significari omnem omnino alienationem fundi dotalis l. Julia prohiberi, ut in *l. sed si maritus*, §. *ult. inf. qui et a quib. man. liberi non fiant*: quæ l. *sed si maritus, et l. prospexit*, *eod. tit.* et *l. ex judiciorum, de accusat.* manifesto separant alienationem a manumissione: adeo autem verum est res mobiles, vel semoventes l. Julia non contineri, ut nec res omnes immobiles contineantur, sed res soli tantum, ut est proditum in *Instit. tit. quib. alien. licet, vel non.* Quæ cohærent solo hæ tantum res alienari vel obligari non possunt invita uxore; ac ne volente quidem uxore, in provinciis, hodie nec in Italia, nec in provinciis ex constitutione Justiniani, de rei uxoriæ actione, cujusmodi sunt fundi, et ædes, ædificiaque omnia. Hæ sunt res soli, quæ l. Julia continentur: nam etsi l. Julia de fundo tantum loquuta videatur, tamen idem jus est in ædibus, *l. 13. in pr. sup. de fund. dot.* sicut l. xii. Tab. quæ est de fundo tantum biennio usucapiendo, pertinet etiam ad ædes, ut M. Tull. docet in Topic. et in Orat. pro Cæc. Non pertinet autem l. Julia ad superficiem ædium dotalium: pertinet ad ædes dotales, sed non ad superficiem ædium, *l. si ex lapidicinis, de jure dot.* quia superficies est, quidem res immobilis, sed non res soli, ut ædes ipsæ integræ. Ergo l. Julia non pertinet ad res omnes immobiles, et multo minus ad res mobiles vel semoventes, veluti servos dotales vel pecora dotalia, nisi forte servi dotales partes faciant fundi dotalis, ut servus rusticus, frutex, ut per ridiculum vocatur, qui pars fundi sit, *l. 3. de div. temp. præscrip. l. hac edictali*, §. *illud, C. de sec. nupt. et Novel.* 7. nam l. Julia pertinet etiam ad partem prædii *l. 13. §. 1. sup. de fun. dot.* Transeamus ad *l. 10. de divers. temp. præscr.*

Ad L. X. de div. et temp. præscr.

Intra quatuor annos vacantium bonorum delator facta denuntiatione destitit: post quatuor annos secundo delatori venienti, prior nuntiatio quo minus præscriptione temporis summoveatur, non proderit: nisi prioris prævaricatio detegetur, quo declarato præscriptio, sed et negotii quæstio perimetur.

Tota lex est de præscriptione quadriennii, qua repellitur fiscus vel quicunque agit fisci nomine, qui vindicat bona vacantia, id est, bona sine domino, vel potius bona defuncti domini, quorum nullus successor extitit, bona ἀκληρονόμητα, quæ alius nullo jure possidet; vindicat ea fiscus intra quadriennium ex l. Julia caducaria, *l. quidem*, §. *quotiens, de leg.* 1. Quod et Ulpian. scribit *lib. reg. tit. de bon. poss.* Si post quadriennium ea vindicat a possessore, etsi sit injustus possessor, repellitur præscriptione quadriennii, quasi post quadriennium meliore causa possessoris in pari causa, *l. 1. C. de quadr. præscr.* Ceterum præscriptio illa quadriennii interrumpitur, et perpetuatur actio fiscalis denuntiatione eorum bonorum facta fisco a delatore, et lite contestata cum possessore: litis contestationem exigo, si modo delator non destiterit a lite. Nam si destiterit, et litem inchoatam deseruerit, non intelligitur interrupta esse præscriptio quadriennii, quia qui destitit a lite, nec litem inchoasse videtur. Et ideo lite destituta a priore delatore, si alius post quadriennium ea bona fisco deferat, præscriptione quadriennii submovetur, quæ pro interrupta non est, arg. *l. 1. §. ult. de jur. fisci.* Papinian. hoc loco utitur verbo *destitit*, quod est, prorsus deposuit animum litigandi, ut *l. destitisse, de jure fisci.* Aliud enim dicendum est, si prior delator traxit negotium tantum, non destitit: nam et ultra quadriennium tracta causa bonorum vacantium deferri, aut peragi potest, *d. §. ult.* At si destitit prior delator, alius delator post quadriennium non admittitur, excepto uno tantum casu, si alius delator prioris delatoris prævaricationem arguerit et convicerit: nam detecta prævaricatione, ei non obstat præscriptio quadriennii, et reus pro convicto habetur, maxime si priorem delatorem probetur fuisse pretio corruptum, ut prævaricaretur et se vinci pateretur a possessore bonorum vacantium, §. *ult. et l. ejus qui, et l. in fisci, eod. tit. l. 1. C. de sent. adv. fisc. lat. non rec. lib.* 10 Et hoc est quod ait Papinianus hoc loco, prioris prævaricatione detecta præscriptionem quadriennii perimi: sed et perimi negotii quæstionem, quia scilicet possessor bonorum vacantium, qui priorem delatorem corrupit, pro convicto, et condemnato habetur.

Ad §. Quadriennii.

Quadriennii tempus, quod bonis vacantibus

nuntiandis præscriptum est, non ex opinione hominum, sed de substantia vacantium bonorum dinumeratur. Quatuor autem anni post irritum testamentum factum et intestati possessionem ab omnib. repudiatam, qui gradatim petere potuerunt, vel temporis finem, quod singulis præstitum est computabuntur.

In hoc §. additur, quadriennium aut quadriennii tempus non ex opinione hominum dinumerari, sed de substantia vacantium bonorum, id est, non ex die, quo homines existimaverunt ea bona vacare, et id scilicet fisco forte denuntiaverunt, sed ex eo die, quo in veritate ea bona vacare cœperunt, nullo existente hærede, aut successore defuncti, nullisque creditoribus ea bona persequentibus, ut *l. 50. sup. de man. test. l. 1. §. Divus, inf. de jure fisci. l. pen. C. de bonis vac. lib. 10. de substantia*, inquit, *bonorum vacantium*, id est, de vero nomine substantiæ bonorum vacantium, ut in *l. Arrianus, C. de liber. causa.* Ex quo scilicet id nomen *vacantium bonorum*, eamque appellationem adepta sunt, ex eo scilicet die quatuor anni dinumerantur et computantur. Quod et ita esse declarat manifestius in *§. ult. hujus legis*, ut si post irritum factum testamentum, id est post repudiatam hæreditatem ab hærede scripto, vel omissam, id est, non aditam intra constituta tempora, et post repudiatam quoque intestati hæreditatem, aut bonorum possessionem ab agnatis, cognatis, patronis, consortibus, viro, vel uxore, vel etiam post omissam ab his omnibus intestati successionem, id est, iis omnibus tempore exclusis, quod singulis præfinitum est ad successionem amplectendam, ab eo die, quo percensitis omnibus gradibus successionis apparuerit, nullum successorem existere, ab eo, inquam die, quadriennium computatur. Et hoc distat maxime hæc causa fiscalis de bonis vacantib. ab aliis fiscalibus causis, quæ non perimuntur, nisi præscriptione vicennii, *l. in omnib. inf. hoc tit.* quia in iis causis vicennium numeratur a die nuntiationis, quo primum bona fisco delata sunt, *l. 1. §. pen. de jure fisci.* In causa autem bonorum vacantium quadriennium numeratur, etiam ante diem nuntiationis, si jam ante percursis omnibus gradibus constiterit, nullum defuncto successorem extare: post omnes enim vocatur fiscus lege Julia ad bona vacantia intra quadriennium ex eo tempore, quod diximus connumerandum. Huic legi adjungenda est *l. 58. de jure fisci*, quæ ex eodem libro est etiam de bonis vacantibus.

Ad L. XXXVIII. de jure Fisci.

Fiscus in quæstione falsi testamenti non obtinuit, priusquam autem ea quæstio deciderctur, alio nuntiante, bona postea vacare constitit: fructus post primam litem absumi non oportuisse, respondi: neque enim ad Senatusconsulti beneficium, scriptum hæredem pertinere controversia mota.

Cujus hæc est species: quidam delator sive accusator bona quædam fisco denuntiavit quasi vacantia, dicens falsum testamentum esse, ex quo, qui hæreditatem bona fide possidebat, existimabat, et vero contendebat, se defuncto hæredem esse, et in quæstione falsi testamenti non obtinuit re judicata secundum possessorem in testamento hæredem scriptum: pendente autem falsi testamenti cognitione, necdum finita, alius quidam delator, eadem bona fisco denuntiavit quasi vacantia non ex causa falsi testamenti, ut prior delator, sed ex alia causa, veluti injusti, aut rupti testamenti, vel quod incapax aut indignus hæres esset scriptus in testamento, et post finitam quæstionem falsi testamenti, in qua, ut diximus, prior delator non obtinuit, hic posterior probavit bona vacare, et obtinuit. Quæritur, ex quo tempore possessor eorum bonorum fructus fisco restituere debeat, utrum ex die, quo prior lis mota et contestata est, in qua delator sive accusator fisci nomine non obtinuit, an ex die cœptæ posterioris litis, in qua accusator sive delator obtinuit? Est quæstio elegantissima, et responsum valde singulare: respondet Papinianus, a die, quo prior lis contestata est, quamvis in ea fiscus non obtinuerit, fructus fisco esse restituendos, quos possessor percepit, vel quos cum percipere potuit, non percepit, quia bonæf. possessor post litem contestatam, motamque controversiam, malæ fidei possessori similis est: post litem contestatam omnes possessores pares sunt. *l. sed etsi lege, §. si ante litem, de petit. hær. l. 1. C. eod. tit.* Et post motam priorem litem possessori, semper de hæreditate, et perpetuo facta controversia est, nullo intermisso intervallo temporis, quod fuerit vacuum a lite fiscali eorum bonorum causa. Nam finita priore lite, posteriore stringebatur ejusdem fisci nomine, in qua fiscus eum condemnavit. Ergo a die prioris litis, in diem condemnationis secutæ ex posteriore lite, fisco fructus restituere debet. Nam ut ait beneficium Senatusconsulti, Adriani scilicet, de petitione hæreditatis, ut in *d. l. 1.* quod scilicet datur bonæ fidei possessori, ut scilicet fructus consumptos restituere non teneatur, pertinet tantum ad fructus consumptos ante litem motam, non ad consumptos post litem motam, *l. hæredem sup. de iis, quib. ut indign. l. certum C. de rei vind.* Ergo æstimatio fructuum, fisco, qui posteriore judicio vicit, a tempore prioris judicii omnimodo præstanda est, quanti in litem juratum fuerit, quod plerunque immensum et iniquum pretium est: vel

si interim possessor ideo fructus absumpserit, quod tempore essent perituri, quanti revera fuerint, *l. item veniunt.* §. *quod si quis, sup. de petit. hæred.* Et hæc est sententia primæ partis hujus legis. Recte autem posui posteriorem delatorem, non ex eadem causa fisco nuntiasse vacare bona, ex qua agebat prior, sed ex alia, quia ab alio delatum ex eadem causa alius deferre non potuit, *l. si tamen*, §. *ult. sup. de accus. l. ubi de crimine, C. eod.* nisi prior destiterit, nec peregerit litem, et posterior veniat intra constituta tempora, vel etiam prioris prævaricatione detecta, post legitima tempora, id est, post quadriennium: non enim admittitur post quadriennium, nisi prioris prævaricationem detexerit, ex *l.* 10. *de divers. tempor. præscript.* Posui etiam speciem in bonæ fidei possessore: nam malæ fidei possessor omnes fructus restituit quocunque tempore perceptos, vel percipiendos ante vel post litem motam, *d. l. hæredem, d. l. certum.* Post litem vero motam, ut dixi, omnes possessores pares sunt, quantum attinet ad fructum restituendorum causam, non in omnibus causis. Nam ut hoc demonstrem duob. exemplis, re, qua de agitur, fato perempta post litem contestatam, bonæf. possessor non præstat fatum et mortalitatem, malæ fidei possessor plerunque eam præstat, *l. illud, sup. de pet. hæreditat.* Item possessor non restituit, quod servus, quo de agitur, ei interim acquisierit ex re sua, malæ fidei possessor et hoc quoque restituit, *l.* 20. *sup. de rei vindic. l.* 1. *C. eod. tit. l. per servum donatum, sup. de acquir. rer. domin.*

Ad §. Delatoria.

Delatoria opera non esse functum respondi, qui fisci pecuniam, quam alius tenebat, ad sui temporis administrationem pertinere, quamvis probare non potuisset, contendit, quoniam propriam causam egerit.

Delator est, qui agit causam fiscalem spe præmii, quod erat vulgo quadruplum, et inde delatori quadruplatoris nomen. Denique delator est, qui spe præmii agit causam fiscalem, non qui agit causam propriam. Ille delator, si non obtineat, notatur infamia tanquam calumniator et συκοφάντης, *l.* 2. *in princ. hoc tit. l. nostris, C. de calumniat.* Is, qui propriam agit, si non obtineat, non notatur. Et ideo, ut in hoc §. proponitur, qui detulit, verbi gratia, a curatore Reip. qui sibi in ea administratione Reipubl. successit, detineri pecuniam fiscalem, quæ ad sui temporis administrationem, atque adeo ad suum periculum pertinebat, ut *l.* 5. §. 1. *inf. de admin. rer. ad civit. pert.* nec obtinuit, non habetur pro delatore, nec fit infamis, quia principaliter id sua, non fisci causa fecit. Delator non est, qui protegendæ suæ causæ gratia, aliquid nuntiat ad fiscum, sive defert, *l.* 44. *inf. hoc tit.*

Ad L. VIII. ad Leg. Jul. majest.

In quæstionibus læsæ majestatis etiam mulieres audiuntur. Conjurationem denique Sergii Catilinæ (Fulvia) mulier detexit, et M. Tullium Consulem indicium ejus instruxit.

Lex 8. *ad l. Jul. majest.* docet, non tantum infames, qui plerunque jus accusandi non habent, aut deferendi, vel milites, qui etiam propter sacramentum jus accusandi non habent, vel servos etiam dominos suos deferentes, hos omnes tamen audiri in quæstionibus læsæ majestatis, *l. prox. sup.* Sed non hos tantum, sed etiam mulieres, ut ait, quæ alias causas deferre non possunt, *l. deferre inf. de jure fisci*, causam læsæ majestatis deferre posse, et in ea audiri propter publicam utilitatem. Et ita Papinianus hoc loco scribit, Fulviam mulierem detexisse conjurationem Sergii Catilinæ, et M. Tullium Consulem indicium, id est, delationem ejus mulieris instruxisse, et edocuisse insidias paratas Reip. *Julia*, habent, non *Fulvia* Florentini, et Dorotheus auctor τοῦ πλάτους, et Gratianus 15. *q.* 3. ut in veterib. libris scriptum est, *Julia* pro *Fulvia.* Sed *Fulvia* esse rectius et verius præter Sallustium, Annæus Seneca sive Florus ostendit libro 4. *Tanti*, inquit, *sceleris indicium per Fulviam emersit.* Et Plutarchus in Cicerone: τοῦτο φούλβια γυνὴ ἐπήγγειλε τῷ Κικέρωνι: Et Appianus 2. *de bell. civil.* φούλβια οὐκ ἀφανὴς ἐμήνυε τῷ Κικέρωνι: οὐκ ἀφανὴς legendum, id est, *non ignobilis mulier*, non οὐκ ἀφανές; nam et Plutarchus ait, fuisse τῶν ἐπιφανῶν, et Sallustius nobilem mulierem, quod Grammatici male accipiunt in malam partem, quasi nobile scortum.

Ad L. XII. ad L. Cornel. de fals.

Cum falsi reus ante crimen illatum aut sententiam dictam vita decedit, Cessante Cornelia, quod scelere quæsitum est, hæredi non relinquitur.

Sicut in *l.* 8. *de public. et vectigalib.* supra dixit idem Papinianus, *fraudati vectigalis crimen ad hæredem transmitti commissi ratione*, id est, ratione rerum fisco commissarum, quæ ad hæredem pervenerunt, etiamsi ea de re non sit actum cum defuncto, vel condemnatus ob eam rem defunctus non sit, ut puta, si vita decessit ante illatum crimen aut sententiam dictam. Ita falsi crimen mortuo falsario *ante crimen illatum*, id est, ante ac-

cusationem, vel post accusationem, ante condemnationem hoc loco ait, ad hæredem transmitti, sed ratione tantum lucri, quod ex eo scelere defunctus fecit, et transtulit ad hæredem. Nam quod scelere quæsitum est, semper hæredi etiam innocenti fiscus aufert, *l. Lucius, inf. de jure fisci, l. in hæredem, sup. de calumniat. l. quod diximus, §. ult. sup. de eo, quod metus causa*, ne hæres scelere alieno ditetur, ut ait *l. unica, C. ex delict. defunct. in quant. hæred. conven.* Crimen quidem ipsum falsi extinguitur morte falsarii, et pœna l. Corneliæ non transmittitur ad hæredem ejus, quod hoc loco significat his verbis; *cessante Cornelia*, sed turpe lucrum hæredi aufertur. Quod et in omnibus criminibus generaliter obtinet, *l. defuncto, de publ. jud. l. sicuti, de reg. jur.* si plures sint hæredes, singulis ejus, quod scelere quæsitum est, portiones auferuntur, nisi id totum unus ex hæredibus subripuerit aliis, ut in *d. l. 8. de publ.* quæ cum hac lege commodissime conjungi potest. Hic est finis hujus libri 13.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XIV. RESPONS. ÆMILII PAPINIANI.

Ad Leg. pen. de his, quæ ut indign.

Si gener socerum hæredem reliquit, tacite fideicommissi suspicionem sola ratio paternæ affectionis non admittit.

Hujus Legis verba hæc sunt, quod sequitur, ex Claudii notis ad 30. librum D. Scævolæ hujus tit. l. ult. est. Et vulgo male, ex iis duabus legibus conficitur una. Basilica eas diviserunt rectissime. Specie autem l. penult. hæc est. Maritus cum per leges ei non liceret uxorem hæredem instituere, quia lex Julia et Papia uxorem ex testamento viri, et contra, virum ex testamento uxoris, solidum capere vetat, ideo non uxorem hæredem instituit, quæ est incapax, sed hæredem instituit, socerum, id est, patrem uxoris. Quæritur, an sola institutio soceri sit justa præsumptio taciti fideicommissi a socero uxori relicti in fraudem legis Juliæ et Papiæ, cui facile illudi poterat per tacita fideicommissa et clancularia? Videtur præsumptio taciti fideicommissi duci posse ex adfectione soceri erga filiam, affectione paterna, qua motus socer induci potuerit ad fidem tacitam interponendam restituendæ hæreditatis filiæ. Præsumptio hæc facit, ut non tam videatur pater reipsa hæres generi, quam administer taciti fideicommissi. Et sane si hoc probaretur manifestissimis probationibus, ut exigit *l. 3. §. tacita, inf. de jure fisci*, socerum tacitam fidem interposuisse restituendæ hæreditatis filiæ, cujus ea est incapax, socero sane ut indigno hæreditatem fiscus auferre posset, *l. 1. C. de iis. qui se def. lib.* 10. Verum recte ait Papinianus, ex eo solo non duci justam præsumptionem taciti fideicommissi, levissimum id argumentum, levissimam præsumptionem esse et obscurissimam, non manifestissimam. *Sola*, inquit, *ratio paternæ affectionis erga filiam*, quæ nupsit testatoris, *non admittit*, non inducit, *suspicionem taciti fideicommissi.* Et ita hanc legem secundo loco accipit Accursius recte, et eam quoque eodem modo enarrant et explicant Basilica, fere ita: quamvis uxorem hæredem instituere non possim, tamen si patrem ejus hæredem instituero, non ideo non induco suspicionem legati, aut fideicommissi uxori inutiliter relicti, in fraudem scilicet legis Juliæ et Papiæ. Itaque tacito fideicommisso probando non sufficiunt quælibet præsumptiones, sed manifestissimæ requiruntur semper, quoties ex præsumptionibus, indiciis, conjecturis, argumentis extrinsecus probationes adsumuntur, *l. 3. §. præterea, de suspect. tut. l. pen. Cod. de contr. et committ. stip.* Et certæ, inquam, præsumptiones ac jure proditæ et probatæ, *l. indicia. Cod. de rei vindic. l. cum citra, Cod. de jur. dot.* Quod est maxime notandum. Nam non præsumptio sufficit, quam quis sibi adfingit, vel adumbrat, sed præsumptio, de qua nominatim mentio fit in jure, nec enim liberum nobis est comminisci præsumptiones, aut conjecturas: hujusmodi autem præsumptiones quas requirimus, nemo est, qui non videat, quam non sit promptum, et facile præstare. Ideoque recte etiam Quintilianus scribens de tacitis fideicommissis declamat. 325. ait, *natura esse difficile tacitum fideicommissum probare.*

Ad L. XI. de Adsign. libert.

Alimentorum causa libertos filiis attributos, filiis adsignandos non videri respondi; cum ea ratione libertis consuli patronus voluerit, quo facilius voluntatis emolumentum consequatur salvo jure communi.

Sciendum est, patronum, qui plures liberos habet in potestate, si uni ex eis libertum, vel libertos suos adsignarit, ad eum solum, cui adsignati sunt liberti, jus patronatus pertinere, quod potissimum consistit in hæreditate bonorumve possessione liberti, exclusis fratribus, quibus adsignati non sunt: nec enim fratres aliter admittun-

tur ad bona liberti fratri adsignati, quam si is frater repudiaverit, vel omiserit successionem liberti, aut capitis libertum sibi adsignatum accusarit, aut sine liberis vita decesserit. Nec enim ad extraneos hæredes transmittit libertos sibi adsignatos, fratribus superstitibus, sed ad liberos tantum. Quod et verba Senatusconsulti demonstrant propositi initio legis 1, h. tit. *et §. sed is cui, ead. l. et l. 3. §. si capitis, de bon. libert.* ubi Accursius rectissime notavit, quoniam vitiatus est contextus vulgo, atque etiam in Florentinis, alias ita legi, *alter frater cui adsignatus non est potest succedere, etc.* Eam scripturam et ipsa juris ratio, et Basilic. aperte verissimam esse demonstrant. At Senatusconsultum propositum in *l.* 1. *hujus tit.* non hunc tantum casum excipit, si is cui adsignatus est libertus, sine liberis vita decesserit, sed et generaliter, si is cui adsignatus est libertus, in civitate esse desierit, ut puta, si in insulam deportatus fuerit, nullis relictis liberis et fratribus superstitibus. Nam et hoc casu superstites ejus liberi excludunt patruos, et retinent libertos paternos, licet pater per deportationem amissa civitate ad peregrinitatem redactus fuerit, et subierit magnam capitis diminutionem: deportato auferuntur bona, etiam si habeat liberos: liberti conservantur liberis, et jura patronatus igitur, *l. eorum, inf. ad leg. Jul. majest. l. 4. sup. de jure patr. l. 4. §. si deportatus, de bonis libert.* Verum huic sententiæ valde obstat *l. 3. sup. de interd. et releg.* quæ ait, eum qui civitatem amisit, veluti deportatum, liberis suis non tantum adimere hæreditatem suam, quam fiscus occupat, sed etiam libertos suos. Verum observandum est, eam leg. 3. scriptam esse ab Alpheno vetere Jurisconsulto secundum strictam rationem juris, quæ olim obtinuit et vivo Alpheno. Nam hoc jure liberi ejus, qui civitatem amisit, veluti deportati, retinent tantum ea quæ ea genere eis tribuuntur, vel stirpe, et a civitate, et a rerum natura, veluti legitimus hæreditates consanguineorum, vel agnatorum, atque tutelas eas retinent, quas accipiunt a majoribus, non a patre id est, a genere et stirpe, verum non retinent ea, quæ a patre ad eos perventura erant, si deportatus non fuisset: non retinent bona vel legitimam hæreditatem patris: non retinent legitimam hæreditatem libertorum paternorum, nec in hac causa deportatus mortuo comparatur, sicut nec in specie *l. intercidit, de condit. et demonstr. l. sed et si mors, de donat. inter vir. l. ex ea, §. in insulam, de verb. oblig.* Non in omnibus causis deportatus mortuo comparatur, in hac causa nullo modo, secundum rigorem juris. Mortuo enim pari suo fato utique liberi hæredes existerent, libertisque paternis: patre deportato non item. Et hæc quidem in libertis ita se habent summo jure, ut dixi, veteri jure, de quo Alphenus scripsit: sed postea benigne placuit, ut liberi hæreditatem legitimam, non patris quidem, quoniam bona patris deportati publicantur, sed liberti, vel libertorum paternorum retinerent. Idque placuit supradicto Senatusconsulto quod proponitur in *d. l.* 1. *hoc tit.* ut apertissime demonstrant illa verba, *utique si ex liberis, quis in civitate esse desiisset, neque ei liberi ulli essent.* Quæ verba satis ostendunt eum, qui desiit esse in civitate, libertos, quos ipse habuit non adimere. Deinde benignissime, ut ait *l.* 4. *sup. de jure patron.* Severo et Antonino placuit, ut etiam liberti ejus, qui perduellionis damnatus esset, quod est omnium maximum crimen, liberis ejus conservaretur; hoc in illis benigne constitutum est, in his benignissime, quoniam vel in crimine perduellionis, juris rigor observandus esse videbatur: qui tamen remittitur, quod ad libertos attinet, sive jure patronatus libertorum perduellis et condemnati ex ea causa. Ego hic libenter quæsierim, quid opus fuerit Senatusconsult. quo adprobaretur adsignatio liberti, vel libertorum facta uni ex liberis? Senatusconsultum factum fuit Claudii Imperatoris temporibus. Cur ante Claudium? Ante SC. non licuit patri libertum adsignare uni ex filiis remotis fratibus? Ratio hæc fuit, quia ut pacto mutari non potest jus legitimum hæreditatum, *l. ultim. inf. de suis de legit. hæred.* ita nec testamento: quod non potest fieri pacto, nec testamento, et e contrario, *l. pactum, sup. de pact.* quod non instrumento, nec testamento, ut ecce, nemo testamento suo efficere potest, quo minus se mortuo filii sui sibi invicem, id est, fratres fratribus ab intestato succedant. At similiter non potest efficere, ne post mortem suam, liberto suo intestato defuncto, ei liberto omnes liberi ab intestato succedant. Jus enim commune, quod vocat Papin. in hac lege, jus publicum hoc est, cui derogare testator non potuit, *l.* 15. §. 1. *ad leg. Falcid.* quod tamen agit, qui uni ex liberis libertum suum adsignat, ut is solus exclusis fratribus ad liberti hæreditatem vel bona admittatur: et ideo SC. opus fuit, quo ea adsignatio comprobaretur, id est, quo permitteretur testatori derogare juri communi, et juri patronatus, quod ab intestato commune est omnibus liberis patroni. Jus igitur SC. hujus singulare est. Qua de causa et in *l. ultim. §. ultim. h. t.* ait Jurisc. diligenter esse observandum finem SC. nam jus singulare, quod recedit a jure communi, strictius accipiendum est: quamobrem ait, non posse libertum adsignari in diem certum, sed debere adsignari in perpetuum. Quoniam Senatus, inquit, huic negotio

finem proposuit, quem sequi oportet stricte et destricte. Quem finem? Ut scilicet is, cui adsignatus est libertus, in eum diem jura patronatus solus obtineret, quod desineret esse in civitate, vel morte naturali, vel deportatione, quod maxime notandum est. In hac autem l. 11. uni ex filiis, cui liberti attributi sunt alimentorum causa, id est, ut is alimenta libertis præstaret, erogaret, distribueret, quæ patronus eis relinquebat, ei, inquam, filio hoc modo non videri adsignatos libertos. Nam adsignatio libertorum fit filii causa: hæc autem libertorum attributio fit libertorum causa, ut habeant a quo alimenta percipiant et petant, nec a singulis petendo destringantur, ut ait *l. 3. de alim. leg. Ils. seroient trop empeschez*, si a singulis hæredibus, vel a singulis filiis minutatim cogantur alimenta petere: melius est, habere unum a quo solo alimenta petant, quam destringi petendo a singulis, ut in *l. ultim. rem. pup. salv. fore:* et Apud Ann. Florum eleganter, *eos qui per insidias volunt capere urbem aliquam, prius urbem destringere incendiis: poup les empescher a esteindre le seu*: proinde aliud est adsignare libertum simpliciter, aliud adsignare alimentorum causa: quæ est sententia hujus legis: adsignare, et attribuere idem est: adsignare nomina in *l. ult.* de *distr. pign.* attribuere nomina in *l. 3. fam. ercisc.* Sequitur *l. 3. de manumiss.*

Ad L. III. de Manumiss. quæ servis ad univers. etc.

Servus civitatis jure manumissus, non ademptum peculium retinet, ideoque debitor ei solvendo liberatur.

Nemo est, qui nesciat, servum privati hominis manumissum inter vivos, retinere peculium, quod habuit, si ademptum non sit, nec necessarium est, ut nominatim ei concedatur, satis est si non adimatur, videtur ei data libertas simul et peculium, quod habuit, *l. un. C. de pec. ejus. qui liber. meruit*, §. *peculium, Instit. de leg.* ut et hæc lex. 3. ostendit, idem esse in servo civitatis jure manumisso. Jure, id est, decreto ordinis, et auctoritate Præsidis, ut *l. 1. et l. 2. C. de servis Reipublic. man. Servus civitatis,* inquit, *jure manumissus inter vivos retinet peculium, quod ei Respub. non adimi.* Ex quo efficit, debitorem peculiarem ei recte solvere, solvendo liberari, nec quod solvit condicere posse: quod usque adeo verum est, ut etsi ademptum sit manumisso peculium, debitor peculiaris ei solvendo liberetur, si modo ignoravit ademptum ei esse peculium: quod Accursius hoc notavit recte: concesso peculio aut non adempto, quod idem est, nullus est labor, omnibus debitorem peculiarem ei solvendo liberari. Et observandum, nos loqui tantum de manumisso inter vivos. Nam manumisso testamento non videtur concessum peculium, quod non est ademptum, nisi nominatim legatum sit, *d. l. unica.* Et ratio differentiæ evidens est: quia qui manumittit inter vivos, neque peculium sibi retinet aut recipit, neque in alium transfert: ergo manumisso relinquere videtur. At qui manumittit testamento, id transferre videtur in hæredem suum, cum universo jure, si id nominatim manumisso non legaverit.

Ad L. LI. de Man. testam.

Testamento centurio servos suos venire prohibuit, ac petit prout quisque meruisset eos manumitti, libertates utiliter datas, respondit, cum si nemo servorum offenderit, omnes ad libertatem pervenire possunt, quibus per offensam exclusis, residui in libertatem perveniunt.

Miles servos suos alienari prohibuit ab hærede in testamento, et rogavit hæredem, ut prout quisque eorum promeruisset, eos servos manumitteret. Quæritur, an his verbis, jure sit data eis fideicommissaria libertas: dubitationem facit, quia placet testamento servis libertates dare nominatim, §. *libertas, Instit. de leg.* quod esse ex l. Fusia Caninia Ulpian. scribit *lib. reg. tit. 1.* et Paulus 4. *sent. tit. ultim.* Qua de causa et quid sit nominatim explicatur in *l. 24. et 47. hoc tit.* quia scilicet in testamentis nominatim manumittere licet, et in testamento etiam militis hoc locum habuisse argumentum præbet §. *incertis, Instit. de leg.* qui ne militem quidem ait, incertæ personæ potuisse legare, et incerta quodammodo est, cujus nomen adscribitur. In specie proposita nomina servorum non sunt expressa. Et ideo quæritur, an sint eis utiliter datæ libertates? At quod eadem lege Caninia cautum erat, ne quis testamento omnes servos suos manumitteret, non habuisse locum in testamento militis hic locus arguit, quo proponitur centurio servos suos, prout quisque meruisset, hæredem testamento manumitti jussisse: atque adeo omnibus dicitur deberi libertas fideicommissaria, si omnes bene meriti sint de hærede, aut non male meriti, quod satis est, non indigni libertate. Omnibus videtur data libertas contra Caniniam legem: non habuit igitur locum in testamento militis. Si tamen non omnes bene meriti sint de hærede, ait, bene meritos, aut non male meritos tantum esse manumittendos, indignos et immerentes repellendos. Quæ autem omnibus generaliter testamento militis, vel cujuscumque, quanquam non cujuscunque utiliter per legem Caniniam, sed militis tantum, quæ, inquam,

omnibus generaliter testamento videtur dari libertas, satis videtur dari nominatim, *l. Titius, sup. de lib. et post.* In hac igitur specie, jure data est libertas, quia data est omnibus quæ omnibus jure dari potuit a milite, et quia etiam a milite dari debuit nominatim, et nominatim data intelligitur, quæ data est toti familiæ, si modo promeruisset hæredem.

Ad §. Cum ita.

Cum ita testamento adscriptum esset, servi, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto, conditionem adscriptam videri placuit, cujus interpretationem talem faciendam, ut de his in libertate danda cogitasse non videatur, quos pœna coercuit, aut ab honore ministrandi, vel administrandæ rei negotio removit.

Superius responsum est de fideicommissaria: hoc vero de directa libertate data testamento, hoc modo: *servi, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto*, id est, qui quamdiu vixi sine offensa fuerunt, qui me non offenderunt, contra quos offensus non sui: sic accipienda sunt ea verba testatoris, *servi, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto*: verba illa, *liberi sunto*, sunt directa: et præterea libertas, quæ data est superiori responso, est pura: quoniam hæc verba, quæ diriguntur ad hæredem scriptum, *prout quisque meruerit*, pro boni viri arbitrio accipiuntur *l. fideicommissaria*, 3. §. 1. *tit. seq. l.* 20. *h. t. l.* 11. §. *sed etsi*, *de leg.* 3. Boni viri autem arbitrium est certum, nec inest ei ulla mora, vel conditio, sed statim est certum, sicut æquitas est certa, cujus magister est bonus vir, *l.* 1. *de leg.* 2. Hæc autem manumissio, *servi, qui sine offensa fuerunt, liberi sunto*, conditionalis est, ut ait, quia hæc ei injecta esse conditio intelligitur, *si me testatorem non offenderunt*. Et ideo hi tantum vocantur ad libertatem, qui non offenderunt testatorem, non ceteri qui offenderunt: et definit, qui offendisse intelliguntur, qui locus est singularis. Offendisse dominum intelliguntur, quos pœna coarguit, quos vinxit compedibus pœnæ causa, quos compunxit notis pœnæ causa, qui στιγματίαι dicuntur, et a Tertulliano *subverbusti*, *qui sont flestris au visage*, ut Galli loquuntur, non stigmi, ut Alciatus tentat. Nam stigmi non dicitur a stigmate, sed ab ordine quodam, serie, versu. Offendisse etiam dominum is dicitur, quem dominus removit a dispensatione et actu rerum, administratione rerum suarum, id est, quem noluit amplius esse actorem rerum suarum, qui erat summus honor in familia. Offendisse etiam dominum intelligitur is, quem removit ab honore ministrandi, honor est accumbenti domino ministrare cibos aut pocula, aut stare ad cyathum, vel prægustatorem esse, qui locus est singularis.

Ad L. II. ne de statu def. post quinq. quær.

Non esse libertatis quæstionem filiis inferendam, propter matris, vel patris memoriam, post quinquennium a morte non retractatam convenit. Nec in ea re, quæ publicam tutelam meruit, pupillus agentibus restitutionis auxilium tribuendum est, quod quinque annorum tempus, cum tutores non haberet, excesserit. Præscriptio quinque annorum, quæ statum defunctorum tuetur, specie litis ante mortem illitæ non fit irrita, si veterem causam, desistente qui movit, longo silentio finitam probetur.

Senatusconsultum, de quo agitur in *h. tit. ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur*, quod factum esse opinor D. Marci temporibus, præscriptione quinquennii repellit eum, qui post quinquennium quam defunctus est, qui ut liber in diem mortis vixit sine controversia, sine interpellatione, de statu capitis quæstionem movet, adferens eum non ingenuum, sed aut servum suum, aut libertinum fuisse. Qua de re non agit quidem, nec agere potest principaliter in defunctum quia cum defuncto nulla est lis. In defunctum liberale judicium non est, *l. principaliter*, *Cod. de lib. caus.* Sed agit de ea re propter aliam causam, veluti propter peculium sive bona, quæ defunctus reliquit, quæ ad se tanquam dominum aut patronum ejus pertinere contendit, vel propter filios ejus. Finge, defunctam esse matrem, propter cujus conditionem asserat, filios ex ea natos servos suos esse, quod mater sua esset ancilla: et auditur quidem post mortem matris intra quinquennium, non post quinquennium, nisi servus fugitivus fuerit, qui se pro libero gesserit, ut Athenio et Spartacus duces servilis belli, *l. ultim. Cod. eodem tit. l.* 1. *Cod. de long. temp. præscript. quæ pro lib.* Nam de fugitivi statu quæri potest etiam post quinquennium mortis ejus, et post vicennium, *d. l. ultim.* At si servus fugitivus non fuerit, qui communi opinione dum vixit pro libero habitus est, et agat de statu L. Titii viventis, quasi filii defuncti: fac, matrem L. Titii mortuam in civitate ante quinquennium, quam dicis ancillam tuam, atque adeo L. Titium filium ejus, servum tuum fuisse, tibi agenti de statu L. Titii viventis post quinquennium mortis matris, ne præjudicium fiat matris statui, obstat quinquennii præscriptio, quia non potest quæri de statu L. Titii viventis, quin et de statu quæratur matris ejus defunctæ ante quinquennium, *l.* 2. *Cod. eodem tit.* Et hoc est quod ait, *non esse libertatis quæstio-*

nem filiis inferendam, hoc est, non esse filios petendos in servitutem, *propter matris memoriam*, quæ dicitur fuisse ancilla petitoris, videlicet, si hoc intendat petitor post quinquennium mortis matris, quæ communi opinione vixit semper ut libera. Et additur in hac lege, *vel patris*, *propter matris, vel patris memoriam*, quæ verba, *vel patris*, prima specie videntur abundare, quia non a patre, sed a matre servitutem trahimus, aut libertatem, et sicut natus ex libero et ancilla servus est, quod constat inter omnes, *l. partum*, *C. de rei vind.* ita natus ex servo et libera, liber est, spectata conditione matris, non patris, *l. Severus. inf. de decur. l.* 1. *C. de mulier. quæ se prop. ser. junxer.* §. 1. *Institut. de ingen.* quia natus ex servo et libera habetur pro spurio, sive vulgo quæsito, hoc est, nato incerto patre. Nam servus incertus homo est, ac pene nullus jure civili: ut ergo natus ex incerto patre, non matre, quæ nunquam potest esse incerta, sequitur conditionem matris, quæ certior est parens; ita natus ex servo incerto homine et libera, pro spurio habetur, *l.* 3. *Cod. sol. matrim. l.* 6. *C. de suis et legit. hæred.* Si igitur semper spectanda est conditio matris, sive fuerit libera sive serva, cur hic Papin. de patris conditione mentionem injecit? *propter matris*, inquit, *vel patris memoriam*, et conditionem scilicet ut *l.* 2. *C. eodem* ait, propter matris conditionem, nec addit vel patris. At ut hoc expediamus, dico, ut ex servo et libera liber nascatur, hoc esse ex constitutione Alexandri Severi introductum favore libertatis, *d. l. Severus, de decur.* cujus Imperatoris tempora, non attigit Papinianus. Nam jure veteri ex servo et libera natus, deterioris parentis conditionem et memoriam sequebatur: sicut et ex peregrino et cive Romana natus, ut Ulp. scribit *lib. regul.* Cui juri prorsus simile est illud, quod in legibus Nivernensium exprimitur his verbis, *le mauvais emporte le bon.* id est, *nati sequuntur deteriorem conditionem parentis.* Nam ut hoc magis atque magis probem, et quod hodie placet, natum ex ea, quæ libera concepit, ancilla peperit, liberum, esse, spectato conceptionis potius quam portionis sive editionis tempore: id olim non obtinuit: hodie obtinet ex constitut. et extortum dicitur favore libertatis a Paulo 2. *Sentent. tit. de lib. agnosc.* Jure enim veteri tempus editionis tantum spectabatur, non conceptionis, *l.* 9. *ad municip.* et Cajus 1. *Institut.* hodie etiam conceptionis tempus favore libertatis, *l.* 5. *de statu hom.* ubi placuit, Principibus scilicet. Nam aliud erat jure veteri. Quod autem additur in hac lege, valde singulare est: nec pupillos, qui intra quinquennium de statu defuncti agere supersederunt, etiamsi ideo supersederunt, quod tutores non haberent, restitui posse in integrum adversus præscriptionem quinquenni, ut post quinquennium a morte ea de re agant, quia libertas, ut ait, publicam tutelam meretur adversus omnes, nec mirum, cum dicatur libertas esse res publica, *l. si quis rogatus, sup. de fideic. libert.* unde quod *publicæ utilitatis gratia* in *l. si hæreditas*, §. *ultim. de test. tut.* in eadem specie est, *libertatis gratia, l. etsi non adscripta, C. de fideic. libert.* unde et olim cuilibet agere licuit pro libertate cujuslibet, ut est in *Instit. tit. de iis per quos agere poss.* Tit. Livius 3. *In iis*, *qui adseruntur in libertatem quivis lege agere potest*, id est, publica actio est. Pupillorum etiam favor est magnus, *d. l. si hæreditas*, §. *ult. l.* 3. §. *præterea, de susp. tut. l.* 1. §. *ult. sup. de usur. l. pen. C. de necess. serv. l. pen. C. de ser. pign. dat manum.* Et pupillorum causa sicuti libertatum etiam publicam tutelam et curam meriti dicitur, *l.* 2. *sup. qui per tut. l.* 2. §. *tractari, ad Tertull. l.* 19. *Cod. Theod. de decur.* sed præponderat et prævalet libertatis favor; quia libertatum causa ad multo plures pertinet, eique posthabetur pupillorum causa, et pupillis etiam hac in re Respublica comparatur, *l. si mater, Cod. ne de statu def.* et fiscus, *l.* 1. *in princ. hoc tit.* ut eis non subveniatur post quinquennium, ut adversus eos omnes præscriptio quinquennii currat, nec adversus eam restitui possint in integrum: et si in pupillis hoc juris est, et in minoribus XXV. annis multo magis idem dicendum erit: si in hac causa non parcitur pupillis, nec puberibus igitur minoribus 25. annis. Neque obstat *l. ultim. Cod. in quib. caus. in integ. rest. non est necess.* quam adfert Accursius, quæ ipso jure tuetur minores adversus præscriptiones omnes temporum, quoniam, ut breve faciam, ea lex loquitur de præscriptionibus, adversus quas minoribus solebat tribui auxilium restitutionis in integrum: at adversus hanc præscriptionem quinquennii, non potuit tribui auxilium restitutionis in integrum. Præterea notandum est huic præscriptioni quinquennii locum non esse, si ante mortem ejus, de cujus statu quæritur, lis mota fuerit, quoniam peragetur post mortem propter causam evictionis, vel propter causam bonorum, aut propter causam filiorum defuncti, *l.* 3. *C. eod. tit. l.* 2. *C. de adsert. toll.* excepto uno casu, nisi qui movit litem viventi, antequam is moreretur, ab ea destiterit, et longo silentio sopita ea lis fuerit, quoniam nec mota fuisse intelligitur hoc casu, *l.* 10. *inf. de div. temp. præscr.* Et hoc est quod ait in hac lege, *præscriptio quinque annorum*, *quæ statum defunctorum tuetur. etc.*

Ad L. XIII. Quib. ex caus. in possess. eatur.

Ad cognitionem Imperatorum a præside provinciæ remissus, et si in ceteris litibus Romæ defendere se non cogitur, tamen in provincia defendendus est. Nam et auxilio temporario puniti, si defensor non existat, bona veneunt.

Præses provinciæ causam aliquam remisit ad cognitione Imperatoris in urbem, forte ex appellatione, ut in *l.* 22. *et* 26. *inf. de appell.* an in urbem quum venerit, qui appellavit, et remissus est ad Principem, cogitur se in urbe defendere, non in hac lite tantum, sed et in ceteris omnibus, si in urbe conveniatur a creditoribus? Et ait, non cogi, sed in ea tantum re se defendere cogitur, quæ remissa est ad Principem, idque patet ex *l.* 2. §. *ei quoque, sup. de jud.* Verum in ceteris litibus, etiam si sit in urbe, defendendus est in provincia, ubi domicilium habet, aut si non defendatur per procuratorem, creditores possunt mitti in possessionem bonorum, et bona distrahere, ut in *l.* 1. *inf. eum qui appell. in prov. def.* Nam ut subjicit, et damnatus exilio temporario, puta, relegatus ad tempus, vel qui exilii causa solum verterit, ut erat expressum in edicto prætoris, ut Quintiana ostendit, si non defendatur in provincia, ubi domicilium habet, bona ejus veneunt, quia imputatur ei quod procuratorem aut defensorem, quem potuit relinquere, non reliquerit, *l. Papin. de minor. l. sed etsi per Prætorem,* §. 1. *ex quib. caus. maj.*

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XV. RESPONS. ÆMILII PAPIN.

Ad L. XXIX. de Test. tut.

Ex sententia SC. Liboniani, tutor non erit, qui se testamento pupillo tutorem scripsit. Cum autem patris voluntas hoc ipsum manu sua declarantis ambigua non esset, nec admittendam excusationem quam jure publico habebat: quoniam promisisse videbatur, nec ut suspectum removeri.

Certum est ex Senatusconsulto Liboniano, facto Tiberii Imperatoris temporibus teneri quasi falsarium, licet falsarius non sit, pœna legis Corneliæ de falsis, nisi veniam a Principe, vel senatu impetravit eum, qui alienum testamentum scripsit dictante testatore, si hæreditatem, vel legatum, vel fideicommissum sibi adscripserit, quamvis id jussu testatoris fecerit, idque etiam sibi inutiliter adscripserit, quoniam pro non scripto est quod quis sibi adscribit in alieno testamento, *l.* 1. *inf. de iis, quæ pro non scrip. hab.* SCtum loquitur de hæreditate tantum, et legato, et fideicommisso, et libertate, quod quis sibi adscripsit, cum adhibitus esset ad scribendum alienum testamentum. Sed ex sententia Senatusconsulti idem juris est, si scriptor testamenti, cum esset ex liberis testatoris, sibi adscripserit adsignationem liberti, *l.* 22. §. *qui libert. ad leg. Cornel. de fals.* Ex sententia, inquam, Senatusconsulti, non ex verbis, quia adsignatio liberti, neque legatum, neque fideicommissum est, *l.* 7. *inf. de adsignat. lib.* Et similiter ex sententia Senatusconsulti tenetur scriptor testamenti alieni, qui sibi adscripsit mortis causa capionem, ut puta, qui legato alii relicto adscripsit conditionem sibi dandæ pecuniæ, qua pecunia demum data pervenit ad legatum legatarius, et capi dicitur ea pecunia mortis causa, quæ datur conditionis implendæ gratia. Ergo ex sententia Senatusconsulti tenetur etiam is, qui legato alii relicto adscribit conditionem sibi dandæ pecuniæ certæ, hoc est, qui sibi adscribit mortis causa capionem, *d. l.* 22. §. *pen.* Ex sententia, inquam, Senatusconsulti, non ex verbis, quia mortis causa capio, neque legatum, neque fideicommissum est, sed proprie quædam capiendi species, quæ commune nomen mortis causa capionis, fecit suum proprium, *l.* 31. *de mort. caus. donat. l.* 8. *inf. si quis omiss. cau. test.* Ex sententia etiam Senatusconsulti hoc loco ostenditur, teneri scriptorum alieni testamenti, qui et in jure sæpe dicitur testamentarius, id est, scriptor alieni testamenti, et ennomio in glos. Phyloxeni. Teneri, inquam, testamentarium (ex sententia dico Senatusconsulti) qui sibi adscribit tutelam filii impuberis testatoris. Ex sententia, non ex verbis, quoniam et tutela, legatum aut fideicommissum pecuniarium non est: ergo sicut legatum sibi adscribit inutiliter, ita et tutelam. Denique ex testamento tutor esse non potest, præterquam (hic enim casus est excipiendus) si testator ipse manu sua specialiter declaraverit, se eum tutorem esse velle, aut probare quæcunque is scripsisset, se dictante his verbis, *quod Luc. Titio dictavi, et recognovi.* Hoc casu tutor dabitur non ex testamento quidem protinus ipso, sed ex confirmatione, et decreto prætoris, vel Præsidis, quoniam prius inquirendum est, an sit idoneus, *l. uxori* §. 1. *inf. ad l. Cornel. de fals.* nam et hoc casu, qui sibi adscripsit legatum, legatum capit, quum testator specialiter subscripsit, *quod illi dictavi et recognovi, l.* 1. §. *inter, et l.* 15. §. *plane, eod. tit.* Tutor autem tum maxime dabitur ex inquisitione, decreto Prætoris, vel Præsidis in casu excepto, quum eodem testamento alii tutores pupillo instituti non sunt:

nam si cum eo alii sint in testamento tutores instituti sive dati, facilius ille curator dabitur et adjungetur aliis tutoribus quam tutor, quoniam semper dativa tutela testamentariæ cedit, ut et de legitima tutela dicitur in *l.* 9. §. 1. *inf. de tut. et rat. distr.* Et qui confirmatur tutor testamento datus, dativus est, non testamentarius propie, *l.* 5. *tit. seq.* Et de hujusmodi casu, quem excipiendum esse diximus, ita respondit Papinian. hoc loco, *ut propter specialem subscriptionem testatoris, cum alii tutores dati sunt, et is, qui se tutorem cum aliis scripsit tutoribus curator adjungatur ex inquisitione.* Et adjicit· *Eum hoc casu, qui se tutorem scripsit, nulla excusatione uti posse, etiamsi quam habeat probatam jure publico, vel propter numerum liberorum, vel propter aliam justam causam, nullo modo potest se excusare a tutela, quam sibi adscripsit, excusationem, quam habuit, amittit.* In summario Bartoli ad hanc legem corrupte *excusationem amittit*, pro *amittit excusationem.* Cur vero excusationem amittit, quam habuit jure communi jure publico? quia promisisse, inquit, videtur, id est, fidem patri dedisse, se eam tutelam administraturum, et consensisse voluntati patris, qui se eo jubente tutorem scripsit. Certum autem est, eos qui patri promiserunt, se tutelam administraturos, nulla ratione excusari posse, *l.* 15. quæ incipit σπάδοντα §. 1. *de excusat. tut.* Nuda igitur promissio aufert jus excusationis: nuda promissio, amissio excusationis est. Nec obstat *l. quum quis decedens* 30. *in princ. inf. de leg.* 3. quam hic objicit Accursius: ex qua hoc tantum efficitur, ex nuda promissione, vel professione actionem non nasci. Si quis, ut enarrem speciem breviter, rem suam sibi legatum, quod legatum est inutile, et a se per fideicommissum alii relictam in jure profiteatur, se fideicommissario præstiturum, et nihil facturum contra voluntatem defuncti, nam ea professio nullam fideicommissario actionem parit, sicut nec, ut rectissime Bartolus notavit, si quis rem meam me consentiente alii legaverit, is consensus nullam legatario actionem parit, consensus me non obligat ad rem meam alii præstandam, quia nudus consensus est. Hoc efficitur ex *d. l. quum quis decedens;* ergo nihil efficitur, quod pugnet cum hoc responso, in quo hoc tantum dicitur, nudam promissionem promittenti adimere jus excusationis, quod habuit ex jure publico. Utrumque est verum, et quod hic et illic dicitur, nec adversum alii aliud Pergamus igitur ad alia. Addit in hac lege, non posse etiam eum, qui se tutorem scripsit, removeri a tutela, vel cura ut suspectum: quum speciali subscriptione testator omnia probavit, quæ dictavit ei, et omnia recognovit, ut diximus ante: videbatur posse removeri ut suspectus, quod ultro videatur affectasse tutelam: imo non ultro affectavit, sed jubente testatore, ac deinde etiam manu sua subscribente, et factum approbante. Suspectus dicitur, qui operam suam ingerit invito, *l. qui omnia*, §. 1. *de procurat.* invito, non qui volenti. Et hæc est sententia. *h. l.*

Ad L. Ult. si quis al. testa. prohib.

Virum qui nom per vim nec dolum, quo minus uxor contra eum, mutata voluntate, codicillos faceret, intercesserat, sed (ut fieri adsolet) offensam ægræ mulieris maritalis sermone placaverat: in crimen non indicisse respondi, nec ei, quod testamento fuerat datum offerendum.

Certum est ex constitutione Adriani, de qua in hoc titulo agitur, coerceri crimen prohibiti per vim aut dolum, vel extorti testamenti, aut codicilli. Quomodo? nimirum a fisco ablata hæreditate vel legato, vel fideicommisso, veluti indignis, ut ait *l.* 2. *C. eod. tit.* veluti indignis eis, quibus testamento relictum est aliquid, videlicet si per vim vel dolum testatorem prohibuerint mutare testamentum in quo aliquid eis relictum est: vel si prohibuerint testatorem facere codicillos, quibus adimere volebat relictum his legatum aut fideicommissum, si per vim aut dolum id egerint, ne hoc perficeret testator, forte dum scriptorem testamenti vel codicillorum, quem testator adscivit, vel testes, quos rogavit, eximuut aut morantur, vel ludificantur quo minus veniant: merito iis ut indignis fiscus aufert, quod relictum est, quia supremam defuncti voluntatem non habent: crimen est, si interveniat vis aut dolus, non si blanditiæ, aut illicebræ. Nan blanditiis, non prohibemur elicere hominum voluntates, benignitatem, προθυμίας. Et ideo si maritus, quæ est species hujus legis, cui quid uxor testamento legavit, uxore legatum ei adimere volente, non vi adhibita, ereptis testibus aut erepto, vel expulso testamentario, non dolo malo, veluti dolosis persuasionibus, aut calliditate quadam, mora, aut impedimento aliquo objecto testibus vel testamentario, ne venirent, ne introirent, sed maritali sermone, ut ait, utque ex hoc ipso loco est scriptum in *l. ult. C. eod.* hoc est, blando sermone uxorem ægram animi et offensam atque infensam sibi placaverit, atque ita effecerit, ne quod decreverat, ad effectum perduceret, puta, ne mutaret voluntatem, ne codicillis legatum adimeret: hec vero ait extra crimen esse, nec ob eam rem marito legatum esse auferendum ut indigno: in aliis plerisque causis blanditiæ maritales vel uxoriæ cohibentur et reprimuntur, *l.* 1. *C. Theod. de inf.*

pœnis cœl. veluti lege Julia et Papia, quæ virum et uxorem inter se solidum capere vetat, et lege Solonis recepta jure civili populi Romani, quæ non vult inter virum et uxorem consistere factas donationes. His legibus sane cohibentur blanditiæ maritales, alioquin in immensum donaret alter alteri, et in solidum bona sua relinqueret alteri, sed in specie proposita, non est quod blanditiæ, ut cohibeantur aut reprimantur.

Ad L. XVIII. de his quæ ut Indign.

Eum, qui tacitum fideicommissum in fraudem legis suscepit, eos quoque fructus quos ante litem motam percepit cogendum restituere respondi, quod bonæ fidei possessor fuisse non videtur, exemplo bonorum fisco vindicatorum, post motam de tacito fideicommisso controversiam, ante pretia fructuum percepta cum usuris esse restituenda respondi, sed omnium fructuum, quorum pretia percepta fuerant: quod si fructus in usu habuit, eorum pretia tantum restitui satis erit. Sed Divus Severus bonorum tacite relictorum, citra distinctionem temporis, fructus duntaxat deberi, non etiam usuras eorum benigne decrevit, quo jure utimur.

In hac lege sunt tria responsa de tacitis fideicommissis: in primo responso idem ostenditur fere, quod in proximo superiore: malæ fidei possessorem omnes fructus debere restituere petentibus hæreditatem, etiam eos, quos ante litem motam percepit, aut percipere potuit. Et ideo hæredem, qui tacitam fidem interposuit, tacitumve ministerium suscepit in fraudem legum incapaci restituendæ hæreditatis, quia prædo et malæ fidei possessor est, *l. prædonis, sup. de petit. hæred.* fisco cum hæreditariis bonis etiam fructus debere restituere ante litem motam perceptos, aut consumptorum fructum pretia, *exemplo*, inquit, *bonorum fisco vindicatorum*, id est, sicut bona fisco vindicantur ex causa taciti fideicommissi, ita et eorum bonorum fructus, etiam qui percepti sunt ante motam litem. Quod autem sequitur in hoc ipso responso, *post motam de tacito fideicommisso controversiam*, est etiam de fructibus perceptis ante motam litem: et his verbis *post motam controversiam*, hoc tantum significatur, a tempore litis contestatæ, pretiorum, quæ percepit ante litem contestatam, distractis fructibus, venditis fructibus, et in sortem redactis cujuscunque generis fructus fuerint, quoniam ait, omnium fructuum usuras præstare hæredem a tempore litis contestatæ, qui tacitam fidem interposuit, ut in fraudem legis incapaci hæreditatem restitueret: a tempore, inquam, litis contestatæ. Ejus vero temporis quod præcessit litis contestationem usuras nullas præstare, crescit mala fides ex litis contestatione et contumacia possessoris fisco non restituentis hæreditatem, et usurarum quoque additamento plectitur: et dixi, distractis fructibus, quia si hæres fructus non distraxerit, sed in usu suo habuerit et consumpserit, nec eos in æs redegerit, satis est fructuum ante litem motam consumptorum pretia restitui sine usuris pretiorum. Et hoc quidem ipso jure ita se habet. Itaque se respondisse Papinianus scribit ante decretum Severi, quod subjicit: nam postea Severus specialiter in casu proposito, id est, fisco bona tacite relicta vindicante satis habuit, *citra distinctionem temporis*, hoc est, non solum ante tempus litis contestatæ, sed et post litem contestatam, pretia fructuum, qui venierunt ante litem contestatam, sola fisco restitui sine usuris, id est, nec usuras deberi a tempore litis contestatæ, sicut nec ejus temporis quod præcessit litis contestationem. Idque ut ait Severus, ita benigne decrevit in gratiam hæredum fisco suo non favens. Nec pugnat cum hoc decreto lex, *cum quidam*, §. *in tacito sup. de usur.* quæ hæredi, qui tacitam fidem accomodavit, dicit, auferri usurarum emolumentum, quia de usuris loquitur, quas hæres percepit a debitoribus hæreditariis, non de usuris fructuum distractorum. Quia vero id tantum, benigne ut ait, Severus decrevit in causa taciti fideicommissi: et quod benigne decretum est in una causa, ad consequentias trahi non oportet, *l. qui negotia, mandati*: ideo illo casu excepto, alias regulariter statuimus, si agatur petitione hæreditatis, malæ fidei possessorem a die litis contestatæ pretia fructuum ante litem percepta cum usuris debere restituere, etiamsi ex ea pecunia locupletior factus non sit, quia hi fructus auxerunt hæreditatem. Et perinde ac cetera bona in hæreditatis petitionem veniunt, id est, petita hæreditate, et ipsi principaliter petiri videntur, vel pretia eorum, *l. 1. C. eod. tit. l. item veniunt*, §. *fructus*, *l. illud*, §. *prædo*, *l. hæres furiosi*, §. *ult. sup. de pet. hæred. l. 2. C. eod. tit.* Et ideo eorum fructuum vel pretiorum, quæ ex iis redacta sunt, quia petiti intelliguntur petita hæreditate quasi pars hæreditatis, usuræ eorum fructuum officio judicis in petitionem hæreditatis accedunt, quasi fructuum principaliter petitorum fructus. In petitionem hæreditatis, inquam, non in condictionem fructuum specialem, vel in specialem in rem actionem, *d. l. 2. l. neque*, *sup. de usur.* Et rationem diversitatis inter actiones memini me latius exponere *lib. 2. ad d. l. hæres furiosi*, §. *ult.* quam differentiam actionum etiam recte observavit Accursius in *d. l. neque*. Et hæc de fructibus perceptis ante litem contestatam a

male fidei possessore. Post litem vero contestatam fructibus aut pretiis fructuum perceptis, quoniam hi fructus petiti non sunt, qui nondum erant in rerum natura, nec principaliter venerunt in judicium petitionis hæreditatis, accedunt officio judicis: si accedunt, ergo eorum usuræ non præstantur, quia accessionis accessio esse non potest, *d. l. hæres furiosi*, §. *ult. d. l. neque*: accessio rei principalis est accessio, hoc est, rei petitæ principaliter, qualisqualis ea res sit: non accessionis. Et hæc de malæ fidei possessore. Bonæ fidei possessor (ut hoc quoque exponamus, quamvis prætermittatur a Papiniano) fructuum aut pretiorum consumptorum ante litem contestatam, nec ex tempore litis contestatæ usuras præstat, quia nec fructus ipsos, nec pretia eorum præstat; sed eos tantum fructus, quibus locupletior factus est, quibus adolevit ante litem, et ex die litis motæ eorum usuras quibus auctior et locupletior factus est, usuras ex die litis contestatæ, *l. 1. C. de pet. hæred. l. illud*, §. *in bonæ fidei*, *et d. l. hæres furiosi*, *eod. tit.* Post litem vero contestatam, quod ad fructuum rationem attinet, qui percipiuntur post litem, idem juris est in bonæ fidei et malæ fidei possessore, *l. sed etsi lege*, §. *si ante*, *de pet. hæred. l. 38. de jur. fisci.* In distractis quoque rebus hæreditariis ante litem motam Ulpianus hanc differentiam inducit, interpretans *l. 1. C. de his, quæ ut indign.* in *l. item veniunt* §. *ceterum*, *de pet. hæred.* Quod ex die distractionis rerum hæreditariarum, jam non loquimur de fructib. sed de corporib. sive prædiis hæreditariis, aut de rebus immobilibus: quod, inquam, ex die distractionis, ex die distractarum rerum hæreditariarum, quæ servari poterant, malæ fidei possessor usuras præstat ex die venditionis, vel res ipsas, atque fructus earum, si hoc malit actor, vel quanti in litem actor juraverit, qui omnimodo vult res sibi restitui et fructus earum. Rerum autem distractarum, quæ servando servari non poterant, quæ onerabant magis hæreditatem quam fructui essent, malæ fidei possessor usuras præstat ex die tantum litis contestatæ. Et ita accipit Ulpianus *d. l. 1. C. eod. tit.* Bonæ fidei autem possessor omnium rerum, si locuples factus sit, præstat usuras ex die tantum litis contestatæ, nunquam ex die venditionis, *l. 1. C. de pet. hæred.* Et hæc est hujus quæstionis summa definitio.

Ad §. Bonis.

Bonis universis ex causa taciti fideicommissi fisco restitutis, hæredem onus æris alieni non spectare convenit: nec aliud servatur morte non defensa. Si quid tamen ob aditam hæreditatem, actionibus aut servitutibus confusis, omiserit, auxilio restitutionis non merebitur.

In secundo responso h. l. ostenditur, hæreditatem ob causam taciti fideicommissi fisco vindicari cum onere æris alieni, onera æris alieni sequi fiscum, qui aufert hæreditatem, quia fiscus hæredis locum obtinet, fiscus est hæres re, non nomine: hæres scriptus, qui tacitam fidem accomodavit, hæres est nomine, non re, quia qui semel adeundo extitit hæres, non desinit esse hæres, licet ei ut indigno auferatur hæreditas, sive emolumentum omne hæreditatis, *l. ex facto*, §. *ult. sup. de vulg. et pup. subst.* Et adjicit Papinianus in hoc secundo responso idem servari, si fisco hæreditas vindicetur ob causam inultæ necis defuncti, hæredi erepta hæreditate veluti ab ingrato et indigno, quod non vindicarit necem defuncti, quæ causa confiscandorum bonorum justissima est, quondam etiam publico Francorum conventu probata secundum leges Romanas, ut nominatim scribit Aimonius monachus hist. Francor. 4. ca. 28. *Secundum leges Romanas*, inquit, *quæ sanciunt paterna hœreditate decidere eos, qui interfecti non vindicant necem* Et ex hac quoque causa, ut diximus, bona in fiscum rediguntur cum onere æris alieni, eadem ratione. quia fiscus successor est universi juris, et hæredis vicem obtinet, idcirco respondere debet omnibus creditoribus hæreditariis. Excipitur tantum æs alienum, quod defunctus debuit hæredi, qui postea indignus pronuntiatus est. Id enim quod hæredi debuit aditione hæreditatis confusum est et extinctum, nec evicta hæreditate a fisco hæredi restitui actionem, sicut nec servitutem prædiorum aditione confusam, æquum est, quoniam malæ fidei possessor est, qui tacitam fidem accommodavit, vel qui sciens non est ultus necem defuncti: bonæ fidei possessori confusæ actiones et servitutes restaurarentur, restituerentur et redintegrarentur, *l. prox. sup. l. propter*, §. *1. de Senatusc. Syllan. l. ejus*, §. *ult. de jure fisci.*

Ad §. Ultimum.

Pro parte hæres institutus, prædii legatum acceperat, et in hæreditate non capienti restituendi tacitum ministerium susceperat: quanquam legatum pro ipsius parte non constitisset, ideoque portionem istam pro hærede possideret, tamen ei prædium integrum esse relinquendum respondi: neque enim rationem juris ac possessionis veritatem inducere divisionem voluntatis.

Testator Lucio Titio hæredi instituto ex parte fundum prælegavit: nemo est, qui nesciat prælegati jus hoc esse, ut pars ejus possideatur pro

hærede, pars pro legato, id est, ut diverso jure capiatur, partim jure hæreditario, partim jure legati, *l. in quartam, ad l. Falcid.* At si pars hæreditatis L. Titio auferatur ut indigno ex causa taciti fideicommissi: quæritur, an etiam ei auferatur pars fundi prælegati, quam jure hæreditario possidere videtur? Et respondet, nullam partem fundi ei auferri, quia ablata portione hæreditatis, jam non jure prælegati, sed jure legati totum fundum habere videtur, ut extraneus, non ut hæres, quia nec pro hærede instituto habetur, qui non fui, sed incapacis gratia institutus est, ut ei mox restitueret bona. Fiscus igitur aufert, quia et tacitam fidem L. Titius accommodavit tantum in hæreditate, id est, in portione hæreditatis, non in legato; alioquin et legatum fiscus auferret. Quum quis rogatur, quod maxime notandum est, portionem restituere simpliciter et absolute, etiam prælegatum totum fideicommisso continetur: cum portionem hæreditatis rogatur restituere, non continentur fideicommisso pars prælegati, quæ a cohærede jure legati capitur, *l. Marcellus*, §. *quidam*, *l. in fideicommissariam*, §. *ult. ad Treb. l. filium quem*, *C. fam. erc.* Itaque in proposita specie recte definit Papinianus, *rationem juris ac veritatem possessionis*, ut ait, quod scil. diverso jure capi videatur prælegatum, partim hæreditario jure, partim jure legati, evicta portione hæreditatis, eam rationem juris, ac veritatem, et eam subtilitatem juris *non inducere divisionem voluntatis*, id est, non scindere legatum, sed integrum legatum L. Titio esse præstandum, sicut eveniret, si nullo dato tacito fideicommisso L. Titius ultro repudiasset portionem hæreditatis, non prælegatum: nam et hoc casu totum prælegatum consequeretur, *l.* 17. §. *ult. et l.* 18. *l. quæsitum*, §. *duobus*, *sup. de leg.* 1. *l. cum respons. C. de leg.* quia separare voluit L. Titius hæreditatem a legato, hæreditatem respuere, legatum amplecti. Aliud tamen dicendum est, si L. Titius ante aditam vel repudiatam hæreditatam, dum deliberat, vita decessisset, quoniam hoc casu totum prælegatum non transmitteret in hæredem, sed partem tantum, quæ a cohærede capitur jure legati, quia mortuus est priusquam separaret hæreditatem a legato, *l. miles*, §. *ult. de leg.* 2. Post hanc legem 18. male huic libro tribuitur *l. Cajus de manumiss.* quam Basilica rectius indicant esse Pauli non Papiniani, et lex quoque ipsa, illo loco: *Paulus respondit*: et non esse Papiniani etiam ex eo pater, quod lex quæ præcedit *legem Cajus*, sit ex definitionibus Papiniani, et definitiones non solent præcedere responsa Papiniani, sed subsequi; hic est ordo Pandectarum. Itaque omissa hac lege transitum faciamus ad *l.* 2. *de jure aur. annul.* Sed priusquam ad eam legem veniamus, quæ est *de ur. aur. annulorum*, quæ nobis ex ordine suggeritur, apertius explicabo, quod habemus in *l.* 18. §. *ult. de his*, *quib. ut indign.* dum ait in specie proposita §. *ult. rationem juris*, *ac varietatem possessionis non inducere divisionem voluntatis.* Hæc verba faciamus dilucidiora: hæredi ex parte prælegato fundo, ratio juris inducit varietatem possessionis, et varietas possessionis inducit divisionem voluntatis: *ratio juris*, quia sc. pro parte hæreditaria ejus, cui fundus legatus est, legatum inutile est, quasi hæredi a semetipso relictum, quasi a seipso sibi ipsi debitum; quod fieri nequit, ut quisquam sibi ipsi quicquam debeat, *l. legatum*, §. 1. *de leg.* 1. Hæc ratio juris inducit varietatem possessionis, id est, efficit, ut partem prælegati is hæres possideat jure legati, partem jure hæreditario, non jure legati, quia pro parte legatum non consistit. Et rursus hæc varietas possessionis inducit divisionem voluntatis testatoris, qui totum fundum ad hæredem pervenire voluit jure legati, quia pars tantum ad eam pervenit jure legati, non etiam pars altera. Verum portione hæreditatis hæredi ablata ex causa taciti fideicommissi, cessat illa ratio juris quia non capit aut non retinet portionem hæreditatis, atque adeo cessat varietas possessionis, et consequenter indivisa voluntate testatoris, indivisoque legato totus fundus capitur jure legati, nec redigitur in fiscum, quia hæres tacitam fidem interposuit in portione hæreditatis tantum, non in legato. Et fideicommisso quidem portionis hæreditariæ capaci relicto utiliter; sane nec fideicommisso totum legatum contineretur, sed pars hæreditaria tantum, *l. in fideicommissariam*, §. *ult. ad Treb.* aut imputaretur in Falcidiam, *l. filium quem*, *C. fam. erc. l. in quartam*, *ad l. Falcid.* at fideicommisso portionis hæreditariæ incapaci tacite relicto, quod fiscus eripit, nulla pars legati fideicommisso continetur, quia hæres scriptus, cui aufertur portio hæreditatis, totum fundum capit jure legati, ut extraneus, nec jam ut hæres, quia non est hæres cum re, sicut si ultro repudiasset portionem hæreditatis. Et ita hæc verba illius legis sunt explicanda. His verbis nihil videtur esse apertius: nunc veniamus ad *l.* 2. *de jur. aur. annul.*

Ad L. II. de Jure aur. annul.

Intra quinque annos pro ingenuitate sententia dicta rescissa fuerat: victum annulorum aureorum beneficium, quod ante sententiam pro ingenuitate dictam acceperit, ac deposuit, non retinuisse respondi.

Dicta pro ingenuitate sententia sciente patrono,

pro veritate habetur, et ingenuum facit eum, qui ingenuus pronuntiatus est, *l. ingenuum, sup. de statu hom.* Sed si postea probetur, de ingenuitate actum per collusionem, et colludente ac prævaricante adversario, pronuntiatum eum fuisse ingenuum, causa ingenuitatis denuo retractari potest intra quinquennium, non post quinquennium, *l. pen. inf. si ing. esse dic. l. 29. §. ult. de lib. cau.* Intra quinquennium vero retractari potest, si vivat is, qui ante ingenuus pronuntiatus est, lusorie agente adversario: si vivat, inquam, non etiam post mortem ejus: imo et vivo eo, quæ cœpit retractari causa ingenuitatis extinguitur, si moriatur pendente conditione, ex oratione D. Marci, *l. 1. §. sed interdum, inf. ne de stat. defunct.* Et quod dicitur, de statu defunctorum posse quæri intra quinquennium mortis cujusque, verum est, si is vixerit ut liber communi opinione hominum tantum, non etiam si liber et ingenuus pronuntiatus sit: nam hujus status post mortem revocari in dubium nullo unquam tempore potest: dum vivit, in dubium revocari potest intra quinquennium retractata eadem causa, ex justa aliqua causa, ut puta, sicut dixi, si priore judicio per collusionem ingenuus pronuntiatus sit, *l. 2. inf. de collus. deteg.* Hoc cognito, fac retractata causa ingenuitatis, sententiam pro ingenuitate olim dictam fuisse rescissam intra quinquennium, eo, qui ingenuus pronuntiatus fuerat priore judicio, posteriore judicio pronuntiato libertino, aliquo detegente collusionem prioris judicii, quoniam quilibet admittitur ad collusionem detegendam, *d. l. 2. §. ult.* quæritur, an si hic, qui posteriore judicio, rescisso priore libertinus pronuntiatus est, et redditus suæ conditioni pristinæ, an si ante sententiam priorem pro ingenuitate dictam, habuerit jus aureorum annulorum, an libertinati suæ reddatur cum eodem jure aureorum annulorum, quod habuit ante? Et respondet, cum restitui libertinitati, non juri, non honori, non beneficio aurei annuli, hac ratione: quia ut ait, *jus aureorum annulorum deposuit*, id est, eo honore se abdicavit, affectata ingenuitate. atque adeo sæpe fit, ut qui captat plus, quam sibi jure competat, id etiam amittat, quod jure sibi competit, ut in specie *l. 16. de iis, quibus ut indign.* qui non jure captat assem, et semissem amittit, qui ei jure competebat; Quo argumento possumus uti quotidie in causis plerisque. Et vero in hac l. 2. pridem se ita respondisse Papinianus ait: respondit autem libro 1. quod extat in *l. 1. hujus tituli*, ubi et eadem ratione dicitur, eum, qui ingenuus pronuntiatus est, postea rescissa pronuntiatione, judicio acto de integro, non admitti ad legatum alimentorum, quod libertis patronus reliquerat: restitui quidem libertinitati, sed non restitui commodo libertinitatis, quia eo se abstinuisse intelligitur affectata ingenuitate.

Ad L. LIII. de Fidejussoribus.

Capitis rei postulati fidejussores, ex contractu citra ullam præscriptionem a creditore, qui reum postulavit, recte conveniuntur.

Sententia hæc est: Creditorem si debitorem suum rerum fecerit capitis, et pendente cognitione criminis capitalis cum eo agat ex crediti causa, repelli a debitore præscriptione hujusmodi (hæc erit formula) *Quod me in majus periculum vocaveris amittendorum omnium bonorum meorum*, quasi dicat, *non est æquum te reposcere pecuniam debitam pendente judicio capitali, qui hoc agis, ut omnia mea bona publicentur.* Debitor ergo hac exceptione uti potest. Quæritur, an ex persona debitoris eadem exceptione fidejussor ejus uti possit? Et respondet, non posse, quia ipse fidejussor etiam de suo capite non periclitatur: et est admodum singulare responsum. Cui non obstat. *l. ex persona, sup. hoc tit. l. omnes, de except.* quia non hoc definiunt aut volunt, omnem exceptionem, quæ debitori competit, et fidejussori competere. Hoc enim est falsum, sed exceptionem, quæcunque fidejussori competit ex persona debitoris, etiam invito debitore competere fidejussori, veluti exceptionem doli mali, *l. 16. hoc tit. l. fidejussori, sup. de donat.* non tamen omnis exceptio, quæ debitor competit, et fidejussori competit: non quæ cohæret personæ debitoris, vel rei, qua de agitur, *l. 7. sup. de except.* non exceptio, si non bonis cesserit, quum debitor cessit bonis, *§. ult. Institut. de replic.* Non etiam in hac specie exceptio hæc, quam aliter concipiamus, eodem sensu tamen, si non in ea causa sit debitor, ut capitis diminutionem et bonorum ademptionem patiatur. Hæc exceptio dabitur debitori reo postulato capitis, non fidejussori ejus: nam et capitis diminutione ademptis bonis debitor liberatur, fidejussor non liberatur, *l. 1. C. de fidejuss. l. 11. C. de except.* de capitis reo est etiam ex eodem libro *l. pen. de accus.* quam breviter explicabimus.

Ad L. Pen. de accus.

Capitis reus, suspenso crimine: causam fisco deferre non prohibetur.

Damnatus capitis, quod certum est causam fisco deferre non potest, non est justus delator *l. 18. de jure fisci.* At capitis postulatus tantum, nondum

damnatus, *suspenso crimine*, deferre causam fiscalem non prohibetur, sibi novos honores petere prohibetur, *l. reus*, *inf. de munerib.* et *honor. l.* 1. *C. de reis post. lib.* 10. fisco causam deferre non prohibetur, quandiu est in reatu, nec dum damnatus, et hoc loco, suspenso crimine dicit, ut *l. propter*, *de Senatus. Syllan.* quod suspensa cognitione, *l. Papin.* §. 1. *de acquir. hæred. l. pen. C. de crim. expil. hæredit.* ante eventum cognitionis, *l. pater*, §. *ex quadrante*, *de doli except.*

Ad L. Penult. de publ. Jud.

Accusatore defuncto, res ab alio, judicante præside provinciæ peragi post. Ad crimen judicii publici persequendum frustra procurator intervenit: multoque magis ad defendendum, sed excusationes absentium ex Senatusconsulto judicibus allegantur, et si justam rationem habeant, sententia differtur.

Primum ostendit, defuncto accusatore, non reo (nam morte rei extinguitur crimen) *l. defuncto sup. hoc tit.* rem ab alio apud eundem judicem peragi posse, an et reum? an defuncto accusatore et res et reus apud eundem judicem peragi potest? Sic videtur, licet mortuo accusatore reus abolitionem impetraverit, ut nomen ejus eximeretur numero reorum: nam et post abolitionem impetratam reus repeti potest ejusdem criminis intra 30. dies utiles a die impetratæ abolitionis, *l.* 3. §. *ult. l. si tamen*, §. *ult. tit. seq.* hoc est apertissimum. At sequitur aliud in hac lege, *ad crimen publici judicii persequendum frustra procuratorem intervenire* hoc est, *accusationem criminis publici judicii per se instituendam, per procuratorem institui non posse:* civiliter agimus per procuratorem recte, criminaliter haud recte, *l.* 1. *inf. an per alium caus. appell. l. tunc convenit*, *C. de accus. l.* 2. *C. ad leg. Fabiam*, *de plag. l.* 16. *ad l. Cornel. de fals. l. ult. C. ubi Senatores vel clar.* Paulus 5. Sentent. *Crimen*, inquit, *quod vindictæ, aut calumniæ judicium expectat, per alios intendi non potest.* Et cum dixisset Papinianus, ad accusandum judicio publico frustra procuratorem dari, adjicit, multo magis ad defendendum eum, qui reus postulatur judicio publico. Cur ait, *multo magis*? Quia scilicet præsentia rei magis, quam actoris necessaria est, ut reus componatur cum testibus, dicimus, *confronte qu' il soit*, et ut ex ore ejus et vultu judex veritatem eruat. Regula hæc sit: in criminalibus causis, neque ad accusandum, neque ad defendendum procuratorem dari posse, sed causam agi oportere per ipsum accusatorem ipsumque reum. Excipiuntur tantum illustres viri, tam legitimi, quam honorarii, qui non omne quidem criminale judicium, sed judicium tantum criminale injuriarum possunt agere per procuratorem, sed necesse est, initio, ut ipsi si accusent injuriarum, inscribant in crimen, et condemnatio quoque in eorum persona facienda est, *l. ult. C. de injur.* Quod datur etiam in eodem judicio criminali injuriarum Episcopis et Præsbyteris in *Novel. Valentiniani*, *de Episc. jud.* Additur hoc loco etiam, excusationes absentium reorum vel accusatorum posse allegari per alios, per amicum, per procuratorem voluntarium, quod in idiotismo, est, *exonier*, quod verbum non ex Græco venit, ut quidam somniant, sed ex Barbaro Latino, *exidoneare*, hoc est allegare, cur non sit quis idoneus modo sistendi se in judicio, cur impediatur venire in jus. Non possumus igitur per procuratorem accusare, vel defendere crimen, sed possumus absentiæ causam allegare, et ut loquuntur, *exidoneare absentem*, et si justæ causæ videbuntur, sane judicium differtur, quod Papinianus ait esse ex Senatusconsulto, ut absentia possit excusari per alium, quod ostenditur etiam in *l. inter*, *sup. hoc tit.* Addo ad Papinianum, in capitalibus criminibus, non in omnibus criminibus, sed in capitalibus tantum, non tantum absentiam posse per alium excusari, sed etiam innocentiam, tota causa acta per alium, qui suscipiat rei defensionem ultro, sua sponte, sine mandato rei, qui periculi rei commisereatur, quoniam aperte proditum est in *l. servum*, §. *publice de procur.* in capitalibus criminibus quemlibet pro absente verba facientem, et innocentiam ejus purgantem audiri. Idque esse ordinarium, id est, legitimum et constitutum quoque ab Alexandro Severo, videlicet in *l.* 3. *C. de accusat.* Innocentiæ nomen non totam causam criminalem complectitur, sed eam tantum, quæ capitalis est, nec novum scilicet videri debet: nam et quilibet appellans pro eo, qui ducitur ad supplicium, qui non vult appellare, forte auditur, *l. non tantum*, *de appellat.* Si auditur, qui appellat pro eo, qui ducitur ad supplicium, suæ salutis nullam rationem habens, cur non audietur etiam, qui paratus est excusare innocentiam absentis, nec reatum quo tenetur curantis, maxime in causa capitali, ut dixi? nam in crimine non capitali non auditur, qui absentis innocentiam purgare paratus est, *l. miles*, §. *ea quæ*, *ad leg. Jul. de adult.* Hoc tantum receptum est in capitalibus criminibus, quia honestum est expedire salutem desperati hominis. Et nihil est præterea in hac lege.

Ad L. XXXIX. ad Leg. Jul. de adult.

Vim passam mulierem, sententia præsidis pro-

vinciæ continebatur in l. Julia de adulteriis non commisisse respondi : licet injuriam suam protegendæ pudicitiæ causa, confestim marito renuntiari prohibuit.

Initio ostenditur non posse adulterii, nec stupri accusari eam, quam vi fuisse compressam constat ex sententia judicis, qua forte damnatus est raptor: denique non fuisse adulteram eam in quam per vim adulterium commissum est, quia mens est, quæ peccat, non corpus. Nec mutat, ut scribit Papinianus, quod mulier eam injuriam confestim viro non renuntiavit, aut ab aliis renuntiari non permisit. Pudor ei fuit renuntiare, nec quod voluerit postea factumque probaverit, videtur celasse maritum, sed ut tegeret, sive protegeret pudicitiam suam ut et in Basil. ἐρυθριῶσα τὸ γεγονὸς, *ayant honte de ce qui luy estoit advenu.* Recte Epigraphus in Terent. *Veniam fieri tribus modis, vi, casu, ignorantia*, nihil est facilius.

Ad §. *Nupta,*

Nupta quoque muliere, tametsi lenocinii vir prior non postuletur, adulterii crimen contra adulterum ab extrario poterit inferri.

In §. 1. ostenditur, constante matrimonio ab extero quolibet: quoniam hoc crimen publicum est, adulterum posse adulterii accusari, etiamsi prius maritum, qui retinet uxorem in matrimonio non postularit, ut lenonem, et productorem uxoris suæ. De adultero loquitur, quem dicit etiam manente matrimonio ab extraneo posse adulterii accusari, etiam non probato lenocinio mariti, cui est adfinis, qui retinet adulteram. De adultera non loquitur, quia etiam aliud juris est in adultera, quæ retinetur in matrimonio, nec potest ab extraneo adulterii accusari, nisi prius extraneus maritum reum fecerit, et arguerit lenocinii, *l. constante, sup. hoc tit:* Quæ differentia inter adulterum et adulteram, proculdubio est ex lege Julia, quæ propter pudorem viri constante matrimonio noluit temere traduci mulierem, quam is probat et retinet. Ignominia est quædam, et fuit semper in ore vulgi, quod et hodie jactatur, ut Artemidorus indicat lib. 2. ibi, γυνήσου, etc. Adulteræ igitur, quæ mansit in matrimonio lex propter virum pepercit, nisi vir leno judicaretur: adultero autem non pepercit. Rata igitur hæc differentia est, ab extraneo adulterum statim etiam constante matrimonio accusari posse: adulteram non ante posse, quam lenocinium mariti arguatur ab eo, qui vult accusare adulteram. Verum adnotandum est, hodie ex constitutione Imperatoris Constantini sublatam esse hanc differentiam inter adulterum et adulteram: nam ex ea constitutione constante matrimonio adulter, vel adultera ab extraneo, vel a propinquo quolibet accusari non potest, *ne sit in potestate, et libidine cujusque bene concordantia matrimonia conturbare, et infamare*; sed soluto matrimonio a quolibet publice. Constante autem matrimonio adulter, vel adultera non potest accusari, nisi a patre mulieris, vel a fratre, vel a patruo, vel ab avunculo, *l. quamvis, C. eod. tit.* quoniam has quatuor personas justus et verus dolor, et familiæ suæ dedecus ad accusationem impellit. Itaque facile admittuntur etiam manente matrimonio. Extraneum autem ad accusationem impellit, vel odium criminum, vel audacia et protervia, quæ utique cohibenda est, maxime maritis bene concordibus. Eadem constitutio permisit etiam marito, et id quidem marito in primis, ut constante matrimonio uxorem ex suspicione ream faceret adulterii, ex suspicione, inquam, quia deprehensam, aut damnatam adulterii maritus citra crimen, pœnamque lenocinii in matrimonio retinere non potest, suspectam adulterii tamen retinere potest, *l. 2. C. eod.* Et suspectam quoque ac retentam accusare ex eadem constitutione potest: ante quam tamen olim, neque retentam adulteram maritus accusare potuit, ne ex suspicione quidem, neque ea retenta adulterum, *l. 11. C. eod. tit. l. miles, §. valenti, sup. hoc tit.* qui quidem §. ut et is, qui præcedit, quique sequitur, est accipiendus de marito accusatore, quem ait, neque retentam accusare posse, neque eum, cum quo suspicatur eam adulterium commisisse: de marito, inquam, accipiendus est, non de extraneo: nam extraneus: ut in hoc §. 1. ostenditur, etiam retenta muliere in matrimonio, adulterum accusare potest, maritus neque adulteram, quam retinet, neque adulterum. Et ita quoque eum §. esse accipiendum, et *d. l. 11.* argumentum præbent Basilica, a quibus abest *d. l. 11. et d. §. valenti*: quod sint abrogata ea jura constitutione Constantini, atque etiam Justiniani, ex qua etiam retentam in matrimonio ex suspicione marito accusare licet, non etiam dimissam et reductam, *l. si uxor §. ult. hoc tit.* Reduci potest, non quæ deprehensa vel damnata est, sed quæ suspecta dimissa est, quæ suspicio et criminatio omnis aboletur, si reducatur, ut, quod Poetæ fingunt, *suspecta adulterii Procris*, ut maritus ejus Cephalus ait apud Ovid.

, . . *Dum census dare me pro nocte*,

non, *promitto*, sed legendum, *pro nocte*,

Muneraque augendo, tandem dubitare coegit.

Paulo post.

Redditur, et dulces cum Cephalo) *concorditer exigit annos*, 7. Metamorphos.

Ad §. in Matrimonio.

In Matrimonio quoque defuncta uxore, vir jure adulterum inter reos recipi postulat.

Ostenditur in hoc §. etiam mortua muliere in matrimonio ante accusationem et reatum, maritum intra constituta tempora posse adulterum, qui supervixit lege Julia reum postulare. Et ratio hæc est, quia crimen commune duorum, quale est adulterium, mortuo uno, in mortui quidem persona extinguitur, sed non etiam in persona superstitis, *l. ult. hoc tit. l. 1. C. si reus vel. accus. mort. fuer.*

Ad §. Nupta.

Nupta, prius quam adulter damnetur, adulterii non postulatur, si nuptias denuntiatio, vel ad domum mulieris missa non præcessit.

Sequitur in hoc §. mulierem ex adulterio, quod in priore matrimonio admisit, postquam secundo viro nupsit, non posse accusari, antequam adulter convictus et condemnatus fuerit, uno casu excepto, si nupserit alteri post denuntiationem criminis, non dico post accusationem, sed post denuntiationem criminis: nam hoc casu etiam ab ipsa accusator incipere potest, posthabito adultero, quod etiam *l. Julia* nominatim comprehensum est, *l. 1, l. 2. in pr. l. miles, §. licet, l. qui uxori, et seq. hoc tit. l. si dum, C. eod.* Sed si ante denuntiationem criminis in priore matrimonio admissi, alii nupserit, accusator ab adultero incipere, non nuptam jam alii statim incessere, si vidua permanserit, in arbitrio est accusatoris, a quo velit incipere, ab adultero, an ab adultera, verum utrumque simul accusare non potest, ut postea demonstrabimus in §. *duos.* Et notandum, quod hoc loco scribit Papinianus, satis esse denuntiationem criminis fieri, non ad judicem, sed ad mulierem, et necesse etiam non esse denuntiationem fieri in personam mulieris, fieri aut mitti posse ad domum mulieris voce præconis, vel adfixo libello ad domum, ob portum, ut XII. tabul. loquuntur, quia nemo invitus de domo sua extrahitur, ut vel in jus vocetur, vel aliquid in personam ejus denuntietur, satis est denuntiationem fieri ad domum, *l. 4. §. totiens, de damn. inf.* quæ conjungenda est cum *l. 19. et l. 21. de in jus voc. l. 5. §. 1. quod vi aut clam, l. 13. de excus. tut. l. 1. §. 1. de agnosc. lib. l. 2. C. de annal. except.* In quibus locis omnibus denuntiatio recte fit ad domum, et *l. 1. C. Theod. si certum pet. Novel. Theodos. 1. de invasoribus.* Quod sequitur in §. *mulierem*, est apertissimum.

Ad §. Mulierem.

Mulierem ob latronum societatem exulare jussam, citra pœnæ metum in matrimonio retineri posse respondi, quia non fuerat adulterii damnata.

Mulier damnata adulterii in matrimonio citra lenocinii crimen et pœnam retineri non potest, hoc est certissimum ex l. Julia. At damnata quasi latronum socia, impune, ut ait, in matrimonio retineri potest: nam nec ideo habetur pro adultera, quod cum latronibus societatem. Idemque est, si quolibet alio crimine mulier damnata fuerit, cujus pœna non solvat matrimonium, præterquam si crimine adulterii, hæc honeste in matrimonio retineri non potest.

Ad §. Præscriptione.

Præscriptione quinque annorum crimen incesti conjunctum adulterio non excluditur.

Regulariter crimina extinguuntur præscriptione XX. annorum, *l. si quis, Cod. ad leg. Cornel. de fals.* quo jure utimur hodie omnino, ut post vicennium non audiatur accusator. At crimen adulterii simplicis, quod contractum sit sine incesto, aut sine vi, breviori tempore constringitur, et l. Julia non tam fuit severa, quam par erat adulterii criminis executio: nam et ad accusationem adulterii non admittebantur minores XXV. annis, qui ad alias accusationes admittuntur, et pœna adulterii non erat capitalis, et eludebantur multis præscriptionibus, et multis exceptionibus, *l. ita cordi, C. eodem*, et simul ambo mas et fœmina non poterant accusari adulterii, sed ordine accusandi erant, quia forte absolutio prioris et tacite absolvit alterum, nec interim alter traducitur frustra. Ac præterea ex l. Julia adulterium simplex in adultero tollitur præscriptione quinquennii continui, in adultera præscriptione lex mensium utilium. Ita tamen, ut non egrediantur quinquennium continuum, possunt sex menses utiles sive judiciarii superare quinquennium, possunt et minus quinquennio contineri, puta, biennio tantum, *l. mariti, §. sex mensium, hoc tit. l. 5. C. eod. l. 1. §. accusationem, inf. ad Turpill.* In definienda præscriptione temporis, quo crimen adulterii extingui placuit silentio, lex Julia favet adultero minus quam adulteræ, sexui imbecilliori: quia brevior plerunque est præscriptio sex mensium utilium, quæ datur adulteræ, quam quinquenniorum continuorum, quæ datur adultero. Dixi adulterium simplex: nam adulterium per vim illatum nulla præscriptione perimitur. Adulterium quoque junctum incesto nulla temporis præscriptione perimi-

tur, quia nec vis, aut incestum simplex ulla ne præscriptione perimitur, quæ est una differentia inter adulterium et incestum: adulterium perimitur præscriptione quinquennii, aut sex mensium, incestum non nisi præscriptione vicennii, ut cetera crimina. Notatur etiam alia differentia inter incestum et adulterium in §. *duos*, *et in* §. *pen. et ultim.*

Ad §. *Duos*, *et* §. *penult.*

Duos quidem adulterii, marem et feminam propter commune crimen, simul non jure, nec a viro postulari convenit. Cum tamen duobus denuntiatum fuisset, ab eo, qui postea desistere volebat, abolitionem esse necessariam in utriusque personam respondi.

§. 4. *Incerti commune crimen adversus duos simul intendi potest.*

Quod commune crimen incesti adversus duos simul ab eodem intentari potest: commune autem crimen adulterii adversus duos ab eodem simul intentari non potest, *l. si maritus* 2. §. *ult. l. nihil*, §. *ultim. h. tit.* Quod et l. Julia de pudicitia nominatim cautum fuisse proditum est in *l. reos*, *C. eodem tit.* Et in hanc rem, ex hoc loco etiam Papiniani auctoritate utitur Marcianus in *l.* 1. §. *atqui*, *inf. ad Senatus. Turpill.* Ergo uterque mas et fœmina simul accusari, ne jure quidem mariti potest. Cohibuit lex in hac causa nimium accusatoris studium, duos simul deferentis, nec voluit temere ambos traduci, quia prior potest absolvi: alia crimina communia simul omnia ab eodem deferri possunt. Sed notanda hic est differentia inter denuntiationem et accusationem: mas et fœmina uterque simul adulterii ab eodem accusari non potest: utrique tamen crimen denuntiari potest, etiam extra judicium: et in denuntiatione, atque in accusatione hoc tamen commune est, ut non tantum accusatio, sed etiam denuntiatio eum, qui desistit ab accusatione, vel denuntiatione, et tergiversatur, obliget pœnæ Senatusc. Turpilliani, si desistat sine abolitione, id est, sine venia omittendæ accusationis, vel denuntiationis semel inchoatæ. Itaque necessaria est abolitio non tantum in persona accusatoris, sed etiam in persona denuntiatoris nondum progressi ad accusationem. Quod sequitur in hac lege (aliud esse in incesto, quod et aliud est in omnibus criminibus) incesti commune crimen adversus duos intentari posse, id Marciani notis tribuitur ad Papinianum in *l. qui pupillam*, §. *ultim. sup. hoc tit.* Summa hæc sit, aut secunda differentia hæc sit, adulterii crimen simul adversus duos ab eodem intentari non posse: incesti crimen posse. Quæro quid sit dicendum, si junctum sit incesto adulterium? hoc non definitur hoc loco, sed argumento eorum, quæ ante dicta sunt, et mox dicentur in §. *ultim.* dicemus adulterium incesto conjunctum simul adversus duos intentari posse, quia quoties duplex est crimen, sumere oportet quod in altero ex duobus jura durius constituerunt: nam et hoc sequimur, et adsumimus in 3. differentia inter adulterium et incestum proponitur in §. *ultimo.*

Ad §. *Ultim.*

De servis quæstionem in dominos incesti postulatos: ita demum habendam respondi, si per adulterium incertum esse contractum dicatur.

Quod in crimine adulterii servi torquentur in caput domini, vel dominæ, *l. si postulaverit*, §. *haberi, h. tit.* non in crimine incesti, non in crimine stupri, non in aliud quodcunque crimen præterquam majestatis: hæc igitur est 3. differentia, quod in crimine adulterii servi torquerentur in dominos: in crimine incesti non item, *l.* 4. *et* 17. *inf. de quæst. et* in *l.* 17. quæ est ex libro seq. rationem explicabimus. Quid vero si incesto sit junctum adulterium, an servi torquentur in caput domini? Et in §. *ultim.* torqueri posse ostenditur, ut *l. si quis viduam*, *inf. de quæst.* nam quoties juncta sunt crimina, id ut diximus adsumimus, quod in alterutro durius constitutum est, sicut in præscriptione temporis, §. *præscriptione*, *sup.* et in duobus reis simul postulandis. Quod diximus de incestu servos torqueri non posse in dominos, pugnare videtur cum eo, quod M. Tullius scribit in Milione his verbis: *de servis nulla lege quæstio est in dominum nisi de incesti*, ut fuit in Clodium, inquit, quoniam incestum illud fuit etiam adulterium, ut idem M. Tullius ait, *in pulvinaribus sanctissimis comprehensam fuisse.* Et semper adsumimus, quod in alterutro crimine durius est receptum vel constitutum.

Ad L. XIII. ad L. Cornel. de Fals.

Falsi nominis vel cognominis adseveratio, pœna falsi coercetur.

Initio hujus l. 3. ostenditur, falsi nominis vel cognominis adseverationem lege Cornelia quasi falsum coerceri, puta, si quis falsum sibi nomen, vel cognomen imposuerit in fraudem alterius, ut Græci interpretes supplent rectissime, Ἐπὶ βλάβῃ τινὸς ἢ ἀπάτῃ: et Paulus 5. *Sent. eod. tit.* quo quid alienum intercipéret vel possideret: nam sine fraude et captione alterius liber homo non prohibetur sibi mutare nomen, *l.* 1. *C. de mut.*

nom. sicut nec scutorum δείγματα, quæ sic vocat Vegetius, *digmata*. Domus Franciæ mutavit sæpius digmata. Primum enim habuit tres coronas, non bufones: deinde lilia innumera, et postremo ex constit. Caroli Sexti lilia tantum tria. Quo exemplo et unusquisque sibi potest mutare digma, sine fraude alterius, potest sibi mutare nomen, et scuti sui digma. Servus autem homo hujus rei arbiter non est: servus non est dominus sui nominis: servus sibi mutare nomen invito domino non potest sine injuria domini, *d. l. 1.* Plautus in Milite glorioso.

Injuria est, inquit, *falsum nomen possidere Philocomasium postulas; at istud non docet, et meo adeo hero injuriam facis.* Denique injuriam domino facit, qui servo mutat nomen, vel qui servus ipse sibi mutat nomen.

Ad §. Ordine.

Ordine decurionum decem annis advocatum motum, qui falsum instrumentum cognoscente præside recitavit, post finem temporis dignitatem respondi recuperare, quoniam in Corneliam falso recitato, non facto, non incidit. Eadem ratione plebejum ob eandem causam exilio temporario punitum, decurionem post reditum recte creari.

Quæritur hoc loco, an lege Cornelia falsi reus sit advocatus, qui Præside provinciæ sedente pro tribunali et causas cognoscente, sciens prudensque apud eum falsum instrumentum recitavit, quod acceperat a suscepto, id est, a cliente suo, cujus causam defendebat; et an si ex ea causa advocatus, cum esset etiam decurio civitatis suæ, ordine remotus fuerit in decem annos, an expleto decennio redeat in ordinem, in curiam, et pristinam dignitatem decurionatus recipiat? Et respondet, recipere hac ratione, *quoniam*, inquit, *in Corneliam falso recitato, non facto, non incidit.* Sic rectissime et Florentinis, atque in Basilic. *quoniam in Corneliam falso recitato, non facto, non incidit.* Quibus verbis significatur l. Cornelia de falsis teneri eum, qui falsum fecit, non qui recitavit: ac proinde advocatum illum, ut falsarium lege Cornelia de falsis damnatum non videri, quum ordine motus est in decennium ob eam causam: nam si damnatus videretur lege Cornelia, sane non posset recipere pristinam dignitatem, reverti in curiam non posset, nec finito tempore pœnæ, quia damnatus judicio publico, quale est judicium legis Cornel. de fal. infamis est, *l. infamem, sup. de pub. jud. l. 4. §. adulterii*, conjuncto §. *ad tempus, infra, de re milit.* Infamia, quæ semel inusta est, nunquam aboletur sine speciali beneficio Principis. Omnis infamia est perpetua, et infami neque additus neque reditus patet ad dignitates, *l. 8. inf. de interd. et rel. l. 1. inf. ad leg. Jul. de vi priv. et l. 8. C. de decur lib. 10. l. 2. C. de dign. lib. 12.* Marc. Tullius pro Cluentio. *Turpi judicio damnati, in perpetuum omni honore ac dignitate privantur.* Tertullianus de spectaculis: *Damnati*, inquit, *ignominia et capitis minutione arcentur curia, rostris, senatu, equite, ceterisque honoribus omnibus simul et ornamentis quibusdam.* In specie igitur hujus §. ideo post decennium decurio in curiam redit, quia non fuit damnatus lege Cornelia; non fuit damnatus publico judicio, sed extraordinario, ex causa non famosa: si famosa causa damnationis fuerit, finito tempore non aliter recipit pristinam dignitatem, quam si graviore pœna, quam sit lege præscripta, affectus sit; quoniam duriore pœna; duriore sententia, cum eo de fama et existimatione conservanda transactum videtur, *l. ordine, ad municip. l. quid ergo, §. pœna, de iis qui not. infam.* Si ergo clementiore, aut legitima pœna affectus sit ex causa famosa, puta ordine motus ad tempus, etiam finito tempore pœna infamia perdurat, *l. 3. in princip. et l. 5. inf. de decurion. l. 4. §. ad tempus, inf. de re milit.* Et ita quidem obtinuit fere ante edictum Antonini Imperatoris, de quo in *l. 3. inf. de decurion. l. 1. C. de iis, qui in exil. dati vel ordin. moti sunt, libro 10.* quo edicto præcepit Antoninus, quacunque ex causa famosa, vel non famosa, quis ordine motus sit ad tempus, ne posthac, inquit, quoniam antea aliud observabatur facta distinctione causæ famosæ, et non famosæ, sed jam nunc indistincte, ne posthac ultra tempus pœnæ prorogetur infamia contra sententiæ fidem, sed statim, qui explevit tempus pœnæ, redeat in curiam, et sit decurio, ut fuit ante pœnam, non etiam suscipiat novos honores in Republica, si causa famosa fuerit, quia qui rediit in curiam perfunctus pœna sua, novis honoribus tanto tempore abstinere debet, quanto decurionatu caruit, *d. l. ordine, et l. 2. C. de iis, qui in exil. dati, libro 10.* si causa non fuerit famosa, ut in specie proposita, expleto tempore pœnæ, non tantum decurionatum recipiat, sed etiam ad novos honores admitti potest. His consequens est, quod subjicit Papinianus, et advocatum plebejum, non decurionem, qui ob recitatum in judicio falsum instrumentum ad tempus relegatus est, quæ pœna non est capitis deminutio, finito tempore post reditum decurionem recte creari posse, sive Senatorem municipalem, quod idem est, quasi integræ famæ et existimationis virum, quia in legem Cornel. de falsis ob eam causam commisisse non videtur.

Ad Leg. Ult. ad L. Jul. repet.

Qui munus publice mandatum accepta pecunia ruperunt, crimine repetundarum postulantur.

Sententia hæc est: eos, quibus publicum munus injunctum est, si pecunia corrupti in eo munere exequendo, in fraudem Reipublicæ segniter aut malitiose se gesserint, teneri judicio pubblico ex l. Julia repetundarum, cujus pœna est infamia et exilium plerunque, *l. 7. §. ult. hoc tit.* vel quadrupli redhibitio, *l. 1. C. hoc tit.* ita tamen, ut corruptori, quia turpiter pecuniam dedit, nec datæ pecuniæ repetitio competat, *l. 2. 3. 4. sup. de cond. ob. turp. caus.* sed quadruplum, vel totum redigatur in fiscum vel dividatur, ut plerunque solebat, inter accusatorem et fiscum. Utitur autem Papinianus antiquo verbo *ruperunt*, pro, *corruperunt*, quo et lex xii. tabul usa est, et lex Aquilia, *l. si servus, §. inquit, ad leg. Aquil. l. qui tabulas, in fin. supr. de furt.* Et munus corrumpere eum significat, qui eo fungitur; si corrumpatur ipse, quo minus eo fungatur bene, et sordescat accepta pecunia.

Ad Leg. IV. ad Senatusc. Turpill.

Mulier, quæ falsi crimen injuriæ propriæ post interpositam denuntiationem desistens omisit, ex Senatusconsulto Turpilliano teneri non videtur. Post abolitionem idem crimen ab eodem, in eundem instaurari non potest.

Potest dici probabiliter, quod et quidam dixerunt, in hac lege sic esse legendum addita negatione, *mulier, quæ falsi crimen non injuria propriæ*, quod jam Marcianus in *l. 1. §. accusationem, hoc tit.* refert, Papinianum respondisse, mulierem, quæ idcirco ad falsi accusationem non admittitur, quod suam suorumve injuriam non persequatur, nam regulariter mulier non potest accusare, nisi suam suorumve injuriam persequatur, non si publicam tantum vindictam persequatur: mulier igitur quæ idcirco non potest accusare falsi, quod suam injuriam non persequatur, si tamen denuntiationem criminis, vel accusationem intulerit, id est, si non jure intulerit, et mox pœnitentia ducta destiterit non impetrata abolitione a judice, ideo ea non plectitur lege Petronia, sive SC. Turpillo quod est factum in tergiversatores, qui scil. ab accusatione temere desistunt: loquitur illo loco Marcianus ex Papin. responsis, de ea, quæ intulit falsi crimen, non injuriæ propriæ causa. Quamobrem et hic videtur esse legendum, *non injuriæ propriæ*. At sane nihil mutandum est hoc loco: nam et Dorotheus sine negatione legit eodem modo, Γυνὴ τὸ τοῦ πλαςοῦ ἔγκλημα. Potuit utrumque Papin. respondisse, non incidere in Turpillianum mulierem, quæ desistit sine abolitione, sive suæ injuriæ causa, sive alienæ accusationem instituerit. Et vero cum hoc loco id respondisset, in ea quæ falsi crimen intulerat suæ iujuriæ causa, hoc est, quæ jure intulerat; huic responso subjecisse Papin. videtur, quod est relatum in *d. §. accusationem*, idem multo magis esse dicendum, si non suæ injuriæ causa falsi crimen iutulerit. Ergo sive propriæ, sive non propriæ injuriæ causa mulier falsi crimen denuntiaverit reo, vel intulerit, etiamsi destiterit non petita abolitione, non petita venia omittendæ accusationis, non plectitur Senatusconsulto Turpilliano. Et ratio hæc est evidentissima, quia nec si justa sic accusatio mulieris, mulier nunquam subscribit in crimen, nec de calumnia tenetur, parcitur imbecillitati sexus, *l. de crimine, C. qui accus. non poss. l. 2. de calum.* Verissima autem est illa definitio, eos de quorum calumnia quæri non potest, nec si desistant ab accusatione, et tergiversentur non petita abolitione, non incidere in Senatuscons. id est, eos, de quorum calumnia quæri non potest, nec posse quæri de tergiversatione eorum, *l. in Senatusc. §. eos, hoc tit.* Ergo nunquam mulier incidit in Senatusconsultum Turpillianum; uno tantum casu excepto, nisi mulier cum reo turpiter depecta sit accepta pecunia, atque ita destiterit, ut recte Theodorus accepit leg. *pen. C. eod. t.* nam hoc casu, et de mulieris, propter turpitudinem, et propter turpem depectionem, quæ depectio semper dicitur in malum; de mulieris, inquam, et de cujuscunque calumnia vel tergiversatione, de qua alias quæri non potest, propter turpem depectionem quæri potest propter avaritiam et lucri cupiditatem accusatoris desistentis: excepto hoc uno casu, de eorum tantum tergiversatione quæri potest, de quorum etiam calumnia quæri potest, et ii si desistant non impetrata abolitione, in pœnam Senatusc. Turpilliani incidunt, non tantum si accusationem inchoarint, sed etiam si crimen duntaxat denuntiaverint, *l. vim, §. duos, ad leg. Jul. de adult.* non etiam si comminati tantum sint, se denuntiaturos vel accusaturos: nam ii impune desistunt, ut in *l. seq. l. quæsitum, in princip. sup. ad l. Jul. de adult.* Et definitioni *dicti §. eos*, ut impune desistant ii, de quorum calumnia quæri non potest, jampridem ostendi nihil obstare *l. abolitionem, C. ad leg. Jul. de adulter.* quæ ait, maritum ab accusatione adulterii impune non desistere. Recte: quia et de mariti calumnia, quæ modo manifestissima sit quæri potest, *l. is cujus, §. ultim. sup. de adult.* In extremo hujus legis, ait, *post abolitionem idem crimen ab eodem in eundem instaurari non potest.* Sententia hæc est:

qui impetrata speciali abolitione destitit ab accusatione, non potest rursus pœnitentia actus, eundem reum ex eadem causa repetere, vel si repetat, repellitur præscriptione desertæ accusationis, *l. 4. C. eod. tit.* nec aliter potest reum repetere instaurato eodem crimine, quam si id specialiter Princeps concesserit, *l. 3. C. eod. tit. l. 1. C. de abolit.* Alium accusare vel eundem alio crimine accusare non prohibetur qui destitit petita abolitione : at qui destitit non petita abolitione, nec eundem, nec alium quenquam unquam damnatus Senatusconsulto Turpilliano, eodem vel alio crimine reum deferre potest, *l. 2. hoc tit. l. quæsitum*, §. *ultim. sup. ad leg. Jul. de adult. l. abolitionem, Cod. eodem.* Hoc dicimus de abolitione speciali, ut qui eam impetravit, non possit eundem reum repetere ex eadem causa; nam concessa abolitione generali a Principe, vel Senatu, ut fit plerunque, nemine postulante ob hilaritatem aliquam, rei ab iisdem accusatoribus possunt repeti intra triginta dies; non coguntur eos repetere, sed si velint repetere, possunt intra xxx. dies, quod Accurs. notavit, et aliæ leges hujus tituli demonstrant.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XVI. RESPONS. ÆMILII PAPINIANI.

Ad L. II. de Veter. et milit. success.

Bona militis intestati defuncti castrensia fisco non vindicantur, cum hæres legitimus ad finem quinti gradus extitit, aut proximus cognatus ejusdem gradus intra tempus possessionem acceperit.

Hæc L. accipienda est de milite capite damnato ex delicto militari, non communi, qui intestatus vita decessit : de eo accipiendam esse, argumentum præbet vicinitas *l. 1.* quæ de eodem est : et quod hæc l. 2. quærit, an fiscus veniat in bona militis exclusis agnatis et cognatis, quod non quæreret, si fisco locus esse non posset : atquin fisco locus esse non potest, aut esse videri, nisi milite damnato capitis. Ac præterea totum hunc librum 16. certissimum est esse de reis capitalium criminum. Ergo et hæc l. 2. accipiatur de milite capite damnato ex militari delicto, et ut ait l. 1. intestato defuncto. Docet ergo Papinianus hoc loco, milite capite damnato, et intestato defuncto ad bona castrensia fiscum non vocari, sed fisco anteponi agnatos, non in infinitum, ut fit in successione paganorum : sed usque ad quintum gradum duntaxat. Denique fisco anteponi agnatos in bonis castrensibus usque ad quintum gradum duntaxat, et iis deficientibus cognatos usque ad eundem gradum, eodemque quoque gradu comprehenso in hunc numerum. Hoc si miles intestatus decesserit. Sin autem damnatus miles testamentum fecerit, quod ex constitutione Adriani ei permitti solet; sententia damnatis de bonis castrensibus tantum hoc casu etiam in bonis castrensibus hæres testamentarius fisco præfertur. De bonis igitur castrensibus, miles, qui capitis damnatus est, testamentum facere potest, permittente eo in sententia qui damnavit, non etiam de paganis bonis. Imo si quod de paganis ante fecerit testamentum, protinus damnatione irritum fit. Ab intestato autem in bona pagana fiscus statim vocatur, non in castrensia, si extent agnati vel cognati ad finem quinti gradus. Quæ omnia comprobantur partim hac *l. 2.* et partim *l. si quis, in pr.* §. *miles, de leg. 3. l. cum hic status*, §. *si miles, de donat. inter. vir. et uxor l. 6* §. *sed et si quis, de injusto rup. testam. l. ex militari, sup. de mil. testam. l. et militibus, C. eod. tit.* Verum quod hæc lex significat, post agnatos et cognatos quinti gradus fiscum vocari ab intestato, pugnare videtur cum *d. l. 6.* §. *ejus qui, in fine, et cum l. 2. C. de hæred. dec. vel mil.* quæ ll. fisco præferunt in successione intestati deficientibus agnatis, vel cognatis, contubernales, et commilitones, sive legionem aut vexillationem, in qua merebat miles. Verum illæ ll. loquuntur de milite non damnato : hæc vero l. de milite damnato capitis ex delicto militari. In damnati bona castrensia, fiscus ab intestato agnatis et cognatis, qui sunt ultra quintum gradum, et legioni atque vexillationi præfertur. In non damnati militis bona omnia pagana vel castrensia ab intestato succedunt agnati in infinitum, et cogniti usque ad sextum vel septimum gradum, sicut in paganorum successione receptum est, §. *ult. inst. de success. cognat.* Et post eos conjux, et post conjugem legio aut vexillatio succedit fisco remoto, fiscus post omnes vocatur. Hæc omnia obtinent in milite damnato ex causa militari in milite damnata ex communi delicto sequimur jus commune successionum ab intestato. Commune delictum est veluti adulterium, stuprum, furtum, plagium : militare delictum est veluti armorum abalienatio, vel amissio turpis, seditio, contemptio disciplinæ militaris, emansio, et his similia.

Ad L. Ult. de Publ. jud.

Generi servis a socero veneficii accusatis, præses provinciæ patrem calumniam intulisse pro-

nunciaverat. Inter infames patrem defunctæ non habendum, respondi: quoniam etsi publicum judicium inter liberos de morte filiæ constitisset, citra periculum pater vindicaretur.

Sunt quidam accusatores, de quorum calumnia quæri non potest, *l. in SC.* §. *eos, inf. ad Turpil.* ut mulieres, quæ suam vel suorum injuriam persequuntur, *l.* 2. *C. de Calumniator.* vel hæredes, qui jussu defuncti veneficii accusant eum, quem sibi venenum infudisse defunctus cavit, *d. l.* 2. vel filius, qui persequitur cædem patris, *l.* 4. *C. eodem tit.* vel maritus, qui jure mariti ex suspicione aliqua justa, non calumnia, aut malitia mala ac manifesta uxorem accusat adulterii, *l. jure mariti, et l. quamvis, C. ad l. Jul. de adult.* Quod et de patre similiter dici potest, qui jure patrio accusat mœchum filiæ. Nam et in hac lege dicitur, patrem, qui filia veneno necata ira et dolore cæco incensus servos generi sui accusat veneficii extra periculum esse calumniæ, ac si forte præses provinciæ pronunciaverit patrem calumniam intulisse, qui accusavit servos generi veneficii, non notari tamen patrem infamia, quia etsi liberos homines pater veneficii accusasset, non probato crimine pater non haberetur pro infami calumniatore. *Pater*, inquit, *vindicaretur citra periculum calumniæ:* justus enim et gravis dolor eum excusat: *inconsultus calor calumniæ vitio caret*, ut eleganter ait, *l.* 1. §. *quæri, inf. ad Senatus. Turpill.* Et sententia præsidis, quam ne dixeris, nullam esse aut injustam ut vulgo, valet enim ea sententia, qua pronunciavit præses patrem calumniam intulisse: verum non irrogat infamiam patri. Cur ait? quia non pronunciavit, eum esse calumniatorem, sed calumniam intulisse: potest quis inferre calumniam, nec tamen calumniari, aut calumniandi animum habere: sicut mendacium dicere potest quis, nec tamen mentiri: non temere quis judicatur calumniator fuisse, nisi judex dixerit fuisse, et hoc ipso verbo usus fuerit, *ex calumniator*, vel, *calumniatus es.* Si absoluto reo, simul et de consilio accusatoris judex ita pronunciaverit adseverantius, *calumniatus es*, proculdubio hæc sententia irrogat infamiam, sententia, inquam, non interloquutio, *l.* 1. §. *sed non utique, ad Senatuscons. Turpill. l. verbum, C. quib. ex caus. infam. irrog.* Sin autem ita pronunciarit: *calumniam intulisti*, vel ut est in epist. Cœlii ad Cicer. *calumniam tulisti. Scito*, inquit, *C. Sempronium Rufum calumniam maximo plauso tulisse, quod M. Tuccium reum lege Plautia de vi fecit.* Si pronunciarit igitur calumniam intulisse vel tulisse, hæc sententia non irrogat infamiam, quia perinde est ac si dixisset, *mendacium dixisti*; vel, *quod proposuisti non probavisti*; vel, *quod proposuisti verum non est*, quia non adservat calumniatorem esse, nisi qui dicit conceptis verbis, *calumniator es*, vel, *calumniatus es*, *l.* 3. *C. de calumniat.* Ac præterea tentari potest accusato servo non potuisse de calumnia accusatoris quæri, sicut nec servo accusato adulterii, constat non posse quæri de lenocinio accusatoris, *l. quoniam, C. ad l. Jul. de adult.* Et ideo addit Papinianus hoc loco, nec libro homine quasi beneficio a patre accusato, quæri posse de calumnia patris, quia pater citra periculum calumniæ persequitur necem filiæ, si accusato libero homine nullum est periculum calumniæ, quia pater accusator est et multo magis servo accusato nullum est periculum calumniæ patri: et altera ratio est, quæ excludit periculum calumniæ, quia servus nulli potest accusatori referre aliud crimen, vel calumniæ, puta, vel lenocinii. Et ita hæc lex explicanda est. Quod autem tractat Accursius in hac lege, an furti damnatus innocens infamis fiat, actio furti est famosa, hoc est certissimum, sed quod tractat, an etiam infamis fiat innocens, qui furti damnatus est, collatis inter se duabus legibus atque commissis, quæ invicem pugnare videntur, *l. non potest, sup. de furt. l. si furti, C. quib. ex caus. inf. irrog.* primum dico, non posse ea de re tractari illæsa auctoritate rei judicatæ, quia res judicata pro veritate habetur: et ideo nec debere ea de re frustra tractari, et damnatum furti etiam innocentem infamiam sequi. Et quod ad pugnam earum legum attinet, ita distinguendum ex *l. quid ergo*, §. *pen. sup. de iis, qui not. inf.* circumscripta admodum magna glossa Accursii inutili et inconstanti ad *d. l. si furti.* Divisio et distinctio hæc est: si damnatus fur est judicio civili, quod pecuniarium est in duplum, vel quadruplum, vel triplum, ut inf. ostendam, etiamsi durior sententia fuerit, quæ irrogat pœnam pecuniariam tantum, ut si in quadruplum condemnarit eum, vel triplum, qui damnari tantum debuit in duplum; sententia etiam durior irrogat infamiam, *d. l. non potest, et d. l. quid ergo*, §. *pen.* Si damnatus est judicio extraordinario, pœna extraordinaria, quæ non est pecuniaria, qua etiam furtum posse vindicari constat, *l. interdum*, §. *qui furem, l. ult. sup. de furt.* veluti si damnatus sit fustium animadversione, sententia durior non irrogat infamiam. Et ita est accipienda *d. l. si furti*: nam quod ait, mulierem damnatam furti, quod ipsa fecit citra fustium verbera, famæ damnum subiisse, significat et demonstrat, eam fuisse fustibus cæsam, non mulctatam pœna pecuniaria, quod et Basilica ponunt, nec tamen fustium ictum eam fecisse infamem, *l. neminem, C. eod. tit.* sed causa furti facti scil. *l. ictus, sup. de iis qui not. inf.* Et facto furto, dico pœnam fustium non esse duriorem.

quæ absolvit etiam pœna pecuniaria dupli vel quadrupli. At ut ponitur in eadem lege, si ipsa mulier furtum non fecit, sed apud ipsam ignorantem res furtiva comperta et concepta sit, quæsita et inventa sit, et ob eam causam mulier fustibus cæsa fuerit, duriore sententia videtur cum ea transactum de existimatione conservanda. Et hoc casu damnata furti concepti non fiet infamis: alioqui furti concepti damnatus pœna pecuniaria, quæ fuit in triplum ut Aulus Gellius scribit lib. XI. cap. ult. famosus efficitur. Paulus 2. *Sentent. tit. ult. furti quocunque genere damnatus famosus efficitur*: quocunque genere, id est, vel manifesti, vel non manifesti, vel concepti, vel oblati. Hæc sunt quatuor furtorum genera: in furto concepto maxime, si res furtiva apud ignorantem concepta fuerit, durior est ictus fustium quam damnatio tripli, *l. in servorum, in fi. inf. de pœn.* quæ lex non est accipienda de quocunque genere furti. Sed ad eam ex *d. l. seq.* commodissime potest exemplum poni in ignorante: ob casum furti concepti fustibus cæso, hic non fit infamis, quia duriore pœna affectus est: compensatur durior pœna cum conservatione existimationis, quæ remanet integra.

Ad L. ult. de Accusat.

Alterius provinciæ reus apud eos accusatur, apud quos crimen contractum ostenditur, quod etiam in militibus esse observandum, optimi Principis nostri generaliter rescripserunt.

Hoc tantum ostenditur, in qua quis provincia crimen contraxit, in ea accusari, et damnari eum posse, licet alterius provinciæ sit, indistincte, sive paganus sit, sive miles, non habet præscriptionem fori, non potest revocare domum, *il ne peut demander son renvoy*, quoniam ut vulgo dicitur, *ratione criminis sortimur forum, l. 7. §. pen. et ult. hoc tit. l. 1. C. ubi de crimen. agi oport.* Sed ait Papinianus, optimos Principes idem rescripsisse generaliter esse servandum in militibus, ut ibi puniantur, ubi crimen admiserunt. *Optimos Principes*, id est, Severum et Antoninum, ut patet ex *l. 3. de re milit.* ubi idem refertur ex rescripto Severi et Antonini nominatim. Idque confirmat etiam *l. 1. C. ad l. Corn. de sicar. et Theodos. Nov. 2. de amota militibus fori præscriptione*, dum ait, *veteres quoque leges fori præscriptionibus delicta subtrahere, nec pati aliquem, qui quid in provincia aliqua criminose commiserit, eis se præscriptionibus defendere.* Notandum tamen est, ex causa, Præsidem provinciæ, in qua crimen contractum est, reum posse remittere ad præsidem provinciæ, unde is homo est, *l. non dubium tit. seq.* vel militem posse remittere ad ducem suum, aut magistrum militum, maxime si militare crimen fuerit, veluti desertio militiæ, non commune, *d. l. 3. l. de milib. tit. seq. l. 1. de exhib. reis.*

Ad L. XVII. de Quæst.

Extrario quoque accusante, servos in adulterii quæstione contra dominum interrogari placuit, quod D. Marcus ac postea Maximus Princeps judicantes secuti sunt. Sed et in quæstione stupri servi adversus dominum non torquentur.

Quod diximus superiori libro ad *l. vim passam, §. ult. ad l. Jul. de adult.* in adulterii quæstione servos interrogari, et torqueri posse in caput domini vel dominæ, verum est, non tantum patre vel marito accusante, ut *l. patre sup. hoc tit. l. 3. C. ad l. Jul. de adult.* sed etiam, ut ait initio h. l. accusante extrario. Inter extrarium et extraneum, et exterum Papinian. et ceteri auctores juris nullam differentiam faciunt, licet Festus fecerit aliquam. Id autem, ut quocunque accusante adulterii servi possint torqueri in caput domini, Papinian. scribit hoc loco, etiam D. Marcum et Maximum principem, id est, Septimium Severum in judicando secutos. Rem igitur carere dubitatione. Et tamen in quæstione incesti, quod non sit junctum adulterio, et in quæstione stupri certum est, servos non posse torqueri contra dominum, sicut nec in aliis quæstionibus criminalibus vel civilibus, *l. 4. hoc t.* Ammianus Marcellinus 28. *Mancipia*, inquit *squallore diuturno marcescentia, in domini caput ad usque ultimum lacerabat exitium: quod*, inquit, *in stupri quæstione fieri vetuere clementissimæ leges.* Ex quo loco manifeste apparet, Basilica perperam hoc loco scribere adfirmate, et in quæstione stupri servos torqueri adversus dominos. Hoc enim receptum est in quæstione adulterii, non stupri, vel incesti, quæ sunt crimina adfinita adulterio. Hoc in quæstione adulterii primum lege Julia permitti cœpit patri vel domino tantum accusatori, ut idem Papinian. scribit libro singulari de adult. ut scil. quemadmodum idem ait, pater, ac maritus dolorem animi sui diligentius, et injuriam lecti genialis ac domus non translatitie persequerentur: diligens quæstio permittitur patri, vel domino lege Julia, etiam suis servis in dominos. Sed postea: *quoniam*, inquit, *non facile tale delictum sine ministerio servorum (aquariolorum) admitti creditum est, ratio eo perducit, ut etiam extraneo accusante mancipia quæstioni tormentorum a judicibus subjicerentur*: quanquam eadem non sit ratio in extraneo, quæ fuit in patre vel domino, sed tamen et extraneo accusante idem observarunt Principes, et judicaverunt præter legem Juliam.

Ad §. de Quæstione.

De quæstione, inquit, suppositi partus, vel si petat hæreditatem quem ceteri filii non esse fratrem suum concedunt; quæstio de servis hæreditariis habebitur, quia non contra dominos ceteros filios, sed pro successione domini defuncti quæritur. Quod congruit ei quod D. Hadrianus rescripsit. Cum enim in socium cædis socius postularetur, de communi servo habendam quæstionem rescripsit, quod pro domino fore videretur.

Jus vetus, hoc est, vetus Senatusconsultum, ut Cornelius Tacitus ait 2. *Annal.* ut excepto crimine adulterii sicut diximus, et excepto etiam crimine perduellionis, et crimine quoque fraudati census, fraudati tributi, cujus causa pertinet ad summam Rempublicam, exceptis his tribus criminibus, ut *l.* 1. §. *in causa*, *hoc t. l. vir*, *sub. de jud. l.* 1. *C. de quæst.* regulariter servi non torqueantur in caput domini: non quia non possit verum inveniri, ut M. Tullius ait pro Milone, et pro Dejotaro, non quod in quæstione dolor veram vocem etiam ab invito servo elicere non possit, sed quia indignum videtur esse, et domini morte ipsa tristius, dominorum salutem servulorum voci committi, ut in *l. seq.* §. *judex.* Idem hoc jus vetus commemorat Dio 55. et alii plerique auctores, οὐκ ἐξεῖναι δοῦλον κατὰ δεσπότου βασάνοις δοῦναι. At si quæratur de hæreditate, ad quem pertineat ab intestato, forte L. Titio dicente se esse filium defuncti, aliis filiis contendentibus L. Titium supposititium esse, vel simplicius, fratrem suum non esse: atque ideo si quæratur de supposito partu, vel da fi.legeneris, ut in *l. seq.* §. *judex*: propter hæreditatis emolumentum, tum in hac quæstione de servis hæreditariis quæstio haberi potest, quia non videntur torqueri in caput dominorum, id est ceterorum filiorum, *l.* 2. *hoc tit. l.* 13. *C. eod. tit.* sed videntur torqueri, et torquentur potissimum pro successione domini defunti, ut constet, qui sint ei justi successores. Et hoc ita proponit Papin. in hoc §. Hoc vero etiam cessante et illa ratione contra jus vetus ex constitutione Justin. observandum est: si non sit controversia de jure hæreditatis, puta, si constet, ad quos pertineat hæreditas, sed sit controversia de rebus quibusdam, sint hæreditariæ nec ne, de dominio singularum rerum, etiam et ea de re quæri potest per tormenta servorum hæreditariorum, servorum communium inter hæredes, qui rerum hæreditariarum notitiam habent, quanquam periculum sit ne respondeant adversus hæredes dominos suos, præstito tamen prius jurejurando calumniæ ab eo, qui ex ea causa servos hæreditatios postulat in quæstionem dari, *l. ult. C. eod. tit.* conjuncta, *l.* 1. *C. de jurejur. propt. calumn. l. ult.* §. *licentiam*, *inf. de jur. delib. et N.* 1. quia ut in hac specie, cum quæritur de corporibus hæriditariis evenire potest, ut et pro dominis servi hæreditarii respondeant. Nec absimile est, quod ex rescripto Adriani subjicit Papinian. hoc loco, uno ex dominis occiso, et altero domino facto reo cædis, de communi servo quæstionem haberi posse, quia etsi interrogetur in caput domini qui cædis alterius domini reus postulatus est, magis tamen id pro salute fore, vel ultione domini occisi, creditum est, atque ideo permissum, *l. nisi*, *certus*, §. *pen. de Senatusc. Syllan.* Et nullorum magis interest, quam dominorum, salutis suæ causa hoc permitti: nimirum, ut in quæstione cædis a domino illatæ servus communis pro domino audiatur in dominum: non etiam temere in omnibus aliis quæstionibus, sed in hac gravi causa tantum, quum socius socium occidisse dicitur, *l.* 13. *in fi. C. eod. tit.* Et ex constitutione Justin. de qua dixi supra in alia etiam causa, si ambigatur de rebus hæreditariis inter cohæredes. Nam et hoc casu de servo communi quæstio haberi potest. Et hoc colore non vera ratione etiam dicitur in *l.* 2. *C. Theod. ne præt. crim. majest. serv. dom. accus. crim. perduell.* quod ad salutem Principis attinet, dicitur, servos audiri contra dominum, quia pro salute domini rerum, id est, principis, intervenire videntur; quia hoc crimen, inquit, tendit ad dominos communes omnium.

Ad §. Ult.

De servo in metallum damnato quæstionem contra eum qui dominum fuit, non esse habendam respondi, nec ad rem pertinere, si ministrum se facinoris fuisse confiteatur.

Quod est in §. *ult. h. l.* amplificat regulam juris veteris, ut nec contra eum, qui dominus fuit, et non est, servus interrogari vel torqueri possit, in memoriam prioris domini: ergo nec in emptorem, nec in venditorem, ut *l. seq.* §. *servus*, *l. etiam*, *sup. hoc tit*, *l.* 14. *C. eod. tit.* quare amovetur fraus et abrogatur, quam veteri juri quandoque fecerunt Augustus et Tiberius, eo, quem torqueri volebant in caput domini, prius venire jusso actori publico, ut Tacitus scribit 2. *et* 3. *Annal. et* Dio 55. nam et in veterem dominum servi torqueri non possunt. Ac similiter si servus damnatus sit in metallum ex crimine aliquo, quo genere fit servus pœnæ. et desinit esse ejus, cujus fuit, *l. aut damnum*, §. *ult. de pæn.* et antequam damnaretur in metallum, ut ait hoc loco, torqueri non potest, in memoriam prioris domini,

nec si confiteatur, *se ministrum esse*, inquit, *ac plane conscium et participem facinoris* a domino pristino commissi: atque ita ministerii ratio, quæ in causa adulterii servos admittit contra dominum, vel dominam extraneo accusante, ut ex Papin. sup. retuli; ea ratio ubique non valet, et probabilis tantum non necessaria ratio est, quales sunt innumeræ in jure nostro, quod qui nescit, aut diffitetur, se jurisperitum non esse profitetur. In memoriam prioris dignitatis non torquetur, qui desiit esse decurio, *l. ult. de decur.* Et sic in memoriam prioris dominii non torquetur servus in priorem dominum, neque istud decet; memoriæ debetur honos aliquis. In honorem matrimonii prioris non datur actio famosa in eam, quæ uxor fuit, ex causa quæ cœperit constante matrimonio, *l. 2. sup. rerum amot.* In honorem et in memoriam idem est. At enim memoriæ tantum bonæ hic honos debetur, non infamatæ, non damnatæ memoriæ. Ideoque servus licet torqueri non possit in priorem dominum, cujus adhuc integer est status, tamen in priorem dominum qui damnatus est ignominia, et capitis minutione ademptis bonis, torqueri potest, *l. 1. §. item Nummio, hoc. tit.* quia memoriæ ejus nullus honos debetur, memoriæ infamis.

Ad L. XXXIV. de pœnis

Servus in opus publicum perpetuum, ac multo magis temporarium non datur. Cum igitur per errorem in opus temporarium fuisset datus, expleto tempore domino servum esse reddendum respondi.

In hac l. proponitur, servos sententia judicis in opus publicum perpetuum non dari, id est, non solere dari, aut non jure dari, *et multo magis*, inquit, *non dari in opus publicum temporarium*, quamvis dicat, *multo magis*, non tamen hoc argumentum est a minori ad majus, sed a majori ad minus secundum Dialecticos, a quibus Jurisconsulti imbuti sunt, cum sint Stoici omnes, non secundum Rhetores. Proinde sic argumentatur Papin. si pœna operis publici perpetui servo ob delictum non infligitur, quanto magis credibile erat infligi posse, quia et major pœna videtur esse, multo minus infligitur levior, puta, operis publici temporarii: vel quod idem est, multo magis non infligitur levior: sive dixeris multo minus infligitur levior, sive multo magis non infligitur levior, utroque modo negas infligi: *servus*, inquit, *in opus publicum perpetuum, ac multo magis temporarium non datur.* Et sic in *l. pen. sup. de publ. jud. si non datur procurator ad accusandum, multo magis non datur ad defendendum*, vel quod idem est, multo minus datur ad defendendum. Et in *l. aut damnum, §. 1. hoc tit.* si præses provinciæ non potest reo permittere liberum mortis arbitrium, puta, ut se necet quoquo genere voluerit, vel in pelvi secta vena, vel alio, sed ut necet tamen se omnimodo: si, inquam, præses provinciæ non potest permittere reo liberum arbitrium mortis, quoniam hoc est solius principis, ut apud Sveton. in Domit. et apud Tacit. sæpe, multo magis nec veneno necare præses provinciæ reum potest: quoniam est pœna turpis et illegitima. Sic legitur vulgo, *multo magis nec*, in *d. l. aut damnum*, §. 1. rectius quam in Florentinis, *multo magis vel.* Vel concipiatur argumentum hoc modo: nihil refert, si præses non potest permittere liberum mortis arbitrium, multo minus veneno necare. Et sic in *l. 4. C. de præd. minor.* si minor xxv. annis non potest prædia sua vendere sine decreto prætoris aut præsidis, multo magis nec donare. Nam et in illa lege veteres libri ostendunt sic esse legendum, *multo magis donare, nec alio quoquo modo transferre.* Vel sic dicamus, si minor non potest prædia vendere sine decreto, multo minus donare. At contra, si non in negando, sed in confirmando argumentaris hoc modo, ut *l. Barbarius, sup. de off. prætor.* si populus servo potest præturam decernere, multo magis Imperator: non est argumentum a majori ad minus, ut superiora, sed a minori ad majus, quod tantum valet ad adfirmandum, non ad negandum, contra illud quod est a majori ad minus valet ad negandum, non ad adfirmandum. Et ut hoc breviter perstringam, a majori est quum quod magis est credibile, adsumitur ad probationem: a minori, quum quod minus est credibile aut probabile, adsumitur ad probationem. Quarum rerum neque totius artis non debet jurisperitus esse ignarus, sed tinctus saltem esse debet, et nosse locos, atque habere in numerato, alioquin ludit operam: sed ad rem. Videamus cur servus non detur in opus publicum perpetuum vel temporarium pœnæ causa? Credo, et verum est, quia hæc pœna in servo non est pœna: nec enim fit ejus causa deterior; imo quandoque dum subtrahitur servitio durioris domini, et publico operi mancipatur sive vinculis, fit melior: non est igitur pœna. Qua ratione etiam hic Græci interpretes utuntur: pœna operis publici perpetui in libero homine gravissima est, quæ civitate mulctat, et deportationi in insulam comparatur, *l. 17. sup. hoc tit. l. 1. C. eod. tit.* denique capitis media diminutio est. In servo autem nulla est pœna. Item operis publici temporarii in libero homine pœna est, quia non multum distat ab specie servientium, qui invitus publico operi navat operam, non tamen est capitis diminutio, quia, neque libertate plectit, neque civitate, *l. 6. C. de*

caus. ex quib. inf. al. non irrog. In servo autem pœna operis publici temporarii, nulla omnino est pœna. Pœna igitur operis publici non est communis liberis hominibus et servis, non cadit in omnes, sed est liberorum hominum propria: ut contra, vinculorum perpetuorum pœna, propria servorum est, non liberorum hominum, *l. seq.* 33. *hoc tit. l.* 6. *et* 10. *C. eod.* At pœna metalli, sive in opus metalli, est communis liberorum hominum et servorum, *l. si quis aliquid*, §. *qui se*, *hoc tit. l.* 11. *C. eod. tit. l.* 17. §. *ult. de quæst. l.* 5. *de manum.* Et hæc pœna metalli fodinæ in liberis hominibus maxima capitis diminutio est: in servis mutatio dominii in deterius, quia, etsi servi nec libertatem habeant, nec civitatem, aut caput ullum, quod damnatione in metallum amittere possint, tamen in deteriorem et teterrimum dominum decidunt, abeunt a priore, quem habuerunt ante damnationem, et servi fiunt pœnæ, non fisci, non Cæsaris, non Reipubl. non ullius certi hominis: sed quod miserum est, fiunt servi pœnæ, cruciatus, tormentorum, catenarum, *l. aut damnum*, §. *inter eos*, *et* §. *ult. hoc tit.* Quod autem ait Papin. in opus publicum perpetuum servos non damnari, pugnare videtur cum *l. in servorum: hoc tit.* quam opponit etiam Accursius, quæ, ut breviter eam exponam, servum ita damnatum, ut domino reddatur sub pœna vinculorum, si dominus nolit eum nebulonem recipere forte, nec sit, qui eum emere velit, ait, dandum esse in opus publicum perpetuum. Ergo, inquies, forte servus damnatur in opus publicum perpetuum: imo, ea lex nihil pugnat: quia non proponit servum damnatum fuisse in opus publicum, sed domino reddi jussum sub pœna vinculorum; ut ei perpetuo in vinculis serviret, quæ pœna in servo legitima est. Et hunc tamen servum ita damnatum, non in opus publicum, quod non potuit, sed in vincula, si a domino et omnibus derelinquatur, si nullus existat, qui servitio ejus uti velit, cui possit sub pœna vinculorum servitutem servire, non necessario servus datur vel in opus metalli, ut *l.* 5. *de manumiss. et l. si quis aliquid*, §. *qui se*, *hoc tit.* vel datur in opus publicum perpetuum: et hoc modo fit servus pœnæ, vel potius servus publicus. At si a domino non derelinquatur, si dominus eum recipere velit sub pœna vinculorum, sub lege habendi eum semper in vinculis, in compedibus, remanet in ejus dominio et potestate, nec fit alterius, licet vincula ei injecta sint, *l. aut damnum*, §. *ult. hoc tit.* nullis autem vinculis injectis, si in opus publicum perpetuum tradatur, nullam sustinet pœnam, nullum onus domini servitio gravius. Ergo hoc genere servus non punitur. Denique frustra datur simpliciter sine vinculis in opus publicum perpetuum, et multo minus datur in opus publicum temporarium, quod servitium tempore levius est. Quod si forte aliquando eveniat, ut servus damnetur in opus publicum temporarium per imperitiam judicis, toleratur quidem sententia nec rescinditur, arg. *l.* 23. *hoc tit. et l.* 7. §. *ad tempus*, *de interd. et releg.* Sed ut Papinianus ait hoc loco, expleto tempore, domino redditur, ut ei præbeat operas, nec jam amplius publico, quoniam ab ejus dominio non discessit: vel etiamsi per imperitiam judicis servus damnetur in opus publicum perpetuum, sane tunc curabit dominus rescindi sententiam, quoniam ejus interest, ne in perpetuum careat operis servi, et sit dominus sine re.

Ad §. *Eos quoque.*

Eos quoque pœna delatoris ex sententia Senatusc. teneri respondi, qui per suppositam personam delatori causam dederunt.

Hoc loco ostendit Pap. eum, qui per suppositam personam delatori sive accusatori causam dedit, id est, qui supposuit aliquem, qui mandaret delatori causam capitalem deferendam, quique delatorem sive accusatorem instrueret allegationibus et probationibus, eum, inquam, qui hoc ministerio utitur ad mandandam alteri accusationem, delationemve capitalis criminis, deserta accusatione teneri, perinde atque desertorem ipsum, qui ab accusatione destitit. Teneri, inquam, ut ait, ex sententia Senatusconsulti Turp. non ex verbis, quia Senatusconsultum tantum loquitur de accusatore et mandatore desistente. At sententia Senatusconsulti porrigitur etiam ad mandatorem mandatoris, de quo hic locus est accipiendus. Et hic Papin. locus proculdubio significatur in *l.* 1. §. *incidit*, *ad Senatusc. Turp.*

Ad L. III. de Senat. pass. et rest.

In insulam deportati bona fiscus, pœna remissa, retinuit: creditores ex ante gesto non habere cum eo, qui debitor quondam fuit, actiones constitit. Quod si bona cum dignitatis restitutione concessa recuperaverit, utiles actiones necessariæ non erunt, cum et directæ competunt.

In hac lege proponitur deportatum in insulam indulgentia Principis fuisse restitutum civitati, quam per deportationem amiserat, et famæ quoque simul amissæ, ac dignitati suæ. Solius principis est restituere civitati et famæ, *l. Imperialis*, *C. de nuptiis*, *l. si qua*, *C. ad Senatusc. Tertull.* At fuisse eum restitutum civitati tantum et famæ, non etiam bonis, quæ semper deportato adimuntur omnia, et coguntur in fiscum, non fuisse: inquam,

restitutum bonis, ut plerumque non solet fiscus restituere, quæ semel in eum ceciderint, ne innocenti quidem confiscato forte ex causa contumaciæ, ut *l. 2. C. de requir. reis.* Et certum est deportatum restitutum civitati et dignitati beneficio Principis, non etiam bonis, non teneri creditoribus ex eo, quod gessit vel contraxit ante damnationem, quia deportatione, quæ est species capitis diminutionis, desiit esse debitor, et actiones translatæ sunt in fiscum, ad quem bona pervenerunt, *l. si debitori, sup. de fidejuss. l. 2. §. 1. et l. tutelas. §. ult. de cap. minut. sup.* vel fisco non utente jure suo, et non vindicante bona deportati, ut potest, creditores cum deportato, qui bona retinet negligente fisco: non habent quidem directas actiones, quia ipso jure capitis diminutione liberatus est, sed habent utiles, quia bona ei adempta non sunt reipsa, jure adempta sunt, quia pertinent ad fiscum, sed per negligentiam fisci apud eum remanserunt. Ideo tenetur utilibus actionibus respondere creditoribus suis, *l. 14. §. ult. sup. de int. et rel.* quæ est una ex eis, quas ad eum titulum, qui mutilus est, restituimus ex Basilicis. Et quod dicimus de actionibus quibus deportatus obstrictus fuit ante sententiam, idem obtinet in iis, quas habuit ante sententiam, ut scilicet ei auferantur, et transeant in fiscum, sicut cetera bona, *l. 5. C. eod. tit.* Et hoc est, quod pertinet ad priorem partem hujus legis. Ex posteriori parte hujus legis notandum est, quod si forte magno beneficio Princicipis, deportatus pristinum statum, pristinam dignitatem cum bonis omnibus specialiter reciperaverit, tunc ei et in eum competunt directæ actiones, eædem, quæ competebant ante sententiam, nec utiles hoc casu sive restitutoriæ actiones ei sunt necessariæ, quia ipso jure restitutio bonorum et actionum restitutio est, *l. 4. C. eod. tit. l. 21. inf. de verb. signific.* Quod usque adeo verum est, ut etsi restitutus bona respuat, sibi a Principe concessa et restituta, non ideo minus ipso jure redeat in obligationem creditorum, non ideo magis exuatur actionibus, *l. 2. hoc tit. l. pen. C. eod.* Et nota quod ait, non esse necessarias actiones utiles, quum directæ competunt. Quod ostendit etiam *l. si hæres institutus, sup. ad Trebell. et l. 1. de Public. in rem act.* Posui in hac posteriore parte, eum fuisse restitutum cum bonis omnibus, ut *l. 2. hujus tituli* exigit bona omnia restitui, ut et actiones restituantur in eum directæ, quia si restituantur tantum ei res quædam, veluti domus illa, et ille fundus, dicente principe: *Restituo te civitati et dignitati, et illis ædibus, et illi fundo, quem possedisti pridem ante damnationem*: hoc casu actiones ex ante gesto, id est, ex tempore præcedente sententiam, ei vel in eum nullæ competunt, sed fiscum sequuntur, ad quem bona prevenerunt, *l. 5. C. eod. tit.* Hoc ita, si res quædam, si corpora quædam bonorum ei restituantur, sicut dixi. Nam si pars bonorum ei restituatur, non designatis certis rebus, veluti dimidia pars aut tertia quam *partem cognominem* Arithmetici vocant, nostri Doctores, *partem quotam,* puta, his verbis, *restituo te dimidiæ parti bonorum: vel restituo te tertiæ parti bonorum:* tunc pro ea parte, quæ restituitur, ei et in eum competunt pristinæ actiones, *dicta l. 5. C. eod. tit.* Multum igitur interest, rebus quibusdam restituatur, an parti bonorum: sicut multum interest ex rebus certis quis hæres instituatur, adjectis aliis hæredibus: qui pro legatario habetur, an ex parte certa, qui pro hærede habetur, non pro legatario, *l. pen. C. de hæred. instit.* Multum item interest, rogetur hæres restituere hœreditatem retenta re, aut rebus certis, quo casu omnes actiones hæreditariæ transeunt in fideicommissarium Trebellianum, an vero retenta quarta parte, quo casu actiones dividuntur inter hæredem et fideicommissarium pro quadrante et dodrante, *l. si legatus, §. multum, sup. ad Trebell.* Actiones, inquam, creditorum, non etiam actiones legatorum, quibus tenetur solus fideicommissarius in solidum, dum restituitur dodrans hæreditatis, optima ratione, quia cum adversus legatarios hæres salvum et integrum quadrantem, id est, integram Falcidiam habere debeat, non debet eam ideo minus habere integram et illibatam, sine onere legatorum, quod dodrantem fideicommissario restituere teneatur. Dico dodrantem, cum rogatus est assem restituere. Nam si rogatus sit semissem restituere hæreditatis, hoc casu non tantum actiones creditorum, sed etiam actiones legatorum dividuntur inter hæredem et fideicommissarium pro semissibus, *l. 1. §. pen. et ult. ad Treb. l. 2. C. eod. tit. l. etiam, §. 1. sup. ut legat. nom. cav.* Idemque est si hæres rogetur restituere trientem vel bessem, non assem, quæ juris principia certissima sunt, et sæpe memoria retinenda, quoniam facile excidunt.

Ad L. XXXIX. de Jure fisci.

Bona fisco citra pœnam exilii perpetuam adjudicari sententia non oportet.

Displicet mihi et omnibus interpretatio Accursii ad initium hujus legis, quod accipit de deportatione, cum sit necessario accipiendum de relegatione, ut perspicue demonstrabo. Omnino enim hoc vult: *citra pœnam exilii perpetuam,* id est, non irrogata relegationis pœna in perpetuum,

sed ad tempus tantum, damnati bona non esse confiscanda, id est, neque omnia bona, neque partem bonorum ullam. Et ideo non nisi relegato in perpetuum, partem bonorum adimi posse, ut patet ex *l. 4. sup. de interd. et releg.* quæ ait, (sic enim explicanda est) *relegatos omnia bona retinere præter ea, si qua eis adempta sint sententia judicis*. Quod ita explicat mox, *nam eorum*, inquit, *qui in perpetuum exilium dati sunt, vel relegati, potest quis sententia partem bonorum adimere*. In perpetuum exilium datos, proculdubio vocat relegatos in perpetuum, non deportatos. Et quod sequitur, *vel relegati*, interpretatio est illorum verborum, *in perpetuum exilium dati*. Illud, *vel*, ut sæpe occurrit in jure nostro, est, σύνδεσμος διασαφητικός. Et ita hoc loco: *citra pœnam exilii perpetuam*, id est, citra relegationem perpetuam, bona damnati non sunt adjudicanda fisco: citra relegationem perpetuam, quia relegati ad tempus bona nulla ex parte publicari possunt, *l. 7. §. ad tempus, sup. de int. et releg.* Facit ergo differentiam inter relegationem perpetuam, quæ adimere potest partem bonorum, et relegationem temporariam, quæ nullam partem bonorum adimere potest. Quæ differentia cum non possit fieri in deportatione, quia omnis deportatio est perpetua, nulla temporaria, *l. 18. eod. tit.* quæ est etiam ex restitutis auxilio Basilicon, nulla capitis diminutio est temporaria, *l. capitalium, §. divus de pœn.* ex eo manifesto apparet illa verba: *citra pœnam exilii perpetuam*, quæ sunt scripta ad differentiam exilii temporarii, posse tantum accipi de relegatione, non de deportatione, quæ nulla est temporaria: nulla denique capitis diminutio est temporaria. Nec objicias, quod damnari quis potest in metallum ad tempus: ergo capite minui ad tempus. Nam damnatio in metallum, proculdubio capitis diminutio est, quia plectit et civitate, et libertate. Damnari quis potest in metallum ad tempus ex *l. sine præfinito, de pœn.* quæ ait, damnato aliquo in metallum simpliciter, non præfinito tempore, imperitia damnatis non adjecto, in perpetuum, neque ad tempus, illud ait, decennium præfinitum videri. Nam, ut respondeam, concedo damnari quem posse in metallum ad tempus, et hoc esse frequentissimum, et non adscripto tempore, damnatum videri in decennium, sed tamen ita damnatus in perpetuum capite minuitur, quia in perpetuum civitatem amittit, et libertatem tantum retinet, quod aperte ostenditur in *d. §. Divus*, et *l. aut damnum, §. in ministerium, eod. tit.* Et alia est ratio servi damnati ad vincula sententia judicis non præfinito tempore, qui in perpetuum damnatus intelligitur, non in decennium, quia durius agitur cum servis, et solemne hoc erat, servos reddi dominis sub pœna vinculorum, *l. in servorum, l. si quis aliquid, §. qui se, sup. de pœn. l. servos, C. eod. tit.* In liberis hominibus pœnæ interpretatione molliendæ sunt, ut ait *l. interpretatione, de pœn.* in servis interpretatione exasperandæ potius quam molliendæ sunt. Concludamus igitur, exilium esse accipiendum initio hujus legis, non proprie pro deportatione, ut in *l. 2. de publ. jud.* quia deportatio nulla est temporaria, sed improprie exilium esse accipiendum pro relegatione, ut apud eundem Pap. exilium temporarium est relegatio, non certe deportatio, *l. falsi, §. 1. ad leg. Corn. de fals. l. 15. quib. ex caus. in poss.* Et sequitur in hac lege.

Ad §. Eum, qui.

Eum, qui periculum communis condemnationis dividi postulavit, quod participes judicati solvendo essent, revocatis alienationibus, quas fraudulenter fecerunt, non videtur causam pecuniæ fisco nuntiasse, respondi.

Idem ostendit hoc loco, quod ostendit in *l. proxima §. ult. sup. lib. 15.* delatorum numero non haberi eum, qui causæ propriæ protegendæ gratia fisco nunciat causam pecuniariam, atque adeo vinci eum posse sine periculo calumniæ, quod delator nunquam evitat. Et species hæc est: plures sunt condemnati fisco ex eadem causa in unam summam, hoc adjecto in sententia et expresso, *ut si quis eorum solvendo non esset, pro eo ceteri solvere tenerentur*: unus ex eis postulavit dividi sententiam et condemnationem pro virilibus portionibus, dicens participes et collegas esse solvendo, si modo revocentur alienationes, quas fecerunt in fraudem fisci, et quum ab eo desideraretur, ut probaret collegas alienasse bona sua in fraudem fisci, id non potuit probare. An fit infamis quasi delator? Minime, quia hoc dixit et proposuit suæ causæ protegendæ gratia, ne supra virilem inferret fisco. Ita vero, ut posui hoc loco, necesse est ponere speciem, quam etiam explicavit Acc. male. Plures scilicet una sententia fuisse damnatos, ita ut pro eo, qui solvendo non esset, ceteri tenerentur, quoniam si generaliter damnati forent, et simpliciter, ut ponit Acc. eo non addito, ut quod ab altero servari non posset, alter suppleret de suo, proculdubio hoc casu periculum sententiæ non excussis facultatibus singulorum, ex æquo inter eos dividitur pro virilibus portionibus, nec inopia unus onerat ceteros, *l. 1. §. quoties, sup. de app. l. 1. et 2. C. si plures una sent. cond. sint.* Et nihil est præterea in

lib. 16. Imo supersunt adhuc duo loci, quib. Marcianus ex eodem libro utitur Pap. auctoritate, qui breviter explicabuntur. Unus in *l. 1. §. ult. de req. reis, vel abs. dam.*

Ad §. ult. L. I. de Requir. res.

Sed et Pap. lib. 16. responsor. scripsit, requirendum adnotatum si provinciæ præsidem intra annum adierit, et satis obtulerit, non esse locum mandatis, ut bona fisco vindicentur: nam esti intra annum mortuus sit, criminis causa expirat et perit, et bona ejus ad successores transmittuntur.

Ex quo intelligimus, reum criminis capitalis absentem et profugum, non damnari quidem, sed adnotari inter reos, ut requiratur, et fieri, ut loquuntur, requirendum, bonis interim fisco subgnatis, nondum publicatis, quæ nec publicantur ante damnationem, si intra annum, ex quo publice adnotatio innotuit, venerit, adierit judicem, et satisdederit judicio sisti. Imo nec si intra annum moriatur, bona confiscantur, sed ad ejus hæredes legitimos transeunt, et morte ejus, quæ contigit intra annum, cum criminis quæstio, tum bonorum quæstio perimitur, *l. 1. C. eod. t. l. 2. C. si pend. app. mors. interven.* si non venerit intra annum, et purgarit se, vel si non mortuus sit intra annum, post annum bona subsignata fisco, proculdubio, et occupantur a fisco, quasi publicata, quasi publica, *l. ult. h. t, l. 2. C. eod.* Alter locus est in *l. 3. de bon. eorum, qui ante sent. vel mort. sibi consc.* vel. *au. eor.*

Ad L. III. de Bon. eorum, qui ante sentent. etc.

Qui rei postulati, vel qui in scelere deprehensi, metu criminis imminentis mortem sibi consciverunt, hæredem non habent. Pap. tamen lib. 16. responsor. ita rescripsit, ut qui rei criminis non postulati, sibi manus intulerint, bona eorum fisco non vindicentur, non enim facti sceleritatem esse obnoxiam, sed conscentiæ metum in reo, velut confesso teneri placuit. Ergo aut postulati esse debent, aut in scelere deprehensi, ut si se interfecerint bona eorum confiscentur.

Sententia hæc est: bona ejus qui sibi mortem conscivit, fisco vindicari, si reus postulatus, vel in scelere capitali deprehensus, ἐπ' αὐτοφόρῳ, vel ἐν ἔργῳ, metu criminis imminentis, mortem sibi consciverit, non aliter: nam si quis, cum non esset in reatu, cum non esset reus postulatus, non in flagranti crimine deprehensus se interfecerit, non ideo bona fisco vindicantur, et ut ait Pap. facti sceleritas, id est, ἀνομία, ut veteres Glossæ interpretantur ἀνομίαν, sceleritatem, iniquitatem, est priscum vocabolum, quo significatur fœditas et turpitudo facti, et nefandissimum scelsus injussu Dei, a quo animus datus est, ex hominum vita migrare, et adsignatum a Deo munus humanum defugere et deserere. Et tamen illa facti sceleratis legib. non plectitur, sed conscientiæ tantum metus, et quasi tacita confessio rei: in qua causa is tantum est, qui cum esset in reatu sibi ipsi manus intulit. Et ita hic locus explicandus est.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. XVII. RESPONS. ÆMILII PAPIN.

Ad L. XLII. de Pactis.

Inter debitorem et creditorem convenerat, ut creditor onus tributi prædii pignerati non agnoscere, sed ejus solvendi necessitas debitorem spectaret, talem conventionem quantum ad fisci rationem, non esse servandam respondi: pactis etenim privatorum formam juris fiscalis convelli non placuit.

Hujus l. sententia hæc est: debitor creditori prædium tradidit, ut id haberet et possideret jure pignoris, addita lege, sive pactione hujusmodi, ut tributum, quod predium fisco debet, debitor exsolveret, non creditor. Quæritur, an ideo dicendum sit, fiscum non posse convenire creditorem tributorum nomine, quod aliud placuerit inter eum ei debitorem, ut non ipse creditor, sed debitor munere tributorum fungeretur. Et ait, eum pactionem non lædere jus fisci, jus fiscale: fiscum posse convenire creditorem, qui possidet prædium jure pignoris. Nam tributum onus est possessoris cujusque, non domini, nisi possideat, *l. Imperatores, inf. de publican.* et creditor pignorati prædii possessor est naturaliter, et jure pignoris, *l. 3. §. ult. inf. ad exhib.* Et quidem solus possessor, quia debitor eo animo pignus tradidit, ut possessionem dimitteret, et transferret in creditorem, *l. per servum, in pr. inf. de adq. rer dom. l. eum et sortis, §. ult. de pign. act.* Ergo creditor debet prædii pignorati, quod possidet, tributum agnoscere et fisco persolvere: fisco non delegato ad debitorem, quia pactio habita inter eum et debitorem, non potuit labefactare aut convellere jus fisci, sicut nec jus privati alterius cujusquam, *l. 3. in princ. t. seq.* Eadem hac in re est causa privati ac fisci, nec quidquam

datur fisco, quod non detur etiam privato. Pactio habita inter duos non nocet tertio, qui pactioni non interfuit. Recte autem ait Pap. *quantum ad fisci rationem attinet, eam pactionem non esse servandam:* nam quantum attinet ad debitorem et creditorem, proculdubio servanda est inter eos, ita ut, quod solverit creditor fisco tributorum nomine, a debitore recipiat, debitor creditori rependat, *l. epistola*, §. *pactum*, *h. t.* et quantum ad debitorem et creditorem attinet, ea pactio congruit omnino cum jure communi, quo soluta fisco a creditore dicuntur agere sortem, *l. 6. C. de pign.* Quod et hic Acc. notavit recte.

Ex libro 18. nullæ sumptæ sunt ll.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

In LIB. XIX. RESPONS. ÆMILII PAPIN.

Ad L. III. ad L. Rhod. de jactu.

Quum arbor, aut aliud navis instrumentum, removendi communis periculi causa dejectum est, contributio debetur.

Coguntur sæpe, qui mari navigant orta gravi tempestate ventorum imbriumque procella, ut commune, quod imminet naufragii periculum evitent, levare navem facta jactura mercium vel sarcinarum, quæ magis navem onerant, ut Nemesius ait libro de natura hominis, ἀποβολὰς τῶν φορτίων ποιεῖν τοὺς ναύτας χειμῶνι περιπέσοντας: de consilio scilicet et sententia omnium, qui in navi sunt, et domino quoque ipso mercium, quas jactari placuit, navis exonerandæ gratia, primum incipiente jactum, ut nominatim est scriptum in l. Rhodia his verbis ἀποβολῆς εἰς τὴν θάλασσαν γινομένους ὁ ἔμπορος πρῶτος ῥιπτέτω. Hoc vero casu dominis mercium vel sarcinarum, quæ jactæ sunt in mare, ex eadem lege Rhodia, quæ vetustissima est, et recepta ubique gentium, damnum quod fecerunt sarciri debet ad collationem, contributionem, symbolum vocatis iis omnibus, quorum res beneficio jacturæ salvæ remanserunt: quia natura æquum est, participes esse damni eos, qui beneficio damni, quod alter accipit, sua conservaverunt: æquum est ex aliena jactura non conservari res nostras nobis gratuito sine aliquo dispendio, et communicatione damni, et ut eleganter ait *l. 2.* §. *cum in eadem*, *h. t.* Id tributum, id est, eam contributionem, observatæ res debent, non personæ, sed res quia liberarum, personarum qui in navi fuerunt, nulla æstimatio est: salus liberi hominis inæstimabilis est, vel ut ait *l. pen.* §. *ult*, *inf. de don*, *Contemplatio salutis certo modo æstimari non potest.* Ergo conservari homines liberi, conservata salus liberorum hominum in contributionem non venit, quia inæstimabilis est. Conservatio servorum et aliarum rerum æstimabilis est: hæ igitur res contribuere debent, quod salvæ superfuerint beneficio jacturæ, non etiam liberi homines pro capite suo quidquam conferre debent. Contributio autem fit pro rerum servatarum et jactarum pretio præsenti, et fit non tantum a dominis conservatarum rerum, sed etiam a domino navis, pro navis servatæ pretio, *d.* §. *cum in eadem,* atque etiam, ut hoc loco Pap. ostendit, et *l. 5. h. t.* pro pretio arboris cæsæ, sive mali, qui et κατάρτιον dicitur, si cæsa sit arbor navis periculi amovendi causa, juxta illud Lucani 9.

Arboribus cæsis flatum effudere prementem.

Vel etiam pro pretio clavi vel anchoræ, vel antennarum, si servata sint cornua antennarum, vel pro pretio aliorum quorumcunque instrumentorum, quæve servata sunt, ut si qua instrumenta navis eruta, fracta, dejecta sint, navis et mercium servandarum, et periculi propulsandi gratia. Et ita in l. Rhodia nominatim scriptum est, μετὰ τῆς ἐξαρτίας, quo nomine significatur omne instrumentum navis, usitato etiam Venetis hodie. Cum ergo instrumento omni navis, navem in contributionem venire; instrumento dejecto debetur contributio, vel fracto, vel eruto. Instrumentum vero servatum simul cum nave debet contributionem, et definitur etiam eo capite legis Rhodiæ pretium navis cujusque, pro quo conferri debet pretium navis vetustæ: et specialiter pretium navis capacis decem millium modiorum, id est, quæ tollat modiorum decem millia, quæ vocat, τὴν χιλιαδιατοῦ μοδισμοῦ. Et Dio 56. χιλιοφόρον, qualis erat plerunque omnis navis oneraria, Ulp. *lib. sign. regul. Nave*, inquit, *Latinus civitatem Romanam accipit, si non minorem, quam 20. millia modiorum navem fabricavit*, id est, τὴν Χιλιάδια τοῦ μοδισμοῦ. Pertinet lex Rhodia non ad naves longas veluti triremes, sed ad onerarias, quæ sunt fabricatæ mercaturæ causa, veluti Corbitæ, et inde frequens in hoc titulo mentio mercium navibus impositarum. Valde autem notandum est, quod ait hoc loco, *removendi communis periculi causa, si dejecta cæsa sit arbor*, si cæsus malus, vel defectum aliud instrumentum navis, deberi contributionem. Si facta sit dejectio, inquit, vel amissio instrumenti removendi communis periculi causa. Nam si citra metum periculi exarmaverit aliquid in navi nauta, aut vis quædam modica tempestatis, id vectores aut mercato-

res sarcire non debent, sed id tantum, quod exarmavit metu imminentis periculi, et voluntate vectorum aut mercatorum, si quid ultro exarmaverit, id citra voluntatem vectorum, nec urgente periculo ullo, id nautæ sarcire non debent. sicut nec si faber, cujus opus locasti, marculum vel incudem fregerit, id imputabitur ei, id sarcire non debes, *l.* 2. §. *si conservatis*, *hoc tit.* Notandum etiam est, non tantum contributionem fieri facta jactura certarum mercium navis levandæ causa; sed etiam propter jactum, vel propter vim tempestatis, ut additur in lege Rhodia aspergine, vel salsugine maris deteriorib. factis aliis mercibus, quæ in navi remanserunt, ut scilicet damnum sarciatur, tam harum quam illarum mercium dominis, ex collatione ceterorum, quorum merces salvæ, integræ, illæsæ sunt, *l.* 4. §. *ult. hoc tit.* Et damnum asperginis in lege Rhodia significatur his verbis: Ἐὰν ἐκ τὴν ζάλης: ζάλην vocat procellam, συμβῇ τὸν κομὸν βρεχθῆναι. Item contributio fit navi expugnata a piratis, ut scilicet redimatur navis communi pecunia, cum mercibus, quæ simul abductæ sunt et ereptæ. *l.* 2. §. *si navis, hoc tit.* Item contributio fit mercibus levandæ navis gratia transjectis in scapham, quæ subsequi plerunque navem solet, si postea scapha submersa sit: nam dominus mercium illarum, quæ in scapham transjectæ sunt, postea scapha demersa, perinde atque si merces jactæ essent in mare, contribuere debent ceteri, qui in navi merces suas salvas habent, *l.* 4. *in pr. h. tit.* Denique contributio fit amissis mercibus jactura, vel transactione facta in scapham navis levandæ, et mercium ceterarum conservandarum gratia, ut damnum sarciatur dominis mercium, vel etiam mercib. aspergine deteriorib. factis, ut et hoc damnum sarciatur dominis mercium vitiatarum, aut ruptarum, vel etiam navi, ut diximus, expugnata a piratis vel hostibus, ut redimatur cum mercibus pro rata ære collato. Naufragio vero facto, et nave prorsus amissa, non est contributioni locus, *l.* 4. §. 1. *et l.* 5. *h. tit.* Etiamsi quis forte merces suas ex naufragio liberaverit, vel profundo extraxerit per urinatores sive colymbarios, vel etiam servaverit in scapha, vel carabo (carabus, κάραβος, καράβιον) quæ fere idem est, quod scapha, *quæ vous appellez caravelle*, quæ sequitur magnas naves, et ejus usus etiam in magno flumine: chelandii usus est in parvo flumine tantum, ut in Avarico flumine Biturigium, commune enim est nomen urbis et fluminis; cujus parvi fluminis nautæ etiam id genus navigii chelandium vocant, ut Cedrinus in historia, *un chelant.* Nave autem amissa, licet forte quædam merces servatæ sint, non esse contributioni locum etiam Paulus scribit 2. *Sent. eod. tit.* ubi et illud generaliter definit, *collationis intributionem ob jacturam non nisi nave salva fieri debere.* Nempe caput hoc legis Rhodiæ, de quo in hoc tit. potissimum agitur, de jactura est tantum, non de naufragio: aliud fuisse caput legis Rhodiæ, de naufragio subindicat *l.* 9. *hoc tit.* in qua proponitur libellus Eudemonis Nicomedensis oblatus Antonino Imperatori, quo quærebatur naufragio facto in Italia, se direptum fuisse, ut ait ὑπὸ τῶν δημοσίων, a publicanis Cycladum insularum, in quas ejectæ erant reliquiæ naufragii quædam: quæ insulæ, ut glossa ait, non sunt etiam in Italia, ubi sint nemo scit. Et respondisse Imperatorem Antoninum, eam rem, id est rectene publicani diripuerint reliquias naufragii necne, judicari oportere lege Rhodia, quam omnes populi libenter sequuntur in controversiis nauticis, videlicet si deficeret, aut non repugnaret l. Romana: forte l. Rhodia non probat, quod Juvenalis ait, *res fisci est ubicunque natat.* Sed licebat unicuique impune, id est, nullo tributo publicanis illato, nullave parte naufragii, naufragium suum colligere, quod et Antoninus scripsit in *l. ult. inf. de inc. ruin. et naufr. et l.* 1. *C. de nauf. lib.* 11. In nauticis autem quæstionibus omnibus, etiam legem Rhodiam esse sequendam, nisi si qua in re ab ea jus civile populi Rom. dissideret, etiam Senatu comprobante, Augustus ut nominatim ait *l.* 9. et Tiberius, et alii, et Vespasianus et Trajanus decreverunt.

Ad L. XLIII. de Oper. Libert.

Ait l. libertum operis obligatum, qui debet operas patrono ex jurejurando, vel ex stipulatione, militiæ nomen non dare sine injuria patroni: quod certum est, militiæ nomen dare non posse, ne patrono fiat injuria, ne patronus careat operis sibi debitis, patroni consensum exigit, ut amittat operarum actionem, alioquin libertus militia removebitur. Nam etsi libertus jus aureorum annulorum impetraverit invito patrono, vel patroni filio, vel natalibus restitutus fuerit, hæc beneficia ei adimuntur, ne fiat injuria patrono, *l.* 3. *inf. de jur. aur. ann. l.* 2. *in fin. l. pen. et ult. de nat. rest.* Imperatores Diocletianus et Maximianus in *l.* 4. *C. de eman. lib. In cujusquam injuriam beneficia aliis tribuere moris nostri non est*, et idem in *l.* 1. *C. Hermogeniano, de test. beneficia citra cujusquam injuriam decernere petentibus, minime solemus*, ubi *citra* pro *intra*, ut apud Cor. Tac. sæpe. Et similiter Trajanus ad Plinium: *Privilegia privatorum injuria a me dari non oportet.* Libertinus militia non prohibetur, sed servus tantum: libertinus nomen militiæ dare potest, *l. ult. C. de liber. et eorum liber.* sed nonnisi consentiente pa-

trono, si ei debeat operas: si non debeat, etiam non consentiente patrono, et si forte ingratitudinis arguatur adversus patronum, aut filium patroni, privilegio militiæ non defenditur, quo minus in servitutem retrahatur propter ingratitudinem, *d. l. ult.* nam etiam militibus adversus parentes et patronos ratio pietatis constare debet, *l. 1. de obs. par. et pat. præst. l. 5. §. a milit. inf. de lib. agnosc.* quæ præcepta sunt officiorum laudatissima.

Ad L. XXIII. de Appell.

Ex consensu litigantium citra compromissum a præside provinciæ judice dato, victus potest provocare.

Ad hanc l. sciendum est, aut quod jam sciunt omnes quasi notissimum, memoria repetendum, a sententia judicis delegati, quem præses provinciæ dedit, posse appellari ad eundem præsidem, vel ad successorem ejus, qui ei succesit in imperio, *l. 1. inf. quis et a quo appell.* A judice autem compromissario, quem ex compromissio litigantes adierunt a sententia judicis compromissari appellari non posse, quanquam hodie alio jure utimur: at jure civili a sententia judicis compromissarii appellari non potest, *l. non disting. §. item cum a judice, sup. de recept. qui arb. recep. et l. 1. C. eod.* Et ratio est evidens, quia frustra appellaretur a sententia judicis compromissarii, cum neque pariat actionem judicati, neque exceptionem rei judicatæ, *d. l. 1. et l. 2. sup. eod. tit. de rec. qui arb.* et ideo quia ex sententia judicis compromissarii, id est, recepti arbitri, non nascitur obligatio, nec judicati actio, nec exceptio; qui eum adeunt, solent invicem pœnam promittere, quod est constipulari et compromittere vicissim alter alteri pœnam, si quis non steterit sententiæ arbitri, ut metu pœnæ stetur sententiæ arbitri, et in non obtemperantem detur actio ex stipulatu pœnæ nomine. Quæritur inde an a judice edititio appellari possit, sic appellatur a M. Tullio pro Plancio, et quis is sit, Servius exposuit in Eclog. Virg. 5. Is est, quem præses provinciæ dedit, non ex suo arbitrio, sed ex petitione, editione, et consensu litigantium, de quo etiam agitur in *l. pen. C. de recept. arbit. l. 1. C. ubi et apud quem cogn. est.* Ab ejus autem sententia, ut definit hoc loco Papinian. appellari potest, quia nihil distat a judice delegato. Quid enim interest, delegarit præses eum, quem ipse elegit, an eum, quem partes elegerunt, si modo eum elegerint citra compromissum: nam hoc loco Florentini perperam habent, *circa compromissum*, alii recte, *citra*, ut Basilic. χωρὶς, id est, sine: nam si ex compromisso editus sit, ab ejus sententia appellari non potest, si sine compromisso editus sit, et datus a præside partibus postulantibus, ab eo appellari potest ad præsidem, qui dedit.

Ad §. Cum Procurator.

Cum procurator Cæsaris, qui partibus præsidis non fungebatur, in lite privatorum jus dandi judicis non habuisset; frustra provocatum ab ea sententia constitit, quæ non tenebat.

Procurator Cæsaris, alias rationalis dicitur, et in Basilicis semper καθολικὸς, quod universam rem Cæsaris tractet et administret. Singuli autem constituuntur in singulis fere provinciis procuratores Cæsaris, et hic procurator Cæsaris habet jurisdictionem inter fiscum et privatos in causis pecuniariis, *l. nec. quidquam in princ. sup. de offic. procons.* Jurisdictionem non habet inter privatos in lite privatorum, nisi partibus præsidis in provincia fungatur. Jurisdictionem etiam non habet inter fiscum et privatos in causis capitalibus, nisi præsidis vicem tueatur et sustineat, *l. 2. C. de pœnis, l. 4. C. ad l. Fab. de plag. l. 8. C. de sent. passis.* Jurisdictionis pars est judicis dandi licentia, judicem delegare posse, *l. imperium, supra, de jurisd.* Judicem ergo procurator Cæsaris dare potest inter fiscum et privatum in causis fiscalibus pecuniariis, non inter privatos et si quem judicem forte dederit inter privatos, isque sententiam dixerit, ab ea sententia frustra appellatur, cum sit dicta a judice non jure dato, vel a non judice potius, *l. 1. C. de pedan. jud.* quæ est sententia hujus §. congruens cum *d. l. 1.* Inter privatos judicem dare, vel de causis capitalibus cognoscere ad præsidis provinciæ jurisdictionem spectat. At crimine pœnaque extincta morte rei ante damnationem, vel etiam post condemnationem facta a præside vivo vel mortuo reo, succedunt partes procuratoris Cæsaris, ut damnati, aut mortui in reatu bona vindicet fisco, et cognoscat de bonorum causa: de reatu non potest cognoscere, de bonis potest cognoscere, quia civilis quæstio hæc est, et pecuniaria, *l. defuncto, sup. de publ. jud. l. 1. 2. 3. C. ubi causæ fisc.* Ulpianus *lib. 9. de offic. procons. tit. ad l. Fab. legis*, inquit, *Fabiæ de plagio in provinciis præsidum cognitio est.* Nec aliter procuratori Cæsaris hæc cognitio injungitur, quam si præsidis partibus in provincia fungatur: *Sane*, inquit, *post sententiam de plagio latam procuratoris partes succedunt.* Deinde subjicit Ulpianus: *insulæ tamen Cretæ*, ut emendavi, *procuratori specialiter datum constitutione Antonini*, ut ex *l. Fabia posset cognoscere de plagio, et l. Julia tantum de adulteriis coercendis.* Hinc quæritur, quando videatur procurator

Cæsaris fungi partibus Præsidis? Ne dicas, ut Accurs. in *l.* 1. *C. de ped. jud. et l.* 4. *C. ad leg. Fab.* procuratorem Cæsaris tunc fungi partibus præsidis, quum privati quidam in lite, quam habent inter se, se jurisdictioni ejus subjiciunt quia non in eo obtinet, agitve partes præsidis, sed in ea tantum lite inter privatos consentientes jurisdictionem exercet, *l.* 1. *sup. de judic.* Ne etiam dicas, eum fungi partibus præsidis quum præses ei mandavit jurisdictionem suam, neque lex ei detulit: lex Julia judiciorum, *l.* 6. *sup. de jurisdict.* Et constat etiam mandari a præside non posse cognitionem causarum capitalium, quæ lege datur præsidi, non jure magistratus competit, *l.* 1. *sup. de off. jud. cui mand. est jurisd.* At tunc certe procurator Cæsaris tuetur vicem præsidis, sive partes, quum mortuo præside, a Principe, qui lex viva esse dicitur, moderamen provinciæ ei temporis causa datur: vel etiam, quum ab initio a Principe ei provincia regenda committitur, quæ non habet præsidem, ut in *l.* 1. *sup. de tut. et cur. dat. l.* 1. *C. de offi, ejus, qui vicem alt. jud. gerit.* Fuerunt enim quædam provinciæ quandoque sine præside, quæ a solo procuratore Cæsaris regebantur, ut duæ Mauritaniæ, et Rhetia, et Noricum teste Cornel. Tac. 1. histor. Et quandoque neque a præside, neque a procuratore Cæsaris regebantur quædam, sed a Primipilo. Idem Corn. Tacit. 4. Annal. *Olennius e Primipilaribus regendis Frisiis impositus.* Ovid. 4. de Ponto, ad Vestalem: in quo lemmate ex veteribus addendum est, *Primipilum*: Ad Vestalem primipilum.

Missus es Euxinas, quoniam Vestalis ad oras,
Ut positis reddas jura sub axe locis.

Ad §. Filiumfam.

Filiumfamilias, cum adversus patrem ejus de bonis, quæ per ipsum poterat acquiri, pronunciatum esset, respondi, non nisi patris nomine potuisse provocari.

Quædam erant bona per filiumfamil. quæsita patri jure potestatis, quæ cum persequeretur pater, et peteret a possessoribus, adversus eum pronuntiatum est: filius ejus potest appellare a sententia etiam sine mandato patris, *l. sed et hæ pers. sup. de procur.* sed nomine patris, non suo, quia res jam sua non est, ac ne momento quidem fuit sua, *l. placet, de adq. hæred.* sed res est patris. Effectus hujus rei hic est, quod debeat appellare intra triduum, qui si causa ejus esset propria, si suo nomine vellet appellare, deberet appellare intra biduum, *l.* 1. §. *in propria, inf. quand. appell. sit.*

Ad §. Ultimum.

Eum, qui cognovit edictum peremptorium secundum ordinis causam dati, placuit non recte provocasse, cum in ejus potestate fuerit, ante diem præstitutum pro tribunali respondentem, aut defensum edicti denuntiationem rumpere.

Ex §. ult. hujus legis intelligitur, eum, qui in causis civilibus post litis contestationem per contumaciam judicio abest, et damnatus ex eremodicio, quam vocem, et forum retinet, quasi deserta lite, post diem præstitutam edicto peremptorio, quo adesse jubetur, si judicio absit; nec venerit prædicta die, et cognoverit edictum, eum, inquam, absentem, qui ex contumacia ita damnatus est, non posse appellare, quod approbant multæ admodum leges præter hunc §. *ult. l. et post. peremptorium*, §. *ult. sup. de judic. l. liberto*, §. *pen. de negot. gest. l.* 1. *C. quorum appell. non recip. l. properandum*, §. *cum autem*, *C. de judic.* Verum exigimus, ut ei innotuerit edictum peremptorium, quo evocatus est in judicium ad diem certam. Exigimus ut edictum peremptorium vel fuerit publice propositum, publice affixum, quoniam non potest causari ignorantiam ejus, quod publice affixum est. Denique cognoscere videtur quisque et intelligere, quod publice propositum est loco celeberrimo claris literis. Ergo exigimus ut edictum vel sit propositum, vel ut non propositum venerit in notitiam ejus, perlatis ad eum litteris, vel denuntiationibus; alioquin si edictum peremptorium, neque propositum neque ei notum factum sit, sententia in eum absentem dicta, ipso jure nulla est, *l.* 1. §. *pen. inf. quæ sent. sine appell. rescind.* Itemque exigimus, ut edictum peremptorium interponatur, ut ait, *secundum ordinis dati causam*, id est, secundum solemnem formulam ordinis legibus dati, vel solemni ordine edictorum peracto, ut ait *l. si prætor*, *sup. de judic.* Nam tria edicta vel litteræ aut denuntiationes tres debent, aut solent præcedere edictum peremptorium. Et hæc est forma, sive causa ordinis dati in contumaci faciendi et damnando. Ut autem, qui damnatus est ex contumacia, non possit appellare, pœna contumaciæ hæc est, et contempti magistratus: et, ut ait hoc loco, imputatur ei, quod cum potuerit edicti denuntiationes abrumpere, non abruperit, sistendo se judicio ante diem præstitutum edicto peremptorio. Fuit enim in ejus potestate ante diem præstitutum judicio adesse, per se, aut procuratorem, respondere per se, aut defendi a procuratore, quod cum non fecerit, cum neque venerit ad diem, neque miserit procuratorem, de se queri debet, si litis damno coerceatur, ut in *l. contumacia, de re judic.* id est, si damnato neque detur commune

auxilium appellationis, neque restitutionis in integrum. Sed hoc dum exprimit Pap. utimur valde prisco et Attico tamen genere loquendi, dum ait, *cum in ejus potestate fuerit ante diem præstitutum pro tribunali respondentem, aut defensum edicti denuntiationem rumpere. Cum,* inquit, *in ejus potestate fuerit respondentem, aut defensum,* quo genere loquendi ferme omnes auctores utuntur: est σολοικοφανές, neque tamen σολοικός, quale extat simile in §. *ult. Institut. de action.* qui quidem §. ita legitur in omnibus veteribus, etiam ab Angelo Aretino, et ceteris: *eum quoque qui creditoribus bonis cessit, si postea aliquid acquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro creditores cum eo experiunt:* quæ oratio congruere non videtur, aut cohærere, neque tamen rejicienda est quoniam ἀρχαϊσμὸς est, et frequentissimum genus loquendi etiam apud Ciceron. et Sallust.

Ad L. pen. de Re mil.

Ex causa deseretionis notatus, ac restitutus, temporis, quod in desertione fuerit, impendiis expungitur: quod si ratio constiterit, neque desertorem fuisse apparuerit, omnia stipendia citra temporis finem redduntur.

In hac lege ostenditur, desertorem militiæ damnatum et notatum infamia, etiamsi indulgentia Principis militiæ restitutus fuerit, ut solet ex prima desertione tantum, *l. 5. §. desertor, hoc tit.* non restitui tamen stipendiis, quæ vocat impendia etiam, veteri vocabulo, stipendiis, inquam, ejus, temporis, quo in desertione fuit, quod et aperte constitutum est in *l. 5. C. eod.* Ideoque si militiæ tempus legitimum, quod est viginti annorum, *l. ult. C. de iis, qui non impl. stip. lib.* 10. in desertione impleverit, privatur emerito, *l. 3. §. qui militiæ sup. hoc tit.* sed, ut subjungit, si ratio innocentiæ constiterit, ut plenius et scriptum in *l.* 1. §. *ult. de quæst.* id est, si non desertorem fuisse apparuerit, omnia stipendia accipiat citra finem temporis, citra distinctionem temporis, ut idem loquitur in *l. eum, qui de iis quibus ut indign.*

Ad L. XVI. de Castr. Pec.

Dotem filiofamilias datam, vel promissam, in peculio castrensi non esse respondi: nec ea res contraria videbitur ei, quod D. Hadriani temporibus filiumfam. militem uxori hæredem extitisse placuit, et hæreditatem in castrense peculium habuisse; non hæreditas adventitio jure quæritur: dos autem matrimonio cohærens oneribus ejus ac liberis communibus, qui sunt in avi familia confertur.

In hac l. ostenditur, dotem ab uxore datam vel promissam, vel dictam filiofamilias militi marito suo, non esse in castrensi peculio filiifam. sed in adventitio: recte, alioquin dos non acquiretur patri, in cujus potestate filius est, et tamen patri dotem acquiri æquissimum est, quia ad eum pertinent onera matrimonii filii sui: nam et nurus et nepotes ex eo matrimonio procreati familiam ejus sequuntur, et ab eo omnes alendi et exhibendi sunt cum hominibus eorum, *l. si filia,* §. *si filiusfamilias, famil. ercisc.* ibi dos esse debet, ubi sunt onera matrimonii, *l. si is qui,* §. 1. *sup. de jure dot. l. si maritus, sup. famil. ercisc. l. actione,* §. *ult. sup. pro soc.* Dos enim nihil aliud est, quam repensatio onerum matrimonii, vel collatio pecuniæ, quæ fit mulieris nomine pro oneribus et impendiis, quæ sustinet maritus vel parens, in cujus potestate maritus est, matrimonii causa, *l. dotis. sup. de jure dot. l. pro oneribus, C. eod. tit.* Et hoc est, quod ait Papinianus hoc loco, dotem conferri pro oneribus matrimonii ac liberis communibus, filii scilicet et nurus. qui omnes sunt in potestate et familia patris sive avi, patris filio, avi ceteris: nam et nurus, quæ convenerat in manum filii, veniebat in familiam et potestatem soceri, et ut Cajus scribit in Institutionibus, avo mortuo, si filius in ejus potestate non erat, nurus sua hæres erat: quia neptis loco erat. Stulte Accursius tentat hoc loco verbum, *conferri*, traducere ad onus collationis bonorum propriorum, quo ex edicto Prætoris fratres funguntur invicem. qui ab intestato veniunt ad bona defuncti parentis, quia de ejusmodi collatione non cogitavit Papinianus, quæ sit fratribus cohæredibus ab intestato, vel successoribus, sed loquitur Papinianus de collatione dotis, quæ sit marito pensandorum onerum matrimonii causa. Huic autem sententiæ Papiniani obstare videtur quod idem refert ex rescriptio Divi Adriani cum hoc loco, tum *in l. Divus, sup. hoc tit.* hæreditatem, quæ ex testamento uxoris obvenit filiofamil. militi, castrensi. peculio adnumerari: nam cur et dos filiofamil. militi data, vel promissa ab uxore non adnumeratur castrensi peculio? Et rationem differentiæ hanc esse Papinianus docet: quia dos cohæret matrimonio, cujus onera sequuntur patrem, cohæret oneribus matrimonii, quæ sustinet pater: ergo acquiri debet patri; quæ non posset acquiri, si deputaretur in castrensi peculio. Hæreditas autem uxoris, quæ obvenit filiofamil. militi, adventitio jure quæritur, id est, extra causam matrimonii obtingit filio: neque enim his verbis, *adventitio jure*, significat, hæreditatem uxoris esse in adventitio peculio, quæ proculdubio est in castrensi, ut

Adrianus rescripsit, sed eam hæreditatem extrinsecus, sive extra causam matrimonii obvenire et acquiri filio. Aliud est adventitium jus, longe aliud adventitium peculium, quod notandum. Verum aliter quam Divus Adrianus constituerit in hæreditate uxoris, constitui videtur in *l.* 6. *hoc tit.* In servis ab uxore filiofamilias militi donatis manumittendi causa, quæ donatio valet inter virum et uxorem manumissionis causa, alioquin non valeret, nec inter virum militem, et uxorem, *l.* 2. *C. de donat. inter vir. et uxor.* Servus autem donatis ab uxore filiofamilias militi manumissionis causa, *d. l.* 6. ostendit ita esse distinguendum, quum quæritur sint in castrensi peculio, necne? Aut uxoria sive conjugali adfectione eos servos donavit, et non sunt in castrensi peculio, neque servi, neque liberti: proinde nec possunt manumitti sine permissu patris, et manumissi permissu patris fiunt liberti patris; non filii, *l. filiusfamilias*, *sup. de jure patron.* Aut eos servos uxor ad castra eunti marito donavit manumittendi causa, ut habiles ad militiam libertos haberet, servi sunt inhabiles, et hoc casu liberti in castrensi peculio computantur. Eadem distinctio adhibetur in donatis ab uxore filiofamil. militi aliis rebus mortis causa, quæ donatio etiam licita est, vel alio jure licito, vel in legatis, *l.* 8. *hoc tit.* Nam et legatorum quorundam inter se vir et uxor capaces sunt, ut constat ex *lib. sing. regularum Ulpiani.* At in hæreditate uxoris relicto testamento filiofamil. militi marito suo, hac distinctione Divus Adrianus non utitur; quid ita? quia lege Julia et Papia, quæ obtinuit ante Theodosium, id est, *l.* 2. *C. de infirm. pœnis cœlibat.* non potuit utiliter viro relinqui hæreditas testamento uxoris, vel contra, adfectione conjugali, quam lex Julia et Papia cohibuit: ac ne militiæ quidem causa hærede instituto marito, ante tempora Divi Adriani, qui favore militiæ primus rescripsit, militiæ causa maritum ab uxore hæredem iustitui posse ex asse. Responsum est admodum singulare, et ita accipiendum omnino, quod valde notandum studioso juris antiqui. Hæc de uxore hæredem instituente maritum militem. Nunc tractemus de agnato vel cognato.

Ad §. Hæreditatem.

Hæreditate castrensi peculio non videri quæsitam respondi, quam frater patruelis in alia provincia stipendia merens, fratri patrueli, cum quo nunquam militavit, relinquit. Sanguinis etenim ratio, non militiæ causa, meritum hæreditatis accipiendæ præbuerat.

Si agnatus, vel cognatus testamento suo agnatum militem, qui est in potestate patris, veluti fratrem patruelem, vel cognatum militem, veluti consobrinum hæredem instituerit, distinguendum est, utrum militiæ contemplatio, et ratio meritum præbuerit, et causam accipiendæ hæreditatis, ut ait in 2. responso hujus legis, puta, qui erant commilitones: commilitio, id est, castrensi collegio augente necessitudinem et caritatem, ut ait *l. pen. in prin. h. t.* Et tunc hæreditas agnati, vel cognati commilitonis proculdubio computatur in castrensi peculio, *l.* 1. *et* 5. *C. eod. lib.* 12. Aut non erant commilitones, quia testator vel erat paganus, vel in alia provincia merebat stipendia: et tunc hæreditas non computatur in castrensi peculio, quia non castrensis notitia, vel adfectio eam elicuit, ut *l.* 8. *h. t.* non militiæ, sed sanguinis causa tantum. Sanguinem hoc loco etiam pro agnatione accipit, ut in *l. vel si sanguine*, *sup. de manumiss. testam. l. si adulterium*, §. *sup. ad l. Jul. de adult. l. pen. C. de legit. hæred. l.* 49. *C. Theodos. de iis, qui super relig. cont* Quintilian. declam. 321. *Fratrem suum potuit aliquis occidere, non obstit tacita natura, non sanguinis jus.* Quod notandum: nam alias plerunque jus sanguinis restrictius refertur tantum ad jus cognationis, quod venit per fœminas, non ad jus agnationis, ut in illa regula *jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt.* Cave acceperis, *jura sanguinis* latissime, quoniam id tantum verum est in cognationis jure. Et hæc de hæreditate delata filiofamilias militi vel ab uxore, vel a cognato: si ab uxore, distinctione non utimur: si a cognatis, distinctione utimur. Notandum etiam in aliis rebus mobilibus, quæ cognatis, vel quæ a matre, vel a patre: nam et quæ ob causam militiæ a patre filiofam, fit donatio, valet, *l.* 23. §. 1. *sup. de fideicommiss. libert.* quæ, inquam, res mobiles cognatis vel a matre, vel a patre, vel etiam quæ ab uxore jure licito donantur, certis casibus utimur etiam distinctione, et inspicimus utrum militaturo, sive eunti ad castra, illæ res donatæ sint, quæ castrensi peculio adnumerantur, *l.* 6. *hoc tit. l.* 3. §. *secundum*, *sup. de donat. inter vir. et uxor. l.* 3. *C. de bonis proscript. Paulus* 3. *Sententiar. castrense peculium est,* inquit, *quod in castris acquisivit, vel quod profecturo ad militiam datur.* Inspicimus ergo utrum res donatæ sint proficiscenti ad militiam, et sint in castrensi peculio, an vero jam militanti donatæ sint, quæ non temere militari, sive castrensi peculio adnumerantur, nisi donationi commilitium causa præbuerit, vel nisi, ut in *l.* 3. *hoc tit.* donentur ad comparandas res militares vel castrenses, militanti necessarias. Qua de causa in *l.* 11. *hoc tit.* ubi definitur castrense peculium, illa verba, *in militia agenti*, quod attinet ad eas res, quas parentes vel cognati donant,

strictius accipienda sunt de iis tantum, quæ donant per causam commilitii, vel ad comparandas res militares aut castrenses. Et de mobilibus rebus hoc dicimus, ut diximus initio, vel se moventibus, puta, servis aut equis, vel jumentis, quia prædia donata a parentibus vel cognatis, licet donata sint eunti in militiam, numquam connumerantur castrensi peculio, *l.* 1. *C. eod. tit. l. si filius*, *C. fam, ercisc.*

Ad L. V. de Censibus.

Cum possessor unus, expendendi negotii causa, tributorum jure conveniretur, adversus ceteros, quorum æque prædia tenentur, ei, qui conventus est, actiones a fisco præstantur: scilicet, ut omnes pro modo prædiorum, pecuniam tributi conferant, nec inutiliter actiones præstantur, tametsi fiscus pecuniam suam recuperaverit, quia nominum venditorum pretium acceptum videtur.

Plures sunt in uno vico vel territorio possessores prædiorum: fiscus tributorum jure, quæ universa prædia ejus vici debent pro rata, unum ex vicanus sive rusticanis, qui locupletissimus erat, elegit et convenit in solidum pro universis possessoribus, *expediendi*, ut ait, *negotii causa pour avoir plustos fait, pour expedier*, ne distringeretur in plures, ut in *l.* 3. §. *apparet*, *de administ. tut. l. ult. sup. rem pup. sal. for. Tributorum*, inquit, *jure*, id est, eo jure, quo tributa omnia unius territorii jure suo fiscus, vel ab uno possessore exigere potest pro omnibus; quo jure etiam utimur hodie. Nec hoc valde, aut ne minimum quidem refragatur, *l.* 1. *C. ut nullus ex vic. pro alt. lib.* 11. *l. jubemus*, *C. de omni ag. deser. eod. lib. l. nullam*, *C. de execut. et exact.* Id quod dixi tribui fisco jure tributorum, non refragatur his legibus. Quoniam hæ leges, vel loquuntur de privatis debitis, ne unus pro alio conveniatur, non de publicis, non de onere publico tributorum, vel de injuriosa exactione unius ob tributa omnium, puta, quæ sit non cessis, vel mandatis actionibus adversus ceteros ei, qui in solidum exigitur. Causa tributoria quædam præcipua habet, ut fisco tributa persequenti compensatio opponi non possit. Hoc sit primum *l. aufertur*, §. *ut debitoribus*, *de jure fisci*, ut in causa tributorum servi torqueantur in dominos, *l.* 1. §. *in causa*, *sup. de quæstion. Quia*, ut ait, *in tributis sunt nervi Reipubl.* ex Demosthen. et Æschyne, quia ea vocant νεῦρα τῶν πραγμάτων. Ut item universa bona possessoris tributorum nomine tacite obligata sint, ut *l.* 1. *C. in quibus causis pign. vel hypoth. tac.* nec enim semper fiscus habet tacitam hypothecam, *l. rescriptum*, *sup. de pact.* nisi ex suis contractibus, *l. aufertur*, §. *fiscus*, *de jure fisci.* Item, ut in fisci potestate sit, qui alias electionem non habet, et arbitrium prius agendi hypothecaria, quam personali, ex causa tamen tributorum possit prius agere hypothecaria, quam personali, ut in §. *ult.* hujus legis. Et postremo, ut unum possessorem tributorum jure convenire possit pro omnibus, citra injuriam tamen: puta cessis ei, quem exegit in solidum suis actionibus, personali et hypothecaria adversus ceteros possessores, ut omnes pro modo prædiorum, quæ possident, pecuniam tributi conferant, *l. in fraudem*, §. *qui pro alio*, *sup. de jure fisci.* Facta cessione actionum, non videtur ille injuriam pati, qui exigitur pro omnibus: at dices, quod etiam dicit Pap. hoc loco: *nullas habet fiscus actiones quas cedere possit*, quia solutis tributis pro omnibus tollitur omnis obligatio. Denique inutilis est cessio actionum, quæ nullæ sunt. Quod utique verum est, si ex intervallo post solutionem cederentur actiones, non si cedantur ex continenti, vel ante solutionem, non etiam si in solvendo convenerit, ut cederentur, et postea cessæ sint, quia pretium potius venditarum et cessarum actionum ex causa venditionis solutum, quam actiones fiscales peremptæ videntur, ut in *l. Modestinus*, *sup. de solution. l. cum pupillus*, *sup. de tut. et rat. dist.* Et ita respondit recte Papinianus hoc loco, ac subtiliter. Sequitur in hac lege.

Ad §. *Qui non habita*, *et* §. *ult.*

Qui non habita ratione tributorum, ex causa fideicommissi prædia restituunt, actionem ex D. Pii Antonini literis habent, quam legato quoque soluto locum habere voluit. Pro pecunia tributi, quod sua die non redditum, quo minus prædium jure pignoris distrahatur, oblata moratoria cautio non admittitur. Nec audietur legatarius contradicens ob tributa præteriti temporis, quod hæres solvendo sit, et is qui tributis recipiendis præpositus fuerat.

Hæredi, qui ex causa fideicommissi vel legati, prædia restituit, vel solvit fideicommissario, vel legatario, *non habita ratione tributorum*: præteritorum scilicet, id est, non exacta a legatario cautione solvendi tributi, quod jam prædia fisco debere cœperant, hæredi, inquam hoc casu in legatarium ex rescripto D. Pii Antonini competere actionem, id est, condictionem indebiti. Actio hic simpliciter est condictio indebiti, ut in *l.* 3. *sup. rem ratam haberi.* Quod et ibi diximus. Hæredi igitur in legatarium competere condictionem indebiti, quasi plus debito solverit, qui solvit non exacta

cautione indemnitatis, ut *l. si quis a fideicommissario, sup. de condict. indeb.* Ante rescriptum Divi Pii hæres habet tantum retentionem legati, non repetitionem. Ex eo sequitur, tributorum præteritorum nomine hæredem, qui prædia non possidet, quæ solvit legatario, a fisco conveniri posse omisso legatario, qui prædia possidet, quia scilicet ea prædia hæres possidet eo tempore, quo dies tributorum cessit, et ea debere cœpit, antequam solveret legatario, *l. cum servus*, §. *hæres*, *de legat.* 1. Denique hæres a fisco conveniri potest personoli actione: verum potest et fiscus, si hoc malit, ut in §. ult. hujus legis, legatarium, qui prædia possidet, convenire actione hypothecaria, etiamsi hæres solvendo sit, vel susceptor tributorum, qui in eis exigendis remissior, aut tardior fuit. Itaque ex causa tributorum potest, si velit, fiscus prius agere hypothecaria, quam personali, et eligere quam volet actionem: nam et leges, quæ fisco adimunt electionem, non loquuntur de causa tributorum, sed de aliis causis, ex quibus fisco quid debetur, *l. Moschis*, *sup. de jure fisci*, *l.* 1. *C. de conven. fisc. deb. lib.* 10. Non auditur etiam legatarius, cum quo fiscus agit hypothecaria ob tributa præterita, si offerat cautionem de indemnitate, et de solvendo tributo, si id forte fiscus servare non potuerit ab hærede. Cur non auditur offerens cautionem? quia offerre ejusmodi cautionem subterfugere est et ludificari fiscum. Hæc cautio, quæ offertur frustratoria et moratoria est, id est, trahit et moratur negotium fisci. Deo optimo maximo sis laus, hic est finis responsorum.

Τῷ θεῷ δόξα.

JACOBI CUJACII J. C.

IN LIBRUM PRIMUM

DEFINITIONUM

ÆMILII PAPINIANI COMMENT.

ANNO 1580.

Ad L. I. ff. de Legibus.

Lex est commune præceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis Reip. sponsio.

In Libris Definitionum Papinianus proposuit, et accurate interpretatus est varias regulas juris antiqui; nec obsoleti tamen: nam Definitiones vocat regulas juris, et sententias generales, ut in *l. 1. de reg. Cat.* Regula Catoniana vocatur definitio, quæ dictat, ea quæ ab initio in testamento inutiliter relinquuntur, ex post facto non convalescere. Et in *l. mora, de usur.* ex lib. 4. Regularum Martiani, proposita hac regula, moram ex persona fieri, non ex re, id est, interpellatione debitoris, non ex solo tempore tardæ solutionis: subjicitur, hujus rei difficilem esse definitionem, id est, eam regulam lubricam et periculosam esse, ut de qualibet juris regula traditur in *l. omnis definitio, de reg. jur.* quia nulla est regula in jure civili perpetua, nulla quæ non aliquanto vitiari, labefactari, et subverti parte aliqua possit: quia jus constituitur de singulis rebus, sive causis, et singularum causarum nulla est notio, sive definitio certa, ut ait Aristot. At definitionum nomine Papin. in hoc significatu usum esse, unus locus satis indicat ex lib. 2. *l. cum ex pluribus, de solut.* in qua proposita regula, quæ ordine componit causas, in quas indistincte solutum ab eo, qui debuit ex pluribus causis, prius potiusque solutum esse intelligitur, subjicit eum ordinem fecisse, et ita definivisse veteres lib. 2. definitionum. Proponuntur ergo his libris definitiones, sive regulæ veterum prudentium, quorum prudentia semper majore in pretio habita sit: vel ut etiam ait in eod. lib. in *l. in tabulis, de statulib.* proponuntur jurisprudentium veterum auctoritates: nam hæ auctoritates veterum regulas juris fecere. Et apud L. Rufinum 2. *reg.* in *l. 74. de hæredib. instit.* auctoritas Galli Aquilii regulam fecit, introduxitque, quæ fuit probata ab Aquilio, ac deinceps ab omnibus, ut qui solus hæres institutus est excepto fundo, vel usufructu, pro eo habeatur, ac si ex asse simpliciter hæres institutus fuisset sine ulla exceptione. Auctoritas Aquilii veteris Jurisconsulti hanc regulam introduxit. Proponuntur igitur his libris regulæ juris veteris, nec tamen mortui, non juris novi: nam et ita titulus ultimus Digestorum est, *de diversis regulis juris antiqui*, non novioris, quod nondum extabat, nondum exierat: et ponitur ille tit. in calce Digestorum, quod servandum, ut definitiones Papiniani post quæstiones, et responsa ultimo loco, quia regulæ juris sunt juris colophones, ut Epicurus quoque canones suos vocabat colophones, auctore Laertio, ut non plane sit statim a primo studioso juris præpostere danda opera regulis, quæ etiam desiderant eruditissimum interpretem. Ab hac vero significatione Definitionum, quam sequi Papin. dixi, non

te dimoveat, quæ prima est ex *lib.* 1. *defin.* lex proponitur, nempe *l.* 1. *de leg.* quamvis nihil aliud contineat, quam definitionem legis dialecticam, non regulam juris. Nam neque novum neque absurdum est, libris regularum inseri definitiones dialecticas, quibus demonstretur, τὸ τί ἦ εἶναι, cujusque rei de qua regula est, quam enarrare juris auctor instituit. Inseri etiam definitiones nominum, quæ veriloquia dicuntur, in quibus JC. tanquam Stoicos mirum in modum sibi placuisse compertissimum est, ut *lib.* 4. *reg.* Marcianus definit, quid sit sanctum, et unde dicatur, *l. sanctum, de rer. divis.* Invenies et in *tit. de reg. jur.* definitionem hæreditatis ex arte confectam, quæ breviter complectitur hæreditatis propriam potestatem: *hæreditas*, inquit, *est successio, etc.* Invenies et in *lib.* 1. *Reg.* Modest. definitionem matrimonii, *l.* 1. *de rit. nupt.* et definitionem acceptilationis in *l.* 1. *de accept. acceptilatio est per mutuam interrogationem, etc.* Invenies etiam *lib.* 1. *defin.* Ulpian. definitionem justitiæ et jurisprudentiæ, *l.* 10. *de justit. et jur.* Et in his ipsis libris Papin. non tantum legis definitionem, sed juris civilis, et juris Prætorii, *l.* 7. *eod. tit.* Invenies etiam in iisdem lib. divisionem actionis, petitionis, persecutionis, id est, divisionem actionis in actionem, petitionem, persecutionem, *l.* 28. *de oblig. et act.* et in libris regul. quos alii composuerunt alias præterea divisiones actionum, *l.* 52. *eod. tit.* divisiones servitutum, *l.* 1. *de servit.* divisiones adoptionum, *l.* 1. *de adopt.* Cujus enim rei regulam juris auctores proponere constituunt, et interpretari, ea res prius quid sit absolute, et breviter explicant, quæque sint ejus rei species: deinde proposita regula etiam singulis verbis ejus aptant exempla et interpretationes: nec omittunt regulæ extensiones sive ampliationes, nec vitia vel exceptiones, ut patet ex *l.* 40. *ff. de cond. indeb.* in qua ex libris regul. proponitur regula primum, deinde extensiones, et similiter exceptiones, *l.* 7. *de jur. codicil. l.* 31. conjuncta *l.* 33. *de adopt. l.* 119. *de leg.* 1. *l. ult. ex quibus caus. major.* Quamobrem non omnes leges, quæ sunt ex libris definitionum, vel regularum, ὅρων, ut Quintus Mutius Scævola inscribit suos, sunt regulæ, sed notæ potius ad regulas, vel amplificationes, vel exceptiones magna ex parte, vel interpretationes.

Definitio autem legis, quæ prima ex primo libro definit. Papin. datur, hæc est in *l.* 1. *de legib. lex est commune præceptum, etc.* quam definitionem esse ad verbum e verbo expressam ex Demosthene, quod Marcianus subjicit in l. 2. aperte demonstrat. *Nam*, inquit, *sic Demosth. orator definit*, νόμος ἐστὶ, *etc.* Locus Demosth. est in orat. in Aristogitonem. Sed Marcianus omisit in l. 2. quod eo loco dixerat Demost. legem esse κοινὸν πρόσταγμα, et Papinian. vertit, *commune præceptum*, quæ verba deinde latius idem Demosth. interpretatur: πᾶσιν ἴσον καὶ ὅμοιον, *omnibus par et æquabile præceptum*, ᾧ πάντας προσήκει πείθεσθαι, *cui omnes obtemperare decet*, et paulo post, πόλεως συνθήκη κοινή καθ' ἥν πᾶσι προσήκει τοῖς ἐν τῇ πόλει: *secundum quod vivere convenit omnes eos, qui in eadem civitate versantur.* Hoc est commune præceptum. Capito antiquos JC. dixit *generale jussum*: quibus verbis demonstratur, quod ait *lex* 8. *hoc tit.* jura, non in singulas personas, sed generaliter et communiter constitui. Ergo his verbis separatur lex a privilegiis, non a jure singulari, quod definitur in *l.* 16. *hoc tit.* nam et ipsum jus singulare, quod dicitur commune jus, commune præceptum est, sed singulare dicitur, quod sit contra subtilitatem, contra rigorem juris ex utilitate et æquitate proditum et receptum in civitate: communiter quod sit παρὰ τὴν ἀκρίβειαν, ut jus singulare SC. de assignandis libertis, quod quis negaverit esse jus commune? Jus singulare condictionis furtivæ, qua contra rigorem juris dominus condicit rem suam, jus singulare libertatum. Sequitur in definitione, *virorum prudentum consultum*, ut Demosth. δόγμα φρονέμων ἀνθρώπων. Sequitur, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio.* Demosth. ἐπανόρθωμα τῶν ἑκουσίων καὶ ἀκουσίων ἁπαρτημάτων: nihil refert dixeris *coercitio*, aut *correctio*: nam coercitio quid aliud est, quam correctio et castigatio? Illi, qui in hac definitione Papin. reponunt *correctio* pro *coercitio*, quod Demost. dixerit ἐπανόρθωμα, quam non magna aut insipida cervice sunt. Lex igitur coercet non tantum, quæ consulta opera et dolo malo, sed plerunque, quæ per ignorantiam admittuntur, coercet culpam, et errorem, et casum. Quod patet ex *l.* 2. *in fi. de term. moto*: ubi ait, nominatim eum, qui per ignorantiam lapides finales, qui existimabantur esse sacri, abstulerit, verberibus coerceri, et *l. ult.* §. *Divi quoque fratres, de publican.* eum, qui per errorem in commissum incidit, vectigal in duplum fisco aut publico dependere, si commissas ipso jure merces recipere velit, et *l. cum qui, C. ad l. Corn. de sicar. et Novella Valent. de homicidio casu facto*: quo jure utimur, cum qui casu homicidium fecerit puniri, nisi propere veniam meruit, non simplici rescripto Principis, sed adnotatione principis, qui scilicet manu sua subscripserit: *et l. qui ædes, de incend. ruina, etc.* ex 12. tab. eum, qui ædes aut acervum frumenti combusserit casu quodam, teneri in duplum, vel extra ordinem coerceri. Coercetur ergo legibus non tan-

tum conscientia, sed etiam ignorantia: Et lege Dei omnipotentis sex civitates eliguntur exiliis eorum, qui non sponte, sed per ignorantiam, vel jactu lapidis, vel impulsu manus, si telum manum fugerit magis, quam jecerit, ut erat scriptum in antiquis actionibus, vel eorum, qui joco, aut lascivia citra inimicitias, infelicitate magis, quam voluntate peccarunt, et tamen non sunt sine crimine: etiam error crimen est, quia lege Dei relegantur in perpetuum in eas sex civitates, tres cis Jordanem, et tres ultra Jordanem. Qua de re latius Hieron. 1. adversus Pelagianos. Et relegationis quoque ejus, qui per lasciviam alii mortis causam præbuisset, dum sago eum jactat, extat exemplum in *l.* 4. §. 1. *ad l. Corn. de sic.* Recte igitur Papinianus ait, legem esse coercitionem delictorum quæ sponte, vel per ignorantiam contrahuntur. Et postremo addit, *communis Reip. sponsio.* Demosth. πόλεως συνθήκη κοινή, Arist. sæpe in *Rhet. et in Polit* ὁμολογία, et ὁμολόγημα πόλεως κοινόν, et similiter Dion· Hal. συνθήκας εἶναι κοινοὺς πόλεων, *leges esse communes sponsiones, sive conventiones Rerumpub. sive civitatum*, non partis eorum, qui civitates incolunt; lex enim est commune præceptum, communis sponsio omnium: et recte *l. de quibus, h. t. leges nulla alia ex causa nos tenere, quam quod populi judicio receptæ et usu probatæ sunt.* id est, communi sponsione populi: et idem ipse Arist. 2. *Polit.* ὁ νόμος οὐδεμίαν βίην ἔχει πρὸς τὸ πείθεσθαι παρὰ τὸ ἔθος, id est, *lex nullam vim habet, qua compellat homines, ut sibi pareant, nisi eam quam assumit ex more recepto*, ex consuetudine, quæ non convalescit, nisi diuturno tempore: atque adeo recte Demetrius, *legem nihil aliud esse, quam consuetudinem scriptam, consuetudinem autem esse legem non scriptam*, illiteratam: ὁ νόμος συνήθεια ἔγγραφος, συνήθεια δὲ ὁ νόμος ἄγραφος.

Ad L. V. de Transactionibus

Cum Aquiliana stipulatio interponitur, quæ ex consensu redditur, lites, de quibus non est cogitatum, in suo statu retinentur: liberalitatem enim captiosam interpretatio prudentum fregit.

Sciendum est, acceptilatione non omnem tolli obligationem, sed eam tantum, quæ verbis contracta est, veluti per stipulationem, vel per jusjurandum *l.* 4. *de transact. l. et per jusjurandum, inf. de acceptil.* vel olim per dictionem dotis, æque solemnibus verbis conceptam, cujus exempla multa sunt in *tit. de jur. dot.* Nam verba illa, quæ in illo tit. occurrunt frequenter, *prædia illa, vel tot millia doti tibi erunt*, sunt ex formula dictionis dotis. Cur autem per acceptilationem tantum tollitur verborum obligatio? quia acceptilatio verbis fit, exempli gratia, *acceptum fers? acceptum fero; acceptum habes? habeo; acceptum facis? facio.* Et sic obligatio constituitur per stipulationem, et sic liberatio per acceptilationem, et utrumque fit verbis solemnibus. Verbis autem tolli non potest, nisi quod verbis contractum est, *l.* 1. §. *acceptum, de accept.* juxta id, quod definitum est in *l. prout.* 80. *ff. de sol. prout quidque contractum est, ita et solvi debere*, nimirum, ut eo genere absolvamur, quo nos obligamus, quod naturæ congruit omnimodo. Nec enim vinctus solvi potest, si quod aliud vinculum quemve alium nodum solvas, quo ipse devinctus non est, si alio vel nullo: sed si tantum eum nodum solvas, quo vinctus ipse tenetur, et eo modo quo eum colligasti, sed contrario: eodem modo tollitur obligatio, quo contracta est, eodem in genere scilicet, sed contrario tamen: ut ex Aristotele intelligimus, contrariorum eandem esse vim, sed contrariam tamen: at si quis velit etiam re, aut consensu, aut litteris, non verbis contractas obligationes per acceptilationem perimere, remedio, et cautione ea uti debet, quam invenit Gallus Aquilius Jurisc. ut eas obligationes, quæ re aut consensu, aut litteris, non verbis contractæ sunt, novet, et immutet in verborum obligationem interposita stipulatione, quæ ab inventore Aquiliana dicitur, cujus formula extat in *Instit.* et in *l. et uno*, §. 1. *inf. de acceptil.* ac deinde stipulationem ipsam Aquilianam perimat subdita acceptilatione, ut in *l.* 4. *hoc tit.* Remedio novationis Aquilianæ omnis obligatio quoquomodo contracta acceptilatione tollitur, licet nihil solutum sit. Hoc enim distat acceptilatio ab apocha: nam acceptilatio liberat, etiamsi pecunia soluta non sit: apoca, id est, professio solutæ pecuniæ non aliter liberat, quam si et revera soluta sit, *l.* 19. *de accept. l.* 15. *C. de solu.* Differentia inter apocham et acceptilationem maxime notanda est. Ignoratio ejus Lodovicum Regium, virum eruditissimum nostra memoria senatu exclusit, ac postea dolore repulsæ totus se in philosophia abdidit, et in ea consenuit. Solet autem Aquiliana stipulatio subjici pacto convento de non petenda pecunia, *l. ult. C. de acceptil.* Et notandum maxime consilium quod dat Paulus in *l. pactus, hoc tit.* ut pacto de non petenda pecunia non tantum subjiciatur stipulatio Aquiliana et acceptilatio, sed etiam stipulatio pœnalis, si creditor fregerit et ruperit fidem pacti, ut in *l. pen. hoc tit.* Cui utile est subjicere utramque stipulationem, ut scilicet, quod ostendit *d. l. pacto*, rescisso pacto de non petendo, et quæ id pactum subsequuta est, rescissa stipulatione Aquiliana et acceptilatione,

forte beneficio restitutionis in integrum, tum ex altera stipulatione pœna peti possit, antequam agatur judicio restitutorio et rescisorio, quæ alioquin nulla peti posset, sed impune liceret resilire a pacto beneficio restitutionis. Consultius igitur est utramque stipulationem pacto subjicere, ut si hoc malit debitor, exigat pœnam. Nam in ejus potestate est, utraque stipulatione interposita, ut vel se quasi ipso jure liberatum per acceptilationem defendat, atque adserat, vel ac si non liberatus, persequatur pœnam, et deinde subeat judicium restitutorium, quæ est sententia *l. ubi pactum C. eod.* Formula autem stipulationis Aquilianæ generaliter concepta est, ita ut omnes omnino præcedentes obligationes novet: *Quidquid te mihi, ex quacunque causa dare, facere oportet præsens, in diemve etc.* ut, inquam, omnes novet, et perimat subdita etiam generali acceptilatione: *Quodcunque ego tibi promisi stipulatione Aquiliana, habes ne acceptum? Habeo acceptum..* Fateor stipulationem aliquam Aquilianam et acceptilationem fieri posse in speciem et partem tantum *l. 3. C. eod. tit.* At si facta sit generaliter, ut composita est a Gallo, dico per eam omnes præcedentes obligationes novari, et acceptilatione subsecuta perimi, ut *in l. actione, l. ut responsum, l. uti pactum, C. eod tit. l. 13. C. de solut.* Et hoc pro regula tradi in l. quæ præcedit, apparet ex eis verbis, *et hoc jure utimur.* Ex jure, quo utimur, plerunque regula fit: regula ergo proponitur in l. 4. In hac autem l. 5. proponitur hujus regulæ interpretatio, quæ docet, eam regulam esse accipiendam de his tantum obligationibus, de quibus actum est, ut debitori stipulatione Aquiliana, et acceptilatione remitterentur, ut *l. 6. D. de acceptil.* non de obligationibus, de quibus non est cogitatum, puta, quas, ignoraret is, qui interposuit Aquilianam stipulationem, vel acceptilationem, ut et de pactis dicitur in *l. 9. §. qui per fallaciam, et §. seq. hoc tit. l. tres fratres 35. sup. tit. prox.* et ubique ratio eadem est tam in stipulatione Aquiliana, quam in pactis. Nam et stipulatio Aquiliana ex consensu redditur, ut ait Papinianus hoc loco, id est, ex consensu interponitur et datur, ut *l. 1. §. pen. sup. tit. prox.* Cautio vel stipulatio, ut dari, et reddi dicitur recte. Nam et reddere per se dandi significationem habet, et cavere stipulanti nihil aliud est, quam satisdare vel reddere. Quia ergo ex consensu redditur stipulatio Aquilliana, id est, quia ita satisdatur ex consensu: ergo in eam veniunt hæ tantum obligationes, in quas consensum est, quamvis stipulatio Aquiliana sit generaliter concepta: ceteræ obligationes, in quas consensum non est, in suo statu manent. Et ita superiorem regulam veteres prudentes interpretati sunt, et ea *interpretatio*, ut eleganter Papinianus ait, *captiosam liberalitatem fregit*, captionem omnem, quæ erat in generali sermone, amputavit: captiosa est generalis stipulatio Aquiliana, et acceptilatio, captiosa liberalitas, si ejus sermo generalis spectetur, non mens et cogitatio creditoris, quandoquidem ita creditor caperetur, deciperetur, incideret in fraudem, ut in *l. quæro, inf. de act. emp.* Observandum est, liberalitatem vocari decisionem litium: et proprie quidem liberalitas est, si Aquiliana stipulatio et acceptilatio intervenerit donationis causa, ut in *l. 1. h. t.* qui inquit, donationis causa rem certam et indebitam remitti liberalitate. Nam si non liberalitatis, sed transactionis causa lites sunt deductæ in stipulationem Aquilianam, ea non est plena liberalitas, quia transactione non remittuntur lites, nisi aliquo dato, vel promisso, vel retento *l. transacto, C. eod. tit.* conjuncta, *l. 3. C. de repud. hæred.* Aliud est donatio, longe aliud transactio, *l. si uno, inf. loc. l. quidam 29. §. 1. inf. de donat l. tutores, §. ab eo, inf. de admin. tut.*

Ad L. XXXVII. et XXXIX. de Reb. creditis.

Cum ad præsens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, etsi conditio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent. Veluti si Rex Parthorum vivit, centum dare spondes? eadem sunt, et cum in præteritum conditio confertur. Itaque tunc potestatem conditio obtinet, cum in futurum confertur.

In hac l. proponitur regula juris, quam Modestinus proposuit 4. *Regularum l. 100. de verb. obligat.* Regula hæc est: conditionem collatam in præsens vel præteritum tempus, sub qua facta est stipulatio, non suspendere stipulationem, non differre, non morari obligationem, quod est eam conditionem non habere conditionis potestatem propriam. Nam conditionis propria et præcipua potestas est suspendere, differre, morari. Hanc potestatem non habet conditio, quæ refertur ad præsens vel præteritum tempus. Ergo non est proprie conditio: conditionis definitio hæc est: *conditio est causa, quæ suspendit actum, quoad ex post facto confirmetur.* Hæc definitio cadit tantum in conditionem, quæ in futurum confertur, veluti, *si navis ex Asia venerit*, non cadit in eam, quæ confertur in præteritum, veluti, *si Lucius Titius Consul fuit*, vel in præsens, veluti, *si L. Titius consul est.* Ergo ea, quæ confertur in præsens vel præteritum tempus, proprie conditio non est: et definitio conditionis in eam non cadit, quoniam statim verum aut falsum est, L. Titium fuisse Consulem, vel

Consulem esse, ut Dialectici dicunt, omnem affirmationem aut negationem conceptam in præsens aut præteritum tempus, statim veram aut falsam esse. Ideoque si conditio concepta in præsens tempus, veluti, *si Lucius Titius Consul est, si Rex Parthorum vivit, si navis in portu stat*, si falsa sit tempore interpositæ stipulationis, statim nulla stipulatio est: si vera sit, statim tempore interpositœ stipulationis, id est, si Titius Consul sit eo tempore, si Rex Parthorum vivat, si navis stet in portu, statim stipulatio tenet, neque ejus effectus, sive emolumentum, sive obligatio vel petitio ullo modo differtur, quamvis contrahentes rei veritatem ignorent, quamvis nesciant conditionem veram esse, *l*, 28. *de verb. obligat.* quia non spectatur, an illi sciant conditionem tenere et deberi, sed an alii homines scire potuerint, vel an hominum natura scire potuerit deberi, ut Scævola ait in *l. seq.* et debitu iri, ut ait idem Scævola, hoc est, debitum iri statim, si sub ea conditione contrahentes concipiant stipulationem: sic enim illud *debitu iri* accipiendum est: si ita concipias stipulationem scilicet, quam nondum concepisti. Nam si jam concepisti stipulationem, satis est, quod hominum natura scire potest, jam deberi ex stipulatione pecuniam, quod conditio sit vera: in hominum rerumque natura præterita et præsentia omnia sunt certa, nou etiam futura, nisi quæ futura sunt, jam cœperint fieri et informari; ut statim atque mulier concepit, in rerum natura certum est, quot nascituri sunt. Et hoc est quod ait *l. sed etsi restituatur*, §. 1. *sup. de judic.* in rerum natura omnia esse certa, cum futura utique fierent, proculdubio omnia præsentia, et præterita in rerum natura sunt certa, sed et futura cum fierent, inirentur et informarentur, certa jam sunt in rerum natura, non antequam fierent. Et bene in rerum natura: nam cognitio rei futuræ non est certa in hominum natura, quandoquidem est supra captum hominem, cognitio præsentis vel præteritæ rei non superat captum hominum. Et serva diligenter, quod in hominum natura certum est, et in rerum natura certum esse: e contrario tamen, quod in rerum natura certum est, ut quotus fœtus sit in utero prægnantis mulieris, non est etiam certum in hominum natura: et hæc est sententia d. §. 1. Effectus autem superioris regulæ pertinet non tantum ad stipulationes conditionales, et quasi conditionales, sed etiam ad multa alia. Nam et qui petit ex stipulatione facta sub conditione collata in præsens vel præteritum tempus, etiamsi ignoraverit tenere conditionem, plus non petit: qui ex stipulatione facta sub conditione collata in futurum tempus, plus petit, *l.* 36. *hoc t.* si agat antequam cognoverit, aut certum sit, conditionem extitisse. Hæc dicitur proprie conditio, sive stipulatio conditionalis, quæ confertur in futurum. Illa quæ confertur in præsens vel præteritum, dicitur quasi conditio, vel quasi conditionalis stipulatio, et ut Græci loquuntur, αἱρετικοφανής, non est αἱρετική. In conditionali spectatur scientia nostra, non naturæ: in quasi conditionali naturæ, non nostra. Cujus differentiæ auctor est Stephanus hoc loco. Quasi conditionalis stipulatio novat priorem obligationem, si vera sit conditio, quia pro pura habetur: conditionalis autem non novat statim priorem obligationem, ut *l.* 36. *h. tit. l. quotiens, de novation.* Sub quasi conditione filiofamil. a patre hærede instituto, justum testamentum est: sub conditione injustum quasi præterito filio suo, *l. institutio*, §. *ult. de condit. institu.* Sub quasi conditione hærede scripto in posteriori testamento, superius rumpitur statim, si vera sit, aut non rumpitur, si falsa sit: sub conditione autem non potest statim constitui superius testamentum ruptum sit, necne, quia ejus eventus in dubio est, sit an non sit, *l. cum in secundo*, *de inj. rupt. test.* Item sufficit patrono, si sub quasi conditione hæres instituatur, non si sub conditione, *l.* 3. §. *si patronus, de bon. libert.* Sub quasi conditione relictum legatum transmittitur in hæredem, non relictum sub conditione. Et, ut idem Stephanus addit hoc loco, usuræ in stipulationem deductæ quasi conditionalem, statim currere incipiunt, non si deductæ sint in stipulationem conditionalem, quæ proprie conditionalis dicitur, non καταχρηστικῶς: ut illa confertur in præsens vel præteritum tempus.

Ad L. LXXIV. de Contrahenda emptione.

Clavibus traditis, ita mercium in horreo conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sunt: quo facto confestim emptor dominium et possessionem assequitur, etsi non aperuerit horrea: quod si venditoris merces non fuerint, usucapio confestim, inchoabitur.

Nemo est, qui nesciat, a venditore ejus rei, quam vendidit, fieri debere traditionem possessionis vacuæ, non occupatæ ab alio, aut impeditæ: et non tradentem teneri actione ex empto: et tradere nihil aliud esse, quam possessionem cedere rei venditæ, et transferre in emptorem, quo genere transfertur etiam dominium rei in emptorem, si venditor dominus sit, si non, præstatur occasio usucapionis emptori bona fide accipienti, dominium non transfertur, quod non habuit venditor, qui rem tradidit, *l. traditio, de acquir. rer. dom. l. qui rem alienam, de mort. caus. donat.* Traditio autem fit non tantum naturaliter re

mobili data de manu in manum, vel emptore inducto in possessionem prædii, sed fit etiam multis aliis modis civilibus, non tantum fit naturaliter, ut dixi, sed etiam civiliter aliis modis, quibus res non tradita naturaliter, fingitur esse tradita, quorum unus proponitur in hac lege, aptandus, ut arbitror, cum aliis ad generalem illam definitionem, quam initio posui, de possessione rei venditæ a venditore tradenda emptori: modus autem qui in hac l. proponitur, hic est, si venditor venditis mercibus, quæ in horreo repositæ erant, claves horrei tradiderit emptori: si vendito vino, quod erat in cella vinaria conditum, in horreo vinario, claves horrei tradiderit emptori, licet emptor non aperuerit horreum: sola clavium traditio pro mercium, aut vini traditione habetur, ut etiam demonstratur aperte in *l. 2. C. de peric. et comm, rei vend. et l. 1. C. de crim. expil. hæred.* Ideoque traditis clavibus horrei, in quo est merx, quæ veniit, statim in emptorem transfertur possessio mercis, et per hanc dominium mercis, sive venditor ejus dominus fuerit, et solutum etiam sit ei pretium, aut eo nomine satisfactum, aut ab eo fides habita de pretio, alioquin dominium non transfertur, antequam de pretio ei sit cautum aut satisfactum, *l. 19. hoc tit.* vel si venditor mercium dominus non sit, in emptorem transfertur possessio, et præstatur ei occasio usucapiendi merces alienas, quoniam statim emptor usucapionis conditionem inchoat: statim incipit usucapere, ut loquitur *l. 1. de adq. poss.* Traditionibus et usucapionibus dominia rerum acquiruntur, *l. traditionibus. C. de pact.* traditionibus, si factæ sint a domino ex justa causa, justoque titulo: usucapionibus, si traditiones factæ sint a non domino. Et traditionibus, jure gentium: usucapionibus jure civili. Verum, ut ostenditur hoc loco, ut clavium traditio pro traditione mercium habeatur, necesse est, claves tradi apud horreum, in quo sunt merces venditæ, in re præsenti, in conspectu horrei, alioqui clavium horrei traditio non habetur pro traditione rerum, quæ sunt intus, quæque venierint: necesse est claves tradi ob horreum, ante horreum, in repræsenti. Et ita columnæ venditæ, quæ propter magnitudinem ponderis vix loco moveri possunt, ita demum traditæ videntur, si in re præsenti, sive in rem præsentem consenserint contrahentes emptor et venditor, et dixerit venditor se eas columnas tradere emptori, ut eas tolleret et asportaret cum vellet. Vel etiam fundus venditus, in quem emptor nondum inductus est, non aliter traditus videtur, etiamsi dixerit venditor, se eum tradere, quam si in re præsenti dixerit, se fundi venditi possessionem tradere emptori, aut si prohibuerit ingredienti emptori vim fieri, ut *l. 1. §. pen. et l. quod meo, §. si vend. et l. pen. §. ult. de adq. poss.* His omnibus modis possessio, cum res peragitur in rem præsentem, translata videtur in emptorem, et emptor videtur rei acquisiisse possessionem non animo, non effectu solo, sed etiam corpore, perinde atque si apprehendisset merces, aut vasa vinaria, aut columnas, aut ingressus fuisset fundum. Et idem dicendum, si in re præsenti mandatu emptoris procuratori ejus rei venditæ possessio tradita sit, quia et hoc casu emptor videtur acquisiisse possessionem animo suo, et corpore, non corpore procuratoris: cum coram in re præsenti jussit procuratori suo tradi, præsens ipse videtur scilicet accepisse non prucurator. Potest possessio acquiri corpore alieno, hoc est verum, sed ita posita specie emptor videbitur eam acquisiisse suo corpore, quia præsens in re præsenti dixit, volente venditore, ut ingrederetur, vel caperet possessionem rei venditæ, *d. l. 1. §. pen.* præsentia corporalis contrahentium, vel oculi emptoris, vice contrectationis, vice apprehensionis, vice σωματικῆς δράξεως, funguntur: quo genere etiam hodie videmus beneficii Ecclesiastici possessionem quæri, pro foribus ædis sacræ, actis ea de re confectis, aut procul e conspectu ejus fastigii, quod in æde summa tintinabulis relictum est. Sic in *l. quarundam, eod. tit.* dicitur possesionem traditam videri, et non solum animo, sed et corpore uti oportet quæsitam videri, si empto acervo lignorum, si strue lignorum empta, aut emptis universis amphoris vini, quæ simul eodem loco compositæ erant voluntate venditoris, emptor iis rebus custodem apposuerit, si voluntate venditoris, lignis et amphoris custodem apposuerit, vel etiam si venditor ipse, rebus emptorem custodem apposuerit, venditor rei venditæ custodiam præstare debet ante traditionem, *l. 1. 2. et 3. de per. et comm. rei vend.* Verum si a se custodiæ translationem faciat in emptorem, hæc translatio custodiæ nihil aliud est, quam translatio possessionis, et in fine *d. l. quarundam*, esse scribendum autumo, *utrobique corporis genere quodam possessio æstimatur*, id est, utroque casu aut venditorum lignorum, aut aphorarum vini quodammodo corpore possessio quæsita videtur, licet, custodia tantum translata sit in emptorem, et similiter is, qui emit materiam ad ædificandum, veluti trabes, aut tigna, si eas trabes, cave tigna voluntate venditoris signaverit, traditæ ei esse videntur, si vel signaverit eas, et suo quodam signo pernotaverit, *l. quod si neque, in fi. de peric. et com. rei vend.* Ubi recte Accurs. non exposita tamen ratione differentiæ, notavit aliud esse dicendum in vino vendito, vino scil. vendito, si emptor vasa vinaria signaverit, vinum traditum non videri. Hoc verissimum esse arbitror, sive vinum jam de-

gustatum sit et probatum, sive non sit degustatum. Primum si vinum degustatum non sit, quamvis vasa vinaria signaverit emptor, vinum traditum non videtur, quia nondum perfecta venditio est, *l.* 1. §. 1. *de per. et com. rei vend.* Et ideo periculum vini ad venditorem pertinet, non ad emptorem, si vinum acescat, vel mucescat, vel effundatur forte pertusis vasis. Et quamvis traditio posset præcedere emptionem venditionem, *l. sive autem*, §. 1. *de Public. in rem act.* tamen id agi non videtur, ut quis tradat antequam vendat, aut perficiat venditionem, nisi appareat evidenter, quoniam præposterum est. Denique signando vasa vinaria, emptor non videtur degustationi renuntiasse, non videtur vinum probasse quod in iis vasis est. Itaque imperfecta adhuc venditio est, cum scilicet ita veniit vinum, ut degustaretur, quod plerumque fit et quod vix unquam fit aliter, ut ait *l.* 4. §. *si aversione*, *eod. tit.* Verum, si quando vinum veneat aversione, *en gros, et en bloc.* omne forte quod est in amphoris, ita, ut non degustetur, sive vasa sint signata ab emptore, sive non, perfecta emptio est, et vini periculum statim pertinet ad emptorem, *l. qui officii*, §. *ult. h. tit.* Quod si vinum degustatum sit, et post degustationem vasa emptor signaverit, Trebatius quidem dicebat, vinum traditum videri, ut de trabibus signatis diximus. Sed Labeo rectius, non idem esse statuendum in vino, quod in trabibus, aut lignis, quia trabes non possunt alio fine signari, quam ut traditæ videantur: vasa vinaria signantur sigillo impresso in operculo, ne mutetur vinum potius, quam ut traditum videatur, nisi appareat eam fuisse mentem contrahentium, ut hæc signatio pro traditione esset, quæ est sententia *l.* 1. §. *si dolium*, *de per. et commo. etc.* quem §. accipio de dolio signato etiam post degustationem, quia de dolio signato ante degustationem jam dixerat paulo ante in §. 1. alioquin bis idem quasi juncta scriptura frustra positum videretur, et in §. 1. *ut certum.* et in §. *si dolium, ut controversum.* Et de hac quidem specie traditionis civilis hactenus. Notandum etiam est, tradito instrumento originis sive emptionis fundi, *le titre*, quod etiam dicitur instrumentum auctoritatis in *l. ult. C. de pign. act.* tabellæ auctoritatis a Seneca: tradito, inquam, instrumento auctoritatis fundi venditi, genere quodam, et possessio fundi tradita videtur, *l.* 1. *C. de donat. l. pen.* §. 1. *de legat.* 3. Et hoc quidem genere, ut arbitror, possessio fundi tradita videtur, etiamsi non in re præsenti instrumentum emptionis fundi traditum sit, quia auctoritatem fundi habemus pro fundo ipso. Nam et similiter non exigimus rem præsentem, si dominus jubeat te rem suam, quam apud te habes, retinere jure empti. Nam etsi hoc non jusserit in re præsenti, quia jam rem habes apud te, hic jussus domini pro traditione possessionis habetur, licet, ut dixi, non consenserit in re præsenti, *l. si rem*, *in prin. de evict. l.* 3. §. *interdum*, *et l. si servus*, *inf. de acquir. posses. l. absenti*, *de donat. l. quidem*, *de rei vindic.* Nihil refert relinquatur res apud emptorem, quam jam habet, vel ex causa depositi, vel commodati, an transferatur in eum possessio, *l.* 9. *C. commun. utriusque jud.* Idemque dicendum, si rem meam nomine tuo me volente in censum referas quasi tuam, vel si ego rem meam tuo nomine in censum referam; nam et hoc pro traditione cedit, etiamsi census non fiat in re præsenti, *l.* 7. *et* 8. *C. de donat.*

Ad L. VIII. de Jur, et facti ignor.

Error facti nec maribus quidem in damnis, vel compendiis obest. Juris autem error nec fœminis in compendiis prodest. Ceterum omnibus juris error in damnis amittendæ rei suæ non nocet.

Definitio juris, quæ proponitur in *l. regula*, quæ sequitur, juris ignorantiam cuique nocere, facti ignorantiam non nocere, ad hanc *l.* 8. manifeste pertinet, quæ eam regulam latius interpretatur, et docet ignorantiam facti maribus aut fœminis neque nocere in damnis amittendæ rei suæ, neque in compendiis acquirendæ rei cujusque nobis delatæ ex causa lucrativa: hoc necesse est, ut appositis exemplis faciam evidentius. In damnis amittendæ rei suæ errorem facti non nocere, ut si errans in facto, nescius te servum meum esse, et a te quasi a libero homine pecuniam debitam exigi in judicio, hæc ignorantia non efficiet, ut tui dominium amittam. Denique quod te errans in facto olim habuerim pro libero, non ideo tui dominium amitto, *l. non ideo*, *C. eodem tit.* Item si filius, qui se abstinuit hæreditate paterna, quæ suspecta ei erat, maternam autem hæreditatem agnovit, agrum paternum possideat veluti maternum, cum ignorat esse paternum, quod est ignorare factum, hæc ignorantia non efficiet, ut filius videatur damnosam hæreditatem patris agnovisse, utve sustineat incommoda hæreditatis paternæ, *l.* 5. *C. eod. tit. l. cum bonis*, *de adq. hæred.* Item si pecuniam, quam existimabam me tibi debere, quum ignorarem alium me liberasse, alium pro me tibi solvisse, jussu tuo alii promisero, cui id donare volebas. Hæc quoque ignorantia non efficiet, ut pecuniam meam amittam, ut pecunia quam promisi mihi invito extorqueatur, *l. Julian. de dol. except.* Et hæc sint exempla de damnis. In compendiis autem acquirendæ rei cujusque etiam er-

rorem facti non nocere, ut si ignorans cognatum meum vita decessisse intestatum sine liberis et agnatis, non petierim bonorum possesionem unde cognati intra centesimum diem; hæc quoque ignorantia non me excludet commodo bonorum possessionis, neque efficiet, ut cognita morte cognati bona ejus non acquiram, *l. I. hoc tit.* Denique error facti neque in damnis neque in compendiis erranti nocet: et excipio tantum errorem, sive ignorantiam facti supinam, et dissolutam vitio et magnā negligentia nostra quæsitam, ut in *l. 6. hoc tit.* ut in specie *l. 3. in gr. si quid in fraud. patr. et l. Clodius*, *et l. filium emancipatum*, *ff. de acqui. hæred.* cum scil. erat in potestate nostra, vel mediocri, aut minima adhibita diligentia cognoscere factum, quod eleganter Græci vocant τὸ τῆς ὑποθέσεως ἀπότελεσμα, cum erramus, ut Arist. ait, cum erat in nobis diligentibus esse, et peritis facti facillimo negotio. In damnis male Accurs. utitur exemplo indebiti soluti per ignorantiam facti: nam si solvi indebitum, jam feci damnum rei meæ. Et quod dicitur in damnis errorem facti non nocere, de damnis futuris intelligitur, non de his, quæ jam contigerunt: errorem facti non dare nobis damnum, sed non restituere etiam nobis damnum, quod jamfecimus. Et in compendiis hoc exemplo uti convenientius est, quia si indebitum, quod solvi per errorem facti condicere volo, hoc ago ut acquiram denuo, quod emisi semel, nec tamen quo minus hoc agam solutumque condicam, mihi nocet error facti, quia nec in compendiis denuo acquirere volentibus nocet. Unde sic statuamus: si indebitum promisero, tuebor me errore facti ne solvam, ne pecuniæ promissæ, nondum amissæ damnum faciam: si indebitum solvero etiam tuebor me errore facti, quo magis id quod solvi et amisi, vel solutione alienavi, condicam, et mihi denuo acquiram: compendium facio, si acquiro quæ mea non sunt, licet quandoque mea fuerint. Damnum facio si quæ mea sunt, aut mihi debita (nihil refert) non recipio, aut non retineo · et error facti præstat utrumque ne damnum faciam, id est, ut meum retineam, vel recipiam, et ut lucrum faciam, vel acquiram, quod amisi, quodve nunc primum mihi offertur ex causa lucrativa. Et hæc de errore facti, in quo, ut ostendi, non distinguuntur damna a compendiis. In errore juris distinguuntur damna a compendiis. Nam in compendiis volentibus scil. acquirere maribus vel fœminis juris error non prodest, id est, juris error nocet, et impedimento est: in damnis suum petentibus, aut retinere et servare cupientibus, juris error non nocet, exemplum in fœmina est apertissimum: in soluto matrimonio morte mariti dotem petat, non repellitur, quia rem suam persequitur, etiamsi non fecerit inventarium bonorum mariti ignara constitutionis Leonis 110. quæ hoc jubet. At si persequatur lucrum nuptiale ex donatione propter nuptias, repellitur, nec potest se tueri prætextu ignorantiæ ejus constitutionis, quia compendium captat, non damnum præcavere tentat. Item si per errorem juris fœmina antiquioribus creditoribus cesserit, et prius eis satisfieri permiserit, dum ignara juris nescit dotium causam esse præcipuam, et præferri aliis creditoribus etiam antiquioribus, ab eis dotem suam revocabit, ne in damno amittendæ dotis suæ error juris ei noceat. Sin autem lucrum nuptiale persequatur, in qua persecutione non habet eadem privilegia, quæ in dotis repetitione, *l. assiduis*, *in fi. C. qui potior. in pign.* Privilegium tamen temporis commune eam habere constat, si antiquior sit: at si forte per errorem juris non utatur privilegio temporis in presequendo lucro nuptiali, et cedat imprudens, stulta posterioribus creditoribus, eisque ante satisfieri permittat, nihil lucri nuptialis nomine eis auferri potest, quia in lucris error juris non prodest, et hoc exemplo Harmenopulus utitur 1. *Epitomarum*, *titul.* 16. Sic igitur statuamus: errorem juris neque maribus, neque fœminis nocere in damnis amittendæ rei suæ, vel sibi debitæ ex causa obligationis, ut in *l. quæ fideicommissa*, *de leg.* 2. exposita 11. *Respons. l. 3. §. si quis ignorans*, *de Senatusc. Syllan. l. ult. C. de juris et fac. ign.* In compendiis autem errorem juris et maribus et fœminis nocere ut puta, persequentibus lucra nuptialia, ut dixi. Itemque, ut hoc aliis exemplis faciam manifestius, persequentibus donationes actis minime insinuatas, uti oportet, hoc colore, quod imperitia lapsi eas non insinuaverint, *l. 3. C. Theodos. de sponsal.* Item usucapere volentibus, *l. 4. hoc tit.* ut ecce, neque mas, neque fœmina usucapere potest quod a pupillo sine tutoris auctoritate emit per errorem juris, dum putat valere emptionem, *l. nunquam, in princ. de usur. et usucap. l. 3. §. si a pupillo*, *pro empt.* Item condicentibus indebita soluta juris error nocet: nam neque mas, neque fœmina potest condicere quod indebitum per juris ignorantiam solvit, ut in *l. prox. §. pen. et ult. l. cum quis*, *C. eod. tit. l. error*, *C. ad l. Falcid.* quia condicit quod solvit, id agit, ut acquirat quod amisit, non ut quod suum est, non amittat. Denique sollicitus est de lucro, non de damno. Erranti in jure subvenitur, ne suum amittat, non etiam ne amiserit, ne damnum faciat, non etiam ne fecerit: damna facta qui infecta facere studet, lucrum captat, non damnum futurum amolitur. Eademque ratio intervenit, si quis quid aliud damni fecerit per errorem juris, ut si apud judicem errans in jure in-

consulto confessus fuerit, et ex confessione in damnum inciderit, *l. 2. de confess.* videlicet si confessus fuerit in jure vel in judicio, quia confessio tantum facta in jure vel in judicio, fraudi et damno esse potest confitenti, non facta extra judicium: quam distinctionem, an confessio in judicio facta sit, an extra judicium, hoc loco Accursius inepte coarctavit ad regulam propositam. Nam sive quis in judicio, sive extra judicium damnum passus sit per errorem juris, obtentu ejus erroris non resarcictur ei damnum quod fecit semel. Idemque est si quis per ignorantiam Senatusconsulti Macedoniani pecuniam suam amiserit, credendo eam filiofamil. *l. 3. in princip. ad Macedon.* Item si per ignorantiam juris duxerit uxorem eam, quæ nondum eluxerat priorem maritum, *l. liberorum*, §. *ult. sup. de his qui not. inf.* Error juris obstat damno ne contingat, non etiam quod jam contigit, restituit. Alioqui erranti lucro esset ignorantia juris. Et eadem ratione error juris nocet petentibus honorum possessionem post tempora præstituta, hoc pretextu, quod ignoraverint legibus bonorum possessioni petendæ, præstituta esse tempora, *l. 1. hoc tit. l. 3. C. eod. l. juris, C. qui admitti ad bon. poss.* Itemque bona aut hæreditatem persequentibus, quam alio modo imperitia et stultitia sua, id est, ignoratione juris amiserint, *l. 2. eod. tit. l. ult. C. qui petant. tut.* Satis jam exemplorum habemus: nunc adnotemus, ab hac definitione de errore facti et juris, quam diximus promiscue locum habere in fœminis et maribus, excipiendi sunt quidam, quibus juris error nec in compendiis nocet, aut in persecutione lucrorum sive acquisitorum: neque enim nocet minoribus 25. annis, sive sint mares sive fœminæ, *l. 2. et l. quamvis, C. eod. tit.* non etiam militibus, *l. prox.* §. *si filiusfamilias, hoc tit. l. 1. C. eod. tit. l. ult. C. de jur. deliber.* Iis enim personis jus ignorare permissum est. Quandoque etiam error juris in compendiis rusticis non nocet, maxime si non habuerint copiam Jurisconsulti, ut ait *l. prox.* §. *sed juris.* Et hoc probatur etiam *l. pen. C. qui admitti ad bon. poss.* ut a me emendata est Observatione 17. Nam et rusticis jus plerunque ignorare permissum est. Minutius Fœlix in Octavo: *Agrestibus*, inquit, *non est datum intelligere civilia*, ἄγριον οὔτε δίκας εὖ εἰδότα, οὔτε θέμιςας. Non nocet etiam nec in compendiis error juris captanti modicum compendium, ut in specie alibi a me exposita *l. de die*, §. *si servus, qui satisd. cogant. et l. 1.* §. *1. ut in possess. leg.* Non nocet fœminæ, si ignara Senatusconsulti Liboniani sibi legatum adscripserit, quamvis non sit modicum compendium legati, quia scil. hoc ita nominatim fuit expressum SC. Liboniano, ut parceretur fœminæ ignoranti Senatuscons. alioqui amitteret legati emolumentum, *l. Divus*, §. *pen. ad l. Cornel. de fals.* Non etiam nocet fæminæ, si ignara juris sui seipsam detulerit fisco quasi incapacem capiendi legati, quæ vere erat capax, *l. 2.* §. *ult. de jure fisci.* Et hi sunt casus, quos significat lex proxima, §. 1. dum ait, *in quibusdam, mulieri etiam acquirere volenti subveniri propter imperitiam juris:* his personis et casib. exceptis, ceteris error juris in compendiis nocet: in damnis, minime nocet. Huic postremæ sententiæ objicit Accurs. *l. 2. C. de in jus voc.* ubi ignorantia juris coercetur damno et pœna pecuniaria 50. aureorum, si libertus irreverens patronum in jus vocaverit sine venia prætoris, nihil est facilius. Regula de qua tractamus, est de ignorantia juris civilis, legum civilium, Senatusconsultorum, edictorum, receptarum sententiarum jurisprudentium, de ignorantia, inquam, juris civilis omnibus cogniti vulgo, juris civilis propositi in albo, juris civilis promulgati propalam. At *d. l. 2.* est de ignorautia juris naturalis, quod et Accurs. attingit. Si quis obtendat, se nescire reverentiam debere parentibus ac patronis, quod perinde est, ac si quis dicat se incestum, aut adulterium aut furtum, quæ probra sunt juri naturali, commisisse per ignorantiam juris naturalis, quod nemo potest prætendere, quia nemo nescit jus naturale, *l. si adulterium*, §. *1. et seq. ad l. Jul. de adult.* Elegans est sententia Menandri, non licet ignorare leges naturæ. Has enim leges natura ipsa arripuimus, hausimus, expressimus: nec in damnis etiam amittendorum omnium bonorum nostrorum et publicandorum, earum legum ignoratio quenquam excusat; causari juris civilis ignorantiam quidam non improbabiliter possunt: juris naturalis nemo. Et ita hæc omnis definitio explicanda est.

Ad L. LXIII. de Ritu nupt.

Præfectus cohortis, vel equitum, aut tribunus, contra interdictum ejus provinciæ duxit uxorem, in qua officium gerebat, matrimonium non erit; quæ species pupillæ comparanda est, cum ratio potentatus nuptias prohibuerit. Sed an huic quoque si virgo nupsit, non sit auferendum, quod testamento relictum est, deliberari potest. Exemplo tamen pupillæ nuptæ tutori, quod relictum est, potest mulier consequi: pecuniam tamen in dotem datam mulieris hæredi restitui necesse est.

Pertinet hæc lex ad id, quod definitum est, mandatis Principum eum, qui in provincia officium publicum administrat, veluti præsidem, aut proconsulem, aut procuratorem Cæsaris, aut præfe-

ctum cohortis, vel legionis, vel equitum, aut tribunum militum, quamdiu eo officio in provincia fungitur, provincialem mulierem uxorem ducere, vel filio suo nuptum collocare non posse, aut consentire filio suo eam uxorem ducenti, *l.* 38. *et* 57. *sup. hoc tit. l.* 3. §. 1. *infr, de don. inter vir. et ux.* Et hoc loco, *contra interdictum*, id est, contra mandata Principum, quæ dant iis, quos mittunt in provincias publici officii administrandi causa, quib. eis interdicunt nuptiis ejusmodi, *l.* 65. *inf. hoc tit. l.* 2. §. 1. *de his quæ ut indig. l.* 6. *C. de nupt.* Si uxorem duxit provincialem, qui in provincia officium administrat, vel si consenserit filio suo uxorem ducenti in ea provincia, justum matrimonium non est, et liberi ex ea conjunctione procreati, justi et legitimi liberi non sunt. Et speciem hanc injusti, et illiciti matrimonii Papin. hoc loco comparat matrimonio, quod ex Senatusconsulto vel oratione Marci et Commodi, tutor filiusve tutoris prohibetur contrahære cum pupilla quondam sua, vel patris sui, *l. Senatusc. et l. seq. l.* 66. *et l. seq. inf. hoc tit. et* in *C. tot. tit. de interd. matrim. inter pupill. et tutor, vel curator. et filios eor. etc.* Comparatio recta est: nam utrumque matrimonium est prohibitum, utrumque injustum et illicitum et et ut ait, in utroque ratio prohibitionis eadem, ratio potentatus scilicet: nam si prohibita ea matrimonia non essent, sæpe puellis invitis et imprudentibus, maxime locupletioribus, matrimonia extorquerentur per impressionem et terrorem potestatis, quod maxime interest Reipubl. ne fiat: potentatus majorve potestas, et inæqualitas personarum libertati impedimento est, quæ potissimum exigitur in contrahendo matrimonio, *l.* 2. *C. de inut. stip.* Ubi non est ea libertas nec matrimonium est; non videtur autem ea esse libertas inter magistratum, et eam, quæ subjecta jurisdictioni ejus est: inter eum, qui cum imperio et potestate est et privatam mulierem; inter tutorem et pupillam, quæ utique semper reveretur et formidat eum, qui tutor est vel fuit, et facile ab eo circumscribi potest, aut terreri. In oratione Marci et Commodi, quæ prohibuit nuptias inter tutorem et pupillam, prohibitionis alia redditur ratio, ne rationes reddendæ tutelæ cohibeantur, quib. reddendis tutor obstrictus est, puella ducta in matrimonium, ne ejusmodi conjunctione fraudem administrationis suæ tegere laboret, ne pupillæ in re familiari circumscribantur ejusmodi conjunctione ab iis, qui rationes gestæ tutelæ restituere debent, ut in *l. seq. et l. pen*, §. *sed etsi filiusfam. hoc tit. l. si tutor*, *C. de interd. matr.* Ea ratio continetur oratione Marci, ut ait *l. penult.* neque tamen omnino necessaria est, sed probabilis tantum, alioqui quicunque fœminæ esset obnoxius rationib. reddendis, non posset eam ducere uxorem ante redditas rationes, quod tamen est falsum. Ergo non ea tantum fuit ratio prohibitionis, sed et alia: nihil vetat ejusdem juris plures esse rationes; et ratio quidem proxima est ratio potentatus, et melior igitur. Nam ut cum quæritur quid sit, quid quæque res sit, melius est reddere genus proximum, quam remotum, ita cum quæritur quare sit, melius est reddere proximam quam remotam rationem, quo proximior est, eo et propior negotio proposito, magisque necessaria. Comparatione autem facta utriusque matrimonii, quod tutor contrahit cum pupilla, vel qui officium administrat in provincia cum provinciali muliere, quærit Papinianus, an et sicut pupillæ non jure nuptæ tutori, non aufert fiscus, quod ei testamento mariti relictum est, quamvis maritus justus non sit, *l.* 2. *de his, quæ ut indign.* ita et provinciali mulieri, quæ nupsit officium gerenti in provincia, non auferat fiscus, quod ei testamento maritus reliquerit? Et ait, deliberari posse, id est, rem non carere dubitatione, quoniam facilius videtur, nos debere p[illegible]rcere pupillæ quæ captu facilis fuit, quam p[illegible]inciali cuilibet mulieri. Et tamen concludit Pa[illegible]an. idem juris esse in utroque matrimonio si[illegible] casu, ut scil. quod relictum est mulieri testa[illegible]ento mariti injusti, id ei fiscus ut indignæ, quasi deliquerit, quia contraxit illicitum matrimonium, auferre non possit, etiamsi sit ex asse hæres scripta testamento viri *d. l.* 2. Huic conclusioni Papiniani multa obstant. Obstat *l.* 1. *unde vir et uxor*: quæ generaliter statuit propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel uxoris, nec ex testamento adiri posse hæreditatem, aut peti bonorum possessionem secundum tabulas, nec deficientibus cognatis ab intestato peti posse bonorum possessionem unde vir et uxor, si injustum, et illicitum sit matrimonium, id est, si neque sit maritus, neque uxor justa: et nos tamen dicimus pupillam, quæ nupsit tutori, provincialem, quæ nupsit præfecto regionis, posse capere ex testamento tutoris vel præfecti, nec quod cœperit, ei auferri a fisco. Obstat etiam *l.* 13. *inf. de his, quæ ut indig.* cujus species hæc est. Quidam in adulterio Semproniæ damnatus, postea Semproniam, quæ et ipsa damnata non fuerat, duxit uxorem et hæredem scripsit. Idem Papinianus ait hoc loco, eam non esse uxorem justam, non esse justum matrimonium. Et ideo lucrum hæreditatis ad eam non pertinere, sed vindicari fisco ablatum ut indignæ: et vice versa, si talis mulier talem virum hæredem instituerit, viro auferri hæreditatem ut indigno. Obstat etiam *l. uxori maritus* 27. *de usufr. legato*, quam objicit

Accursius hoc loco. Species hæc est: maritus uxori legavit usumfructum omnium bonorum suorum, alio hærede instituto, et alia quædam, et dotem: hæres mulieri usumfructum concessit per errorem facti: post biennium apparuit injustam uxorem esse, injustum matrimonium; quæritur, an hæres possit ab ea repetere, quod præterito tempore percepisset ex testamento injusti mariti: et respondet Scævola illo loco hoc tantum repetere ab ea hæredem posse quod fructuum nomine percepisset. De omnibus aliis rebus, que legatæ erant, et de dote nihil respondet, quo plane significat, cetera legata hæredem non posse repetere a muliere, sed fiscum repetere. At usumfructum, et quod eo nomine percepisset, hæredem posse repetere a muliere, non fiscum: quæ est sententia *d. l.* 27. Ut omnibus respondeamus observandus est modus quem in hac l. Papinian. addit, provinciali mulieri, quæ nupsit præfecto verbi gratia, tribuno legionis, qui modus addi potest, et vero debet in qualibet alia specie illiciti matrimonii. Modus hic est: si virgo nupsit, quem modum et comparatio pupillæ exigit. Hic modus ostendit, tenellæ ætati esse parcendum, quæ decepta fuit a viro et illecta in nuptias illicitas. Quod etiam est proditum nominatim in *l. ult. de legat.* 1. ei ætati esse parcendum, ut non auferatur ei, quod ceperit ex testamento mariti. Virgo non tantum est integritatis nomen, sed et teneræ ætatis: si virgo ergo nupsit, id est, similis pupillæ ætate, si in utraque specie utraque fuerit tenella puella. Ex contrario igitur sequi majori 25. annis, et robustæ etati non esse parcendum, si hoc vel illo modo, vel alio quovis illicitum matrimonium contraxerit. Huic ætati, id est, mulieri hujus ætatis firmatæ, quasi indignæ esse auferendum quodcunque acquisivit ex testamento mariti injusti, etiamsi jus ignoravit, quia juris error nec fœminis majoribus 25. annis in compendiis prodest. Et de fœminis utique ejus ætatis sunt accipiendæ superiores ll. tres, non de fœminis tenellæ ætatis, de quibus hæc lex loquitur, quas respicit solas, quibusve parcit solis. Cur vero *d. l.* 27. *de usuf. leg.* ususfructus relictus injustæ uxori redit ad hæredem non ad fiscum: alia legata et dos, ut dixi, redit ad fiscum, ususfructus repetitur ab hærede quia scil. hoc est perpetuum in jure, ut nunquam ususfruct. redigatur in fiscum, *l.* 9. *eod. tit. et. l. si Titio, in pr. sup. de usufr.* in quarum legum specie ususfructus legatum, quod erat in causa caduci, legatario defecto vivo testatore non redit ad fiscum. Nuda proprietas vel plena redit ad fiscum: ex suis causis, ususfructus nudus nunquam, alioqui in perpetuum proprietas constitueretur inanis et inutilis.

Et hæc de fœminis. De maribus dicimus, quod eis plerunque ex testamento uxorum injustarum acquisitum est fiscum auferre, *d. l.* 1. *de his, quæ ut indig. d. l. ult. de legat.* 1. Nam et infames fiunt, qui contraxerunt illicitum matrimonium et extra ordinem coercentur, ut de tutoribus est proditum, qui duxerunt pupillas, *l.* 66. *inf. hoc tit.* vel etiam jure ordinario coercentur ex *l. Julia de stupro, l.* 7. *ad l. Jul. de adult.* Sed et in maribus hæc additur exceptio in *l. qui contra. C. de incest. nupt.* nisi lubrico ætatis lapsi sint, vel errore acrissimo decepti, sicut scriptum est in omnibus libr. veteribus, legunt Albericus et omnes Dd. Nam et Cajus Marius apud Priscienum antiquissimus poeta, *celerissimus advolat Hector*, et apud Charisinm Ennius *celerissimus equitum.* Si igitur mares lapsi sint lubrico ætatis, vel capti errore acrissimo, non auferetur eis a fisco ut indignis, quia veniam merentur, quod ceperunt ex testamento injustæ uxoris. Papinianum autem hoc loco quum dixisset, neque pupillæ, quæ nupsit officium gerenti in provincia, a fisco auferri quod quæsivit ex testamento injusti mariti, adjecisse eundem Papin. auferre tamen fiscum huic marito posse quod accepit ex testamento injustæ uxoris: et hanc posuisse differentiam inter marem et fœminam indicat, quod sequitur in fine legis, *pecuniam tamen in dotem datam mulieri hæredi restitui necesse est.* Quib. verbis significat, fiscum tamen huic marito non auferre dotem, quam ab ea accepit, legatum auferre, aut hæreditatem, quam ex testamento ejus accepit, dotem non auferre, sed mulieri vel hæredi mulieris mortuæ in matrimonio, vel post divortium dotem restituendam esse: hæredi, inquam, agenti ex stipulatu, ut in *l. un. §. manet, et §. illo proculdubio, C. de rei ux. act.* dos est restituenda hæredi mulieris. Quæro cur etiam apud hæredem mulieris non remaneat, quod ea mulier viro in testamento legavit? nimirum, quia id mulier ad hæredem suum pertinere noluit, sed ad virum, cui reliquit, vir autem relicto indignus est. Ergo fisco locus patet excluso marito et hærede mulieris. At dotem voluit pertinere ad hæredem suum quandoque soluto matrimonio, quæ non remisit dotis repetitionem. Verum contra potest objici, etiam his casibus, dotem non pertinere ad mulierem vel hæredem mulieris, quia scriptum est, dotem datam propter illicitum matrimonium caducam fieri, *l.* 38. 61. *sup. hoc tit.* Et priore quidem casu, eo, qui officium gerebat in provincia, ducente provincialem mulierem, dotem caducam fieri ex constitutione Severi indicat Constitutio quædam Gordiani a me prodita *lib. Obser.* 1. quæ etiam vult, ne ex ea causa dos semel fi-

sco commissam marito restituatur, etiam si post depositum officium novo consensu justæ nuptiæ effectæ sint, juxta *l.* 65. *hoc tit.* *l.* 6. *C. de nupt.* Vix unquam fiscus reddit quod semel occupavit, *l.* 2. *C. de requir. reis.* Et sane ut respondeam fateor marito non reddi dotem a fisco, quib. casibus dos remaneret apud eum, si justum esset matrimonium. At sane quibus casibus rediret ad mulierem vel ad hæredem mulieris, a fisco mulieri restituenda est. Potior est causa mulieris dotem persequentis quam fisci: et mulier utique dotem esse restituendam probat *d. l. si tutor*, *C. de interd. matr.* etiam imperitæ juris sive nescientis illicitum esse matrimonium, ne rei suæ damnum faciat propter ignorantiam juris: ergo et hæredi ejus. Hinc quæritur, an idem sit dicendum in reb. a muliere injusto marito donatis, quæ donatio ipso jure valet, quia non est maritus, non est uxor, non est dos, non est matrimonium? Qua in re pugnare videtur *l. si ex voluntate*, *C. de don. int. vir.* cum *l. cum hic status*, *in fi. eod. tit.* Nam hæc l. dicit, donata ab indignis ablata, fisco vindicari, si illicitum matrimonium fuerit, et utitur exemplo tutoris, qui duxit pupillam. Illa autem lex ait, donata pupillæ esse restituenda, fisco igitur non vindicari. Et sane exemplo dotis pupillæ restituenda sunt quæ donavit ablata marito ut indigno, *d. l. si ex voluntate*: non omnia quæ auferuntur ut indignis rediguntur in fiscum, sed conferuntur in alios, *l.* 4. §. *amittere, de his quæ ut indign.* *l. pen. C. de leg.* at non æque sunt tutori restituenda, quæ tutor donaverit, sed ea quoque tutori, ne recipiat et revocet, ut indigno a fisco auferenda sunt. Et de his tantum fisco vindicandis, quæ tutor donavit, non quæ pupilla, intelligere dictam *l. cum hic. status* vero similius est.

Ad L. XXVII. ff. de Pact. dotal.

Si liberis sublatis, reversa post jurgium per dissimulationem, mulier, veluti venali concordio, ne dotata sit conveniat conventio secundum ordinem rei gestæ moribus improbanda est.

Hæc lex pertinet ad generalem illam definitionem juris, inter virum et uxorem donationes non valere, quæ moribus recepta dicitur, ut in *l.* 1. *de donat. inter vir. et ux.* ita etiam in h. il dum ait *morib. improbanda est*: et eam quoque regulam sive definitionem juris Rufinum *lib.* 6. *reg.* et Modestinum *lib.* 7. *reg.* et Paulum *lib. singular. regul.* proposuisse et explicasse constat ex *l.* 27. *et* 41. *et* 43. *de donat. inter vir. et ux.* Et quæ ratio ejus regulæ redditur in *l.* 3. *eod. tit.* *ne concordia inter maritos pretio conciliari videatur*: eadem ratio redditur in hac *l. a Papin.* his verbis, *veluti venali concordio*: dixit concordium ἀρχαϊκῶς. Species *l.* 1. hæc est. mulier a viro discessit per dissimulationem divortii, non fuit igitur verum divortium, sed simulatum, forte et dissidium frivolarium, quod et frivolum dicitur, et per diminutionem frivusculum, *l. cum hic status*, §. *si divortium, inf. de donat. int. vir.* De quo verbo non debemus laborare, quia nobis sufficit, quod scribit Isidorus *lib.* Etymol. *frivolum esse cum eo animo separatur, ut rursus ad se invicem revertatur*, *nam frivolum*, inquit, *est velut quassæ et fluxæ mentis non stabile dissidium.* At vero nec probabile fuit, mulierem eam discessionem fecisse divortii animo, non est probabile eam discessionem, quæ non diu duravit verum divortium fuisse, *l.* 3. *inf. de divor.* maxime quia matrimonium liberis subnixum erat, ut eleganter loquitur *l.* 1. §. *pen. de liber. exhib.* Liberi communes firmius astringunt vinculum matrimonii, et adaugent magis charitatem conjugum inter se. Arist. 8. Ethicorum, σύνδεσμον εἶναι τὰ τέκνα, *liberos esse nexum inter virum et uxorem.* Idcirco, inquit, facilius divortio separantur, qui non habent liberos, quo pignore in matrimonio contineantur. Denique liberorum omnium ratio et fides et pietas tollit omnem suspicionem veri divortii. Et hac solum de causa puto Papinian. notasse, eam mulierem sublatis liberis communibus, id est, existentibus liberis communibus, non elatis, ut glossa, id est, mortuis, sed melius existentibus liberis ex eo matrimonio procreatis, se ab ædibus subduxisse mariti, ut argumentum notaret non veri divortii, quia extabant liberi: nec ulla alia est ratio, cur dixerit sublatis liberis, cur hanc circumstantiam notarit, quam quod ex ea collegerit, non fuisse verum divortium. Postea vero marito volente cum ea veterem gratiam reconciliare, eamque domum reducere, ipsa non aliter reverti potuit, quam si veluti redempta isto pretio reconciliatione atque concordia, maritus ei dotem, quam dederat restitueret, vel quam promiserat caveret se non petitum, ita ut indotata esset. Quæritur, an ea conventio valeat? Et ait, non valere quia species donationis est, quæ constante matrimonio non valet, si fiat inter virum et uxorem. Et inter eos matrimonium constitisse certum est, quia ea separatio sive discessio jurgium fuit non divortium, et jurgio non solvitur matrimonium, *l.* 32. *de jure dot.* Denique ut ait, *secundum ordinem rei gestæ.* Scævola diceret, secundum ea quæ proponuntur, secundum ea quæ in consultationem deducuntur: *secundum ordinem rei gestæ*, id est, sicut rem gestam fuisse proponitur, factum vocat rei gestæ ordinem ut in *l.* 3. §. *ult. de donat. int. vir. et uxor.* illo lo-

co, *eum rei gestæ ordinem futurum*, secundum igitur factum, quod propositum est eam conventionem non valere, *ne mulier dotata sit*, quia mera donatio est, quæ manente eodem matrimonio inter maritos consistere non potest dos constante matrimonio permutari si sit ex re mulieris, vel dari vel augeri et ampliari potest, *l.* 21. *et* 24. *h. tit. l. ita constante* 8. *de jur. dot. l.* 7. *de tutor. dat.* Minui autem dos constante matrimonio, vel tolli, auferri, reddi, repeti non potest, exceptis certis causis quarum quædam enumerantur in *l.* 57. §. 1. *de jur. dot.* Alias constante matrimonio dos minui, tolli, auferri, repeti non potest, quoniam redditio, aut diminutio instar donationis habetur. Potest et sine dote ab initio matrimonium contrahi, quid ni? *l. ult. C. de don. ant. nupt.* Sed quod semel contractum est matrimonium, dote data vel promissa, nec diremptum, nulla conventione fieri potest; ut sit sine dote. Si vero divortio fuerit diremptum, et in redintegrando et renovando matrimonio convenerit, ne mulier dotata esset, conventio improbatur, quia non est facta constante matrimonio, sed initio matrimonii novi contrahendi, eo die quo novum matrimonium reconciliatum est, quo jure fit donatio quælibet, *l.* 27. *ff. de donat. inter vir. et ux. et l. vir. mulieri, eod. l.* 31. *de jure dot.* At quia in specie proposita idem matrimonium mansit, nec jurgio diremptum est, ea conventio improbatur, et mulier dotata manet, eadem dos manet, sicut et matrimonium idem.

Ad L. XLII. de Administ. tut.

Ex pluribus tutoribus in solidum unum tutorem judex condemnavit in rem suam, judicatus procurator datus, privilegium pupilli non habebit, quod nec hæredi pupilli datur. Non enim causa, sed personæ succurritur, quæ meruit præcipuum favorem.

Pertinet hæc l. ad regulam illam, quæ etiam ex lib. reg. Modest. proponitur in *l. privilegia*, *de reg. jur.* privilegia sive beneficia, quæ personæ præstantur, quæ personæ cohærent, non transire ad hæredem ejus personæ, vel ad alium quemlibet: privilegia, quæ causæ præstantur, quæ rei, negotio, generi actionis, privilegia realia transire, non personalia. Hæc est regula et definitio juris, ad quam hoc loco apponitur exemplum in persona pupilli, cui in tutelæ actione datur constitutionibus Principum privilegium exactionis, ut præferatur ceteris creditoribus tutoris, utique tantisper, dum ei satisfactum sit ex bonis tutoris, ceterorum creditorum actiones differantur, *l. ex facto*, *sup. de pecul. Persona pupilli*, ut ait, Papinianus, *meruit hunc præcipuum favorem.* Omne beneficium personale præcipuum est, non commune. Quamobrem hæredi pupilli idem privilegium non datur, ut in *l.* 1. §. *Idem principes, ad L. Cornel. de fals. l. dabimus*, §. *ult. de reb. auct. jud. poss. vel de privileg. creditor.* Nec distinguo inter hæredem pupilli extraneum et filium. Nam et filio pupilli quem postea genuit, idem privilegium non datur, ut aperte demonstrat *l. pen.* §. 1. *de rit. nupt.* Ergo hæredi pupilli, quamvis in eum transeat actio tutelæ, idem privilegium non datur: actio tutelæ in eum non transit cum privilegio, nec si filius sit pupilli: ut multo minus transit in procuratorem pupilli factum in rem suam, ut in hac specie: si pupillus ex pluribus tutoribus, qui tutelam administraverant, ut potest, unum elegerit et convenerit, atque condemnaverit in solidum, debet ei cedere actionem tutelæ, adversus collegam vel collegas, quo genere eum faciat procuratorem in rem suam, id est, in rem propriam ipsius procuratoris, *l.* 2. §. *ult. famil. ercisc. l. si quis in rem*, *de procur.* Competit igitur actio tutelæ ei, cui cessa est, sed sine privilegio: privilegiaria actio tutelæ non ceditur, sed simplex, quod non transit in successorem totius juris, qui tamen proprius accedit ad vicem defuncti, ut Cicer. ait 2. *de legib.* et ostendit *l. hæres*, *ff. de usucap.* Denique quod non transit ad hæredem, qui totius successor est, quique eadem intelligitur esse persona cum defuncto, ut ait Novella *de jurejur. a moriente præstit.* et in successionem unius rei, vel unius actionis transit multo minus. Conjungenda autem cum hac omnino est *l. cum pupillus* 21. *de tut. et rat. distrah.*

Ad L. cum Pupillus XXI. de tutel. et rat. distrah.

Cum pupillus tutelæ actione, contra tutorem alterum, tutori, quem judex in solidum condemnavit cessit, quamvis postea judicatum fiat, tamen actio data non intercidit, quia pro parte condemnati tutoris, non tutela reddita, sed nominis pretium solutum videtur.

Quæ de eadem specie tractat, nempe de uno ex tutoribus pupillo condemnato in solidum, cui pupillus cessit actionem tutelæ adversus collegam, quam cessionem in hac l. 21. Papinian. ostendit esse utilem, quamvis postea ex causa judicati is, qui condemnatus est, solidum pupillo solverit, quod omnes tutores pupillo debebant ex tutelæ administratione, quia solutio ejusmodi non intercidit, inquit, actio tutelæ quæ tutori, qui solidum solvit, ex causa judicati data, id est, cessa

est, ut in *l. 1. C. de satisdat. lis quæ ei data est*, id est, cessa et mandata. Denique cessio actionis tutelæ facta a pupillo, non est inutilis, *quia*, inquit, *pro parte condemnati tutoris, non tutelæ redditur, etc.* Ubi plusquam manifestum est esse scribendum, *quia pro parte non condemnati tutoris, non tutela redditæ videtur*. id est, pro ejus parte, pro collegæ parte, qui condemnatus non est, non videtur solutum pupillo ex causa tutelæ, alioqui inutilis esset cessio, sed pro ejus parte, *nominis pretium*, id est, actionis tutelæ pretium pupillo numeratum videtur, quasi ex causa emptionis, ut idem dixit in *l. 5. de censibus, l. Modestinus, de sol. cum is, de fidejuss.*

Ad L. I. de Injusto, rupto, et irrito facto testam.

Testamentum aut non jure factum dicitur, ubi solemnia juris defuerunt, aut nullius esse momenti, cum filius, qui fuit in patris potestate, præteritus est, aut rumpitur alio testamento, ex quo hæres existere potuit, vel agnatione sui hæredis: aut in irritum constituitur non adita hæreditate.

De causis, quæ vitiant testamentum hæc lex proponit regulas juris civilis quatuor. Prima hæc est. Testamentum, in quo desunt solemnia juris, non jure aut non rite factum esse, atque adeo inutile esse, quoniam testamentum solemnitatem juris desiderat. Testamentum solemnis voluntas est. Solemnia ergo juris civilis intelligit. Nam et hæ regulæ quatuor et ceteræ, quæ in his libris continentur, sunt regulæ juris civilis, non prætorii: et solemnia juris civilis potissimum consistebant in emancipatione familiæ facta inter testatorem et emptorem familiæ, adhibito libripende, qui æs appenderet, quod pro familia emptor inferebat, emptor imaginarius, et in solemni nuncupatione testamenti, ut Ulpian. exposuit *lib. sing. reg.* Quintil. in Inst. *Non dixerim*, inquit, *testamentum, cui libripens, et emptor familia, et cetera jure necessaria deerunt.* In solemnibus non pono testes, alioqui falsum esset, quod in Instit. dicitur, codicillos nullam ordinis solemnitatem desiderare, quoniam et codicilli desiderant 5. testes, *l. ult. C. de testam. l. ult. C. de codicill. l. hac consultissima, §. 1. et l. cum antiquitas, C. de testam.* In solemnibus etiam non pono signa testium, quia non desiderantur jure civili, sed jure prætorio, ut scilicet testamentum sit obsignatum 7. testium signis, prætore alioqui non daturo hæredi scripto bonorum possess. secundum tab. Et jure quoque factum testamentum, et rite esse potest, licet signatum non sit, *l. quis legatum, inf. ad l. Corn. de falsis.* Secunda regula; nullum esse testamentum, in quo filius qui est in potestate testatoris, præteritus est, id est, neque hæres institutus, neque nominatim exhæredatus, licet legata ei adscripta sint. De qua regula, et Martianum tractasse secundo regul. constat ex *l. ult. tit. super.* Idem etiam inutile et injustum testamentum dicitur. Nam hoc est summum vitium testamenti, præterire filiumfamil. et principale jus, quod exigitur in ordinandis testamentis, ut ait *l. inter cetera, tit. sup.* Tertia regula, rumpi testamentum, quod ab initio justum fuit, mutatione vel agnatione sui hæredis. Mutatione, si postea aliud testamentum factum sit, ex quo, ut ait, hæres existere possit, et interdum etiamsi non jure, non rite, non solemniter factum sit, ut si aliud testamentum factum sit jure militari, vel si in posteriore testamento is sit scriptus, qui ab intestato rem obtinere potest, *l. 2. hoc tit. l. hac consultissima, §. si quis, C. de testam.* Atque etiam si ex posteriore testamento, nemo hæres extiterit, prius rumpitur. Denique neutrum consistit: non prius, quia ruptum est: non posterius, quia irritum est, quando ex eo nemo hæres extitit, ut quando hæres scriptus repudiavit, vel conditione defectus est, *l. 16. h. t.* Ut posteriore rumpatur prius satis est: si ex posteriore hæres existere potuerit, licet non extiterit. Ambulatoria enim est voluntas, usque ad extremum vitæ spiritum, *l. 4. de adim. leg.* Quintil. in declam. *sublatum*, inquit, *dicunt prius testamentum posteriore, neque ego non confiteor, si jure factum sit*: hoc est, si testamantum sit, quoniam plerumque exigimus, ut posterius jure sit factum, exceptis duobus casibus notatis ex *l. 2. hoc tit.* Et sequitur potentissimam esse defuncti proximam quamque voluntatem. Agnatione autem sui hæredis rumpitur testamentum si post mortem testatoris, vel post testamentum ei suus hæres agnascatur, qui testamento præteritus sit, id est, neque institutus hæres, neque uti oportet exhæredatus, et non agnatione tantum sui hæredis, sed quasi agnatione, ut si mortuo filio superstite patre, vel emancipato, nepos ex eo in ejus locum succedat et subintret. *l. 13. hoc tit.* vel si filius ex prima vel secunda mancipatione manumissus, ut olim fiebat, revertatur in potestatem patris. Quod etiam idem Ulpian. exposuit *eod. lib. regul.* quod non ita fiebat in filia, ceterisque liberis, qui una mancipatione exibant de potestate patris, nec desiderabantur tres, ut in filio, (quem morem etiam hodie Moscovia observat) *l. 8. §. ult. hoc t.* His duobus modis testatori, quasi agnascitur hæres suus, et rumpit testamentum, in quo silentio præteritus est. Qui agnationem, et quasi

agnationem dicit, ut qui contractum, et quasi contractum, qui impossibilem conditionem, et quasi impossibilem: qui possessionem, et quasi possessionem, qui actionem Servianam, et quasi Servianam: nihil etiam refert, suus hæres naturalis agnascatur, vel quasi agnascatur, veluti ex justa uxore, vel ex nuru, quæ sit in manu filiifam. an suus hæres non naturalis, veluti per adoptionem vel adrogationem, *l. 8. in pr. hoc tit.* vel, ut olim per conventionem in manum. Nam et uxor, quæ convenerat in manum mariti, sua hæres, et filiæ loco marito erat, ut Cajus scribit 3. *Instit.* et Aulus Gell. noct. Attic. lib. 18. *cap.* 6. Quarta et ultima regula hæc est: irritum testamentum per omnia constitui non adita hæreditate ab hærede, qui in eo scriptus est, in *l. penult.* §. 1. *de bonor. possess. secund. tab. l.* 5. *de manum. testam.* Idem desertum dicitur testamentum, et destitutum. Irritum igitur fit testamentum in totum, si repudietur ab hærede. Nec dubito quin addiderit Papinianus huic definitioni, vel etiam irritum fieri capitis diminutione quacunque ejus, qui testamentum fecit. Qua de re in *l.* 6. §. *irritum, hoc tit.* singulæ causæ, sive species vitiandorum testamentorum, singula vitia, singulis appellationibus singulisque regulis distincta et definita sunt. Et hæc sunt vitia, quæ testamentum infirmant.

Ad L. XXXIV. de Hæredib. instit.

Hæreditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.

Alia sunt vitia his a Papin. subjecta, quæ testamentum non infirmant, ut in hac *l.* 34. *de hæred. inst.* si in testamento pagani hæres nominatim instituatur ex tempore certo, vel ad tempus certum, veluti *hæres esto, post decennium quam major, vel hæres esto usque ad* 10. *annos.* Quo genere non recte hæres instituitur, non recte hæreditas datur, quia quod in bon. portione pagano non licet, ut de una portione testetur, de alia non testetur, ut in una habeat hæredem testamentarium, in altera legitimum: non licet etiam ei temporis spatio, ut post mortem suam parte temporis sit testatus, parte intestatus, *l. miles ita,* §. 1. *de milit. testam.* hæc, quæ sunt privantia natura, sunt inter se contraria, testatus et intestatus, *l.* 7. *de regul. jur.* Et in quo subjecto unum contrariorum est, non potest etiam esse alterum. Quod autem jure singulari receptum est, ut miles partim testatus, partim intestatus esse possit, hoc colore receptum est, quasi miles habens bona duorum generum, castrensia et pagana, duorum hominum vice fungatur, pagani et militis, ut paganus sit testatus, et ut miles intestatus, vel contra *l. si certarum, inf. de milit. test.* Paganus tantum unius generis bona habet. Quamvis autem ex tempore vel ad tempus non recte instituatur hæres, tamen institutio propterea non vitiatur, quia vitium illud temporis, quod significat illis verbis, *vitio temporis sublato*, tollitur et circumscribitur, et pro non adjecto habetur: et vitium est potius testatoris, quam vitium testamenti: vitia testatoris non infirmant testamentum, quia menda potius sunt et errata testatoris, *l.* 1. *ff. de condit. inst.* vitia personæ non rei: vitia testamenti testamentum infirmant. Et ita in *d. l.* 1. *sub conditione impossibili, vel alio mendo*, ut in Florent. *recte factam institutionem non vitiari*: sub conditione impossibili, vel quasi impossibili, ut *l.* 14. *et* 15. *eod. tit.* quia ea institutio pro pura habetur, *l.* 50. §. *pen. hoc tit.* ea conditio pro impleta habetur, *l.* 4. §. *ult. de condit. inst.* conjuncta *l. Mucianæ*, §. *ult. de condit. et demonstrat.* sub alio mendo veluti ex certo tempore, vel ad certum tempus, vel sub falsa causa, falsa demonstratione, vel falso mendo. Nam et hæc vitia non vitiant testatoris voluntatem, quia vitia testatoris sunt, non testamenti, vel etiam si servus proprius liber esse jussus ita hæres instituatur, *si liber erit hæres esto.* Nam mendosa est illa adjectio, *si liber erit* cum directo sit manumissus. At hæc quæro, cur tamen hæres possit institui sub conditione, an quia pendente conditione videtur paterfam. esse intestatus? hoc nego, quia quamdiu pendet conditio, non est certum, testatus an intestatus sit, sed ex postfacto, ex eventu hoc declaratur, et siquidem conditio extiterit, retroagitur conditio, atque recurrit, et testatus e vita migrasse intelligitur. Si defecit conditio, intelligitur nunquam fuisse testatus, et intestatus e vita migrasse, atque ideo sub incerto conditionis eventu etiam interim hæredi pendente conditione prætor dat bonor. poss. secundum tab. non expectata conditione, *l.* 2. §. 1. *et l.* 6. *ff. de bon. poss. sec. tab.* præstita tamen cautione, vel substitutis, vel iis, qui irrito facto testamento per defectum conditionis ab intestato venire possunt, *l. inter. qui satisd. cog.* Tempus vero certum, neque retro duci potest, neque porro inspicitur, ut puta, cum tempus certum inspicitur et observatur, ex quo vel ad quod quis hæres institutus est, ut in testamento militis post vel ante tempus qui scriptus est, non intelligitur hæres esse, vel fuisse. Non est omittendum, quod ait Accurs. hoc loco idem esse in libertate et hæreditate, ut etiam si testamento data sit libertas usque ad diem certum temporis, adjectio circumscribatur, et pro non scripta habeatur, *d. l. libertas. et l. seq. de man. test.* Et in Comœdia

Plauti, quod Sticho servo dicitur, *sume eleutheriam in hunc diem, te nihil morabor, et abi quo lubet*, non est manumissio, sed commeatus et licentia in eum diem, se gerendi pro libero. Neque liber, neque hæres quisquam est temporarius: sicut dicitur etiam de filio in *l. quæsitum, de adopt.* per adoptionem puta, non posse fieri filium temporarium. At quam ex die datur libertas, tum differentia est inter libertatis donationem et donationem hæreditatis, quia ex die data libertate temporis adjectio non circumscribitur, *l.* 17. §. *ult. et l. seq.* §. *ult. l.* 23. §. *ult. de manu test.* In hæreditate data ex die, dici adjectio circumscribitur, quia hæreditatis nullum aliud initium esse potest, quam tempus mortis ejus, de cujus bonis agitur: mortuo enim succedit statim, aut potest succedere aliquis vel lege vel testamento. Libertatis autem initio quodcumque tempus idoneum est, non tempus mortis solum domini, vel aditæ hæreditatis, nisi pure sint datæ libertates.

Ad L. LXXIX. de Hæred. instit.

Quod si non sit reliqui facta mentio, tantundem in altero asse habebit Mævius, quantum Titius in primo.

Pertinet hæc lex ad id, quod ex lib. regul. Ulp. definitum est in *l.* 50. §. *ult. hoc tit.* hæreditatem plerunque dividi in 12. uncias, quia sc. hoc numero plerunque significatur universitas, et ut ait idem Ulp. illo loco: *hæ 12. unciæ assis appellatione continentur:* Quod et Remmius Palemo tradit:

Nunc dicam solidæ, quæ sit divisio libræ,
Sive assis, nam sic legum dixere periti,
Ex quo quod soli capimus perhibemur habere.

Per translationem Vegetius dixit assem pro ungula equi: *purgabis,* inquit, *assem, le pied, libro de re veterinaria. Plerumque* autem ait Ulp. quia non semper 12. uncias esse vel fieri oportet, sed ex voluntate testatoris quandoque sunt plures quandoque pauciores, *l.* 13. §. 1. *hoc tit.* ut in specie hujus *l.* 79. Titium hæredem scripsit ex portione, quam per leges capere possit, et Mævium simpliciter hoc modo, *Mævius hæres esto*, duo asses fient, id est, 24. unciæ, ut singuli habeant 12. si Titius assem capere possit, vel etiam duobus assibus reductis ad unum assem, dupondio reducto ad assipondium, singuli habebunt semissem. Et hoc si Mævius fuerit simpliciter institutus, non si fuerit institutus ex residua parte, quia Titio existente capace assis, Mævius nihil habiturus est, quia residua pars nulla est quod in responsis latius exposuimus ad l. superiorem cui hæc implicita est.

Ad L. Qui duos XLII. ff. de Vulg. et pup. subst.

Qui duos impuberes filios hæredes reliquerat, ita substituit, si ambo mortui essent: deinde pueri post mortem patris simul perierunt. Duæ hæreditates substituto deferuntur: sed si diversis temporibus vita decedant, in hæreditate novissimi pueri ejus fratris, qui ante mortuus est, hæreditatem substitutus inveniet. Sed in ratione Falcidiæ, pueri prioris hæreditas non veniet, nec substitutus amplius, quam sescunciam jure testamenti desiderabit: legata quoque quæ a substituto ejus filii data sunt, qui prior intestato decessit, ad irritum recidunt.

De rebus dubiis, vel ambiguis, et maxime de commorientibus varias fuisse conditas regulas, et definitiones a Jurisconsultis, constat ex *l.* 16. 17. 18. 22. *de reb. dub. et l.* 34. *ad Treb. et l.* 26. *de mort. caus. don.* Quæ omnes sunt ex lib. reg. Martiani Jurisc. Commorientes dicuntur, qui simul pereunt naufragio, vel alio casu, ita ut non videatur supervixisse alter alteri. Ad eas regulas Jurisc. de commorientibus pertinet hæc *l.* 42. Cujus species est de duobus filiis impuberibus a patre hæredibus institutis ex æquis partibus quibus pater L. Titium directo substituit in hunc casum, *si ambo impuberes mortui essent*, quæ est substitutio pupillaris, sive pupillare testamentum, quod pater filiis fecit: et ab eodem substituto in eum casum pater plerisque multa legata reliquit. Et ostenditur in hac l. multum interesse, utrum ambo filii diversis temporibus vita decesserint unus post alium, an simul uno ictu, unoque impetu commortui sint ruina vel naufragio. Nam si non diversis temporibus vita decesserint, sed simul iis filiis post mortem patris commorientibus casu quodam, duæ hæreditates duorum pupillorum substituto deferuntur substitutionis jure, quasi substituto utrique simul morienti, quia non apparet uter utri supervixerit. Sed si hoc appareat, ut si diversis temporibus vita decesserint, priori mortuo superstes succedit legitimo jure ab intestato, quia pater, qui substitutum vocavit in hunc casum tantum, *si ambo impuberes mortui essent*, jus legitimæ hæreditatis inter fratres servari voluit. Denique vero posteriori mortuo succedit substitutionis jure, *si hic et intra pubertatem mortuus sit*, *si mortuus sit impubes.* Ceterum una est hæreditas, cui substitutus succedit, non ut priore casu duæ hæreditates, licet in hæreditate posterioris, cui succedit, inveniatur hæreditas prioris, quæ hæreditati posterioris accessit jure legitimo, non jure testamenti paterni. Eademque differentia servatur, si pater duobus filiis impuberibus ita substituerit, *si uterque impubes decesserit, l. pen. C. de impub. et aliis*

subst. vel si substituerit ei, qui novissime morietur, ut *l. vel singulis, et l. ex duob. hoc tit. l. qui duos, de reb. dub.* quibus ll. quæ refragari videbantur, ea jam sunt profligata in Responsis Papinian. ad *l. hæredes, §. qui ita, ad Treb. et* ad *l. 14. §. ult. ad leg. Falc.* vel ad Afric. in *d. l. ex duob.* Sic igitur statuamus: sive duobus filiis impuberibus pater ita substituat, *si ambo impuberes decesserint*, vel, *si uterque impubes decesserit*, vel etiam hoc modo, *ei qui novissime impubes morietur*, dicimus, multum interesse simul, an diversis temporibus fratres impuberes vita decesserint. Nam primo casu, *si pariter et simul mortui sint*, utriusque hæreditas, id est, duæ hæreditates duorum pupillorum substituto deferentur ex testamento pupillari, quod pater pupillis fecit. Secundo autem casu, *cum ordine vita decesserint*, substituto tantum defertur ex testamento pupillari hæreditas filii postremo defuncti, sed auctior et locupletior hæreditate fratris præmortui legitima. Ex hac differentia nascitur alia, quæ pertinet ad legata: quæ initio posui fuisse plurima a substituto primo casu relicta. Et quod ad rationem legis Falcidiæ attinet, cui ea legata subjiciuntur, primo casu, id est, *si ambo simul perierint*, ex legatis a se relictis in testamento pupillari vel quod idem est in secundis tab. substitutus, si sit oneratus, detrahit quadrantem totius hæreditatis paternæ, perinde ac si a patre hæres institutus esset ex asse, quia et assem substitutus capit jure testamenti: id est, jure, substitutionis. Et merito hac in causa substitutus instituto comparatur, *l. 11. §. si filio, et l. quæsitum ad l. Falc. l. prox. §. cohæres, hoc tit. l. quod fundum, §. ult. ad Treb.* Et ideo si ex unius pupilli hæreditate substitutus salvum quadrantem habeat totius hæreditatis paternæ, nihil detrahit ex hæreditate pupilli alterius, quia in ponenda ratione legis Falcidiæ duæ illæ hæreditates duorum pupillorum commiscentur, et cofunduntur, *l. 14. §. ult. ad l. Falc.* Secundo casu, *si pueri diversis temporibus vita decedant*, quem solum casum ut et advertit Accurs. qui intelligit hanc legem recte, tractat hic Papin. cum diversis temporibus diem suum obierint, hoc, inquam, casu pro parte ejus, qui prior vita decessit, substitutio fit irrita, *l. prox. §. pen. sup. hoc tit.* Igitur et pro ejus parte legata a substituto relicta ad irritum recidunt, ut ait in extremo *h. l.* testamentum, quod fit irritum, per omnia fit irritum, *l. pen. §. 1. de bon. pos. contr. tab.* et irritum fit testamentum non adita hæreditate, sive si noluerit hæres adire hæreditatem, sive non potuerit, veluti, conditione defectus, sub qua hæres institutus erat. Qua ratione, et in specie proposita irritum fit testamentum pupillare, pro parte ejus, qui prior excessit e vita, quam partem ne substitutus adire possit, frater superstes impedit, cui ea pars defertur jure intestati, jure legitimo, quod inter fratres pater servari voluit. Pro parte autem posterioris, id est, qui postremus vita decessit, testamentum pupillare, sive substitutio pupillaris valet, et pro ea parte legata debentur a substituto, salva tamen eidem substituto Falcidia, id est. quarta semissis, quæ est sescuncia semissis competentis posteriore mortuo. As enim continet 8. sescuncias: ergo semis continet 4. et semissis quarta, sive Falcidia est sescuncia. In eam vero Falcidiam, id est, in sescunciam substitutus non imputat hæreditatem fratris præmortui, quam invenit in bonis posterioris, cui soli ex substitutione succedit, qua ea hæreditas præmortui filii adventitio jure quæsita est, nimirum ab intestato, non ex judicio patris: et ea tamen, quod vulgo notum est, in Falcidiam imputantur, quæ capiuntur ex judicio testatoris, id est, jure testamenti. *l. quod autem, ff. ad l. Falc*, Qua de causa et Falcidia hoc loco dicitur capi jure testamenti. id est, jure substitutionis testamento factæ: et alibi Falcidia dicitur esse commodum testamenti, *l. omnes, ff. ad Treb.* quia jure testamenti, jure hæreditario percipitur non adventitio jure. Quæ non imputaret in Falcidiam institutus, non imputat etiam substitutus, quia primo et secundo casu substitutus instituto comparatur: itaque supra sescunciam, quam substitutus detrahit ex semisse posterioris. jure substitutionis habebit etiam integrum et illibatum semissem prioris. Et hoc est quod ait in *h. l.* cum diversis temporibs pueri non pariter mortui sint (quem solum casum tractat) in rationem Falcidiæ pueri prioris hæreditatem non venire, id est, capi eam a substituto integram, non pro ratione Falcidiæ dodrante ejus portionis legatis erogato. quæ pro ea parte in irritum reciderunt, nec imputata quoque ea patre hæreditatis in rationem Falcidiæ. in quam venit sola hæreditas posterioris, quam ex testamen prior accepit: sed ex hæreditate tamen posterioris, si onerata sit legatis, substitutum detrahere sescunciam jure Falc. ut in *d. l. 14. §. ult. ad l. Falc.*

Ad L. LXXX. de legat. 2.

Legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hæreditas hæredis res singulas; quod eo pertinet, ut si pure res relicta sit, et legatarius non repudiarit defuncti voluntatem recta via dominium, quod hæreditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum hæredis.

In hac l. proponitur hæc regula, *legatum ita dominium rei legatarii facit, ut hæreditas hæredis res singulas, etc.* Loquitur de legato pure relicto,

ut infra ait, *ut si pure res relicta sit*: non loquitur de legato relicto sub conditione, sicut nec altera regula, quæ huic subservit ex *l.* 9. *reg.* Modest. in *l. omnia. sup. hoc tit. Omnia quæ testamentis sine die, vel conditione adscribuntur*, id est, quæ pure relinquuntur, ex die aditæ hæreditatis præstantur. Ergo non loquuntur etiam hæ regulæ de legato relicto ex die, vel ad diem: nam et legatum aliter, quam hæreditas recte datur ex die vel ad diem, *l. ult. C. de leg.* et legatarius temporalis fit dominus rei legatæ, quod in hærede esset absurdum. Et ea est differentia inter hæredem et legatarium summe notanda. Legati autem titulo, et jure rei legatæ dominium acquiri ait hoc loco, ut *l. quotiens*, §. *ult. de pecul. l.* 1. *in fi. de Publ. in rem act. l.* 3. §. *si rem*, *t. seq. l.* 7. *C. de leg. l.* 2. *C. quando dies leg. ced.* est ex leg. 12. tabul. ut legato dominium acquiratur, *uti quisque legassit*, *etc.* Sed ita legato ait acquiri dominium legatario rei legatæ, ut hæreditate, id est, titulo et jure hæreditatis hæredi acquirantur (quod est etiam ex 12. tab.) res singulæ hæreditariæ: quam definitionem sic explicat, ut hæres dominium rerum hæreditariarum acquirat adita hæreditate, cum dixit se hæredem esse velle, et ea aditio retrotrahitur ad mortis tempus testatoris, ut et ex mortis tempore defuncto hæres esse intelligatur, *l. hæres, de acquir. her.* Cujus rei argumentum profert *l. si ex re*, §. *ult. de stipul. serv.* ex jure Pontificio, quod hæres, aut quod hæredis familia ex die mortis funesta esse intelligatur, nondum pura, nondum expiata. Hæres igitur ex aditione fit dominus rerum hæreditariarum, et intelligitur fuisse a morte testatoris, quia aditio retrotrahitur: et ad eundem modum legatarius dominium rei legatæ adipiscitur agnito legato, cum dixit, se amplecti liberalitatem defuncti, *l. ei qui ita, de condit. inst. l. cum vero*, *in fi. de fideic. libert.* Ceterum agnitio legati retrotrahitur ad tempus aditæ hæreditatis ab hærede instituto, quo tempore demum cœpit legatario deferri legatum, *l. servum filii*, §. 1. *l. si tibi homo*, §. *cum servus*, *tit. prox.* Cedit dies legati, quod notandum, ut possit transferri in hæredem (hic est effectus cessionis) a morte testatoris: defertur legatum, ut vel repudiari, vel agnosci possit ab aditione hæredis, ante aditionem non defertur, id est frustra repudiatur, frusta agnoscitur: acquiritur autem dominium rei legatæ ab agnitione legatarii, cum dixit se non aspernari aut repudiare legatum. Et hoc est, quod ait *l. omnia, h. t.* quam dixi subservire omnino huic regulæ, *omnia quæ testamentis sine die*, *et conditione adscribuntur*, *ex die aditæ hæreditatis præstantur*, id est, ex eo die deferuntur, et si repudiata non sint, si agnita sint, ex eo etiam die acquisita esse dicuntur, retroacta ad eum diem agnitione legati. Denique ut aditio hæredis retrotrahitur ad tempus mortis testatoris, ita agnitio legatarii retrotrahitur ad tempus aditæ hæreditatis, non ultra: quia non sequitur recursum sive retractum etiam ad tionis, sicut sidera, quæ retrahuntur ad punctum certum, nec tamen ejus puncti ductum sequuntur, qui retrotrahuntur: ita vero sit, ut ab adita hæreditate legatario rei legatæ dominium acquisitum videatur, dominium scilicet quod ante fuit testatoris dum vixit, et post mortem ejus, ante aditam hæreditatem, quod fuit jacentis hæreditatis et vacuæ, quæ quidem hæreditas jacens, non minus, quam hæres qui adivit, ante aditionem, domini, id est defuncti vicem sustinet, *l. hæres, de usurp. et usuc. l. hæreditas*, *de acquir. rer. dom. l. non minus*, *de hæred. instit. l. denique*, §. *quæsitum*, *quod vi aut clam.* Agnitione igitur legatarius acquirit dominium quod fuit hæreditatis, non quod fuit hæredis, quia nunquam fuit hæredis res legata, sed ut ait, *recta via*: *l.* 3. §. *si rem*, *tit. seq.* ait, *statim recta via.* Igitur et statim ab hæreditate jacente dominium intelligitur transiisse in legatarium, nunquam factum hæredis; sicut nec servi directo manumissi in testamento hæres intelligitur unquam dominium habuisse, *l. si jussit*, *in fi. de furt. et* ita in *l. a Titio*, *eod. tit.* Similiter dicitur recta via ea, quæ legantur ab eo, qui legavit, et ab hæreditate, quæ ejus vicem sustinet, ad eum, cui legata sunt, transire, nec ullo momento consistere in dominio hæredis, *l.* 9. §. *sed et creditor*, *sup. de pecul.* dominium igitur rerum legatarum, non nisi scientibus acquiritur, nempe agnoscentibus, actiones tamen personales legatorum fateor etiam ignorantibus legatariis acquiri: aliud est actio personalis, aliud dominium, *l. si a furioso*, *de obl. et act. l. filiusf. qui test. fac. pos. l. cum pr.* §. *surdo*, *hoc t. t. l. ult. quand. dies leg. ced.* Ac postremo ne quid objiciatur, omnino notandum est, quæ diximus hactenus locum habere tantum in legato vindicationis, de quo hæc lex accipienda est, veluti, *illud tibi do*, *lego*, *illam rem capito*, *habeto*: nam legatum damnationis, veluti, *hæres damnas esto illi illud dare*, non acquiritur per agnitionem legatarii, sed per traditionem hæredis damnati, et quæsitum traditione dominium non retrotrahitur ad tempus aditionis hæredis, sed ad tempus moræ hæredis: ac propterea interim ante traditionem aditione hæreditatis hæredis factum esse intelligitur. Ex quibus principiis certissimis sequuntur effectus complures, et de hoc genere legati per damnationem est accipienda *l.* 18. *de serv. et l. legatum*, §. *ult. tit. prox.* vel

etiam de legato per vindicationem conditionali, vel in diem, non de pure relicto, de quo solo egimus hactenus.

Ad L. LXXIX. de Condit. et demon.

Hæres meus, cum morietur Titius, centum ei dato, purum legatum est, quia non conditione, sed mora suspenditur, non potest enim conditio non exsistere.

§. 1. *Hæres meus cum ipse morietur, centum Titio dato, legatum sub cond. relictum est, quamvis enim hæredem moriturum certum sit, tamen incertum est, an legat. vivo, dies legati non cedat, et non est certum ad eum legatum perventurum.* §. 2. *Qui post Mucianam cautionem interpositam legatum accepit, si contra cautionem aliquid fecerit stipulatione commissa etiam fructus hæredi restituet: hoc enim legatarius, et in exordio cavere cogitur.* §. 3. *Quamvis ususfructus cum morietur legatarius inutiliter legetur, tamen conditionis Mucianæ remedium, ususfructu quoque sub conditione alicujus non faciendi legato, locum habet.* §. 4. *Quod in fraudem legis ad impediendas nuptias scriptum est nullam vim habet, veluti Titio patri centum, si filia quam is habet in potestate, non nupserit, hæres dato, vel filiofam. si pater ejus uxorem non duxerit, hæres dato.*

Quæ proponuntur initio h. l. pertinent ad generalem illam definitionem juris antiqui, qua utimur, neglecta l. Papia: Legatorum, quæ pure vel in diem certum relicta sunt, diem cedere ex mortis testatoris tempore: eorum vero, quæ sub conditione relicta sunt, diem cedere, cum conditio extiterit, quam Ulp. ponit *lib. sing. reg. tit. de legatis.* Et consequenter pertinet etiam ad regulam Catonianam, ut quæ legata ab initio non valent, non convalescant ex postfacto: quæ locum tantum habet in legatis quorum dies cedit a morte testatoris, non conditionalibus legatis, *l. cetera*, §. 1. *de leg.* 1. neque enim ad alias, quam ad alias regulas juris referri potest, quod ait initio hujus l. purum esse legatum, quod ita relinquitur, *hæres meus, cum morietur Titius, centum ei dato.* Quod sane purum est legatum, quia certum est Titium moriturum, atque statim a morte testatoris legatum deberi incipit, *l.* 9. *ut legat. nom. cav.* et quandoque mortuo Titio præstandum est legatum hæredi ejus, *l.* 4. *quando dies leg. ced.* et deberi quidem incipit statim, non tamen peti potest etiam statim, quia etsi non conditione, mora tamen certi temporis legatum suspenditur, quoad moriatur Titius: non omne quod debetur statim, et peti statim potest, quia differtur sæpe petitio ex causa, *d. l.* 9. Conditio suspendit obligationem et petitionem: mora suspendit petitionem non obligationem: conditio transmissioni impedimento est, ne scilicet a legatario jus legati transeat ad hæredem ejus: mora transmissioni impedimento non est: ac similiter conditio delegationi impedimento est, ne scilicet jus legati possit cedi altèri, *l. legata sub. condit. hoc tit.* mora non obstat delegationi, vel cessioni legati. Denique magna est differentia inter conditionem et moram, *l.* 1. *ff. de leg.* 2. *l.* 6. *quando dies leg.* At ut sequitur in §. 1. si legatum ita relinquatur *hæres meus quum morieris, Titio centum dato*, vel *Titio hoc vel illud facito*, conditionale legatum est, quia etsi hæredem moriturum certum sit, tamen non est certum, uter sit prior moriturus, hæres an Titius legatarius. quæ res suspendit omnino causam legati. Si enim prior moriatur hæres superstite legatario, verum est hæredem hæredis statim teneri legatario. At si prior moriatur legatarius superstite hærede hæredi legatarii, hæres, a quo legatum relictum est, non tenetur, quia legatarius decessit antequam dies legati cederet, id est, ante mortem hæredis, ante conditionem impletam: et ideo nihil legatarius transmisit ad hæredem suum, *l.* 1. §. *dies, hoc tit. et d. l.* 4. *quando dies leg. ced. l.* 12. §. *ult. de leg.* 2. *l. ult. C. de contr. stip.* Priore casu, qui proponitur initio h. l. certum est, legatum debitum iri, atque adeo videtur etiam deberi statim, quia quæ omnino extitura sunt, pro præsentibus habentur, et videntur deberi statim. Qua ratione et mors cuique dicitur esse præsens: omnis dies cuique esse supremus dies. Posteriore casu, certum non est legatum debitum iri, quia legatario hæres supervivere potest, quo casu inutile legatum efficitur: priore casu dies est certus, posteriore incertus, qui pro conditione habetur, *l. dies, hoc tit.* Quod sequitur in hac l. in §. *qui post*, pertinet etiam ad legata conditionalia, non quidem ad ea, quæ relinquuntur sub conditione dandi aut faciendi aliquid, sed ad ea, relinquuntur sub conditione non faciendi, veluti, *Titio centum lego, si Stichum non manumiserit*, quæ quidem plurimum ab illis distant. Neque enim illa, quæ relinquuntur sub conditione dandi vel faciendi, ullo remedio capi aut peti possunt antequam conditio fuerit impleta. Hæc autem quæ relinquuntur sub conditione non faciendi, capi et peti possunt remedio stipulationis Mucianæ, quam C. Mucius excogitavit. Unde si legatarius eam offert et caveat datis fidejussoribus se non facturum, quod ne faceret in conditionem legati deductum est, aut si secus fecerit, se rem legatam hæredi redditurum cum fructibus medio tempore perceptis, hoc remedio statim perveniet ad legatum, quamvis sit

conditionale, *l.* 7. *et* 18. *hoc tit.* alioquin erit expectanda mors legatarii, quia antequam ea contigerit, non est certum non fecisse eum, quod facere vetitus est, quia conditiones in non faciendo conceptæ, non possunt expleri, nisi morte legatarii, *l. Titio fundum, hoc tit.* Solet autem legatarius etiam cavere de fructibus restituendis, ut dixi ante, et ostenditur in *l. cum filius, de leg.* 2. Sed et si in cautione omissa sit mentio fructuum restituendorum, forte per oblivionem commissa stipulatione Muciana, hoc loco ostendit in eam fructus rerum legatarum venire rupta cautionis fide: quod cautioni vulgo adjici solet pro adjecto habetur, si omissum sit, non pro omisso, *l. ult. C. quæ res pign. l. ult. C. de fidejuss.* De cautione Muciana etiam est quod subjicit in §. *pen.* si ita legetur ususfruct. quum morietur legatarius, purum quidem est legatum, sed inutile, quia et constitutus ususfruct. morte legatarii extinguitur, quia jus est personale, quod cum persona extinguitur: et consequenter perperam, et quasi ridicule confertur in mortem, quod morte perimitur, *l.* 5. *de usufr. leg.* Sed si ususfructus relinquatur sub conditione non faciendi aliquid, conditionale est legatum, et valet, quia etsi ea conditio non expleatur nisi morte legatarii, quæ extinguit legatum, tamen legatarius ad legatum statim pervenire potest præstita cautione Muciana: remedio cautionis Mucianæ fiet utile legatum, quod alioqui esset inutile, quæ est sententia §. *pen.* Etiam referri potest ad cautionem Mucianam §. *ult.* ut intelligamus, si mulieri legatum relictum sit sub conditione, *si non nupserit*, vel si viro relictum sit sub conditione, *si uxorem non duxerit*, legatarium posse pervenire ad legatum, etiam non præstita cautione Muciana, quia l. Julia, quæ Miscella appellatur, ea conditio viduitatis remittitur, quasi publicæ utilitati repugnans, *l. hoc modo, hoc tit. l.* 2. §. *tractari, ad Tertullian.* Itaque post mortem testatoris intra annum, ut definivit lex Julia, ille legatarius nuptias contrahere, et nihilominus non habita ratione conditionis adscriptæ legato, legatum capere potest. Verum post annum si viduus aut vidua permanserit in annum post mortem testatoris, post annum non aliter capere potest, quam si præstiterit cautionem Mucianam se non nupturum, non ducturum uxorem, quod lex Julia cavit et probavit etiam Justin. in *Novella* 22. Et hoc quidem jus sequimur non tantum si conditio viduitatis conferatur in personam legatarii nominatim, veluti, *lego Titio centum, si uxorem non duxerit*, sed si ea conditio conferatur in personam patris, in cujus potestate legatarius est hoc modo, *lego Titio centum, si pater ejus uxorem numquam duxerit*, vel si conferatur in personam filii, quem legatarius in potestate habet, ut *lego Titio centum, si filius ejus uxorem non duxerit*, vel, *si filia ejus non nupserit.* Nam et hæ conditiones circumscribuntur et remittuntur, quia scilicet sunt adscriptæ in fraudem l. Miscellæ per simulationem legati relicti patri, quod relinquere voluit filio sub ea conditione, vel contra, et inspecta calliditate testatoris perinde est, atque si ei sub ea conditione legasset nominatim, cui legatum et quæsitum voluit, et ideo intra annum poterit capere legatum, etiamsi pater vel filius, qui in conditione positus est, nuptias contraxerit. Ponit speciem in patre, qui filium habet in potestate, et in filio, qui est in potestate patris: nam aliud est in emancipato vel extraneo quolibet, ut si ita legavero, *lego Titio centum, si Seja non nupserit.* Hæc species legati nihil pertinet ad l. Juliam Miscellam, nec aliter Titius perveniet ad legatum, quam si Seja vidua permanserit, *l. mulieri hoc tit.* Qui ita legavit nullam fraudem excogitavit adversus l. Juliam Miscellam.

Ad L. XXVIII. de Oblig. et act.

Actio in personam infertur, petitio in rem, persecutio in rem, vel in personam, rei persequendæ gratia. (*)

Propositurus Papinianus regulas, quæ multæ sunt de actionibus, ut in his libris regularum non esse insolitum fieri ostendi initio hujus libri, divisit (*) actionem in *d. l.* 28. in actionem, petitionem, persecutionem. Actionem dixit inferri in personam rei persequendæ gratia. Proprie ita accepit actionem et specialiter: est enim actionis nomen generale et speciale ut adoptionis et cognationis. Petitionem inferri in rem, quæ et petitoria actio dicitur, et inde nomen petitioni hæreditatis, quia in rem actio est. Persecutionem autem inferri in rem vel in personam. Ergo actione convenio personam, affirmans eam mihi dare aliquid aut facere oportere. Petitione convenio rem ipsam, asserens eam rem meam esse, quæ ab alio possidetur: persecutione convenio vel rem vel personam. Et ut hæc quoque definitionibus explicemus: Actio est jus, quod sibi debeatur rite et ex ordine in judicio persequendi. Petitio est jus, quod suum est, id est, in dominio suo judicio rite persequendi. Persecutio, autem est jus quod suum, quodve sibi debitum est extra ordinem judicio persequendi. Nam persecutio dicitur tantum de actionibus extraordinariis, *l. pecuniæ*, §. *actionis, de verb. sign.* ut de persecutione fideicommissi, quod ut Ulpian. scripsit in regulis, petitur cognitione et interventu ipsius

(*) (*) *Vide Merill. variant. ex Cujac. lib.* 1. *cap.* 15.

magistratus, non apud judicem datum per formulam. In judiciis extraordinariis formulæ non observantur, id est, juris ordo, *l. actio, de neg. gest.* ut item de persecutione salarii, quod non petitur per formulam, sed cognitione magistratus, *l. salarium sup. mand.* Et ita hæc tria verba distinguenda sunt in stipulatione de rato, *l. procurator, rem rat. hab.* neminem petiturum, cui ea de re actio, petitio, persecutio sit: et in stipulatione Aquiliana, *l. et uno de accept.* quarumcumque rerum mihi tecum actio, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est: et in *l. 49. de verb. sign.* in bonis connumerari, quæ sunt in actionibus, petitionibus, persecutionibus. Et apud Cornif. 2. *ad Herenn. quæritur in translationibus*, inquit, *num aliquis ejus rei actionem, petitionem, executionem habeat,* nihil est mutandum. Nam persecutio passim in jure executio appellatur. Quamvis autem hæ sint definitiones actionis, petitionis, persecutionis, admonendi tamen sumus, eas facile confundi, commutari, vel communicari earum verbis latius acceptis. Nam et in definitione actionis verbum debendi complectitur etiam, quæ nostra sunt, si ab alio possidentur, lata significatione, in *d. l. pecuniæ, §. debetur*: et in definitione petitionis suum recte quis dicit latissime, et quod sibi debitum est, ut in *l. repetitio, de cond. indeb.* et sæpe in illo tit. *quia suum recepit*, id est, sibi debitum. Et definitio quoque persecutionis accommodari potest ad omnia judicia, omnesque actiones, quoniam hodie omnia judicia sunt extraordinaria, id est, in nullis observantur formulæ, mores, ritusve judiciorum antiqui proditi jure civili, omnia judicia sunt extraordinaria, §. *ult. Institutionibus, de interdictis*: non quod ordinaria, solemnia, formularia sint sublata, si quis his uti malit, quibus plerumque uti consultius esset, et nescio an desuetudo formularum plus auxerit, quam minuerit lites, sed quod extraordinaria judicia magis frequententur omni ordine sublato a judiciis, sicut a ceteris negotiis: nam et a testamentis hodie exulat ordo juris, ut vere possis dicere omnia testamenta non jure facta esse, quia in omnibus desunt ritus et solemnia juris, deest æs et libra.

Ad L. CXXIII. de Verb. oblig.

Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet.

In hac lege melius est accipere verbum *flagitii* generaliter, ut regula congruat cum eo, quod generaliter definitur in *l. generaliter, eod. tit.* Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti. Et ait, *ab initio non valet,* id est, statim non valet ipso jure, etiamsi postea flagitium admissum non sit: vel etiamsi admissi flagitii pœnà legibus extincta sit.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. II. DEFINITIONUM ÆMILII PAPIN.

Ad L. VII. D. de Justit. et jure.

Jus civile est, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentium venit. §. 1. Jus prætorium est, quod Prætores introduxerunt adjuvandi vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam, quod et honorarium dicitur, ad honorem prætorum sic nominatum.

Hæc lex secundum editionem Florentinam est ex libro 2. definit. Papinian. quæ declarat quid sit jus civile, et quid prætorium. At secundum vulgarem editionem, sane ea *l.* 7. lib. 1. definition. vindicanda est, quod equidem verum esse arbitror. Nam et ceteræ fere omnes *ll. hujus tit.* sunt ex aliorum auctorum vel *lib.* 1. *Instit.* vel. *lib.* 1. *regul.* vel *lib.* 1. *juris Epitomarum.* Ergo et hanc. verisimile est fuisse ex lib. 1. definitionum. Prætera ut Papin. *lib.* 1. exposuit ante omnia, quid esset lex, ita verisimile est, quod præstat lex 7. et eodem libro antequam juris regulas exequeretur, exposuisse eum, quid esset jus civile, quid prætorium. Sunt enim hæ definitiones præparatoria quædam ad regulas. Et credo etiam Ulpian. regulas juris inchoasse a partibus juris civilis, quas complectitur definitio proposita in hac *l.* 7. Est enim definitio confecta per partitionem. At ita verisimile est Papin. libros suos definitionem et regularum inchoasse non tantum a definitione legis, sed etiam juris civilis atque juris prætorii, nec ejus rei explicationem rejecisse in *lib.* 2. Ait autem Ulpian. initio regularum, jus civile, quod et posititium appellatur ex pluribus partibus constat, scilicet legibus, plebiscitis. Senatusconsultis, constitutionibus Imperatorum, et similiter jure honorario, inquit, quod est edictum prætoris; vel proconsulis, id est, edictum urbanum, vel provinciale, et ex responsis jurisperitorum. Et his partibus explicatis, ait Ulpian. se ad studia juris regulas exequi velle, et ita priusquam regulas juris exequeretur Papin. quæ sumuntur ex variis partibus juris, vel civilis, vel prætorii, exposuit nobis, quid esset jus civile per partitionem his verbis, *jus civile est, quod ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, etc.* Verum Ulpian.

supr. d. loco in partibus juris numerat etiam edicta magistratuum, quæ tamen hic Pap. conficiens definitionem juris civilis per partitionem omittit. Partem etiam juris civilis Ulp. facit edicta magistratum in *Instit.* ex quibus est §. *scriptum*, *Inst. de jure nat. gent. et civ.* Et Cicero in Topicis, ubi etiam per partitionem definit jus civile. Ac solus ipse etiam partibus juris civilis adnumerat res judicatas et morem, et æquitatem, quas tamen omisit omnes Papin. in hac definitione, quamvis et eam conficeret per partitionem, quod vitiosum esse merito quis dixerit, nisi cur eas partes Pap. omiserit ostendatur. Et facilis hujus rei absolutio erit, si dicamus a Papin. definiri scriptum tantum et merum sive legitimum jus civile, scriptum jus civile. Nam ut in *d.* §. *scriptum*, cum proposuisset ante ex Ulpian. Instit. jus civile constare ex scripto, et sine scripto: mox subjicit definitionem juris scripti. Ita cum eadem divisio juris civilis ante proposita fuisset ex eodem Ulpiano in l. 6. consequens erat, statim et primum tradi definitionem juris scripti, quod et posititium sive positivum dicitur. Jus non scriptum, cujus partes sunt mos, æquitas, rerum judicatarum constantia, est jus ἀνομαθετικὸν, non positivum. Merum autem jus civile, quod legitimum dicitur, *l. sed cum patronus*, §. *bonorum, de bon. poss. l. ult.* §. *ult. de bon. poss. cont. tab.* a Papin. definiri, etiam subjecta juris prætorii definitio demonstrat in hac l. quid enim evidentius, quam voluisse Papin. jus civile separare a jure prætorio? Et ideo jus prætorium sive edicta magistratuum, quod idem est, non inseruit definitioni juris civilis confectæ ex partibus, cui definitioni juris civilis inserit jus prætorium, miscet jus utrumque, miscet quæ separat Papin. Neque enim definit Papinian. jus civile universum, cujus pars est etiam prætorium, et jus quoque civile nonnunquam dicitur, ut in illo loco Ciceron. pro Cæc. *quod denique ad jus civile*, etc. loquentis de prætoriis edictis, et jus prætorium, quod manat ex edicto, vel interdicto prætoris, quod et ὁμιλία dicitur a Theoph. in *tit de interd. viva vox esse juris civilis* in l. *seq.* Ciceroni *lex loquens*, et jus prætorium jus civile subsequi in *l. scio, de testib. l.* 1. §. *ult. de capt. et post. l.* 39. *de noxal. act.* Et jus prætorium ad legem æstimari apud Varronem de *ling. Lat.* et Prætorem Tullius in *ll.* juris civilis custodem esse, qui idem pari ratione definitioni juris civilis, cum admiscet res judicatas et morem et æquitatem, non jus tantum scriptum definit, ut Papin. sed universum jus civile sive scriptum, sive non. Non scripti juris civilis pars est mos et consuetudo, quæ tacito et illiterato populi consensu et quasi conventu obtinuit: non scripti etiam juris pars est æquitas, quæ scripti juris interpretatio est, et moderatio et emendatio, ut Aristoteles ait, ἐπανόρθωμα, id est, quod deest jure civili, quod litteris non potuit comprehendi. Æquitas denique juris scripti interpretatio, moderatio, emendatio est, posita in arbitrio boni viri, periti bene judicandi, ut in re dubia pro ratione temporis, loci, causarum, personarum, æquitatem sequatur potius, quam jus scriptum: ea æquitas neque in totum scripta est, neque in totum scribi potest: est enim infinita regula æquitatis. Non scripti juris civilis pars etiam sunt res judicatæ, id est, res quasi tritura quadam fori et usu jamdiu recepto semper eodem modo in similibus causis judicari solitæ, juxta id quod dicitur in *l. nam Imperator, D. de ll. in ambiguitatib. quæ ex legibus proficiscuntur, rerum perpetuo judicaturum similiter auctoritatem, vim legis obtinere:* observa quod ait, *perpetuo, et similiter:* nam ut Tullius ait lib. 1. de invent. *solitarii alicujus aut rari judicati nullum momentum est:* nec a judicato simpliciter argumentum valet, sed a sæpius judicato, vel a perpetuo judicato, *l.* 1. §. *hæc autem, inf. ad Syllan.* Et *similiter* ait, *non varie* ut *l. nonnunquam, ad Trebell.* nam ex vario judicato jus vel argumentum certum constitui, aut dici non potest. Judicatum autem perpetuo et similiter, judicatum quod numero et tempore valet, partem facit juris non scripti, in his causis, in quibus jus scriptum deficit, eaque pars dicitur mos judiciorum sæpissime, et jus judiciorum, *l.* 3. *C. de dotis promiss.* et mox legum *l.* 32. *C. de transaction.* Alius est mos majorum sive jus populi; alius mos judiciorum et legum. Non scripti etiam juris civilis nemo negat partem esse jus gentium, quod et naturale dicitur, et morum etiam appellatione continetur, ut in *l.* 8. *et* in *l. sororis*, *de rit. nupt.* nec libertinam matrem, vel sororem uxorem duci posse, quia hoc jus, inquit, moribus, quod est jure gentium, non legibus introductum, quia, ut ait in *l. adoptivus*, §. 1. *eod. tit.* in nuptiis contrahendis jus naturale inspicitur, quod est jus gentium, pudor naturalis, non merum jus civile, non jus legitimum. Et similiter in *d. l. sororis*, si quis eam duxerit, quam moribus prohibemur uxorem ducere, incestum committere jure gentium; quo fit perspicuum morum appellatione significari jus gentium, et universi juris jus gentium pars dici potest. Et inde M. Tullius 3. de offic. *quod jus gentium est*, inquit, *et jus civile esse debet.* Et alibi in Partitionibus *legis esse propria etiam ea, quæ sine litteris, aut gentium jure, aut majorum more retinentur.* Verum non partes juris non scripti, sed partes juris scripti tantum hac definitione Papin. complecti voluit. Noluit etiam, ut diximus, confundere juris præ-

torium cum jure civili, quamvis idipsum, quod prætorium est, civile sit, non quidem specialiter, sed generaliter. Specie enim plurimum inter se differunt jus civile et prætorium. Et jus quidem prætorium ita definivit, *quod prætores* scilicet urbani et peregrini, *introduxerunt adjuvandi, supplendi, corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*, quæ mater est juris civilis, quæ non contenta justo fœtu suscepit alium, qui primum fœtum adjuvaret, suppleret, corrigeret. Tres sunt virtutes juris prætori, adjuvare jus civile, supplere, corrigere. Definitio juris civilis est a partium, definitio juris prætorii, ob effectorum enumeratione. Adjuvat autem jus civile prætor, cum id suo sequitur, cum id tuetur, atque confirmat; ut cum suis hæredibus, vel agnatis ab intestato dat bonorum possessionem unde liberi et unde legitimi, et cum hæredibus institutis jure perfecto testamento dat bonorum possessionem secundum tab. et aliis plerisque modis, §. 1. *Instit. de bon. possess. l. sed cum patrono, D. eod. tit .legum*, inquit, *tuendarum causa prætor dat bonorum possessionem.* Supplet autem jus civile, cum quod ei deest quodve legibus omissum est, quantum potest aliqua ex parte implet: ut cum fœminas, quas in successione intestati lex Voconia excludit jure graduque agnatorum, nec vocat inter cognatos, saltem prætor vocat data bonorum possessione unde cognati: qua de re §. *media Instit. de legit. agnat. succes.* primum ait, Prætorem corrigere asperitatem juris civilis; deinde propriore verbo usus, non corrigere, sed quod deerat implere. Et similiter *l. quia actionum, de præscr. verb.* ait, actiones legibus proditas, actiones civiles; si lex justa ac necessaria sit, prætorem supplere in eo quod legi deest, datis actionibus utilibus, actionibus in factum, exigente æquitate et utilitate rerum, legi accommodatis. Supplet item quodammodo jus civile, cum agnatus, vel gentilis, qui legitimus est curator furiosi aut mente capti, ad eam rem inhabilis est, quasi deficiente curatore legitimo, deficiente jure civili, alii permissa bonorum furiosi administratione, *l. sæpe, de curat. furios.* Corrigit autem jus civile, cum id palam oppugnat et emendat, ut cum posthumum alienum, id est, qui suus hæres testatori futurus non est, hæredem institutum, quem jus civile repellit, quasi incertam personam, §. *posthumus, Instit. de legat.* prætor ad bona testatoris vocat, data bonorum possessione secundum tabul. §. 1. *Instit. de bonor. poss. l. posthumus, de inoffic. testam. l. 3. de bon. possess. sec. tab. l. 1. §. si filius in adoptionem, et l. si extraneo, de vent. in poss. mitt.* Item cum liberos capite diminutos, quos jus civile proculdubio repellit ab hæreditate parentum, prætor rescissa capitis diminutione vocat ad bonorum possessionem contra tab. *l. ultim. unde lib. d. l. sed cum patronus, §. pen. l. 3. §. si emancipatus, de bon. poss. cont. tab. l. si aliquis, C. Theod. de bon. poss.* Item cum liberto testato, vel ab intestato relinquente suum hæredem non naturalem, puta, filium adoptivum, quo casu jus civile omnimodo patronum excludit a liberti bonis, prætor patronum vocat in semissem, data bonorum possessione contra tab. vel contra suum hæredem non naturalem. His modis prætor corrigit jus civile propalam. Denique hæ sunt vires, hæc effecta juris prætorii. Quod subjicit Papin. etiam jus honorarium nominari in honorem prætorum, ut et in Inst. ait Theophil. εἰς τιμὴν ἀρ'χόντον qui et ipsi honorati sunt atque dicuntur apud Ovid. *Verbaque honoratos libera prætor habet.* Quare etiam bonorum possessores dicuntur etiam honorarii successores. Addi velim ad ea, quæ superius dixi de correctione juris civilis, locum, quem omisi, in quo id proponitur, prætores scilicet jus emendare in §. 1. *Inst. de success. libert.* ubi ait, ea in re iniquitatem juris civilis prætorem emendasse.

Ad L. Pen. de usufr. accresc.

Cum singulis ab hæredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur, non minus quam si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset, unde sit, ut inter eos jus adcrescendi non sit.

Hæc l. pertinet ad id, quod generaliter definitur ex auctoritate et sententia Celsi in *l. 3. hoc tit.* Inter eos quibus ejusdem rei ususfructus legatus est, toties esse jus adcrescendi, quoties ab initio singuli solidum habent, concursu partes faciunt, non si ab initio singulis legatariis partes adscribantur aut adscriptæ intelligantur, id est, inter eos esse jus adcrescendi, si utroque concurrente et agnoscente legatum usumfruct. inter se partiantur, non etiam si ab initio ipse testator inter eos usumfruct. partiatur adscriptis partibus. Et jus adcrescendi est jus obtinendi totius ususfructus, quem quis non repudiavit, collegatarius ejus repudiavit, vel amisit. Et ex hac definitione Celsi intelligimus, inter re conjunctos esse jus adcrescendi, ut si ita legavit: *Primo et secundo fundi illius usumfr. do lego*, vel ita, *Primo fundi illius usumfructum do lego, Secundo fundi ejusdem usumfr. do lego*, §. *si eadem res Instit. de legat.* Priore exemplo Primus et Secundus etiam verbis conjuncti sunt, posteriore exemplo verbis sunt disjuncti et separati. Utroque re conjuncti sunt, quia ab initio singulis pro indiviso fundi

solidus ususfructus relictus videtur. Denique judicio testatoris indivisus est ususfructus, nec divideretur nisi concurrant uterque et amplecti legatum velit. Ex eadem definitione intelligimus, inter disjunctos re non esse jus adcrescendi, etiamsi verbis forte conjuncti, sint, ut si ita legaverit, *Primo et Secundo fundi illins usumfruct. æquis portionibus do lego*, non sunt re conjuncti, quia ab initio singuli partes habent, non solidum: et ideo, nec inter Primum et Secundum hoc casu versatur jus adcrescendi, sed repudiante primo usumfructum portio ejus recurrit ad proprietatem, non etiam adcrescit alteri portioni ususfructus. Quod in hac *l. pen.* demonstrant hæc verba: *si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset*: et separatos eos esse nec inter eos versari jus adcrescendi. Ergo inter verbis tantum conjunctos, non etiam re, non est jus adcrescendi. Hoc est verissimum, cum hac exceptione tamen, nisi appareat aliud sensisse testatorem, puta partes designasse potius, quas facerent concursu, quam ipsum fecisse, ut in specie *l.* 16. §. *ult. de leg.* 1. Cum legavit mihi et posthumis ex virilibus portionibus, adscriptis portionibus, nullo nato posthumo totum legatum vindicabo jure adcrescendi Atqui non fuimus re conjuncti, quum singulis sint adscriptæ partes viriles? Respondeo testatorem non tam adscripsisse partes viriles, ut nos separaret, quam ut demonstraret, pluribus posthumis natis non unam mihi partem et posthumis alteram se dare velle, sed singulis viriles, ut in *l.* 7. *et* 8. *de reb. dub.* Alioqui nuda verborum nominumve conjunctio jus adcrescendi non parit, quoniam plerumque non tam conjunxisse testator, quam celerius dixisse dividetur, *l.* 66. *de hæred. inst.* cum scilicet re legatarios disjunxit, id est, cum adscripsit eis partes ab initio nominatim. Et idem est si intelligatur ab initio partes adscripsisse, ut et hic Papinianus ostendit in hac specie, si duobus hæredibus institutis Titio et Mævio, a Titio testator usumfructum legaverit primo, et a Mævio ejusdem fundi usumfructum secundo, quia hoc casu intelligitur testator singulis legatariis partes ab initio reliquisse, quas scilicet singuli hæredes pro portionibus hæreditariis singulis legatariis præstare tenentur, quia ut subjicitur in *l. ult.* cum alius legatarius ab alio hærede usumfructum vindicat, id est, quia singuli legatarii vindicant partes ab hæredibus singulis, quæ singulis relictæ videntur, non solidum, et ideo inter eos quasi re disjunctus jus adcrescendi non versatur in *l. ultim. cum* pro *quia*, ut in Basilic. Nihil igitur interest Primo et Secundo conjuncta oratione legetur ususfructus fundi æquis portionibus abscriptis, an vero singulis legetur a singulis hæredibus, quoniam hi et illi re disjuncti sunt, et non concursu partes faciunt, sed habent eas statim ab initio ex judicio testatoris. Et ideo non est inter eos ab initio jus accrescendi.

Ad L. LIX. de Cond. indeb.

Si fidejussor jure liberatus solverit errore pecuniam, repetenti non oberit, si vero reus promittendi per errorem et ipse postea pecuniam solverit, non repetet: cum prior solutio, quæ fuit irrita, naturale vinculum non dissolvit, nec civile si reus promittendi tenebatur.

Pertinet hæc lex ad regulam illam, vulgo jactatam, *errore et imprudentia soluti repetitionem esse, consulto soluti donationem non repetitionem esse*, *l.* 53. *de reg. jur. l.* 1. *hoc tit.* errore, inquam, facti, qui solventi indebitum non obest: error juris obest: *l. cum quis, C. de jur. et fac. ignor. l. error, C. ad l. Falcid.* Nec enim errorem cum dicunt simpliciter juris auctores, alium quam errorem facti intelligunt. Et est plane importunus, qui *d. l.* 53. scripsit esse accipiendam de errore juris, relatam ad actionem Fabianam, ad quam etiam sane proprie pertinet. Sed non aptanda est ad eam actionem Fabianam eo modo, quo eam ille optavit ex *lege* 5. *si quid in fraud. patr.* sed hoc modo, ut si libertus errore solverit indebitam pecuniam, repetitio liberto competat per condictionem indebiti, non patrono per actionem Fabianam, quia qui erravit, noluit fraudare patronum, sed si consulto solverit, quia donasse videtur in fraudem patroni, actio Fabiana, quæ solutum revocet, patrono competet. Sicut in *l.* 6. *eod. tit.* dicitur eandem actionem patrono competere, si libertus consulto sciens prudensque filiofamil. pecuniam crediderit contra Senatuscons. Maced. in fraudem patroni, quia donasse intelligitur filiofamil. scientem credere, donare est, perdere est, ut ait *l.* 4. §. *Julianus, ad Maced. et l. filiusfam. de donat.* Hoc cognitio, finge: qui fidejusserat pro reo promittendi, solus ipse jure liberatus est, non etiam reus promittendi, reus promittendi mansit obligatus. Quod evenit si fidejussor cum creditore paciscatur, ne a se pecunia petatur, quia pactum fidejussoris reo non prodest, *l. fidejussoris de pact.* fidejussori prodest non quidem, ut jure civili liberetur, quia pacto non potest tolli civilis obligatio, sed ut liberetur jure prætorio per exceptionem pacti conventi. Idem etiam evenit, si fidejussor tempore liberatus sit, ut puta, cum fidejussisset in diem certum tantum, ut in *l. fidejussor*, §. *ultim. D. mand.* Nam et hoc casu reus omni jure obligatus manet, fidejussor jure prætorio liberatur per exceptionem pacti conventi, vel doli mali, *l. oblig.* §. 1. *versic. pla-*

cet, de obligation. et action. Et ita hac lege hæc verba accipienda sunt, *si fidejussor jure liberatus*, id est, jure prætorio, ut *l.* 5. §. 1. *de constit. pec.* per exceptionem pacti, vel doli, non jure civili. Nam liberato fidejussore jure civili, et reus omnino liberatur. Fac vero fidejussorem tutum exceptione pacti conventi, vel doli mali, per errorem creditori suo nomine pecuniam solvisse, pacti non reminiscentem, solutione hujusmodi videtur tam se, quam reum promittendi liberasse omni obligatione, et civili et naturali: solutione tollitur omnis obligatio, id est, et naturalis et civilis. Et quamvis pactione fidejussoris reus non liberetur, solutione tamen liberatur: sane solutione vera, cum et solutione imaginaria, veluti acceptilatione fidejussoris etiam reus liberetur et tota solvatur obligatio, *l.* 13. §. *etiam si fidejussori*, *de accept.* Quid tamen dicimus in specie proposita si fidejussor per errorem solvit ignarus exceptionis pacti, vel hæres fidejussoris qua se tuerit poterat, et solutum condicat quasi natura indebitum, quod potest, *l. cum is*, §. 1. *hoc tit.* potest, inquam, condicere, quia exceptio pacti, vel doli, quam habuit, dat repetitioni locum: pacto enim etsi non tollatur civilis obligatio, tollitur tamen naturalis, *l. Stichum* §. *naturalis*, *de solut. l. qui exceptione*, §. *ultim.* conjuncta *l. si non sortem*, §. *libertus*, *hoc tit.* Solutione autem fidejussoris irrita facta per condictionem indebiti, ex eventu apparet, nec retro ullo modo fuisse liberatum reum promittendi, qui fidejussore paciscente, et civili et naturali jure mansit obligatus, fidejussores jure civili tantum, *l. qui hominem*, §. *ult. de solut.* Itaque post solutionem a fidejussore factam per errorem, si hujus solutionis ignarus reus promittendi per errorem creditori solverit eandem pecuniam, condictio quidem indebiti fidejussori dabitur, quia natura non debuit: reo promittendi non dabitur, ut definit Papin. hoc loco, quia reus promittendi, quod solvit, et naturaliter, et civiliter debuit, nec solutione fidejussoris, quæ ad irritum redacta est, sublata est naturalis vel civilis obligatio, qua reus promittenti tenebatur obstrictus: prior, inquam, solutio, id est, solutio fidejussoris, quæ fuit irrita facta per condictionem indebiti, naturale vinculum non dissolvit, quo reus promittendi tenebatur ex stipulationem. Vinculum naturale et civile dixit, significans obligationem, quæ etiam definitur esse juris vinculum. Verum si definitioni addatur, quod additur in Institutionibus, *juris vinculum*, *quo necessitate adstringimur, alicujus rei solvendæ*, obligatio civilis definitur, non naturalis, quoniam naturalis sola necessitate solvendi non adstringit. Denique definitur tantum ea obligatio, quæ parit actionem, quæque proprie est obligatio, Nam ut eleganter ait *l. in vendentis*, *C. de contr. empt.* nulla est obligatio, quæ necessitate non adstringit contrahentem. Et ex hoc loco non male Baldus colligit ex stipulatione, qua scilicet reus promittendi tenebatur nasci vinculum naturale, obligationem naturalem, quod et Accursius probat in *l.* 1. §. *penult. de pactis:* quia stipulatio etiam consensum habet, et ex consensu interponitur, ut ait *l.* 5. *de transact.* Et ut solus consensus etiam nudus sive pactio nuda parit actionem, aut obligationem naturalem, et sicuti dicitur quis ex stipulatione juri civili teneri, non ex eo sequitur et jure naturali eum non teneri. Sicut in *l. solvere*, *de solut.* cum dicitur jure civili constitutum esse, ut liceat etiam ignorantis invitique conditionem meliorem facere: an ideo inferes, non idem esse constitutum jure naturali? minime. Nam et ita scriptum est in *l. solvendo*, *de negot. gest.* et naturalem et civilem rationem suadere, ut et ignorantis et inviti melior conditio fieri possit, ut si quis solvat pro alio invito et ignorante, quod is revera debet. Quod autem dicitur in *l. indebitam*, *hoc tit.* fidejussorem, qui intercessit pro eo, qui nec civiliter, nec naturaliter obligatus erat, quem fidejussionis causa constat nullo modo teneri, quia nulla subest obligatio principalis, si tamen is fidejussor suo nomine solverit per errorem, habere condictionem indebiti, quia inquit, jure gentium, id est, natura indebitum solvit; ex eo non sequitur ex nulla stipulatione nasci obligationem naturalem, quoniam nascitur sane ex utili stipulatione: sed ex eo tantum colligitur, ex ea duntaxat stipulatione, nec naturalem obligationem nasci, nec civilem, quæ adhibetur accessionis loco, nulla existente principali obligatione. Et ita verissimum est, quod Accursius et Azo existimavit, etiam ex utili obligatione naturalem obligationem nasci, quod et lex hæc aperte demonstrat.

Ad L. VI. ff. Quando ex facto tut.

Tutor interposito decreto prætoris actionem reliquit, secundum eum sententia dicta, judicati transfertur ad pupillum actio, non minus quam si tutor obtinuisset.

Certum est, tutore vel curatore adversa valetudine vel senio ætatis, vel alia necessitate et justa causa impedito, quo minus præsto adesse pupillo, et omnia negotia ejus, quæ late diffusa sunt, administrare possit, si nec sit in promptu, ut pupillus tutore auctore sibi procuratorem faciat, vel quia pupillus abest educatus peregre apud matrem, vel, quia nondum fari potest, id est, quia minor est septennio, tum a tutore, vel curatore suo periculo interveniente decreto prætoris, vel præsidis,

auctorem eligi posse, vel adjutorem, qui sibi suppetias ferat in administrandis negotiis pupilli; actorem ad litem agendam. Et inde nomen, ut indicat *l. liberto.* §. *pen. de neg. gest.* dum ait, matrem non habere jus filio suo constituendi actoris litium causa suo periculo, quod solus tutor habet; mater autem non potest esse tutor. Ergo nec actorem dare filio impuberi litium causa, quia nec ipsa filii nomine recte agit. Nec enim verum est, quod Theoph. scribit in §. *ultim. Inst. de curat.* actorem dici, quod apud acta constituatur, sub gestorum publicorum testificatione, alioqui et procurator sive defensor constitutus apud acta, juxta *l. unic. C. de satisd.* actor dici possit, quod nemo dixerit. Actorem igitur ad litem agendam; adjutorem vero ad cetera negotia pupilli administranda, ut in *l. solet de tutel.* Tutor ex sua persona ante litem contestatam procuratorem dare non potest, qui agat nomine pupilli, quia non est dominus litis, *l. neque, C. de procurat.* actorem vero interposito decreto prætoris dare potest suo periculo. Duo exiguntur, ut decretum interponatur prætoris, actorem constitutum, et electum a tutore approbantis: et ut tutor in se recipiat omne periculum ejus, quod is actor gesserit, administrarit, egerit, *l. decreto, de administrat. tut. l.* 10. *C. eod. l.* 10. *qui tut. dare*, *l.* 1. *C. de actor. a tut. vel curat. dando.* Et quemadmodum tutore agente pupilli nomine, et secundum eum dicta sententia, certum est, actionem judicati pupillo dari, cujus nomine egit, ita hoc loco Papinian. ostendit, secundum actorem a tutore relictum, qui alia negotia procurabat, dicta sententia actionem judicati transferri ad pupillum, actionem competere pupillo. Unde et consequens est, et damnato actore actionem judicati in pupillum, non in actorem dari, ut executio judicati fiat in pupilli bonis, ad quem ea res pertinet, non in bonis actoris, sicut et in tutore servatur, ne suum officium ei damnosum sit. Regula hæc erat: quoties tutor ipse judicium accipit, vel dictat pupilli nomine, non pupillus tutore auctore forte propter absentiam vel infantiam pupilli actionem judicati dari pupillo et in pupillum, *l.* 2. *de administ. tut. l.* 4. §. *tutor*, *de re judic. et l. seq. l.* 1. *C. eod. tit.* Et regulam esse satis demonstrat, *d. l.* 2. dum ait, id multis rescriptis fuisse declaratum, actionem judicati cum tutor egit pupilli nomine, dandam esse pupillo et in pupillum. Ex multis et crebris rescriptis e constitutionibus fiunt regulæ juris. Et ita quod dicitur sæpe constitutum in *l. nuda, C. de contrah. stip.* ex pacto nudo actionem non nasci, id appellatur regula juris in *l. jurisgentium*, §. *ut puta de pact.* Et hanc regulam quidem, quam proposuit Papin. hoc loco, extendit etiam ad actorem decreto prætoris et tutoris pepericulo constitutum, ut perinde atque si tutor egisset, actio judicati detur pupillo et in pupillum.

Ad L. XXII. de Manumissionibus.

Nepos ex filio, voluntate avi ut filius voluntate patris potest manumittere, sed manumissus patris vel avi libertus est.

In hac lege ostenditur, servum patris vel avi, vel servum peculiarem a filiusfamil. vel a nepote ex filio, consentiente patre vel avo vindicta apud prætorem manumitti posse. Quod et *lib.* 1. *Reg.* Modestinus scripsit in *l. si consentiente*, *hoc tit.* hoc addito, ut valeat manumissio ob patris consensum seu jussum, etiamsi filius fuerit minor 25. annis, nec causam manumissionis probaverit consilio prætoris vel præsidis: hoc item addito, quod et hic Papinian. ait, manumissum libertum esse patris vel nepotis: nimirum, quia pater ipse eum manumisisse intelligitur, *l. matrimonii, sup. de rit. nupt. l. si quis* §. 1. *qui et a quibus manum.* Regula juris hæc erat: *servum vindicta manumitti per alium non posse.* Quæ regula adeo vera est, ut nec uxor per maritum, nec mater per filium vindicta servum suum manumittere possit, quia ea manumissio est actus legitimus, et nullus actus legitimus expletur per alium. Et in hoc manumissione ita definitur in *l. pen. de manumiss. vind.* Paulus 1. Sent. tit. 20. *filiusfamil.* inquit, *jusso patris manumittere potest: matris vero, non potest:* nec pater per filium emancipatum, nec item pater per filiamfam. quasi muliere non idonea ad exequendum actum legitimum, et multo minus avos per nepotem ex filia, quia eum non habet in potestate: hoc tantum datum est patri vel avo. Et hæc tantum exceptio ad superiorem regulam addenda est: ut pater perfiliumfam. avus per nepotem ex filio quem habet in potestatem servum manumittere possit, quia vinculum potestatis facit, ut unus homo intelligatur esse pater et filius, avus et nepos, et filii, vox intelligatur esse vox patris, vox nepotis, vox avi, §. *ei vero*, *et* §. *post mortem*, *Inst. de inut. stipul.* vox filii dicitur esse vox patris, ratione potestatis, quæ unam personam constituit ex duabus, sicut manumissio, quæ ex una duas personas facit, ut ait *l. si Pamphilo, de opt. legat.* Erat igitur hac in re differentia inter filiumf. et filiamf. Nam per filiamfamil. pater non poterat manumittere: per filiumfam. poterat, quæ tamen differentia tollitur a Justiniano in *l.* 1. §. *ultim. C. comm. de manumiss.* Nam et per filiam pater quocunque modo servum manumittere

potest. Erant etiam jure veteri multæ aliæ differentiæ inter filium et filiam: filia furiosi vel capti ab hostibus suo arbitrio cuicunque nubere poterat: filius non poterat uxorem ducere sine permissu Principis. Ad quam differentiam pertinet *l.* 8. *sup. de pact. dotal.* sed et hæc tollitur a Justiniano in *l. si furiosi*, *C. de nupt.* Item filius trina mancipatione exibat potestate patris: filia una mancipatione tantum, *l. verum*, §. *ult. de injust. rupt. testam.* quæ etiam differentia, cum solemnibus mancipationum exolevit. Item filii non filiæ præterito nullum faciebat testamentum patris: filius nominatim erat exhæredandus, filia non item sed et inter ceteros exhæredari poterat his verbis, *ceteræ exhæredes sunto*: filia sub omni conditione hæres institui poterat: filius sub ea tantum conditione, quæ esset in ejus potestate, non quæ penderet ex casu, *l. suus*, *l. sed etsi*, *de hæred. instit. l.* 1. §. *sciendum*, *de suis et legitim. hæredib.* Et hæc quidem postrema differentia non invenitur esse sublata. Ceteræ sublatæ sunt, ut Instit. docent in *tit. de exher. lib. et l. pen. et ult. C. de liber. præt.*

Ad L. XXXVI. de Statuliberis.

In tabulis secundis filio servum data libertate substitutum jure statuliberi prudentes munierunt, quod utilitas recepit; scilicet ut cum sua causa alienaretur, ut patris testamentum puer filius rescindat. Quæ juris auctoritas, citra delectum ordinis, ad secundum quoque vel tertium substitutum porrecta est.

In hac lege proponitur hæc definitio et auctoritas Jurisprudentium, servum a patre filio impuberi cum libertate substitutum in secundis tabul. statuliberi causam obtinere. Ea substitutio vocatur substitutio pupillaris, quæ fit in secundum casum hoc modo, *si filius impubes decesserit. Stichus liber et hæres esto*, et dicitur etiam testamentum pupillare, et hoc loco *testamentum patris*, quod scilicet pater non sibi, sed filio fecit, *l. Papin.* §. *sed. nec, de inoffic. testam.* Hanc autem definitionem ait Papinianus utilitatem rerum extorsisse, quia ipso jure statuliberi causam non nanciscitur, non obtinet servus antequam adita sit hæreditas ex testamento, in quo libertas ei directo relicta est in diem, vel sub conditione, *l.* 2. §. 1. *et l. statuliberum*, §. *ult. hoc tit.* Qua ratione etiam hoc loco Dorotheus utitur. Nondum autem adita est, imo nondum adiri potest hereditas ex testamento pupillari pupillo vivo. Ergo interim servus ei substitutus cum libertate, jure statuliber non censetur, sed exigente utilitate pupilli prudentibus placuit, eum haberi pro statulibero post aditam hæreditatem patris, etiam ante aditam hæreditatem pupilli ex testamento pupillari in quo libertas relicta est. Et confirmatur hæc juris auctoritas sive definitio *l.* 2. §. *sed si in tabul. et* §. *ult. hoc tit. l. ult.* §. *ult. de vulg. substit. l. pater filio*, *de hær. instit.* Utilitatis causa hæc est, ne a pupillo forte alienato servo, antequam casus substitutionis existat, infringatur spes libertatis, si non haberetur pro statulibero, sicut et revera non est statuliber, atque ita testamentum pupillare evanescat, quod pupillo esset inutile: et id tamen alienatio servi efficeret, id est, infringeret spem libertatis, rescinderet testamentum pupillare nisi haberetur pro statulibero, id est, nisi intelligeretur ei implicitus esse casus libertatis, ut ait *l. ult. si ex nox. caus. agat.* etiam ante hæreditatem aditam pupilli ex substitutione pupillari. Qualitas statuliberi sive statulibertatis est immutabilis et inseparabilis, ac servum cui adhæret, perpetuo sequitur, sive alienetur, sive usucapiatur, sive manumittatur interim: alioquin si non haberetur pro statulibero venditus servus, maneret servus emptoris, nec posset ejus jussu adire hæreditatem pupilli existente casu substitutionis, quia sine libertate compelli non potest. At verius est, eum pupillo cum libertate necessarium hæredem fore, existente casu substitutionis, et alienationem sive venditionem recidere in irritum, quia cum sua causa alienatus esse censetur, id est, cum causa quasi statulibertatis. Et addit Papinianus, *ut et d. l.* 2. §. *ult. h. tit.* nihil referre, quo ordine vel gradu servus cum libertate filio impuberi substituatur primo an secundo, vel tertio, potest pater vel sibi, et filio impuberi facere plures gradus substitutionis, *l. potest*, *de vulg. subst.* et citra delectum ordinis vel gradus. Papin. ait initio propositæ juris auctoritati, id est, definitioni locum esse.

Ad Leg. XLV. de Adquir. vel amit. possess.

Licet neque servum, neque colonum ibi habeamus.

Pertinet hæc l. ad definitionem illam Proculejanorum vulgo receptam, ut ait *l.* 1. §. *quod vulgo*, *de vi et vi arm.* Definitio hæc est, æstivorum et hibernorum saltuum possessionem nudo animo retineri, videlicet cum eos saltus, ubi pecus pasci solet æstatæ vel hieme, quos Græci vocant ἄλσεα vel ἄλση, νομοὺς νομάδεια, et νέμεα, et posteriores νομὰς, cum scilicet eos saltus certis temporibus anni relinquimus, nec ei insidemus corpore nostro vel alieno, veluti corpore servi vel coloni, atque ita cum eos omnimodo relinquimus, nemine nostrorum in eis relicto corpore

quidem eos non possidemus, sed non ideo amittimus possessionem. Nam ut ait Papinian. *licet neque servum, neque colonum ibi habeamus, eorum possessionem solo animo retinemus, ut l. 3. §. saltus, hoc tit.* Paulus 5. Sent. *possessionem*, inquit, *nudo animo retinere possumus, sicut in saltibus æstivis et hibernis contingit*: idque etiam verum esse ostenditur in *l. sequen.* tametsi alius nobis absentibus clam eos saltus fuerit ingressus animo possidendi, quandiu scilicet ab eo possessionem occupatam ignoramus. Nam, ut non potest nobis acquiri possessio nisi corpore et animo, *l. 3. in princ. hoc tit.* ita nec tolli nobis, nisi in qua utrumque in contrarium actum sit, *l. 8. h. tit.* repetita in *l. fere quibuscunque, de reg. jur.* Non potest tolli nobis possessio fundi, nisi corpore et animo inde digrediamur, nisi corpore discedamus possessionem simul, et desinamus habere animum possidendi, quem utique animum non desinimus habere, quandiu ignoramus alium possessionem occupasse. Quum vero hoc rescimus, alium scilicet possessionem rei nostræ occupasse, non possumus non despondere et deponere animum possidendi, *l. 25. §. ultim. h. tit.* si modo suspicemur repelli nos posse et excludi ab eo, qui incubat rei nostræ, animus labascit suspicione, et perinde est, ac si nos ille repulisset vel expulisset: utroque genere deficit nobis et delinquit animus. Et ita in specie l. 6. §. *ult. et l. 1. hoc tit.* dominus fundi, qui ad nundinas abiit nemine in fundo relicto, si forte cum esset in itinere, quum reverteretur in fundum, aliquis clam occupaverit possessionem fundi, non desinit fundum possidere, cujus possessionem retinet, solo animo videlicet, antequam vel reversus repellatur, vel re cognita metuens repulsam, vel vim majorem, inducat animum in fundum non reverti: species est elegans, qui redeuntem repellit vi possidet, ut *l. 1. §. sive autem, de vi, et vi arm.* qui domino nolente reverti metu repulsæ, et vis majoris, possessionem retinet, quam domino absente occupavit, clam possidet. Utroque genere vitiose, et tenetur interdictis, de vi, vel de clandestina possessione. Et placet etiam hac in re species *l. licet, C. eod.* si prædiorum tuorum possessionem defertam aliquandiu non coluisti, non animo quidem derelinquendi, sed metu, dum forte times periculum aliquod vel ab incurso hostium, vel a contagio grassantis morbi, et nemo eam possessionem occupavit, a quo suspiceris te posse repelli, non omisisti possessionem, sed animo retinuisti, *l. licet.* de prædiis loquitur, non de saltibus. Nam quod dicitur et difinitur de saltibus æstivis vel hybernis, recte ait *d. l. §. quod vulgo*, id dici exempli gratia: quoniam idem est in omnibus aliis prædiis, omnium prædiorum possessionem solo animo, sola mente, affectione, voluntate, ut nostri auctores varie loquuntur, proposito, cogitatione, opinione, et similiter Græci, ψυχῇ, λογισμῷ, διαθέσει, προαιρέσει. Denique omnium prædiorum possessionem solo animo retinemus, si ex eis non hoc animo, non hac mente recedamus, ut possessionem derelinquamus. Et recte quod ait *l. 3. §. quod si servus, hoc tit.* nos possidere, donec aut nostra voluntate discessimus, aut vi dejecti sumus. Ex hac definitione intelligimus, corpore solo non amitti possessionem, nisi accedat etiam animus amittendi, quia nudo animo retineri potest, nudo etiam et solo animo amitti potest, *l. 3. §. in amittenda, h. t.* ut si fundum, quem meo nomine possidebam, incipiam possidere alieno nomine, veluti quasi precario, sola destinatione animi possessionem, quæ mea erat amitto, et alium possessorem ministerio meo facio. Nam is possidet, cujus nomine possideo, *l. quod meo, h. t.* Et quod dicitur in *d. l. 8.* et in *l. fere, de reg. jur.* possessionem, ut non acquiritur nisi corpore et animo, ita non amitti nisi corpore et animo: articulus *fere*, qui est supplendus etiam *l. 8.* quique eam regulam temperat, satis perspicue demonstrat, eam comparationem claudicare nonnihil. Nam corpore quidem non amittitur possessio sine animo. Ceterum et ex hac parte claudicat, solo animo amittitur sine corpore. Et rectissime Joannes, quem et Greci sequuntur interpretes: in amittenda possessione, si a corpore incipias, et animum requiri, si ab animo. solum animum sufficere. Et hoc maxime distat possessio a dominio: nam dominium solo animo non amittitur, sed certis præscriptisque modis jure gentium vel civili, veluti traditione, mancipatione, cessione in jure, *l. 17. §. 1. h. t. l. jus autem, de pact.* jus agnationis inquit, non posse pacto repudiari vel dicto, ut si agnatum meum dicam, me nolle esse mihi agnatum, non ideo desinit esse meus agnatus, sicut, inquit, si quod meum est, dicam nolle meum esse, non ideo desinit esse meum, propter voluntatem, facto opus est meo: nuda voluntas, nudumve pactum non sufficit; *l. traditionibus, C. de pact. l. quod nostrum, de reg. jur.* Varro 2. de re rustic. *quod alterius fuit, ut id fiat meum, necesse est, aliquid intercedere.*

Ad L. XLIX. de Adq. vel amit. poss.

Possessio quoque per servum, cujus ususfruct. meus est, ex re mea, vel operis servi acquiritur mihi, cum naturaliter a fructuario teneatur, et plurimum ex jure possessio mutuetur.

Prima definitio hæc est, per servum, in quo

usumfr. habemus, non proprietatem, sed possessionem nobis acquiri ex duabus causis tantum, ex suis videlicet operis, quas habemus in fructu, et ex re nostra, ut in §. *non solum*, *Inst. per quas personas*. Nec huic definitioni obstat, quod fructuarius non possidet, sed proprietarius solus, *l. acquiritur*, *in fin. sup. tit. prox.* Et absurdum videtur, ut per servum possessio nobis acquiratur, quem non possidemus, *l. homo liber*, *in fin. eod tit.* Et ut huic obiectioni respondeat Papinian. superioris definitionis hanc esse rationem ait (duplicem rationem affert) quia fructuarius sane jus utendi fruendi, quod est jus incorporale quasi possidet, *l. ait prætor*, §. 1. *ex quibus causis. maj. l.* 3. §. *ult. de vi, et vi arm.* Et servus quoque, non quidem civiliter, id est, animo domini, animo proprietarii, sed naturaliter possidere intelligitur, *l. naturaliter*, *in princ. h. t.* M. Tull. pro Cæcinna: *Cæcinnam prope usumfructum possidere non negas?* Ergo hominem, in quo usum. habet fructuarius, naturaliter possidere intelligitur, et proprietarius sive dominus per eum. Ac proinde non est absurdum, si dicamus et per servum fructuario acquiri possessionem, quia et eum possidet quodammodo. Ac propterea non est absurdum, ut acquiramus possessionem per eum, quem non possidemus. Filiumfam. non possidemus, et tamen per eum non acquirimus possessionem, *l.* 1. §. *per eum*, *sup. hoc tit.* Præterea, et hæc est altera ratio, si servus ex iis duabus, causis fructuario acquirit ea, quæ sunt juris, veluti dominium et obligationem et actionem, quod est certissimum: ergo et possessionem. Nam et Possessio fructuarii, naturalis scilicet sive corporalis, plurimum ex jure mutuatur: magis quidem est facti quam juris, sed tamen et ex jure plurimum habet: nam et in pari causa fructuarius potior est eo, qui ei controversiam facit, et interdicta possessoria ei dantur, si forte prohibeatur uti frui, *l.* 3. §. *unde vi, de vi, et vi arm.* Ac præterea jure suo fructuarius omne emolumentum rei percipit; et consequenter acquirit etiam per servum ex supra dictis causis. Ergo et in possessione fructuarii naturali est juris aliquid.

Ad §. I.

Secunda definitio hæc est; per filium, aut servum nostrum peculium, quod ei concessimus, non possideri civiliter, sed corporaliter tantum, et naturaliter, peculium non haberi, non possideri: verba sunt de possessione civili, ut in stipulatione Aquiliana, sed teneri, quod verbum est naturalis possessionis. Cur vero peculium non possident civiliter, cum sit eis quasi proprium patrimonium voluntate patris vel domini, cum dicantur etiam domini servi peculiarii, id est, servi vicari et peculium omnino obtineant quasi domini? Rationem ostendit Papinianus, quia possessio civilis, non tantum corporis est, imo magis est juris, quia possidetur animo domini, et nullius juris, præterquam ex causa castrensi, vel quasi castrensi filiusfamil. vel servus obtinendi capax est, ne momento quidem temporis, quin id confestim acquirat patri vel domino. *l. quod dicitur*, *de verb. oblig. l. placet*, *de acq. hæred.* Ergo fieri non potest, ut videatur filiusfam. vel servus peculium possidere civiliter, ut in *l. quod servus*, *hoc tit.* sed possidet naturaliter, et dominus per eum.

Ad §. Ultim.

Tertia et ultima definitio hæc est: per liberam personam, id est, per procuratorem possessionem acquiri, etiam nobis ignorantibus, si eam apprehendat nostro nomine, quam definitionem *l.* 1. *et* 8. *C. eod. tit.* et Paulus 5. *Sentent. tit.* 2. ait, utilitatis ratione fuisse receptam, ne scilicet interim possessio vacet, ut fusius explicat *l.* 1. §. *per procuratorem*, *hoc tit.* et auctoritate prudentum fuisse receptam, *l.* 41. *tit sequent.* Denique in acquirenda possessione per procuratorem, ab initio quidem voluntas nostra requiritur et animus, requiritur mandatum, ut rem emat, et traditam accipiat procurator. Alioquin nec possessio sine mandato acquireretur domino, *l. nisi ratum habenti*, *l. communis. hoc tit.* et Paulus, *sup. d. loco Senten.* Ab initio igitur mandatum nostrum requiritur et voluntas, *l. ea quæ sup. tit. prox.* Sed non requiritur etiam scientia, ut scilicet postea sciamus traditam fuisse procuratori possessionem. Et hoc distat possessio ab usucapionis causa. Nam per procuratorem ignorans incipit quidem possidere, sed non etiam usucapere, si forte procuratori res tradita sit a non domino, non incipit usucapere, antequam scierit eam rem procuratori fuisse traditam, *d. l.* 1. *C. eod. tit. l. si emptam*, *tit. seq.* Distat etiam multum possessio ab obligatione. Possessio acquiritur per procuratorem: obligatio et actio non acquiritur per procuratorem, sed per eos tantum, qui sunt in nostra potestate. Nam per liberam personam, qualis est procurator, excepta causa mutui et pignoris traditi, aut contracti in causa mutui, *l. solutum*, §. *per liberam*, *de pign. act- l. per procurat. sup. de procur. l.* 1. *C. per quas pers. nobis acquir.* Denique obligationes et actiones nobis non acquiruntur per procuratorem, sed mandati judicio quæsitas actiones nobis cedere et præstare tenentur.

Itaque si rem procurator emerit, et traditam acceperit, statim possessionem domino acquirit, actionem evictionis nomine, si forte res evincatur ab alio contra venditorem domino non acquirit, sed mandati judicio eam cedere compellitur. Dominus eam obligationem vel actionem non acquirit ipso jure, sed mandati actionem acquirere potest: quæ est sententia §. *ult. hujus l.*

Ad L. XI. de divers. et temp. præscr.

Cum hæres in jus omne defuncti succedit, ignoratione sua defuncti vitia non excludit: veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit: quamvis enim precarium hæredem ignorantem non teneat, nec interdicto recte conveniatur, tamen usucapere non poterit, quod defunctus non potuit. Idem juris est, cum de longa possessione quæritur, neque enim recte defendetur, cum exordium ei bonæ fidei ratio non tueatur.

Definitio, quæ proponitur in hac l. est etiam de possessione, et extat in *l. pen. C. de acquir. poss.* Vitium possessionis a defuncto contractum hæredem sequi. Vitia possessionis tria sunt, vi possidere, clam possidere, precario possidere, quoniam his tribus modis mala fide possidemus, ut ait Donatus Homerus grammaticorum. Hæc vitia, si cœperint a defuncto, hæredem comitantur. Succedit enim in universum jus defuncti, quod est non in commoda tantum, sed et in incommoda: non in virtutes tantum, sed et in vitia: neque in bonam fidem tantum, sed et in malam: et ut bona fides defuncti prodest ad usucapionem, vel longam possessionem, quamvis hæres sciet rem alienam esse, continuatio usucapionis non impeditur hæredis scientia, *l. hæres, de usurp. et usucap.* ita vero mala fides defuncti hæredi nocet, quamvis ignoret rem alienam esse: *hæres*, inquit Papin. *ignoratione sua defuncti vitia non excludit.* Papinian. noster nunquam dixit ignorantiam, sed ignorationem semper. Et subjicit exemplum, *veluti cum sciens alienum illum illo vel precario possedit*, ubi quæso quid est; *illum illo*, aut quid portendit potius? vel illum, illo, vel ut scriptum est in Florent. quibus nulli sunt vetustiores, nulli castigatiores, et sicubi incastigati, ita tamen scripti, ut castigatæ lectioni inveniendæ occasionem præbeant. Divinum est munus editio hæc Pandectarum. Nam levat nos magna parte quæstionum et dubitationum illatarum frustra ab interpretibus; earum denique beneficio jus nostrum mirum in modum illustratum est: in illis vero atque etiam in omnibus manuscriptis, hoc loco ita scriptum est *veluti cum sciens alienum illum, illo, vel precario possedit*, manifesto mendo, quod equidem creatum opinor ex notis juris male explanatis, quibus hæc significabantur, *cum sciens alienum vel vi vel precario possedit*; et ita est legendum. Sensus autem hic est, vitium defuncti, qui rem alienam, vel vi, vel clam, vel precario possedit, hæredem sequi et afficere. Dubitari poterat, an huic definitioni locus esset, cum defunctus rem alienam precario possederat. Ratio dubitandi hæc erat, quia precarium non transit in hæredem, sicut nec societas, nec mandatum: precarium, sive precaria possessio non transit in hæredem, id est, quod defunctus possedit precario; hæres etiam non possidet precario: precarium non transit in hæredem ejus, qui precario rogavit et possedit, quia ei duntaxat non etiam hæredi ejus concessa est precaria possessio, *l. cum precario*, §. *ult. sup. de precar.* Et ideo nec hæres ejus ex sua persona tenetur interdicto de precario, ut rem restituat ex persona defuncti tenetur ad restituendum, si rem habeat, aut dolo fecerit, quo minus haberet, vel ad se perveniret, *l. quæsitum*, §. *ult. de precar. l. 2. C. eod.* Ex sua autem persona non tenetur interdicto de precario, quia precarium ad eum non transit, sed finitur morte ejus, qui precarium rogavit. Verum si hæres sciens pergat eam rem sibi possidere, tenetur interdicto de clandestina possessione, de quo in *l. 7.* §. *Julianus, comm. divid.* quia clam possidet non precario, tenetur etiam rei vindicatione. Et eleganter Paulus 5. *Sent. tit. de interd. hæres*, inquit, *ejus, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri possidere*: nullæ enim præces ejus videntur adhibitæ, *et ideo*, inquit, *persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est*: interdicto scilicet de precario. Et hoc est quod ait Papinian. hoc loco, precarium hæredem ignorantem non teneri, nec interdicto de precario recte conveniri. *Ignorantem ait*, non quod idem non sit in sciente: nam et scientem precarium non tenet, sed quia de hærede ignorante est quæstio, an ei scientia defuncti noceat, quo minus rem usucapere possit. Et quamvis hæres eam rem precario non possideat, sicut defunctus, sed forte pro herede, ignorans esse rem alienam, existimans hæreditariam esse, quamvis eam possideat bona fide, tamen non potest eam usucapere, quia nec defunctus potuit eam usucapere, quam precario possidebat, *l. ult. C. commun. de usucap.* Precaria quidem possessio in hæredem non transit, sed vitium et mala fides defuncti in hæredem transit, et ideo non potest eam rem usucapere, quamvis ignoret eam alienam esse. Et subjicit Papin. huic definitioni locum esse non tantum cum de usucapione, sed et cum de possessione longi temporis

quæritur, id est, 10 inter præsentes, et 20. annorum inter absentes, quæ olim in provinciis locum habuit, et non minus quam usucapio, quæ erat anni vel biennii tantum, bonam fidem possessoris exigebat, et exigit etiam hodie Nam et in causa longæ possessionis mala fides defuncti ignoranti hæredi nocet, nec recte defenditur hæres præscriptione longi temporis, cum exordium, inquit, quod cœpit a defuncto bona fide non tuetur: nam in initio et ad usucapionem et ad longam possionem bonam fidem intercedere oportet. Hæc definitio est tantum de hærede, qui successor est juris, et porrigi potest etiam ad bonorum possessorem: nam et hic successor est juris universi: non est, inquam, hæc definitio, nisi de successore juris universi: nam idem non est in successore rei: veluti in emptore, hic enim si bona fide emergit, nec utatur accessione temporis ex persona venditoris, ei mala fides venditoris non nocet, quia ad vicem ejus proprius non accedit, sicut hæres, nec in universum jus universasque qualitates ejus successit, *l. an vitium*, *hoc tit. l. apud Celsum*, §. *de auctoris. de doli except. l.* 1. *C. de præscript. longi temp* Alius est successor juris; alius successor rei, *l. quædam*, §. *is autem*, *sup. de edendo*, *l.* 9. *de exception. l.* 15. *C. de donat.* §. *legatariis*, *Institut. de testam.* Successor juris est successor vitiorum defuncti, non successor rei.

Ad L. CXXIV. de verborum obligationib.

Insulam intra biennium illo loco ædificari spondes? Ante finem bienii stipulatio non committitur, quamvis reus promittendi non ædificaverit, et tantum residui temporis sit, quo ædificium extrui non possit: neque enim stipulationis status, cujus dies certus in exordio fuit, ex post facto mutatur, idque et in stipulatione judicio sistendi causa facta placuit, scilicet ut ante diem stipulatio non committatur, si certum esse cœperit parere stipulationi residuo tempore non posse.

Hæc lex pertinet ad regulam *l.* 186. *de reg. jur.* quæ talis est: cum certum tempus, certusve dies obligationi additur, nisi eo tempore vel die præterito agi non posse. Quam et Ulpianus retulit *lib.* 1. *regul.* in *l. cedere*, *de verb. significat.* his verbis: *ubi quis in diem certam stipulatus est, statim quidem cedere in diem, sed nondum venire*, id est, statim deberi, statim nasci obligationem; et ex præsenti tempore vires accipere, sed stipulationem non committi, et ex ea agi non posse, antequam dies venerit, atque etiam præterierit, §. *omnis*, *instit. de verbor. obligat.* Qua de causa, qui ante diem agit, non dicitur nihil agere, quia ei debetur, quod petit: sed dicitur male agere, quia plus petit tempore, sicut et qui plus petit quantitate, male agere dicitur, *l.* 4. *de compensat.* Et similiter, qui tempore plus petit. *l.* 1. §. *ult. quan. dies ususfr. leg. cedat:* male agit, quia incidit in periculum plus petitionis: qui nihil agit, ab omni periculo securus est. Porro huic regulæ hoc loco Papin. ostendit locum esse, etiamsi antequam dies venerit, certum esse cœperit, non posse expleri, quod in stipulationem deductum est. Fac me stipulatum domum ædificari certo loco intra biennium, an ex stipulatu agere possum ante finem biennii, cum ex biennio superest mensis duntaxat, intra quem certissimum est domum ædificari non posse, an statim, atque id certum esse cœperit? possum agere ex stipulatu? Minime: *status*, inquit, *stipulationis*, *cujus dies certus in exordio fuit*, *ex post facto mutari non potest*, tota stipulatio fuit collata in biennium completum: ergo bienii finis expectandus est, quia nec ante verum est, intra biennium ædificium extructum non esse, quam totum biennium exierit et effluxerit: statum stipulationis dici pro natura, conditione, qualitate stipulationis, ut *l.* 9. §. *pen. tit. seq. l.* 17. *de condict. furt.* Idemque est in stipulatione judicio sisti, si exempli gratia eum, qui Romæ est, stipuler Lugduni in judicio sisti intra Calen. Majas: nam etsi 4. Calen. Majas is nondum pedem Roma extulerit, ut plane certum sit, cum intra triduum Lugdunum venire non posse, et sese judicio sistere, tamen ex stipulatione nondum agi potest, antequam Calendæ Majæ venerint et præterierint, quia tota obligatio fuit collata in Calendas Majas, *l. si eum*, §. 1. *sup. si quis caution.* Neque huic sententiæ Papiniani quicquam obstat *l.* 14. *hoc tit.* quia et stipulatio, quæ in ea l. proponitur ita concepta simpliciter, domum ædificari, non committitur, antequam tempus præterierit, intra quod domus ædificari potuit vel debuit, quod quidem tempus ei stipulationi simpliciter conceptæ tacite inesse intelligitur, *l.* 73. *h. t. l. quotiens*, *de oper. libert. et d. l.* 186. Utrobique igitur non committitur stipulatio antequam is dies præterierit, intra quem domus ædificari potuit vel debuit, etiamsi jam ante constiterit domum ædificari non posse residuo tempore, quod superest. Itaque congruit l. 14. cum hac l. Magis tamen videtur obstare, *l.* 72. §. *ult. hoc tit.* quæ ait, eandem stipulationi domum ædificari committi etiam, antequam tantum temporis præterierit, quanto domus ædificari potuit: nempe statim atque interpellatus promissor, ut inchoaret ædificium, moram fecit. Pugnat *d. l.* 72. §. *ult. cum d. l.* 14. et fuit in ea dissensio inter juris auctores, ut ostendi in *d. l.* 14 rejecta distinctione Joannis, quam tamen

postea quidam asserere conati sunt ineptissime. At non pugnat *d. l.* 72. §. *ult.* cum sententia hac Papin. quia Papin. loquitur de stipulatione, cui ab initio nominatim dies additus est, is dies omnino est expectandus, antequam committatur stipulatio, vel agatur ex stipulatu. Illa *l.* 72. §. *ult.* loquitur de stipulatione, domum ædificari, cui dies additus non est: nec mutat, quod taeite inest, quia in jure non est eadem ratio taciti, et expressi, nisi perraro.

Ad L. XXVIII. de Novationibus.

Fundum Cornelianum stipulatus, quanti fundus est postea stipulor, si non novandi animo secunda stipulatio facta sit, cessat novatio. secunda vero stipulatio tenet, ex qua non fundus, sed pecunia debetur: itaque si reus promittendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur: nec si litem actor ex prima contestetur, deinde meliore vel deteriore facto sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio fundo petitor recte consideretur, in altera vero ea æstimatio venit, quæ secundæ stipulationis tempore fuit.

Hæc l. pertinet ad id, quod definitur in *l.* 3. §. *in hac. commod. et l. vinum, de reb. cred. et l. ult. de condict. trit. et l. hominem* 37. *mand.*

In actione stricti judicii, tempus litis contestatæ spectari, cum quæritur quanti ea res sit qua de agitur, qua in re actio stricti judicii plurimum distat ab actione bonæ fidei. Nam in actione bonæ fidei plerumque æstimatio respicit tempus rei judicatæ, ad quod etiam formula ejus actionis refertur, *d.* §. *in hac.* Et species hujus legis hæc est: stipulatus sum mihi dari fundum Cornelianum; postea ex intervallo ab eodem stipulatus sum mihi dari quanti fundus idem est, id est, æstimationem fundi, non novandi animo, sed ut utrumque mihi daretur, fundus et pecunia. Pecuniam vocat hoc loco Papinian. verum fundi pretium. Nam ut his verbis, *quanti ea res est*, modo verum pretium significatur, modo id, quod interest, aut pœna, ut ostendi in *l.* 2. *rem ratam habere* 11. *respons.* ita etiam pecuniæ verbo modo significatur verum et justum rei pretium, ut hoc loco: modo id, quod interest, vel pœna certa, ut *l. stipulationes, de verb. oblig. l. si quis ab alio*, §. *ult, de re jud.* Titus Livius lib. 3. *sisti reum pecuniamque, nisi sistatur, pro populo promitti.* Igitur in specie proposita duæ obligationes, duæ stipulationes sunt. Una fundi, altera æstimationis: ideoque soluto fundo, altera stipulatio jure non tollitur, id est, neque ipso jure tollitur, quia nec in ejus stipulationis causam fundus solutus est, neque per exceptionem pacti conventi, vel doli mali, quia id actum non est, ut ex posteriore stipulatione non ageretur: *jure*, Basilica interpretantur ἰδίῳ δικαίῳ, ut *l. ubicunque, de fidejussor.* Ac similiter lite contestata ex priori stipulatione, id est, fundo petito altera stipulatio non perimitur, et ex utraque agi potest, quia cessat novatio. Hoc tantum interest, quod est præcipuum in hac lege, inter effectum prioris et posterioris stipulationis, quod ex priore, si agatur condictione triticaria ad æstimationem scilicet, puta, ut si non fundus, qui stipulatione continetur, saltem fundi æstimatio præstetur, tum præstari debet officio judicis, non quanti fundus fuit tempore interpositæ stipulationis, sed quanti est cum petitur idest tempore litis contestatæ ut in *d.* §. *in hac, d. l. vinum, d. l. ult. de condict. trit. d. l. hominem*, quæ omnes ll. etiam sunt accipiendæ de condictione triticaria ex stipulationis causa, qua persequimur rei æstimationem deductæ in obligationem. Et hæc definitio ita procedit, nisi aliud convenerit. Nam si de tempore convenerit, id sane potius spectabitur, id est, si convenerit, cujus temporis æstimationem præstari oporteret, ut mox declarabitur, quum tractabimus de posteriori stipulatione. Item nisi dictum sit, quo tempore fundus daretur. Nam id tempus spectare oportet in æstimando fundo, quo dari debuit *d. l. vinum, et d. l. ult.* Unde est sumenda ratio *l. cum quis, de oblig. et action.* ut ad Africanum demonstratum est *lib.* 3. nam ea *l. eum quis* est Africani. Alioqui si dictum non sit, quo tempore fundus daretur, tempus litis contestatæ spectatur secundum superiorem definitionem: sive ut ait, post stipulationem primam, melior sive deterior factus sit fundus sine culpa promissoris. Nam si culpa vel mora promissoris intervenerit, æstimatio fundi reducitur ad tempus, quo culpa debitoris nondum interveniente, fundus nondum erat deterior; non ad tempus culpæ vel moræ debitoris, quo pluris fuit fundus, ut in *l. pen. in fin. de condict. tritic.* Nam et mora culpa est, *l. si servum*, §. *sequitur, de verb. oblig.* Et ob id solet a me ita definiri mora, culpa debitoris non respondentis ad interpellationem creditoris. Et hæc de prima stipulatione. Nunc dicamus de secunda, aut de effectu secundæ stipulationis. Si agatur de secunda stipulatione ita concepta, *quanti fundus est*, dari præstari debet quanti fuit fundus, tempore interpositæ stipulationis, non tempore litis contestatæ, quia illa verba, *quanti fundus est*, præsentis temporis, id est, temporis contractus demonstrationem habent, *l. scribit*, §. *item scribit, de aur. et arg. leg.* Proinde quasi ex conventione ejus temporis æstimatio debetur, non ejus temporis, quo lis contestata est, pretium cujusque rei pro tempore est.

Itaque multum interest scire, cujus temporis æstimationem servari oporteat. Et in prima quidem stipulatione servatur tempus litis contestatæ: in secunda tempus contractus, quæ est sententia hujus l. cui tamen in eo, quod ait, ex prima stipulatione, tanti, fundum æstimari, quanti fuit tempore litis contestatæ, quod et homine petito servari ostendit *d. l. hominem*, et vino petito *d. l. vinum* et frumento, vel oleo petito, et ceteris rebus *d. l. ult. de condict. tritic.* quæ omnino consentit cum *d. l. vinum:* in eo, inquam, et illis ll. et legi nostræ adversari videtur *l. pen. de condict. tritic.* Adversari igitur *l. pen. et. l. ult.* adversari inter se ll. vicinæ et quasi conjunctæ. Qua in re dici non potest, quantopere jamdiu laborent Doctores nostri nec quicquam non animadvertentes, quod erat perspicuum satis in *l. ult.* quæ ut dixi omnino congruit cum *l. vinum*, debitorem non fuisse in mora vel culpa. Quod in hac l. aperte proponitur illo loco, *sine culpa debitoris*, atque etiam in *d. l. hominem.* Sed vini, exempli gratia, non existente copia, et debitore, qui vinum mutuum acceperat, parato solvere æstimationem, quam et creditor ipse petit condictione triticaria, de eo tantum quæri et litigari, cujus temporis æstimatio præstanda sit, utrum contractus habiti, an rei judicatæ, an litis contestatæ, cum scilicet non est dictum, quo tempore vinum redderetur. Et ajunt omnes litis contestatæ tempus spectari, vel litis contestatæ tempore spectari quanti vinum fuerit, et ejus temporis æstimationem creditori esse præstandam. At in specie *l. pen.* debitor fuit in mora, nec fuit paratus solvere hominem, qui petebatur condictione triticaria. Ideoque si post moram, si post litem contestatam ille homo factus sit pretiosior, tanti homo æstimatur, quanti fuit rei judicatæ tempore si vivat, vel si interim mortuus sit quanti fuit mortis tempore, quod tempus recte ait esse accipiendum ἐν πλάτει, id est, tempus mortis non esse accipiendum pro momento moriendi, sed aliquanto latius, ne spectato novissimo tempore vitæ, novissimo spiritu, quandoque ad exiguum redigatur pretium servi, veluti si forte servus mortifere vulneratus fuerit. Qua de causa id tempus potius spectatur, quo mortiferam plagam servus accepit, quo longe pluris erat, quam litis contestatæ tempore, quia post litem contestatam factus erat pretiosior. Et hæc de homine post moram pretiosiore facto. Quod si deterior factus sit post moram, ut si eluscatus sit, tunc subjicit *l. pen.* sive is homo vivat, sive non, æstimationem esse reducendam ad tempus moræ, quo pluris fuit, atque ita plectendam esse moram debitoris. Denique *l. pen.* tota est de facienda æstimatione post moram debitoris, *l. ult. l. vinum,* et similes sunt de æstimatione facienda ante moram debitoris, aut cum nulla intercedit mora debitoris. Quod et Stephanus Græcus interpres notat expresse ad *d. l. vinum,* his verbis partim Græcis, partim Latinis: τον τοδε νόη σον ἔνθα μὴ μόρα παρὰ τοῦ ρέον γενήσεται, id est, *hoc autem, intellige, ubi moram reus non fecit.* Hoc etiam memini me exponere latius ad *d. l. hominem, et ad l. 50. de verb. oblig.* Quod profligat omnes quæstiones, quæ frustra agitantur vulgo in *d. l. vinum.*

Ad L. XCVII. De solutionibus.

Cum ex pluribus causis debitor pecuniam solvit, utriusque demonstratione cessante, potior habetur causa ejus pecuniæ, quæ sub infamia debetur, mox ejus, quæ pœnam continet; tertio quæ sub hypotheca vel pignore contracta est: post hunc ordinem potior habebitur propria, quam aliena causa, veluti fidejussoris. Quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur, diligentem debitorem admonitum, ita negotium suum gesturum fuisse, si nihil eorum interveniat, vetustior contractus ante solvetur: Si major pecunia numerata sit, quam ratio singulorum exposcit, nihilominus primo contractu soluto, qui potior erit, superfluum ordini secundo, vel in totum, vel pro parte minuendo, videbitur datum.

Quod proponitur in hac l. definitionem esse veterum ipsemet Papin. nominatim ait in h. l. Definitio autem est de debitore, qui cum eidem creditori deberet ex pluribus causis, ex pluribus nominibus, certam pecuniam solvit, nec dixit, in quam causam eam pecuniam solveret, nec item creditor dixit, in quam causam pecuniam acciperet. Potuit id debitor exprimere, et solutioni dicere certam legem, vel debitore cessante potuit creditor statim in ipso negotio edicere, cui potius causæ sive debito eam pecuniam acceptam ferret. Qua tamen in re ita debet versari, atque versaretur ipse in suo debito solvendo: nec verbi gratia, quod solvitur acceptum ferre debet debito, quod est in controversia: nec debito, quod pro alio fidejussit: nec debito, cujus dies nondum venit, *l. 1. h. t.* ubi ex Basilicis jamdiu ostendi, omnino ita esse legendum, *non in id debitum, quod est in controversia*, id est, probe non faciet creditor, si quod solvitur, acceptum ferat in debitum, quod liquidum non est. Utroque vero cessante et debitore et creditore, utroque tacente, vel, ut Papin. ait, *cessante utriusque demonstratione causæ*, ita veteres definierunt, id videri solutum, quod ex causa famosa debeat, veluti furti, vel mandati potius, quam quod debetur ex causa non famosa, ut *l. 7. h. t.* Causa exi-

stimationis prima et summa causa est, tum post eam causam id, quod debetur sub pœna, solutum videtur potius, quam id quod debetur sine pœna, *l.* 4. *hoc tit.* Tertio loco id, quod debetur sub pignore, quam quod debetur sine pignore. Quarto loco id, quod debet is, qui solvit principaliter suo nomine potius, quam quod debet fidejussorio nomine, *d. l.* 4. Potior est causa, quæ durior est, et gravior, et quæ magis onerat debitorem, quaque absolvi eum quantocius maxime interest. Et inter duriores causas prima, et summa est causa famosa. Secunda causa pœnalis. Tertia causa hypothecaria. Quarta causa principalis et directa: prægravat enim me magis, quod meo nomine principaliter, quam quod alieno nomine debeo. Et quem ordinem diligens debitor in admonendo creditore servare dicitur solvendo pecuniam, eundem servasse semper præsumitur, si neque debitor, neque creditor demonstrarit, in quam causam pecunia indistincte soluta solveretur, vel acciperetur. Quid autem fiet, si nulla interveniat causa durior, nullum nomen, quod contractum sit sub infamiæ periculo, vel sub pœna, vel sub pignoribus, vel alieno nomine puta fidejussorio? Denique quid si omnia nomina similia sint? Et recte ait, tunc solutum videri in vetustiorem causam, id est, in antiquius debitum, et quæ Græci dicunt γεγηρακότα χρέα; Galli, *plus anciens debtes*, ut in *l.* 5. *in princ. et l.* 24. *et l.* 89. §. *ult. hoc tit.* Et ad hanc definitionem respiciens Modestinus in *l.* 77. *hoc tit.* ait, in libertino nullum esse antiquius debitum debito operarum, quas promisit patrono, sine quibus non pervenisset ad libertatem: hæc est prima obligatio, quam manumissus contrahit; ergo antiquior: nam debita contracta in servitute manumissum jure civili non sequuntur, *l. servi*, *de obl. et act.* Quid rursus fiet, si major pecunia solvatur, quam debeatur ex singulis causis? Fac nullam esse causam, ex qua debeantur plusquam centum, et solvi centum et quinquaginta, non demonstrata causa, et ait centum imputari primo ordini, id est, causæ primæ, causæ famosæ, si ex ea centum debeantur: superfluum autem, id est 50. imputari secundo ordini, secundæ causæ, et sic deinceps secundum definitionem veterum, quæ est sententia hujus l. In ea in hoc fallitur tantum Acc. quod ponat ad hanc definitionem pertinere *l. si. in duab.* 104. *de reg. jur.* quæ longe alio respicit: nimirum ad causarum agendarum ordinem, non ad ordinem solvendarum pecuniarum: ordo causarum agendarum hic erat, ut causa de majore summa præponeretur minori, nisi si qua incideret causa existimationis, causa famosa, veluti de furto, aut de vi. Nam hæc extra ordinem agebatur, et inde appellatio extraordinarii rei in epist. Cælii ad Cic. et de servando isto ordine in causis agendis etiam est lex quædam *lib.* 9. *C. l. pen. si pendent. app.*

Ad L. X. de Publicis judiciis.

Inter accusatorem et reum cognitione suscepta excusatio pro absente justis rationibus admittitur, ne per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur, vel de accusatoris absentis præsente reo calumnia pronuntietur.

In hac l. proponitur ratio ejus definitionis, quæ statuit: post litem contestatam inter accusatorem et reum: si reus vel accusator absit, pro absente excusationem justis rationibus admitti. Quæ definitio SC. tribuitur in *l. pen.* §. *ult. h. t.* Justis, inquam, rationibus, ut ait hoc loco, quod est in *d.* §. *ult.* si justas et idoneas rationes absentiæ procurator habeat, quas judicibus allegare possit. Admissa autem excusatione absentis rei vel accusatoris differtur condemnatio: alioqui absens ex contumacia condemnari statim posset, quoniam litem contestatus est. Litis contestatio hoc loco significatur his verbis, *cognitione suscepta*: nec enim judex cognitionem suscepit antequam litem partes susceperint, quod fit per contestationem et narrationem negotii ex utraque parte: litem suscepit litigator, cognitionem vero judex statim atque lis suscepta est ex utraque parte, *l. pen. sup. de jurisdict.* Ante litem contestatam absens condemnari non potest, *l.* 6. *C. de acc. l. absentem*, §. *adversus*, *de pœn.* At quia post litem contestatam absens condemnari potest, si per triduum, per singulos dies ter citatus, non respondeat, nec sui præsentiam faciat: ideo justæ excusationes absentiæ, quæ allegari possunt per procuratorem, *l. absens*, *sup. de procur.* admittuntur differendæ et cohibendæ condemnationis causa, si existat procurator vel amicus voluntarius qui excuset absentem: quod in foro vocant *exonier*. Et hoc est, quod ait hoc loco, *ne per triduum per singulos dies ter citatus reus damnetur*, *vel de accusatoris absentis præsente reo calumnia pronutietur.* Ideo admittitur excusatio absentiæ prolatis justis rationibus, ne ex calumnia damnetur reus absens, vel etiam ne accusator absens præsente reo calumnia damnetur, qui destitit a lite suscepta. Legendum est hoc loco, *ne per triduum*, ut et in Basil. ἵνα μὴ τὸ τε, etc. male in Florent. scriptum est, *nec per triduum.* Mos autem hic erat quem Glossæ non perceperunt, qui servabatur et in legibus promulgandis trinundino, aut in trinundinum, et in die dicenda reis æque in trinundinum, ut indicat Cic. oratione pro domo sua. Denique mos hic erat, ut absens reus, vel accusator post litem

contestatam trinundino adesse juberetur, id est, singulis tribus nundinis, sive mercatibus solemnibus per singulas nundinas intermisso, ut fiebat, spatio dierum 9. et unaquaque vice ter repetito nomine absentis voce præconis, quæ vox legis dicitur, ut Julianus interpretatur in *Nov.* 69. vel a Demosthene pro Ctesiphonte, *vox patriæ communis.* Et hunc morem latius exposuit Observatio 20. Ne igitur hoc more non servato, vel absens reus damnetur, vel absens accusator, ut calumniator; ideo SC. cautum est, differendæ condemnationis causa, justas causas absentiæ si allegentur, admittendos esse suspensa condemnatione. Quæ est sententia hujus legis.

Ad L. XLI. ff. de Pœnis.

Sanctio legum, quæ novissime certam pœnam irrogat iis, qui præceptis legum non obtemperarint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege pœna specialiter addita est: nec ambigitur in cetero omni jure speciem generi derogare: nec sane verisimile est, delictum unum eadem lege variis æstimationibus cœrceri.

Hæc lex proponit evidenter regulam ejusmodi, quæ est in *tit. de regul. jur.* 80. In toto jure generi per speciem derogari, et illud potissimum haberi, quod ad speciem directum est. Et proponit hæc lex ad eam regulam exemplum tale. In extrema parte legum plerumque solet generaliter addi pœna certa: *si quis adversus ea fecerit sciens dolo malo, capital esto*, vel *tot populo dare damnas esto.* Ultima clausula legum est pœna, quæ infligitur migrantibus a lege, sive non obtemperantibus præceptis legis; et ea pars ultima legum appellatur sanctio, et ab ea leges ipsæ sanctæ dicuntur, quasi sanctione subnixæ, *l. sacræ*, §. *proprie, de rer. divisione.* Tull. 2. de Invent. *Maxime conservandam eam legem esse, quæ diligentissima et sancta est:* et 3. ad Att. *vix ullam esse legem, quæ non ipsa se sepiat: difficultate abrogationis*, id est, sanctione aliqua. Pertinet autem ea pars, sive sanctio, quæ generalis est, ad omnia capita legis, et ad omnes species, quæ lege continentur, quibus similiter non est adscripta pœna certa et propria. Nam ad eas species, quibus pœna lege specialiter adscripta est, clausula illa, sive sanctio generalis non pertinet; pars sive pœna specialis derogat generali: ut in certo omni jure ait Papinianus receptum esse, speciem generi derogare et detrahere, quod multis exemplis demonstrari posset, petitis ex *l.* 10. *de manum. testam. l.* 9. *de suppell. leg. l.* 12. §. *ult. de instruc. et inst. leg.* et innumeris aliis locis. Ac præterea ait Papinianus non esse verisimile legem voluisse, idem crimen sive delictum cœrceri duplici pœna: nimirum speciali et generali: unius criminis una lex est, una pœna, unum judicium. Qua de causa et Senatus censuit, ob unum crimen neminem posse pluribus legibus reum fieri, *l. Senatus, sup. de accusat.* Idque arbitror censuit tempore Titi Vespasiani. Nam ut Sueton. scribit, *Titius Imperator, ut delatores coerceret, vetuit inter cetera de eadem re pluribus legibus agi:* alioqui uni delicto duplex pœna infligeretur, quod iniquum est. Ideoque cum certo capite legis uni delicto addita est pœna specialis, pœna sanctione subscripta ad illud delictum non pertinet: quoniam est inquum, unius delicti duplicem esse pœnam. Hoc loco addam definitionem Papin ex hoc lib. 2. quæ non est quidem relata in D. sed quam nobis conservavit L. Rufinus in eo lib. quo contulit jus civile populi Romani cum lege Dei data per Mosem populo Judaico, et eam fuisse positam scribit *lib.* 2. *Definit. sub. tit. de judic.* id est, *de condem.* Nam hi libri Definit. erant distincti titulis. Definitio hæc est: *per hominem liberum noxæ deditum, si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est a prætore, qui noxæ deditum accepit. sed fiduciæ judicio non tenetur.* Hæc est definitio Papinian. quæ loquitur quidem de libero homine noxæ dedito, sed idem servari in servo noxæ dedito ostendit aperte §. *dominus, Instit. de nox. act.* nempe servum noxæ deditum ei, cui noxam nocuit, id est, cui damnum dedit, manumitti auxilio prætoris, si quæsita pecunia is servus novo domino, cui deditus est sarcierit et solverit damnum, id est, præstiterit damni æstimationem manumitti, enim oblata æstimatione damni, nec reverti ad priorem dominum, cujus dominio in perpetuum abscessit. Sicut si quis amiserit dominium rei suæ usucapione, ac deinde is, qui usucepit eam rem, habeat pro derelicto, sane dominium non revertetur ad priorem dominium, a quo discessit in perpetuum, sed acquiretur occupanti justo titulo, nempe pro derelicto. Et est valde suavis in quadam epist. noviter impressa M. Ant. Muretus qui ludit JC. et cum ea quæstio ei proposita fuisse de eo, qui rem usucepit, quam postea pro derelito habet, magnifice respondit sibi videri æquum esse, ut ea res redeat ad priorem dominum. Ratio autem hujus definitionis a nobis propositæ hæc est, quod novus dominus, cui servus noxæ deditus est, magis voluerit sibi damnum sarciri, quam dedi servum, quodque servum in noxam acceperit, non tam sua sponte, quam coactus necessitate quadam noxalis judicii: qua ratione etiam Græci utuntur, ut dixi in specie *l.* 8. *de noxal. act.* quod item judex in primis etiam damnum sarciri jusserit: ita enim

solet judex pronuntiare noxali judicio, ut docent Inst. *Pub. Mævium* (qui est dominus servi conventus noxali actione) *propter delictum servi L. L. Titio* (qui est is cui damnum datum est a servo) *in decem aureos condemno, aut noxam dedere.* Præcedit æstimatio damni in x. aut xx. aut centum aureos, ut et præcedere ait *l.* 6. *sup. de re judic.* præcedit, inquit, æstimatio damni, et in condemnatione est: noxæ deditio sequitur: et in præstatione magis est, quam in condemnatione. Denique in condemnatione tantum est æstimatio damni. Quamobrem et noxæ dedito est integrum satisfacere judicato præstita æstimatione litis, et ita se ab eo liberare, cui noxæ deditus est, et ei invito interventu prætoris extorquere libertatem. Denique sub. tit. *de jud.* docuit Pap. etiam libero homini noxæ dedito ob causam judicati, non facti post deditionem, integrum esse facere judicatum, et se liberare ab eo, cui deditus vel addictus est: noxæ dedi olim poterant etiam liberi homines, *l.* 3. §. *proinde, de lib. hom. exhib.* §. *ult. Inst. de nox. act.* quod et Paulus apud eundem L. Rufinum significat *lib. sign. de adult.* dum ait, *marito licere occidere deditum liberum hominem deprehensum in adulterio uxoris:* locus ille intelligitur de dedito libero homine, quia de servo et libertino jam sup. dixerat: proinde etiam liberi homines noxæ dedi poterant. Verum multum distabat noxæ deditio servi a noxæ deditione liberi hominis, quia servi deditio faciebat eum servum ejus, cui dedebatur: at noxæ deditio liberum servum non faciebat. Imo nec pignoris aut fiduciæ vinculo nectabat liberum hominem. Nam ut Paulus ait, liber homo pignori vel fiduciæ dari non potest: perstringam paucis differentiam inter pignus et fiduciam. Pignus est pignus, quod transfert solam possessionem in creditorem: fiducia est pignus, quod transfert etiam dominium in creditorem sub lege remancipandi, post solutam omnem pecuniam, quod et Paulus ostendit in sent. et Isidor. in originibus suis. Noxæ igitur debitio non nectit liberum hominem jure pignoris aut fiduciæ. Qua de casa in superiori definitione Pap. ait, oblata æstimatione damni, eum, cui liber homo deditus est, non compelli hominem manumittere. Nam et manumitti dicitur deditus vel addictus, vel obæratus. Non omnis qui manumittitur, manumittitur ex servitute, sed vel ex nexu, vel ex deditione, vel ex addictione: non compelli, inquam, eum manumittere fiduciæ judicio oblata æstimatione litis, quia nulla fiducia contracta est, sed compelli extra ordinem per prætorem ipsum vel præsidem, non jure ordinario data actione et judice speciali.

Ad L. XVII. de Castr. pec.

Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, æs alienum intra modum ejus, et annum utilem jure prætorio solvere cogitur. Idem si testamento scriptus hæres extiterit, perpetuo civiliter, ut hæres convenietur. Pater a filio milite, vel qui militavit hæres institutus, testamenti causam omisit, et castrense peculium possidet, legitimi hæredis exemplo cogetur ad finem peculii perpetuo legata præstare. Quod si filius post annum, quam militare desierat, jure communi testamento facto vita decessit, ratione Falcidiæ retinebitur quarta: ceterum si testamenti causam pater omisit, cum peculium creditoribus solvendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamvis temporis incurrat compendium.

Quod attinet ad l. 17. *de castr. pecul.* certissima juris definitio, est, nec ullo modo, ut male tradit Acc. abrogata per Nov. 18. Et definitio hæc est: filiifam. militis intestati defuncti, nullis liberis vel fratribus superstitibus ut recte additur, et singulariter in §. *Inst. quib. non est permiss. fac. test.* bona castrensia patri ejus superstiti deferri ut peculium, quod retro intelligitur fuisse in bonis patris, ut ait *l. pen. h. t.* Deferri, inquam, patri ut peculium, cujus retro fingitur dominium habuisse, non ut hæreditatem: testati autem filiifamil. militis patre hærede instituto bona castrensia ex testamento patri deferri ut hæreditatem. Hæc definitio proponitur multis in locis, *l.* 1. *et* 2. *et* 9. *et l. pen. h. t. l.* 1. §. *si is cui bona, de collat. bon. l. ult. ad Tertull. l. in eo, de adq. rer. dom.* Et ratio evidentissima hujus definitionis hæc est: quia jure antiquo, quod obtinuit ante constitutiones Principum, peculium castrense filiifam. non minus acquiritur patri, quam peculium paganum. Et novissime ex constitutionibus Principum, hoc privilegium militiæ datum est, ut de castrensi peculio possit filiusfam. miles statuere suo arbitrio, perinde atque si paterfamil. esset, quo privilegio quamdiu utitur filiusfam. nullum in eo peculio jus patri competit. Quamobrem si de castrensi pecul. testetur filiusfam. ut potest, vel in militia, jure militari, vel post missionem jure communi, si, inquam, filiusfam. testetur de castrensi peculio, atque ita suo jure utatur, et extraneum hæredem instituat, pater in eo peculio nihil juris habet, vel si patrem ipsum hæredem instituat, pater id occupat, et retinet, ut extraneus quilibet jure hæreditario, non jure prætorio, non jure antiquo, non jure peculii: sin autem de eo peculio filiusfam. testamentum non faciat, et moriatur intestatus, quia suo jure usus non est, pater secun-

dum jus antiquum postliminii cujusdam similitudine, ut ait *l. pen. h. t.* id peculium sibi vindicat, quasi sibi acquisitum: id peculium occupat jure suo jure patriæ potestatis, jure peculii, non jure hæreditario, quod est extraneum jus. Et hæc est sententia hujus definitionis. Porro ex hac definitione et differentia sequitur, quod proponit Papin. initio *h. legis.* Intestato mortuo filiofamil. patrem creditoribus filii teneri jure prætorio actione de peculio, non in solidum, sed intra modum peculii, sive quod idem est ad finem peculii, id est, eatenus quatenus peculium patitur: uno verbo, peculio tenus, et teneri creditoribus intra eum modum, et intra annum utilem tantum, ut in peculio pagano servari solet, *l. 1. quando de pecul. actio annal. sit.* Nam mortuo filiofamilias intestato peculium castrense eodem jure est quo paganum: testato autem filiofam. et patre hærede instituto, patrem adita hæreditate jure civili, non jure prætorio, creditoribus teneri in solidum, et perpetuo, non pro modo bonorum castrensium: et perpetuo, non intra annum, tamquam hæredem filii scilicet: legatariis autem si filius a patre hærede instituto legata reliquerit, patrem teneri, non in solidum, sed fini hæreditatis, sive peculii castrensis, quod ad eum pervenit jure hæreditario ex testamento filii, quia nec ex testamento militis legata debentur ultra vires hæreditatis, legata debentur tantum ad finem hæreditatis, deducto eo, quod creditoribus debetur, *l. 1. §. denique, ad Trebell.* æs alienum debetur supra finem hæreditatis, si adita sit ab hærede scripto: legata unquam debentur, nisi ad finem hæreditatis, quod scilicet superest deducto ære alieno; verum pro quæstu hæreditatis, quod superest deducto ære alieno pater legatariis tenetur perpetuo, quia actio legatorum, actio ex testamento perpetua actio est et civilis; ac præterea ex legatis pater non deducit quartam ratione legis Falcidiæ, quia in testamento militis Falcidia cessat, et legata debentur, si eis bona sufficiant, *l. 7. C. ad l Falcid.* In testamento autem ejus, qui militia dimissus et sacramento solutus est, id est, in testamento veterani, Falcidia locum habet, etiamsi vita decesserit intra annum missionis, *l. ad veterani, ad leg. Falcid.* In testamento, inquam, veterani, quod fecit post missionem jure communi: nam in testamento, quod fecit in militia jure militari, si moriatur intra annum missionis, l. Falcidia non habet locum, quia intra annum testamentum valet jure militari, perinde atque si in militia diem suum obiisset. Sed si post annum missionis moriatur, etiam in eo testamento quod in militia fecit, l. Falcidia locum habet, si moriatur post annum missionis, *l. si post, et l. si miles, ad leg. Falcid. l. si certarum, §. ult. de milit. test.* Sciendum autem est, his omnibus, quæ diximus hactenus, locum esse non tantum, cum pater a filiofam. milite aut veterano hæres institutus hæreditatem adivit ex testamento, sed etiam eum omissa causa testamenti, id est, repudiata hæreditate filii ex testamento, atque ita filiofam. intestato facto per repudiationem patris, bona castrensia pater possidet jure peculii. Item ea quæ diximus, obtinent etiam hoc casu, exemplo scilicet ejus, qui omissio testamento, in quo erat institutus, bona possidet jure legitimo, et jure hæreditario ab intestato, ex edicto, *si quis omiss. caus. testam. d. l. si certarum, §. pen.* Pater filiofam. testamentarius hæres esse potest: legitimus hæres esse non potest ab intestato, sed hoc casu legitimi hæredis exemplum sequitur, si omissa causa testamenti retineat bona castrensia jure peculii, perinde atque si ea retineret jure hæreditario ab intestato. Et hoc igitur casu perinde atque si adiisset hæreditatem filii ex testamento, in eum legatorum actio datur perpetua, ut ait hoc loco, et comprobat *l. de libertatibus, §. 1. si quis omis. caus. test.* sed datur legatorum actio ad finem peculii tantum, id est, pro quantitate hæreditatis quæ superest absolutis creditoribus filii. Nec Falcidia locus est, si testamentum filiusfamil. fecerit jure militari, et in militia vita decesserit, vel intra annum missionis, honeste, non ignominiose; sed si decesserit post annum missionis, vel si post missionem jure communi testamentum fecerit, licet intra annum vita decesserit, Falcidiæ locus est, quamvis pater omisso testamento bona possideat ut peculium, non ut hæreditatem, quia pro ea habetur, ac si adiisset ex testamento, nec repudiasset testamentum ex superiore edicto, *l. duo §. ult. si quis omiss. l. 1. §. ad eos, sup. ad l. Falcid.* Et hoc est, quod ait Papinianus illo loco, *quod si filius post annum, quam militare desierat, jure communi testamento facto vita decessit, etc.* In extremo hujus l. ponit Papinianus unum casum, unam exceptionem, qua quidem pater institutus a filofam. milite, omissa causa testamenti, si bona filii castrensia possideat jure peculii, legatorum nomine non tenetur. Casus hic est: si pater ideo noluerit ex testamento adire hæreditatem filii, quod ea hæreditas, id est, peculium castrense creditoribus filii solvendo non esset, quia, qui ob eam causam repudiat testamentum, nihil dolo facit, sed prospicit sibi tantum, ne implicetur æri alieno filii, et edictum si quis omissa causa occurit tantum dolo, et calliditati hæredum repudiantium testamentum in necem et fraudem legatariorum, *l. 1. si quis omis.* Pater vero hoc casu non repudiavit testamentum hoc animo, ut legatariis fraudem faceret,

sed ut fraudem a se depelleret, et onus æris alieni, quod facere potest impune, et citra metum, illius edicti, *l. cum pater. §. Titio, in fin. de legat.* 2. *l. Papin. §. quarta de inoff. test. l.* 4. *de acq. hæred. l.* 6. *§. si patronus, si quis omissa causa test.* Sane pater incidisset in fraudem, si adiisset hæreditatem ex testamento filii, quæ erat onerata ære alieno nimis, quia adeundo, creditoribus filii se obligasset in solidum, etiamsi hæreditas non esset solvendo, quia semper intelligitur esse solvendo hæreditas, quæ invenit hæredem, qui adierit ex testamento *l. libertus qui, de bon. libert.* Ergo et hoc casu repudiato testamento non fraudandi alterius causa, sed ne ipse fraudaretur, sane intercidunt legata, quia non adita hæreditate ex testamento non debentur; et commodum temporis etiam acquirit pater, quia creditoribus filii, de peculio non tenetur perpetuo, sed intra annum utilem tantum, ut proposuit initio: atque ita hoc casu repudiato testamento, ut ait, temporis brevioris, quo conveniri potest a creditoribus, compendium incurrit. Et quamvis istius temporis compendium incurrat, quod non perpetua, sed temporaria actione pater filii creditoribus teneatur, qui repudiavit ipsius testamentum, tamen non tanta habetur ratio lucri temporarii, ut non propterea statuamus impune repudiari a patre testamentum filii bonis occupatis jure peculii ac si intestatus decessisset e vita, quem et repudiatio intestatum facit.

Ad L. LXXXIII. de Reg. juris.

Non videntur rem amittere, quibus propria non fuit.

Aliorum exempla ad hanc regulam displicent: utar tribus quæ non afferunt Latini interpretes. Creditores non videntur amittere rem pignori datam, quibus propria non fuit. Et ideo amissi pignoris periculum pertinet ad debitorem, qui dominus mansit, non contracta fiducia, *l. cum et sortis, §. ult. de pignor. act.* amissi, inquam, pignoris periculum pertinet ad debitorem tanquam dominum, non ad creditorem, si sine culpa ejus res amissa sit, *l. amissi, in princ. de fidejuss. et l. pignus; et l. quæ fortuitis, C. de pignor. act.* Et ad hunc locum, hoc exemplo Græci interpretes utuntur apud Harmenopulum 3. *Epitom. tit.* 9. Post etiam apponi aliud ex *l.* 1. *§. eum qui, et l.* 3. *§. utifrui, de vi et vi arm.* si quis prohibeatur ingredi et incipere possidere fundum: non videtur vi dejectus, aut detrusus ex fundo, nec habet interdictum unde vi, quia is tantum dejicitur, qui amittit possessionem, non amittit autem possessionem, cujus nondum propria fuit. At aliud exemplum ex *l. sed et si constante, de donat. inter vir.* donatio rei alienæ, quam forte suam esse maritus existimabat collata in uxorem valet, quia ea tantum donato jure civili prohibetur, quæ maritum pauperiorem facit, id est, per quam maritus rem suam amittit: non videtur autem amittere, quod proprium ejus non fuit. Explicitus est Papin. Definitionum liber 2. et ultimus, 12. Calend. Maij 1580.

JACOBI CUJACII J. C.

AD LIBRUM PRIMUM

ÆMILII PAPINIANI

DE ADULTERIIS COMMENT.

Ad L. XIII. D. de Testibus.

Quæsitum scio, an in publicis judiciis calumniæ damnati testimonium judicio publico prohibere possunt, sed neque lege Remmia prohibentur, et Julia lex de vi, et repetundarum, et peculatus, eos homines testimonium dicere non vetuerunt: verumtamen quod legibus omissum est, non omittere religione judicantium, ad quorum officium pertinet ejus quoque testimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit perpendere.

Papinianus scripsit duos libros de adulteriis, et librum quoque singularem de adulteriis. Inter quos aliquid interest: nam libri duo de adulteriis sunt ad *l. Jul. de adult.* id est, ad omnia capita l. Juliæ, quæ erant plurima, nec omnia respiciebant ad causam, pœnam, vel judicium publicum adulterii, sive stupri, sed alia erant capita de fundo dotali non alienando. Paulus 2. Sent. *lege*, inquit, *Julia, de adulteriis cavetur, ne dotale prædium maritus invita uxore alienet*; et alia de divortiis certo modo rituque faciendis, *l.* 1. *in fine, unde vir et uxor*: *lex*, inquit, *Julia de adulteriis nisi certo modo divortium factum sit, pro infecto habet*, et aliud quoque fuisse caput l. Juliæ ait *l.* 19. *de rit. nupt.* de compellendis parentibus, liberos suos, quos habent in potestate, collocare in matrimonium filiabus dote constituta. Et ita libros Ulpiani de adulteriis aliter inscriptos fuisse ad *l. Juliam, de adulter.* intelligimus ex inscriptione *legis* 17. *et* 19. *et* 25 *inf. ad l. Jul. de adult.* quo modo libros Papin. *de adult.* sic accipere debemus, *ad leg. Jul. de adult.* id est, ad omnia capita. Nam et ex hoc libro dabuntur leges de fundo dotali, et de divortiis. Liber autem singularis Papiniani de adulteriis fuit tantum de exercitione publici judicii, ex *l. Jul. de adult.* non de omnibus capitibus *l. Juliæ*. Et prima quidem, quæ se in D. offert ex primo ad *l. Jul. de adult.* est *l.* 13. *ff. de testib.* cui adjungam ex lib. sign. *l.* 14. *eod.* Porro certum est adulterii damnatum, vel damnatum judicio publico ex l. Julia testem produci vel testimonium dicere in judicio publico non posse, *l. qui testamento*, §. *mulier, qui testam. fac. poss. l.* 18. *hoc tit.* Quod obtinet etiam in alio quolibet damnato aliquo judicio publico, veluti repetundarum, aut de vi, aut peculatus, quia infamis sit, et propter infamiam testis esse, inque judicio testimonium perhibere vetatur, *l.* 3. §. *lege, et l.* 16. *hoc tit. l.* 6. §. 1. *ad leg. Jul. repet.* Qua de causa, ut M. Tullius scribit in prætura urbana, Verres callide cum esset legatus Dolabellæ in provincia Siciliæ, et furtorum ac flagitiorum multorum in ea provincia commissorum non modo particeps, sed etiam princeps, noluit rationes legationis suæ reddere, nisi condemnato prius repetundarum, et ejecto Dolabella, qui poterat eum reprehendere, ne post damnationem Dolabella in se posset testimonium dicere. Quod si publico damnatus in judicio testimonium dicere et perhibere non potest, et in testamento multo minus testis, vel signator esse potest, *l. qui testamento*, §. *cum qui, qui test. fac. poss.* quia testamenta, quibus patresfam. statuunt et decernunt de universo jure suo solenniter, maxime

requirunt selectos et classicos assiduosque testes, non qualescunque, non proletarios: quin et proprie auctore Festo, classici dicuntur testes, qui signandis testamentis adhibentur. Hujus autem rei argumentum est, quod mulier si non sit damnata adulterii, in judicio testis esse potest, in testamento non potest, *d. l. qui testa.* §. *mulier*, *et l.* 18. *hoc tit.* Recte igitur dicimus, judicio publico damnatum, qui in judicio testis esse non potest, et multo minus in testamento adhiberi posse: et in judiciis, et in testamentis testes adhibendi sunt integræ opinionis, alioqui ut ait l. 14. testamentum neque jure civili valet, ut ex eo adiri hæreditas possit, neque jure prætorio, quod hac in re subsequitur jus civile, ut bon. possessio secundum tab. dari possit, si infames signandis testamentis adhibiti sunt. Testium infamia corrumpit testamentum, quod maxime notandum. Ex eo autem quod dicitur, judicio publico damnatum in judicio testimonium publice dicere non posse, colligitur, ex eo crimine damnatum, quod publici judicii non est, non prohiberi in judicio testimonium dicere, quia non ex crimine damnatus est, cujus accusatio pateret omnibus, sed ex crimine, quod habet causam privati judicii, non publici. Et hoc sane verum est, si damnationem ex crimine non publico non sequatur infamia, ut *l. infamem, ff. de jud. pub.* At quid si damnationem sequatur infamia ex crimine non publico, an damnatus testis adhiberi potest in judicio vel testamento? Hæc est quæstio *h. legis.* Fac, calumniæ causa in judicio publico, non judicio publico, sed privato damnatum esse aliquem in judicio, puta, quod judicio publico malitiose aliquem accusarit per calumniam? judicium de calumnia commissa in judicio publico, non est publicum, tamen irrogat infamiam, *l.* 1. *de his, qui not. inf.* illo loco, *qui in judicio publico calumniæ prævaricationisve causa, quid fecisse judicatus erit.* Quibus verbis duo tantum casus notantur; si quis in judicio publico, calumniæ causa damnatus fuerit, quod falsum crimen intendisset; et si quis in judicio publico, prævaricationis causa, puta, quod prodisset causam cum reo colludens, damnatus sit. Denique si cujus de calumnia vel de prævaricatione, in judicio publico sit pronuntiatum, recte in judicio publico: nam in causa privati judicii calumniæ damnatus, puta, quod litem privatam egerit calumniose, infamis non fit, *l.* 5. *C. de calum.* Quæritur ergo hoc loco, an in judicio aliquo publico damnati accusatores testimonium perhibere possint. In alio, maximo judicio publico, quod in alium intenditur? Et videntur hi, qui damnati sunt calumniæ causa in judicio, posse testimonium perhibere etiam judicio publico, quod intenditur in aliquem, quia lex Remmia, quæ calumniatores coercet, qui scilicet in judicio publico calumniati sunt, lex Remmia, ut est proditum hoc loco, et *l.* 1. *ad Senatusc. Turpill.* et in oratione M. Tullii pro Rosc. Amerino, ubi tamen vulgo male Memmia, pro *Remmia*, ut hi duo loci Digestorum pervincunt, ex qua familia (ne quis arguat nullum talem fuisse Romæ) nomen etiam est Quinto Remmio Palæmoni, qui scripsit artem Grammaticam et librum de ponderibus; quia igitur l. Remmia, quæ coercet eos, qui in judicio publico calumniati sunt, eos non facit intestabiles, id est, testimonium dicere non vetat in aliis causis; ideo videntur testimonium dicere posse etiam in judicio publico, et non tantum, quia lex Remmia, quæ proprie in eo lata est, sed etiam quia l. Julia de vi, et lex Julia repetundarum, et l. Julia peculatus, vel aliæ leges publicorum judiciorum, non vetant eos testimonium dicere, qui in his publicis judiciis sunt calumniati. Per leges igitur licet eis testimonium dicere, et tamen, quia perinde sunt infames, qui in judicio publico calumniæ causa aliquid fecisse judicati sunt, atque ii, qui judicio ipso publico damnati sunt vel de adulterio, vel de vi, vel repetundarum, æquum est, testimonium eorum repelli, quia infames sunt. Cur damnatorum judicio publico testimonium repellitur? propter infamiam, ut ait *l.* 5. §. *lege*, *hoc tit.* Ergo eadem ratione repelli debet testimonium, qui in judicio publico calumniæ damnati sunt, licet nominatim legibus facti non sunt intestabiles. Et ideo quod legibus omissum est, vel Remmia vel legibus publicorum judiciorum, ut eleganter hic ait Papinianus, suppleri debet judicantis religione, legibus quidem non repelluntur a testimonio, sed officio judicium, *quia et ad eorum officium pertinet*, inquit *etiam ejus testimonii fidem perpendere, seu perpenso consilio excutere, quod homo integræ frontis dixerit.* Non dicit hominem integræ frontis figurate pro homine integræ famæ, opinionis, dignitatis, sed proprie admodum hominem integræ frontis citra metaphoram dicit pro homine, qui frontem integram habet, id est, non compunctam notis, non inscriptam aut inustam litteris, ut habent calumniatores, qui in judicio publico calumniati sunt, quorum fronti ex *l. Remmia* inuri solebat littera K, quæ calumniam significabat, vel simplex aut duplex, quod significabat calumniæ causam, ut veteres scribere solebant: quod in idiotismo appellatur *flestrir le front.* Et hoc jamdiu memini me comprobare ex Plinio in Panegyrico ad Trajanum scribente de delatoribus, de calumniatoribus, quos Trajanus expulerat et mulctaverat bonis, *nunc*, inquit, *non ut antea exsanguem illam et ferream frontem, ne quicquam vulneratum punctis præbeant, et notas suas videant.* Et ex ead. oratione pro Rosc. Amer. M.

Tull. quo loco agit de l. Remmia, et de calumniatoribus; *Crura*, inquit, *nemo vobis suffringet; sed ego hos bene novi, litteram illam, cui vos adeo inimici estis, ut etiam litteras omnes oderitis, ita vehementer ad caput affigam, ut postea neminem alium nisi fortunas vestras accusare possitis,* hoc est, vos cruci quidem non affigent, sed fronti affigent literam K. In crucem sublatis crura suffringi solebant, ut duobus illis latronibus, qui suffixi sunt cum Domino: idem in ead. oratione, *si luce canes latrent, quum Deos salutatum aliquis venit, opinor iis crura suffringentur, quod acres sint etiam tum cum suspicio nulla est*, quasi velit dicere, et vobis crura esse suffringenda, quod temere instituatis accusationes sine ulla suspicione. Et idem Philip 13. *Plancum perire non posse, nisi crura ei fracta sint*, id est, nisi ut erectus detur cruci. Et Plautus in Pœnulo, *continuo is me crurifragum fecerit.* Eam literam fuisse K, simplex vel duplex indicat Juliani Misopogon adversus Antiochenos dum ait, *optat Deus Antiochenis infligere duplex KK, quod vicinas civitates calumniati sunt.* Sensus ergo hujus l. hic est; si judices nec quod integræ frontis homo testimonium dixerit temere recipiunt incognita causa, multo minus id recipient, quod dixerit calumniæ causa in judicio publico damnatus, cujus frons vulnerata est et inscripta. Et eadem ratione dicere possumus, extra ordinem damnatum criminaliter, ex crimine non publico, ex causa furti, vel injuriarum, vel vi bonorum raptorum, vel ex alia causa, crimine stellionatus, vel crimine expilatæ hæreditatis, quæ judicia publica non sunt, quia infamis fit, *l. quid ergo, §. ult. de his qui not. infam. l. lite, C. eod. l. infamem, de publ judic.* infamem officio judicis esse a testimonio judiciario repellendum, quia ut dixi, nec judicio publico damnati alia ratione legibus removentur, quam propter infamiam. Hoc dico de damnato criminaliter ex furto, ut in *l. ult. de furt.* vel ex alio crimine non publico: nam damnato civiliter, ut actione furti, vel injuriarum, vel vi bonorum raptorum, vel de dolo malo vel depositi, mandati, tutelæ, pro socio: licet eæ omnes actiones famosæ sint, et damnatum infamem faciant, tamen non dixerim, eum repelli a testimonio judiciario, vel testamentario; nec jure ipso, nec officio judicis, quia hoc tantum reperitur scriptum de iis, qui criminaliter damnati sunt ex causa famosa; civiliter damnari judicio non publico non repelluntur a testimonio. Inter cetera hoc ad extremum notandum ex hac l. in calumniatores, qui in judicio publico calumniati erant, ex l. Remmia non fuisse judicium publicum. Hoc hæc l. manifeste ostendit, alioquin frustra quæreret, an testimonii dictionem habeant, quia generaliter verum est, damnatos judicio publico testimonii dictionem non habere. Ergo ex hac l. Remmia liquido constat, non fuisse judicium publicum, accusationem publicam. Quod tamen affirmavit Accurs. male in *l. 1. §. ad SC. Turpill.*

Ad L. XII. de Fundo dotali.

Etiam dirempto matrimonio prædium dotale esse intelligetur.

Hæc l. pertinet ad caput *l. Juliæ de adult.* de prædio dotali non alienando invita muliere, *ut et l. 2. 6. 12. 14. h. tit.* quæ omnes sunt ex Ulp. vel Pauli libris *de adult.* Idque ostenditur ea lege 12. non tantum constante, sed etiam soluto matrimonio dotale prædium esse videri, quoad scilicet restitutum sit mulieri, vel hæredi ejus, utique si ea in causa est, ut restitui debeat mulieri vel hæredi ejus, *l. 3. h. tit.* Sunt enim plerique casus, quibus soluto matrimonio dos in restitutionem non venit, sed quum est in causa restitutionis, sane etiam post solutum matrimonium, quod fuit dotale prædium et dotale esse intelligitur, quoad restitutum sit. Ex quo sequitur interim prædium illud alienari non posse, quod et *l. 1. h. tit.* probat, dum ait, morte mariti dirempto matrimonio prædium dotale transire ad hæredem mariti cum suo jure, cum causa et conditione sua, ut alienari non possit. Idemque probat *l. 13. §. hæredi, hoc tit.* si morte mulieris solutum est matrimonium, nec tamen potest maritus post mortem mulieris prædium dotale alienare, quod hæredi mulieris restituendum est; sed perinde ac mulieri et hæredi ejus idem auxilium præstatur, puta, repetitio vel vindicatio prædii alienati, vindicatio rescissoria alienationis, *l. cum pater, §. qui dotale, de leg. 2.* Et huc etiam valde pertinet quod ait *l. si post. sol. matr.* hærede mulieris agente de dote, mortua muliere, cum viro vel parente ejus, eadem intervenire et servari in dote restituenda, quæ ipsa muliere agente observari solent, puta, ut iisdem diebus dos reddatur, ut eædem retentiones ex dote fiant, et non ultra facultates maritus damnetur: neque enim, quod et regula juris non patitur, plus commodi hæredi suo mulier reliquit, quam ipsa habuit, itemque ut nec mortua muliere viro permittatur alienatio fundi dotalis; privilegium solum exactionis vel hypothecæ mulieris non sequitur, nisi sit filius, *l. unica, C. de privil. dot. l. ult. §. exceptis, C. qui pot. et Novell.* 99. Ex hac etiam Papin. sententia sequitur, nec soluto matrimonio dotale prædium usucapi posse, quia in l. Julia alienationis verbo etiam usucapio continetur, *l. si fundum, h. tit. l. tametsi sol. matr.* Verum etiam est, dotale prædium usucapi non posse, aut acquiri possessione longi tem-

poris: nec obstare quam objicit Accurs. *l. in reb. dotalibus*, §. *omnis*, *C. de jure dot.* Quin rejectis omnibus Accursii rationibus, quæ perquam inanes et nugaces sunt, lex *in reb.* non hoc docet, soluto matrimonio fundum dotalem usucapi posse, sed docet actionem de dote sive repetitionem dotis excludi præscriptione temporis legitimi. Denique non docet, usucapione acquiri dominium fundi dotalis: vel acquiri actionem in rem, quæ actio sive lis solius domini est, *l. evictis*, *sup. de usur.* sed acquiri exceptionem temporis contra mulierem hæredemve ejus soluto matrimonio dotem repetentem, quæ ex quo repetitio ei competere cœpit, diu cessavit in repetitione dotis. Verba legis hæc sunt: *Omnis exceptio temporalis sive per usucapionem inducta, sive per decem, sive per viginti annorum curricula, vel 30. aut 40. opponitur mulieribus dotem repetentibus ex eo die, quo eis actio de dote competere cœpit: usucapio vero illa parit exceptionem tantum possessori, non actionem in rem, non dominium.* Denique ea lex loquitur non de dominio acquirendo fundi dotalis, qui est effectus usucapionis, sed de acquirenda præscriptione usucapionis, sive exceptione temporali adversus repetitionem dotalis fundi.

Ad §. I.

Soceri voluntas in distrahendo prædio dotali nulla est.

Lege Julia voluntate uxoris fundus dotalis alienari potest, quia invita tantum uxore alienatio prohibetur, non etiam volente, §. 1. *Instit. quib. alien.* voluntate, inquam, uxoris, non etiam voluntate soceri, id est, patris mulieris; soceri voluntas in alienando fundo dotali nulla est, sola enim voluntas mulieris alienationem confirmat: hodie ex constit. Justiniani, *de rei uxor. act.* etiam voluntas uxoris in detrahendo fundo dotali nulla est: sed Papin. hoc scripsit secundum jus suæ ætatis. Ubique vero de fundo inæstimato loquimur, quia hic solus est dotalis, qui non est æstimatus: qui autem est æstimatus, non est dotalis, quia in dotis causa æstimatio sola est, non fundus.

Ad L. VII. de Divortiis.

Si pœnituit eum, qui libellum tradendum divortii dedit, iisque per ignorantiam mutatæ voluntatis oblatus est, durare matrimonium dicendum est: nisi pœnitentia cognita is, qui accepit ipsum, voluit matrimonium dissolvere: tunc enim per eum, qui accepit, solvitur matrimonium.

Initio hujus lib. satis ostendi a tractatu l. Jul. de adult. non abhorrere quæstionem de divortiis, quod et inscriptio *l. 8. et l. 9. h. tit.* demonstrat, in qua l. 9. quod proponitur nullum divortium ratum esse, nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis factum sit, præter libertum ejus, qui divortium facit. Hæc omnia verba ipsa sunt l. Juliæ de adult. quæ certo modo divortia fieri jussit, ut ait *l. 1. in fin. unde vir et uxor*, quam legitimam observationem divortii faciendi appellat *l. 36 sup. tit. prox.* Svetonius in Augusto, qui auctor fuit l. Juliæ de divortiis, divortiis modum imposuit. Et serva quod ait l. Julia, nullum esse divortium ratum, id est, omne divortium pro infecto haberi, nisi factum sit 7. civibus Romanis puberibus adhibitis, id est, præsentibus, ut in testamentis legitimis 7. custodito numero, et civibus Romanis, alioqui non essent classici testes, et puberibus Nam impuberes testimonii perhibendi jus nulla in causa habent. *Semper*, inquit, *puberibus præsentibus;* aliud dixeris si dixeris, *pube præsente*, ut Festus ostendit. Omnem enim populum significaveris. Plautus Pseud. *pubi præsenti in concione*, id est, *populo. Septem* (inquit) *præter libertum ejus, qui divortium faciet,* id est, qui remittet libellum divortii, et plerumque per libertum fiebat. Unde illud Juvenalis:

Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi,
Jam gravis es nobis, et sæpe emungeris, exi
Ocyus, et propera, sicco venit altera naso.

Ut etiam per libertum solebant principi libellum desideria sua et preces continentem offerre, *l. 57.* §. 1. *de rit. nupt. l. 6. de interd. et releg.* Et rei postulati per libertum mittere defensionem, et se purgare, apud Corn. Tac. 3. annal. et hæredes per libertum recitare testamentum apud Svet. in Tib. c. 23. Non est autem internuncius, qui et a veteribus dicebatur anuncius, non est, inquit, internuncius negotii cujusque et interpres in eo negotio testis idoneus: sicut nec patronus nec executor litis, *l. ult. de test.* Itaque præter libertum, per quem nunciatur uxori, ut res suas procuret, ædibus facessat, traditurve uxori vel marito libellus divortii, etiam septem testes l. Julia requirit, in eum scilicet numerum liberto non computato. Divortium est contractus, *l. si uxor, sup. de jud. l. juris gentium*, §. *ut puta de pact.* conctractus, qui nudo consensu perficitur. Ergo et per nuncium et per epistolam inter absentes. Et ita in specie hujus l. recte ponam mandasse maritum nuncio, veluti liberto suo, ut libellum divortii perferret ad uxorem, et liberto profecto jam ad uxorem, mox pœnitentia maritum mutasse voluntatem, libertum vero ignarum mutatæ voluntatis peregisse mandatum, et libellum divortii uxori tradidisse. Quo

casu Papinianus ait quasi nuncio non remissio, neque facto divortio durare matrimonium, quia re integra mandatum pœnitentia revocatum fuit, ut *l. si vero*, §. 1. *mand. l.* 4. §. 1. *de manum. vind. l. si is, qui bona*, §. *ult. de acquir. hæred.* Offerendo igitur libellum divortii, quantum ad maritum attinet, qui re integra mutavit voluntatem, libertus nihil egit. Ceterum si mulier, quæ libellum accepit, simul cognita pœnitudine mariti, non accipiat pœnitudinem, ac malit exire matrimonio, ipsa videtur causam dedisse divortio, non maritus, feretque pœnas injusti divortii, si nullam aliam causam habuerit, sine causa divertere delictum non modicum est: nec quod impunitum remanet, *l. si ex causa*, §. *si mulier. sup. de minor.*

Ad L. XLI. de Solutionibus.

Reo criminis postulato interim nihil prohibet recte pecuniam a debitoribus solvi, alioqui plerique innocentium necessario sumptu egebunt.

Cum hoc lib. Papinianus doceret, reo adulterii postulato, debitores recte pecuniam solvere pendente cognitione, pendente reatu, adjicit generalem rationem, ei cuicunque alii reo postulato recte solvi; alioqui plerique innocentium necessario sumptu egerent, si eis debita solvi non possent, quod esset perdutum. Et l. quæ sequitur ostendit, hoc etiam Paulum scripsisse lib. 3. *de adult.* Ac similiter retro eum, qui reus postulatus est suis creditoribus æque solvere recte, modo bona fide solvat, vel eis solvatur non in fraudem fisci, *l. aufertur*, §. *in reatu, de jure fisci.* Alioquin pecuniæ solutæ revocarentur a fisco. Plinius 3. epistol. *de repetundarum reo pronuntiatum*, inquit, *ut pecunia, quas debitores solverent creditoribus revocarentur etc.* sed de pecuniis loquitur præreptis fisco. Et congruit omnino *l. deferre*, §. *ult. de jure fisci.* Excipitur ab hac generali sententia Papin. is, qui perduellionis reus postulatus est, quia is neque solvit recte, et ei recte quoque non solvitur, ut in Codice relatum est ex Marciano in fine, *tit. ad l. Jul. majest.* Excipitur etiam is, qui profugit et judicio adesse detrectat: nam dicitur, debitores ei non posse quicquam solvere, ne ita qui solvant, fugam ejus instruant, *l. ult.* §. *ult. de requir. reis.* Ceterum reo criminis postulato non profugo, præterquam si postulatus sit perduellionis, debitores solvunt recte. Idemque creditoribus suis solvit recte.

Ad L. II. de Accusat. et inscript.

Certis ex causis concessa est mulieribus publica accusatio, veluti si mortem exequatur eorum, eorumque in quos ex lege testimonium publicorum judiciorum invita non dicunt. Idem et in lege Cornelia testamentaria Senatus statuit, sed et de testamento paterni liberti, vel materni mulieribus publico judicio dicere permissum est.

Papinianus *lib.* 1. *de adulter.* cum doceret, regulariter mulieri publico judicio neminem accusare licere, ut *l.* 1. *et* 8. *hoc tit.* sicut nec populari actione experiri, *l.* 6. *supra, de popul. action.* ac ne lege quidem Julia de adulteriis mulierem injuriam suam persequi posse, injuriam lecti sui, injuriam a viro violati matrimonii, ut *l.* 12. *C. ad leg. Jul. de adulter.* quia l. Jul. de adult. masculis tantum dedit facultatem accusandi jure mariti; fœminis idem privilegium non detulit, quæ differentia jure civili inter maritum et uxorem semper servata fuit. Quam, inquam, hoc doceret Papin. hoc lib. et illud quoque simul docuit, aliis tamen ex causis mulieri Senatum permittere publicam accusationem persequenti suam vel suorum injuriam: ut puta, si mortem vel necem exequatur eorum earumve, in quos ex lege Julia publicorum judiciorum invita testimonium non dicit: et ii quidem quales sint, ex ipsa l. Julia publicorum judiciorum docet, *l.* 4. *sup. de testib.* Mulier invita testimonium non dicit adversus cognatos usque ad sextum gradum, nec ex septimo gradu adversus sobrino, sobrinave natum natamve, qui etiam est finis cognationis in edicto unde cognati, *l.* 1. §. *hæc autem, sup. unde cogn.* nec adversus affinium certas personas, veluti adversus socerum, generum, vitricum, privignum, quæ appellationes latissime patent, et in quos mulier invita testimonium non dicit. In eos etiam invitus judicio publico testimonium non dicit libertus mulieris, aut libertus mariti ejus, aut libertus parentum, liberorumve ejus, aut libertus patroni, patronæve ejus, quod necesse est, ut exemplo planius faciam. Consobrinus vel consobrina adversus consobrinum invitus invitave testimonium non dicit, nec ei denuntiari potest. Ac similiter adversus consobrinum testimonium non dicit libertus consobrini, nec libertus parentum, aut liberorum ejus, nec viri, aut uxoris libertus, aut libertus patroni patronæve ejus. Et eodem modo, sicut socer vel socrus adversus generum invitus invitave testimonium non dicit, ita nec libertus soceri vel socrus, vel libertus parentum aut liberorum ejus; nec libertus viri, aut uxoris, nec libertus patroni, aut patronæ ejus. Et ita accipienda et explicanda sunt hæc verba l. Juliæ, quæ sunt in *d. l.* 4. *de testib.* ne liberto ipsius affinis scilicet vel cognati invito denuntietur testimo-

nium, et ne liberto ipsius, inquit, liberorumve ejus, parentum, viri, uxoris, item patroni patronæ. Ea verba sic, ut proposuit interpretanda sunt, et de omnibus personis in quas inviti testimonium dicere non coguntur, sunt etiam accipiendæ hæ leges, *l. vestem*, *de injur. l.* 1. §. *si servus bona fide*, *de quæstion. l.* 22. *C. de fide instrum.* Itemque *l. Jurisconsultus*, §. 1. *de gradib. et aff.* Sed maxime animus advertendus ad id, quod ait ea *l. Jul. publicorum judiciorum*, *contra affines et cognatos testimonium inviti dicere non coguntur*: nam non est legendum, *agnatos*, *sed cognatos*, ut apud Paul. 5. Sent. *adversus adfinem*, inquit, *et cognatum inviti testes interrogari non possunt.* Et ratio, cur potius legamus *cognatos* quam *agnatos* est evidens, quia non solum contra agnatos, sed etiam contra cognatos inviti testimonium non dicunt usque ad 6. gradum, qui cognationis finem, et quasi terminum facit. Debuit igitur non agnatorum nomine uti, quod est speciale, sed cognatorum, quod est generale: nam et agnati cognati sunt. Contra cognati omnes agnati non sunt. Ac præterea agnatio infinita est, nec ullo certo fine graduum circumscribitur, *l. pen.* §. 1. *unde cogn.* §. *ult. Institut. de success. cognat.* Et si contra agnatos, invitis testimonium denuntiari non posset, hoc jus in infinitum extenderetur, sicut jus agnationis; et tamen hujus juris lex Julia certum finem esse voluit. Cognatorum autem vel agnatorum, si accipiantur, quatenus cognati sunt simpliciter, certa finitio est graduum et certa gradatio. Porro his personis, in quas inviti testimonium non dicunt, addit Ulpian. *lib. de offic. procons.* quo tractavit de judiciis criminalibus, non civilibus, nec admittamus distinctionem Glossæ in *l. inviti*, *de testib.* addit, inquam, Ulp. etiam publicani, qui sunt occupati exigendis vectigalibus, inviti in judicio publico testimonium non dicunt: inviti venire non compelluntur ad testimonium perhibendum; item qui non detractandi testimonii causa aberit, invitus testimonium non dicit, sed is tantum, qui detrectat ferre testimonium et occultat se, invitus etiam testimonium non dicit qui publice præbendum aliquid exercitui conduxit. Et subjicit in *d. l. inviti*, *sed nec pupillis testimonium denuntiari potest*, quasi scilicet invitis pupillis non possit denuntiari, volentibus possit, quod est falsum: nam nec volentes audiuntur, *l.* 3. §. *lege eod. tit.* Ac sane videtur Papin. scripsisse: *sed nec patronis testimonium denuntiari potest adversus libertos*, *denuntiatur semper invitis.* Nam in l. Julia publicorum judiciorum *d. l.* 4. *eod. tit.* additum fuisse ostendit, ut ne patroni patronæve adversus libertos cogantur testimonium dicere; quoniam inter eos est necessitudo quædam, ut hodie receptum est, esse necessitudinem quandam inter vassallum et dominum. Hoc etiam cavetur l. Julia, *ut ne*, inquit, *patroni patronæve cogatur adversus libertos testimonium dicere.* Quo loco tamen perperam a nescio quo interprete inserta sunt hæc verba, *nec liberti adversus patronos*, scilicet coguntur testimonium dicere. Spuria sunt hæc verba, non l. Juliæ, *neque liberti adversus patronum*, non potuerunt esse hæc verba in eo capite l. Juliæ, quod est de his tantum, qui inviti testimonium non dicunt, volentes dicunt, quia non est iis omnino testimonium interdictum, qui inviti testimonium non dicunt; non potuit l. Julia admiscere libertos, quia constat hujus generis libertos non esse, quum nec volentes audiantur adversus patronos, vel patronorum liberos, *l.* 3. §. *lege*, *eod. tit. l. libertorum*, *C. eod. tit.* Qua de causa nec parentum nec liberorum l. Julia, in eo capite mentionem facit. Cur non adjecit lex Julia, nec invitos testimonium dicere contra parentes vel liberos? quia ii nec volentes audiuntur adversus parentes vel liberos, *l.* 5. *C. eod. tit.* Paulus 5. *Sent.* adversus se invicem liberi vel parentes nec volentes ad testimonium admittendi sunt, quia rei veræ testimonium necessitudo personarum corrumpit plerumque l. Julia separat eos, qui inviti testimonium non dicunt, ab iis, quibus omnino interdicitur testimonium, ut nec volentes audiantur, ut ostendit Ulpian. *lib.* 9. *de off. procons.* et de iis qui inviti testimonium non dicunt erat l. Juliæ caput 87. et de iis, quibus omnino interdicitur testimonium erat caput 88. quo capite nominatim libertis adversum patronos, patronasve et liberos eorum, testimonium interdicitur omnino, his verbis, *his omnibus hac l. in reum testimonium dicere ne liceto*, *qui se ab eo parenteve ejus liberavit*, *quive impuberes erunt*, etc. ut in *l.* 3. §. *lege*, *ff. de testib.* Et iis addidit Ulpian. etiam eos, qui recensentur in *d. l.* 3. §. *lege*, post libertos, quibus omnino interdicitur testimonium adversus patronos, patronasve et liberos eorum: supradictis verbis addidit etiam eos, qui essent impuberes, quoniam et iis omnimodo interdictum est testimonium, et eos, qui publico judicio damnati, nec in integrum restituti essent, et eos qui in vinculis ob reatum custodiave publica essent, et eos, qui ut cum bestiis depugnarent, suas operas locassent, præterquam eos qui jaculandi causa in circo maximo in urbem missi essent, itemque eos, qui palam corpore quæstum fecissent, et postremo eos, qui ob dicendum, vel non dicendum testimonium pecuniam accepisse judicati essent: non dicimus iis invitis non denuntiari te-

stimonium, sed his omnino interdici testimonium: ex iis sunt liberti. Ergo in *l.* 4. perperam liberti miscentur iis, quibus invitis testimonium non denuntiatur, verum mulieri ut eorum mortem persequi licet, *l. Cornel. de sicar. et venefic.* in quos invita testimonium non dicit ex l. Julia, ut proponitur hoc loco, quod etiam permitti senatusconsulto ostendit *l.* 2. *C. de calumn.* Sic et eorum mortem, et multo quidem magis mulier exequi et ulcisci potest judicio publ. in quos nec volens testimonium dicere potest, veluti parentum mortem, aut liberorum, aut patroni patronæve, aut liberorum patroni patronæve, ut in *l.* 1. *hoc tit.* lex 1. quod observandum pertines ad eos, in quos mulier nec volens testimonium dicit, quorum mortem ulcisci potest: *l.* 2. pertinet ad eos, in quos invita testimonium non dicit, quorum mortem ulcisci potest. Eadem vero ratione et eodem ut opinor Senatusconsulto mulier suam vel suorum injuriam persequi potest, lege Cornelia testamentaria, id est, de testamentis falsis, vel de aliis instrumentis. Nam l. Corn. quæ ab initio fuit de falsis testamentis, postea porrecta fuit ad omnia instrumenta falsa. Igitur mulier reum facere potest l. Cornel. testamentaria 1. de falsis testamentis vel instrumentis, si suam vel suorum injuriam persequatur, quod Senatusconsulto fuisse permissum mulieri hic locus ostendit, et *l.* 5. *C. qui accus. non poss.* exterorum injuriam non potest persequi l. Corn. testamentaria, *l.* 19. *C. ad l. Cor. de fals.* sed suam vel suorum, id est cognatorum, vel affinium injuriam, si suam vel suorum intersit. Et ut subjicit Papin. non tantum testamentum patris aut matris judicio publico falsum dicere potest, si quid ejus intersit, sed etiam testamentum liberti paterni vel materni, si ea res ad eam pertineat. Certum est etiam, mulierem lege Fabia de plagiariis, suam et suorum injuriam persequi posse, *l.* 5. *C. ad l. Fab. de plagiar.* et generaliter quolibet alio publico judicio potest accusare, *l. de crimine*, *C. de his qui accus. non poss.* vel etiam populari actione, vel interdicti si sua intersit, *l.* 3. §. *sed et si mulier*, *de lib. hom. exhib.* Excipitur tantum causa adulterii, quia leg. Julia, de adult. mulier nec suam nec suorum injuriam exequi potest, ut initio dixi *l.* 1. *C. ad l. Jul. de adult.* nec ex constitutionibus quidem, puta ex novissima constitutione Constantini, *de iis qui adult. accusare poss. id est*, *l. quamvis*, *C. ad l. Jul. de adult.* quæ patri accusationem permittit, non etiam permittit matri: patruo, non amitæ, avunculo, non materteræ.

Ad §. *Pupillis.*

Pupillis ex consilio tutorum, patris mortem, item pupillæ avi sui mortem, exequi concessum est, lege autem testamentaria: nam de patris quidem testamento pupillis agere Divus Vespasianus permisit: sed quasi non exhibeantur tabulæ, per interdictum possunt experiri.

Postremo subjicit Papin. etiam pupillis, quibus regulariter, nec publico judicio accusandi, nec populari actione agendi jus est, *d. l.* 6. *de popul. act.* licere tamen exequi judicio publico mortem patris vel avi sui ex consilio tutorum, l. Corn. de sicariis: vel etiam licere exequi falsum testamentum patris, si eorum intersit, l. Corn. testamentaria. Quod et permisisse Vespasianum ait ex consilio æque tutorum, ut Paulus scribit 5. *Sent. tit. de jure fisci*, ætati ejus pupilli, qui accusat testamentum falsum patris, si non obtineat, subveniri, maxime si consilio tutoris, uti oportet, actionem instituit. Pupillis utriusque sexus licet exequi suam vel suorum injuriam quod additur in Basilicis, τῆς ἀνήβοις ἑκατέρας φύσεων hic demonstrat, legendum, *pupillis ex consilio tutorum patris mortem: item pupillæ et avi mortem exequi concessum est.* Et legendum *item*, non *autem*, et infra: *sed si non exhibeantur tabulæ*, *per interdictum non quasi*, etc. hoc sensu: si pupillis non exhibeantur tabulæ paterni testamenti, ab eo a quo supprimuntur, pupillis utriusque sexus liceat agere interdicto de tabulis exhibendis, quamvis sit quasi populare interdictum, quia agitur tanquam de instrumento publico, non tanquam de instrumento proprio, *l.* 2. *in princ.* §. *quemadm. testam. aper.* et concurrit quoque interdictum de tabulis exhibendis cum judicio publico, ex l. Cor. testamentaria, *l.* 4. *sup. de publ. judic. l.* 3. §. *si quis dolo*, *de tabul. exhibend.* Nam et interdictum de libero homine exhibendo, quod constat esse populare, certum est dari pupillis pro parente, vel cognato, vel affine suo, *d. l.* 3. §. *sed si mulier*, *de li. hom. exhib.* et generaliter pupillis dari quamlibet actionem popularem, si res ad eos pertineat, *l.* 6. *de pop. action.* Quamobrem ita videtur argumentari, pupillis suæ injuriæ causa, vel suorum dantur popularia interdicta, cur non dabuntur eisdem ex eadem causa publica judicia, veluti ex l. Cor de sicar. vel l. Corn. testamentaria? Quibus exemplis utitur, suæ suorumque injuriæ persequendæ gratia.

Ad L. II. de Cust. reorum.

Si quis servus capitali crimine postuletur, lege publ. judiciorum cavetur, ut sistendum, vel ab extraneo satisdatio promittatur, qui si non defendatur, in vincula publica conjici jubetur,

ut ex vinculis causam dicat. Solet itaque tractari an postea domino permittendum sit, oblata satisdatione servum vinculis liberare: dubitationem auget edictum Domitiani quo cautum est, abolitiones ex SC. factas ad hujusmodi servos non pertinere. Nam et lex ipsa prohibet eum absolvi, priusquam de eo judicetur. Sed hæc interpretatio perdura et nimium severa est in eo cujus dominus absens fuit, vel quod per inopiam illo momento temporis satisdationem implere non potuit. Neque enim pro indefenso derelictus recte dici potest, qui dominum præsentem non habuit, vel habuit paratum defendere, pauperem tamen. Quod utique facilius admitti poterit, si non post longum temporis spatium hoc desideretur.

Quod proponitur initio hujus legis, est de servo capitali crimine reo postulato, veluti ex l. Jul. de sicar. quæ pertinet etiam ad servos, *l. hos accusare.*, §. *omnibus*, *de accus. et inf. l. ult. sup. de pub. jud.* Pertinet l. Cornel. de sic. etiam ad servos et peregrinos, quod et Tullius ostendit in Cluentiana, vel etiam ex l. Jul. de adulter. ex qua in servos capitale crimen fuit. Nam et Ulpia. 5. de adult. scribit, servos adulterii accusari posse, *l.* 5. *tit. prox.* et de servis adulteri accusatis quæstionem haberi posse postulante accusatore, *l. si postulaverit*, *in prin. ad l. Jul. de adult.* Quod Papin. scripsit *l.* 2. *de adult. l. ult. sup. de calumn. et.* idem Ulp. eod. lib. Non tamen ita servos adulterii accusatos quæstioni subjici aut torqueri oportere, ut inde moriatur, sed ita de iis quæstionem haberi oportere, ut salvi sint innocentiæ et absolutioni, vel supplicio, *l. quæstionis*, *de quæstion.* id est, ultimo supplicio, si nocentes inventi fuerint, crimen adulterii exasperatur in servos. Nam in liberos homines crimen adulterii ex l. Julia non fuit capitale. Qua in re differentia est inter liberos homines et servos. Neque iis, quæ diximus obstat *d.* §. *omnibus l. hos accusare*: quod dicat pœnam capitis non convenire servorum pœnis, quia non eam pœnam intelligit, quæ vitam adimit, vel quæ facit servum pœnæ; sed eam quæ adimit libertatem vel civitatem, quam cum nullam servus habeat, sane eam ponam sustinere non potest, verum ultimo supplicio plecti potest, atque etiam damnari in metallum, quo genere exit dominio domini, et fit servus pœnæ, *l.* 17. §. *ult. de quæstion. et l. aut damnum*, §. *ult. de pen. l.* 11. *C. eod. tit.* Et deportatio in servo, in *l.* 21. *C. Theodos. de heret.* est damnatio in metallum, deportatio in metallum, alioqui deportatio in insulam, qua puniri solent cives Romani, non cadit in servum, relegatio tamen cadit in servum, *l.* 2. *qui et a quib. manum. l.* 2 *C. de sepulc. viol. l.* 1. *C. Theod. de mulieri[b. q]uæ se prop. servis.* Et ita est ac[cipiendum] accipiendu[m] quod ait §. *omnib.* esse pœnam [ca]pitis aliqua[m] quæ servis convenit, sicut relegatio, exempli g[ratia] [...]ı, deportatio in insulam servis non convenit, [...]ut relegatio, quæ scilicet servis recte convenit. [...] enim ea verba accipienda sunt, ut in *d.* §. *o[mni]bus*, *ut in l pen. de usucap.* in contractu [e]mptionis et venditionis pro soluto, vel pro e[mp]tore non posse usucapere eum, qui non emit [s]icut in ceteris contractibus, in quibus, scilic[et] pro soluto potest usucapere et qui non contr[...]. Quum autem servus capitali crimine reus p[ostu]latur, Papinianus ostendit hoc loco, l. Jul. p[ub.] judiciorum, quæ generalis est, lege de omnib[us] pub. judiciis caveri, ut pro eo servo defensor [ad]mittatur non tantum dominus, sed et procurato[r d]omini, *ut l. servus, de publ. jud. l. Lucius*, [de] *appell.* et quilibet extraneus nomine domini, opinor, *argum. l. servi*, *de appell.* Qua in re [e]tiam differentia est inter servum et liberum ho[mi]nem, et quam Modestinum *lib.* 6. *differentia*. notasse conjecturam facit *l. si servum*, *sup. tit. prox.* quæ est ex eodem lib. Nam liber homo, qui præsens est, in crimine capitali per alium defendi non potest, *l. pen.* §. *ult. de public. judic.* Servus presens per dominum vel per alium nomine domini defendi potest, *l.* 19. *de pœnis.* Verum, qui defensionem ejus servi suscipit, lege Julia publicorum judiciorum satisdare jubetur judicio sisti servum, eumque sistere, cum usus exegerit, *l. si servum*, *sup. tit. prox. l.* 5. *C. de accusat.* Si ita non defendatur servus capitali crimine postulatus, in vincula publica conjici eadem l. jubetur, ut ex vinculis causam dicat. Qua in re alia etiam differentia existit inter liberum hominem et servum: Nam liber reus postulatus, non aliter jure civili in vincula publica conjicitur, ut ex vinculis, causam dicat, quam si confessus sit, *l.* 5. *hoc tit. l.* 4. *ad l. Jul. majes.* Cum vero servus, quem dominus, vel alius non defendit in vincula publica conjectus est, quæritur, si postea dominus offerat satisdationem judicio sisti servum, et defensionem, an audiatur, an possit servum vinculis liberare? Ratio dubitandi sumitur ex edicto quodam Domitiani, de quo et Paulus tractavit lib. singul: de adulter. *l. Domitianus*, *inf. ad Turpill.* quod autem eo edicto cavetur, sciendum est, quandoque ob res prospere gestas adversus hostes, et propagatos fines imperii, vel ob publicam gratulationem, vel in honorem Principis, ut in *l. sed et si per prætorem*, §. *si feriæ*, *sup. ex quib. caus. maj. l. abolitio*, *et l. seq. sup. ad Turpill.* extra ordinem populo indici ferias, justitium, claudi fora, et abolitio-

nem reorum fieri, et laxari vincula reis ex Senatusconsulto, non Turpilliano, ut hic Glossa annotavit, quod non fuit de feriis, vel abolitionibus reorum, sed de accusatorum prævaricationibus, vel tergiversationibus; non ergo ex Senatuscons. Turpil. nec ex ullo SC. pro re nata facto, *l. si interveniente*, *ad Senatus. Turpill.* quo publica hilaritas et quies indicitur, et rei carcere vinculisque solvuntur exuunturque reatu, non quidem in perpetuum, sed tantisper, dum feriæ finitæ sunt, dum publica lætitia finita sit, qua finita rei possunt repeti intra 300. dies utiles, a tempore finitarum feriarum numerando *l. haud privatum*, §. *ult. ad Turpill.* verum ex edicto Domitiani feriæ et abolitiones non pertinent ad servos nihilve allevant servos, qui rei postulati vinculis publicis continentur, quia et eos l. Jul. pub. judiciorum jubet esse in vinculis, donec de iis pronuntietur, donec judicium finiatur, ut est legendum in *d. l. Domitianus*. Abolitiones, publicæ feriæ, et hilaritates pertinent tantum ad liberos homines, quæ est quarta differentia hac in re inter servos et liberos homines. Et cum hoc loco, tum in *d. l. Domitianus*, lex ipsa est lex Jul. publicorum judiciorum, non ut glossa vult edictum Domitiani. Verum exemplo edicti Domitiani, ut servi non solvuntur vinculis ob publicam abolitionem, ita nec videntur esse solvendi vinculis ob feram et intempestivam dominorum defensionem et satisdationem, quam offerunt post vincula servorum. Hæc est ratio dubitandi, quæ vim maximam habet, si quod Domitianus edixit, licet porrigere ad hunc casum indistincte per interpretationem, quæ tamen perduta perque nimium severa est. Ideoque concludit, non temere quidem, sed ex justa causa post vincula servis injecta dominos defensionem et satisdationem offerentes admitti, ut servi dominis reddantur vinculis absoluti, eorumque dominus pergat eos defendere. Quid enim si absentia domini fuerit in causa ut non potuerit in tempore satisdationem offerre, antequam servo vincula imponerentur? quid etiam si ei præsenti obstiterit inopia, quo minus satisdationem impleret; vix enim reperiuntur qui pro inope velint fidejubere, §. *novissime*, *Instit. de susp. tut.* qui ita explicandus est, aliter quam vulgo: ait eum tutorem, qui tutelam per fraudem administrat, etiamsi satis offerat, nempe quia locuples est, et in facili est ei invenire fidejussores, qui caveant rem pupilli salvam fore, etiamsi dives sit, atque satis offerat, removendus est duplici ratione, quia satisdatio non mutat malevolum propositum tutoris, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Subjicitur altera ratio: suspectum enim tutorem eum esse putamus (sic est legendum, auctoribus omnibus lib. antiquis) qui moribus talis est, ut suspectus sit, quamvis locuples sit et assiduus, et fidejussores dare paratus: sicut e contrario, etiamsi sit pauper, modo sit fidelis et diligens, non est removendus quasi suspectus. Et huc pertinet etiam lex *si procuratorem* §. *si ignorantes*, *mand.* quæ ita explicanda est Conventi fidejussores per injuriam judicis condemnati sunt et solverunt, nec appellaverunt a sententia judicis, an possint actione mandati repetere quod solverunt? Sic videtur: nisi paupertas ei obstiterit, quominus appellarent: an vero paupertas te vetat appellare a sententia judicis? sic sane, quia non est facile pauperi invenire fidejussores, qui dandi sunt ab eo, qui appellat; non facile est pauperi implere satisdationem, quæ est implenda ab eo, qui appellat in pœnam certam, si non jure appellasse pronuntiatum fuerit, de qua satisdat. Paulus. 5. *Sentent. tit. de cautionib. et pœn. appellat.* Ergo si paupertas vel absentia domino obstiterit, quo minus servum defenderit impleta satisdatione, atque ideo servus fuerit conjectus in vincula publica, æquum est postea venientem dominum paratum satisdare et defendere admitti, servo vinculis absoluto: maxime, si non post longum temporis spatium veniat, sed non ita multo post vincula servi, quia nec videtur servum indefensum reliquisse, cui aut paupertas obstitit vel absentia, quo minus idonee defenderit. Et hæc est sententia Papin. ad quam hoc etiam addendum hoc loco, idem servari in privatis judiciis, quod dixit hactenus servari in publicis judiciis. quibus reus servus postulatur: idem servari in privatis judiciis, quæ ob noxam servorum intenduntur ex noxali actione, *l. 2.* §. *ult. si ex nox. caus. agat.* Et postremo in §. *ult. h. l.* proponitur Senatuscons. quo cavetur, reum postulatum de vi, exempli gratia, qui cavit judicio sisti, qui vadimonium promisit datis fidejussoribus, ut oportet, in diem certum, et postea eo die se judicio exhibuit paratum suscipere, et contestari litem, non posse alio crimine, puta de adulterio antea commisso accusari vel reum recipi eo ipso die et judicio, quod alii rei condictum est, quia non hujus criminis ergo, quod ei denuntiatum non erat in judicium venit, sed alterius criminis defendendi instructus venit, non illius. Et hoc quoque nominatim Papinian. scribit servari in privatis causis, ut scilicet, qui cavit judicio sisti in causa legatorum, exempli gratia, si stato condictoque die se judicio sistat, et mox conveniri non posse ex alia causa, veluti ex empti aut venditi causa, nisi res tempore peritura sit, id est, nisi dilatio sit peremptura actionem, quæ forte temporalis est: alioqui non

cogitur aliud judicium accipere, qui alterius judicii causa venit, nisi, ut diximus, ex hoc temporalis actio in periculum cadat, *l.* 1. §. *ult. de feriis.* Quo pertinet locus ille egregius Titi Livii 39. quum de Bacchanalibus scribit: *Tanta*, inquit, *fuga ex urbe facta erat, ut quia multis res et actiones peribant, tempore scilicet, cogerentur prætores per Senatum res in tertium diem proferre, donec quæstiones de Bacchanalibus a consulibus perficerentur.* Et eodem modo, ut Svetonius scribit, D. August. *ne quod negotium mora elaberetur*, id est, ne qua actio tempore periret, *triginta amplius dies, qui honorariis ludis occupabantur actui rerum sive causis audiendis accomodare.* Dixit in hoc §. hominibus sub fidejussore factis pro reis, satisdederant judicio sisti, ut servum sub custodia officii factum in *l.* 1. *Cod. ad Turpillian.* id est, servum officiali custodiendum datum, et servum apud verum dominum factum, *l.* 1. *Cod. de furt.* et in possessione factum aliquem, pro in possessionem missum, *l. si fideicommiss. ut in poss. legat.* in possessionem fieri, mitti in possessionem, ut Græci interpretes loquuntur in §. *quod autem, Institut. de usucapion.* Id valde confirmat *l.* 17. §. *quod autem, ad l. Jul. de adult.*

Ad L. VI. ad L. Jul. de Adult.

Inter liberas tantum personas adulterium stuprumque passas l. Jul. locum habet, quod autem ad servas pertinet et legis Aquiliæ actio facile tenebit et injuriarum quoque competit, nec erit deneganda prætoria quoque actio de servo corrupto, nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo. Lex stuprum et adulterium, promiscue et καταχρηστικώτερον *appellat, sed proprie adulterium in nuptiam committitur propter partum ex altero conceptum composito nomine, stuprum vero in virginem viduamve committitur, quod Græci* φθορὰν *appellant. Filiusfam. maritus ab eo, qui sui juris est in ea lege non separatur. Divus quoque Adrianus Rosciano Gemino rescripsit et invito patre filium hac lege reum facere posse, maritus etsi duos reos ex alio crimine habeat, poterit jure viri tertium accusare, quoniam ea causa non cadit in numerum ceterarum.*

Ad L. XX.

Patri datur jus occidendi adulterum cum filia, quam in potestate habet: itaque nemo alius ex parentibus idem faciet: sed nec filius familias pater.

Ad L. XXII. Eod. tit.

Nec in ea lege naturalis pater ab adoptivo separatur. In accusatione filiæ viduæ non habet pater jus præcipuum. Jus occidendi patri conceditur domi suæ, licet ibi filia non habet, vel in domo generi, sed domus et pro domicilio accipienda est, ut in lege Cornelia de injur. sed qui occidere potest adulterum, multo magis contumelia poterit jure afficere. Ideo autem patri, non marito mulierem et omnem adulterum permissum est occidere, quod plerumque pietas paterni nominis consilium pro liberis capit. Ceterum mariti calor et impetus facile decernentis fuit refraenandus.

Initio *h. l.* ostenditur l. Julia vindicari adulterium tantum vel stuprum, quod passæ sunt liberæ mulieres, non quod ancillæ sunt perpessæ: sed domino violatæ ancillæ competere civilem actionem ex l. Aquilia, si quis impuberem et immaturam virginem ancillam stuprarit, quasi, et corpori ejus quod plerunque fit, damnum dederit, quod et Paulus scripsit 1. *sentent. tit.* 13. vel etiam si quis maturam, et tempestivam viro ancillam alienam corruperit, competere domino actionem injuriarum, quasi sibi injuria facta, *l. si stuprum de injur.* vel etiam si quis suaserit ancillæ alienæ, et stuprum vel adulterium committeret, domino competere actionem prætoriam servi corrupti in duplum, quanti ob eam rem ancilla deterior facta est: non deest igitur civilis actio, qua dominus ulciscatur adulterium vel stuprum illatum ancillæ suæ. Et quod notandum non omnes hæ actiones tres l. Aquiliæ, injuriarum, servi corrupti simul, ex uno facto descendunt vel competunt, sed ut distinxi ex suo quæque facto, imo et adhuc ultra has actiones domino datur extra ordinem criminale judicium, maxime ob deintegratam ancillam, quæ integra erat a viro *l. ult. de offic. præsid.* Et hoc est, quod ait Papin. hoc loco, propter plures actiones civiles, quæ domino competunt vitiata ancilla sua in ejusmodi crimine reo non esse parcendum, id est, non esse remittendam coercitionem extraordinariam. Civiles actiones non perimunt criminalem coercitionem, dico extraordinariam, quoniam ex l. Jul. domino publica accusatio non competit vel alii contubernali conservo quoque, id est, marito ancillæ, cui ancilla conjuncta est, nullam invenio actionem civilem, vel accusationem dari, sed domino tantum, et interdum extraordinariam accusationem. Vindicatur quidem lege Julia adul-

terium etiam in uxore vulgari, id est, prostituta in vulgarem libidinem, in qua si vidua esset, stuprum impune committeretur, *l.* 22 *C. eodem tit.* Vindicatur etiam adulterium in uxore injusta, quam quis in matrimonio habet, ut si civis Romanus peregrinam uxorem duxerit, justa id quod Papinian. 15. *resp.* apud L. Rufinum civem, sine connubio peregrinam in matrimonio habere, *i. e.* injustas esse nuptias, injustam uxorem. Potest esse matrimonium sine nuptiis, hoc est, sine connubio. Ex quo intelligitur quid intersit inter nuptias et matrimonium. Imo vindicatur etiam adulterium in concubinam, quia legitimam uxorem imitatur, ut Julian. ait *Nov.* 28. Et ideo viceconjux in antiquis inscriptionibus appellatur: nullus utitur hodie concubinis. Nam in jure concubina est quasi uxor: concubinatus est quasi conjunctio legitima. Quia igitur concubina uxorem legitimam imitatur, etiam in ea adulterium vindicatur: sed neque in ea, neque in uxore vulgari, neque in uxore injusta vindicatur jure mariti a marito scilicet, sed jure extranei: vir eam accusat non jure mariti, quod jus privilegiarium est, sed jure extranei, ut quilibet de populo: at in contubernali, id est, quasi uxore servi, adulterium a servo non vindicatur, *l.* 23. et 24. *C. eod. tit.*

Sequitur in hac *l.* §. 1. l. Julianum promiscuæ et indifferenter uti adulterii et stupri nominibus, et καταχρηστικώτερον, per abusionem, ut eo capite, quo plectitur, qui adulterii damnatam uxorem duxerit; quo continetur etiam stupri damnati, et adulterii nomen utrumque vitium significat, *l.* 2. §. *quod ait*, *h. t.* et eo capite, quo plectitur qui pro comperto stupro, id est, adulterio pretium acceperit, *l.* 29. §. *testibus*, *h. t.* et eodem exemplo in l. 7. et l. 11. §. 1. adulterii accusari, adulterii pœna teneri, id est, stupri. Et similiter *l.* 22. *C. eodem tit.* in muliere stupro cognita adulterii nomen dicit, et infra quoque stuprum ponit pro adulterio, in *l.* 2. §. *pen. h. t.* illo loco: *sine ullius stupri probatione*, id est, *adulterii*. Proprie autem adulterium, ut ait, committitur in nuptam, nomine tracto ex eo, quod (quam originem tradit solus Papin.) ex altero quam ex legitimo marito partus concipiatur, quasi adulterium sit conceptio partus ex altero. Stuprum autem committitur in virginem, aut viduam, quod inquit, Græci φθορὰν vocant. Philostratus vocavit αἰτίαν τῆς ζώνης, crimen zonæ. Stuprum autem quidam dici putant ab stupeo, id est, miror, juxta id quod Cæcilius ait apud Nonium, *nomen virginis nisi mirum est deintegravit.* Stuprum igitur quasi mirum quoddam: ut monstrum a moneo, probrum a prohibeo *l. probrum*, *de verb. signific.* furtum natura esse probrum in definitione furti, *l.* 1. *de furt.* furtum jure naturali prohibitum esse.

Sequitur in hac lege Julia non separari filiumfam. maritum a patrefamilias. Utrumque adulterum, vel adulteram jure mariti accusare posse, et filiumfamil. etiam invito patre, quia vindictam proprii, et maxime doloris exequitur, *l. filium, h. t.* Invito patre ex constitutione Adriani, ut ait hoc loco. Constitutione opus fuit, quia jure non potuit invito patre, sicut nec agere hodie injuriarum invito patre, *l. sed si unius*, §. *filiofam. de injur.* quamvis ea actio sit, dicaturque proprii doloris actio a Valent. *Novell. de libert. et eorum successionib.* et a Tull. pro Cæcinna. Non tamen potest filiusfamil. agere injuriarum, et exequi injuriarum, et exequi injuriam, sibi illiatam invito patre, quia deficit constitutio, quæ etiam filiofamil. permiserit cujuscunque injuriæ actionem invito patre. Item quia l. Jul. non separat patremfam. maritum a filiofam. ideo dicimus utrumque deprehensum domi suæ adulterum sine fraude occidere posse, deprehensum in re ipsa, modo ejus conditionis sit, ut occidi possit: nam marito non omnem adulterum occidere licet, quem deprehendit in actu ipso, sed infamem tantum, vel servum, vel libertum suum, vel uxoris, vel parentum, aut liberorum eorum, *l.* 24. §. *h. t.* Ait enim, eum quem occidere licet, non patrifam. tantum, sed et filiofam. occidere licet. At in patre, qui deprehendit filiam in adulterio, quantum ad verba l. Juliæ attinet, videtur esse aliqua diferentia. Nam patrifamilias datur jus occidendi adulterum et filiam, quos deprehendit, quam modo habeat in potestate, non filiam emancipatam, sive sit pater naturalis sive adoptivus. Quod tamen quantum ad verba l. Jul. attinet, non datur patri filiofam. *l.* 20. *et* 22. *h. t.* quia filiam non habet in potestate, imo nec potest habere, qui suæ potestatis non est, qui est filiusfam. *l.* 21. *h. t.* Seneca 3. declam. *non potest quisque alium in manum suam reci pere, qui ipse in alia manu est.* Qua ratione Seneca efficit filiumfam. adoptare non posse. Verum Paulus 2. *Sentent.* scribit, etiamsi hoc non ferant verba l. Juliæ, idem tamen esse permittendum patri filiofam. ut adulterum cum filia deprehensum, id est, utrumque interficiat. Quod postremo additur in hac lege pertinet ad id quod cavetur l. Jul. publicorum jud. ne eodem tempore quis de tribus reis diversis publ. judiciis queratur nec tres accuset ex diversis criminibus publicis simul eodem tempore, nisi suarum injuriarum causa. Sic est legendum, *de tribus reis*, non de duobus in *l. hos accusare*, §. *lege*, *de accusat.* quod ostendi, et probavi, et confirmat omnino *l. cum rationibus*, *C. qui*

accus. non poss. Proximus est delatori sive *tribal-lo*, sic appellatur sycophanta qui plures quam duos eodem tempore delatos habet, diversis judicis publicis *ut l. 7. sup. de accusat.* Tertium ei deferre non licet, nisi suam, vel suorum injuriam persequatur, ut ostendit hoc loco, *si jure viri maritus adulterii tertium accuset*: hæc injuriarum persequutio in numerum accusationum non computatur, *jure viri*, dixit, *ut l. si uxor.* §. *si quis uxorem, h. t. l. 16. eodem.*, quod frequentius est jure mariti, quod jus præcipuum est. Præfertur enim maritus intra 60. dies utiles a die divortii omnibus aliis, qui ad accusationem ejusdem adulterii veniunt, etiam patri mulieris adulteræ, *l. 2.* §. *ult. h. t.* quod et privilegium dicitur in *l. 2.* §. *sexaginta*, *h. t.* Et quod dicuntur pater et maritus jus æquale habere in accusatione adulterii in *l. 15. h. t.* verum est, quo ad extraneos, nam et pater adversus extraneos in accusatione adulterii jus præcipuum habet, *l. 4.* §. 1. *l. 14.* §. *ultim. hoc tit.* Inter se vero pater et maritus jus æquale non habent, quia pater postponitur marito.

Et his addamus, quod est in *l. 22.* nam 20. jam explicata est. Jam exposuimus in accusatione viduæ filiæ non habere patrem jus præcipuum: adulterii accusari potest vidua commissi in matrimonio scilicet, veluti post divortium, aut post mortem mariti, *l. 5. et 11. l. 2.* §. *defuncto*, *h. t.* in accusatione viduæ pater non præfertur extraneo, si judici adulterii extraneus justior accusator videatur, cum agetur de accusatore constituendo, quod judicium *divinatio* dicitur. Hæc est sententia hujus loci in *l. 22.* §. si modo ita legatur, *in accusatione*, vel, *in accusationem* (quoniam tota l. est de adulterio.) Verum an ita recte legatur subsisto et multis validis rationibus moveor ut existimem, non recte legi *in accusatione*, vel *accusationem*. Primum quia in accusatione nuptæ filiæ non magis, quam viduæ pater collatus cum marito jus præcipuum habet, id est, sive agatur de accusanda nupta, sive vidua, pater collatus cum marito jus præcipuum non habet: postponitur enim marito. Confertur tota hac lege pater cum marito non cum extraneo, et collatum quoque cum extraneo patrem, falsum est in viduæ filiæ accusatione non habere jus præcipuum: alioqui pater nunquam haberet jus præcipuum in accusatione filiæ, quia non nisi viduam accusare potest: non potest accusare nuptam, nec ipse nec alius, quamdiu matrimonium manet, *l. constante*, *h. t.* quia probatam a viro et quiescens matrimonium alius turbare et inquietare non debet, quæ ratio habet locum in patre, *l. 1.* §. *ultim. de lib. exhib.* Bene concordantia matrimonia, inquit, non esse turbanda jure patriæ potestatis: apud Nonium Afranius, *optimas bene convenientes, et concordes nuptias repente viduas faciat pater.* Hoc non potest facere, non potest etiam pater, vel avus accusare nuptam primo marito, in quem peccasse dicitur: ita nec eandem divortio facto potest accusare, si secundo marito sit nupta ante denuntiationem adulterii commissi in priore matrimonio: nec nuptam igitur secundo viro accusari posse, nisi prius condemnatus sit adulter, *l. 2. et 5. h. t.* Propterea ut hoc loco legum, *in occasione viduæ filiæ*, non, *in accusatione*, suadent omnia præcedentia, omnia sequentia, quæ sunt de jure occidendæ filiæ deprehensæ cum adultero, quod jus pater solus præcipuum habet; nec enim marito ullo modo deprehensam in adulterio uxorem interficere licet per l. Jul. imo nec adulterum generaliter, nisi domi suæ deprehensum: non deprehensum etiam in domo soceri, *l. 14. h. t.* Pater autem quemlibet adulterum cum filia, quam habet in potestate uno impetu ambos occidere potest, et non tantum domi suæ, sed etiam domi generi deprehensos. Quo cap. monet Pap. hic domum accipi pro qualibet habitatione, sive domicilio: alias domus nomine proprietas significatur, *l. lege Cor.* §. *domum*, *de injur.* Quam differentiam Plautus servat in milite glorioso, *ostium*, inquit, *hoc mihi est domicilium, Athenis domus.* At in occisione viduæ filiæ deprehensæ in adulterio sive stupro, pater nullum jus præcipuum, aut singulare habet. Et ita quoque Græci interpretes Basil. hoc loco legunt *in occasione*, non *in accusatione*: reddita hac ratione, quia in viduam stuprum committitur, non adulterium: lex Jul. ferrum dedit patri, adulterii tamen ulciscendi causa, non stupri. Denique jus præcipuum interpretantur jus occidendi et adulteram filiamfam. Igitur non caret mendo quod ex Paulo refertur apud L. Rufinum, ita Marcellum scripsisse in vidua, *si adulterum deprehensum pater occiderit: et filiam incontinenti, licito jure hoc factum*, legendum enim est, *illicito jure.* Nam cum ante dixisset nuptam filiam et adulterum deprehensos patrem occidere posse, et subjiciat statim, *in vidua autem*, etc. sane diversum jus in vidua statuit, quia dixit *autem* non *item*; quod et naturali rationi conveniens est, ut facile quidem detur ferrum patri in nuptam, quæ genialem lectum polluit, et injuriam marito fecit. Ratio differentiæ inter patrem et maritum hæc est. Cur in occidenda filia jus præcipuum habeat pater, non maritus? quia si per legem Jul. liceret marito uxorem occidere deprehensam, si omnem adulterum deprehensum, sane nemini parceret unquam: magnos enim æstus patitur, qui veterem matrimonii consuetudinem, qui pudorem cubilis, qui spem liberorum expugnatam esse videt: *magnus furor est*, ut quidam ait in tragædia: *ira-*

tus amor. Et similiter *l.* 29. §. *Imperatores, hoc tit.* difficillimum esse justum dolorem temperare: patri autem, qui non tanto furore concitatur, lex non aliter permittit adulterum occidere, quam si et filiam occiderit incontinenti, et quasi uno ictu, uno veru, quia lex vix aut peraro eventurum arbitrata est, ut pater occidendæ filiæ tristissimum ministerium obierit: et libidinosæ mulieres verentur hodie magis maritum, imo fratrem, quam patrem: plerumque enim patris pietas consilium pro liberis capit et parcit adultero, ut parcat filiæ. Ceterum mariti calor et impetus facile non decernentis fuit refrænandus. Qua ratione etiam D. Marcus apud Lampridium, nolens in rebelles agi severius: *non placere sibi*, inquit, *in Imperatore vindictam sui doloris, quæ etsi justor fuit, semper acrior videtur* Neque est omittendum argumentum a minore ad majus quo utitur Papinianus in *l.* 22. si patri, inquit, licet adulterum una cum filia occidere, quos deprehendit in ipsa turpitudine, et multo magis licet ei adulterum contumelia afficere, veluti exsecto viro, rescissisque naribus, cruribus, ceterisque similibus.

JACOBI CUJACII J. C.

COMMENTARIUS

IN LIB. II. ÆMILII PAPINIANI.

De Adulteriis.

Ad L. IX. de Calumniatoribus.

De servo, qui accusatur, si postuletur, quæstio habetur quo absoluto in duplum pretium accusator domino damnatur, sed et citra pretii æstimationem, quæritur de calumnia ejus: separatum est etenim calumniæ crimen a damno, quod in servo propter quæstionem domino datum est.

Ad L. VI. de Quæst.

Patre vel marito de adulterio agente et postulantibus, de servis rei ut quæstio habeatur, si vere causa perorata testibus prolatis, absolutio sequuta fuerit, mancipiorum quæ mortua sunt, æstimatio habetur. Sequuta vero damnatione, quæ supersunt, publicantur.

§. 1. *Cum de falso testamento quæritur, hæreditarii servi possunt torqueri.*

Ad L. VIII. de Divort.

Divus Adrianus eum, qui alienam uxorem ex itinere domum suam duxisset, et inde marito ejus repudium misisset, in triennium relegavit.

PERTINET L. IX. ad illud caput l. Juliæ, quod *l.* 27. §. *ult. ad l. Jul. de adult.* significat fuisse nonum caput, quo cavetur postulante eo, qui servum accusat adulterii, de eodem servo quæstionem haberi posse, sive ipse accusator voluerit inter esse quæstioni, sive noluerit, ut eodem capite expressum est: cujus verba proponuntur initio *d. legis* 27. nam et accusator interesse potest quæstioni rei, sicut et quæstioni servorum rei parentumve ejus interesse potest, tam reus ipse, quam accusator: et interrogationes fiunt per patronos, *d. l.* 27. §. *quæstione.* Judices autem, qui l. Julia quærunt de adulterio, quod servus fecisse dicitur, servum accusatum imprimis æstimare debent, quanti sit ut eadem lex præcipit, et servo absoluto tantam pecuniam, quanti servum æstimarunt, et alterum tantum, id est, duplum, accusatorem præstare jubere debent, et præstare ei, ad quem ea res pertinet, puta, domino aut bonæ fidei possessori aut creditori, cui is servus pignoratus est, quia et creditoris interfuit, de servo temere quæstionem non haberi, *d. l.* 27. §. 1. Et hoc quidem genere pœnæ, calumnia accusatoris coercetur civiliter, ut *l. dominus, C. eod. tit. de calumniatoribus*. Ac præter hanc civilem coercitionem in duplum pretium duplamve æstimationem servi, qua sarcitur damnum in quæstione defuncti servi, vel facti deterioris, etiam criminaliter lege Remmia coercetur calumnia accusatoris. Deinque coercetur civili et criminali judicio: nam ut ait hoc loco, separata est criminis causa a causa civili damni domino illati, quæ causa civilis est: hæc respicit utilitatem privati hominis, illa criminalis, vigorem publicæ disciplinæ, *l.* 9. §. *quod illicitæ, de puplica.* Igitur hoc loco, *citra pretii æstimationem*, id est, ultra, ut apud Cicer. in oratione ad Brutum: *natura*, inquit, *in omni verbo posuit acutam vocem nec una plus, nec a postrema syllaba citra tertiam.* Ergo, ut ait Papinianus, citra æstimationem dupli pretii, id est, ultra, etiam in accusatorem absoluto servo criminalis accusatio competit: et ità cum actione in factum civili, quæ proprie in hoc titulo proponitur in eum qui pecuniæ causa per calumniam negotium alii fecit, vel non fecit, civili aut criminali judicio, quæ actio est intra annum in quadruplum, post annum in simplum, cum ea, inquam, actione de calumniatoribus, quæ est civilis, concurrit etiam criminale judicium, quia non est utriusque eadem causa, *l. penult. h. t.* Et notandum hic est, maxime interesse, an de servo adulterii accusatio quæstio habeatur, qua de re agimus præcipue, an de servis accusatis, qui torquentur contra dominum, aut spe-

cialiter receptum est in crimine adulterii. Regulariter servi non torquentur in dominum. Priori enim casu, quum servus accusatus est adulterii, et quæstioni tormentorum subjectus, absoluto servo accusator in duplum domino damnatur. Posteriori casu, quum torti sunt servi ejus, qui accusatus est adulterii, absoluto reo accusator domino damnatur civiliter in simplum tantum, id est, quantæ pecuniæ servi ante quæstionem fuerint, quantæ pecuniæ in his damnum datum fuerit, factumve sit, *d. l.* 27. *in fin. l.* 3. *C. eod.* et utrumque, id est, duplum vel simplum in suo casu petitur condictione ex *l. Jul. de adult.* non alia actione, *l.* 28. *sup. eod. tit.* Ad priorem casum pertinet ut dixi nonum caput l. Juliæ, de quo in *d. l.* 27. *a principio usque ad* §. *haberi.* Ad posteriorem casum pertinet 10. caput l. Jul. de quo agitur a §. *haberi usque ad* §. *ult.* qui §. ult. utrique capiti communis est, quod glossæ in *l.* 17. nesciunt discernere. Huic vero legi conjungenda est *l.* 6. *de quæstion. ex eod. lib.* quæ tamen pertinet tantum ad 10. caput l. Jul. non ad nonum, et ait, *de servis rei postulati adulterii quæstionem haberi contra dominum, patre vel marito accusante.* Hoc est certissimum ex cap. 10. an et extraneo accusante, non quidem ex l. Julia, sed ex constitutione, ut ex *l.* 17. *hoc tit.* Quod et Papinianus scripsit *lib. sing. de adult.* apud L. Rufinum reddita hac ratione, quia non facile adulterium potest admitti sine ministerio et conciliatura servorum. Quæ ratio est tantum probabilis, non necessaria, ut sunt pleræque rationes Jureconsul. quod pauci animadverterunt, aut noluut animadverteret: quia ubi de jure constabat, non erant admodum solliciti rationis constituti et recepti juris: contenti erant probabili. Et ejusmodi est ratio in Institutionibus, quæ vexat plurimos in *tit. de fiduc. tut.* Et hanc rationem, quod tale delictum vix possit admitti sine ministerio servorum, esse probabilem, ex eo apparet, quod alioqui et in aliis criminibus, quorum minister domino servus fuisset, posset torqueri adversus dominum, quod tamen falsum est, *d. l.* 17. §. *ult.* Ait autem Papinianus hoc loco sequuta absolutione rei, causa vere perorata, id est, non perfunctorie, non lusorie, non dicis causa, æstimationem servorum, qui in quæstione mortui, vel facti sunt deteriores, domino eorum deberi, in simplum scilicet: et hoc loco, pro æstimato habetur malo, æstimatio debetur, ut est scriptum in *l.* 28. *ad Jul. de adulter.* Sequuta autem damnatione rei, veluti relegatione in insulam, quæ legitima et frequentior fuit pœna adulterii, ex l. Julia, servi ejus qui damnatus est, qui in quæstione defuncti non sunt, publicantur ex l. Julia: cujus rei ratio redditur in *d. l.* 27. §. *jubet*, quia si servi redirent in potestatem rei, obdurarent in quæstione, nec efferrent unquam, vel hiscerent quicquam adversus dominum. Idcirco ut intrepide verum dicant post quæstionem et domini damnationem, dominum mutant, et fiunt servi publici, servi civitatis. Huic vero casui, quo scilicet jure singulari in crimine adulterii servi torquentur adversus dominum, Papin. addit alium casum in hac *l.* 6. sicut et in *l.* 17. §. 1. *hoc tit.* de quo ibi accuratius disserui: et satis in responsis, in quo etiam casu servi quodammodo adversus dominum torqueri videntur, ut in quæstione falsi testamenti, quod fecisse dicitur dominus servi quum de ejus successione agitur, servi hæreditarii torquentur. Sequitur in *l.* 8. *de divortiis*, exemplum non jure, imo perquam injuriose facti divortii. Quidam uxorem alienam, non habentem animum a marito suo divertendi quum ei ea nudier occurrisset in itinere, perduxit in domum suam, et mox id egit, ut e domo sua priori marito mitteret libellum divortii, et sibi eam retinuit in matrimonio. Res gesta est exemplo et more malo, atque incivili, et quasi raptus speciem habet. Ideoque in hac *l* 8. recte, ut Papinian. refert eum hominem D. Adrianus relegavit in triennium: audaciam hominis mulctavit relegatione triennii: id tamen olim plerisque Imperatoribus excidit, et regibus etiam nostra memoria in Anglia, ut et ipso die nuptiarum abducerent novam nuptam, et sibi haberent uxorem.

Ad L. VIII. de Adulteriis.

Qui domum suam, ut struprum adulteriumve cum aliena matrefamilias, vel cum masculo fieret, sciens præbuerit, vel quæstum ex adulterio uxoris suæ fecerit; cujuscunque sit conditionis quasi adulter punitur.

§. *Appellatione domus habitationem quoque significari palam est.*

Ad L. X. de Adult.

Mater autem familias significatur non tantum nupta, sed etiam vidua.

§. 1. *Mulieres quoque hoc capite legis, quod domum præberunt, vel pro comperto stupro aliquid acceperunt, tenentur.*

§. 2. *Mulier, quæ evitandæ pœnæ adulterii gratia, lenocinium fecerit, aut operas suas in scenam locavit, adulterii accusari damnarique ex S. C. potest.*

Sequitur demum *l.* 8. *et.* 10. *ad l. Jul. de adult.* in eis legibus proponitur aliud caput *l. Jul. de adult.* quo cavetur, lenonem quoque, quasi adulterum puniri eadem pœna, qui sciens dolo malo

domum suam præbuit, ut stuprum vel adulterium in ea committeretur cum aliena matrefamil. ubi Papin. demonstrat, matrisfam. nomine contineri non tantum nuptam, sed etiam viduam, quia de adulterio et stupro lex loquitur nominatim. Et domum quoque interpretatur Papin. legem Juliam accipere pro qualibet habitatione, quomodo etiam domum accipi in cap. 2. l. Jul. quod fuit de jure præcipuo, quod pater habet occidendi adulterum, et filiam, deprehensos domi suæ, vel domi generi, ubi etiam domus accipitur pro qualibet habitatione, etiamsi non sit propria habitantis. *l.* 22. *hoc tit.* Ac præterea eodem cap. l. Jul eadem pœna plectitur qui quæstum fecit ex adulterio uxoris suæ, vel qui pro comperto adulterio pretium accepit, ut liberaret deprehensum: sive maritus sit, sive alius, et cujuscumque conditionis et dignitatis sit, immo et cujuscumque sexus sit: nam in l. Jul. *qui* sic accipitur, *quæve*, ut in *l.* 1. §. 1. *de constit. pecun.* Ergo et mulier, quæ domum præbuit, et quæ pro comperto stupro pretium accepit, tenetur. His additur in §. *ult. l.* 10. Senatusconsultum, quod pertinet ad l. Jul. quia pœna l. Jul. infames fœminæ non tenentur, ut quæ lenocinium fecerunt, aut faciunt, quæ ex edicto Prætoris notantur infamia: vel quæ operas suas in scena locaverunt artis ludicræ, et saltandi cantandive causa: vel quæ palam corpore quæstum quæsiverunt. Sed si ultro consulta opera, in fraudem l. Jul: ad evitandam pœnam adulterii, quæ erant matresfamil. lenocinium facere cœperint, aut in scenam prodire mercede conductæ, hoc casu ex Senatusconsulto adulterii accusari et damnari possunt, facto scilicet Tiberii temporibus, nam et Cornelius Tacit. scribit 2. annal sub Tiberio gravibus decretis coercitam fuisse libidinem fœminarum, et cautum, ne corpore quæstum facerent, quibus aut pater, aut maritus eques Romanus esset: atque ita ne hoc genere professo turpitudinis evitarent pœnam l. Jul. adulterio impositam: et Svet. in Tiberio, *fœminæ*, inquit, *famosæ ad evitandas legum pœnas, jure ac dignitate matronali, ut exolverentur, lenocinium profiteri cœperant, eas omnes ne refugium in tali fraude cuiquam esset, exilio affecit.* Et hujus Senatusconsulti pars est in *l.* 14. §. 1. *hoc tit.* dum ait, ex Senatusconsulto de ea re facto, si vir infamandæ uxoris suæ causa adulterum subjecerit, ut ipse deprehenderet, atque ita infamaret mulierem, et virum, et mulierem adulterii crimine teneri: alias l. Jul. ut dixi, infames fœminas, etiam si nuptæ essent similibus personis, crimine adulterii accusari vel damnari non posse, quasi indignas censura ejusmodi, quæ matrumfamil. honestatem, et nomen amiserunt propter infamiam. Neque cum his pugnat *lex si uxor*, §. *sed et in ea*, *h. t.* quæ ait, etiam in vulgari uxore adulterium vindicari; quia non loquitur de infami muliere: non omnis mulier vulgaris, id est, quæ prostituit se in vulgarem libidinem est infamis. Loquitur ille §. cum uxorem vulgarem dicit, de ea quæ libidinis causa vulgo se præbet multis, contempto honore matrimonii, contempta religione matrimonii, quæ infamis non est, antequam deprehensa sit, vel judicio publico damnata, quæ propalam propudiosa est, et alit corpus corpore, etiamsi damnata nondum sit, quæ licentiam stupri professa est apud Ædiles more prisco, ut Cornel. Tacit. ait eod. loco, ipso jure infamis est, *l.* 3. §. *lege*, *de testibus*, *l. palam*, *de rit. nupt. solaque*: ut ait Ovidius, *famosam culpa professa facit.* Et hæc proprie meretrix dicitur, quod mereatur capturam, non etiam illa, quæ sine pretio facilis et prona ad libidinem est nec dum deprehensa vel damnata, quæ nec matrisfam. nomen amittit. Et perperam Glossa hoc loco metu *d. l. si uxor*, *adulterii*, interpretatur *stupri*, quum sit proprie accipiendum adulterium: non ergo adulterii dicendum, id est, stupri.

Ad L. VIII. et X. ad Senatusc. Turpill.

Abolitio aut publice fit ob diem insignem aut publicam gratulationem, aut privatim actore postulante: tertio genere fit ex lege abolitio, accusatore mortuo, vel ex justa causa impedito, quo minus accusare possit, abolitione autem facta non retractabitur in judicio repetendo de mariti jure: triginta dies repetendi rei Divus Trajanus utiles esse interpretatus est, ex die scilicet quo feriæ finitæ sunt. Et Senatus censuit eos dies cedere quibus quisque reum suum repetere possit. Hoc autem repetendi rei tempus non aliter cedit, quam si accusator quoque potuit adire.

Certum est, in pœnam S. C. Turpil. incidere eum, qui aliter, quam abolitione facta desistit ab accusatione adulterii, *l.* 1. §. *accusationem*, *h. t.* quia prodidit l. Juliam: et puniri quasi tergiversatorem, vel quasi calumniatorem, nisi si ut in specie *l.* 11. *inf. h. t.* post rei postulationem præscriptione legitimi temporis exclusus, causam adulterii perferre non potuerit. Quam sententiam Papin *l.* 11. glossæ non assequuntur. Reus postulatur, priusquam causa perferatur, postulatur reus, cum sive in judicio, sive extra judicium postulatur inter reos recipi, *l. vim*, §. *in matrimonio*, *ad l. Jul. de adult.* Et hoc quidem postulatur vel dato judici libello accusationis, vel querela apud acta deposita, *l.* 8. *C. de accusat.* Postea vero causa perfertur lite contestata, lite et cognitione suscepta,

et mox eo, cujus nomen delatum est, recepto inter reos: nunc post rei postulationem, si accusator, quo minus causam adulterii perferat, impediatur objecta præscriptione temporis, quod tardius venerit ad accusationem, vel præscriptione sex mensium utilium, vel præscriptione 60. dierum utilium, vel præscriptione quinquennii continui, quæ præscriptiones leg. Julia comparatæ sunt adversus accusationem adulterii, atque ita submotus præscriptione, si destiterit, sane non incidit in pœnam S C. Turpill. vel l. Petroniæ, quæ ead. de re fuit, et calumnia ejus non punitur, ut ait l. 11. ejus calumniam non puniri lege Remmia scilicet: nam alias, qui desistit ab accusatione adulterii sine abolitione, non tantum incidit in pœnam S. C. Turpill. et l. Petroniæ, sed etiam ut calumniator l. Remmia puniri potest, ut hæc l. 11. ostendit, et Plinius 6. *epist.* dum refert Imperatorem denuntiasse, se de calumnia accusatoris cogniturum, nisi causam peregerit et pertulerit. At excusatur is, qui objecta sibi præscriptione temporis a causa adulterii perferenda submotus est. Et ita est accipienda l. 11. Alias, qui sine abolitione desistit ab accusatione adulterii, puniri potest, vel ut tergiversator S. C. Turpill. et l. Petronia, vel ut calumniator l. Remmia, non tantum, si causam adulterii perlatam deserat post litem contestatam, sed etiam si ante litem contest. desistat post dationem libelli accusatorii, et delationem et postulationem rei, *l. pen. h. t. l.* 7. *C. qui accus. non poss.* Ac præterea ex ead. lege, damnato l. Petronia vel l. Remmia, jus accusandi non superest, *l.* 2. §. 1. *l.* 40. *in fin. sup. ad l. Jul. de adult. l. abolitionem; C. eod. tit.* Qua de causa propter hæc omnia, scilicet quæ retuli *lib. de adult.* Papin. proposuit tria genera abolitionum, quorum nullo fretus accusator, si deseruerit institutam accusationem, incidit in pœnam S. C. Turpill. et l. Petroniæ, vel l. Remmiæ. Alia est abolitio publica et indulgentia generalis, quæ fit ex S. C. pro re nata facto, ut in *ll.* 12. *hoc tit. l.* 2. *sup. de cust. reor.* ob. diem aliquem insignem, inquit l. 8. forte die natali, sive conditæ urbis, vel memoria victoriæ præclaræ cujusdam, quæ celebrari solebat quotannis certo die, ea re insignito, vel ob publicam gratulationem factam in honorem Principis forte principe aucto liberis, ut in *l.* 1. *Cod. Theod. de indulg. crimin.* Costantino aucto Crispo et Helena conceditur generalis abolitio et criminum indulgentia, vel etiam ob rem prospere gestam adversus hostes, extra ordinem indictis feriis, indicta publica lætitia, et carcere vinculisque absolutis reis minorum criminum: nam majorum non solvuntur ob publicam hilaritatem, vel abolitionem. Alia est abolitio privata, quæ conceditur postulanti accusatori a magistratu, apud quem agit, et nihil aliud est, quam venia omissæ accusationis, inconsulto, temere susceptæ: et dari solet a magistratu redditis causis, cur eam omittere velit, causa cognita pro tribunali utraque parte præsente, nec magistratus hanc cognitionem alii mandare potest, *l.* 1. §. *abolitio, hoc tit.* Quia specialiter ei S. C. data est, *l.* 15. *in fin. de jure fisci*, quod magistratui lex vel Senatus dat specialiter, id non potest alii mandare: quoniam jure suo ei non competit, sed jure legis. Reddendas esse causas abolendæ accusationis etiam Plinius indicat 7. epist. et lib. 6. *Bithyni*, inquit, *accusationem Varenii et temere inchoatam omisisse narrantur, legatus causas abolitæ accusationis exposuit:* et lib. 6. *a parte*, inquit, *hæredum intraverunt duo, omnino postulaverunt, ut omnes hæredes agere cogerentur, aut sibi quoque desistere permitteretur. Cæsar ex consilii sententia jussit denuntiari hæredibus, ut aut agerent, aut singuli approbarent causas non agendi, alioqui se de eorum calumnia pronuntiaturum.* Tertium genus abolitionis fit ex l. Julia de vi, puta accusatore mortuo, vel ex justa causa impedito, quo minus causam perferre possit, forte ratione civilium officiorum, ut in *l.* 15. §. *pen. hoc tit.* et ob eam rem abolito nomine rei, ut *l.* 3. §. *ult. sup. de accus.* Et ut breviter perstringam differentiam, quæ est inter ea genera abolitionum: Prima fit ex S. C. vel placito Principis. Secunda fit ex decreto judicis. Tertia fit ex l. Jul. Rursus, prima fit nemine postulante ob publicam lætitiam, quam indicit Senatus vel princeps, secunda fit postulante accusatore, tertia postulante reo. Aut cujuscunque generis sit abolitio, post eam idem reus repeti potest, id est, iterato potest reus fieri. Nam publica abolitio primum, quæ fit ex S. C. vel placito Principis, suspendit et differt crimen, non etiam solvit: nam ut ostendit *l.* 10. ex die, quo feriæ finitæ sut intra 30. dies, ab alio vel ab eodem reus repeti potest, non post 30. dies, ut et Paul. scripsit 5. *Sent. tit. de abolit.* eos dies 30. ut ait l. 10. Trajanus Imperator interpretatus est esse utiles et judiciarios dies, non continuos dies, id est, ut Senatus censuit, in numerum dierum 30. eos tantum dies cedere, quibus accusator non impeditur judicem adire, et quibus reus iterato accusari potest, id est, quibus reus secum agendi potestatem facit. Qua ratione in *l.* 15. §. *ult. h. t.* dicitur, quod si post abolitionem antequam reus repeteretur intra dies 30. utiles, alia abolitio supervenerit, dies 30. computantur, non ex superiore, sed ex posteriore abolitione, quia utiles sunt dies, et non continui. Et hoc de publica abolitione. Ac similiter abolitione facta ex l. Jul. reus repeti potest ab alio intra 30. dies utiles,

d. l. 3. §. ult. de accusat. Idemque erit concessa privata abolitione: nam et reus repeti poterit, et id quidem quandoque vel ab alio, et permissu principis etiam ab eodem, ut in *l. 1. C. de abolit.* quod inferius latius explicabitur. Verum ex iis prius generaliter constituamus, hujusmodi abolitiones esse temporarias non perpetuas, et crimen suspendere non perimere, crimen diluere non absolvere. Et ita Svet. refert, D. Augustum diuturnorum reorum (et ex quorum sordibus nihil aliud quam voluptas inimicis quæreretur) nomina abolevisse: an in perpetuum? minime, sed conditione proposita, ut si quis reum repetere vellet, parem pœnam et par periculum subiret. Et simili modo Domitianum reos, qui ante quinquennium apud ærarium pependissent, universos discrimine liberasse facta abolitione: an in perpetuum? minime, quia intra annum eosdem repeti permisit ea conditione, ut accusatori, qui causam non teneret, exilium pœna esset. Domitianus idem effecit, quod Augustus, et loquitur illo loco Svetonius de diuturnis reis, quique diu in reatu manserunt, ærario nexi pecuniæ nomine, vel quorum bona eo nomine, nullo pro iis intercedente, ut idem ait in Claudio, in vacuum, id est, tanquam vacantia, venum exposita pendebant sub edicto præfectorum ærarii ex l. prædiatoria, inquit, quæ scripta est scilicet de prædiatoribus, id est, de iis quorum prædia ærario tenentur. Nam in glossis Philoxeni prædiator est, qui nexus est ob æs debitum ærario publico, cum suis bonis, quod valde facit ad inscriptionem *l. res, de jur. dot.* quæ est ex *tit. de prædiatoribus*, et illo loco Svetonii in Claudio. Illa verba *in vacuum* sic interpretor, *quasi vacantia bona reorum*, quæ in publico venalia suspenduntur fisci nomine, non ut Alciatus in parergis, *in vacuum*, id est, frustra, ut Græci, inquit, exprimunt et perperam, quia Græci nostrum frustra nunquam ita exprimunt. Dicunt enim διακενῆς uno verbo non εἰς κενόν. Quod autem diximus de abolitione, quæ fit ex Senatusconsulto, vel ex l. Jul. ut post eam reus repeti possit intra certa tempora, idem etiam obtinet in abolitione privata data accusatori ex edicto præsidis. Nam et hoc casu quandoque reus ab alio repeti potest, *l. 2. §. ult, sup. de accusation.* Atque etiam ab eodem permissu Principis, *l. 1. C. de abolit.* non sine speciali permissu Principis, *l. 4. §. 1. hoc tit.* Ex his apparet, longe aliud esse abolitionem, aliud absolutionem reorum: absolutio securitatem et liberationem plenissimam præstat, non abolitio illa. Absolutio, inquam, liberationem plenissimam et perpetuam præstat exceptis tribus casibus: si probatur causam vere peroratam non fuisse, id est, prævaricatum priorem accusatorem fuisse, vel si probetur judicem corruptum pecunia reum absolvisse, vel si posterior accusator suum dolorem, suam injuriam exequatur, *l. 3, de prævar. l. 7. §. 1. de accusat. l. 3. §. ult. sup. ad l. Jul. de adult.* Non est omittendum quod additur in hac *l. 10.* postquam jure mariti quis adulterum vel adulteram accusavit adulterii, existente publica abolitione, et finitis feriis marito repetente reum, vel ream intra 30. dies eod. jure eum eamve repeti, id est, jure mariti, ut *l. 7. hoc tit.* Nec repetito judicio et crimine retractari, aut revocari in dubium jus privilegiumque mariti, quo initio prælatus est ceteris omnibus, tametsi interea 60. dies marito dati ad consultandum præterierint. Et hoc si reum adulterii repetere velit. Nam invitus repetere non cogitur reum, qui exemptus est ex reis interveniente publica abolitione *l. 12. hoc tit.* Nec post abolitionem rem prohibetur etiam uxorem, quam fecerat ream adulterii, a se dimissam domum reducere, *l. generali, §. 1. de rit. nupt.* Nec quod dico, invitum non repetere reum, ei quidquam obstat *l. pen h. tit.* quamvis dicat etiam eum teneri Senatusc. Turpill. qui post abolitionem reum non repetit. Cogitur ergo repetere, ut videtur. Sed non ita est, quoniam *l. pen.* de eo tantum loquitur, qui reum postulaverat, non etiam litem contestatus fuerat, impletis solemnibus accusationis, et causa perlata, qui etiamsi interveniat publica abolitio, tenetur Senatusc. Turpill. nisi persequatur crimen, et peragat reum, quia abolitio publica pertinet tantum ad ea crimina, quæ perlata sunt, non ad ea quorum accusatio nondum perlata, et cognitio suscepta est, *l. 2. C. de gener. abol.* Et ita est accipienda *d. l. pen.*

Ad L. IV. de Bonis damnatorum.

Et omnes omnino maritus salvas actiones habet contra fiscum.

Dote caduca facta, sive publicata ob delictum mulieris ait, marito adversus fiscum servari omnes actiones: publicari enim dotem, cum sua causa: et ideo eædem petitiones, eædem exceptiones, et retentiones ex dote marito competunt adversus fiscum, fisco vindicante dotem, quæ competeret mulieri, vel hæredi ejus divortio facto repetenti dotem, *l. si post, l. si maritus, sup. sol. matrim.* Nam et fiscus vicem hæredis obtinet, *l. 2. C. ad l. Jul. de vi.* Dos caduca fit ex quinque legibus tantum publicorum judiciorum, sive publicatur, *l. Julia majestatis, l. Julia vis publicæ, l. Pompeja, de parricidiis, l. Cornelia de veneficiis, l. Cornel. de sicar. l. 3. h. tit.* secundum quam est explicanda *l. si constante, §. ult. sol. matrim.* Et in ea *l. 3. hoc tit.* maxime observandum est, Ulpianum

l. Corneliam de sicariis et veneficiis dividere in duas, quoniam quinque numerat II. et non erant nisi quatuor: nisi l. Corneliam diviseris in duas, unam de sicariis scilicet feceris, alteram de veneficiis, quibus locis usui esse possit optime scio. Lege autem Julia de adult. sicut nec ulla alia lege dos caduca non fit, nec marito cedit, nisi pro parte sexta, ut Ulpianus scripsit *lib. singul. reg. tit. de dotib.* et indicat *l. cum mulieri*, *sol. matr. l. miles*, §. *socer, ad l. Jul. de adult.* Et ita est accipiendum, quod Horatius ait, *doti metuere deprehensam*, quia jure veteri parti dotis tantum metuit, hodie etiam secundum jus quo utimur, et metuit universæ doti, *l. ult. C. ad l. Jul. de adult. et cap. plerumque, de donat. inter vir et uxor.*

JACOBI CUJACII J. C.

IN LIBRUM SINGULAREM PAP. DE ADULTERIIS.

Ad L. XI. ad L. Jul. de Adult.

Miles, qui cum adultero uxoris suæ pactus est, solvi sacramento deportarique debet.

Certum est L. Jul. de Adulter. teneri, ut alium quemlibet, ita maritum, qui pro comperto adulterio pretium accepit, vel qui pactus est quocunque pretio, quod post sibi daretur, ut adulterum dimitteret, forte pacto subjecta stipulatione, *l. 7. et 8. de eo, quod met. causa*, *l. mariti*, §. *plectitur*, *hoc tit.* Is autem tenetur lenocinii pœna, quæ eadem est atque adulterii. Dices, imo tenetur longe graviore pœna, quoniam Papinianus ait hoc loco militem, qui id fecerit, qui cum adultero uxoris suæ deprehenso pactus fuerit, exauctorari, hoc est, sacramento solvi, et quidem cum ignominia, ut in *l. 2.* §. *miles, de iis, qui not. inf.* Et præterea deportari in insulam, quod est pati mediam capitis diminutionem, quam l. Jul. vulgo neque patiebantur adulteri, neque lenones, sed relegationem, quæ non est capitis diminutio, aut ademptionem tertiæ partis bonorum. Verum plerumque omne crimen exasperatur in militem, *l. 7. in fin. ad l. Jul. majest. l. quidem, inf. de pœn.* Et ita ex causa hujus criminis, etiam gravius miles plectitur, quam paganus. Et hoc loco pactum cum adultero militem accipio certo pretio, ut in edicto prætoris, *de his qui not. inf.* si quis furti pactus sit, non gratuito, sed certo pretio accepto a fure, *l. furti*, §. *pactus, de his qui not. inf.* Male enim Accurs. statuit hoc loco, eandem esse pœnam ejus, qui adulterum gratia dimisit, manifesto contra verba legis *mariti*, §. *plectitur*, *hoc tit.* quæ ait, ad legem Juliam non pertinere, id est, l. Julia non coerceri eum, qui gratis dimisit deprehensum adulterum, sive maritus sit, sive alius, quia lenocinium l. Jul. coercet, et leno non est, nisi qui pretium accipit pro comperto stupro, sive adulterio, vel qui pretium turpiter paciscitur, non qui deprehensi commiseretur, eumque dimittit illæsum, non qui negat se, cum eo velle agere, qui ultro hoc negat, *l. si maritus*, §. *si negaverint*, *hoc tit.* non qui contemnit suum matrimonium, quique contaminatione non indignatur, *l. 2.* §. *lenocinii*, *h. t*, Quid enim vetat, quem deprehenderis, gratuito dimittere? nulla lex vetat: cuique misericordi esse licet. Igitur ultro gratis adulter impune dimittitur. Nec obstat quod dicitur, nec gratuito licere pacisci de adulteriis, *l. transigere, C. de transact. l. de crimine, C. ad leg. Jul. de adult.* non licere, inquam, transigere vel pacisci. Inter quæ duo hoc interest, quod transactio nulla est gratuita: pactum potest esse gratuitum. Verum quod dicitur, de prævaricatore tantum dicitur, ut indicat *d. l. de crimine*, id est, de eo, qui prodit institutam accusationem ex compacto, et colludio habito cum adversario; non etiam de eo, qui non vult adulterum accusare, sed ultro et gratis dimittit, aut dissimulat injuriam suam, nulla habita pactione cum alio, sed ultro et sua sponte.

Ad §. Militem qui sororis filiam.

Militem qui sororis filiam in contubernio habuit, licet non in matrimonium, adulterii pœna teneri rectius dicitur. Ea quæ inter reas adulterii recepta esset, absens defendi non potest.

Locus hic est singularis, et interpretatione dignus. Ait, *avunculum militem, qui sororis filiam in contubernio habuit*, stupro scilicet sibi cognitam: ut idem ait in *l. 14. de his, quæ ut indignis*, sicut Latini solent accipere cognitam, et *cognoscere*, ut memini me legere apud Hermogenem notantem hunc locum ex Menandro, *cognovit me*. *Avunculum igitur militem, qui sororis filiam habuit in contubernio, non in matrimonio teneri pœna adulterii*, id est, stupri et incesti: vel ut Tullius in Miloniana, *stupri incesti*: quia videlicet non videtur errasse in jure civili, quod vetat conjungi avunculum cum sororis filia. Permittitur quidem militi jus civile ignorare, sed non videtur id ignorasse in hac specie, qui sororis filiam clam habuit in contubernio. Nam quod eam habuit clam, arguit, conscientiam ejus, aliter quam si habuisset eam palam in matrimonio. Unde et palam pleraque licent, quæ clam non licerent. Palam licet ambire magistratum, non clam. Seneca 5. epist. *Senatusconsultis plebisque scitis sæva exercentur*,

et publice jubentur, ut in arena. Sequitur, *vetita privatim quædam commissa capite luerent, tunc quia palam fecere, laudamus*: avunculus non habuit sororis filiam in matrimonio, non habuit etiam in concubinatu, quæ est species et imitatio matrimonii, ut diximus sæpe, sed eam habuit in contubernio, ut ait hoc loco, et in *l.* 14. Hanc vulgo vocant focariam, non uxorem, non concubinam, ut in *l.* 2. *C. de donation. inter vir. et uxor.* Honestum est uxoris, et concubinæ nomen, focariæ non item, quæ sic appellatur, quod plerumque habeatur per causam speciemque culinæ: nam et μαγείρας, et μαγειρίσσας Divus Hieronym. interpretatur focarias 1. *Samuelis cap.* 8. quas et Varro intellexit 2. *de re rustica,* dum ait, *mulieres ad focum afferre ligna, et cibum coquere.* Quid autem est, quod ait Papin. hoc loco, avunculum eam habuisse in contubernio, licet non in matrimonio, et licet non habuerit in matrimonio, sed in contubernio, tamen puniri. Quid hic facit illud, *licet*, an gravius est habere in matrimonio? non utique. Imo nonnunquam excusatur, qui cognatam in matrimonio habuit propalam, *l. ult. de rit. nupt.* quia nemo videtur tam impudens et audax, ut quam non potest habere in matrimonium, habeat palam sine errore aliquo, vel facti vel juris civilis: et qui errat, non contemnit jus. Proinde majus est delictum ejus, qui clam habet in coitu aliquam, quam qui palam in matrimonio, quoniam hic error duci præsumitur. Existimo omnino scribendum esse hoc loco, non *licet*, sed *scilicet matrimonio*: quia si palam sororis filiam in matrimonio, puta per errorem juris civilis, vel per errorem facti habuit, sane miles excusatur, *l.* 38. *h. t.* Quo loco ait, *incesti crimen aliquando, et in maribus, ut in militibus scilicet, vel minoribus* XXV. *annis, quibus jus civile ignorare permissum est, tractari humanius quam adulterii, si modo,* inquit, *incestum per matrimonium illicitum contractum sit.* Et ponit etiam exemplum in sororis filia, quoniam, qui ita contrahunt, non nisi errantes in jure id facere videntur: nemo præsumitur esse adeo stultus: et loquitur *d. l.* 38. §. 1. de incesto juris tantum. Aliud est incestum juris naturalis sive juris gentium, quod contrahitur inter parentes et liberos in infinitum, et inter novercam et privignum, inter vitricum et privignam, inter socerum et nurum, inter socrum et generum, qui nunquam non inter se habentur naturalium parentum et liberorum loco. Incestum autem juris civilis contrahitur cum iis, qui ex transverso nobis conjuncti sunt, *l. ult. de rit. nupt.* Unde in sororis filiam incestum committitur jure civili, non jure gentium. Id palam ostendit *d. l.* 38. quæ loquitur initio de incesto juris gentium, in §. 1. de incesto jure civili, non de incesto jure naturali, sive jure gentium. Neminem enim excusat juris naturalis ignorantia, *l.* 2. *C. de in jus voc.* Non excusat mulierem, non ætate minorem, non militem. Et ideo nullus excusatur ab incesto juris gentium. Non loquitur etiam ea l. de adulterio: nam et ab adulterii crimine nemo excusatur: neque ætas, neque sexus, neque conditio, aut possessio, quenquam excusat a crimine adulterii, quia jure naturali probrum est, *l. probrum de verb. sig.* et natura turpe. Lactant. in Epitome Instit. *corrumpere alienum matrimonium etiam communi jure gentium damnatur,* id est, jure gentium probrum est; dicitur enim probrum a prohibendo in eadem *l.* 38. *h. t.* Ait, quod et superiora confirmant, incestum, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solere, si error juris, vel error facti allegetur, et si nondum quisquam reum postularit, id est, ut Ulpianus ait, apud L. Rufinum *eod. lib. sing. de adulter.* si nondum reus fuerit præventus a delatore, si nemo eum postularit, et allegat errorem juris vel facti, excusari solet, vel sexu, vel ætate, vel etiam militia, vel ut ait puniendi correctione, quæ bona fide interveniat puniendi, id est, hominis incesti, sive ejus, qui incestum admisit correctione, quæ bona fide interveniat, ut puta, si errore cognito bona fide corrigat factum, et abstineat hujusmodi conjunctione toto animo, quod est bona fide non simulata. Quod et hoc ipso libro scribit Pap. apud L. Rufinum, nempe ei, qui sororis filiam per errorem duxerit uxorem (et loquitur de errore facti, quum ignoravit eam fuisse sororis filiam) antequam præveniretur a delatore, si bona fide, si serio ea conjunctione abstinuerit, pœnam remitti: quia qui errore cognito, ut ait, dirimit conjunctionem, ejus voluntatis fuisse creditur, ut si scivisset, se in eo necessitudinis gradu positum, non fuisset tale matrimonium copulaturus: pœnitentia et correctio est argumentum, contraxisse eum tale matrimonium invitum: videtur invitus fecisse, qui mox corrigit factum, ut Aristot. ait 3. Ethic. Et hic probat se noluisse, qui corrigit factum pœnitentia actus. Quod etiam confirmat, *l.* 3. *C. de incest. nupt.* et usque adeo etiam verum hoc est in errore facti, ut et is error excuset ab incesto juris gentium, si modo errore comperto, antequam reus postuletur, statim se eo matrimonio abstinuerit, divortio facto bona fide citra dissimulationem, ut in *d. l.* 38. §. *idem Imperatores*: dum ait post divortium, quod cum noverca privignus bona fide fecit, cum qua fuerat, et fecerat contra jus gentium. Igitur quia correxit factum errore comperto, non admittendam accusationem incesti.

Addam his tantum, quod est in §. *ea quæ*: ex hoc loco liquido constat, lege Julia crimen adul-

terii non fuisse capitale. Id fecerunt capitale novissimæ constitutiones Theodosiani et Justiniani Codicis: nam jus vetus nunquam fecit capitale: dum ait, *eam quæ inter reos adulterii recepta est absentem defendi non posse*, quia ut defendi absens possit is, qui semel inter reos receptus est, quod non fit nisi post litem contestatam, tamen hoc tantum admissum est in capitalib. criminibus, *l. servum*, §. *publice, de procurat. l.* 3. *C. de accusat.* Hoc non admittitur in crimine adulterii, ergo non est capitale, alioqui admitteretur defensio absentis recepti inter reos. Et quod ait Acc. hoc loco etiam absentem inter reos recipi posse, non est verum indistincte et generaliter, sed ita demum, si post litem inchoatam et contestatam abesse cœpit, *l. adulteram C. de adult.* quia et absens damnari potest, *l. inter de pub. judic.* si damnari, et inter reos recipi: is autem qui litem contestatus non est, neque inter reos recipi absens, neque condemnari potest, *l. absentem, de pœn.* sed adnotatur requirendus, vel ut aliter loquimur, fit requirendus in *t. de requir. reis.*

Ad §. *Socer cum nurum, etc.*

Socer, cum nurum adulterii accusaturum se libellis præsidi datis, testatus fuisset, maluit accusatione desistere, et lucrum ex dote magis petere. Quæritur an hujusmodi commentum ejus admitti existimes? Respondit, turpissimo exemplo is, qui nurum suam accusare instituisset, postea desistere maluit, contentus lucrum ex dote retinere, tanquam culpa mulieris dirempto matrimonio. Quare non inique repelletur, qui commodum dotis, vindictæ domus suæ præponere non erubuit.

In hoc §. hæc proponitur species: Facto divortio inter filium et nurum culpa nurus, socer nurum libellis præsidi provinciæ datis se accusaturum adulterii testatus et minatus est, ut in *l.* 5. *inf. ad SC. Turpill.* Proponitur quidam libello principi dato, falsum se objecturum minatus esse, ab hac comminatione impune desistere licet, *l.* 5. a datione libelli accusatorii non comminatorii, qui et libellus inscriptionis dicitur et delationis et accusationis, vel a denuntiatione criminis facta reo, non licet impune desistere sine abolitione, *l. vim*, §. *duos h. t.* quia in desistentem est constituta pœna, quasi in tergiversatorem lege Petronia, et SC. Turpill. etiamsi litem contestatus non fuerit, *l. pen. inf. ad SC. Turpill. l.* 7. *C. qui accus. non pos.* Is vero socer post supradictam comminationem ab accusatione nurus destitit, id est, ab accusandi proposito, et maluit ex dote lucrum persequi, quasi culpa nurus dirempto matrimonio. Donatus in eum locum Virgilii, *et hoc prætexit nomine culpam, verbo*, inquit, *juris, usus est.* Sic enim definitum est, culpam mulieris esse, quum pudoris causa peccaverit. Socer igitur mutata sententia et omissa accusationem adulterii criminali, quasi culpa mulieris dirempto matrimonio, id est, propter adulterium mulieris, maluit lucrum ex dote persequi, videlicet civili actione, quæ dicebatur actio de moribus, et ob culpam graviorem, sive mores graviores, id est, ob adulterium, quod dissidio causam dedisset, competebat ei actio in sextam partem dotis: hodie tota dos amittitur, atque etiam hypobolon: ob alios autem mores mulieris, qui collati cum adulterio dicuntur leviores, actio de moribus competebat in octavam partem dotis, auctore Ulp. *lib. sing. reg.* Et de hac actione de moribus sunt hæ leges, *l.* 1. *sup. de pact. dotal. l. rei judicatæ*, §. 1. *l. cum mulier*, *et l. viro*, *sol. matr. l. ult. C. de repud. l.* 1. *C. Theod. de dotibus, l.* 1. *C. Theod. Victum civiliter criminaliter agere posse.* Quæritur autem, an ejusmodi soceri commentum, id est, solertia, sive ut hic Græci interpretantur, sophisma, qui omissa instituta accusatione adulterii mavult lucrum dotis persequi, an admitti debeat? Et eleganter respondet Papin. turpissimo exemplo eum desistere a priori proposito, ob lucrum dotis, quod magis captat, quia scilicet vindictæ domus suæ pecunias sive lucrum dotis præferre non crubescit, quod est turpe et sordidum, omnis scil. αἰσχροκερδία, est turpitudo, *l.* 2. *de senator.* senatu motus propter turpitudinem, id est, αἰσχροκερδίαν, puta damnatus judicio publico repetundarum. Nam eadem est hujus l. 2. sententia, quæ *l.* 15. *sup. de testib.* Et sic M. Tullius 1. ad Attic. *si causam absolutionis quæris*, inquit, *egestas judicium fuit et turpitudo*, id est, δωροδοκία, et αἰσχροκερδία. Est autem huic simile argumentum, quo utitur idem Papinianus in *l. Julianus*, *sup. si quis omissa causa testam.* dum ait, *non carere dolo eum, aut non esse ferendum qui honore proprio omisso propter compendium, alienam institutionem mavult.* Nam et ita non est ferendus socer, qui honore proprio omisso, quem initio ulcisci recte instituerat, mavult sequi lucrum dotis: non potuit socer utroque judicio experiri, puta, judicio civili de moribus et judicio criminali ex l. Jul. sed alterutro tantum, ut est proditum in *d. l.* 1. *C. Theod. victum civiliter, etc.* Ratio hæc est, quia etsi judicium de morib. pecuniam persequatur, id est, partem dotis, tamen et vindictam persequitur, perinde atque judicium criminale, quod præcipue solam vindictam exequitur, et unius criminis duæ vindictæ, duo supplicia esse non debent. Qua ratione nec de injuriis licet experiri civiliter et cri-

minaliter, sed alterutro duntaxat modo, *l.* 6. *de injur.* quia et civilis injuriarum actio vindictæ magis, quam pecuniæ persequutionem habet, *l.* 2. §. *emancipatio, de coll. bonor.* Et ita non potuit socer utroque judicio experiri, et electo criminali, non potest variare et transire ad civile, ductus lucri aviditate, turpi exemplo.

Ad §. Adulterii reum.

Adulteri reum intra quinque annos continuos a die criminis admissi, defuncta quoque muliere postulari posse palam est.

Regulariter crimina finiuntur vicennio continuo, ut crimen homicidii, crimen falsi, et alia innumera, quæ nisi instituantur intra 20. annos, quo jure utimur, reus est securus, *l. querela, C. ad l. Corn. de fals.* At crimen adulterii breviore tempore finitur, nempe quinquennio continuo, quod ut vicennium in aliis criminibus numeratur a die commissi criminis, *l.* 5. *C. eod. tit.* Et intra illud quidem quinquennium 60. dies utiles dantur marito et patri, intra quos si veniant ad recusationem adulterii, vel reum, vel ream accusaturi, præferuntur ceteris omnibus, qui ad eandem accusationem jure publ. venire volent. Post dies autem 60. extraneis marito quoque patrive, ut extraneis jure communi et publico, non præcipuo, aut privilegiario, dantur alii quatuor menses utiles accusandæ adulteræ, scilicet numerandi tam marito et patri etiam agentibus intra 60. dies, vel intra alios 4. menses, quam etiam extraneis: numerandi, inquam, a die divortio soluti matrimonii, quod mulier contaminasse dicitur, si post alii nupserit, vel a die commissi criminis, si vidua permanserit, *l.* 29. §. *sex mensium, et* §. *seq. h. tit.* et ita scilicet ut illi sex menses utiles non excedant quinquennium continuum a die commmissi criminis, ut tamen si ita res ferat, finiantur illi sex menses utiles etiam intra quinquennium, videlicet, ut dixi, quum de adultera accusanda agitur: nam adultero accusando a die commissi criminis, semper totum quinquennium continuum delatori sive accusatori cedit. Et in hac re l. Julia favet magis adulteræ, ut imbecilliori, quam adultero: nam adulter non nisi quinquennio completo securus est: adultera etiam ante quinquennium completum liberari potest, videlicet si sex menses utiles intra illud quinquennium præterierint, *l.* 1. §. *accusatione, infr. ad Turpil.* Et Papin. ait hoc loco, adulterum accusari posse intra quinquennium continuum a die commissi criminis, etiam defuncta muliere adultera, etiamsi mulier superstes non sit ut in *l. vim.* §. *in matrimonio, et l. ult. inf. h. t.* Est quidem hoc crimen adulterii commune duorum, sed judicium non est commune duorum: imo nec duorum esse potest, sed alius post alium reus fieri debet, prout delator elegerit, uisi mulier alii nupserit ante criminis denuntiationem. Hoc enim casu ab adultero accusator incipere debet, *l.* 5. *l. si maritus* 2. §. *ult. l. mihi* §. *ult. l. vim*, §. *duos. h. tit. l. reos, C. eod. tit.*

Ad §. Quidam accusare volebat.

Quidam accusare volebat adulterii mulierem, et postulabat, ne sibi computarentur dies, quos in custodia fecisset, me hoc admittente extitit, qui mihi contradiceret, cujus opinionem an tu probes, rogo maturius mihi scribas. Respondit opinionem tuam et verba legis et sententiam adjuvant, cui placuit, utiles dies accusatori computandos esse, id est, quibus potuit accusationis solemnia implere, sine dubio dies quibus quis in custodia fuit, extra computationem utilium dierum existimanti tibi constitutos, contradici debuit. Sexaginta dies, qui marito accusante utiles computantur, feriatis quoque diebus, si modo facultatem præsidis adeundi accusator habuit, numerari certum est, quoniam de plano quoque libellus dari potest. Quod privilegium si amisit. non prohibetur intra alios quatuor menses querelam suam apud judicem deferre.

Adulteræ accusandæ jure communi sunt præscripti sex menses, quæritur, an in id temporis cedant dies. quos ut ait, qui accusatus erat adulterii, iu custodia fecisset. Fac fecisse eum in custodia duos menses, an ii computantur in numerum sex mensium? Facere dies, aut menses ait eleganter, ut in *l.* 14. *de statulib.* annum in fuga fecerat. Julianus antecessor constitutione 15. *Præses provinciæ,* inquit, *postquam desierit esse præses, in ead. provincia* 50. *dies fecerat:* Et in antiqua inscriptione: cum merito fecit 10. dies 15. Ad quæstionem vero propositam respondet Papin. eos dies accusaturo non computari, quos in custodia fecisset, quia sex menses l. Jul. præscripsit utiles, non continuos, et utiles ii sunt, quibus potuit solemnia accusationis implere, puta inscriptiones et satisdationes, ut in *l.* 1. *C. ad Turpill.* apud Ammianum Marcellinum lib. 14. *cum accusatore flagitaret, et solemnia, etc.* Quid vocat solemnia accusationis? libelli inscriptionem et satisdationem de lite exequenda, *d. l.* 1. quæ quidem solemnia non potest implere, qui publica custodia coercetur. Ergo hi dies non computantur, quos egit in custodia. Et ostenditur in §. *prox.* 60. dies, qui dantur marito volenti accusare jure mariti, remotis aliis accusatoribus ad consultandum, ut Corn. Tac.

de eo crimine scribens 2. annal. 60. *dies viro ad consultandum datos :* eos dies 60. etiam esse utiles; nam eos tantum computari, quibus adeundi præsidis et dandi libelli accusatorii accusator facultatem habuit, non eos dies, quibus præses aliis distentus occupationibus in publico sui copiam non fecit, ut in *l.* 6. *eod. tit. l.* 1. §. *dies, quando appell. sit.* Potest tamen accusator, si copiam sui publice faciat præses, eum adire etiam die feriato, die non judiciario, porrecto ei libello accusatorio de plano. Nec enim necesse est, eum adire pro tribunali die judiciario, die sessionis præsidialis, ideoque sessionem dies, quas Græci vocant δικανικὰς, quibus pro tribunali sessum ivit præses, non numerantur, ut in *l.* 2. §. *dies, ff. quis ordo in bon. poss.* Sed etiam alii dies numerantur, quibus præses sessum non ivit pro tribunali, si modo sui copiam publice fecerit, quia libellus etiam potest dari de plano, puta, stanti præsidi aut transeunti de plano; quod Modestino est χάμοθεν, in *l.* 15. *de excus.* quod illo loco non intellexit August. Aliud est pro tribunali aliquid expedire, aliud per libellum, quod fit etiam de plano, *l.* 9. §. 1. *sup. de offic. proconsul. l.* 2. *C. quemadm. test. aper.* Quod si, ut subjicit, intra 60. dies utiles maritus non instituerit accusationem adulterii jure suo, non prohibetur intra reliquos quatuor menses aque utiles accusationem instituere adversus mulierem, sed jure communi, jure publ. ut extraneus, non jure præcipuo post 60. dies. Nam in divinationis causa, qui potior videbitur accusator, marito poterit anteferri, *d. l.* 6. *C. eod. t.*

Ad §. Quærebatur, an jure mariti possit.

Quærebatur, an jure mariti possit accusare vir eam fœminam, quæ cum ei desponsata fuisset, alii in matrimonium a patre fuisset tradita? respondit, novam rem instituere hujusmodi accusatorem existimo, qui adulterii crimen objicere desiderat, propter hoc tantum, quod priori sibi desponsa puella, a patre in matrimonium alii fuerit tradita.

Notandum est, sponsam ab sponso adulterii, sive stupri accusari posse jure mariti, jure præcipuo, ut præferatur omnibus, non quidem ex l. Jul. sed ex rescripto Severi et Antonini, quia neque matrimonium qualecunque, neque speciem matrimonii violare licet, *l. si ux.* §. *Divus, et* §. *pen. h. t. l.* 7. *C. eod. t.* Quod et ita recte Paulus interpretatus est *lib. sign. de adult.* apud L. Rufinum. Et hoc quidem ita se habet, si post sponsalia sponsa cum alio stupri consuetudinem habuerit, non si alii nupserit auctore patre, ut hic proponitur, quia, extra crimen, hoc est, si alii nubat, nec fidem sponso promissam præstet, et conveniri tantum potest pater, qui eam priori desponderat actione ex sponsu in id quod interest, vel in pœnam, de qua convenerit, si nuptiæ non sequerentur. Quod et veteres Latinos sequutos ex Neratio et Servio Jurisconsultis A. Gellius lib. 4. refert, antequam Latini l. Jul. donarentur civitate Romana. Nam inter cives Romanos, nec matrimonium, nec species matrimonii vinculo pœnæ adstringi poterat, *l. Titia, de verbor. obli.* Quod tamen non probat Nov. Leonis Philosophi 18. quæ vult sponsalia posse obstringi vinculo pœnæ, et non sequutis nuptiis secundum fidem sponsaliorum, pœnæ conventæ exactionem esse: vel si de pœna conventum non sit, agi posse in id quod interest, quo jure utimur hodie.

Ad §. Defuncto marito adulterii rea.

Defuncto marito, adulterii rea mulier postulalatur. Quæ propter impuberem filium vult dilationem ab accusatore impetrare, an debeat audiri? Respondi, non videtur mihi confugere mulier ad justam defensionem, quæ ætatem filii prætendit ad eludendam legitimam accusationem. Nam non utique crimen adulterii, quod mulieri, objicitur infanti præjudicat, cum possit et illa adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.

Proponitur mulierem quandam, quæ defuncto marito relicto filio impubere postulabatur adulterii ab extraneo forte jure publico, desiderasse accusationem differri in tempus pubertatis filii infantis, ne præjudicium interim fieret statui infantis, si forte ipsa damnaretur: an justum est hoc desiderium mulieris? minime quia quæstio adulterii simplex non potest præjudicare infanti. Potest enim et justus esse filius et mater adultera. Nam ut dicebat Messalina Julia hujusmodi mulieres non nisi nave plena vectorem ferunt, et recte ponit, maritum fuisse defunctum; nam vivo marito, vivo patre, non quæreretur, an differenda esset quæstio status pueri in tempus pubertatis, quia vivo patre nunquam differtur, sed post mortem tantum patris, si puero moveatur quæstio status. Recte etiam ponit mulierem fuisse adulterii postulatam, ut in *l. Titia, de Carbon. edic.* nec actum fuisse ulla alia de re; nam quod notandum, quodque Acc. non intellexit, si cum esset quæstio de bonis paternis, de hæreditate paterna, mulier missa fuerit in possessionem bonorum defuncti mariti ventris nomine, et dicatur partum ex adulterio concepisse, sane hoc casu differenda est accusatio adulterii, ne præjudicium fiat partui ex rescripto Adriani, *l.* 18. *de vent. in possess. mitt.* Male autem in Floren-

tinis hoc loco ex uno §. facti sunt duo, quandoquidem ita uno spiritu legendum est, *defuncto marito adulterii rea mulier postulatur, etc.*

Ad §. Volenti.

Volenti mihi ream adulterii postulare eam, quæ post. commissum adulterium in eod. matrimonio perseveraverit, contradictum est. Quæro, an injuste responsum sit? Respondit, ignorare non debuisti, durante eo matrimonio, in quo adulterium dicitur esse commissum, non posse mulierem ream adulterii fieri, sed nec adulterum interim accusari posse.

In hoc §. ostenditur, ante divortium neque adulteram posse ream fieri adulterii commissi in matrimonio, quod nondum diremptum est, neque adulterum: Quod ita intelligendum est, ut non possit reus vel rea a marito fieri durante matrimonio, ut *l. 2. eod. t.* Denique hic §. est accipiendus de marito accusatore, qui vult accusare adulterum vel adulteram, antequam dimiserit adulteram, quod non potest. Nam ab extraneo, etiam durante matrimonio, non quidem adultera, ne temere statim bene conveniens matrimonium turbetur, sed adulter reus fieri potest, *l. constante, l. vim. §. 1. h. t.* ubi hoc quemadmodum hodie accipiendum sit ex constitutionibus, satis explicui ad responsa. Nam ex constitutionib. hodie licet marito et patri, avo, et patruo, et avunculo, manente matrimonio mulierem ex suspicione ream facere, ut purget se, et doceat innocentiam suam, id est, non tantum culpa, sed etiam suspicione vacare, sive suspicionis causa idonea, *l. quamvis C. eod.*

Ad §. Licet ei mulier.

Licet ei mulier, qui in suspicionem adulterii incidit, nupsisse dicatur, non ante accusari poterit, quam adulter fuerit convictus alioquin ad hoc vel maxime viri confugient, volentes bene concordatum sequens matrimonium dirimere, ut dicant cum adultero mulierem nuptias contraxisse.

Hujus §. sententia hæc est: mulier, quæ adulterii causa a marito dimissa et repudiata est, si mox alii nupserit ante denuntiationem criminis, ne temere sequens matrimonium bene conveniens dirimatur (non potest mulier accusari adulterii antequam adulter sit convictus, quod multæ leges hujus tituli ostendunt, ut *l. 2. et 5. et l. si maritus, §. ult. h. tit.* Mulier ergo dimissa ob adulterium, si mox alii rite nupserit non ante potest accusari, quam adulter convictus et damnatus fuerit; etiamsi ei ipsi adultero mox iterum nupserit post libellum divortii missum a priore marito ob causam violati matrimonii. Quod ita intelligendum est, etiamsi mox nupserit ipsi adultero, quem scil. maritus suspectum habet, nondum probavit esse adulterum, nondum convicit, nondum damnavit ut *l. 40. h. t. inf.* Nam si convictus sit adulter, matrimonium illud secundum quod coiit inter adulterum et adulteram distrahitur tanquam injustum et illicitum, ut est nominatim proditum in *l. Claudius, de his, quæ ut indign.* et probatur etiam cap. 51. Concilii Trevirensis, quod corrupte quidam vocant Triburense. Et ita quoque generaliter definivit Leo Pontif. Maxim. *cap. 5. ext. de eo, qui duxit in matrim. quam prius polluit per adult. nullus,* inqui, *ducat in matrimonium quam prius polluit adulterio.* Et D. August. lib. de nupt. et concupiscentia, ad Valerium Comitem, *fieri,* inquit *verum connubium non potest, quod prius adulterium fuit.* Quæ verba Augustini apud Gratianum *Can 31. quæst. 1.* et ex Grat. apud Lombard. *4. Sent. dist. 35.* perperam, imo pessime leguntur detr cta negatione. Dico autem adultero condemnato, matrimonium distrahi protinus, quod cum adultera contraxit post solutum prius matrimonium, etiamsi ipsa indemnata fuerit, *d. l. Claudius*: quod si et ipsa damnata fuerit, multo magis, quia nulli alii omnino cum adulterii damnata et probrosa fœmina connubium est, ut ostenditur §. *ult. hujus l. mariti, §. 1. h. tit. l. 1. §. 1. de concub.* Novissimi autem canones hoc jus, quod semper olim obtinuerat, in ecclesia strictius accipientes, non aliter ex hac causa volunt distrahi matrimonium, quod scilicet prius fuit adulterium, nisi si vivente priore con nge in casum mortis ejus, præmature pepigerint inter se de futuris nuptiis, quod non potest negari esse contra bonos mores juris gentium, nedum juris civilis, vel etiamsi in necem prioris conjugis uterque vel alter eorum conspiravit, ut e medio sublato viro, inter se conjungerentur, vel etiam nisi durante priore matrimonio inter se adulter et adultera impudenter matrimonium contraxerint. His tribus duntaxat casibus censent matrimonium ex ea causa esse dirimendum, ut proditum est in *31. quæst. 1. can. relatum, et sequ. etc. 3. c. 5. c. 6. de eo, qui duxit in matrim. quam, etc.* Et valde notandum quod dicitur in *cap. 5.* matrimonium contractum inter adulterum et adulteram manente priore matrimonio, puta vivo priore conjuge, etiamsi post solutum prius matrimonium morte conjugis, in eo longo tempore perseveraverint, puta, decem annis, ut ponit, vel etiam plures liberos ex ea conjunctione susceperint, non confirmari tale matrimonium. Denique non confirmari diuturnitate temporis, quo stetit post solutum prius matrimonium, neque numero liberorum, quia mul-

tiplicitas prolis ita susceptæ, magis eorum crimen exaggerat, et diuturnitas temporis crimen non minuit, sed auget. Quam rationem existimo locum habere in specie proposita in *l. qui in provincia*, §. 1. *de rit. nup.* si sororis filia ignara juris civilis, cum collocaretur ab avia sua, nupserit avunculo, et diu inter eos tale matrimonium steterit, et ex eo plures liberos susceperint, neque in ea specie rescripto Marci et Commodi, quod proponitur in *d. l. qui in provincia,* tale matrimonium confirmatur quod imo re cognita statim dirimendum est ut in *l.* 38. §. 1. *hoc tit. D*icitur crimen incesti jure civili commissi nonnunquam remitti, sed distrahi illicitam conjunctionem. Et paulo post, *incestus nuptias confirmari non solere*, ideoque illo rescripto confirmatur tantum status liberorum, id est, liberi a Principe moto multis rationibus, non unica: neque enim illegitimi temere faciendi sunt legitimi, moto, inquam multis rationibus, ignorantia puellæ, diuturnitate temporis, quo fuerat in matrimonio illicito, et numero liberorum, a Principe, inquam liberi fiunt legitimi, et ut parentibus jure legitimo hæredes existere possunt. Matrimonium non confirmatur, ergo distrahitur.

Ad §. *Mulier cum absentem.*

Mulier cum absentem virum audisset vita functum esse, alii se junxit: mox maritus reversus est. Quæro quid adversus eam mulierem statuendum sit? Respondit, tam juris quam facti quæstionem moveri. Nam si longo tempore transacto sine ullius stupri probatione falsis rumoribus inducta quasi soluta priore vinculo, legitimis nuptiis secundis juncta est, quod verisimile est deceptam eam fuisse, nihil vindicta dignum videri potest. Quod si ficta mariti mors argumentum faciendis nuptiis probabitur præstitisse, cum hoc facto pudicitia laboret, vindicari debet pro admissi criminis qualitate.

§. 1. *Ream adulterii uxorem duxi, eam damnatam, mox repudiavi, quæro an causam dissidii præstitisse videor? Respondi, cum per legem Juliam hujusmodi uxorem retinere prohibearis, non videri te causam dissidii præstitisse palam est. Quare ita jus tractabitur, quasi culpa mulieris facto divortio.*

In §. *penul. hujus l.* quæritur, quid sit statuendum de ea muliere, quæ cum audisset absentem virum vita functum esse alii nupsit, si prior vir fuerit reversus, an tenetur lege Julia? Et Papinianus ait, hanc quæstionem tam juris esse quam facti, hoc est, hanc quæstionem facto implicitam esse, ut Julianus loquitur in *l. cum duobus*, *sup. pro soc.* ut Boetius 1. de differentiis Topicis, hypothesin esse quæstionem factis personis et aliis circumstantiis implicitam, vel ut loquitur Alphenus in *l. si ex plagis*, §. *in clivo*, *ad l. Aquil.* jus esse positum in facto, in causa. Nam in quæstione proposita, ut Papin. eleganter declarat, si longo tempore transacto, cujus definitio est in arbitrio judicis, quo mulier expectavit virum absentem, sine ulla probri suspicione vixerit, et falso rumore decepta, quasi soluto priore matrimonio, alii nupserit bona fide, extra crimen est. Sed distrahenda secunda conjunctio est ex sententia Papiniani, ut opinor, et restituenda mulier priori reverso marito. Quam sententiam et Leo pontif. probat, cum prior maritus per captivitatem abfuit, *Can.* 1. 34. *qu. ult.* Leo autem Imperator etiam adulterii pœna eam, quamvis mens non peccaverit, teneri censuit, *Nov.* 33. vid. si antequam certum nuncium de morte viri acciperet, alii nupserit, etiamsi nimis credula bona fide nupserit diu expectato marito, quia debuit expectare certum nuncium. Aliter in *Nov.* 22. ut si vel quinquennio maritum expectaverit, secundæ nuptiæ consistant, et primæ solutæ intelligantur. Quam sententiam Justin. vel potius Tribonianus quamvis eam nondum edidisset *Nov.* 22. et cam tantum parturiet, inseruit in *ff. l.* 6. *de divort.* ut character orationis evidenter arguit. Et designavit etiam his verbis *post constitutum tempus*, id est, post quinquennium in *l.* 8. *de capt.* Marito autem absente per militiam idem prope Just. constituit in *Nov.* 117. quod Leo Imperator in marito absente per captivitatem, derogata ad aliquid hac in re *l. uxor. C. de repud. et Novel.* 22. Ante constitutiones principum receptum erat captivitate mariti statim solvi matrimonium, ut servitute, *l.* 1. *de divort. l. si ab hostib. l. si quis, sol. matrim. l. in bello*, §. *in medio*, *de capt. et postlim. rev.* Nisi cum erat maritus patronus, captivitate patroni ejusdemque mariti non solvebatur matrimonium, *l. eo jure*, §. *ult. de rit. nupt.* Et interveniente militia mariti, per bonam gratiam dissolvi poterat matrimonium, quia tempus militiæ erat satis longum, *l. ult. de donat. int. vir. et uxor.* Neque enim explebat quisquam stipendia; nec fiebat emeritus, nisi anno 20. hoc erat justum militiæ tempus. Et justa igitur causa propter longam absentiam, bona gratiam dissolvendi matrimonii: per causam alterius absentiæ, nec jure veteri licebat temere et inculpate abire matrimonio, sed ex sententia Papiniani hoc loco proposita, mulier quæ falso rumore perlato post longum tempus de morte mariti alii nupsit, non tenetur l. Julia, quia dolo caret: quæ vero dolo malo alii nupsit, ficta morte prioris mariti, proculdubio tenetur l. Julia, pro qualitate criminis. Et ita ostendit Papin. quæ-

stionem propositam in facti qualitate esse positam, nec tam de jure quæri, quam de facto.

Ad §. ult. Ream adulterii.

Sequitur in hoc §. eum, qui duxit uxorem eam, quæ erat rea adulterii commissi in priori matrimonio, mortuo scilicet priori marito, et qui postea damnatam eam dimisit, eum non videri divortii, sive dissidii causam præstitisse, quia nec per l. Jul. adulterii damnatam in priori matrimonio retinere potuit; ac proinde culpa mulieris potius diruptum matrimonium dicemus, et consequenter secundum jus, quod obtinuit tempore Papiniani auctore Ulpiano *lib. sing. regul.* et apud Boetium auctore Gajo *lib.* 2. *Instit.* in singulos liberos si extent, hic secundus maritus sextas ex dote retinere potest, usque ad mediam partem duntaxat dotis. Recte posui, mortuum fuisse priorem maritum, cum ille duxit ream adulterii. Nam vivo priore marito, nec rea adulterii ab alio uxor duci potest, *l. reas, de ritu nupt.* Quæ distinctio valde notanda est, alioqui hic §. pugnaret cum *d. l. reas.*

Ex Lib. SINGULARI ἀστυνομικοῦ *extat tantum lex unica tit. de via publica, et si quid in ea gestum esse dicatur.*

Ædiles curales studeant, et quæ secundum civitates sunt viæ, ut utique a lœquentur: et effluxiones non noceant domibus, et pontem faciant ubicunque oportet. Studeant autem, ut proprii parietes, et aliorum aliquid, quæ circa domos ad viam publicam ducunt, non labilia sint: quatenus ut oportet emundent domini domorum et construant. Si autem non emundaverit, neque construxerint, mulctent eos quoad illabilia faciant. Curent autem, ut nullus effodiat vias, neque subruat, neque construat in viis aliquid. Si autem servus quidem fuerit, ab obviante fustigetur; si liber demonstretur ædilibus: ædiles autem damnificent secundum legem, et quod factum est dissolvant. Construat autem vias publicas unusquisque secundum propriam domum: et aquæ ductus purget, qui sub dio sunt, id est, cælo libero: et construat ita, ut non prohibeatur vehiculum transire. Quicumque autem mercede habitant, si non construat dominus, ipsi construentes computent dispendium in mercedem. Studeant autem ut ante ergasteria nihil projectum sit, vel propositum: præterquam si fullo vestimenta siccet: aut tecton trochos exterius ponat, ponant autem et hi, ut non prohibeant vehiculum ire. Non permittant autem rixari in viis, neque stercora projicere, neque morticina, neque coria jacere. Translatum Pisis.

Præter lib. de adult. Papinianus scripsit lib. singularem, ex quo est hæc *l. unica, de via publica, etc.* quem appellavit ἀστυνομικὸν, et fuit de curatoribus viarum publicarum, sive ut Varro loquitur, de Viocuris, quos Græci ἀστυνόμους vocant, posteriores dixere patres civitatum, ut Ulpianus scribit in orationem Demosthenis contra Timocratem. De his sæpe fit mentio in *Novell.* et in *C.* multos collegi locos in *Novel.* 85. *et* in *l.* 3. *C. de iis, qui sponte munera suscep. l.* 10. Quibus locis ostenditur, olim etiam patres civitatum habuisse curam operum publicorum omnium: curam igitur viarum publicarum et operum. Iidem et patres simpliciter dicuntur in *l. ult. C. Judæis*, ubi legendum, *patris honorem*, id est, patris civitatis, *l.* 12. Græca, *C. de hæretic.* dicuntur et curatores reip. ut Basil. interpretantur in *l. ad curatores, de damno infect. l.* 1. *C. de solut. et liberat. lib.* 11. *l. ult. de off. adsess.* Sunt magistratus minores, curatores reipubl. publicarum viarum, et operum publicorum: ergo habent jurisdictionem, habent adsessores *d. l. ult.* habent mulctæ dictionem adversus inobedientes, ut ostendit hæc lex Pap. Ab iis omnibus quos supra diximus separantur ædiles, et nomine et administratione. Nam ædiles dicuntur ἀγορανόμοι, ut Theoph. docet §. *proponebat, Inst. de jur. natur. gen. et civ.* illi vero dicuntur ἀστυνόμοι: differunt administratione quoque, nam ad ἀγορανόμους pertinent jura rerum venalium. Theophrast. lib. de legib. apud Suidam: *duorum potissimum curam incumbere ædilibus, ut rite omnia et ordine gerantur in foro, et ut in fraudes tum emptorum, tum venditorum coerceantur.* Verum ad ἀστυνόμους pertinet cura viarum et operum publicorum. Ulpianus interpres Demosthenis ex Platone, ut opinor ἀγορανόμος, inquit, *est qui inspicit res venales in foro*: ἀστυνόμος, *qui curat munditiem civitatis, et a nobis dicitur pater.* Proinde ut in hac l. ostendit, curant ἀστυνόμοι, ut viæ puræ sint et mundæ, ut viarum cumuli non lædant ædificia, et construantur ponticuli, ubi res exigit in publico, per quos populo iter sit, et ne parietes ædium ventrem faciant in publicam viam, ut fulciant sufflaminibus, et tibicinibus, et ne quid projiciatur, aut obruatur in viam publicam, quod itineri vel actui vehiculorum impedimento sit, ne quis viam publicam aperiat, aut fodiat, vel obruat, ut deteriorem faciat, ne ædificet in via publica nisi publice, ut ait *l. fluminum, de damno infect.* idque auctoritate publ. veluti principis. Publice ædificare est ædificare auctoritate publica, ut publice consecrare est consecrare au-

ctoritate publica, puta per principem aut pontificem, *l. 4. §. sacra de rer. div.* et inter cetera (quod ait in hac lege) ne ædiles sinant in viam publ. projici sordes. Id etiam ex nescio quo auctore Græco invenies scriptum de ἀςυνόμοις apud Suidam eos curam habuisse sordium projiciendarum. Plutarchus quoque in præceptis politicis, dum scribit de iis, qui apud Thebanos dicebantur τελεάρχαι, qui idem erant, αςυνόμοι. Ex quibus intelligitur, quanta sit differentia inter ἀγορανομους. et ἀςυνόμους. Non inficior tamen, ut evenit sæpe, uni deferri duo munera publica, ita esse factum, ut idem esset ἀγορανόμος, sive ædilis, et ἀςυνόμος, seu curator viarum aut itinerum civitatis. Svet. in Vespas. *Vespasianum ædilem Cæsar succensens propter curam verrendis viis non adhibitam, luto oppleri jussit*, quia scilic. Vespasianus non tantum erat ædilis, sed etiam curator viarum ut hanc rem referens nominatim ait Dio libro 58. cujus hæc sunt verba: *lutum*, inquit, *cernens in publica via, jussit projici in vestem Vespasiani*, , *qui tunc erat ædilis*, *et curator viarum*, et ita duplici munere functus. Proinde ille etiam locus indicat esse differentiam inter ἀςυνόμους, et ἀγορανόμους. Vide observat. lib. 22. cap. 51.

FINIS.

GRÆCARUM DICTIONUM

QUÆ IN QUARTO TOMO CONTINENTUR

INTERPRETATIO

pag. 12 τοῦ ψευδομένου, argumenti mentientis, *pseudomeni.*

pag. 21 σφόδρα, admodum. valde.

pag. 25 Καὶ σίτου, et tritici, quod inter omnia hominibus perutile est.

Κονδικτίκιος, condictitia, ratio repetendi sui crediti.

pag. 31 ἀνάφανσις, existentia. ἀνάφανσιν, existentiam.

pag. 39 ἐπιμεληταὶ, quibus cura est eorum, quæ in testamento scripta sunt.

pag. 46 θετικῶς, positive.

pag. 48 ἐτασμοὶ, tormenta. carceres. custodiæ.

pag. 52 ἐνδύναμον, ἰσχυρὸν, validum. efficiens. forte.

pag. 65 οὐδὲ ὑπὸ, nec sub conditione oportet in fraudem creditorum liberare.

εἰ καὶ αἱρετ. *etc.* etsi creditores quis habeat sub conditione, minime potest in horum fraudem servos liberare.

pag. 70 ἐν τῷ τέως, namque interim scripti hæredis sunt.

pag. 84 ἀλληλέγγυοι, mutui fidejussores.

pag. 90 μετὰ τῶν, cum venditionis signis in ipso.

μηνυσεῖς, signa.

pag. 105 ἄνηβος, τελειότερος, pupillus paulo adultus.

pag. 108 ἐπειδὴ, quoniam ex testamento existit.

pag. 114 ἡ μέχρι, bonorum possessio usque ad pubertatem.

pag. 121 κατηγορεῖται, prædicatur.

pag. 125 λειψάνων, reliquiarum. λείψανα, reliquiæ.

pag. 154 πλὴν ὅταν, excipias, cum viri loco fuerit, et ab eo separetur.

pag. 155 λοιδορίαν ἔχοντα, dedecus, convitium habentia.

pag. 158 τῶν ἀπόρων, de dubiis, et ambiguis.

pag. 159 τοῦ ψευδομένου, argumenti mentientis, *pseudomeni.*

τῶν ἀπόρων, inter dubias, et difficiles quæstiones.

ψευδομένων, *pseudomenon.*

σωρείταις, *soritis.*

pag. 160 οὐχὶ, nequaquam, quæ duo sunt, pauca sunt.

ἐγκεκαλυμμένου, obvelati argumenti, et et tecti, ac delitescentis. *pl. ead. pag.*

οὔτιδος, *utidis*, *bis ead. pag.*

λόγος, sermocinatio constans ex indefinita re, ac definita.

κερατίδος, cornuti.

περὶ οὔτιδος, de *utide.*

περὶ τοῦ ἐξ, de sermocinatione compacta ex re indefinita, ac definita.

ἐρωτηματικη, *erotematice* ars, quæ in interrogationibus versatur.

ἀπόρων, dubiarum, incertarum rerum.

περὶ τῶν ἀπ. de dubiis dialecticorum rationibus, ac incertis argumentis.

διαλανθάνοντα *etc.* delitescens (argumentum) obvelatum, cornutum, *balacron*. demetens. dominans. *utidem.*

καὶ ἄποροι *etc.* et dubii, et incerti quidam sermones sunt, obvoluti,

et delitescentis, et *soritæ*, et cornuti, et *utides*.
τῶν ἀπόρων, sermocinationem ex dubiis, cornutam, vel *soritem*, vel demetentem.
pag. 161 τῶν ἀπόρων, de dubiis, et incertis, *bis ead. pag.*
ψευδομένου, *pseudomeni*. mentientis argumenti.
ἡ τοιαύτη *etc.* hujusmodi quæstio dubiarum, ac difficilium dicitur, quæ apud dialecticos, *psedomenωn*.
ψευδόμενος, *pseudomenon*. argumentum mentiens.
ἐγκεκαλυμμένος, obvelatum argumentum.
διαλεληθότος, delitescentis.
οὔτιδος, *utidis*.
pag. 162 Οὖτιν, *Utim*.
μή τις, nemo ipsum dolo, vel vi occiderit.
Οὖτις, *Utis* me occidet dolo, neque vi.
Οὖτιν, *Utim*.
περὶ τῆς, de *pseudomeni* solutione.
πρὸς τούς, ad solventes *pseudomenon* per divisionem.
λόγοι, sermones initio mentientes.
περὶ τῆς εἰς, de introdutione ad *pseudomenon*.
πρὸς τοὺς φασκ. ad dicentes, falsas quæstiones habere sermocinationem mentientem.
ἔτι ὁ σοφ. adhuc sophistica sermocinatio mentiens, ambiguitas, ac difficultas.
ἀκρίβειαν, summum jus.
pag. 165 οἱ καρποὶ, fructus agri sub conditione legati.
pag. 171 οὐ δοκεῖ, non videtur defendere, qui rem trahit, ne judicium finiatur.
pag. 175 παρὰ γνώμην, præter filiæ voluntatem.
pag. 181 ἀλλ' εἰ μὴ, sed nisi dominus sim.
ἐν ἀρχῇ, initio constitutæ possessionis.
pag. 183 ὁ καλλιςευων, qui pulcherrimus sit inter ipsos.
pag. 184 ὀρικόν, mulare vehiculum, et bigam.
pag. 186 προΐςασθαι, prostare. tueri.
pag. 204 χαρακτηρίζεται, designatur.
pag. 214 ἀδόλως, καὶ ἀνυπερθέτως, sine dolo, nec frustrandi animo.
pag. 229 δύναμιν, potentia prope necessitatem habitat.

pag. 232 ὁμίχλην, noctis nebulam furi meliorem.
κλεπτῶν, furum nox est. veritatis lux.
οὐ πάντως *etc.* non semper, si clam acceperit, furatus est, sed si ut damnum daret, et suam rem esse assereret.
pag. 233 τῆς αἰτίας, causæ præexistentia.
τῶν αγωτάτων, supremarum.
pag. 236 ναυτικῷ, sub nautica usura fœnerari.
ναυτικῶς, nautice fœnerari.
καὶ ἐνεχυριαζειν, et loco pignoris accipere.
pag. 237 ἔγγαια, terrestres, et sine periculo (pecuniæ).
pag. 246 ἐὰν κλῆρον. si hæreditatis nomine constituta sit pecunia.
pag. 265 ἀδόξους, hypotheses, casus inopinos.
pag. 272 τὰ πράγματα, res tuas legatas.
pag. 274 ἁπλῶς, simpliciter.
σαφῶς καὶ μὴ παν. aperte, nec dolose, nec improbe.
pag. 276 τόκων πατέρες, usurarum patres.
μηνιαῖοι *etc.* menstrui exactores tanquam dæmones epilepsias facientes, per lunæ cursus pauperes invadentes.
εἰ μήκετ' *etc.* si luna minime exoriretur, usuras non præstarem, nam per mensem argentum fœneratur.
pag. 277 ἐν τῇ ἀγορᾷ *etc.* in foro postquam signum esset ablatum, linumque ruptum, ac tabula aperta, et novus dominus declaratus.
pag. 283 ἀπὸ καλοῦ, de bene impensis.
καλὸν, bonum sumtum.
κάκιςον, pessimum sumtum.
pag. 293 ὥσπερ ὁ *etc.* quemadmodum locator si dolum fecerit, hoc est sciens ipsum furem esse, ut eo uteretur, dederit.
pag. 297 τῷ ἰδίῳ τοπῷ, suo (proprio) loco.
pag. 298 προκειμένη, proposita.
pag. 301. πιςικός, *pisticus*. a fide. *et infra*.
ἄδολον, minime dolosam, et cum fide paratam.
pag. 303 παρελκον, supervacaneum.
pag. 320 ἐπὶ τοῦ *etc.* in fœnore quædam non secundum jus summum recepta sunt, et præter leges.
pag. 340 οὐ χρὴ, non oportet, quæ extrinsecus contingunt, non animadvertere.
pag. 342 οἱ νόμοι *etc.* leges, et de iis dant ex-

ceptiones non sortiri, pro quibus actiones deficiunt.
pag. 347 τὸ ὄν, quod interest ex rebus ipsis.
pag. 349 ἀνάγκη, necessitas dissolutionis æque valet ac suprema vis.
pag. 350 ἄγρωστις, gramen. vitis alba.
pag. 352 δίχα, sine varietate ac distinctione ulla.
pag. 353 σύμβολον ὠνῆς, symbolum emptionis et venditionis.
σύμβολον τῆς ἀλλαγῆς, signum permutationis.
pag. 372 κατὰ λέξιν, ad verbum, ut verbum sonat.
pag. 377 μεταβολή, mutatio. transitus.
pag. 378 ἀλλ' ἐστὶ *etc.* sed ad mensam quidem ferre dotem, ut num probum sit argentum probet, et noscat.
pag. 381 ἀνεπιτηδείῳ, minime apto et commodo.
pag. 382 ἐνστάσει. ἀντιπαραστάσει, pugnaci contentione, objectione. obsistentia.
τὸ συμβεβηκὸς, accidens, non accidentis accidens.
pag. 385 τὸ ὄφειλον, quod debuit (patri) accedere, apud eos, qui in potestate sunt, matet.
pag. 389 ἀπαγόρευσις, prohibitio. ablatio.
ἐπίτασις, amplificatio. incrementum.
ἀκμὴν, robur. statum.
ἀναγκη *etc.* necesse est, ut quod natum est, incrementum habeat statum, ac corruptionem.
pag. 391 μὴ κακούργει, ne depraves juris scientiam.
πρὸς μὲν, in partem, in quam hæres sum, suscipio.
pag. 396 διὰ τὸ, ob incertitudinem, ac dubium domesticarum rationum, et genus earum administrandarum.
pag. 397 ἀπόδιαξις, *apodixis.*
ἀπόδεξις, *apodexis* susceptio.
pag. 402 ἡ ἐλπίδι, actio de instante (ædium) mina.
pag. 409 ἐν χαρωνίοισιν, in charoneis strangulationes peracutæ sunt.
pag. 413 τῷ ἅμα, simul.
τῷ ἐφεξῆς, deinceps. consequenter.
pag. 423 κατὰ τὸ πλεῖστον, ut plurimum.
pag. 430 ὑποκοριστικῶς, diminutive.
συφαρ, extremum senium.
pag. 443 κορυφαῖον τῶν νομικῶν, jurisconsultorum summum.
κορυφᾶιον, summum. κορυφαιότατος maximus.

κορυφαιότατον τῶν νομοθετῶν, maximum jurisprudentum.
pag. 445 ἀτελεύτητος, non perfectus.
pag. 449 ἀναφορὰν, relationem, regressum.
pag. 450 πληρέστατον, plenissimum.
κακούργως, malitiose.
κακοθελῶς, fraudulenter.
pag. 451 ἀμφίβολος, anceps.
pag. 453 τὴν ευθύτητα, rectitudinem.
pag. 462 σιτηρέσιον, demensum.
ἐξώπροικα, bona quæ extra dotem sunt.
pag. 466 ἄτοκοι, sine usuris.
pag. 468 ἀξιοχρέως, sufficienter.
pag. 472 ὑπὲρ πατρὸς, καὶ τῶν τοῦ πατρὸς υἱῶν, pro patre, et filiis patris.
υἱῶν ἀδελφῶν, filiorum fratrum.
ἐπιτροπὴν ἔχοντες, mandatum habentes.
pag. 473 προτιμήσεως, *bis ead. pag.* prælationis.
pag. 481 τὸ ἄδηλον διαδοχῆς, successionis incertum.
pag. 486 παροιμιῶδες, quod in proverbio est.
pag. 493 παντα γίνεσθαι μετὰ τῆς Μαιβίου γνώμης, omnia fieri Mævii consilio.
διὰ πάντων, in omnibus.
pag. 494 ἀμφιβαλλων, etc. ambigens, imo admodum affirmans, et jurans.
pag. 498 κακολογισμῷ, falsa ratione.
pag. 506 ἄνθος κραμβην, flos brassicæ.
κράμβλην θαλάσσιον, brassicam marinam.
pag. 516 ὁ μὴ γένοιτο, οὐδὲ ἔσται, quod abominor, et absit.
pag. 520 τὸ χρηματιζόμενον, quod pecunia comparatum est.
τὸ πραττόμενον, quod factum est.
pag. 525 σιτοβόλια, ὀσπριοθῆχαι, horrea frumenti, horrea leguminum.
pag. 546 δευτέρων ἀμεινόνων, secundorum, meliorum.
pag. 557 σοφώτατον, sapientissimum.
pag. 558 τοῖς πρώτοις, prioribus .i. priori Dig. parte.
ἔμψυχος, vivens. animatus.
pag. 559 ἔμψυχον, animatum. vivens.
pag. 560 διεξοδικοὺς λόγους, plenos, la[illegible]s sermones.
pag. 568 ἐτυμολογία, etymologia.
pag. 569 ἐξ ἀντιδιαστολῆς, ex diverso, ex contrario,
pag. 577 ἄκρατον ἐξουσίαν, merum imperium.
pag. 581 κυρίαι ἡμεραι, fatales dies.
pag. 588 πλαγιαστικαὶ, inflexæ, obliquæ.
pag. 597 ἔννατα, novem dies super mortuo agendi,

pag. 599 λύζει, καὶ δακρύει, singultit, et lacrymat.
pag. 602 ἀναλόγως, pro rata, pro sua cujusque portione.
pag. 620 ἀπὸ συγχρήσεως, ex conversiones in usus suos.
ἀπὸ ὑπερθέσεως, ex mora.
σύγχρησις, conversio in usum suum.
pag. 622 ἀνατοκισμὸς, anatocismus.
pag. 628 σύγχρησις, in usus suos conversio.
pag. 630 προσκειμένη αἵρεσις, conditio proposita, adjecta.
pag. 631 οἰκωφελεῖσθαι, domum juvare, domui prodesse.
ὠμογέρων, cui viridis est senectus.
ὠμὸς γέρων, sævus senex.
pag. 635 χειρότερα, pejora.
pag. 637 τὸ συμβαλλόμενον, quod contingit ad obligationem firmandam.
pag. 647 ἀπορία, hæsitantia. *bis ead. pag.*
ἄπορα, dubia.
pag. 648 ἀνοβατεύτως, novatione non facta.
pag. 651 παιδογραφιῶν, documentorum ætatis liberorum. nativitatis scripturarum.
ἀπογραφαὶ, scripta patris.
ἐκ παιδογραφιῶν, ἢ ἐξ, ex nativitatis scripturis, vel aliis legitimis documentis.
pag. 652 τῶν παίδων, liberorum.
pag. 657 ὑποστροφῆς, postliminii jure non continetur.
ψυχῇ καὶ, animo, et corpore domini.
pag. 659 πρὸς αἵρεσιν, ob divisionem susceptus, aditus.
pag. 661 κατὰ πλοκὴν, per complexionem.
ἐναντιοφανὲς, quod videtur contrarium inter leges.
pag. 662 ὁ πρεσβευτὴς, legatus Romæ convenitur pro eo quod constituit in provincia se soluturum.
pag. 676 αὐτοκληρονόμον, sui hæredem.
pag. 677 ἀνάμανσις, existentia.
παραλληλισμῷ, vocum similitudine.
pag. 688 ἐκ τῶν ἰδίων, de suis bonis videbatur legare.
pag. 692 ἀκρότης, μεσότης, summus apex, mediocritas, medium.
pag. 698 συνουσιάζειν, coire.
pag. 699 παραυπτικκὰς, φωταγωγὰς, obliquas ad prospectum. lumen accipientes, agentes.
pag. 701 μέλλοντος, cum tempus jam jam impleretur.
pag. 715 ζωννύειν, cingere pro discingere, περιζωννύειν, in orbem cingere.
ἐπιτέμνειν, destringere.
pag. 729 ἐν ἔργῳ, in opere. ἐπ' αὐτοφόρῳ. in ipso scelere.
pag. 745 μεταβολῆς ἀνάγκης ἕνεκα, commutationis necessitatis gratia.
pag. 746 ἀντίχρησις, antichresis, mutuus usus.
pag. 761 ἀπρόσωπος, personam non habens.
pag. 778 προτιμήσεως, prælationis. *pl. ead. pag.*
pag. 798 παρανομολογεῖν, ad etymon alludere.
pag. 805 τοῦ ἀκροῦ νομίμου, summi juris.
ἀκρίβεια, summum jus quod circa res justas versatur nihil æqui dat.
pag. 816 ὑπὲρ τὰ, supra nomina sunt vocabula.
pag. 832 καλὸν, bonum sumptum.
pag. 836 μὴ εἰς ἀμφίβολον, non in dubium.
pag. 840 ἀποχὴ, apocha.
pag. 848 ἀόριστον, Aoristum.
καιρὸν ἐνεστῶτα, tempus quod fuit.
τελεόν, perfectum.
παρακείμενον, præteritum.
ὃν βουλήσομαι, quem voluero.
pag. 867 ἐνστάσει, ἀντιπαραστάσει, pugnaci contentione. obsistentia.
pag. 876 ἐκ τῆς συγχρήσεως, ex commodato.
pag. 877 κατὰ τὸ σιωπώμενον, per ea quæ tacemus.
pag. 889 ἁπλῶς, simpliciter.
pag. 894 τὸ πᾶν, omnia pater obtinet.
pag. 897 ἀναφορικῶς, per relationem.
pag. 904 ἀναφὴς, tactui non subjecta, sine corpore, quæ mente tantum excipi potest.
pag. 919 ἁμαρτία ἁμάρτημα, peccatum, delictum, culpa.
pag. 925 ἀντιδιαστελλομένην, oppositam.
pag. 930 ὁρᾷ μὲν, videat quidem huc veniens, nec in alia distrahatur.
pag. 932 κατὰ τὴν, ex contractus natura.
pag. 938 τυποῖ τὴν, formant actionem quæ initio sunt conventa.
pag. 945 κενοτάφιον, cenotaphium.
κενοταφίῳ, cenotaphio.
pag. 946 ἐπ' ἐξαγωγῇ, ut extra agatur.
pag. 947 εἰδέναι, nosse.
pag. 954 γάμος ἄγαμος, nuptiæ sine nuptiis.
pag. 960 χαρονιανὸν; Charonianum.
pag. 975 κατὰ πρώτην, primo aspectu, vel prima ratione.
pag. 978 περὶ κακοτροπίας, de morum improbitate.
pag. 981 ἀπολογήσομαι, proferam primum.

deinde accusabo, ut legem judiciarum servem.

pag. 982 ἀντιφέρνη, contraria dos, quæ ob dotem acceptam dantur.

pag. 997 τὰ ἐν ἐγκάλαις, quæ inter brachia feruntur.

ὑπερκαλὸς, pulcherrimus. ὑπαγκαλὸς, qui inter brachia gestatur.

pag. 1001 πρός ἀντιδιαςολὴν, ad discrimen.

pag. 1009 ἐὰν ὑπεξουσία, si mulier, quæ sub potestate est, res amoverit, quidam dixerunt, actionem de peculio adversus patrem dari.

pag. 1025 ἀπ' ἀρχῆς, ab initio administrationis.

pag. 1051 ἐνςάσει. ἀντιπαραςάσει, pugnaci contentione. obsistentia.

pag. 1110 ἀνυφάνσεως, existentiæ.

pag. 1125 εὔλογον ἐξαγωγὴν, rationabilem exitum, eductionem.

pag. 1228 ἀσύςατον, minime cohærens.

pag. 1255 χιασμὸς, chiasmus. *pl. ead. pag.* χιασμὸν. chiasmum.

pag. 1270 ἀναφαίνεται, apparet, existit.

pag. 1310 τὸ μέρος εἶναι, partem esse collectivam, et esse distributivam singularum rerum.

pag. 1326 ἀποκρυβῆς, subtractionis.

pag. 1327 ὑπόβολον ἡττώμενον, donatio propter nuptias victa.

ὑπόβολον μὴ ἡττώμενον, donatio propter nuptias non victa.

pag. 1371 ἀπὸ κοινου, ex communi.

pag. 1386 ἀποφάσεις, apophtegmata.

pag. 1417 πλοκὴ, complexio.

γιγνόμενα, nascentia, gignentia.

pag. 1430 ἐπὶ τὸ πλεῖςον, ut plurimum.

pag. 1479 ἀνδρου μοι, virum mihi dic.

pag. 1492 ἀνάφανσις, existentia.

pag. 1506 λογισμὸς. διάθεσις. προαίρεσις, ratio, affectus. propositum.

pag. 1514 νέμος, nemus.

pag. 1528 τὸ αἴτιον, causa hæsitantiæ.

pag. 1551 κόποι, morbi qui sponte sua veniunt.

pag. 1554 συνάλλαγμα, synallagma.

pag. 1636 παρα γνώμην, præter voluntatem, sine voluntate filiæ.

pag. 1664 ακοσμον, inconditum.

ἔπεα ἄκοσμα, inconditi versus.

pag. 1666 πρωτότυτος, primitiva.

pag. 1671 πρὸς διαςολὴν, ob discrimen.

κατ' ἐξαίρετον, per excellentiam.

pag. 1672 ἰδίῳ δικαίῳ, suo jure.

pag. 1690 τῇ ἐνεργείᾳ, virtute.

τῇ δυνάμει, vi ipsa.

pag. 1700 ῥαπίσματα, alapas.

pag. 1704 αὐτομάτως, ipso jure.

pag. 1724 ἀπόδοσις, apodosis. *pl. ead. pag.* ἐπίδοσις, epidosis. accessio.

μείωσις, diminutio.

pag. 1728 τοῦ οἰκείου, sui trientis.

pag. 1731 ἰδιαζόντως, pro sua cujusque parte.

pag. 1739 ξυνετὰ. intellecta solis extorquentibus.

pag. 1746 τοῦ πατρὸς, patris hæreditas et filii esse.

pag. 1758 ὑπαλλαγὴν, hypallagen.

pag. 1759 οὐχ' οὕτως, non sic legem pertinere.

pag. 1761 μονομερῶς, una tantum parte præsente.

pag. 1769 τὸ ἄῤῥεν, masculum esse meliorem ex natura.

pag. 1770 ἐπιλύεται, solutus est. excusatur.

pag. 1810 γραφὴν, libellum submitit.

pag. 1812 αἰσχροκερδίαν, turpe lucrum.

pag. 1817 ἐπι προσποριςμοῖς, in commodis medii temporis.

pag. 1829 ἑξ Ρωμαίων, sex Romanorum fascibus parent.

ἑξαπελέκεις, hexapeleces, sex fasces.

pag. 1830 κληρωτοὶ, sorte electi.

pag. 1848 ἐναντιοφανὲς, quod contrarium videtur inter leges.

pag. 1849 χειροτονητοὶ, per manuum extensionem electi.

pag. 1857 δυσωπίαν, ruborem, pudorem.

pag. 1872 καλὴ ἐλπὶς, bona spes in juvene.

pag. 1875 μηδὲ ἐλαχιςα, ne minima quidem vectigalia conducat.

pag. 1877 Ἀσιαρχία, Asiæ Sacerdotium.

Ἀσίαρχοι, Asiæ Sacerdotes.

Ἀλυταρχία, Alytarchia.

pag. 1920 τόκους καινοὺς, usuras novas.

pag. 1926 δίδωμι, do, et largior. *bis ead. pag.* δίδωμι καὶ χαρίζομαι τῇ, do, et largior sorori meæ dulcissimæ meam uxorem.

pag. 1958 ἐν τοῖς παραγμασι, in rebus domini.

pag. 1969 τῆς αἰτίας, causa cognita.

pag. 1979 μετενεχυριαζειν: rem pignori acceptam pignori tradere.

pag. 2001 διὰ τῆς τὸ προσώπου, hac de causa imagines vultus faciunt, quod inde potissimum dignoscitur.

pag. 2006 ἵνα λογισθῇ, ut computetur ipsi sua pars.

pag. 2027 παλαιός τίς, antiqua quædam constitutionis regula est.

pag. 2028 ἐμπορικῶς, commercii mercatorum jure.

pag. 2492 ἐκ περισσοῦ, ex abundanti.
pag. 2505 προτιμήσεως, prælationis.
pag. 2510 ἀρχαικῶς, antiquo more.
pag. 2511 ἐμβατευτικὸν, superficiarium.
pag. 2523 ἀντίχρησις, antichresit. mutuus usus. *pl. ead. pag.*
ἀντὶ τῶν, usus vice usurarum.
ἀντιχρήσεως, mutui usus.
pag. 2525 ὑπεροχὴν, hyperochen.
pag. 2536 οὐδὲ ὅλως, nec omnino.
pag. 2537 δάνειον, fœnus fœnori dabis.
pag. 2550 ἀγριαίνειν, exasperare facit.
pag. 2552 ἀναφορὰ, relatio.
pag. 2554 ἀριθμῶν, numerorum schesis, et principium.
pag. 2563 ἐνθήκας, enthecas.
pag. 5570 μονομερῶς, una tantum parte præsente, *bis ead pag.*
pag. 2573 ἀναλόγως, pro rata. pro sua cujusque portione. *bis ead. pag.*
ὑπεροχὴ, hyperoche.
ὑπεροχῆς, hyperoches.
pag. 2575 ἀμφίβολα, dubia.
πολύσημα, multa significantia.
pag. 2583 ἐμφυτεύσεως, emphyteuseos.
pag. 2588 ἰσομέριας, æquæ portionis. *bis ead. pag.*
pag. 2593 παράφερνα, extra dotem quæ sunt. Paraphernа.
pag. 2595 ἀσφαλείας χάριν, securitatis gratia.
λόγῳ ῥοδιακῷ, more Rhodio.
pag. 2604 χρόνος. tempus. *pl. ead. pag.*
pag. 2611 μετὰ τὸ, postquam pecuniam acceperit.
pag. 2616 βιαιοθανάτῳ, morte violenta.
ἠργασμένους, labore partos.
pag. 2618 συγχωρητικὸν, pactum de remittenda debita pecunia.
pag. 2619 παραφραστικῶς, per paraphrasim.
pag. 2624 ἀπροσδιονύσως, insulse, non ad rem.
pag. 2634 οἱ καρποὶ τοῦ ὑπὸ αἵρεσιν ληγατευθέντος ἀγροῦ, fructus agri sub conditione legati.
pag. 2635 κατὰ, per syncopen.
pag. 2640 κλεπτοτελώνημα. σφετερισμὸς, cleptotelonema, crimen vectigalis fraudati.
pag. 2648 ἀκληρονόμητα, hæredem non habentia.
pag. 2652 τοῦτο Φούλβια, id Fulvia mulier Ciceroni indicavit.
ἀφανῆς, obscura, ignobilis.
τῶν ἐπιφανῶν, nobilium.
pag. 2659 στιγματίαι, stigmate notati.
pag. 2666 προθυμίας. propensiones.
pag. 2682 ἐπὶ βλάβῃ, in alicujus damnum, vel fraudem.
pag. 2685 λυνὴ, mulier falsi crimen.
pag. 2693 νὺκ ἐξεῖναι, non licere servum adversus herum quæstionibus dari.
pag. 2701 σύνδεσμος, conjunctio, quæ aperit, declarat.
pag. 2703 ἐπ' αὐτοφώρῳ. ἐν ἔργῳ, in ipso scelere, in opere.
pag. 2705 ἀποβολὰς, jacturas vectarum rerum nautas facere in mari, in discrimen adductos.
ἀποβολῆς, jactura in mari facienda, mercator prior projiciat.
pag. 2706 χιλιόφορον, decem millia ferentem.
pag. 2707 ἐὰν ἐκ τῆς, si ex procella contigerit, pondus, res vectas aspergi.
pag. 2710 καθολικὸς, catholicus.
pag. 2713 σολοικοφανὲς. σολοικὸς, qui videtur solœcismus. solœcismus.
ἀρχαισμὸς, archaismus, antiquus mos loquendi.
pag. 2717 νεῦρα, nervi rerum. reip.
pag. 2723 ὅρων, definitionum.
νόμος ἐστί, lex est.
pag. 2724 παρὰ τὴν, adversus jus summum.
pag. 2725 ὁμολογία, confessio. sponsio communis civitatis.
ὁ νόμος, lex, consuetudo scripta: consuetudo autem lex non scripta.
pag 2730 αἱρετικοφανὴς quæ videtur conditionalis.
αἱρετικὴ, conditionalis.
καταχρηστικῶς, per abusionem.
pag. 2732 σωματικῆς, corporalis tactus, apprehensionis.
pag. 2733 τὸ τῆς ὑποθέσεως, rei subjecti perfectionem.
pag. 2744 ἀρχαικῶς, prisco more.
εἰς τιμὴν, in honorem magistratuum.
gag. 2785 ἐν πλάτει, latius.
pag. 2787 γεγηρακότα, vetusta debita.
pag. 2815 καταχρηστικώτερον, magis per abusionem.
φθοράν, corruptionem.
pag. 2817 φθοράν, corruptionem.
pag. 2829 διακενὴς, frustratorius, vacuus. εἰς κένον, in vacuum.
pag. 2846 ἀστυνομικὸν, de cura viarum publicarum. et duab. seq. ἀστυνόμοι, viocuri.
pag. 2447 ἀγορανόμους, ædiles.
τελεάρχαι, curam viarum publicarum habentes.

INDEX LEGUM AFRICANI

QUÆ EXPLICANTUR UNOQUOQUE TRACTATU.

INDEX LEGUM

IN LIBRUM SINGULAREM RESPONSORUM

ULPII MARCELLI

A JACOBO CUJACIO EXPLICATARUM

INDEX ALPHABETICUS
LEGUM
IN LIBROS SEX RESPONSORUM
CERVIDII SCÆVOLÆ
A JACOBO CUJACIO EXPLICATARUM

INDEX ALPHABETICUS

LEGUM

IN LIBRIS QUÆSTIONUM, RESPONSORUM ETC.

ÆMILII PAPINIANI

A JACOBO CUJACIO EXPLICATARUM.

M

N

O

P

FINIS TOMI QUARTI